

# 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 دكدك / العدد السابع عشر: مارس 2014

➤ من مواضيع العدد السابع عشر: مارس 2014 :

- أجهزة المراقبة الحديثة والإثبات الجنائي.
- التعويض عن أضرار الاستعمار.
- علاج تفكك الوحدة الإسلامية.
- الجهوية في القانون المقارن.
- هبة الأجنة البشرية قصد إنجابها.
- حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.
- ماهية الشفيع بين الشرع والقانون.
- حرمة الحياة الإنسانية في الشرع والقانون.
- دعم المشاركة السياسية للمرأة العربية.

Rechercher dans ce site

## مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والمراسلات: sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء: أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محزوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... <a href="#">المزيد</a>	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص: إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهي الدولية (2012/10/21)... <a href="#">المزيد</a>	المؤلفون
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المغربي: الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... <a href="#">المزيد</a>	المدير المسؤول
قراءة في النظام القانوني للموتى (قانون 02/15): الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام بعيثة الرباط خمسات (2012/10/14)... <a href="#">المزيد</a>	شروط النشر
	مقالات قديمة
	مقالات مستعارة
	مقالات بلترسية
	حوارات علمية
	تساؤلات جامعية
	المساهمون بالمجلة
	أعداد المجلة
	اشترائه بالمجلة

العدد السابع عشر مارس 2014

❖ قواعد النشر وشروطه :

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

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفوني : 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

www.majalah-droit.ici.st

ردمد : 0615-2336

## بسم الله الرحمن الرحيم

## العدد السابع عشر: لشهر مارس 2014

محتويات العدد :

## ➤ دراسات وأبحاث بالعربية :

1. دور أجهزة المراقبة الحديثة في الإثبات الجنائي : من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور نوفل علي عبد الله الصفو أستاذ القانون الجنائي المشارك في كلية الحقوق في جامعة الموصل حاليا وفضيلة الأستاذ الدكتور خالد عوني خطاب دكتوراه في القانون الجنائي من كلية الحقوق في جامعة الموصل في العراق \_ باحث ومحاضر قانوني.....06
2. الديمقراطية المواطنة والتشاركية : فضيلة الأستاذ نورالدين قربال حاصل على دبلوم الدراسات العليا في الفكر الإسلامي المعاصر من كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط حاصل على ماستر في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية من كلية الحقوق عين الشق الدار البيضاء.....54
3. التعويض عن أضرار الاستعمار في القارة السمراء : فضيلة الأستاذ الدكتور محمد عبد القادر محمد أستاذ القانون بجامعة جازان والجامعات الليبية سابقا.....66
4. تفكك الوحدة الإسلامية من منظور السياسة الشرعية - الأسباب والآثار والعلاج : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور رمضان محمد عبد المعطي عميد كلية العلوم الإسلامية جامعة المدينة العالمية ماليزيا.....80
5. الجريمة المنظمة وجريمة الإرهاب ( دراسة مقارنة ) : فضيلة الأستاذ عمراني كمال الدين محام معتمد لدى المحاكم والمجالس القضائية ، أستاذ بمعهد الحقوق والعلوم السياسية — المركز الجامعي بالنعامة.....88
6. قاعدة لا يقضي القاضي وهو غضبان - دراسة مقاصدية - فضيلة الأستاذ : سعيد الشويّ باحث حاصل على الماستر في القواعد الفقهية والأصولية وتطبيقاتها في الأحكام والنوازل بكلية الآداب و العلوم الإنسانية ظهر المهراز بفاس.....105
7. الجهوية في القانون المقارن النموذج الفرنسي والإيطالي ثم المغربي : فضيلة الأستاذة حسناء شفيق طالبة باحثة بكلية الحقوق الدار البيضاء.....113
8. مفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة : فضيلة الأستاذ الدكتور بن حملة سامي أستاذ محاضر - أ - كلية الحقوق جامعة قسنطينة.....117
9. هبة الأجنة البشرية قصد إنجابها من قبل الغير - دراسة مقارنة : أحمد داود رقية أستاذة مساعدة - "أ" - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر.....126

- 10.الوقف وأحكامه على ضوء مدونة الأوقاف والعمل القضائي : أوجيد الحسن طالب باحث في القانون المدني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة بن زهر أكادير.....136
- 11.اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية دراسة في ضوء مستجدات مشروع المرسوم الجديد : يوسف بلشهب حاصل على الماستر في شعبة قانون المنازعات العمومية بكلية الحقوق بفاس باحث في مجال الصفقات العمومية فاعل جمعي.....161
- 12.حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في القانون الدولي لحقوق الإنسان : موايسي بوعلام باحث سنة أولى دكتوراه جامعة وهران.....175
- 13.ماهية الشفيع بين الفكر الشرعي و الفكر القانوني : أسماء تخونني أستاذة مساعدة - أ - جامعة الطارف - الجزائر.....188
- 14.تفويض تسيير المرفق العمومي للمياه : قدور بوضيف باحث بالسنة الأولى دكتوراه في القانون العام أستاذ مؤقت ، بكلية الحقوق ، بجامعة خميس مليانة و بجامعة التكوين المتواصل ، خميس مليانة.....201
- 15.النظام القانوني لمكافحة المؤلف في قانون الملكية الأدبية والفنية : يحي باي خديجة حاصلة على شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال المقارن و تحضر أطروحة الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة وهران - الجزائر.....214
- 16.شروط قبول دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : الأستاذ علي عثمانى كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الأغواط - الجزائر.....226
- 17.حرمة الحياة الإنسانية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (إشكالية تطبيق وتدويل الحريات العامة وحقوق الإنسان) : فضيلة الأستاذ الطاهر يعقر مكلف بتدريس مقياس القانون الدولي العام جامعة خميس مليانة الجزائر.....241
- 18.دور المجتمع المدني في دعم المشاركة السياسية للمرأة في الدول العربية : الأستاذة بولقواس سناء كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد الصديق بن يحي -جيجل- الجزائر.....256
- 19.دور القاضي الإداري في ضمان التوازن بين المتقاضي و الإدارة : خديجة عبد السلام ماجستير في القانون العام المعمق أستاذة متعاقدة بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.....268
- 20.جريمة الغش والتهرب الضريبي في التشريع الجزائري : سويح دنيازاد : ماجستير قانون دستوري ومؤسسات سياسية كلية الحقوق جامعة- باتنة- الجزائر.....275

21. تعليق عن الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة حول رفض دعوى نفي النسب عن طريق تصحيح سجلات الحالة المدنية : نادية شرود باحثة بصف الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية جامعة محمد الأول - وجدة.....294
22. الإجراءات الرقابية على التسريح من العمل ودورها في الحفاظ على الشغل : فضيلة الأستاذ الدكتور بشير هادفي أستاذ محاضر بكلية الحقوق و العلوم السياسية-جامعة تبسة.....298
23. تسوية الملكية العقارية في الجزائر بموجب قانون التحقيق العقاري : الأستاذ حيرش نور الدين طالب السنة الثالثة دكتوراه تخصص القانون الإجرائي قسم القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم.....308
24. صلاحيات صاحب العمل في المجال التأديبي (دراسة على ضوء المادة 73 من تشريع العمل الجزائري) : موكه عبد الكريم أستاذ لدى كلية الحقوق جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، باحث بصف الدكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر.....322

### ➤ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

25. La progression du statut juridique des pays en développement dans le système régissant le commerce international Du G.A.T.T. à l'O.M.C : Mme Saadi Wassila Amel Doctorante à l'école doctorale " droit comparé des affaires" Faculté de droit. Université Belgaid - Oran.....336
26. Les sanctions en matière des pratiques anticoncurrentielles : Nadia Lakli Diplôme magistère en droit des affaires comparé. En préparation d'un doctorat en droit des affaires comparé. - Chercheur au sein de : « laboratoire droit économique et environnement » à l'université d'oran « Algérie ».....359

### ترتيب المقالات يخضع لاعتباراته الفنية

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

# دراسات وأبحاث بالعربية :

## دور أجهزة المراقبة الحديثة في الإثبات الجنائي



❖ من إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور نوفل علي عبدالله الصفو /

دكتوراه في القانون الجنائي / أستاذ القانون الجنائي المشارك في كلية الحقوق في جامعة الموصل حالياً /

رئيس الفرع العام في كلية الحقوق (سابقاً) / محاضر في العديد من الجامعات العراقية وفي جامعة عجمان في دولة الإمارات العربية المتحدة

❖ وفضيلة الأستاذ الدكتور خالد عوني خطاب / دكتوراه في القانون الجنائي

من كلية الحقوق في جامعة الموصل في العراق \_ باحث ومحاضر قانوني

### ABSTRACT :

Proof is considered as one of the most important criminal law subjects and it is regarded as the most applicable one in practical life. It is a procedure work which aims to present the evidence before the specialized authorities in a tangible fact in order to prove accusation against the suspect or clear his side by means of using legislation means. There are three kinds of proof systems: the restricted, the ultimate and the mixed systems. The judge authority in accepting the evidence is influenced by the kind of proof system. Since the purpose of proof is to reach fact, the way to fulfill that is then using means that can suit the type of the crime. The means of proof is everything that is used to prove the fact. The use of the modern technical means has lead to a scientific revolution in the criminal proof field. There has been fear in the fact that using these means may lead to avoid the personal rights.

In this study, we have researched in some of the commonly and used means in numerous countries. The means that have been used in this study are: he DNA, the palatal rugae, the eye print, the voice print, the radar and surveillance cameras. The importance of these modern means has surpassed all other means have been proved to be of high precision. The studies and the scientific experiments have proved the efficiency and the precision of these means which

have almost reached to 97%. This percentage has added authenticity to these means that the court can rely on when issuing the judgment even if there is not any other evidence.

These means are considered legitimate since they do not oppose any lawful principle, which demands rejecting them provided that conditions should be kept. The judge authority is restricted in estimating the scientific value of evidence in monitoring the legality of the procedure and does not extend to estimating the scientific value of evidence because these evidences are scientific consistent facts.

مقدمة :

بما لا شك فيه ان الاثبات في المواد الجنائية هو كل ما يؤدي الى اظهار الحقيقة ولأجل الحكم على المتهم في المسائل الجنائية يجب ثبوت وقوع الجريمة في ذاتها، وهذا يعني اقامة الدليل على وقوع الجريمة وعلى نسبتها الى المتهم، والاثبات من الناحية الجنائية هو النتيجة التي تتحقق باستعمال وسائله وطرقه المختلفة للوصول الى الدليل الذي يستعين به القاضي لاستخلاص حقيقة الوقائع المعروضة عليه وفقا لأحكام القانون.

ولما كان الهدف من الاثبات هو بيان الواقعة المعروضة فانه في سبيل ذلك يستخدم وسائل معينة هي وسائل الاثبات، ووسيلة الاثبات هي كل ما يستخدم في سبيل اكتشاف حالة او مسالة او شخص او شي ما او كل ما يفيد في اظهار عناصر الاثبات المختلفة ونقلها الى المجال الواقعي الملموس، اما عناصر الاثبات او الادلة فهي الوقائع او الظروف او الاشياء التي تكشف عنها وسائل الاثبات من حيث وقوع الجريمة وصحة او نفي حصولها من شخص معين، وهي التي يمكن الاستناد اليها في اصدار الحكم والتي يبني عليها القاضي اقتناعه.

ومن هنا جاءت اهمية هذه الدراسة في التعرف على اجهزة المراقبة الحديثة وتوضيحها وبيان دورها في الاثبات الجنائي من حيث مدى مشروعيتها استخدام هذه الوسائل وسلطة القاضي الجنائي في قبول وتقدير قيمة الادلة المستمدة منها وموقف التشريعات منها، اذ ان السلطة التنفيذية اليوم اصبحت تستخدم بعض وسائل التقدم العلمي في اجراء الرقابة الوقائية، وان هذه الوسائل قد يكون من شأنها المساس بحقوق الافراد وحررياتهم، ذلك ان هذا النوع من الرقابة لم يعد مقتصرًا على الكوادر البشرية \_ كما في انتشار رجال شرطة المرور على الشوارع السريعة او مفارز الشرطة عند مفترقات الطرق \_ بل ان التطور العلمي والثورة التكنولوجية الحديثة قد امدت الاجهزة الامنية بوسائل علمية حديثة تستطيع بواسطتها ان تقوم بهذه المهمة وبدقة عالية، ومنها جهاز كشف السرعة الرادار الذي اصبح من الاجهزة المهمة والضرورية لمراقبة سير المركبات ورصد المخالفات، وكذلك كاميرات التصوير الحديثة والتي بدأت معظم دول العالم باستخدامها للمراقبة، لذلك سنوضح هذه الوسائل في هذا البحث وذلك من خلال تقسيم البحث الى مبحثين وكما يأتي :-

المبحث الأول :- الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة ( الرادار).

المبحث الثاني :- الدليل المستمد من اجهزة التصوير الحديثة ( كاميرات المراقبة ).

المبحث الأول : الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة (الرادار) :

ساهم التطور التكنولوجي في بناء الحضارة الإنسانية الحديثة ، وكان السبب في ذلك التحول الجذري في كل مجالات الإنتاج ، الذي يعدّ الأساس المادي للحياة في المجتمع ، كما أدت هذه التكنولوجيا إلى تغيير المجتمعات التقليدية وجعلها مجتمعات تكنولوجية متطورة تستعين في كافة مفاصل حياتها بما تقدمه التقنية الحديثة من وسائل تساهم في إنجاز مهامها وأهدافها ، كما أثرت التكنولوجيا الحديثة أيضاً على السلوك الإنساني للأفراد وعلى الإدارة والمجتمع أيضاً ، وبالرغم من كل مزايا هذا التطور التكنولوجي اللا محدود ، فإنه ساهم في تقييد الحريات الشخصية للأفراد والمساس بها عن طريق الرقابة وغيرها من وسائل الانتهاك الأخرى للحرية<sup>(1)</sup>.

وبما أن التقنية قد أصبحت على هذا النحو من الانتشار الواسع والاستغلال المنظم من أجل المنافع الإنسانية في مختلف مجالات الحياة ، فقد سعت الدول إلى الأخذ بها من أجل تحقيق أهدافها المتمثلة في تقديم أفضل الخدمات لأفراد المجتمع وتحقيق مصالحهم ولاسيما تلك التي تتعلق بالجانب الأمني والحفاظة على أرواح مواطنيها وما يمثله ذلك من أهمية قصوى لها .

وتعد المخالفات المرورية<sup>(2)</sup> وتحديدًا تجاوز السرعة المقررة ، من أخطر المخالفات تسبباً في حوادث السير المميتة ، ونتيجة لعجز شرطة المرور في بعض الأحيان عن ضبط مثل هذه المخالفات لأسباب قد ترجع إلى نقص الكادر البشري ، أو لعدم تمكن رجل المرور من ملاحظة كافة المركبات المارة على الطريق في آن واحد ، فقد لجأت اغلب الدول اليوم إلى ما قدمته التكنولوجيا الحديثة من وسائل - المتمثلة بأجهزة كشف السرعة - تساعد رجل المرور في تنظيم حركة السير وضبط المخالفات ، وهذه الأجهزة عديدة ومتنوعة أهمها جهاز الرادار والساعة الكهربائية<sup>(3)</sup> ودوائر الاستشعار الكهرومغناطيسية<sup>(4)</sup> ، إلا أن أهمها وأكثرها انتشاراً هو جهاز الرادار وذلك لسهولة استخدامه ودقة نتائجه .

وسوف يقتصر نطاق دراستنا على البحث في دراسة جهاز الرادار من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين تتناول في المطلب الأول ماهية جهاز كشف السرعة (الرادار) بينما سيكون المطلب الثاني لبيان دور جهاز كشف السرعة (الرادار) في الإثبات الجنائي .

(1) د. مبدد الويس ، أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1983 ، ص 1 .  
(2) تعرف المخالفات المرورية بأنها (عدم تقيد مستخدم الطريق بأنظمة وتعليمات المرور ، والوقوع في مخالفة مرورية أو أكثر من المخالفات المدرجة في نظام المرور) . هذال بن هلال العتيبي : آلية تحصيل المخالفات المرورية بالمملكة العربية السعودية ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، 1425 هـ ، ص 163 .

(3) الساعة الكهربائية لتحديد السرعة : هي عبارة عن جهاز يتكون من خرطوم هواء وصندوق تحكم ، يرصفان بشكل مستعرض للطريق أي باتجاه عامودي بالنسبة لاتجاه السيارة ، والمسافة بينهما أما 66 ، 132 قدماً ، فعندما تمر السيارة على الخرطوم الأول ينضغط الهواء بداخله فيشتغل المفتاح الزئبقي المرتبط بالخرطوم فتدور ساعة التوقيت (كهربائياً) وعندما تمر السيارة على الخرطوم الثاني ينضغط الهواء ، فيشتغل المفتاح الثاني ، فتقف ساعة التوقيت ، ويكون الزمن الذي قطعتة هذه الساعة هو الوقت الذي قطعت فيه السيارة المسافة بين الخرطومين ، ثم يحول الجهاز هذه السرعة إلى ميل/ساعة على المقياس المدرج بصندوق التحكم . أنظر : د. حسين محمود ابراهيم : الوسائل العلمية الحديثة في الاثبات الجنائي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص 404 .

(4) يتم تركيب هذه الدوائر تحت الأرض عند النقاطات التي تحتاج لمراقبة مخالفات تجاوز السرعة وقطع الإشارة الحمراء ، وتعمل هذه الدوائر على حاسوب يتم تركيبه في كابينة على جانب الطريق ، وعندما يقوم الحاسب الآلي بمراقبة وضع إشارات المرور ومراقبة دوائر الاستشعار يتم الكشف عن المخالفات . ينظر : د. علي بن ضبيان الرشيد : الضبط الآلي المروري ودوره في الحد من المخالفات ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2008 ، ص 62-63 .



## المطلب الأول : ماهية جهاز كشف السرعة (الرادار) :

يعتبر جهاز كشف السرعة (الرادار) أحد الوسائل العلمية التي أظهرتها التقنية الحديثة في كشف مخالفات السير على الطرق السريعة ، وضبط صورة السيارات المخالفة وقياس سرعتها ليصبح بمثابة محضر منظم بحق المخالف ، وذلك من خلال وضع جهاز الرادار في مكان مناسب على الطريق المراد مراقبة حركة السير فيه<sup>(1)</sup>.

ويستخدم جهاز كشف السرعة (الرادار) للقياس المباشر لسرعة المركبات المارة على الطرق من قبل شرطة المرور ، لضبط حالات مخالفات تجاوز السرعة المقررة على الطريق<sup>(2)</sup>.

وسوف نتطرق لبيان ماهية جهاز كشف السرعة (الرادار) من خلال التعريف بجهاز الرادار وبيان أساسه العلمي ثم نتطرق لبيان أنواع أجهزة الرادار وبعدها سنبين أهم خصائصه في مجال الإثبات الجنائي وكما يأتي :

## الفرع الأول : التعريف بجهاز الرادار وأساسه العلمي :

تعني كلمة رادار (Radar) الحروف الأولى من (Radio Detection and Ranging) أي كشف وتحديد الاتجاه بواسطة الراديو<sup>(3)</sup>.

ويعرف جهاز الرادار بأنه (جهاز يطلق موجات أو أشعة (أياً كان نوعها) باتجاه المركبات القادمة نحو الرادار ، وعندما تصدم الموجات ترتد للجهاز حيث يقوم بحساب المسافة المقطوعة ذهاباً وإياباً واحتساب الزمن المستغرق ومن ثم حساب السرعة)<sup>(4)</sup>.

وتقوم فكرة هذه الوسيلة على إرسال مستمر لحزمة (Beam) من الموجات القصيرة ذات التردد العالي (الميكروويف) نحو المركبات المتحركة ، فعندما تصطدم هذه الموجات بالجسم المتحرك المطلوب كشف سرعته فإنها تنعكس وتعود إلى مصدر إرسالها (الجهاز) ومن ثم قياس التغيير في التردد بين الموجات المنعكسة والموجات المرسله ، إذ يتناسب هذا التغيير طردياً مع سرعة المركبة وسرعة الرادار نفسه ، ومن هذا التغيير يتم قياس السرعة مباشرة<sup>(5)</sup>.

وتستند فكرة عمل الجهاز على أساس أن القانون الفيزيائي حدد (إذا انقطعت تلك الموجات ، أو حدث اختراق لها ، بواسطة جسم متحرك ، تغيرت الترددات بنسبة سرعة الجسم المتحرك) ، وبناءً على هذا التغيير الطارئ على تردد الموجات يتم تحديد سرعة الجسم المتحرك<sup>(6)</sup>.

ويمكن للرادار أن يغطي أكثر من مسار واحد على الطريق في الأرض المنبسطة ، كما يمكنه أن يغطي مدى يتراوح ما بين 2-3 كيلو متر كحد أقصى ، إلا أن المدى المعمول عليه للرادار أقل من ذلك بكثير إذ يصل إلى 500 متر فقط ، وذلك بالاعتماد على العلاقة الطردية ما بين قوة الموجات المنعكسة من جهة والمسافة بين الرادار والمركبة وحجمها من جهة أخرى ، إذ كلما قلت المسافة بين الرادار والمركبة زادت قوة الموجات المنعكسة نحو الرادار ، وكلما

(1) د. مصطفى العوجي : حقوق الانسان في الدعوى الجزائية، ط1، مؤسسة نوفل، بيروت، 1989 ، ص593 .

(2) د. علي بن ضيبيان الرشدي : مصدر سابق ، ص68 .

(3) د. حسين محمود ابراهيم : مصدر سابق ، ص403 .

(4) مصطفى عنبر : أجهزة كشف الرادار ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، موقع جريدة اليوم السابع ، 2010 ، ص1 ، ومتاح على الرابط :

<http://www.youn7.com/news.asp?newsID.244586> تاريخ زيارة الموقع : 2010/2/25 .

(5) د. علي بن ضيبيان الرشدي : مصدر سابق ، ص68 .

(6) د. حسين محمود ابراهيم : المصدر السابق ، ص403 .

كبر حجم المركبة زادت هذه القوة أيضاً، كما يجب عند قياس سرعة السيارة بالرادار أن تبقى السيارة لفترة قصيرة من الزمن (ثانيتين) داخل حزمة الأشعة الموجية الصادرة من جهاز الرادار باتجاه السيارة، حتى يتمكن الجهاز من قراءة سرعتها<sup>(1)</sup>.

أما الأساس العلمي لجهاز الرادار فقد ظهرت فكرة استخدام الموجات الكهرومغناطيسية لكشف الأهداف مع اكتشاف الموجات الكهرومغناطيسية عام 1887م على يد العالم الفيزيائي الألماني هنريتش هيرتز (Heinrich Hertz) والذي اكتشف أن هذه الموجات تنعكس عند اصطدامها بالأجسام المعدنية والعازلة، وفي عام 1903 تمكن المهندس الألماني كريستيان هولسميير (Christian Hulsmeyer) من إجراء تجربة تمكن من خلالها كشف وجود سفينة في البحر ولكن دون تحديد المسافة، وفي عام 1921م تمكن آلبرت هول (Albert Hull) من اختراع أول أشكال الصمام الاليكتروني المسمى بالمجنيترون (Magnetron) وهو مذبذب قادر على توليد ترددات عالية جداً وبقدرة عالية، وفي عام 1922 ظهر أول نظام الرادار طويل المدى نسبياً على يد العالم الإيطالي ماركوني (Marconi)<sup>(2)</sup>، وفي عام 1925م طبق العالمان بریت وتوف أول استخدام للموجات المعدلة نبضياً لقياس ارتفاع طبقة الأيونوسفير، وفي عام 1930 تمكن العالم الأمريكي هايلاند (Lawrence A. Hyland) وهو مهندس في مختبر البحرية الأمريكية من كشف أول طائرة باستخدام ما يسمى بنظام الكشف بالراديو، وكان ذلك الاكتشاف صدفة أثناء العمل على جهاز تحديد الاتجاه، يعمل من سطح طائرة بتردد 33 ميكا هرتز، عندما مرت طائرة أخرى خلال منطقة الأشعة، فلاحظ هايلاند زيادة في مستوى الإشعاع الذي يستقبله، وفي عام 1932 تمكنت البحرية الأمريكية من اكتشاف الطائرات على مسافة تزيد على خمسين ميلاً من موقع الرادار، واحتفظت بسرية هذه الأعمال إلى عام 1933 عندما أعلن مهندسون من شركة Bell أنه أثناء إجرائهم بعض التجارب تمكنوا من اكتشاف الطائرات عن طريق ارتداد الموجات اللاسلكية، مما اضطر البحرية الأمريكية إلى الإعلان عن اكتشافهم السري، والحصول على براءة اختراع باسم كل من تايلور ويونج وهايلاند لنظام اكتشاف الأجسام بواسطة موجات اللاسلكي (System for detecting objects by radio)<sup>(3)</sup>، وفي عام 1934 تمكنت البحرية الأمريكية من تصميم أول رادار نبضي يكشف وجود الطائرات دون تحديد بعدها وكان يعمل على تردد 60 ميكا هرتز وقد وصل مداه إلى أربعين كيلومتر، وفي عام 1935 حصل العالم الإنكليزي واتسون واط (Watson-Watt) على براءة اختراع لرادار يستطيع أن يحدد المسافة، وفي عام 1936 تم اختراع صمام اليكتروني وهو الكلايسترون (Klystron) والذي يستخدم لتوليد وتضخيم الإشارات في نطاق الأمواج الدقيقة والذي لعب مع المجنيترون دوراً كبيراً في تطوير أنظمة الرادار الحديثة، وفي عام 1939 تم اختراع المجنيترون ذي الفجوة على يد المهندسين البريطانيين جون راندال وهاري بوت (John Randall & Harry Boot) وهو قادر على توليد ترددات عالية في منطقة المايكرويف وبقدرة كبيرة جداً تصل إلى مئات الكيلوات ولقد تم خلال الحرب العالمية الثانية تطوير الرادارات بشكل كبير جداً بسبب الحاجة الماسة لها، وفي عام 1954 تم إنتاج أول رادار يعمل بنظام دوبلر الذي يمكنه من تحديد سرعة الأهداف المتحركة، ومع ظهور الحواسيب والمتحكمات الدقيقة ومعالجات الإشارات الرقمية، طرأت على أنظمة الرادار

(1) د. علي بن ضبيان الرشيد: مصدر سابق، ص 69.

(2) د. منصور العبادي: أنظمة الرادار، بحث منشور على شبكة الانترنت، 2010، ص 2. متاح على الرابط: <http://www.4shared.com/get/2x9xscd4-online.html> تاريخ زيارة الموقع: 2010/11/4.

(3) الرادار، بحث منشور على شبكة الانترنت موقع (Al Mogatel)، 2010، ص 1. متاح على الرابط: <http://www.mogatel.com/openshare/behoth/me/miah12> تاريخ الزيارة: 2010/10/5.

تحسينات كثيرة من حيث التحكم بالرادار لغرض متابعة الأهداف ومن حيث القدرة على استخلاص معلومات كثيرة من الإشارات المرتدة عن الأهداف<sup>(1)</sup>.

وفي الوقت الحالي ، يدخل الرادار بوصفه مكوناً أساسياً في معظم نظم التسليح من طائرات أو سفن حربية ، ونظم الإنذار المبكر ، ونظم المراقبة البرية والساحلية ونظام الاستطلاع ، كما تغلغل الرادار في العديد من الوظائف المدنية ، مثل نظام مراقبة الحركة الجوية ، والملاحة للطائرات المدنية والتجارية ، وكذلك تنظيم حركة الملاحة البحرية ، ومن أهم استخدامات الرادار المدنية أيضاً هي مراقبة حالة الطقس والتنبأ بأحواله ، ورسم الخرائط واكتشاف الثروات المعدنية ، وتجمعات المياه الجوفية تحت سطح الأرض ، ومراقبة الحشرات الضارة بالثروات الزراعية وتتبع حركتها من مكان إلى آخر ، ومراقبة اختراقات الحدود والأسوار في جهات الأمن المختلفة ، وكذلك مراقبة حركة المرور وسرعة المركبات على الطرق السريعة<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني : أنواع أجهزة الرادار :

هناك عدة أنواع من أجهزة الرادار منها يستخدم لقياس سرعة المركبات فقط ومنها يستخدم لقياس سرعة المركبات وضبط تجاوز الإشارة الحمراء ، وقد قسمت أنواع أجهزة الرادار على أربعة أنواع وكما يأتي :

1- النوع الأول : وهو جهاز يطلق عليه اسم (Mesta) وهذا النوع من أجهزة الرادار يتم تشغيله يدوياً (Fonctionnement Manual) ، وآلية عمله ، هي عندما تمر السيارة المطلوب قياس سرعتها في الطرق التي تحدد فيها السرعة القصوى بحد معين ، يقوم العامل على الجهاز - مشغل الجهاز - بالضغط على زر معين (المفتاح) ، عندها يقوم الجهاز بقراءة سرعة السيارة ، حيث يظهر رقم سرعة السيارة على شاشة الجهاز ويبقى هذا الرقم - سرعة السيارة - مقروءاً إلى أن يقوم العامل على الجهاز بالضغط على الزر - المفتاح - مرة ثانية ، ثم يقوم هذا العامل بنقل المعلومات التي حصل عليها من الجهاز والمتضمن سرعة السيارة بواسطة جهاز لاسلكي (أو عن طريق أي آلية متفق عليها) إلى زملائه المتواجدين على بعد مسافة معينة منه على نفس الطريق (مجموعة الكمين) ليتولون إيقاف السيارة التي ارتكبت المخالفة<sup>(3)</sup>.

ولهذا الجهاز قدرة تغطية محددة تعتمد مساحتها على قوة الموجات المنعكسة من المركبات التي يستقبلها الرادار ، وكذلك على اختيار التحكم الخاص بالمدى في الجهاز ، إذ يمكن ضبط المدى حسب اختيار المستخدم<sup>(4)</sup>.

2- النوع الثاني من أجهزة الرادار : هو ما يطلق عليه اسم أسبيك (Aspic) وهو اختصار لـ (Appareil de surveillance photographique des infractions aux règles de la circulation) أي جهاز المراقبة الفوتوغرافية للجرائم التي تقع بالمخالفة لقواعد المرور ، وهذا الجهاز يعمل بطريقتين الأولى: نصف أوتوماتيكية وفي هذه الحالة يتولى القائم بتشغيله إبلاغ القراءة التي تظهر على الشاشة لاسلكياً إلى زملائه (الكمين) الذين يتولون عملية إيقاف السيارة المخالفة وسماع أقوال سائقها<sup>(5)</sup>. أما الطريقة الثانية: فهي طريقة أوتوماتيكية إذ يتم تشغيله أوتوماتيكياً (Fonctionnement Auto Matigue) وذلك من

(1) د. منصور العبادي : مصدر سابق ، ص 2 .

(2) الرادار ، المصدر السابق ، ص 3 .

(3) د. جميل عبد الباقي الصغير : أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ، ص 25 .

(4) د. علي بن ضيبان الرشيد : مصدر سابق ، ص 69 .

(5) د. جميل عبد الباقي الصغير : المصدر السابق ، ص 25 .

خلال نصب الجهاز في مكان مناسب على جانب الطريق ليقوم بطريقة أوتوماتيكية بتسجيل سرعة السيارة المخالفة وتصويرها من الخلف - ليلاً أو نهاراً - بدقة تصل إلى 97% ، وذلك عن طريق أشعة راديوكهربائية تصدر من الجهاز وفقاً لمسار مخروطي ضيق جداً يصدم السيارة وينعكس بموجة ترددية مختلفة تتناسب مع سرعة السيارة المتحركة ثم يقوم بتسجيلها - باللون الأسود والأبيض - على صورة فوتوغرافية يظهر عليها المكان والتاريخ والساعة بالدقيقة والثانية ومؤخرة السيارة ورقم لوحها المعدنية وسرعتها لحظة المراقبة<sup>(1)</sup>.

وقد تطورت هذه التقنية التي بدأت قبل نحو ثلاثين عاماً في أوروبا من تقليدية تعتمد على الأفلام التي تحتاج إلى معالجة بواسطة التحميص إلى رقمية تقوم بمعالجة فورية للأرقام وتحويلها فوراً إلى صور فائقة الوضوح ، ويتم ذلك ألياً عبر تقنية حاسوبية متقدمة دون تدخل بشري كما كان الحال في أسلوب التحميص التقليدي ، ويرسل الجهاز المعلومات الرقمية إلى الحاسب الإلكتروني الذي في مقدوره تسجيل المخالفة على مالك السيارة ألياً مما يسرع في عملية رصد المخالفة وتسجيلها والإبلاغ عنها<sup>(2)</sup>.

3- النوع الثالث من أجهزة الرادار هو ما يطلق عليه اسم ترافيباكس (Traffibax) ، وهو جهاز يتم تركيبه على سيارة متحركة والتي تقوم بتتبع السيارة المراقبة ، فسرعة هذه الأخيرة يتم تحديدها مقارنة بسيارة الشرطة<sup>(3)</sup>.

4- النوع الرابع : ليزر الشرطة ويطلق عليه اسم (ليدار Lidar) وهو الاسم المرادف لـ (وحدة كشف الضوء والمدى) ، وآلية عمل هذا الجهاز تتم من خلال إرسال حزمة من شعاع عالي التركيز من ضوء غير مرئي ، ثم يقوم على تحديد سرعة السيارة عن طريق كمية التغيير في الوقت المستغرق لرؤية نبضات الضوء المنعكسة عبر فترة محددة من الوقت ، وقد أجريت على هذا النوع من أجهزة الرادار عدة تطورات، ففي عام 2006 تم تطوير نظام هذا الجهاز ليكون سهل الاستخدام ورخيص الثمن ، وفي عام 2007 أدخل إلى السوق الأوروبية وحدات جديدة من هذا الجهاز غير قابلة للعبث بها أو التشويش عليها<sup>(4)</sup>.

ويعمل الجيل الثالث من ليزر الشرطة في الولايات المتحدة الأمريكية ، وهذا الجيل الأخير يصعب اكتشافه من قبل أجهزة كشف الرادار<sup>(5)</sup> ، وترجع فاعلية استخدام هذا الجهاز إلى مجموعة من العوامل منها لوحة تسجيل السيارة العاكسة (رقم السيارة) ، وألوان الميتاليك والألوان الفاتحة التي تجعل السيارة سهلة الاستهداف بأشعة الليزر ، كما تعد أنوار المصابيح ومبات الوقوف والتشغيل من العاكسات القوية لهذا النوع من الأشعة<sup>(6)</sup>.

وتعمل شرطة المرور البريطانية مؤخراً على تركيب شريحة الكترونية على كل سيارة تسمى بشريحة التعريف للمركبة (Vehicle Identification Unit) وتعمل هذه الشريحة كـ (Transponder) والتي من خلالها يتم ضبط والتعرف على المركبات المخالفة عن طريق التداخلات بينها وبين أجهزة الرادار الثابتة على الطريق

(1) د. جميل عبد الباقي الصغير : مصدر سابق ، ص 25-26 .

(2) د. علي بن ضبيان الرشيدى : مصدر سابق ، ص 75 .

(3) د. جميل عبد الباقي الصغير : المصدر السابق ، ص 26 .

(4) د. علي بن ضبيان الرشيدى : المصدر السابق ، ص 76 .

(5) أجهزة كشف الرادار ، هي أجهزة من شأنها كشف جهاز الرادار وهي على شكلين ، فهي أما نظام متكامل مخفي ، ويتم تركيب هذا النوع بشكل مخفي في شبكة السيارة الأمامية ، ويتم توصيل أسلاك خاصة به ببطارية السيارة ، ومميزته أنه يعمل كنظام متكامل في كشف موجات الرادار كاملة بما فيها أشعة الليزر واعتراضها بأجهزة الاعتراض (Jammers) وتكون السيارة من خلال هذا الجهاز محمية تماماً من أشعة الليزر ، أما النوع الآخر من جهاز كشف الرادار فهو ذو نظام كاشف عادي ، ويكون على شكل جهاز صغير يتم تركيبه على الزجاج الأمامية من السيارة ، حيث يعمل عن طريق استشعار موجات الرادار بما فيها أشعة الليزر ولكنه لا يعترضها ، فتكون المركبة غير محمية من أشعة الليزر ، الأمر الذي يلزم بتركيب جهاز اعتراض أشعة ليزر منفصل . مصطفى عنبر : المصدر السابق ، ص 2.

(6) د. علي بن ضبيان الرشيدى : مصدر سابق ، ص 76 .

(Transmitter Receiver) ، إذ ترتبط هذه الشريحة بالحاسب الآلي الرئيسي التابع لشرطة المرور البريطانية، للإبلاغ ألياً بما يرتكبه سائقوا السيارات من مخالفات مرورية ، ويطمح المسؤولون في وزارة النقل البريطانية إلى تخصيص شريحة عامة لكل سائق يكون بمقدورها الإبلاغ فوراً عن أي مخالفة مرورية جديدة بما فيها مخالفات تجاوز السرعة وقوانين السير ، ويرى المسؤولون في الشرطة البريطانية ، أن خطة تركيب الشرائح الالكترونية على كل سيارة يساهم في مكافحة سرقة السيارات وكذلك ملاحقة سارقي السيارات<sup>(1)</sup>.

ويترتب على ذلك أن إجراء عملية المراقبة باستخدام أجهزة الرادار قد تتم بشكل يدوي أو نصف آلي ، كما قد تتم بشكل أوتوماتيكي بحت ، ففي حالة التشغيل اليدوي أو النصف آلي ، يقوم الشخص المكلف بواجب المراقبة (المشغل) بقراءة البيانات على الشاشة وإرسالها لاسلكياً إلى زملائه الأشخاص المكلفين بإيقاف السيارة المخالفة (الكمين) ، ليقوموا بإيقاف السيارة وتنظيم محضر بالواقعة ، وهذا الأخير عبارة عن نموذج معد سلفاً يتضمن بيانات معينة ، أما في حالة المراقبة الأوتوماتيكية فإن جهاز الرادار يسجل من تلقاء نفسه سرعة السيارة المخالفة وزمنها ومكانها فضلاً عن تصوير السيارة<sup>(2)</sup> ، ومن ثم إرسال المعلومات المدونة (بشكل معلومات رقمية) إلى الحاسب الذي في مقدوره تسجيل المخالفة على مالك السيارة ألياً<sup>(3)</sup>.

ومن خلال استعراض أنواع أجهزة الرادار ، يتضح لنا أن النوع الثاني الذي يعمل بشكل آلي والذي يقوم بالتقاط صورة للسيارة المخالفة بالإضافة إلى قياس سرعتها ، والذي يبين وقت وتاريخ المخالفة على الصورة ، هو الأفضل في الاستخدام ، إذ كلما زادت المعلومات التي يعطيها الجهاز ، أرتفعت القيمة القانونية للدليل المستمد منه ، مع ملاحظة أن هذه الأجهزة تتطور سريعاً ومع كل تقدم تكنولوجي يظهر جيل متطور من أجهزة الرادار.

### الفرع الثالث : خصائص جهاز كشف السرعة (الرادار) :

يمتاز جهاز كشف السرعة (الرادار) بعدد من الخصائص التقنية والوظيفية التي تؤهله لأن يكون وسيلة من الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي لإثبات المخالفات المرورية وتحديد تجاوز السرعة المقررة ، وأهم هذه الخصائص هي<sup>(4)</sup>:

- 1- يعمل الجهاز الحديث بالنظام الرقمي والتصوير الملون وعلى درجة عالية من الوضوح وبدقة تصل إلى 97 %
- 2- أنه يعمل وفق تقنية متطورة في مجال السرعة ، قائمة على أسس علمية دقيقة ، وبالتالي فإنه لا يعتمد في عمله على الاجتهادات الشخصية للمستخدم .
- 3- في مقدور الجهاز العمل على نحو متواصل بلا توقف وعلى قدر عالي من الدقة وبطريقة لا تدع مجالاً للشك في مخالفة قائد السيارة لقوانين المرور .
- 4- يوفر الجهاز كافة البيانات المطلوبة لإثبات المخالفة المرورية ، كالتاريخ والوقت والمكان والسرعة والاتجاه والمسافة والأنظمة الحديثة منها تلتقط الصور أيضاً .

(1) المصدر نفسه ، ص 68 .

(2) د. جميل عبد الباقي الصغير : مصدر سابق ، ص 27 .

(3) د. علي بن ضبيان الرشيد : مصدر سابق ، ص 70 .

(4) د. علي بن ضبيان الرشيد : المصدر السابق ، ص 74-75 ؛ د. جميل عبد الباقي الصغير : المصدر السابق ، ص 25 ؛ د. حسين محمود

إبراهيم : مصدر سابق ، ص 403-404 .

- 5- له القدرة الفائقة على معالجة المعلومات آلياً، وإرسالها إلى جهاز الحاسب الآلي المركزي ليتم تسجيل المخالفة على مالك السيارة وإبلاغه بها في وقت قياسي .
- 6- يعمل الجهاز على تطبيق نظام المرور دون تمييز بين المخالفين ، ويقوم برصد المخالفة وتسجيلها على جميع المركبات المخالفة دون استثناء وبغض النظر عن شخصية المخالف .
- 7- يغني إلى حد كبير عن وجود رجل المرور في الشارع ، ومن ثم يساعد في التغلب على نقص الإمكانيات البشرية .
- 8- يؤثر مع مرور الوقت على سلوك سائقي السيارات ويزيد من إدراكهم العام للالتزام بتطبيق قوانين المرور والتقييد بالسرعة المقررة .
- 9- استخدام الجهاز يقلل من عدد الحوادث المرورية وما ينجم عنها من وفيات وإصابات، كما يقلل من عدد المطاردات عالية السرعة والمواقف الخطرة لرجال المرور عند القيام بواجباتهم وما ينجم عنها من أضرار مادية عامة أو خاصة .

### المطلب الثاني : دور جهاز كشف السرعة في الإثبات الجنائي :

أتاح استخدام جهاز كشف السرعة (الرادار) القيام بالعديد من الأعمال التي كان يصعب من قبل إنجازها بسهولة في مجال رصد المخالفات المرورية وتحديد تجاوز السرعة المقررة وضبطها، إذ كان في السابق يعتمد على رجل المرور في كشف هذه المخالفات وضبطها، سواء من خلال خبرته في تحديد سرعة السيارة، أم من خلال ملاحقة السيارة المراقبة بسيارة الشرطة ليتم معرفة سرعة السيارة الأولى من خلال سرعة سيارة الشرطة، والحقيقة مهما يكن لرجل المرور من خبرة في هذا المجال فإنه لا يستطيع تحديد سرعة السيارة المخالفة تحديداً دقيقاً، كما أن أسلوب الملاحقة بسيارة الشرطة - وإن كان يعطي نتائج قد تصل إلى نسبة عالية من الدقة - لا يخلو من الخطورة أو التسبب بحوادث قد تكون كارثية، أو على أقل احتمال قد يسبب هذا الأسلوب إرباكاً في السير ومضايقة السيارات المارة نتيجة المطاردات عالية السرعة .

لذلك لجأت معظم الدول إلى الاستفادة من هذه التكنولوجيا الحديثة التي ساهمت وبشكل فعال في الحد من هذه المخالفات وكشفها في حالة وقوعها، وبذلك وفرت على رجل المرور خطورة المطاردات، وهذا ما أثبتته الدراسات المتخصصة في هذا المجال .

فقد أجرت جامعة ليدز في بريطانيا عدة دراسات في هذا الشأن للأعوام 1999-2001 أتضح منها أن استخدام أجهزة الرادار لها تأثير إيجابي في عمليات الضبط المروري، ففي الدراسة الأولى التي أجرتها الجامعة عام 1999 بعنوان (مراجعة فوائد استخدام الأجهزة الالكترونية لضبط السرعة) خرجت بتوصيات منها أن النظام الالكتروني لضبط السرعة هو الأفضل، إذ ثبتت فاعليته في تقليل الحوادث وأن استخدام الأنظمة التقليدية قد لا يعطي الانطباع الصحيح لمدى السرعة، أما في عام 2000 فقد أجرت الجامعة دراسة بعنوان (السرعة والأمان باستخدام الكاميرا الرادارية لضبط السرعات على الشوارع السريعة لمنطقة برتش كولومبيا) وقد خرجت الدراسة بعدة توصيات أهمها: أن النظام الآلي (الالكتروني) قد قلل السرعة بما يعادل 8.2 كم/ساعة في الطرق المراقبة بأجهزة الرادار مما أدى إلى تقليل الحوادث بنسبة 14% نتيجة لذلك<sup>(1)</sup>.

(1) د. علي بن ضبيان الرشيدى : مصدر سابق ، ص 18-19 .

وفي دراسة أخرى أجرتها الجامعة المذكورة عام 2001 بعنوان (حساب تأثير كاميرا المراقبة) فقد انتهت الدراسة إلى أن وجود أجهزة الرادار في الطرق أثبتت جدوى كبيرة عملياً وإحصائياً<sup>(1)</sup>.

والسؤال هنا ، إذا كان لجهاز الرادار هذا الدور الوقائي الملحوظ في الحد من المخالفات وبالتالي التقليل من حوادث السير والإصابات ، فما هو دوره في الإثبات الجنائي؟

يمكن القول بأن دور جهاز الرادار في الإثبات الجنائي يتمثل في الكشف عن المخالفة وضبطها أي رصد المخالفة وتسجيلها ليكون ما يتم تسجيله دليل إثبات على تجاوز السيارة المراقبة للسرعة المقررة ، وللوقوف على حقيقة هذا الدور فإن ذلك يتطلب البحث في مشروعية وحجية الدليل المستمد من جهاز الرادار .

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين حيث سنتناول في الفرع الأول مشروعية الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة (الرادار) ، أما في الفرع الثاني فسنبحث في حجية الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة (الرادار).

### الفرع الأول : مشروعية الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة (الرادار) :

إذا كان المشرع قد أعطى للقاضي حرية البحث عن الحقيقة من أي دليل يراه صالحاً لإثباتها في القضية المعروضة أمامه ، فإنه في نفس الوقت قيد هذه الحرية باشتراط تأسيس الحكم على دليل قد تم الحصول عليه بإجراء قانوني مشروع وغير مخالف للأحكام المنصوص عليها في القانون وإلا كان الحكم معيباً يستوجب بطلانه ، فيجب أن يكون الدليل الذي يستند إليه القاضي في حكمه مستمداً من إجراء صحيح ، إذ لا يجوز له أن يؤسس حكمه على دليل لحقه عيب يبطله كون بطلان الإجراء المستمد منه الدليل يترتب عليه بطلان الدليل ذاته تطبيقاً للقاعدة القانونية (ما بني على باطل فهو باطل)<sup>(2)</sup>.

لذلك فإن البحث في مشروعية الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة (الرادار) يقتضي البحث في مشروعية استخدام جهاز الرادار ذاته .

إذ آثار جهاز كشف السرعة (الرادار) خلافاً فقهيّاً حول مشروعية استخدامه ، فقد ذهب رأي إلى معارضة استخدام هذا الجهاز وحجتهم في ذلك أن هناك عدة مشاكل أو معضلات قد تثار بشأن استخدام جهاز كشف السرعة أهمها :

أولاً- الاعتقاد بأن الهدف من استخدام أجهزة كشف السرعة هو الربح المادي أكثر من استخدامها من أجل السلامة المرورية ، وهذا قد يؤدي إلى فقدان الدعم الشعبي لها ، من خلال تصورات الشبح الضريبي لعمل هذه الأجهزة .

ثانياً- الإفراط في التركيز على مخالفة السرعة قد يؤدي إلى إهمال أنواع أخرى من المخالفات المرورية ومنها القيادة تحت تأثير الكحول .

(1) المصدر نفسه ، ص 18 .

(2) سما عون سيد أحمد : قواعد الإثبات الجنائي ومدى تطبيقها على جرمي الزنا والسياسة في حالة سكر ، مذكرة تخرج مقدمة الى المعهد الوطني للقضاء الجزائري ، 2004 ، ص 25 .

ثالثاً- إن استبدال دوريات شرطة المرور بأجهزة المراقبة يؤدي إلى انشغال شرطة المرور بأمر خارج نطاق اختصاصهم<sup>(1)</sup>.

رابعاً- استخدام أجهزة كشف السرعة ينطوي على اعتداء على حقوق الإنسان التي كفلتها الإعلانات العالمية والدساتير المحلية وذلك من خلال تقييدها للحرية الشخصية لسائقي المركبات بسرعة محددة.

خامساً- إن هذه الأجهزة ذات فاعلية محدودة في التأثير على السرعة ولاسيما عند وضعها في مكان ثابت ، وذلك من خلال قيام سائقي السيارات بتقليل السرعة عند وصولهم أجهزة الرادار، ومن ثم العودة إلى السرعة العالية بعد الخروج من مداه ، أو من خلال الابتعاد عن هذه الأجهزة باستخدام الطرق البديلة غير المراقبة بأجهزة الرصد وهذا بدوره سوف يكون له تأثير سلبي على السلامة المرورية إذ سيؤدي إلى زيادة الحوادث على الطرق البديلة أو زيادة الحوادث من خلال التقليل المفاجئ للسرعة عند الاقتراب من جهاز الرادار<sup>(2)</sup>.

سادساً- الاعتقاد بأن الزيادة القليلة في السرعة أكثر من الحد المقرر (مثلاً من 5كم-10كم) لا تزيد من خطورة السرعة والتأثير على القيادة بأمان.

سابعاً- الضبط الآلي لا يتيح الفرصة للمخالف شرح ظروف وملابسات الحادث وأسباب ومبررات ارتكاب المخالفة .

ثامناً- الضبط الآلي لا يحدد سائق السيارة المخالف .

تاسعاً- الضبط الآلي قد يؤدي إلى التأخير في إخطار السائق بالمخالفة .

عاشراً- عدم الموثوقية بالنتائج التي يعطيها جهاز الرادار والمتعلقة بسرعة السيارة المخالفة<sup>(3)</sup>.

(1) Helen Wells : Speed Cameras. 2004, p.4.

متاح على الرابط : <http://Parliament.uk/documents/post/postpn218.pdf>.  
تاريخ زيارة الموقع : 2010/11/19 .

(2) Misty A. Boos ; Speed cameras as a tool to radar road fatalities, 2009,p.3.  
متاح على الرابط : <http://vtrc.virginiadot.org/rsb/RSb23.pdf>.

تاريخ زيارة الموقع : 2010/9/25

(3) Golden beld, CH : Publiek draagvlak voor verkeersveiligheic en. Veiligheid smaats regelen. 2003, p.2. cited by : Amanda Delaney, Heather ward, Max Cameron. The History and Development of Speed Camera use, 2005, p.10.  
متاح على الرابط : <http://monash.edu/muarc/reports/muarc242.pdf>.  
تاريخ زيارة الموقع : 2010/11/4 .



بينما ذهب رأي ثاني - وهو الراجح - إلى مشروعية استخدام جهاز الرادار ، ولكن وفق ضوابط معينة أشار إليها جانب من الفقه<sup>(1)</sup> ، وتضمنتها أيضاً العديد من القرارات القضائية<sup>(2)</sup> ، وأهمها :

- 1- يجب الفحص قبل البدء بعملية المراقبة للتأكد فيما إذا كان الجهاز يعمل بصورة صحيحة من عدمه .
  - 2- كفاءة القائمين على تشغيل الجهاز ، إذ يلزم أن يكونوا مدربين ومؤهلين تأهيلاً كاملاً على التعامل مع هذه الأجهزة .
  - 3- يجب تركيب الجهاز في موقع مناسب بحيث لا يكون هناك ما يحجب الرؤية - كالمنعطفات أو الأشجار - كما لا يجوز وضعها في مكان يؤثر على انسيابية الحركة المرورية في الموقع المراقب .
  - 4- وجوب خضوع الجهاز للفحص والاختبار السنوي ، للتأكد من صلاحية عمله وفق الشروط والمواصفات الفنية .
- وقد استند أصحاب هذا الرأي في موقفهم إلى الأسانيد الآتية :

- 1- إن استخدام الرادار يقتصد في استخدام القوة العاملة ، وأن جهاز واحد يمكن أن يغني عن عدد من رجال المرور ، كما أنها تحمى من التدخل البشري في عملية المراقبة والابتعاد عن الاجتهادات الشخصية<sup>(3)</sup> .
- 2- يؤدي استخدامها إلى انخفاض معدل السرعة وبالتالي انخفاض مستوى الحوادث وما ينجم عنها من إصابات وأضرار في الأموال نتيجة السرعة التي تعدّ السبب المباشر في وقوع الحوادث<sup>(4)</sup> .

(<sup>1</sup>) Amanda Delaney, Heather Ward, Max Cameron, Op. Cit., p.13; Helen Wells, Op. Cit., p.2 ; Admissibility of Radar Evidence Need for Legislation,

: الرابط <http://www.wcl.american.edu/journal/Lawrevol5/Lipshultz.pdf>.

تاريخ زيارة الموقع 2010/11/4 .

وكذلك : د.جمال عبد المحسن عبد العال : نحو إستراتيجية وطنية لتقليل الحوادث المرورية ، المؤتمر الوطني الأول للسلامة المرورية ، السعودية - الرياض ، 1418 هـ ، ص 90 ؛ د. عبد الرحيم بن حمود الزهراني : دور التقنيات الحديثة في التقليل من المخالفات المرورية ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، السعودية - الرياض ، 1425 هـ ، ص 333 ؛ د. حامد عمر البار : الإشارات المرورية وتأثيرها على المخالفات المرورية ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، السعودية - الرياض ، 1425 هـ ، ص 367 ؛ د. سعد بن عبد العزيز المبيض ود. نضال تيسير رطروط : أثر تقنين السرعة في المخالفات المرورية ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، السعودية - الرياض ، 1425 هـ ، ص 418 ؛ عبد الرحمن بن عبد الله المقبل : استخدام الكاميرات في ضبط المخالفات المرورية في مدينة الرياض ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، 1925 هـ ، ص 287 ؛ محمد بن حمدان العتيبي: تسجيل المخالفات المرورية وحفظها آلياً ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، السعودية - الرياض ، 1425 هـ ، ص 438 ؛ مطلق بن ناصر الهماش : المخالفات المرورية من واقع المرور ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، السعودية - الرياض ، 1425 هـ ، ص 97 .

(<sup>2</sup>) Wisconsin in Supreme Courtraling " State of Wisconsin v Lawrence. Hanson (1978 wi). 270 NW. 2d212 ; Ohio Court of Appeals Ruling, "States of Ohio v Wilcox (1974)"; Minnesota Supreme Court Raling " States V Gerdes. (1971/NW) 191.NW.2d428".

هذه القرارات متاحة على الرابط :

[Http://copradar.com/preview/chapt10/ch10d4.html](http://copradar.com/preview/chapt10/ch10d4.html).

تاريخ زيارة الموقع 2010/11/4 .

Arrêté du 6 Janvier 1991, Jo.2 Février 1991, p.1743; Crim., 4 Février 1980, C.P.1980, 2, p. 587; Crim., 16 Mars 1994, Lexilaser casspourvoi No 9284529: CA. Rennes, 9 Février 1990, G.P. 1992,1, Somm., p. 203.

أشار إليها : د. جميل عبد الباقي الصغير : مصدر سابق ، ص 40 وما بعدها .

(<sup>3</sup>) Amanda Delaney, Heather Ward, Max Cameron : Op. Cit., p.17.

(<sup>4</sup>) Misty A. Boosi, Op. Cit., p.3;

عبد الرحمن بن عبد الله المقبل : مصدر سابق ، ص 287 .

3- تعد هذه الأجهزة وسيلة تقي رجال المرور من خطورة ملاحقة السيارات المخالفة وما قد ينجم عنها من حوادث ، كما تعمل على رفع مستوى الوعي لدى سائقي السيارات<sup>(1)</sup> ، وتحثهم على الالتزام بالأنظمة المرورية بصفة عامة<sup>(2)</sup> .

4- تعطي هذه الأجهزة نتائج ذات دقة عالية في قياس سرعة السيارة المخالفة الموضوعة تحت المراقبة بدرجة لا تدع مجالاً للشك في عدم مخالفة قائد السيارة لقوانين المرور<sup>(3)</sup> . واستخدامها كدليل ملموس في إثبات المخالفة<sup>(4)</sup> .

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من أن استخدام جهاز كشف السرعة إجراءً مشروعاً ، وأن الحجج أو المشاكل التي أثارها أصحاب الرأي الأول والمتمثلة في بعض المعضلات التي قد تواجه عمل جهاز الرادار ، يمكن معالجة البعض منها وتفنيد البعض الآخر من خلال المناقشة التالية ، وكما يلي :

أولاً- إن الاعتقاد بأن الهدف من استخدام أجهزة كشف السرعة (الرادار) هو الربح أكثر من استخدامها من أجل السلامة المرورية ، وأن هذا الاعتقاد يؤدي إلى تصورات الشبح الضريبي لدى المجتمع ، اعتقاد خاطئ ويمكن معالجته من خلال التوعية المرورية ، والإعلان بأن الهدف الأساسي من استخدام هذه الأجهزة هو تحقيق السلامة المرورية أولاً وتطبيق النظام المروري على أحسن وجه ، وأن الإيرادات التي تحصل عليها الإدارة من خلال ضبط المخالفات نتيجة استخدام هذه الأجهزة والمتمثلة في الغرامات ، هي ليست إيرادات ضريبية وإنما هي عقوبة تضمنتها أغلب التشريعات المرورية<sup>(5)</sup> ، إذ أن التوعية المرورية تعد إحدى الوسائل التي تلجأ إليها إدارات المرور ضمن برامجها في إدارة السلامة العامة لنشر الوعي المروري من خلال برامج معدة لهذا الغرض<sup>(6)</sup> ، فالتوعية المركزة تحدث أثراً لدى مستقبلها ، وأن نسبة كبيرة من الجمهور العام تؤثر فيهم رؤية صورة أو رسم لحادث مروري تأثيراً دائماً ، وأن التعامل مع وسائل الإعلام في هذا الصدد لا بد من الأخذ بالاعتبار أن هناك عدداً من الأبعاد التي يمكن من خلالها نشر التوعية المرورية وهي : البعد الأخلاقي والبعد الاجتماعي ، والبعد الاقتصادي ، والبعد الديني ، والبعد التربوي ، والبعد الأمني ، والبعد السياسي ، إذ أن الأخذ بهذه الأبعاد يؤثر في كل شريحة من شرائح المجتمع ، طبقاً للبعد أو الأبعاد التي يترجح أن تؤثر التوعية في أفرادها<sup>(7)</sup> .

ثانياً- أما القول بأن التركيز على مخالفة السرعة قد يؤدي إلى إهمال أنواع أخرى من المخالفات المرورية ، يُرد عليه بأن المنهج العلمي لمعالجة مشكلة المخالفات المرورية ، يستوجب النظر في المخالفات المرورية الأكثر خطورة ومعالجتها أولاً ومن بعد ذلك يتم النظر في المخالفات الأخرى وبحسب درجة الخطورة ، وفي هذا السياق فإن أخطر المخالفات المرورية المسجلة في تسبب الحوادث على الطرق هي مخالفة تجاوز السرعة النظامية وتجاوز الإشارة الحمراء ، وأن معالجة هاتين المخالفتين كفيل بأن يؤدي إلى خفض أعداد الحوادث المرورية وما ينجم

(1) Misty A. Boosi, Op. Cit., p.11.

(2) د. عبد الرحيم بن حمود الزهراني : مصدر سابق ، ص 333 .

(3) د. حسين محمود ابراهيم : مصدر سابق ، ص 404 .

(4) عبد الرحمن بن عبد الله المقبل : مصدر سابق ، ص 292 .

(5) أنظر الفقرة 26 من الملحق (أ) من قانون المرور العراقي رقم 86 لسنة 2004 ؛ وكذلك : المادة (30) من قانون السير الأردني رقم 49 لسنة 2008 ؛ والمواد من 65-74 من قانون المرور القطري رقم 13 لسنة 1998 والمادة 66 من قانون المرور الجزائري المرقم 1-14 لسنة 2001 المعدل بالقانون رقم 9-3 لسنة 2009 .

(6) أمين عبد الحميد سعيد وعلي صالح الغماس : دور الإدارة العامة للمرور في مجال التوعية المرورية ، المؤتمر الوطني الأول للسلامة المرورية ، السعودية - الرياض ، 1418 هـ ، ص 207-208 .

(7) د. حمود عبد العزيز البدر : فعالية التوعية المرورية للحد من الحوادث ، المؤتمر الوطني الأول للسلامة المرورية ، السعودية - الرياض ، 1418 هـ ، ص 190 .

عنهما من إصابات ووفيات ، إلا أن هذا لا يعني إغفال المخالفات الأخرى أو غض النظر عنها . بل يجب ردها والتقليل منها ، مما سيؤثر بشكل مباشر على سلوكيات القيادة على الطرق والتقاطعات ، مما يؤدي إلى ارتفاع مستوى السلامة المرورية بشكل عام<sup>(1)</sup> .

ثالثاً- أما القول بأن استبدال دوريات شرطة المرور بأجهزة المراقبة يؤدي إلى انشغال شرطة المرور بأمور خارج نطاق اختصاصهم ، يرد عليه بأن مخالفة تجاوز السرعة النظامية تعتبر السبب الأول والأكثر خطورة في الحوادث على الطرق ومما لا شك فيه أن إدارة المرور لا تتمكن من وضع رجالها في كل أجزاء شبكة الطرق ، لذلك لجأت العديد من الدول إلى الاستفادة من التقنيات الحديثة لمراقبة تجاوز السرعة النظامية من خلال استخدام أجهزة كشف السرعة<sup>(2)</sup> ، لمساندة رجال المرور في رصد المخالفات المرورية ودعم الكادر البشري القائم عليها<sup>(3)</sup> .

رابعاً- إن القول بأن استخدام جهاز الرادار ينطوي على اعتداء على الحرية الشخصية لسائقي السيارات ، يرد عليه بأن القانون هو الذي يعنى بتنظيم الحريات وتقييدها من أجل تحقيق مصلحة المجتمع ، كما أن السلطة التنفيذية وما لديها من سلطة في مجال الضبط الإداري لها صلاحية إصدار القرارات التنظيمية التي قد تقيّد فيها بعض حريات الأفراد من أجل المحافظة على النظام العام<sup>(4)</sup> ، وأن جهاز الرادار ما هو إلا عبارة عن جهاز إلكتروني منظم للعمل وفق برنامج معين وهو الكشف عن سرعة المركبات<sup>(5)</sup> ، وأن قانون المرور هو الذي يعنى بتنظيم السير وفرض العقوبات على مخالفة قواعده ، كما تخول بعض قوانين المرور السلطة الإدارية في تحديد سرعة المركبات على الطرق وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة<sup>(6)</sup> ، وبناءً على ذلك لا يمكن التسليم بالقول بأن استخدام جهاز الرادار ينطوي على اعتداء على الحريات الشخصية لسائقي السيارات .

خامساً- أما القول بأن فاعلية أجهزة كشف السرعة محدودة التأثير على السرعة وأن وضعها في مكان ثابت قد يكون له تأثير سلبي على السلامة المرورية ، يرد عليه بأن النتائج الموثقة لبعض المدن تشير إلى أن استخدام هذه التقنية كان له أثر ملموس في تقليل المخالفات بمعدل متوسط يقارب 40% ، كما أدى ذلك إلى تحسين مستوى السلامة المرورية إذ انخفضت الحوادث بمعدل متوسط يقارب 20% ، وتشير الدراسات إلى تزايد استخدام التقنيات الحديثة في أنواع أخرى من المخالفات المرورية نظراً للتطور التقني المستمر في مجال التكنولوجيا<sup>(7)</sup> . أما من حيث تلافي تأثيره السلبي عند وضعه في مكان ثابت ، فقد اعتمدت معظم الدول على وضع أجهزة الرادار في مكان خفي مع وضع تنبيهات متكررة على الطريق تشير إلى أن الطريق مراقب بالرادار ، وهذا الإجراء يبعد صبغة الخلسة في رصد المخالفة إذ تتصف عندها بالعلانية طالما أنه أعلن عن الرصد تكرراً ، هذا

(1) د. عبد الرحيم بن حمود الزهراني : مصدر سابق ، ص 315 .

(2) المصدر نفسه ، ص 330 .

(3) د. علي بن ضبيان الرشيد : مصدر سابق ، ص 71 .

(4) نعم أحمد محمد الدوري : القرارات التنظيمية في مجال الضبط الإداري ورقابة القضاء عليها ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2003 ، ص أ .

(5) د. حسين محمود إبراهيم : مصدر سابق ، ص 403 .

(6) ينص القسم (34) من قانون المرور العراقي رقم (86) لسنة 2004 على (لوزير الداخلية أو من يخوله قانوناً إصدار البيانات والتعليمات عند الضرورة لتطبيق أحكام هذا القانون) . ويقابلها المادة (50) من قانون المرور الأردني رقم (49) لسنة 2008 ؛ والمادة (66) من نظام المرور السعودي رقم 85 لسنة 1428 هـ ، والمادة (69) من قانون السير والمرور الإماراتي رقم 21 لسنة 1995 .

(7) د. عبد الرحيم بن حمود الزهراني : مصدر سابق ، ص 313 .

من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الإجراء سيقيد السائق ويشده إلى الالتزام بالسرعة المقررة على طول الطريق<sup>(1)</sup>.

سادساً- إن الاعتقاد بأن الزيادة القليلة في السرعة لا تزيد من خطورة القيادة بأمان، اعتقاد خاطئ إذ أن قوانين الفيزياء تنص على أنه كلما كانت سرعة الاصطدام كبيرة، كلما زادت كمية الطاقة الحركية المنقولة إلى جسم المركبة والركاب، وبالتالي يكون تأثير الاصطدام كبير<sup>(2)</sup>، أي أن العلاقة بين سرعة المركبة وخطورة الاصطدام علاقة طردية كلما زادت السرعة ازدادت الخطورة والعكس صحيح، ففي عام 1990 خفضت فرنسا السرعة في المناطق الحضرية من 60 كلم/ساعة إلى 50 كلم/ساعة ونتج عن ذلك أن انخفضت نسبة الحوادث بمقدار 3% خلال سنتين من تخفيض السرعة<sup>(3)</sup>.

سابعاً- أما ما ذهب إليه هذا الرأي من أن الضبط الآلي لا يتيح الفرصة للمخالف شرح ظروف وملابسات المخالفة، يمكن الرد عليه بأن أغلب قوانين المرور قد أعطت الحق للمخالف من تقديم الاعتراض أمام الجهات المختصة للطعن بالمخضّر المحرر ضده، وإن تباينت المدد المقررة من قانون إلى آخر فعلى سبيل المثال، منح قانون المرور العراقي الحق للمخالف بالاعتراض على قرار الحكم بالمخالفة المفروضة عليه لدى لجنة الاعتراض المشكلة في دائرة المرور المختصة وقيّد هذا الحق بمدة أسبوعين من تاريخ المخالفة وبمضي هذه المدة يسقط حق المخالف بالاعتراض<sup>(4)</sup>. في حين منح قانون المرور السعودي للمخالف حق الاعتراض على محضر الضبط أمام المحكمة المختصة، وذلك خلال 30 يوماً من تاريخ تحرير المخالفة، ما لم يكن للمخالف عذر تقتنع به المحكمة من تقديم الاعتراض، فإذا تقدم مرتكب المخالفة بطلب الاعتراض بعد مضي المدة المقررة فإن هذا الاعتراض سوف يخضع لتقدير المحكمة في قبوله من عدمه<sup>(5)</sup>.

ثامناً- أما القول بأن الضبط الآلي لا يجدد سائق السيارة المخالفة، يرد عليه بأن المخالفة المضبوطة عبر هذا الجهاز تسجل على السيارة لا على السائق لذا فإن الجهة المختصة في ذلك تعطي فرصة لمالك السيارة، إذا لم يكن يقودها لحظة ضبط المخالفة بإثبات هوية السائق الآخر لتسجيل المخالفة عليه<sup>(6)</sup>. وهذا ما تبنته أغلب قوانين المرور<sup>(7)</sup>، ومن ناحية أخرى فقد ذكرنا أن جهاز كشف السرعة الرادار ليس نوعاً أو جيلاً واحداً وإنما هناك عدة أنواع أو أجيال من هذا الجهاز وأن الجيل الحديث منها يعمل على التقاط صورة للسيارة المحددة موضعاً فيها وقت وسرعة السيارة لحظة التقاط الصورة، كما يمكن لهذا الجهاز من التقاط صورة للسائق المخالف فضلاً عن صورة السيارة، فقد سمحت بعض الدول بالتقاط صورة للسائق المخالف وبالتالي عدته المسؤول عن المخالفة، بينما منعت دول أخرى التقاط الصورة للسائق حفاظاً على سرية المعلومات والحماية الشخصية

(8) د. مصطفى العوجي: مصدر سابق، ص 593.

(1) د. سعد عبد العزيز المبيض ود. نضال تيسير رطوط: مصدر سابق، ص 398.

(2) المصدر نفسه، ص 402.

(3) القسم (20) من قانون المرور العراقي رقم 86 لسنة 2004.

(4) المادة (75) من نظام المرور السعودي رقم 85 لسنة 1428 هـ.

(5) د. علي بن ضبيان الرشيد: مصدر سابق، ص 70.

(6) تنص المادة 75 من قانون المرور القطري رقم 13 لسنة 1998 على (يعتبر مالك المركبة أو حائزها، أو من يتولى إدارتها أو استغلالها مسؤول مسؤولية كاملة عن أي مخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات المنفذة له، ما لم يقدم دليلاً مقبولاً عن أن الذي يسوق المركبة وفق وقوع المخالفة شخصاً آخر فضلاً عن تقديم جميع البيانات اللازمة للإرشاد عنه)؛ وفي ذات الاتجاه ذهب قانون== المرور الأردني الجديد، رقم (49) لسنة 2008 في المادة (31 فقرة 6) وقانون المرور الجزائري رقم 309 لسنة 2009 في المادة

لحقوقه ، وبالتالي جعلت المسؤولية تقع على مالك المركبة<sup>(1)</sup>. وفيما يلي جدول يبين موقف بعض الدول من استخدام هذا النوع من الأجهزة وكيفية التقاط الصورة ، ومن هو المسؤول عن المخالفة<sup>(2)</sup>.

### جدول يبين موقف بعض الدول من استخدام أجهزة كشف السرعة :

ت	الدولة	كيفية أخذ الصورة	من هو المسؤول عن المخالفة
1.	النمسا	خلف المركبة	السائق/المالك
2.	المملكة المتحدة	خلف المركبة	السائق/المالك
3.	هولندا	خلف المركبة	مالك المركبة
4.	فنلندا	مقدمة المركبة + وجه السائق	السائق
5.	الدنمارك	مقدمة المركبة + وجه السائق	السائق
6.	النرويج	مقدمة المركبة + وجه السائق	السائق
7.	السويد	مقدمة المركبة + وجه السائق	السائق

وهنا قد يثار السؤال التالي ، هل يعد التقاط الصورة لسائق السيارة إجراءً مشروعاً ؟ أم يعد اعتداءً على الحقوق الشخصية وبالتالي لا يعد مشروعاً ؟ الرأي الراجح أن الشخص يملك حقاً مطلقاً على صورته . ولا يمكن لأي شخص أن يتصرف فيها دون موافقته ، إذ أن طبع أو نشر الصورة يولد حقاً لصاحبها في التعويض ، ولكن هذا الأمر لا يمتد إلى صورة شخص يمارس نشاطاً عاماً أو هو في مكان عام ، عندئذ يصبح نشر الصورة ممكناً دون تصريح منه

بل وحتى ضد رغبته<sup>(3)</sup>. وسنتناول هذا الحق بشكل أكثر تفصيلاً عند البحث في مشروعية المراقبة بأجهزة التصوير الحديثة في المبحث القادم .

تاسعاً- أما القول بأن الضبط الآلي قد يؤدي إلى التأخير في إخطار السائق بالمخالفة ، فإنه يمكن الرد عليه بأن التقنية الحديثة في مجال الاتصالات قد أثبتت كفاءتها في نقل المعلومات ، وأن الواقع العملي قد برهن عكس هذا التصور ، فتجربة إمارة دبي على سبيل المثال تبين دقة هذه الأجهزة في نقل المعلومات إذ أدخلت إدارة المرور العامة في إمارة دبي منذ مطلع عام 2008 كاميرا الهاتف الجوال (الموبايل) في تسجيل بيانات المخالفة المرورية وتصويرها ومن ثم يقوم المسؤول عن الجهاز بعملية إرسال المخالفة مباشرة مع الصورة الملتقطة إلى قاعدة البيانات في المديرية العامة للمرور ، حيث تسجل المخالفة على المركبة فور وصول الرسالة ، وفي نفس الوقت يقوم النظام المروري الآلي بدوره بإرسال رسالة نصية قصيرة (SMS) عن تسجيل تلك المخالفة إلى رقم الهاتف المسجل لمالك المركبة في قاعدة بيانات النظام المروري لإخطار مالك المركبة بالمخالفة التي سجلت على مركبته ،

(7) د. علي بن ضبيان الرشيد : مصدر سابق ، ص 70 .

(8) د. عبد الرحيم بن حمود الزهراني : مصدر سابق ، ص 326 .

(1) د. مبدر الويس : مصدر سابق ، ص 8 .

واعتربت مديرية المرور العامة أن المخالفات التي يتم أخذها بواسطة هذه الآلية في حكم المخالفات الحضورية وعلى مالكي المركبات إشعار دائرة المرور بكل ما يستجد لديهم من بيانات أو يحدث تغير فيها<sup>(1)</sup>.

عاشراً- أما القول بعدم موثوقية النتائج التي يعطيها جهاز الرادار والمتعلقة بالسرعة، فإنه يمكن الرد عليه بأن هذه الأجهزة تعمل وفق قوانين علمية ثبت صحتها والاعتراف بها في الوسط العلمي<sup>(2)</sup>، وأن التجارب العملية لهذه الأجهزة قد أعطت نسبة عالية من الدقة في النتائج التي تعطيها هذه الأجهزة في تحديد سرعة الأجسام المتحركة والتي تصل إلى 97%<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة لموقف التشريعات المرورية، فقد ذهبت أغلب قوانين المرور الحديثة إلى مشروعية استخدام أجهزة كشف السرعة من أجل تطبيق نظام المرور على أعلى مستوى وتحقيق أكبر قدر ممكن من السلامة المرورية، من خلال الاستفادة من التقنية الحديثة، للحد من المخالفات المرورية وضبطها عند وقوعها، إلا أن مواقفها تباينت من حيث تنظيم عملية استخدام هذه الأجهزة، إذ أن بعض القوانين قد أشارت إلى استخدام هذه الأجهزة بشكل عام دون ذكر شروط وضوابط استخدامها، ومنها قانون المرور العراقي الجديد، إذ نص على أن النتائج التي يتم الحصول عليها من أجهزة رصد المخالفات تعد من أدلة الإثبات<sup>(4)</sup>. وفي ذات الاتجاه كان موقف المشرع الإماراتي، إذ بينت اللائحة التنفيذية للمخالفات والغرامات المتبعة في دولة الإمارات، والتي جعلت عقوبة مخالفة تجاوز السرعة التي يتم ضبطها آلياً بواسطة جهاز الرادار غرامة مالية قدرها 200 درهم إماراتي، دون أن يتضمن هو الآخر شروط وضوابط استخدام أجهزة كشف السرعة<sup>(5)</sup>، وكذلك الحال بالنسبة لموقف المشرع السعودي، إذ نص هو الآخر على حجبية محاضر الضبط الآلي دون ذكر ضوابط وشروط تنظم عملية المراقبة الآلية<sup>(6)</sup>، ولم يختلف موقف المشرع الأردني عن سابقه، إذ لم يتضمن قانون السير الأردني شروط وضوابط استخدام أجهزة كشف السرعة واكتفى بإيراد تعريف لأجهزة قياس السرعة<sup>(7)</sup>، وبيان حجبية البيانات والصور الصادرة عن أجهزة المراقبة المرورية<sup>(8)</sup>. أما المشرع الجزائري فقد نص على أن استخدام الأجهزة التي من شأنها الكشف عن أجهزة الرادار والتشويش عليها جريمة ويعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة من (20.000 إلى 50.000) دينار جزائري<sup>(9)</sup>. كما تبنى تعريف جهاز الرادار، دون أن يوضح ضوابط أو شروط استخدامه<sup>(10)</sup>.

في حين نجد أن بعض القوانين ومن ضمنها القانون الأسترالي قد نظم عملية المراقبة الآلية في قانون المرور والنقل العام المرقم (1) لسنة 2005 والمعدل بالقانون رقم (46) لسنة 2005<sup>(11)</sup>، والذي تضمن عدد من

(2) د. علي بن ضبيان الرشيد: مصدر سابق، ص 102.

(1) د. حسين محمود إبراهيم: مصدر سابق، ص 403.

(2) د. جميل عبد الباقي الصغير: مصدر سابق، ص 25.

(3) ينظر القسم رقم (29) من قانون المرور العراقي رقم 86 لسنة 2004.

(4) ينظر اللائحة التنفيذية لقانون السير والمرور الإماراتي رقم 21 لسنة 1995 والصادرة من وزارة الداخلية عام 1995.

(5) ينظر المادة 1/3/73 و4 من نظام المرور السعودي رقم 85 لسنة 1428 هـ.

(6) ينظر المادة (2) من قانون السير الأردني رقم 49 لسنة 2008.

(7) ينظر المادة (44) من قانون السير الأردني.

(8) ينظر المادة (84) من قانون المرور الجزائري رقم (14-1) لسنة 2001، والمعدل بالقانون (3-1) لسنة 2009.

(9) ينظر المادة (2) من قانون المرور الجزائري رقم (14-1) لسنة 2001 المعدلة بالمادة (3) من الأمر رقم (3-1) لسنة 2009.

(10) القانون متاح باللغة الانكليزية على الرابط:

الضوابط منها ما يتعلق بالجهاز ذاته قبل استخدامه ومنها ما يتعلق بآلية استخدامه ، ففيما يتعلق بالضوابط أو الشروط الواجب مراعاتها قبل استخدام الجهاز هي :

أولاً- إجراء الاختبار على الجهاز للتأكد من أنه يلي المعايير التالية :

- 1- التأكد من أن الجهاز مطابق للمواصفات التي قدمتها الشركة المصنعة .
  - 2- التأكد من أن الجهاز يعمل بشكل صحيح ووفق معايير الشركة المصنعة من حيث السرعة في الأداء والدقة في النتائج .
- ثانياً- على القائم بالاختبار أن يقدم تقريراً يتضمن المعلومات التالية :
- 1- إعطاء رقم مرجعي لتحديد التقرير .
  - 2- تاريخ الاختبار .
  - 3- اسم وعنوان المختبر أو الشخص الذي أجرى الاختبار .
  - 4- إعطاء عدد أو رمز للجهاز الذي تم اختباره من أجل تحديده .
  - 5- ذكر أي نتائج أخرى يتم ملاحظتها أثناء الاختبار ، أو أي تعليق من قبل القائم بالاختبار<sup>(1)</sup> .
- ثالثاً- ربط شهادة اختبار لجهاز قياس السرعة صالحة لمدة اثنا عشر شهراً<sup>(2)</sup> .

أما الشروط التي تطلبها القانون عند استخدام جهاز كشف السرعة ، فهي :

- 1- يجب أن يكون مشغل الجهاز أحد أعضاء الشرطة .
- 2- يجب على مشغل الجهاز اختبار الجهاز في بداية ونهاية كل نوبة (واجب) والتأكد من صلاحيته للعمل وفق معايير الشركة المصنعة .
- 3- استخدام الجهاز بمحاذاة مكان الاختبار<sup>(3)</sup> .

نخلص مما تقدم إلى أن التوجه الغالب في الفقه والقضاء والقانون المقارن قد أقر بمشروعية استخدام أجهزة كشف السرعة في إثبات المخالفات المرورية المتعلقة بتجاوز حدود السرعة ، إذا ما روعيت ضوابط أو شروط استخدامها ، وهذا يعني إذا تم مراعاة شروط أو ضوابط استخدام هذه الأجهزة فإنه لا يوجد ما يحول دون الاعتراف بمشروعيتها ومشروعية النتائج التي تعطيها هذه التقنية وقبولها كأدلة في الإثبات ولاسيما في إثبات المخالفات المرورية المتعلقة بتجاوز حدود السرعة المقررة .

(1) المادة (A5) من قانون المرور والنقل العام الاسترالي .

(2) المادة (B25) من قانون المرور والنقل العام الاسترالي .

(3) المادة (A7) من قانون المرور والنقل العام الاسترالي .

## الفرع الثاني : حجية الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة (الرادار) :

تخضع محاضر الضبط التي تحرر عقب عملية المراقبة الآلية (أوتوماتيكي أو نصف أوتوماتيكي) للقواعد العامة في الإثبات شأنها في ذلك شأن المحاضر العادية في إثبات المخالفات والقاعدة العامة في المواد الجنائية أن للقاضي حرية تقدير الوقائع التي ترد بالأوراق والمحاضر المختلفة المتعلقة بالدعوى وله أن يكون اقتناعه بوقوعها أو عدم وقوعها ملتجئاً في ذلك إلى جميع طرق الإثبات ، إلا أن القانون قد أورد استثناءً على هذه القاعدة بأن جعل لبعض المحاضر حجية في إثبات الوقائع التي وردت بها دون أن يكون للقاضي الحق في مناقشتها أو التدليل على عدم وقوعها إلا بقيود معينة ومن هذه المحاضر التي أضفى المشرع عليها هذه الحجية محاضر المخالفات<sup>(1)</sup>، فقد نصت اغلب القوانين على عدها حجة بالنسبة للوقائع التي اشتملت عليها ، ومنها قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة (1971) إذ نص في المادة (221) على أنه (تعتبر المحاضر والتقارير والكتب الرسمية التي يجرها الموظفون والمستخدمون المختصون في المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي اشتملت عليها وللمحكمة أن تتخذها سبباً للحكم في المخالفة دون أن تكون ملزمة بالتحقيق عن صحتها ، ومع ذلك فللخصوم أن يثبتوا عكس ما ورد فيها)<sup>(2)</sup>.

ويشير الفقه إلى أن العلة من هذا النص أن المخالفات وقائع بسيطة ولا تحتاج إلى أن تخضع المحاضر التي تثبتها للقواعد العامة ، فضلاً عن أنه من الصعوبة بمكان توافر دليل آخر عليها ، فإذا لم يعترف المشرع لها بهذه الحجية فإن المخالفات التي تثبتها لن يوقع عليها في الغالب عقاب ، فضلاً عن أن هذه المحاضر منظمة من قبل موظفون مختصون بإثبات هذه المخالفات ، ويتعين أن يكونوا موضع ثقة بالنسبة لما يدونوه فيها من بيانات<sup>(3)</sup>.

واعتبار هذه المحاضر حجة تدخل في سلطة المحكمة التقديرية ، بمعنى أنها لا تلتزم بإعادة تحقيق ما جاء بها<sup>(4)</sup>، بل لها أن تتخذها سبباً للحكم دون إجراء التحقيق في الجلسة ، إلا أن هذه الحجية ليست مطلقة بل قابلة لإثبات العكس<sup>(5)</sup>، وهذا ما يقصد بحجية هذه المحاضر ، إذ ليس معنى هذه الحجية أن القاضي ملزم بالأخذ بما مدون في المحاضر ، بل له أن يطرح المحاضر جانباً حتى ولو لم يطعن فيه بالتزوير أو أثبت ذوي المصلحة عكس ما ورد به ، إلا أن القاضي إذا رأى عدم الأخذ بما جاء بالمحاضر فإنه في هذه الحالة يجب عليه بيان الأسباب التي استند إليها في طرح الحجية التي أضفاها القانون على ما ثبت بها من وقائع والقول بغير ذلك من شأنه أن يعدم القيمة القانونية للنص سالف الذكر<sup>(6)</sup>.

(1) كما أضفى ذات الحجية على محاضر الجلسات ، انظر : د. مأمون محمد سلامة : قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه واحكام النقض، ط1، دار الفكر العربي ، مصر، 1980 ، ص865 وما بعدها ؛ د. محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط2، دار النهضة العربية، مصر ، 1982 ، ص496 ؛ د. محمود محمود مصطفى : شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط9، دار مطابع الشعب، 1964 ، ص406-407 .

(2) تقابلها المادة (301) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (150) لسنة 1950 المعدل بالقوانين رقم 2007/74 و 2007/153 التي تنص على أنه (تعتبر المحاضر المحررة في مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي يثبتها المأمرون المختصون إلى أن يثبت ما ينفىها) . والمادة (231) من قانون الإجراءات الجنائية لدولة قطر رقم (23) لسنة 2004 التي تنص على أنه (تتقيد المحكمة بما مدون في المحاضر المحررة في قضايا المخالفات ، بالنسبة للوقائع التي يثبتها مأمورو والضبط القضائي ، إلى أن يثبت ما ينفىها) .

(3) د. محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص496 ؛ د. السيد محمد حسن شريف : النظرية العامة للإثبات الجنائي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ، ص277 .

(4) د. محمود محمود مصطفى : مصدر سابق ، ص406 .

(5) د. محمد حسين الحمداني ود. نوفل علي الصفو : مبدأ الاقتناع القضائي ، مجلة الراافدين للحقوق، مجلد1، السنة 10، العدد24، 2005 ، ص259-260 .

(6) د. مأمون محمد سلامة : مصدر سابق ، ص865 .



وهذه الحجية تشمل كافة محاضر المخالفات وتسري على جميع مواد المخالفات بغير استثناء<sup>(1)</sup>، إلا أن أوسع تطبيقاتها تظهر في تنظيم المرور، لذلك نصت أغلب القوانين الخاصة بتنظيم قواعد المرور على هذا الاستثناء في نصوصها.

إذ نص قانون المرور العراقي الجديد على أن (للمحاكم أن تعتمد الصور والبيانات والقرارات المأخوذة بواسطة وسائل فحص مقياس درجة السكر وأجهزة رصد المخالفات وكذلك مخطط محل الحادث الذي ينظمه رجل المرور الذي لا تقل رتبته عن رتبة (ضابط صف))<sup>(2)</sup>.

والملاحظ على هذا النص عدم دقة صياغته القانونية إذ جاء بعبارة عامة (للمحاكم أن تعتمد ... ) ولم يبين حجية نتائج الوسائل التي ذكرها في إثبات المخالفات خلاف لما جاء في بعض القوانين المقارنة المشار إليها، والتي نصت على حجية محاضر الضبط الآلي بصورة صريحة، كما أنه قد ضمن النص محاضر مخطط محل الحادث، وهذه الأخيرة لا شأن لها في إثبات المخالفات وكان الأولى أن يورد لها نص خاص بها، إذ أن مجال أعمالها في حوادث المرور وليس في المخالفات المرورية، لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل القسم (29) من قانون المرور ليكون على الوجه الآتي:

(تعد الصور والبيانات المأخوذة بواسطة وسائل فحص ومقياس درجة السكر وأجهزة رصد المخالفات بينة في الإثبات، وللمحكمة أن تتخذها سبباً للحكم دون أن تكون ملزمة بالتحقيق عن صحتها وللخصوم أن يثبتوا عكس ما ورد فيها).

وبهذا الشكل يكون النص أكثر اتساقاً من حيث الصياغة القانونية، وأكثر تناسقاً مع نص المادة (221) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

والتساؤل الذي يثار هنا، ما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمة الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة؟

وضحنا سابقاً أن هذه الأجهزة تعطي نتائج عالية في الدقة تصل إلى 97% في تحديد سرعة المركبات، وأن هذه النتائج مستندة إلى أسس علمية صحيحة ومعترف بها في الوسط العلمي، وهذا يعني أن هذه النتائج ذا قيمة قانونية عالية وتصلح كأدلة مادية في إثبات المخالفات المرورية المتعلقة بتجاوز الحد المقرر للسرعة، كما أنها تعد من الأدلة العلمية والرأي الراجح في هذا الشأن هو وجوب التمييز بين أمرين: الأول القيمة العلمية القاطعة للدليل والأمر الثاني هو الظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل، فتقدير القاضي لا يتناول الأمر الأول وذلك لأن قيمة الدليل في هذه الحالة تقوم على أسس علمية دقيقة، ولا سلطة للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة، أما الظروف أو الملابسات التي وجد فيها هذا الدليل فإنها تدخل في نطاق تقديره الذاتي، فهذا من طبيعة عمله<sup>(3)</sup>.

(1) د. عمرو عيسى الفقي: ضوابط الإثبات الجنائي، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1999، ص152.

(2) القسم (29) من قانون المرور العراقي الجديد رقم 86 لسنة 2004. وتقابلها المادة (4/3/73) من نظام المرور السعودي رقم (85) لسنة 1428هـ التي تنص على أنه (تعتبر الوقائع المثبتة في محضر الضبط أو الضبط الآلي حجة حتى يثبت العكس)؛ والمادة (44/ب) من قانون السير الأردني رقم (49) لسنة 2008 التي تنص على أنه (تعتبر البيانات والصور الصادرة من أجهزة الرقابة المرورية بينة مقبولة في الإجراءات القضائية إذا كانت الصورة تحتوي على رقم لوحة المركبة ومكان وجودها ووقت ارتكاب المخالفة ما لم يثبت عكس ذلك)؛ وكذلك المادة (205/ب) من قانون السير والمركبات السوري رقم (31) لسنة 2004 المعدل بالمرسوم رقم (11) لسنة 2008 التي تنص على أنه (تعتبر الوثائق الصادرة باستخدام أجهزة التصوير التي تعمل بصورة يدوية أو آلية بينة فنية مقبولة في كل إجراء قضائي إذا احتوت الصورة أثناء التقاطها رقم لوحة المركبة ومكان وجودها وتاريخ ووقت ارتكاب المخالفة).

(3) د. هلال عبد الله أحمد: النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص1168.

وأن تفسير مبدأ القاضي خبير الخبراء ، ليس معناه أن يتنازع القاضي في قيمة ما يتمتع به الدليل العلمي من قوة استدلالية قد استقرت بالنسبة له وتأكدت من الناحية العلمية ولكن هذا المبدأ ينطبق على الملابس والظروف التي أحاطت بهذا الدليل وعلى ذلك فالقاضي هو الخبير الأعلى بالنسبة لهذه الظروف أو الملابس ، فهو الأقدر على فهمها وعلى تقديرها وحملها على المحمل السليم والصحيح في الدعوى ، بحيث يكون في مقدوره أن يطرح مثل هذا الدليل - رغم قطعيته من الناحية العلمية - وذلك عندما يجد أن وجوده لا يتسق منطقياً مع ظروف الواقعة وملابسها<sup>(1)</sup>.

وقد يتساءل البعض عما إذا كان هناك فرق من حيث الحجية بين محاضر المراقبة الآلية وبين المحاضر التي تنظم بشكل يدوي - في حالة المراقبة النصف آلية - عند استخدام أجهزة كشف السرعة في ضبط المخالفات المرورية؟

في الحقيقة ليس هناك فرق في الحجية بالنسبة للمحاضر التي تتم بصورة آلية أو بالنسبة التي تتم بشكل يدوي ، إذ لم تفرق القوانين<sup>(2)</sup> بين هذين النوعين من المحاضر التي تستند إلى أجهزة كشف السرعة ، بل أن بعض القوانين<sup>(3)</sup> قد نصت على المساواة بين هذه المحاضر صراحةً ، ومن أجل توضيح هذه المحاضر سنحاول بيان حجية كل منها وما قد يعترضها من مشاكل وسبل معالجتها وكما يلي :

#### أولاً- المراقبة الآلية :

في حالة المراقبة الآلية ، فإن جهاز كشف السرعة سوف يسجل تلقائياً على صورة فوتوغرافية أو رقمية (كليشية) سرعة السيارة المخالفة وزمانها ومكانها ومؤخرة السيارة أو مقدمتها - بحسب موقع التصوير والنظام المتبع في الدولة - بما فيه رقم لوحة التسجيل المعدنية وصورة السائق - عندما يكون التصوير من الأمام - ، وفي هذه الحالة تعتبر الصورة (الكليشية) المعدة بهذه الطريقة بمثابة محضر يتضمن كافة العناصر المادية للجريمة ويمثل الدليل الموضوعي اللازم للاقتناع القضائي<sup>(4)</sup>.

(1) د. هلالى عبد الله احمد : النظرية العامة للإثبات الجنائي ، مصدر سابق ، ص 1168 .  
(2) ينظر : القسم (29) من قانون المرور العراقي رقم 86 لسنة 2004 . وكذلك المواد (4/3/73) من نظام المرور السعودي رقم (85) لسنة 1428 هـ ؛ (44/ب) من قانون السير الأردني رقم (49) لسنة 2008 ، (205/ب) من قانون السير والمركبات السوري رقم (31) لسنة 2004 المعدل بالمرسوم رقم (11) لعام 2008 ، سألقة الذكر .  
(3) ينظر : المادة (205/ب) من قانون السير والمركبات السوري .  
(4) د. جميل عبد الباقي الصغير : مصدر سابق ، ص 26-27 .

إلا أنه أهم ما يثار بهذا الشأن هو عندما لا تتضمن الصورة (الكليشية) صورة السائق أي عندما تكون الصورة المأخوذة للسيارة المخالفة من الخلف ، ففي هذه الحالة سوف تقتصر حجية هذه الصورة على إثبات المخالفة فقط دون تحديد السائق المخالف ، وهذا ما دعا إلى القول بأن التسجيل الأتوماتيكي لا تكون له قيمة حيث لا يتم التحقق من شخص السائق<sup>(1)</sup>.

لذلك تصدت بعض التشريعات لمثل هذا الأثر بالنص على أن مالك المركبة هو المسؤول عن كافة المخالفات المرورية التي ترتكب بواسطة السيارة العائنة له ، فقد نص قانون المرور القطري على أنه (يعتبر مالك المركبة أو حائزها ، أو من يتولى إدارتها أو استغلالها مسؤولاً مسؤولاً كاملة عن أي مخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية أو القرارات المنفذة له ما لم يقدم دليلاً مقبولاً عن أن الذي كان يسوق المركبة وقت وقوع المخالفة شخص آخر ، فضلاً عن تقديم جميع البيانات اللازمة للإرشاد عنه)<sup>(2)</sup>. وفي ذات الاتجاه ذهب المشرع العماني إذ نص على أن (يكون مالك المركبة أو المرخصة باسمه أو حائزها أو المسؤول عنها ، مسؤولاً مسؤولاً كاملة عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون أو اللوائح والقرارات المنفذة له ، ما لم يثبت أن من كان يقود المركبة وقت وقوع المخالفة شخصاً آخر، على أن يلتزم بتقديم المعلومات الكافية للإرشاد عنه)<sup>(3)</sup>. أما المشرع الأردني فقد نص على أنه (لا يجوز إجراء معاملة على رخصة المركبة إلا بعد تسديد جميع غرامات مخالفات السير المترتبة عليها إذا كانت متعلقة بالصلاحيّة الفنية للمركبة أو مخالفة غيابية لا يعرف مرتكبها)<sup>(4)</sup>.

والملاحظ على هذه النصوص أنها عالجّت الموضوع من ناحيتين ، الأولى أن هذه النصوص عدّت أن عائدية السيارة قرينة قانونية على قيام مالك المركبة بارتكاب المخالفة ، والثانية ، أن هذه النصوص قد نقلت عبء الإثبات من سلطة الاتهام إلى مالك المركبة وجعلت على عاتق الأخير إثبات من كان يقود السيارة وقت ارتكاب المخالفة ، وهذا يعد استثناء على قاعدة حمل سلطة الاتهام عبء الإثبات .

وتكمن العلة من هذه النصوص أن المشرع قد اقر لهذا النوع من المحاضر حجية خاصة بحيث يتعين على القضاء أن يسلم بما أثبت فيها ، ويعني ذلك إعفاء سلطة الاتهام من عبء الإثبات وتحميل المتهم عبء إثبات العكس<sup>(5)</sup>.

واستناداً لذلك يمكن القول بأن هذه النصوص قد عززت من القيمة القانونية للدليل المستمد من جهاز كشف السرعة في إثبات مخالفة تجاوز السرعة المقررة من خلال معالجتها لما قد يكون سبباً في استبعاد هذا الدليل .

(1) د. جميل عبد الباقي الصغير : مصدر سابق ، ص 26-27 .

(2) المادة (75) من قانون المرور القطري رقم (13) لسنة 1998 .

(3) المادة (39) من قانون المرور العماني رقم (28) لسنة 1993 .

(4) المادة (46/د) من قانون السير الأردني رقم (49) لسنة 2008 .

(5) د. محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص 433 .

## ثانياً- المراقبة النصف آلية أو المراقبة اليدوية :

أما في حالة المراقبة اليدوية ، فإن على مأمور الضبط القضائي المسؤول عن جهاز كشف السرعة أن ينظم محضراً بكافة الإجراءات التي يقوم بها عند ضبط المخالفة مبيناً فيه الوقت والمكان<sup>(1)</sup>.

فالمحضر الذي يتم تنظيمه من قبل القائم بالعمل على الجهاز عقب المخالفة وبعد أن يتمكن من استيقاف السيارة المخالفة - ويحدث ذلك عندما تكون المراقبة متحركة ، كما في حالة وضع جهاز الرادار في سيارة الشرطة - والذي يدون فيه سرعة السيارة بالاستناد إلى قياس جهاز الرادار لها ، وساعة ومكان ارتكاب المخالفة ، وهوية السيارة من خلال لوحات التسجيل المعدنية، فضلاً عن هوية السائق المخالف الذي يقود السيارة ، فإن المحضر بالنسبة لكل هذه المسائل يكون له حجية في إثبات المخالفة إلى أن يثبت العكس<sup>(2)</sup>.

والحكمة من تقرير هذه الحجية لمحاضر المخالفات هي رغبة القانون في تمكين القاضي من الاعتماد عليها دون حاجة إلى إجراء تحقيق نهائي فيها بما يقتضيه ذلك من سماع الشهود من جديد ضناً بوقت المحكمة والشهود من أن يضع في تحقيق وقائع بسيطة<sup>(3)</sup>.

وأهم ما يثار بشأن حجية الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة في حالة المراقبة اليدوية ، مسألتين هما : الأولى : في حالة عدم التمكن من إيقاف السيارة والتعرف على هوية السائق - وهذه الفقرة تم مناقشتها عند البحث في حالة المراقبة آلياً ووضحنا كيف أن بعض التشريعات قد عاجلت هذه المسألة بنصوص قانونية - ، أما الثانية ، فهي حالة المراقبة اليدوية والتي تكون من خلال وضع الجهاز في مكان ثابت وتشكيل مفرزة كمين على بعد مسافة معينة لتتلقى هذه الأخيرة الإشارة من المسؤول عن الجهاز عن مواصفات السيارة المخالفة لتقوم هذه القوة بإيقاف السيارة وتنظيم محضر المخالفة بذلك .

ففي هذه الحالة ، فإن أفراد قوة الضبط الذين يقومون بتحرير المحضر لم يتحققوا بأنفسهم من ارتكاب المخالفة ، إذ أنهم تلقوا البلاغ بصورة غير مباشرة عن طريق الشخص المسؤول عن الجهاز - الذي أبلغهم (بطريقة ما) بقراءته لشاشة الجهاز ، كما أن مأمور الضبط الذي يتحقق من ارتكاب المخالفة باستخدام جهاز الرادار لا يشترك في تحرير المحضر الذي يتم عقب عملية المراقبة ولا يقوم بالتوقيع عليه ، لبعد المسافة ما بين النقطة الثابتة للرادار وموقع قوة الكمين<sup>(4)</sup>.

(1) تنص المادة (41) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 على أنه (أعضاء الضبط القضائي مكلفون في جهات اختصاصهم بالتحري عن الجرائم ... ، وعليهم أن يثبتوا جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر موقعة منهم ومن الحاضرين يبين فيها الوقت الذي اتخذت فيه الإجراءات ومكانها ويرسلوا الإخبارات والشكاوى والمحاضر والأوراق الأخرى والمواد المضبوطة إلى قاضي التحقيق فوراً) . ويقابلها المادة (24) من قانون الإجراءات الجنائية المصري ، والمادة (91) من قانون الإجراءات الجنائية اليمني رقم 13 لسنة 1994 .

(2) تنص المادة (221) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 على أنه (تعتبر المحاضر والتقارير والكتب الرسمية التي يحررها الموظفون والمستخدمون المختصون في المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي اشتملت عليها وللمحكمة أن تتخذها سبباً للحكم في المخالفة دون أن تكون ملزمة بالتحقيق عن صحتها ، ومع ذلك فللخصوم أن يثبتوا عكس ما ورد فيها) . ويقابلها المادة (301) من قانون الإجراءات المصري والتي تنص على (تعتبر المحاضر المحررة في مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي يثبتها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها) .

(3) د. عمرو عيسى الفقي : مصدر سابق ، ص153 .

(4) د. جميل عبد الباقي الصغير : مصدر سابق ، ص29 .

والسؤال هنا ، ما مدى حجية المحضر غير الموقع من الشخص المسؤول عن الجهاز؟ وهل بانتفاء حجية هذا المحضر تنتفي تبعاً لذلك حجية ما مدون به من وقائع؟ وبعبارة أخرى ، هل أن انتفاء حجية المحضر يمتد إلى الدليل الذي تضمنه والمتمثل في قراءة جهاز الرادار لسرعة السيارة المخالفة؟

يذهب الرأي الراجح إلى أنه طالما أن من قام بإعداد المحضر عقب عملية المراقبة لم يتحقق مما دونه في المحضر من وقائع بنفسه ، وإنما تم ذلك من خلال البلاغ الذي تلقاه من القائم بالعمل على الجهاز ، وأن هذا الأخير لم يشترك في تحرير هذا المحضر ولم يوقع عليه، فإنه ليس لهذا المحضر أية حجية في الإثبات<sup>(1)</sup>.

إذ أن حجية المحضر ، تقتصر على ما يحرره الموظف المختص من وقائع مادية متعلقة بالمخالفة التي عاينها بنفسه ، أما الوقائع التي يذكرها رواية عن الغير ، فلا حجية للمحضر بشأنها<sup>(2)</sup>.

كما أن من شروط صحة المحضر أن يكون صادراً من موظف مختص بتحريره ومؤرخاً وموقعاً عليه منه<sup>(3)</sup>.

فالتوقيع على محضر المخالفة يعد أحد البيانات الجوهرية ، لأنه يدل على شخص محرر المحضر وصفته ومعرفة ما إذا كان مختصاً بتحرير المحضر من عدمه ، كما أن التوقيع على المحضر يضفي عليه الصفة الرسمية التي يستمد منها قيمته في الإثبات ، فضلاً عن أن التوقيع يعني الإقرار بصحة البيانات المثبتة في المحضر<sup>(4)</sup>.

فالمحضر لا يكتسب الحجية إلا إذا كان مستوفياً لشروطه ، وغير ذلك مما تستلزمه القوانين واللوائح ، فإذا صدر المحضر ممن لا يملك تحريره كان المحضر باطلاً ومن ثم لا تكون له حجية في الإثبات ويتعين على المحكمة أن تجري التحقيق في الجلسة ، إلا أن هذا لا يعني أن بطلان المحضر لا يترتب عليه عدم قبول الدعوى ، إذ أن المحضر ليس شرطاً لرفع الدعوى العامة ، وإنما تكون الدعوى مقبولة ويمكن إثبات وقوع المخالفة بحق المتهم بكافة طرق الإثبات<sup>(5)</sup>.

حيث أن دور المحضر يقتصر على مجال الإثبات ، ومن ثم فلا شأن له بشروط قبول الدعوى ، فإذا رفعت الدعوى من أجل مخالفة لم يحرر في شأنها محضر ، أو كان المحضر الذي محرر في شأنها باطلاً ، كانت الدعوى مقبولة ، ويمكن أن يتبع في إثباتها القواعد العامة<sup>(6)</sup>.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنح Nimes ، بأنه طبقاً للمادة 537 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي يمكن إثبات المخالفة بشهادة الشهود في حالة عدم تحرير محاضر بها ، ففي هذه القضية قامت المحكمة باستدعاء الشرطي المسؤول عن تشغيل جهاز كشف السرعة ، للإدلاء بشهادته ، وقضت في هذه الواقعة بالإدانة بناءً على هذه الشهادة ، على أساس أن الدليل قد توافر بها<sup>(7)</sup>.

(1) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

(2) د. محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص 497-498 .

(3) د. عمر عيسى الفقي : مصدر سابق ، ص 153 .

(4) د. جميل عبد الباقي الصغير : مصدر سابق ، ص 31 .

(5) د. محمود محمود مصطفى : مصدر سابق ، ص 407 .

(6) د. محمود نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مصدر سابق ، ص 497 .

(7) Nimes, 21 November 1918.

أشار إليه : د. جميل عبد الباقي الصغير : المصدر السابق ، ص 39-40 .

نستنتج من ذلك بأن بطلان الخضر لعدم استيفائه لشروط صحته، لا ينال من حجية الدليل المستمد من جهاز كشف السرعة (الرادار)، ما دام بالإمكان تقديم هذا الدليل إلى المحكمة بكافة طرق الإثبات الأخرى بما فيها الشهادة.

### المبحث الثاني: الدليل المستمد من أجهزة التصوير الحديثة (كاميرات المراقبة):

تسعى الأجهزة الأمنية في جميع دول العالم إلى تحقيق هدف أساسي ورئيسي وهو منع الجريمة وضبطها بشتى السبل والوسائل الممكنة والمشروعة، وهي بهذا لا تستطيع أن تظل بعيدة عن التطور العلمي في مكافحة الجريمة، فالنهضة العلمية والتطور الكبير في علوم الجريمة فرضت على هذه الأجهزة ضرورة أن تكون خططها وأساليبها على درجة كبيرة من التطور للاستجابة للمتغيرات العصرية التي تحدث في دنيا الجريمة والجرم، فالتقدم الاجتماعي والثقافي والعلمي قد أحدث تطوراً ملحوظاً في عقلية المجرم ومكنه من ارتكاب جريمته بسهولة، ثم إخفاء معالمها لذلك لجأت معظم دول العالم اليوم ومن أجل تحقيق أمنها والحفاظة عليه إلى الاستفادة من التقدم العلمي في مجال التصوير وما أحدثته الثورة التكنولوجية من تطور هائل في تقنيات كاميرات التصوير وتوظيفه في المجال الأمني للعمل على الحد من الجريمة وكشفها عند وقوعها، وهو ما يعرف بأسلوب المراقبة بواسطة كاميرات المراقبة.

إن استخدام هذه الوسائل من قبل الأجهزة الأمنية يعد ضرورة لا غنى عنها لممارسة مسؤوليتها في كشف الجريمة والتعرف على الجاني وتقديم الدليل ضده، وهو ما يمثل هدفاً استراتيجياً لها في إطار السياسة الجنائية المتكاملة لحفظ الأمن والنظام وتحقيق سيادة القانون في المجتمع<sup>(1)</sup>.

ومن أجل الوقوف على حقيقة هذه الوسائل وما ينجم عنها من دليل فإننا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، سنتناول في المطلب الأول ماهية التصوير ثم سنخصص المطلب الثاني لدور الدليل المستمد من أجهزة التصوير الحديثة (كاميرات المراقبة) في الإثبات الجنائي.

#### المطلب الأول: ماهية التصوير بكاميرات المراقبة:

لقد حقق التصوير جملة من المنجزات التي خدمت الإنسانية وأستطاع أن يختصر الكثير من الجهد والوقت بحكم الافتراضات الحقيقية التي حققها في شتى ميادين العلوم والفن، إذ أنه أرتبط بالعديد من التطورات التكنولوجية التي أسهمت في تحسين وتطوير العديد من المجالات، وتعدّ العلوم الجنائية إحدى تلك المجالات التي استفادت من تقنية التصوير وحققت مجموعة من التطورات ساهمت بشكل مباشر في تطوير الإثبات الجنائي<sup>(2)</sup>.

ومن أجل بيان ماهية التصوير سوف نحاول في هذا المطلب توضيح عملية التصوير من خلال إعطاء فكرة موجزة عن الصورة ومن ثم تعريف التصوير وأنواعه، وبيان مبدأ عمل وسائل المراقبة (الكاميرات) وأهم أنواع الوسائل التي تلجأ إليها الأجهزة الأمنية في إجراء عملية المراقبة، ثم سنوضح أهم الخصائص التي يتميز بها التصوير والتي تساهم بشكل فعال في عملية الإثبات الجنائي، لذلك قسمنا هذا المطلب على فرعين، حيث سنتناول في الفرع الأول التعريف بالتصوير ووسائله، والفرع الثاني لخصائصه.

(1) د. أحمد أبو القاسم: الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، ج1، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، 1993، ص441.

(2) د. عبد الباسط سلمان: سحر التصوير فن وإعلام، الدار الثقافية للنشر، القاهرة - مصر، ب س، ص4.

## الفرع الأول: التعريف بالتصوير ووسائله:

إن البحث في موضوع التعريف بالتصوير ووسائله يتطلب منا تقسيم هذا الفرع على فقرتين الأولى، للبحث في التعريف بالتصوير، أما الثانية فتكون للبحث في وسائل التصوير التي تلجأ إليها الأجهزة الأمنية في عملية المراقبة.

## أولاً- التعريف بالتصوير:

تعد الصورة<sup>(1)</sup>، باعتبارها الناتج عن عملية التصوير من الأدلة العلمية المهمة في الإثبات الجنائي نظراً لما تحتويه هذه الصورة من تفاصيل معلوماتية بالغة الأهمية والتي تعدّ توثيقاً لمواقع أو شخصيات أو أثار وأحداث ومواقف<sup>(2)</sup>.

فالصورة ليست مجرد إطار يجمع بين زواياه مجموعة من الأشياء الجميلة أو المرعبة التي لا هدف لها<sup>(3)</sup>، بل هي وثيقة تسجيلية تقدم نفسها كمادة للإعلام عن حدث ما، أو عن إنسان أو مكان ما، كإثبات لحظة من حدث، ولهذا جاء تعريف الصورة بأنها " الزمن، ثابتة ومنعزلة عن ماضيها وحاضرها"<sup>(4)</sup>.

أما التصوير فيعرف بشكل عام بأنه " عملية نقل صورة لواقع معين في ساعة معينة وحدث محدد بعينه"<sup>(5)</sup>.

والتصوير بالأساس علم وفن، فهو يقترن بمجموعة من العلوم والفنون كونه قد نتج عن تجارب علمية وتجارب فنية، فهناك العديد من المواد التي تستخدم في عملية التصوير تستند على علم الكيمياء، فالمواد المستخدمة في تهيئة ورق التصوير وعملية الطبع الملون أو العادي، والمواد التي تمزج مع الفيلم لإظهار الصورة السالبة على الفيلم نفسه، هي مواد كيميائية وتعتمد على التفاعلات النابعة من ذلك العلم، وهناك العدسات التي تعدّ العنصر الأساسي في عملية التصوير، فإنها تعتمد وبصورة مباشرة على علم الفيزياء، وحالياً اعتمدت الكثير من الشركات المتخصصة في صناعة آلة التصوير التقنيات الرقمية كوسيلة رئيسية تسهل عملية التصوير وهذه التقنيات الرقمية هي بالأساس تستند على علوم الفيزياء والهندسة الإلكترونية<sup>(6)</sup>.

وهناك نوعين من التصوير، الأول: التصوير الثابت وهو ما يعرف بالتصوير الفوتوغرافي، والنوع الثاني متحرك وهو ما يعرف بتصوير الفيديو، وفيما يلي توضيح موجز لهذين النوعين من التصوير:

(1) للصورة في اللغة عدة معاني، فهي تعني الشكل والتمثال المجسم، كما تأتي بمعنى النوع فيقال هذا الأمر على ثلاث صور، وصورة المسألة أو الأمر صفتها، وصورة الشيء ماهيته المجردة، وصور الشيء أو الشخص، رسمه على الورق أو الحائط ونحوها بالقلم أو الفرجون أو بألة التصوير، وتصور الشيء، تخيله واستحضر صورته في ذهنه. ينظر: إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد علي النجار: المعجم الوسيط، ج1، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، 1960، ص530.

(2) د. عبد الباسط سلمان: مصدر سابق، ص4.

(3) قراءة الصورة الفوتوغرافية، بحث منشور على شبكة الانترنت: موقع Free Servers، 2010، ص1، ومتاح على الرابط:

<http://alwasaiel.freesservers.com/READIG%20Fotos.htm>.

تاريخ الزيارة للموقع: 2010/11/20.

(4) مصطفى السليمان: الصورة الفوتوغرافية، بحث منشور على شبكة الانترنت، 2010، ص3، متاح على الرابط: <http://www.mary->

[culture.com/vb/showthread.php?p=252](http://www.mary-culture.com/vb/showthread.php?p=252).

تاريخ الزيارة للموقع: 2010/11/19.

(5) إبراهيم علي الذوايدي: التصوير الجنائي وكشف غموض الحادث، بحث مقدم إلى كلية علوم الأدلة الجنائية في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2007، ص30.

(6) د. عبد الباسط سلمان: المصدر السابق، ص7.

## النوع الأول - التصوير الثابت أو الفوتوغرافي (Photography) :

وهو عبارة عن طريقة عملية لإنتاج صورة عن غرض ما بالاستفادة من التأثير الذي يحدثه الضوء في مادة حساسة<sup>(1)</sup>.

وفكرة عملية التصوير الفوتوغرافي تستند بالأساس على مبدأ عملية الإبصار في العين البشرية من حيث الآلية والمكونات الأساسية، فعملية الإبصار تتم من خلال انعكاس الضوء عن الأجسام ومروره عبر حدقة العين ليرسم خيلاً معكوساً على الجدار الخلفي للعين (الشبكية)، لتقوم بعدها مجموعة من الأعصاب والأجهزة الحساسة بنقل هذه الانعكاسات الضوئية إلى الدماغ ليحلل الضوء ويكونه على شكل صورة ملونة، وكذلك الحال بالنسبة للكاميرا فإن عملية التصوير فيها تكمن من خلال الضوء الذي يسقط على الأجسام لينعكس على الطبقة الحساسة في الفيلم داخل الكاميرا ليكون صورة مقلوبة من خلال فتحة الكاميرا التي تكون مدججة مع العدسة والتي تعمل على تحديد اتساع العدسة لاستقبال الضوء - وهي تشبه عمل البؤبؤ في عين الإنسان - وبعد ذلك يتم معالجة الفيلم كيميائياً والحصول على الصورة<sup>(2)</sup>.

وتعد العدسة والفتحة والغالق والصندوق المظلم أو المر المظلم من المكونات الأساسية في الكاميرا والتي لا يمكن الاستغناء عنها مهما تطور العلم والتكنولوجيا في مجال التصوير الفوتوغرافي ومهما تغيرت أشكاله وأنواعه على مر العصور، إذ أن هذه العناصر تعد من الأساسيات في عملية التصوير سواء كان هذا التصوير يعالج كيميائياً أم أنه يعمل وفق التقنيات الرقمية، إذ أن الكاميرات الرقمية الحديثة والمتطورة تتضمن ذات العناصر الأساسية من عدسة وفتحة وغالق وصندوق مظلم أو مر مظلم للسيطرة على الضوء حتى وإن كان هذا الصندوق المظلم أو المر المظلم بمثابة نافذة صغيرة يمر من خلالها الضوء<sup>(3)</sup>. وأن أساس عملها يستند على فكرة التصوير الفوتوغرافي ولا يختلف عنه إلا من حيث الطبع، ففي آلة التصوير الفوتوغرافي العادي أو التقليدي فإن عملية طبع الصورة هي عبارة عن تفاعل كيميائي، بينما في آلة التصوير الرقمية فإن الأمر يختلف، إذ تقوم ملايين من المستقبيلات الضوئية (البكسلات Pixels) باستقبال فوتونات الضوء ومن ثم معالجتها إلكترونياً، تمهيداً لتخزينها في ذاكرة الكاميرا<sup>(4)</sup>، وقد أتاح استخدام هذه التقنية سهولة نقل الصور بطرق عديدة كأن تكون على قرص (CD) أو تسجل على حافظ متنقل (Flash Ram)، أو تنقل عبر شبكات التوصيل (Network) أو بطرق أخرى كأن تكون ترددات منقولة عبر الأقمار الصناعية أو من خلال الشبكة العالمية الانترنت (Internet)<sup>(5)</sup>.

(1) مصطلح فوتوغراف (Photography) مشتق من كلمتين يونانيتين هما (فوتوس Photos) أي الضوء و(غرافين Graphin) أي النقش أو الكتابة أو بالتالي فإن المعنى الكامل للكلمة هو (النقش بالضوء) وكان أول من أطلق هذا المصطلح هو العالم الفلكي جون هيرشل (John Herschel) عام 1836م. فارس انور شموط: تطور التصوير الضوئي، بحث منشور على شبكة الانترنت، 2010، ص 1، ومتاح على الرابط: <http://www.mhrade.com/fim/index.php>.

تاريخ زيارة الموقع: 2010/11/14.

(2) لمزيد من التفصيل، انظر: فارس انور شموط: مصدر سابق، ص 1 وما بعدها؛ د. عبد الباسط سلمان: مصدر سابق، ص 8 وما بعدها.

(3) د. عبد الباسط سلمان: المصدر السابق، ص 11.

(4) عبد الله محمد الغامدي: آلة التصوير الرقمية، بحث منشور على شبكة الانترنت، 2007، ص 2، متاح على موقع سلسلة الكتب الالكترونية

[www.cb4a.com](http://www.cb4a.com) :

تاريخ زيارة الموقع: 2010/10/25.

(5) د. عبد الباسط سلمان: مصدر سابق، ص 16.



## النوع الثاني - التصوير المتحرك أو التصوير بالفيديو :

إن التصوير المتحرك هو بالأساس وليد التصوير الفوتوغرافي كون أن كل لقطة من لقطات التصوير المتحرك إنما هي مجرد ذاتها صورة فوتوغرافية ، وأن كل العناصر الأساسية التي تستلزمها آلة التصوير الفوتوغرافي هي متوافرة في آلة تصوير الفيديو سواء من حيث الفتحة والغالق والعدسة والممر المظلم ، فالصورة المتحركة تعتمد بشكل أساسي على مبادئ التصوير الفوتوغرافي<sup>(1)</sup> ، وأن كلاهما يسجلان الأحداث التي تمر أمام العدسة بنفس العمليات والوسائل التقنية ، فالعلاقة بينهما علاقة تبادلية متممة (علاقة الجزء بالكل) ، إلا أن أهم ما يتميز به التصوير المتحرك هو إدخال عنصر الصوت إليه<sup>(2)</sup> ، إضافة إلى اعتماده على تدفق الصور بكميات كبيرة وهو ما يعادل (24) صورة فوتوغرافية في الثانية ، أي أن الدقيقة الواحدة تتطلب (1440) صورة ، وأن الساعة الواحدة في التصوير تتطلب أكثر من (86000) ألف صورة ، والواقع أن التصوير مهما تعددت استخداماته أو أنواعه ومهما اختلفت وسائله وتقنياته فإنه يبقى مستنداً إلى ما سبق ذكره، سواء كان التصوير عبر الأقمار الاصطناعية أم عبر أجهزة الإرسال التلفزيوني<sup>(3)</sup> .

## ثانياً- وسائل التصوير (كاميرات المراقبة) :

تعرف كاميرا المراقبة بأنها عبارة عن جهاز لاقط للصوت والصورة معاً مع رصد كافة التحركات في الواقع ، وقد تطورت هذه الآلة تطوراً كبيراً بحيث تكشف الحقائق بدقة متناهية<sup>(4)</sup> ، وفيما يلي ذكر لأهم الوسائل التي تلجأ إليها السلطات الأمنية في إجراء عملية المراقبة المرئية وكما يلي :

## 1- التصوير بواسطة الأقمار الصناعية :

تعدّ الأقمار الصناعية من أكثر الوسائل دقة في عملية التصوير وذلك لارتفاعها الشاهق وبقائها المستمر في الفضاء الخارجي ، كما أنها تعمل بالأشعة تحت الحمراء في إجراء المراقبة والتصوير ، والمعلوم أن استخدام الأشعة تحت الحمراء لأغراض التصوير تزيد من كفاءة الرقابة وتجعلها أبعد مدى ، كما أن هذه الأقمار لها عين ليلية ( Night Eye ) تستطيع الرقابة لمسافات بعيدة ، وتستخدم هذه الأقمار وسائل فنية تستعمل في التصوير الليلي، ويمكن عملياً إجراء التصوير التلفزيوني من مسافات بعيدة بدون الإضاءة بالأشعة تحت الحمراء ( with out infra-red illumination)<sup>(5)</sup> .

## 2- التصوير بواسطة الكاميرات الثابتة أو ما تسمى بالدوائر التلفزيونية المغلقة CCTV :

وهي عبارة عن كاميرات تثبت على مناطق معينة تحدد من قبل متخذ القرار لأهميتها وضرورة مراقبتها على مدار الساعة ، حيث تقوم هذه الكاميرا بنقل صورة إلى غرفة السيطرة باستخدام تقنيات لاسلكية أو تقنيات شبكات

(1) المصدر نفسه ، ص 11 .

(2) مصطفى السليمان : مصدر سابق ، ص 1 .

(3) د. عبد الباسط سلمان : المصدر السابق ، ص 11 .

(4) فيصل مساعد العنزي : أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا ، قسم العدالة الجنائية ، 2007 ، ص 90 .

(5) د. مبدر الويس : مصدر سابق ، ص 122-123 .

التوصيل الـ (Networks) <sup>(1)</sup>. وتعدّ هذه الطريقة من أكثر الطرق انتشاراً في العالم نظراً لسهولة إمكانياتها قياساً إلى غيرها من الوسائل وعلى سبيل المثال ففي العاصمة لندن تشير الدراسات إلى وجود أكثر من 1200 كاميرا مراقبة تعمل وفق نظام الدوائر التلفزيونية المغلقة (CCTV) موزعة في مناطق التسوق المزدحمة وتشير التقديرات إلى أن أي مواطن من مواطني لندن يمكن أن يتوقع تصويره لأكثر من ثلاثمائة مرة في اليوم الواحد وعبر أكثر من ثلاثين نظاماً من أنظمة الدوائر التلفزيونية المغلقة <sup>(2)</sup>.

### 3- التصوير بواسطة الطائرات :

إن عملية التصوير بواسطة الطائرات قد تتم من خلال نوعين من الطائرات :

#### الأول/ وهي الطائرات بدون طيار (Remot control plans) :

وهي عبارة عن طائرات مخصصة للمراقبة والتصوير بدون طيار وهي صغيرة الحجم وتستخدم لمراقبة عمليات التهريب عبر الحدود، وتقوم هذه الطائرات برصد ونقل صور وتقارير حية ومباشرة عن كل ما يدور في المنطقة المراقبة <sup>(3)</sup>.

#### أما النوع الثاني / فهي الطائرات المروحية :

تعدّ الطائرات المروحية أداة خفيفة للمراقبة والتصوير، كما أنها تغطي مساحة أوسع وأسرع من سيارة الدورية الأرضية، وقدرتها على الحركة والمناورة تسمح برؤية ممتدة لا يعوقها عائق، وتزود هذه الطائرات بألة تصوير مع معدات إرسال لاسلكي، ليتم استقبال الصورة في مقر قيادة الشرطة، ويمكن إرسال الإشارات وتوزيعها على مكاتب مختلفة، وبذلك يتسنى الحصول على صور تلفزيونية حية للمراقبة عن كثب <sup>(4)</sup>.

#### الفرع الثاني : خصائص التصوير بكاميرات المراقبة :

للتصوير عدة خصائص يمتاز بها إلا أننا سوف نوضح أهم الخصائص التي يتميز بها عند استخدامه في مجال الإثبات الجنائي والتي يمكن إيجازها من خلال النقاط التالية <sup>(5)</sup>:

1- يعدّ التصوير عنصراً مساعداً لرجال الأمن في كشف بعض أنواع الجرائم وإقامة الدليل عليها، من خلال تمثل الجاني ارتكاب الجريمة والنحو الذي سلكه في تنفيذها.

<sup>(1)</sup> د. وضاح الحمود : استخدام التقنيات الحديثة في مجال أمن الحدود ، الندوة العلمية (تأمين المنافذ البرية والبحرية والجوية) المقامة في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، مركز الدراسات والبحوث ، 2009 ، ص14 .

<sup>(2)</sup> Clive Norris and Micheal Mc Cahill. CCTV in London. Working paper No.6. Analyzing the Employment of CCTV in European Cities and Assessing its Social and Political Impacts. RTG-Project (September 2001-February 2004) . Project Co-ordinate centre for Technology and Society. Technical University Berlin.

<http://www.urbaneye.net/results/uewp6.pdf>.

تاريخ زيارة الموقع : 2010/10/18

<sup>(3)</sup> د. وضاح الحمود : مصدر سابق ، ص15 .

<sup>(4)</sup> د. مبدر الويس : مصدر سابق ، ص120-121 .

<sup>(5)</sup> ينظر : د. سلطان الشاوي : أصول التحقيق الجنائي ، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1970 ، ص51 ؛ د. عبد الباسط سلمان: مصدر سابق ، ص26 ؛ إبراهيم علي الذواوي : مصدر سابق ، ص30 ؛ محمد نهار الجفال النعيمي: أهمية التصوير في استنباط الحقيقة ، بحث مقدم إلى كلية علوم الأدلة الجنائية في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2008 ، ص6 ؛ سعد بن سفر آل عيد : تسجيل مسرح الجريمة بواسطة التصوير الفوتوغرافي والفيديو ، بحث مقدم إلى كلية علوم الأدلة الجنائية في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2008 ، ص6 .

- 2- يعطي التصوير انطباع شامل لمسرح الجريمة مما يعمل على معالجة بعض الأخطاء البشرية فيما قد يغفل عنه المحقق من ملاحظات أو بيانات لها أهمية أو يدور حولها بعض التساؤلات ، فهو يعطي صورة طبق الأصل لمسرح الجريمة ، فإذا أغفل المحقق إثبات بعض من هذه الأمور ، فإن التصوير يأتي فيظهر جميع ما يشتمل عليه مسرح الجريمة دون إغفال شيء منه .
- 3- يمكن للتصوير أن ينشط ذاكرة الشاهد لاستعادة التفاصيل الهامة التي قد ينساها عند الإدلاء بشهادته .
- 4- التصوير يمثل وسيلة سريعة ودقيقة لتوضيح وبيان واقع الحال فهو يمنح صورة (ثابتة أو متحركة) واقعية منظورة للمشاهد ، مما يقلل حاجة المحكمة إلى الانتقال إلى مسرح الجريمة ، إذ أنه يوفر لها صورة دقيقة بما يمكنها من الرجوع إليها واستظهار ما تحتويه هذه الصورة من معلومات حول محل الحادث .
- 5- يعد التصوير الوسيلة المناسبة والمثلى لإعطاء أدق تفاصيل الحادث إذ يتضمن عرضاً واقعياً للجريمة دون أي مبالغة أو تقليل عن جسامه الفعل مهما مر عليه الزمن ، مما يساعد المحكمة على تفهم تفاصيل الحادث والإجراءات التي اتخذت قبله بصورة محسوسة وملموسة على نحو يمكنها من تكوين عقيدتها وفقاً لمبدأ العدالة والمنطق .
- 6- يمكن للتصوير أن يكون جزءاً أساسياً من الأرشيف الذي تحتاج إليه سلطات التحقيق بين الحين والآخر ، إذ أنه يعدّ توثيقاً للحالة التي كان عليها مسرح الجريمة في توقيت محدد (ساعة - دقيقة) وتاريخ معين (يوم ، شهر ، سنة) (1) .

(1) ينظر : سالم عبد الجبار : التصوير الجنائي ، الطبعة الأولى ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1970 ، ص 9 ؛ محمد نهار الجفال النعيمي : مصدر سابق ، ص 6 .

## المطلب الثاني : دور أجهزة التصوير الحديثة في الإثبات الجنائي :

أدى استخدام التقنية الحديثة من قبل الأجهزة الأمنية في مجال التصوير وما أثمرته هذه التقنية من أجهزة تصوير (كاميرات المراقبة) إلى تعزيز قدرات الكادر البشري للأجهزة الأمنية وزيادة القدرة والكفاءة في عملها، مما أدى إلى زيادة الردع العام والمتمثل في تشجيع إحلال السلوك القانوني محل السلوك المنحرف غير المشروع، وبالتالي الحد من الجريمة في المنطقة المراقبة<sup>(1)</sup>. فقد أثبتت ذلك العديد من الدراسات ومن ضمنها الدراسة التي أجريت في بلدة (كينجزلين) بمقاطعة نورفولك البريطانية، فاعلية كاميرات المراقبة في الحد من الجريمة، حيث خلال سنة واحدة من استخدام هذه الأجهزة انخفض معدل جريمة سرقة السيارات من (207) سرقات في السنة الأولى من تركيب الكاميرات إلى (7) سرقات فقط في السنة التالية<sup>(2)</sup>، ونتيجة لهذا الدور الذي تلعبه هذه الأجهزة في مجال الوقاية من الجريمة ازداد استخدامها ليصل في العاصمة لندن إلى (500.000) كاميرا وفي عموم بريطانيا إلى (4.285.000) كاميرا<sup>(3)</sup>، كما أن الإحصائيات تشير إلى وجود أكثر من مليون كاميرا مراقبة في الولايات المتحدة<sup>(4)</sup>، وبمحدود المليون كاميرا في البرازيل<sup>(5)</sup>.

أما في العراق فلم نجد إحصائية عن عدد الكاميرات المستخدمة في مجال المراقبة، إلا أنه يمكن القول بأنه مع مطلع عام 2010 تضاعف استخدام هذه الأجهزة واتسع نطاق استخدامها ولاسيما على الطرق المؤدية إلى المناطق الأمنية الحساسة، وكذلك تم استخدامها في أغلب دوائر الدولة من أجل مكافحة الفساد الإداري والمالي.

كما أدى استخدام هذه التقنية إلى زيادة الردع الخاص من خلال ما تقدمه أجهزة التصوير من صور مسجلة للحوادث الإجرامية تدعم به التحقيقات وتكون بمثابة دليل مادي على ارتكاب الجريمة، مما ينعكس بدوره على انخفاض معدل الجريمة وزيادة الأمن العام، وقد ساعد الجيل الحديث لهذا النوع من التقنية من خلال توفير الصور والأفلام الرقمية التي يمكن معالجتها تلقائياً إلى زيادة فاعلية هذه الأجهزة في عملية المراقبة<sup>(6)</sup>.

ومن أجل بيان دور هذه الأجهزة في الإثبات الجنائي، فإننا سنقسم هذا المطلب على فرعين حيث سنبحث في الفرع الأول مشروعية الدليل المستمد من أجهزة التصوير الحديثة ثم سنتناول في الفرع الثاني حجية هذا الدليل في الإثبات الجنائي.

(1) Alois Statzer, Michael Zehnde, Die Autoren : Camera Sur-veillance as a Measure of Counterterrorism, 2010, p.6. ==

== متاح على الرابط :

<http://wwz.unibas.ch/uploads/txx4epublication/D-125workingpaper-102.pdf>.

تاريخ الزيارة للموقع : 2010/9/25

(2) د. موسى مسعود أرحومة، قبول الدليل العلمي امام القضاء الجنائي، ط1، جامعة قار يونس، بنغازي، 1999، ص ص 540-541 هامش رقم (1).

(3) Clive Norris and Michael McCahill. Op. Cit., p.21.

(4) Nick Taylor, State Surveillance and the Right to Privacy, Society & Surveillance, 2002, 1(1), p.66-85.

متاح على الرابط :

<http://www.surveillance-and-society.org/articles1/statesurv.pdf>.

تاريخ الزيارة للموقع : 2010/9/25

(5) Marta Mourao Kanashiro : Surveillance Cameras in Brazil , exclusion, mobility, regulation, and the new meanings of security, society and surveillance, 2008, Vol.5, No.3, p. 270-289.

[http://www.surveillance-and-society.org/articles5\(3\)/brazil.pdf](http://www.surveillance-and-society.org/articles5(3)/brazil.pdf).

تاريخ الزيارة للموقع : 2010/9/19

(6) Alois Stutzer, Michael Zehnde, Die Autoren : Op. Cit., p.6.

## الفرع الأول: مشروعية الدليل المستمد من أجهزة التصوير الحديثة (كاميرات المراقبة):

طبقاً لمبدأ المشروعية فإن الدليل المستمد من أجهزة التصوير لا يكون مشروعاً ومقبولاً في عملية الإثبات، إلا إذا جرت عملية البحث عنه أو الحصول عليه وتقديمه إلى القضاء بالطرق المشروعة، التي تكفل تحقيق التوازن العادل بين حق المجتمع في العقاب وحق المتهم في توفير الضمانات الكافية لاحترام كرامته الإنسانية<sup>(1)</sup>.

وهذا يعني أن مشروعية الدليل المستمد من أجهزة التصوير والمتمثل في الصورة - سواء كانت ثابتة أم متحركة - مرتبطة بمشروعية استخدام هذه الأجهزة في عملية التصوير أو المراقبة.

وقد أثار استخدام هذه الأجهزة في عملية المراقبة، خلافاً فقهيّاً بين مؤيد ومعارض، وقد يرجع السبب في ذلك إلى عدم وجود قانون خاص ينظم عملية التصوير أو المراقبة الوقائية بواسطة هذه الوسائل.

فقد ذهب رأي إلى مشروعية استخدام هذه الأجهزة ومن ثم مشروعية الدليل المستمد منها، وبرروا موقفهم بأن استخدام هذه الأجهزة يؤدي إلى منع الجريمة والحد منها، كما تكشف هذه الأجهزة الجريمة وتنقلها كما حدثت، وأنها تعمل على زيادة الأمن والطمأنينة بين المواطنين، ويعدّ استخدامها الاستخدام الأفضل لموارد السلامة العامة<sup>(2)</sup>.

بينما ذهب رأي آخر إلى عدم مشروعية استخدام هذه الأجهزة وبالتالي عدم مشروعية الدليل المستمد منها، واستندوا في ذلك إلى أن استخدام هذه الأجهزة يؤدي إلى الاعتداء على خصوصية المواطنين من قبل عناصر الأجهزة الأمنية، واعتبروا أن زيادة عدد كاميرات المراقبة هو مؤشر لزيادة تأثير الشركات المصنعة على الحكومات، أكثر مما هو إجراء يؤدي إلى الشعور بالأمن<sup>(3)</sup>.

والحقيقة أن الجزم في مشروعية أو عدم مشروعية استخدام هذه الأجهزة في عملية الرقابة الوقائية ومن ثم الدليل المستمد منها ليس بالأمر اليسير، إذ أن هذه الأجهزة تعدّ سلاح ذو حدين فإذا ما أحسن استخدامها فإنها سوف تكون وسائل مشروعية ومن ثم يكون الدليل المستمد منها مشروعاً، أما إذا أسيء استخدامها فبطبيعة الحال سوف تكون وسيلة غير مشروعية ومن ثم عدم مشروعية الدليل المستمد منها، فمشروعية هذه الوسائل تختلف فيما إذا تم استخدامها وإجراء التصوير أو المراقبة في مكان خاص، أو إذا تم استخدامها وإجراء التصوير أو المراقبة في مكان عام<sup>(4)</sup>. لذلك سنتناول هذا الموضوع في فقرتين الأولى: لإجراء التصوير أو المراقبة في المكان الخاص، أما الثانية الثانية: فستكون لإجراء التصوير أو المراقبة في المكان العام، وسيتم التركيز في هذه الدراسة على مشروعية استخدام هذه الأجهزة من قبل السلطات الأمنية في مجال المراقبة الوقائية التي تجري خارج ساحة القضاء بالاستناد إلى سلطتها في مجال الضبط الإداري، وبالتالي سوف نستبعد كما ذكرنا سابقاً المراقبة التي تجريها السلطات الأمنية في مجال الضبط

(1) فيصل مساعد العنزي: مصدر سابق، ص 137.

(2) Johan D. wood ward, Jr.Esg. Privacy Vs. security Electronic Surveillance in the Nation's Capital, RAND's Publications, 2002, p.3. متاح على الرابط:

<http://www.rand.org/pubs/testimonies/2005/ct144.pdf>.

تاريخ الزيارة للموقع: 2010/9/19.

(3) ينظر: جهاد سعد: صراع الأمن والحريات في الدولة المعاصر، بحث منشور على شبكة الانترنت، 2009، ص 7. متاح على الرابط:

<http://www.taghrib.ir/arapic/index.php>.

تاريخ الزيارة للموقع: 2010/9/19.

John D.woodward, Jr.Esg, Op. Cit., p.3.

(3) د. موسى مسعود أرحومة: مصدر سابق، ص 514.

القضائي التي تتم بعد حصول إذن من القضاء ، كما تخرج عن إطار هذه الدراسة عملية التصوير التي تجري بين الأفراد التي تتطلب في أغلب الحالات رضا صاحب الصورة ، إذ أن الرضا أو الموافقة ليس لها محل في عملية المراقبة الوقائية التي تجريها السلطات الأمنية ، ذلك أن من غير المتصور أن تطلب الأجهزة الأمنية من الشخص رضاه لوضعه تحت المراقبة ، إذ من شأن هذا الإجراء أن يؤدي إلى انتفاء الفائدة من عملية المراقبة .

#### أولاً- التصوير أو المراقبة في المكان الخاص<sup>(1)</sup> :

لا خلاف من أن إجراء التصوير في المكان الخاص من قبل السلطات الأمنية عند القيام بعملية المراقبة الوقائية يعد محظوراً وغير جائز<sup>(2)</sup> ، وأن هذا العمل يشكل خرقاً فاضحاً لحق الإنسان في حرمة منزله وخصوصياته وهو أمر مرفوض قانوناً ولاسيما أن ما يمكن أن تصوره الكاميرا قد يخرج عن إطار المراقبة ليمس حياة الإنسان المحمية دستورياً ، وأن مثل هذا الإجراء لا يجوز أن يصدر عن السلطات الأمنية لما فيه من انتهاك لحقوق الإنسان في حياته الخاصة<sup>(3)</sup> ، حتى ولو كانت الوقائع التي يراد الكشف عنها مما يقع تحت طائلة قانون العقوبات ، ويستوي في ذلك أن تكون أجهزة التصوير قد وضعت في المكان الخاص أم أنها وضعت على بعد في مكان عام<sup>(4)</sup> .

وتأييداً لهذا الرأي فقد ذهبت محكمة جنح " بلو " في فرنسا إلى عدم جواز الاعتداد بالصورة في مجال إثبات الزنا التي تمثل المتهم وشريكته في فراش الزوجية ، معللة ذلك بأن الصورة المذكورة قد تم التقاطها في مكان خاص<sup>(5)</sup> .

أما بالنسبة لموقف التشريعات من إجراء التصوير أو المراقبة في المكان الخاص فقد عدّ المشرع الفرنسي بموجب قانون 17/يوليو/1970 تصوير الأشخاص في المكان الخاص وبدون موافقتهم جريمة وعاقب عليها بالحبس أو الغرامة ، إذ نصت المادة (368) منه على (يعاقب بالحبس من شهرين إلى (12) شهراً أو غرامة من ألف إلى خمسين ألف فرنك أو بكلا العقوبتين كل من تصدى عامداً على الحرية الشخصية لآخر عن طريق تسجيل أو نقل بأي جهاز صورة شخص آخر أخذت في مكان خاص دون رضاه)<sup>(6)</sup> .

وفي ذات الاتجاه ذهب المشرع المصري في قانون العقوبات إذ نص على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بارتكاب أحد الأفعال الآتية ، في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاه المجنى عليه : أ- ..... ب- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص)<sup>(7)</sup> .

وكذلك الحال بالنسبة لموقف المشرع القطري في قانون العقوبات إذ نص على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبالغرامة التي لا تزيد على خمسة آلاف ريال ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من اعتدى على حرمة

(1) يقصد بالمكان الخاص كل مكان مغلق أو محدد عن المجال الخارجي الذي يحيط به ، ولا يسمح بدخوله للخارجين عنه ، أو الذي يتوقف دخوله على إذن من يملكه أو من يستعمله لمزاولة نشاط معين من أنشطته الفردية لغرض الانتفاع به . ينظر : د. علي احمد عبد الزغبي : حق الخصوصية في القانون الجنائي، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006 ، ص174 .

(2) د. موسى مسعود ارحومة : مصدر سابق ، ص515 .

(3) فيصل مساعد العنزي : مصدر سابق ، ص176 .

(4) د. محمد الشهاوي : الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 2005 ، ص407 .

(5) د. موسى مسعود ارحومة : المصدر السابق ، ص515 .

(6) ينظر : د. علي احمد عبد الزغبي : المصدر السابق ، ص117 هامش رقم (5) .

(7) المادة (309 مكرر) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 .

الحياة الخاصة للأفراد ، بغير رضائهم في غير الأحوال المصرح بها قانوناً ، وذلك بارتكاب أحد الأفعال التالية :  
1...2...3...4- التقط أو نقل صور لفرد أو أفراد في مكان خاص عن طريق جهاز أياً كان نوعه<sup>(1)</sup>.

والواضح من هذه التشريعات أن التصوير في المكان الخاص يعد إجراء غير مشروع إذا تم بدون موافقة ورضا المجنى عليه (صاحب الصورة) كونه يمثل اعتداءً على حرمة الحياة الخاصة للأفراد ، وبما أن السلطات الأمنية عند استخدامها لأجهزة التصوير في إجراء المراقبة الوقائية لا تنتظر موافقة الأفراد في هذا الإجراء ، كما وأنها تمارسه خارج ساحة القضاء استناداً إلى سلطتها في مجال الضبط الإداري ، فإن قيامها بعملية التصوير أو المراقبة في المكان الخاص يعد إجراءً غير مشروع ومن ثم فإن الدليل المستمد منه يكون باطلاً تبعاً لذلك.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي ، فلم يتضمن قانون العقوبات نصاً يعالج مسألة إجراء التصوير في المكان الخاص وكل ما تضمنه بشأن الصورة هو ما جاء في نص المادة (1/438) والتي تنص على أن (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ، من نشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة إذا كان من شأن نشرها الإساءة إليهم) .

والواضح من هذا النص أن المشرع العراقي في قانون العقوبات لم يحرم فعل التقاط الصورة أو عملية التصوير في المكان الخاص ، وإنما جرم نشر الصور التي تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية ، وشتان ما بين فعل الالتقاط أو التصوير وفعل النشر ، إذ ليس بالضرورة أن يكون الناشر هو من قام بإجراء التصوير ، فقد يكون الناشر قد عثر على الصورة صدفه في طريق عام .

ولكن بالرجوع إلى نصوص الدستور العراقي نجد أنه قد كفل حرمة الحياة الخاصة بالنص على أن (لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة)<sup>(2)</sup>.

والملاحظ من هذا النص أن الدستور قد كفل عدم التدخل ومراقبة تفاصيل الحياة الخاصة للأفراد ، واستناداً إلى ذلك لا يجوز إجراء التصوير في المكان الخاص بدون رضا المجنى عليه ، لما ينطوي عليه هذا الإجراء من مساس بجرمة الحياة الخاصة للأفراد ، لذلك نقترح على المشرع العراقي إيراد نص خاص في قانون العقوبات يعالج هذا الموضوع ونقترح أن يكون النص على الشكل الآتي :

(يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مليون دينار ، كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للأفراد من خلال التقاط أو نقل صور في مكان خاص ، باستخدام جهاز أياً كان نوعه بغير رضاء المجنى عليه أو في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

وتكون العقوبة الحبس وغرامة لا تقل عن مليون دينار إذا ارتكبت هذه الأفعال من موظف أو مكلف بخدمة عامة مستغلاً سلطة وظيفته) .

(1) المادة (333) من قانون العقوبات القطري رقم (11) لسنة 2004 .

(2) المادة (17) أولاً من الدستور العراقي لعام 2005 . ويقابلها المادة (45) من دستور مصر لعام 1971 والمادة (37) من دستور قطر 2003 .

ثانياً- التصوير أو المراقبة في المكان العام<sup>(1)</sup>:

تعددت الاتجاهات الفقهية بشأن استخدام أجهزة التصوير الحديثة في عملية الرقابة الوقائية التي يتم إجراؤها في المكان العام ، فقد ذهب اتجاه في الفقه إلى أن التصوير خفية في مكان عام يعد أمراً مباحاً ويجوز للأجهزة الأمنية إجراؤه<sup>(2)</sup> ، معللين ذلك بأن التصوير في المكان العام لا ينطوي على أي مساس أو اعتداء على الحق في الخصوصية للأفراد ذلك أن بتواجد الفرد في المكان العام يكون قد خرج من نطاق الخصوصية فأصبح عرضة لأنظار الأفراد مما يجعل قسماته وشكله ملكاً لهم فيكون لهم عليه حق المشاهدة والرؤية شأنه في ذلك شأن الموجودات الأخرى ، وكما تتم الرؤية بالعين المجردة فإنها تكون كذلك بالوسائل المساعدة كالمناظير المقربة والتلسكوبات وأجهزة التصوير<sup>(3)</sup>.

وقد أيد هذا الاتجاه القضاء الأمريكي ، إذ قرر بأن أخذ صورة للشخص في المكان العام وبدون موافقته لا يختلف بالضرورة عن إعطاء وصف مكتوب لمكان عام يحق لكل شخص أن يراه بحرية كما أن ذلك لا يرقى إلى مخالفة الحق في احترام الحياة الخاصة<sup>(4)</sup>.

في حين عارض اتجاه آخر استخدام هذه الأجهزة من قبل السلطات الأمنية بصورة خفية، بحجة أن العدالة لا ينبغي أن تكون جديرة بهذا الاسم ما لم تتوفر فيها أفضل الضمانات<sup>0</sup> وأن تعامل الإنسان كإنسان ، وألا تعرض كرامته للامتهان ، وأوجب أصحاب هذا الرأي إحاطة هذه الوسائل ببعض الضمانات التي من شأنها زيادة الفاعلية الوقائية لها بدلاً من الفاعلية الزجرية والقمعية عند استخدامها ، وأهمها أن لا يتم استخدام هذه الأجهزة بصورة خفية ، وإنما يجب أن يتم الإعلان عن وجودها قدر الإمكان ، سواء بوضع علامات إرشادية أم بيانات دالة على وجود تلك الأجهزة ، غير أن ذلك لا يعني بالضرورة أن تكون هذه الأجهزة ظاهرة للعيان ، فذلك من شأنه أن يضعف من فاعليتها في كشف الجرائم وضبطها ، وإنما يكفي الإخطار بوجودها وهذا كفيل بإزالة السرية عنها ، فلم تعد تشكل مساساً بحق الإنسان في صورته أو انتهاك حرمة حياته الخاصة ، ويصبح الدليل المستمد منها عندئذ مشروعاً ، أما إغفال الأخطار المشار إليه من شأنه أن يفضي إلى بطلان الإجراء ، ومن ثم بطلان الدليل المستمد منه<sup>(5)</sup>.

بينما ذهب اتجاه آخر إلى وجوب التمييز بين حالتين بشأن التصوير أو المراقبة التي تجري في المكان العام ، الحالة الأولى : وهي عندما يكون المكان العام هو الموضوع الأساسي للصورة بصرف النظر عما كان فيها بصورة عارضة ، ففي هذه الحالة يكون التصوير مشروعاً ولا مجال للاعتراض عليه ، ومن ثم يكون الدليل المستمد منه مشروعاً أيضاً ، أما الحالة الثانية : فهي عندما يكون الشخص هو الموضوع الأساسي للصورة وما العناصر الأخرى في المكان العام إلا مجرد خلفية له ، ففي هذه الحالة يكون التصوير غير جائز ، إذ يعد تعدياً على حق من الحقوق الشخصية ألا وهو حق الإنسان في صورته بالرغم من وجوده في المكان العام<sup>(6)</sup> ، ذلك أن وجود الشخص في المكان

(1) يقصد بالمكان العام ، المكان الذي يباح لجمهور الناس الدخول فيه بغير تمييز ، سواء أكان بغير شرط أم كان بشرط كأداء رسم مثلاً ، والأماكن العامة نوعان ، أماكن عامة بطبيعتها ، وهي التي لها الصفة العامة على وجه الدوام ، فيستطيع أي شخص أن يدخل فيها أو يمر منها في أي وقت شاء ، مثلها الشوارع والحدائق العامة... الخ ، وأماكن عامة بالتخصيص ، وهي التي يباح لجمهور الناس الدخول فيها خلال أوقات معينة وفي أجزاء معينة منها ، ومثالها المطاعم والمقاهي والمحال التجارية... الخ . ينظر : د. محمد عيد الغريب : الاختصاص القضائي لمأمور الضبط في الأحوال العادية والاستثنائية ، ب م ، 2003 ، ص 110 وما بعدها .

(2) د. محمد الشهاوي : مصدر سابق ، ص 408 .

(3) د. علي احمد عبد الزغبي : مصدر سابق ، ص 554 .

(4) د. ميدر الويس : مصدر سابق ، ص 89 .

(5) د. موسى مسعود ارحومة : مصدر سابق ، ص 542-543 .

(6) ينظر : د. احمد عبد الزغبي : مصدر سابق ، ص 554-555 .



العام وإن كان لا يحول دون امتداد النظرات إليه ، إلا أنه مع ذلك يتعين منحه سلطة الاعتراض على أن يكون موضوعاً للصورة ، نظراً لكون هذه الأخيرة تضيي الديمومة على الرؤية العابرة<sup>(1)</sup>.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الاتجاهين الثاني والثالث ، حيث أن كل منهما يكمل الآخر ، وأنهما وضعا أهم المبادئ أو الضوابط التي يمكن الاستناد إليها في استخدام أجهزة التصوير في عملية المراقبة الوقائية ، مع تحفظنا على ما ذهب إليه الرأي الثالث وتحديدًا في الحالة الثانية وهي عندما يكون الشخص الموضوع الأساسي للصورة ، إذ نرى وجوب التمييز بين أمرين ، الأول : وهو عندما يكون هناك سبب مبرر لأن يكون الشخص الموضوع الأساسي للصورة ، كما في حالة ارتكاب شخص لجريمة ما ومحاولته الهرب ، ففي هذه الحالة يجوز تركيز التصوير عليه ، كون ذلك لا يعدو أن يكون إجراءً من إجراءات الضبط في حالة التلبس ، التي ألزم فيها المشرع عضو الضبط القضائي في أن يلقي القبض على المتهم ، فمن باب أولى لزوم تتبعه بكاميرا المراقبة من أجل معرفة اتجاهه والقبض عليه أو تشخيصه من خلال الصورة ، أما الأمر الثاني ، وهو عندما لا يكون هناك سبب مبرر لتركيز التصوير على الشخص في الحل العام ، فنرى عدم جوازه ، ذلك أن من شأن هذا الإجراء أن يستغل من قبل مشغل الأجهزة للتطفل من خلالها على الناس ، ولا تكون حين ذاك هذه الأجهزة سوى أداة للاعتداء على حقوق الأفراد الخاصة ، وهذا الأمر تأباه قيم العدالة ، وبالتالي يعد هذا الإجراء غير مشروع .

أما فيما يتعلق باستخدام الأفراد لهذه الأجهزة من أجل الوقاية من حدوث الاعتداء على ممتلكاتهم الخاصة سواء في المحال التجارية أو في المساكن ، فإن الأمر عند استخدامها في المحال التجارية لا يخرج عن ما ذكر أعلاه ، إذ أن الرأي الراجح في هذا الشأن هو وجوب قيام أصحاب المحال التجارية بإخطار زبائنهم وروادها ، عن وجود نظام مراقبة للكشف عن مرتكبي الجرائم داخل هذه المحال<sup>(2)</sup>.

إلا أن الأمر يختلف فيما إذا تم استخدامها في المساكن ، أي عندما يقوم الأفراد بوضع الكاميرات في منازلهم من أجل الكشف عن أي اعتداء قد يقع عليهم ، فإننا نرى مشروعية استخدام هذه الأجهزة في هذه الحالة دون الحاجة إلى الإعلان عن استخدامها ولكن بشروط أهمها ، أن يتم تركيب هذه الأجهزة داخل حدود المسكن ، وأن لا يتم توجيهها إلى الطرقات أو المنازل المجاورة ، مستندين في ذلك ، على أن المشرع قد أحاط محل السكنى بسياسات الحماية سواء في الدستور<sup>(3)</sup> ، أم في قانون العقوبات ، وجعل الدخول إليها بغير رضا صاحبها جريمة تقوم بها المسؤولية الجزائية<sup>(4)</sup> . وهذا يعني أن لصاحب الدار الحق في أن يكون على علم بالشخص الذي يقوم بالدخول إلى داره ، ويستوي أن يتم ذلك بالنظر أم من خلال أجهزة التصوير ، وليس من حق الشخص المعتدي الذي يقوم بالدخول إلى مسكن الغير خلسة لأي سبب كان أن يحتج بعدم مشروعية التصوير الذي أجراه له صاحب الدار لمسأسته بحقه في

(1) R. Gouriou, la photographie et le droit d'auteur, L.G.D.J., Paris, 1958, p.113.

نقلًا عن : د. موسى مسعود أرحومة : مصدر سابق ، ص 533 .

(2) ينظر : موسى مسعود أرحومة : المصدر السابق ، ص 542 .

(3) تنص المادة (17/ثانياً) من الدستور العراقي لعام (2005) على (حرمة المساكن مصنونة ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها إلا بقرار قضائي ووفقاً للقانون) ؛ وتقابلها المادة (44) من الدستور المصري لعام (1971) ؛ والمادة (9) من الدستور التونسي لعام (1959) ؛ والمادة (36) من دستور الإمارات لعام (1971) ؛ والمادة (40) من دستور الجزائر لعام (1996) ؛ والمادة (10) من الدستور الأردني لعام (1953) .

(4) تنص المادة (428) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 على (1-يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على

مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين :  
أ- من دخل محلاً مسكوناً أو معداً للسكنى أو أحد ملحقاته وكان ذلك بدون رضا صاحبه وفي غير الأحوال التي يخصص فيها القانون بذلك) .  
ويقابلها المادة (323) من قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004 والمادة (370) من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل .

الخصوصية ، ذلك لأنه قد هبط بالقيمة الاجتماعية لحقه في حماية خصوصيته من خلال قيامه بانتهاك حرمة مسكن المعتدى عليه ، وأن هذا الاعتداء بطبيعته يضعف الحق أن لم يكن مهدرًا له أمام حق المعتدى عليه .

وهناك مسألة مهمة تجدر الإشارة إليها بشأن التصوير في الأماكن العامة وهي استخدام أجهزة التصوير الحديثة في تصوير ومراقبة المظاهرات ، وتأتي أهمية هذا الموضوع من خلال ما نشهده اليوم من تظاهرات واحتجاجات في العديد من الدول العربية منها تونس ومصر والجزائر وليبيا واليمن والبحرين وعمان والعراق ، إذ أن البعض منها يستهدف تغيير نظام الحكم والبعض الآخر يهدف إلى إجراء إصلاحات سياسية واقتصادية ومحاربة الفساد وما إلى ذلك ، وأياً كان الهدف من المظاهرة سواء سياسي أم اقتصادي أم اجتماعي ، فإن التظاهر حق مشروع ويندرج ضمن مفهوم حرية التعبير وأن هذا الحق يعد حقاً دستورياً<sup>(1)</sup> ، لا يمكن سلبه من المواطن بأي شكل من الأشكال إذا ما تمت ممارسته بصورة سلمية وموافقة للقانون ، ويثور التساؤل هنا حول مدى مشروعية استخدام أجهزة التصوير الحديثة في تصوير ومراقبة المظاهرات ؟

اختلفت مواقف الفقه بشأن مشروعية استخدام أجهزة التصوير الحديثة في تصوير ومراقبة المظاهرات .

فقد ذهب رأي إلى عدم مشروعية هذا الإجراء معللين ذلك بأن التظاهر هو من الحقوق المقررة للأفراد باعتباره أحد وسائل التعبير عن الرأي ، وأن الحرمان من هذا الحق أو الانتقاص منه هو مخالفة للقانون ، وإذا كانت الدولة لها الحق وفقاً لسيادتها في اتخاذ كافة السبل لحماية أمنها ووجودها إلا أن هذا الحق يجب أن لا يشكل قيداً على حرية المواطنين في التظاهر ، فرقابة السلطات الأمنية بتصوير المتظاهرين بآلات التصوير الحديثة ، هو في الحقيقة قيد على حرية التعبير وعلى حرية اشتراك الأفراد في المظاهرة ، ولاسيما وأن الأجهزة الأمنية تستطيع بهذه الصور معرفة العناصر المسؤولة عن قيادة المظاهرة ، ومحاسبتهم عند الضرورة ، وهذا يؤدي إلى إحجام الكثير من الأفراد عن المساهمة في المظاهرة ، وبالتالي تكون هذه الوسائل قد ساهمت بفرض قيد على حق أساسي وهو حق التظاهر المكفول قانوناً<sup>(2)</sup>.

بينما ذهب رأي آخر إلى عدم مشروعية هذه الوسائل ما لم تمارس بضمانات أكثر احتراماً لحقوق الإنسان ، وحقه في التعبير عن آرائه السياسية ، وفوق ذلك حقه في صورته والتي هي امتداد طبيعي لجسده ، مما مؤداه أنه لا يسمح بالتقاطها إلا بموافقة صريحة منه في جميع الأحوال ، وعلى ذلك فإن الضمانات المقترحة في هذا الشأن هو الإخطار المسبق للمتظاهرين بالتصوير ، لأن هذا الإخطار قد يكون له فاعلية وقائية بدلاً من الفاعلية القمعية ، إذ يمكن أن يتولد لدى الفرد ما يعرف بالخوف المفيد<sup>(3)</sup>.

في حين ذهب رأي آخر إلى مشروعية استخدام أجهزة التصوير في تصوير ومراقبة المظاهرات نظراً لفاعليتها في معرفة الزعماء والمخربين على الاضطرابات وإقامة الدليل الدامغ عليهم في حالة إنكارهم<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر : المادة (36) من الدستور العراقي 2005 ؛ والمادة (15) من الدستور الأردني 1953 ؛ والمادة (30) من الدستور الإماراتي 1971 ؛ والمادة (41) من الدستور الجزائري 1996 ؛ والمادة (8) من الدستور التونسي 1959 .

(2) د. مبدر الويس : مصدر سابق ، ص 124 .

(3) حسن علي حسن السمني : شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 1983 ، ص 478 وما بعدها .

(4) أشار إليه : د. جمال جرجس مجلع تاوضروس : الشرعية الدستورية لآعمال الضبطية القضائية، النسر الذهبي ، القاهرة ، 2006 ، ص 211 .  
(4) د. جمال جرجس مجلع تاوضروس : المصدر نفسه ، ص 211 .

أما من جانبنا فنرى وجوب التمييز بين حالتين ، الحالة الأولى: وهي عندما يتم استخدام هذه الوسائل من أجل قمع المظاهرة ، وذلك من خلال تصوير شخصها والتعرف عليهم ومن ثم إجراء الممارسات التعسفية ضدهم ، ففي هذه الحالة يمكن القول بأن استخدام هذه الأجهزة في مثل هذا الإجراء يكون غير مشروع ، ذلك أن حق التظاهر وكما لاحظنا حقاً مشروعاً وقد كفله الدستور ولا يجوز إهداره من قبل الأجهزة الأمنية تحت أي ذريعة ، وأي إجراء من هذا القبيل يعد مخالفاً للقانون ، أما الحالة الثانية : وهي عندما يتم استخدام هذه الوسائل من أجل حماية المظاهرة وحفظ النظام العام وتشخيص من يحاول العبث والاعتداء على الممتلكات العامة والخاصة ، أو الاعتداء على المتظاهرين أو محاولة خلق حالة الفوضى من أجل الإساءة إلى المظاهرة ، فإننا نرى أن استخدام هذه الأجهزة وفق الشروط والضمانات السابق ذكرها ، يعد إجراءً مشروعاً بل من أهم واجبات الأجهزة الأمنية في هذه الحالة .

وقد يثار التساؤل هنا عن المعيار الذي يمكن من خلاله معرفة فيما إذا كان التصوير من أجل حماية المظاهرة أو من أجل قمعها ؟

يمكن القول بأن المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين الإجراءين المذكورين هو معيار الاتهام وموضوع الصورة ، وهذا لا يمكن التنبؤ به أثناء عملية التصوير ، مما يتعين معه الانتظار ريثما يتم الوقوف على ما ستفعله الأجهزة الأمنية بالصور التي قامت بالتقاطها وهنا يقع على عاتق المحكمة الوقوف على حقيقة الهدف من التصوير ، فإذا ما قدم لها متهم بدعوى أنه قام بأعمال شغب من شأنها خلق حالة الفوضى في البلاد ، ولاحظت من موضوع الصورة أن المتهم كان من بين مجموعة من المتظاهرين يمارسون حقهم بأسلوب قانوني منظم لا يدل على وجه الاتهام ، ففي هذه الحالة على المحكمة أن تعتبر أن إجراء التصوير كان غير مشروع وأن الدليل المستمد منه باطل ، أما إذا كان موضوع الصورة دالاً على الاتهام ففي هذه الحالة يكون إجراء التصوير مشروعاً ومن ثم يكون الدليل المستمد منه مشروعاً تبعاً لذلك .

نخلص من كل ما تقدم إلى أن استخدام أجهزة التصوير الحديثة من قبل السلطات الأمنية عند إجراء المراقبة الوقائية بالاستناد إلى سلطتها في مجال الضبط الإداري ، يعد إجراء غير مشروع متى ما تم ذلك في مكان خاص ، لأنه في هذه الحالة يعد انتهاكاً لحق الإنسان في الخصوصية وهذا الحق يعد من الحقوق الأساسية التي كفلتها أغلب دساتير العالم، وبالتالي فإن الدليل المستمد منها يكون باطلاً تبعاً لذلك عملاً بالقاعدة القانونية ما بني على باطل فهو باطل.

أما في حالة استخدام هذه الأجهزة في مكان عام ، فإن هذا الإجراء يكون مشروعاً ، إذا تم مراعاة جميع الضوابط والشروط ، التي يتطلبها هذا الإجراء ، لعدم مساسه بجرمة الحياة الخاصة للأفراد ، ومن ثم يكون الدليل المستمد منه مشروعاً ، ويمكن تقديمه إلى القضاء شأنه شأن سائر أدلة الإثبات المشروعة .

## الفرع الثاني : حجية الدليل المستمد من أجهزة التصوير الحديثة :

تحظى الصورة بأهمية ومكانة خاصة في الإثبات الجنائي نظراً لما تتمتع به الصورة من قيمة علمية كبيرة تضفي عليها قدراً من الحجية قد لا تتوفر في غيرها من وسائل الإثبات الأخرى، فهي تعد لساناً فصيحاً ودليلاً ناطقاً على اقتراف الجريمة متى كانت خالية من التحريف والخداع أو ما يطلق عليه بـ (عملية المونتاج)<sup>(1)</sup>، ولا سيما إذا ما تم تعزيزها بوصف كتابي يوضح ما كان مبهماً فيها<sup>(2)</sup>، ذلك لأن ما يمكن أن ترصده العين في المكان العام يمكن رصده من قبل السلطة المختصة بحفظ النظام بواسطة عدسة الكاميرا، وما يمكن لذاكرة الإنسان أن تحفظه من عملية الرصد يمكن للفيلم أن يحفظه، بل أن الحفظ بواسطة الفيلم يكون أكثر دقة من الذاكرة، إذ أنه يعكس تماماً الواقع ولا يدع مجالاً للتخيل الشخصي<sup>(3)</sup>.

إلا أن هناك بعض العوامل التي من شأنها أن تؤثر في حجية الصورة، منها ما هو فني أو ذاتي ومنها ما هو موضوعي، ويقصد بالعوامل الفنية، تلك العوامل التي تتعلق بالجانب الفني للصورة والمربطة بعمل القائم بعملية التصوير الذي يراد به كل من مارس عملاً فنياً له صلة مباشرة أو غير مباشرة بالصورة حتى تصبح جاهزة لما أعدت من أجله، سواء في عملية التقاط الصورة أم في عملية تمييزها وإظهارها وتثبيتها أو طبعها، وما إلى ذلك من العمليات الفنية المتداخلة المكملة لبعضها البعض والتي من شأن الخطأ فيها سواء كان عمدي - كما في عملية المونتاج - أو غير عمدي - كما في حالة الإهمال - أن يؤثر في حجية الصورة<sup>(4)</sup>.

ذلك أن الصورة وكما عبر عنها البعض بأنها لحظة من الزمن ثابتة ومنعزلة عن ماضيها وحاضرها، أي أنها تعبر عن زمن ماضي<sup>(5)</sup>، وبالتالي إذا ما حصل تحريف أو تلاعب في أصل الصورة - رقمية أو عادية - فإن هذا من شأنه أن يفقد الصورة قيمتها القانونية ويرفع عنها صفة الدليل، إذ أن من الخلل إعادة الزمن إلى الماضي للحصول على نفس الصورة لتقديمها كدليل، بخلاف باقي الأدلة موضوع الدراسة - كالبصمة الوراثية وبصمة غضون الحنك أو بصمة العين أو بصمة الصوت - والتي إذا ما حصل التلاعب أو تحريف في نتائجها فإن من الممكن في أغلب الحالات إعادة الفحص أو إجراء المضاهاة من قبل خبير آخر أو في مختبر آخر.

أما العوامل الموضوعية، فهي تلك العوامل التي تتعلق بالجانب الموضوعي للصورة - موضوع الصورة - وأثرها في إيضاح الغرض الذي تصبو سلطة التحقيق الوصول إليه من خلال الصورة، فحجية الصورة تنهار أو تضعف إذا كانت الصورة غير كافية في التعبير عن الغرض المقدمة من أجله<sup>(6)</sup>، ذلك لأن قيمة الصورة من الناحية القانونية في الإثبات لا ترتبط بقيمتها العلمية فقط كما في البصمة الوراثية مثلاً - إذ أن هذه الأخيرة تعطي نتائج محددة أما موجبة (في حالة المطابقة) وأما سالبة (في حالة عدم المطابقة) ولا يوجد لها نتيجة ثالثة، وأن قيمة هذه النتائج

(1) يقصد بعملية المونتاج: تعديل التسجيل سواء كان مرئياً أو سمعياً، وتحويره بالإضافة أو بالإلغاء أو بالقطع لإحداث أثراً منقطعاً أو ممتزجاً مع تسجيل آخر.

Raymond Lindon : Les droits de la person alite, Paris, 1974, p.95-96.

أشار إليه: د. مبدر الويس : مصدر سابق، ص 111؛ وكذلك ينظر بشأن تعريف المونتاج: د. محمد الشهاوي : مصدر سابق، ص 287؛ زياد خلف عليوي، الحق في الصورة وحمايته المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2009، ص 122.

(2) د. علي احمد عبد الزغبي : مصدر سابق، ص 549-550.

(3) د. مصطفى العوجي : مصدر سابق، ص 595.

(4) د. موسى مسعود أرحومة : مصدر سابق، ص 502.

(5) مصطفى السليمان : مصدر سابق، ص 3.

(6) د. موسى مسعود أرحومة : مصدر سابق، ص 501.

في الإثبات مرتبطة بالقيمة العلمية لهذه الأدلة - بل أن قيمة الصورة في الإثبات تأتي من موضوعها ومدى علاقته بالواقعة المراد إثباتها إضافة إلى قيمتها العلمية ، فتصوير شخص وهو يقوم بارتكاب جريمة ما ، ليس كتصويره وهو يركض فراً بعد ارتكابها- كما في حالة تصوير شخص وهو يقوم بكسر قفل محل تجاري ثم يقوم بسرقة الخلف ، ليس كتصويره بعد هروبه من محل الحادث - كما أن تصوير شخص من الأمام ليس كتصويره من الخلف ، ففي إحدى أشهر القضايا التي أثارت الرأي العام والتي كشفت عنها أجهزة التصوير الحديثة هي قضية المتهمين هشام طلعت إبراهيم ومحسن منير علي-المصريين الجنسية- في قتل الجنى عليها سوزان عبد الستار تميم والتي أرتكبت في دولة الإمارات ، والتي أذانت فيها محكمة جنابات القاهرة بجلستها المنعقدة في 2009/5/21 المتهمين المذكورين والحكم عليهما بالإعدام ، وكانت من بين أدلة الإثبات التي قدمت ضدهم الصور التي التقطتها كاميرات المراقبة في فندق الواحة وبرج الرمال في إمارة دبي ، إلا أن محكمة النقض قد نقضت قرار الحكم لعدة أسباب وكان من بين هذه الأسباب أن إحدى الصور التي استندت إليها محكمة جنابات القاهرة في الحكم والملتقطة في برج الرمال بتاريخ 2008/7/28 ، لم تبين وجه المتهم ولم تظهر معالته على الرغم من تكبيرها<sup>(1)</sup>.

لذلك لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يُحدد على وجه العموم نسبة معينة للقيمة القانونية للصورة باعتبارها دليلاً في الإثبات نظراً لاختلاف موضوع الصورة من صورة إلى أخرى، إلا أنه يمكن القول بأن الصورة تعبر عن موضوعها بكل دقة وتنقله كما حدث فعلاً بدون زيادة أو نقص وهذا راجع إلى قيمتها العلمية التي من شأنها أن ترفع القيمة القانونية للصورة إلى درجة عالية من الموثوقية والصدق في نقل الحدث .

وهذا يعني أنه لكي تكون للصورة حجية في الإثبات فإنه يجب أن يتوافر فيها شرطين أساسيين هما :

- 1- أن تكون الصورة خالية من التلاعب والتحريف أو ما يسمى بعملية المونتاج ، والتي من شأنها أن تؤثر على الجانب الفني للصورة وتفقد مصداقيتها وترفع صفة الدليل عنها .
  - 2- أن يكون موضوع الصورة ذا صلة وثيقة بالواقعة المراد إثباتها ، ذلك لأن موضوع الصورة وكما لاحظنا دور أساسي في تحديد القيمة القانونية للصورة .
- وقد أشار القضاء في المملكة المتحدة إلى ذلك ، إذ قرر قبول الصورة بوصفها دليل إثبات في المواد الجنائية ضمن ضوابط وشروط معينة تتمثل في وجود الصلة بين الصور والقضايا التي تعرض فيها ، كما أوجب أن تقام البيئة على مضمون الصورة من قبل شاهد مختص أو ذي صلاحية بهذا الشأن ، وأن تكون قد روعيت بشأن الصورة الأسس الفنية في عملية التصوير على النحو الذي يجعلها منتجة في الإثبات وفي التعرف على الشخصية<sup>(2)</sup>.
- وعلى هذا الأساس ، تم قبول صورة ملتقطة بواسطة كاميرات المراقبة ، في إثبات جريمة سرقة في إحدى القضايا التي عرضت على القضاء المذكور ، وذلك لصلتها بشخص مرتكب الجريمة<sup>(3)</sup>.

وفي ذات الاتجاه كان موقف القضاء في كندا ، فلكي تكون الصورة مقبولة كدليل في الإثبات الجنائي ، يقتضي أن تكون معبرة تعبيراً صادقاً عن الوقائع ، وأن يتم التحقق من

(1) قرار محكمة النقض المصرية المقيد بجدول المحكمة برقم 10664 لسنة 79 ق والمؤرخ في 2010/3/4 ، منشور على شبكة الانترنت ، موقع دار العدالة والقانون العربية ، ومتاح على الرابط :

[http://www.justice\\_Lawhome.com/vb/showthread.php?t=11940](http://www.justice_Lawhome.com/vb/showthread.php?t=11940).

تاريخ الزيارة للموقع : 2010/11/8

(2) د. علي احمد عبد الزغبي : مصدر سابق ، ص 555 .

(3) د. موسى مسعود ارحومة : مصدر سابق ، ص 528 .

صحتها عن طريق شخص مؤهل ، وألا يكون ثمة غرض تضليلي في استخدامها<sup>(1)</sup>.

والسؤال هنا ، ما مدى سلطة القاضي في تقدير قيمة الدليل المستمد من أجهزة التصوير الحديثة ؟

لا جدل في أن الدليل المستمد من أجهزة التصوير الحديثة والمتمثل في الصورة - سواء كانت ثابتة أم متحركة ، عادية أم رقمية - يعد من الأدلة العلمية التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة في علم التصوير ، وأن لهذا الدليل - كما لاحظنا - جانبين ، الأول : وهو الجانب الفني والمتمثل في ذاتية الصورة وكونها حقيقة علمية قائمة على أسس علمية ثابتة ، والآخر : هو الجانب الموضوعي ، والمتمثل في موضوع الصورة وعلاقته بالواقعة المراد إثباتها والظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل ، وإذا كان الأصل أن للقاضي كامل السلطة في تقدير القوة التدللية لعناصر الدعوى المطروحة على بساط البحث ، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون المسألة المطروحة ليست من المسائل الفنية البحتة التي لا يملك القاضي الخبرة فيها لإبداء الرأي بشأنها<sup>(2)</sup>.

واستناداً إلى ذلك فإن السلطة التقديرية للقاضي لا تمتد إلى الجانب الفني للصورة باعتباره من المسائل الفنية البحتة وأن قيمة الدليل في هذا الجانب تقوم على أسس علمية دقيقة، ولا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة<sup>(3)</sup>، فإذا ما أراد القاضي التحقق من سلامة الصورة من أي عملية تحريف أو خداع (عملية مونتاج) ، فإنه ملزم في هذه الحالة باللجوء إلى الخبراء المتخصصين في هذا المجال ، لأن هذا الإجراء من المسائل الفنية البحتة التي تخرج عن اختصاص القاضي<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة للجانب الموضوعي للصورة والظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل، فإنها تدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي فهي من طبيعة عمله ومن صميم واجبه،

فالصورة من حيث الموضوع وكما يرى البعض<sup>(5)</sup> أقرب إلى الشهادة - مع الفارق في الشروط والضوابط - فللقاضي كامل الحرية في تقدير القوة التدللية للصورة ، فله أن يأخذ بها أو بجزء منها أو يطرحها ، فهو الخبير الأعلى بالنسبة لهذا الجانب وهو الأقدر على فهمه وتقديره وحمله على الحمل السليم والصحيح في الدعوى ، ويكون في مقدوره أن يطرح هذا الدليل - رغم قطعيته من الناحية العلمية - وذلك عندما يجد أن موضوعه لا يتسق منطقياً مع ظروف الواقعة وملابساتها<sup>(6)</sup>.

نخلص من ذلك إلى أن الدليل المستمد من أجهزة التصوير الحديث تكون له حجية في الإثبات متى تم الحصول عليه بطريقة مشروعة وكان خالياً من التحريف والخداع ، وكان دالاً على الواقعة المراد إثباتها ، إلا أن أمر تقدير هذه الحجية وقيمة هذا الدليل الإثباتية متروك لقناعة القاضي ، فله قبوله متى اطمئن إليه في تكوين عقيدته ، كما له أن يطرحه إذا ما قدر أنه لا يصلح كدليلاً على الواقعة المراد إثباتها .

(1) Creemer and cormier (1969) 4N.S.R.456, 53M.P.R.1; (1968) 1C.C.C.14, 1 C.R.N.S 146 (N.S.S.C.App.Div) and Smith (1986)71 N.S.R. (2d) 229, 171A. P. R.229(N.S.C.A).

أشار إليها : د. موسى مسعود أرحومة : مصدر سابق ، ص 529.

(2) د. فاضل زيدان محمد: سلطة القاضي الجنائي في تفسير الأدلة ، دار الكتب والوثائق، بغداد ، 1992 ، ص 282 .

(3) د. هلالى عبد الله احمد : النظرية العامة للإثبات الجنائي ، مصدر سابق ، ص 1168 .

(4) د. كريم خميس خصبك البديري : مصدر سابق ، ص 280 .

(5) د. موسى مسعود أرحومة : المصدر السابق ، ص 503 ؛ د. مصطفى العوجي ، مصدر سابق ، ص 595 .

(6) د. هلالى عبد الله احمد : النظرية العامة للإثبات الجنائي ، مصدر سابق ، ص 1168 .

## الخاتمة :

بعد الانتهاء من البحث في موضوع بحثنا الموسوم دور أجهزة المراقبة الحديثة في الإثبات الجنائي ، توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نورد أهمها :

## أولاً- النتائج :

- 1- يعدّ جهاز الرادار من الوسائل العلمية التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة والتي تستخدم في قياس السرعة ، والذي يعطي نتائج عالية في الدقة ، وهناك عدة أنواع ، من جهاز الرادار ، لكن أفضلها هو الجيل الحديث الذي يقوم بالتقاط صورة للسيارة المخالفة فضلاً عن قياس سرعتها وتحديد زمن المخالفة من حيث الوقت والتاريخ ، ذلك أنه كلما زادت المعلومات التفصيلية عن المخالفة كلما زادت القيمة القانونية للدليل ، وهناك نوعين من المراقبة بواسطة هذه الأجهزة الأول هو المراقبة اليدوية (النصف آلية) وهي عندما يكون عمل الجهاز بشكل يدوي ، أما النوع الثاني من المراقبة وهي المراقبة الآلية ، التي يستخدم فيها جهاز الرادار الذي يعمل بصورة آلية (أوتوماتيكية) .
- 2- تستخدم أجهزة الرادار على نطاق واسع وفي كافة الدول تقريباً ، إذ أثبت هذا الجهاز كفاءة في كشف المخالفات والحد منها ، كما أنه ساعد في التغلب على نقص الكادر البشري ، وقد لاقى استخدام هذا الجهاز نوع من المعارضة في مشروعية استخدامه ، إلا أن الرأي الراجح على مستوى الفقه والقضاء والقانون المقارن قد أيد مشروعية استخدام هذه الأجهزة ولكن وفق شروط وضوابط أهمها إخضاع الجهاز للفحص الدوري السنوي الإلزامي ، وأن يتم تركيبه في مكان مناسب ، وأن يتم فحصه قبل البدء بعملية المراقبة .
- 3- يتم إثبات المخالفات المرورية باستخدام جهاز الرادار أما من خلال الصورة التي يتم التقاطها بواسطة الجهاز الذي يعمل بصورة آلية والتي مثبت عليها كافة المعلومات والتفاصيل عن نوع السيارة ورقمها ووقت وتاريخ ومكان المخالفة والتي تعد بمثابة محضر محرر بالمخالفة ، أو من خلال تنظيم محضر موقع من قبل القائم بتشغيل الجهاز عندما يكون عمل الجهاز بشكل يدوي أو نصف آلي ، ولا يوجد فرق من حيث حجية هذه المحاضر ، كما أن بطلان المحضر لعدم استيفائه شروط صحته لا ينال من القيمة القانونية للدليل المستمد من جهاز الرادار ذلك لأنه بالإمكان إثبات المخالفة بكافة طرق الإثبات .
- 4- تلعب أجهزة التصوير الحديثة دوراً بارزاً في مجال الإثبات الجنائي ، وأن أهميتها في هذا المجال قد فاقت العديد من الوسائل الأخرى وذلك لأنها تعمل على الحد من وقوع الجرائم إضافة إلى كشفها بعد وقوعها ، فهي تنقل صورة تجسد الوقائع التي حدثت كما هي إذا لم يجر عليها أي تحريف ، وبالتالي يمكن أن تنقل للمحكمة ما لا يستطيع شاهد الرؤية أن ينقله ولا سيما إذا تم ذلك بواسطة شريط فيديو.
- 5- إن إجراء الرقابة الوقائية باستخدام أجهزة التصوير من قبل السلطات الأمنية بالاستناد إلى سلطتها في مجال الضبط الإداري ، يعد مشروعاً إذا تم في مكان عام ووفق شروط وضوابط أهمها الإعلان عن المنطقة المراقبة وعدم تركيز الكاميرات على الأفراد بشكل خاص إلا إذا كان هناك سبب مبرر ، أما في حالة إجراء التصوير في مكان خاص فإنه يعد إجراء غير مشروع ومن ثم يكون الدليل المستمد منه باطل تبعاً لذلك . وهذا ما ينطبق على إجراء استخدام هذه الأجهزة من قبل الأفراد في محالهم التجارية ، أما عند استخدام الأفراد لهذه الأجهزة في منازلهم فإننا نرى مشروعية هذا الإجراء بشروط معينة أهمها أن توضع هذه الأجهزة داخل حدود المسكن ، وأن لا يتم توجيهها إلى الطرق والدور المجاورة .

6- يشترط لكي تكون للصورة حجية في الإثبات أن يتوفر فيها شرطين أساسين هما: أن تكون الصورة خالية من التلاعب أو التحريف ، وهذا لا يتم التأكد منه إلا من خلال خبير مختص بذلك ، والثاني أن يكون موضوع الصورة ذا صلة وثيقة بالواقعة المراد إثباتها ، وهذا الأمر متروك لتقدير القاضي .

7- إن سلطة القاضي في تقدير قيمة الأدلة العلمية تنحصر في الرقابة على قانونية إجراءات الحصول عليها ، ولا تمتد إلى تقدير القيمة العلمية القاطعة للدليل ذلك لأن هذه القيمة قائمة على أسس علمية دقيقة ولا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة التي تضمنتها هذه الأدلة ، إذ ليس بإمكانه أن يتنازع في قيمة ما يتمتع به الدليل العلمي من قوة استدلالية قد استقرت له وتأكدت من الناحية العلمية، أما إجراءات الحصول على الدليل العلمي والظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل ، فإنها تدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي فهي من طبيعة عمله ومن صميم واجبه وهو الأقدر على فهمها وتقديرها وحملها الحمل السليم في الدعوى ، بحيث يكون في مقدوره أن يطرح مثل هذا الدليل رغم قطعيته من الناحية العلمية ، عندما يجد أن هذا الدليل لا يتسق منطقياً مع ظروف الواقعة وملابساتها.

ثانياً- التوصيات :

1- نقترح على المشرع العراقي تعديل القسم (29) من قانون المرور العراقي رقم 86 لسنة 2004 ، بحيث يكون على الشكل الآتي :

(تعد الصور والبيانات المأخوذة بواسطة وسائل فحص وقياس درجة السكر وأجهزة رصد المخالفات بينة في الإثبات ، وللمحكمة أن تتخذها سبباً للحكم دون أن تكون ملزمة بالتحقيق عن صحتها وللخصوم أن يثبتوا عكس ما ورد فيها) .

2- نوصي المشرع العراقي بإيراد نص خاص يجرم فيه إجراء التصوير في المكان الخاص بغير رضاه المجنى عليه أو في غير الأحوال المصرح بها قانوناً ، ونقترح أن يكون النص على الشكل الآتي :

(يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مليون دينار ، كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للأفراد من خلال التقاط صور في مكان خاص ، باستخدام جهاز أياً كان نوعه بغير رضاه المجنى عليه أو في غير الأحوال المصرح بها قانوناً .

وتكون العقوبة الحبس وغرامة لا تقل عن مليون دينار إذا ارتكبت هذه الأفعال من موظف أو مكلف بخدمة عامة مستغلاً سلطة وظيفته) .

مصادر البحث :

أولاً/ المعاجم اللغوية.

1. إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزياد وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار : المعجم الوسيط ، ج 1 ، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية ، 1960 .

ثانياً/ الكتب .

1. د. أحمد أبو القاسم : الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، ج 1 ، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض ، 1993 .



2. د. السيد محمد حسن شريف: النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
3. د. جمال جرجس مجلع تاوضروس: الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، النسر الذهبي، القاهرة، 2006.
4. د. جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
5. د. حسين محمود ابراهيم: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
6. سالم عبد الجبار: التصوير الجنائي، ط1، مطبعة شفيق، بغداد، 1970.
7. د. سلطان الشاوي: علم التحقيق الجنائي، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1970.
8. د. عبد الباسط سلمان: سحر التصوير فن وإعلام، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، ب.س.
9. د. علي احمد عبد الزغبي: حق الخصوصية في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الحديث للكتاب، لبنان، 2006.
10. د. علي بن ضبيان الرشيد: الضبط الآلي المروري ودوره في الحد من المخالفات، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008.
11. عمرو عيسى الفقي: ضوابط الإثبات الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1999.
12. د. فاضل زيدان محمد: سلطة القاضي الجنائي في تفسير الأدلة (دراسة مقارنة)، دار الكتب والوثائق، بغداد، 1992.
13. د. كريم خميس خصبك البديري: الخبرة في الإثبات الجنائي، ط1، ب.م، 2008.
14. د. مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي، مصر، ط1، 1980.
15. د. مبدر الويس: أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1983.
16. د. محمد الشهاوي: الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
17. د. محمد عيد الغريب: الاختصاص القضائي لمأمور الضبط في الأحوال العادية والاستثنائية، ب.م، 2003.
18. د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط9، دار مطابع الشعب، مصر، 1964.
19. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1982.
20. د. محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصود الجنائي، ط3، دار النهضة العربية، مصر، 1988.
21. د. مصطفى العوجي: حقوق الانسان في الدعوى الجزائية، ط1، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، 1989.
22. د. موسى مسعود أرحومة: قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة)، ط1، جامعة قاريونس، بنغازي، 1999.
23. د. هلالى عبد الإله احمد: النظرية العامة للإثبات الجنائي، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ب.س.

ثالثاً/ الرسائل والاطاريح الجامعية.

1. زياد خلف عليوي، الحق في الصورة وحمائته المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2009.

2. سما عون سيد احمد : قواعد الإثبات الجنائي ومدى تطبيقها على جرمي الزنا والسياسة في حالة سكر ، مذكرة تخرج مقدمة الى المعهد الوطني للقضاء الجزائري لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، 2004.
  3. فيصل مساعد العنزي : أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، كلية الدراسات العليا ، 2007.
  4. نعم أحمد محمد الدوري : القرارات التنظيمية في مجال الضبط الإداري ورقابة القضاء عليها ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2003.
- رابعاً/البحوث والدراسات.

1. إبراهيم علي الذوايدي : التصوير الجنائي وكشف غموض الحادث ، بحث مقدم إلى كلية علوم الأدلة الجنائية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، 2007.
2. أمين عبد الحميد سعيد وعلي صالح الغماس : دور الإدارة العامة للمرور في مجال التوعية المرورية ، المؤتمر الوطني الأول للسلامة المرورية ، الرياض ، السعودية ، 1418هـ.
3. د. جمال عبد المحسن عبد العال : نحو إستراتيجية وطنية لتقليل الحوادث المرورية ، المؤتمر الوطني الأول للسلامة المرورية ، الرياض، السعودية ، 1418هـ.
4. د. حامد عمر البار : الإشارات المرورية وتأثيرها على المخالفات المرورية ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، الرياض ،السعودية ، 1425هـ.
5. د. حمود عبد العزيز البدر : فعالية التوعية المرورية للحد من الحوادث ، المؤتمر الوطني الأول للسلامة المرورية ، الرياض ، السعودية ، 1418هـ.
6. سعد بن سفر آل عيد : تسجيل مسرح الجريمة بواسطة التصوير الفوتوغرافي والفيديو ، بحث مقدم إلى كلية علوم الأدلة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008 .
7. عبد الرحمن بن عبد الله المقبل : استخدام الكاميرات في ضبط المخالفات المرورية في مدينة الرياض ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، الرياض ، السعودية ، 1925 هـ.
8. د. عبد الرحيم بن حمود الزهراني : دور التقنيات الحديثة في التقليل من المخالفات المرورية ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، الرياض ، السعودية ، 1425هـ.
9. محمد حمدان العتيبي : تسجيل المخالفات المرورية وحفظها آلياً ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، الرياض ، السعودية ، 1425هـ .
10. محمد نهار الجفال النعيمي : أهمية التصوير في استنباط الحقيقة ، بحث مقدم إلى كلية علوم الأدلة الجنائية في جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2008.
11. مطلق بن ناصر الهماش : المخالفات المرورية من واقع المرور ، المؤتمر الوطني الثاني للسلامة المرورية ، الرياض، السعودية ، 1425هـ.
12. د. وضاح الحمود : استخدام التقنيات الحديثة في مجال أمن الحدود ، الندوة العلمية (تأمين المنافذ البرية والبحرية والجوية) ، مركز الدراسات والبحوث ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، 2009.

خامسا - القرارات القضائية .

1. قرار محكمة النقض المصرية المقيد بجدول المحكمة برقم 10664 لسنة 79 ق والمؤرخ في 2010/3/4 ، منشور على شبكة الانترنت ، موقع دار العدالة والقانون العربية ، و متاح على الرابط :

[http://www.justice\\_Lawhome.com/vb/showthread.php?t=11940](http://www.justice_Lawhome.com/vb/showthread.php?t=11940).

2. Wisconsin in Supreme Courtraling " State of Wisconsin v Lawrence. Hanson.(1978.wi).270.NW..2d212". [Http://copradar.com/preview/chapt10/ch10d4.html](http://copradar.com/preview/chapt10/ch10d4.html).

3. Ohio Court of Appeals Ruling, "States of Ohio v Wilcox (1974)". [Http://copradar.com/preview/chapt10/ch10d4.html](http://copradar.com/preview/chapt10/ch10d4.html).

4. Minnesota Supreme Court Raling " States V Gerdes. (1971NW) 191.NW.2d428". [Http://copradar.com/preview/chapt10/ch10d4.html](http://copradar.com/preview/chapt10/ch10d4.html)

سادسا / مصادر الانترنت.

1- جهاد سعد ، صراع الأمن والحريات في الدولة المعاصر، 2009 ، بحث منشور على شبكة الانترنت: <http://www.taghrib.ir/arabic/index.php>

2- عبد الله محمد الغامدي : آلة التصوير الرقمية ، 2007، بحث منشور على شبكة الانترنت ، و متاح على موقع الالكتروني:

[www.cb4a.com](http://www.cb4a.com)

3- فارس انور شموط : تطور التصوير الضوئي ، 2010، بحث منشور على شبكة الانترنت ، و متاح على الموقع الالكتروني:

<http://www.mhrade.com/fim/index.php>

4- مصطفى السليمان : الصورة الفوتوغرافية ، 2010، بحث منشور على شبكة الانترنت ، و متاح على الموقع الالكتروني:

<http://www.mary-culture.com/vb/showthread.php?p=252>

5- مصطفى عنبر : أجهزة كشف الرادار، 2010 ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، و متاح على الموقع الالكتروني:

<http://www.youn7.com/news.asp?newsID.244586>

6- د. منصور العبادي : أنظمة الرادار، 2010، بحث منشور على شبكة الانترنت ، و متاح على الموقع الالكتروني:

<http://www.4shared.com/get/2x9xsc4-online.html>

7- الرادار ، 2010 ، بحث منشور على شبكة الانترنت ، و متاح على الموقع الالكتروني :

<http://www.mogatel.com/openshare/behoth/me/miah12>

أ- الدساتير.

- 1- الدستور الأردني لسنة 1953.
- 2- الدستور التونسي لسنة 1959.
- 3- ادستور الإمارات لسنة 1971 .
- 4- الدستور المصري لسنة 1971.
- 5- الدستور الجزائري لسنة 1996.
- 6- الدستور القطري لسنة 2003.
- 7- الدستور العراقي لسنة 2005.

ب- القوانين.

1. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937.
2. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950.
3. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
4. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي 23 لسنة 1971.
5. قانون المرور العماني رقم 28 لسنة 1993.
6. قانون الإجراءات الجنائية اليمني رقم 13 لسنة 1994 .
7. قانون السير والمرور الإماراتي رقم 21 لسنة 1995.
8. قانون المرور القطري رقم 13 لسنة 1998.
9. قانون المرور الجزائري المرقم 1-14 لسنة 2001.
10. قانون المرور العراقي رقم 86 لسنة 2004.
11. قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم 23 لسنة 2004 .
12. قانون السير والمركبات السوري رقم 31 لسنة 2004.
13. قانون العقوبات القطري رقم 11 لسنة 2004.
14. قانون السير الأردني رقم 49 لسنة 2008.
15. نظام المرور السعودي رقم 85 لسنة 1428هـ.

ثامناً/ مصادر الانترنت.

- 1- Admissibility of Radar Evidence Need for Legislation.  
<http://www.wcl.american.edu/journal/Lawrevol5/Lipshultz.pdf>. .
- 2- Alois Statzer, Michael Zehnde, Die Autoren : Camera Surveillance as a Measure of Counterterrorism, 2010 <http://wwz.unibas.ch/uploads/txx4epublication/D-125workingpaper-102.pdf>.

- 3- Johan Dr wood ward, Jr.Esg: Privacy Vs. security Electronic Surveillance in the Nations Capital, RANO's Publications. 2002.  
<http://www.rand.org/pubs/testimonies/2005/ct144.pdf>.

تاسعا/ القوانين الاجنبية.

- 1- The Australian Law of Traffic and Public Transportation 2005 (No.1).

## الديمقراطية المواطنة والشاركية



فضيلة الأستاذ : نورالدين قريبال حاصل على دبلوم الدراسات العليا

في الفكر الإسلامي المعاصر من كلية الآداب والعلوم الإنسانية الرباط

حاصل على ماستر في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية

من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء - عين الشق

نائب برلماني سابق لمدة أربع عشرة سنة / ومستشار جماعي لمدة ست سنوات

تقديم :

إن الحديث عن الديمقراطية المواطنة والشاركية. مبدأ قديم منذ أن عرفت البشرية بناء على مبدأي التضامن والشاركية. لكن الجديد هو دسترة هذا المبدأ، وإنتاج آليات لتنزيلها وتطبيقها في أفق التكاملية بين الديمقراطية التمثيلية والديمقراطية التشاركية.

وهذا ما يجتم علي تناول ثلاث محطات أساسية : الاختيار الديمقراطي، والمقاربة التشاركية، والقواعد التأسيسية.

المطلب الأول : الاختيار الديمقراطي :

الفقرة الأولى : عالمية الديمقراطية :

الديمقراطية نظام سياسي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويهيء للمواطنين ظروف تنزيلها.

وتساهم الثقافة السياسية في تنمية النظام الديمقراطي الداعم لحرية التعبير في بناء الفضاء العمومي، والبدائل الديمقراطية، واحترام الحقوق المركزية والأساسية للأفراد والجماعات عن طريق الاستشارات الانتخابية. وتشكيل الرأي العام والسيادة للشعب من حيث المساواة والحرية.

إذن فهي مجموعة من القيم المؤسسة للركائز السياسية والاجتماعية والثقافية الضامنة للمؤسسات العامة والخاصة، والمقاولات، والمساواة في تحديد تدابير المداولات والتصويت أثناء الانتخابات، وهي دائمة ومتجددة خاصة عندما تصبح التنمية المستدامة هي المستقبل للديمقراطية.

ومن الحقوق المؤسسة للديمقراطية نذكر: الحقوق السياسية التي تتناول رئاسة الدولة ورئاسة الحكومة، والهيآت التشريعية، والانتخابات الحرة والعدالة والحرية والأحزاب السياسية ودور المعارضة والمواطنين والمنظمات، والحقوق المدنية كحرية التظاهر والتجمع والمناقشة العامة وحرية تشكيل المنظمات وتطبيق القانون والحماية من الاضطهاد السياسي وحرية التنقل واختيار العمل وحرية الجمعيات.

إن الديمقراطية تعطي لجميع المواطنين الحق في تقرير مصيرهم، وتتيح مناخا لمناقشة قضايا متعددة نحو الرخاء والحرية والأمن والعدالة والمساواة والمشاورات وحل المنازعات سلميا.

ومن تم تتخذ الديمقراطية أبعادا دستورية وجوهرية وإجرائية، تلامس القوانين المنظمة للحكم وطبيعة الأنظمة عن طرق الاختيارات الحرة. تتضمن نظاما سياسيا تنافسيا يضم عدة أحزاب وحق الانتخابات للجميع، والعدالة في توزيع الحصص الإعلامية، والحملات السياسية العلنية.

إن الديمقراطية مسلسل لا يتوقف، يطبع العلاقة بين السياسي والإعلامي عبر تنمية الاتصال السياسي. الذي يتداخل فيه الفلسفي والتدبري والحكمة والرؤية والمواطنة. وكونها مسلسلا فهي مرتبطة بدرجة النمو الاقتصادي والاجتماعي والثقافي. لأنه لا شرعية سياسية بدون ثقافة ديمقراطية.

والملاحظ أن الديمقراطية اهتمت بالجانب الكمي. على حساب الشق النوعي والتوازن بينهما شرط أساسي لإقامة السلم السياسي.

ومن أجل تلخيص هذا المحور يمكن أن نركز على الخصائص الديمقراطية التالية فيما يلي :

- وجود قوانين مبنية على التوازن والتوافق. وأسماها الدستور.
- سيادة القانون واحترامه والتحاكم إليه.
- إشاعة الحريات والحقوق بمختلف مظاهرها.
- التعددية الفكرية والحزبية والإعلامية والمدنية.
- الحياد الإيجابي للإدارة.
- التوازن بين السلط.
- توفير المناخ الديمقراطي للحكمة القضائية والاستقلالية.
- انتخابات نزيهة وشفافة وحررة وعادلة.
- التداول السلمي على السلطة بناء على إرادة الشعب.

ينص الفقه الدستوري والسياسي على أن هناك أشكالا من الديمقراطية يمكن أن نوجزها فيما يلي : الديمقراطية المباشرة أي ممارسة الشعب السلطة بنفسه. والديمقراطية النيابية عندما يختار الشعب من يمثله، والديمقراطية شبه المباشرة عندما يقوم الشعب بتفويض سلطاته إلى هيئة منتخبة مع الاحتفاظ لنفسه بممارسة بعض

الصلاحيات. ويركز هذا الصنف من الديمقراطية على ثلاثة مظاهر: الاستفتاء الشعبي، والاقتراح الشعبي، والاعتراض الشعبي.

وقد يتخذ الاستفتاء الشعبي بعدا تشريعيا، أو سياسيا، أو دستوريا.. أما الاقتراح الشعبي، فهي مشاريع قوانين أمام البرلمان. (سويسرا نموذجا)، أو ضرورة توفر شروط حسب الدساتير (إقرار البرلمان أو الاستفتاء الشعبي). أما الاعتراض الشعبي فيركز على عدد معين من المواطنين، وآجال محددة دستوريا وقانونيا...<sup>(1)</sup>

ومن إيجابيات الديمقراطية شبه المباشرة مساهمة قطاع أكبر من أفراد الشعب في القضايا الهامة والكبرى للبلاد، والتقليص من "استبداد" الديمقراطية التمثيلية. وتحرير البرلمان من ضغوط الأحزاب السياسية<sup>(2)</sup>.

لكن رغم ذلك فهي تحمل في طياتها سلبيات تتجلى في قلة الخبرة السياسية، ومسألة الزمن والأجالات، والتكاليف المالية، وإمكانية خضوعها للأهواء والعواطف، وطغيان هيآت وشخصيات نافذة في المجتمع<sup>(3)</sup>.

والديمقراطية هي حكم الأغلبية، أو بعبارة معهودة حكم الشعب بالشعب وللشعب. وعندما يكون الشعب في قلب السيادة فتلك الديمقراطية. وحسب "بورديو" فالديمقراطية فلسفة، ونمط حياة، وديانة، وشكل للحكم<sup>(4)</sup>.

إذن فهي مشاركة في عملية صنع القرار للحصول على نتائج إيجابية، والشعور بالمسؤولية، وتقييم العمل، والزيادة في الإنتاجية، والرفع من المهنية<sup>(5)</sup>.

#### الفقرة الثانية: الفضء المغربي:

لقد ركزت في الفقرة الأولى على عالمية الديمقراطية. ولاشك أن المغرب من حيث المبدأ دخل نادي الديمقراطية منذ إعلان الاستقلال بعد إخراج ظهير 1958، والإيمان بالتعددية.

لكن التدافع السياسي بين المؤسسة الحاكمة وبعض الأحزاب الوطنية. جعل هذا الاختيار يعرف إعاقا على مستوى التطبيق. مما انعكس على التنمية بصفة عامة.

لكن بعد التصويت على دستور 2011<sup>(6)</sup>، دخل المغرب مرحلة جديدة، من حيث التقييد الدستوري لهذا الاختيار، وذلك من خلال تخصيص الباب الثاني للحريات والحقوق الأساسية. واعتماد منطق "السلطة" تشريعيا، وتنفيذيا، وقضائيا، والتركيز على الحكامة الجيدة. والتنمية البشرية والمستدامة. والديمقراطية التشاركية.

<sup>1</sup> - د. غازي صلاح أبو العينين، مبادئ عامة في النظرية العامة للقانون الدستوري، ط 1 س 2007، الرباط، المغرب، ص: 41.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص: 53.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص: 53.

<sup>4</sup> - Mohamed Ghomari, La démocratie, imp plurigraf Casa Maroc pp : 1-2.

<sup>5</sup> - اد. حسين حسن سليمان، أد. هشام سيد عبد المجيد، د. منى جمعة البحر، الممارسة العامة في الخدمة الاجتماعية مع الجماعة والمؤسسة والمجتمع. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط1 س 1425 هـ - 2005 م بيروت لبنان، ص: 350.

<sup>6</sup> - ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور ج. ر. ع. 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011، ص: 3600.



ومن الأهداف المتوخاة من الدستور توطيد وتقوية مؤسسات دولة حديثة، مرتكزاتها المشاركة التعددية والحكامة الجيدة. لأننا نصبو إلى تنزيل المقتضى الدستوري الذي ينص على أن نظام الحكم بالمغرب نظام ملكية دستورية، ديمقراطية، برلمانية واجتماعية. مع الإشارة إلى الديمقراطية المواطنة والتشاركية. واعتبار الاختيار الديمقراطي من الثوابت الجامعة للأمة.

ويجب أن يكون تنظيم الأحزاب السياسية وتسييرها مطابقا للمبادئ الديمقراطية. وتشارك في ممارسة السلطة بالوسائل الديمقراطية.

ونظام الحزب الوحيد نظام غير مشروع. ولا يجوز لأي حزب سياسي أن يمس الأسس الديمقراطية. ونفس الأمر ينطبق على الهيآت النقابية ولا يمكن حل الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية أو توقيفها من لدن السلطات العمومية، إلا بمقتضى مقرر قضائي. وخول الدستور للمعارضة البرلمانية حقوقا أهمها ممارسة السلطة عن طريق التناوب الديمقراطي محليا، وجهويا، ووطنيا، في نطاق أحكام الدستور.

ومن الواجب أن يكون تنظيم الجمعيات والمنظمات غير الحكومية وتسييرها مطابقا للمبادئ الديمقراطية.

كما ركز الدستور على ديمقراطية مؤسسات وهيآت حماية الحقوق والحريات والحكامة الجيدة، والتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية في الباب الثاني عشر المعنون بالحكامة الجيدة.

بناء على هذا التعميد الدستوري تطرح الأسئلة الجوهرية التالية المستقاة من الالتزام الحكومي :

- 1) هل سيتم تنزيل المقتضيات الدستورية بناء على العمل المندمج والمتكامل، والمقاربة التشاركية، وربط المسؤولية بالحاسبة ؟
- 2) كيف سنعزز الهوية الوطنية الموحدة وصيانة تلاحم وتنوع مكوناتها والانفتاح على الثقافات والحضارات ؟
- 3) إلى أي حد سنجتهد في ترسيخ دولة القانون، والجهوية المتقدمة، والحكامة الرشيدة الضامنة للكرامة والحقوق والحريات والأمن والقائمة على المواطنة الحققة وربط المسؤولية بالحاسبة والحقوق بالواجبات ؟
- 4) كيف نصرف مراحل بناء اقتصاد وطني قوي ومتنوع الروافد القطاعية والجهوية وتنافسي ومنتج للثروة وللشغل اللائق وسياسة اقتصادية ضامنة للتوزيع العادل لثمار النمو ؟
- 5) كيف نطور ونفعل البرامج الاجتماعية بما يضمن الولوج العادل إلى الخدمات الأساسية خصوصا التعليم والصحة والسكن، ويكرس التضامن وتكافؤ الفرص بين الأفراد والفئات والأجيال والجهات ؟
- 6) كيف نعزز التفاعل الإيجابي مع المحيط الجهوي والعالمي وتقوية الأداء العمومي لخدمة المغاربة المقيمين بالخارج ؟

المطلب الثاني : المقاربة التشاركية :

من أهم المصطلحات السائدة اليوم : الديمقراطية التشاركية والتي تعني تنمية انخراط المواطنين في الحياة العامة. واتخاذ القرار.

ومن أهم مؤشراتهما: تقديم العرائض، والتوافقات، واعتماد إجراءات منظمة ودقيقة. رغم الانتقادات التي توجه إليها نحو "الشعبوية" وعدم التمثيلية الموسعة، وإشكالية تنظيم الاستشارات، والموضوعية في علاقتها بالذاتية، وصعوبة الحصول على المعلومة<sup>(1)</sup>.

ومن أهم الآليات المعتمدة في الديمقراطية التشاركية: مجالس الأحياء للتنمية، والمؤسسات التشاورية. ورغم الإكراهات التي تعترضها فهي قناة دينامية للانتعاش الديمقراطي، والحوار، والمراقبة، والقرب، والتداول<sup>(2)</sup>. ونظرا للتحديات المحيطة بهذه التشاركية، فقد اعتبرت بأنها غير واضحة المعالم<sup>(3)</sup>.

وكونها تعتمد آليات حديثة كالميزانية المشتركة، ومجالس الأحياء، والتشاورات، فإنها تتكامل مع الديمقراطية التمثيلية.

وفي هذا الإطار تتفاعل الاستطلاعات، والحوارات العمومية، التواقفة إلى قرارات راشدة، وعدالة اجتماعية مما يخلق نوعا من الحيوية، والتطور، وتفعيل المواطنين، وتنوع العلاقات السياسية رغم الإكراهات.

إن الديمقراطية التشاركية ديمقراطية فاعلة، لحل المشاكل عن قرب، وضمان انخراط الجميع، وتطوير التدبير المحلي عن طريق التكامل بين الديمقراطية التمثيلية والديمقراطية التشاركية. وتنمية الإرادة السياسية لدى المنتخبين، وتوفير الأمن الاجتماعي، والتربية على ثقافة التوافق. والأخذ بعين الاعتبار حاجيات الجميع، وتتجدد الديمقراطية، بناء على المواطنة والمدنية والمنفعة العامة. وتوفير المعلومة والتدبير الشفاف والمساهمة في اتخاذ القرار، والانتقال من المحلي إلى الوطني.

ومن تجلياتها ميثاق عمل، وإحداث مجالس سياسية ومدنية، وشعبية، وتوفير ميزانية خاصة بها. وتنسيق العمل بينها، وتنظيم العلاقة مع السلطة التنفيذية والتشريعية والجهوية. وتشكيل لجن الملاحظة والتتبع والتقييم.

ويجب أن يتم كل هذا في إطار عام يحدد المشاركة، وطبيعتها، ومجالها وأطرافها، وطرق الانخراط، وكيفية تنظيم الساكنة، وتوزيع المسؤوليات والمصاريف ...

وتدخل الديمقراطية التشاركية في إطار دستور 2011 المغربي الذي ركز على تعزيز مكانة المجتمع المدني، واعتماد منهج التشارك والإشراك. والمساهمة في تعزيز وتأهيل المجتمع المدني. وحسن تدبير التواصل والقدرات، وترسيخ الحقوق والحريات<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - Dictionnaire de politique, toupictionnaire, www.formater.com

<sup>2</sup> - Millénaire (le centre ressources prospectives du grand Lyon).

<sup>3</sup> -Les défis de la démocratie participative, le monde diplomatique, Octobre 2011.

<sup>4</sup> - الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني (كلمة الوزير بمناسبة تقديم الميزانية الفرعية للوزارة برسم السنة المالية 2012).

ويعتبر التفكير في المجال، وإعداده، وبنائه بشكل جماعي رهانا واضحا لأنه يؤثر على الاشتغال بشكل جماعي. لأن التخطيط الاستراتيجي التشاركي يخدم التنمية المحلية. منهجية تحفز التفكير نحو المستقبل ... نهج يحسن التدبير ... ويشجع ويوجه الحوار ... ويحسن الاتصال ...<sup>(1)</sup>

ونظرا لهذا الدور التشاركي، فقد وضعت فرنسا قانونا ينصب على الديمقراطية المحلية والقرب سنة 2002 الذي يركز على إشراك الساكنة والجمعيات والهيآت من خلال إعداد المشاريع. وإلزام المدن المتجاوز سكانها 80000 نسمة والجماعات الأكثر من عشرين ألف ببناء مجالس الحي.

وأكد المرسوم رقم 453.85 المعدل في 23 أبريل 1985 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 630.83 المؤرخ في 12 يوليوز 1983 على ديمقراطية الإعلان العمومي وحماية البيئة<sup>(2)</sup>.

وقد عم مفهوم التشاركية نظرا لارتباطه بالتنمية عامة. وقد اصطلح عليه باللامركزية المتقدمة السائجة للتخطيط الجماعي. وأمنت النيجر بالتخطيط الجماعي لتوجيه عمل الشركاء التقنيين الماليين.

لكن رغم هذا النفس التشاركي الذي ساد في كثير من الدول فإن إشكالات تظل عالقة تتجلى في الحكامة وطرق المؤسسة، والتفعيل وطرق التمويل، والتكوين ودعم القدرات<sup>(3)</sup>.

إن تطور العمران بلغة ابن خلدون مرتبط بالمنطق التشاركي الذي يتخذ أبعادا متعددة، ويتيح فرصة للبناء والتقييم. لأن الواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي والبيئي والتنموي بصفة عامة يصبح مشتركا بين كل الفاعلين. وبالتالي تنتقل إلى المقاربة الترابية المندجة، التي تعتمد على آليات النظام والتدبير والتحكيم. في أفق التركيز على المجالات الحيوية من أجل تجاوز فوضى التدبير والتسيير والاحتكارية والهيمنة.

إن التشاركية آلية من آليات الترشيح تناغم بين تدخلات كل الفاعلين للمساهمة في السلطة باعتبارها توزيعا عادلا للتقييم تراعي الأفق البعيد وبعد النظر.

وبالتالي فهي تكريس لما أسلفناه سابقا بأنها جزء لا يتجزأ من الديمقراطية التشاركية. والتي شكلت الوسيطة بين الديمقراطية المباشرة والنيابية. وتمزج بين نظرية السيادة الشعبية والسيادة الوطنية<sup>(4)</sup>.

ومن أجل تبرير هذا الاختيار، طرح سؤال جوهري على موائد الفقه الدستوري مفاده: هل النظام التمثيلي ديمقراطي؟<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup> - التخطيط الاستراتيجي التشاركي في خدمة التنمية المحلية. مديرية إعداد التراب الوطني، وزارة السكنى والتعمير وسياسة المدينة، عمالة إقليم الحاجب، فيدرالية الوكالات الحضرية دجنبر 2012، ص ص : 07-09.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص : 28.

<sup>3</sup> - المرجع السابق، ص : 32.

<sup>4</sup> - أ. د. الحاج قاسم محمد (القانون الدستوري والمؤسسات السياسية) ط 5، س 2011، دار النشر المغربية، ص : 95.

<sup>5</sup> - Dominique Breillat - Gilles Champagne - Daniel Thome, droit constitutionnel institution politique, Paris 2007, A. Arma droit, LMD p : 64.

إنه سؤال كلاسيكي لكنه متجدد. لأنه يطرح سؤال السيادة والعلاقة بين السيادة الوطنية والسيادة الشعبية. ويبقى سؤال الديمقراطية في قلب الأحداث. وسؤال المقاربة للمشاكل المطروحة يبقى عالقا. وجواب المقارنة يفرض وجوده. والمقاربة الانفتاحية على جميع المستويات ضرورة علمية وواقعية وديمقراطية.

إن حكم الشعب بالشعب. يفرض تشاركية سواء بالنسبة للديمقراطية المباشرة أو غير المباشرة. وهي حق دستوري يتيح مشاركة المواطنين في الشأن العام والاختيارات العامة. وتتكامل الديمقراطية التمثيلية والديمقراطية التشاركية. وهذه الأخيرة في عمقها ديمقراطية القرب خاصة عندما تتناول قضايا الأحياء والجماعات والجهات.

ومن مقتضيات ومؤشرات الديمقراطية التشاركية نذكر الميزانية التشاركية التي ظهرت في "البرازيل"، والتي استهدفت المدن والأحياء ... هادفة إلى الحكامة المالية، والعدالة والاجتماعية، ثم تعمدت بأمريكا الجنوبية، ثم إلى قارات أخرى. ومن المؤشرات كذلك "التحكيم المواطن"، و"الحوار العمومي" (1).....

نخلص مما سبق أن التشاركية آلية من آليات المساهمة في السلطة. تركز على إشراك المواطنين في اتخاذ القرار. وبالتالي ندخل في ديمقراطية تداولية. التي تتخذ مواضع كثيرة لمقاربتها نحو التهيئة الترابية، والتعمير، والبيئة ... وتلعب الجمعيات دورا فاعلا في هذا الباب كما سنرى في المبحث الثاني.

وقد بدأ النقاش حول حدود الديمقراطية التمثيلية منذ النصف الثاني من القرن السابق، مما تولد على النقاش مصطلح "الديمقراطية التشاركية" اعتمادا على مواطنة فاعلة. ووضوح الرؤية المستقبلية. لأنه كما يقال : حوار ومناقشة حسنة تؤدي إلى قرار أحسن وأرشد. لأن الأصل هو التوافق، والتشاور، وحسن التدبير والإعداد، واعتماد آلية الاستفتاء الشعبي للحسم.

وهذا العمل يشوش أحيانا على أدوار المنتخبين، والمفوضين من قبل صناديق الاقتراع.

ونظرا لشساعة هذا الورش، فإن الفاعلين ابتكروا آليات متعددة لتصديقه نحو حكام أحياء (1971) بألمانيا وإسبانيا والولايات المتحدة. كما أحدثت البرازيل سنة (1992) الميزانية المشتركة. وفي الدول الاسكندنافية. ثم الحديث عن "لقاءات التوافق" (سنة 1980). وبفرنسا تم تشجيع مبدأ التشاور والاستشارة (قانون 1976). والتدبير الترابي بناء على قانون بوش غدو 1883 Bouchardeau. حيث تمت ديمقراطية إجراء "التقصي العمومي". وحماية البيئة. حيث اعتمد قانون بارنيي 1995 Barnier.

ويمكن الحديث كذلك عن قانون ديمقراطية القرب سنة 2002 بفرنسا الذي اعتمد عموما على مجالس الأحياء (2).

ومن خلال جردنا للتاريخ السياسي المغربي نجد بأن هناك تكاملية بين السياسي والمدني وتشاركية تامة من أجل طرد المستعمر وتحرير البلاد. وحتى بعد الاستقلال تم التنسيق بين الطرفين - الذي هو في العمق طرف واحد - من أجل البناء الديمقراطي. لكن الصراع على السلطة أخرج المشاريع التنموية العميقة والاستراتيجية.

<sup>1</sup>- Xavier Moléant, La démocratie participative, sciences humaines le 08/01/2012.

<sup>2</sup>-Démocratie participative wikipedia. Com.

وظالما تم التنظير لعلاقة الشراكة بين الدولة والمجتمع المدني<sup>(1)</sup>. ومن تتبع الخطابات الملكية نراها تركز على هذه التشاركية باعتبار أن البناء الديمقراطي هم جماعي. نستحضر ما يلي: تفعيل دور المجتمع المدني<sup>(2)</sup> "وكلنا مسؤولون فرادى وجماعات وسلطات وهيئات وأحزابا وجمعيات عن البناء الجماعي لمجتمعنا"<sup>(3)</sup>. وتركيزه عن "المواطنة الفاعلة والصادقة"<sup>(4)</sup> و"ترسيخ قيم المواطنة المسؤولة"<sup>(5)</sup> و"بناء ثقافة المواطنة الإيجابية"<sup>(6)</sup>. والهدف هو بلوغ "المجتمع التضامني الذي يكفل الكرامة والمواطنة المسؤولة"<sup>(7)</sup>.

وقد ركز تقرير الخمسينية (الذي صدر بعد 50 سنة من الاستقلال) على التعاون بين الهيئات الدستورية والسياسية والنقابية والجمعية من أجل بلورة المشاريع التنموية لاستكمال المواطنة الكريمة ... داعيا إلى ضرورة تضافر الجهود بين الدولة وبين سائر الفاعلين: قطاعا خاصا ومجتمعنا مدنيا ...

وقد ضمن الخطابات الملكية كذلك الإشارة إلى قضايا وردت في الدستور اليوم نحو: الديمقراطية التشاركية - المجتمع المدني الفاعل - تعزيز ديناميته - بناء المواطنة التضامنية .. وتضافر الجهود مع الفعاليات الانتخابية والجهوية<sup>(8)</sup>.

أما خطاب 9 مارس 2011 الذي اعتبره الكثيرون خطبا تاريخيا فقد ركز الملك على: المساهمة البناءة للهيئات الحزبية والنقابية والجمعية ... داعيا إلى تعديل دستوري شامل يستند على سبعة مرتكزات أساسية. ذكر في الشق الخامس على تعزيز الآليات الدستورية لتأطير المواطنين بتقوية دور الأحزاب الأساسية في نطاق تعددية حقيقية، وتكريس مكانة المعارضة البرلمانية والمجتمع المدني ...

وعلى مستوى البرنامج الحكومي لـ 2012 تم إحداث قطاع وزاري جديد في إطار الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني. وتسطير التشاركية كآلية من آليات تنزيل المقتضيات الدستورية. والتركيز على التشاركية والتعاقدية في جميع المجالات.

لقد بدأ الجميع يشعر بهذه الأهمية، وفي هذا الإطار نظم الفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية بمجلس النواب لقاء دراسيا<sup>(9)</sup> والذي ركز على: إرساء ديمقراطية تشاركية - دور العمل الجماعي - الشراكة الاستراتيجية بين الحكومة والمجتمع المدني - التلازم بين حقوق وواجبات المواطنة.

<sup>1</sup> - مذكرة الوزير الأول رقم 7 س 2003 حول الشراكة بين الدولة والجمعيات 27 يونيو 2003.

<sup>2</sup> - خطاب 30 يوليوز 2000.

<sup>3</sup> - خطاب 30 يوليوز 2003.

<sup>4</sup> - 18 ماي 2005.

<sup>5</sup> - 30 يوليوز 2008.

<sup>6</sup> - افتتاح الدورة التشريعية الرابعة للبرلمان أكتوبر 2005.

<sup>7</sup> - خطاب بمناسبة انتهاء مهمة هيئة الإنصاف والمصالحة 06 أكتوبر 2008.

<sup>8</sup> - خطاب العرش 30 يوليوز 2007 - خطاب 30 يوليوز 2008 - وخطاب 30 يوليوز 2009.

<sup>9</sup> - لقاء دراسي لمجلس النواب للفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية حول حق المواطنين والمواطنات في تقديم ملتمسات في مجال التشريع والعرائض، 15 يناير 2013 إعداد كنزة الغالي.

وبدأت ثقافة التشاركية تخرج من مرحلة القيم العامة إلى مستوى المؤسسة. وفي هذا الإطار نظم البرلمان يوما دراسيا<sup>(1)</sup> حول العلاقة الواجب تنظيمها بين البرلمان والمجتمع المدني، تحت شعار: البرلمان والمجتمع المدني: أية علاقة؟ والذي جعل من أهدافه ما يلي:

- 1- جعل منظمات المجتمع المدني ملزمة بالعمل البرلماني.
  - 2- جعل البرلمان ملما بالعمل الجماعي.
  - 3- جعل قاعدة معطيات متعلقة بالمجتمع المدني لدى البرلمان.
  - 4- وجود شبكة متخصصة في التشريع من المجتمع المدني.
- وتفيد التجارب الدولية بأن العرائض تقدم غالبا للسلطات العمومية والهيئات المنتخبة. أما عندما يتعلق بملتزمات التشريع فغالبا ما تحال على البرلمان، لذلك من الضروري أن تعزز العلاقة بين البرلمان والمجتمع المدني ... لذلك ناقش الحاضرون بهذا اليوم الدراسي قضايا متعددة تصب في هذا المجال والتي أوجزها فيما يلي: - سبل تعزيز الثقة - تشجيع المشاركة المدنية وتعزيز المسؤولية الاجتماعية وتفعيل المساءلة - تقوية النقاش العام حول القضايا العامة - ديمقراطية ومأسسة العلاقات وشرعنتها -

إن العلاقة بين المجتمع المدني والبرلمان من صميم الديمقراطية لأن الشعب هو مصدر السلطات ويحق له التواصل مع ممثليه خاصة وقد أصبحوا شركاء في رسم السياسات العمومية، وتقديم العرائض وملتمسات التشريع. مما يساعد على الاستقرار الاجتماعي والسياسي والاقتصادي ...

ومن شروط نجاح هذه العلاقة اتساع حركة المجتمع المدني واستقلالته تمويلا وتفاعلا. وتغطية وسائل الإعلام لهذه العلاقة وإحداث المصالحة مع السياسة، والمشاركة في المراقبة والتشريع ...

ومن الآليات الواجب توفرها للجان والملتقيات، ودراسة مواضيع مشتركة، والتواصل مع الجامعة، ووضع هيآت متخصصة بتطوير هذه العلاقة، وتكثيف العلاقة مع المؤسسات الدولية ذات الصلة.

لقد تشكلت قناعة بأنه لا تخطيطا استراتيجيا للتنمية المحلية دون تشاركية<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: القواعد التأسيسية:

#### الفقرة الأولى: خصائص عامة:

لقد حاولت أن أبسط فرشا فكريا وسياسيا وواقعا يبرز أهمية التكاملية بين الديمقراطية التمثيلية والتشاركية كقاعدة إستراتيجية للمبادرة الشعبية.

وقد انتقل الاجتهاد الدستوري والسياسي من التنظير الفكري إلى الممارسة التشريعية والسؤال المطروح: ما هي القواعد المؤسسة لهذا الاختيار الشعبي خاصة على المستوى الدستوري؟

<sup>1</sup> - يوم دراسي: البرلمان والمجتمع المدني أية علاقة؟ المؤسسة البريطانية من أجل الديمقراطية والبرلمان المغربي. البرلمان، الرباط، 16 يناير 2013.

<sup>2</sup> - التخطيط الاستراتيجي التشاركي في خدمة التنمية المحلية مديرية إعداد التراب الوطني، وزارة السكنى والتعمير وسياسة المدينة عمالة إقليم الحاجب. فدرالية الوكالات الحضرية دجنبر 2012.

من أهم معالم هذا الاختيار التشاركي: اعتماد الحق في تقديم العرائض لدى السلطات المنتخبة، والسلطات العمومية. وهذا ما نص عليه الدستور البلجيكي من فصوله 28 و 57 والدستور الدانماركي في فصله 54 وأكدته دستور ألمانيا في فصله 17 وكذا 45<sup>(1)</sup>.

واعتمد البرلمان الأوروبي الحق في تقديم الملتزمات<sup>(2)</sup> وركز الدستور الفرنسي على حق تقديم العرائض، والتشاور الواسع مع المواطنين<sup>(3)</sup>. وتبنى الدستور اليوناني نفس الاختيار في مادته 69<sup>(4)</sup>. وهذا ما ذهبت إليه إسبانيا في دستورها انطلاقاً من الفصل 61<sup>(5)</sup>.

وتاريخياً ومع الثورة الفرنسية 1789 تمت الإشارة إلى الحق في تقديم العرائض، ونفس الأمر بالنسبة للميثاق الأعظم 145 البريطاني<sup>(6)</sup>.

وقد عم هذا الحق مجموعة من الدول نستحضر الفصل 58 من دستور (بوركيناسو) والفصل 30<sup>(7)</sup>. وأكدت الدولة الإيطالية في الفصل 138 من الدستور على المبادرة الشعبية بناء على شروط<sup>(8)</sup>. وركز دستور الجمهورية البولونية على حق المشاركة، وتنويع الأنشطة، وحرية تأسيس الهيئات المدنية<sup>(9)</sup>.

ونفس المنحى تبنته الفدرالية الروسية، عندما ضمن الدستور حرية الأنشطة الجهوية والانتماء إلى الجمعيات<sup>(10)</sup>. كما أكد دستور "بلغاريا" على توسيع دائرة العمل الجمعي، والدفاع عن مصالحه بالطرق المشروعة<sup>(11)</sup>.

وخص الدستور الإيطالي وظيفة التشريع للحكومة والبرلمان والهيئات والمؤسسات بناء على المقتضيات السائدة<sup>(12)</sup>.

<sup>1</sup> - Parlement européen Luxembourg 2929. Le droit de Pétition doubles pays de l'union Européenne 119 FR Marilia Grespo ALLEN Juin 2001.

<sup>2</sup> - جامعة منيسونا مكتبة حقوق الإنسان ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي ديسمبر 2000، المادة 44.

<sup>3</sup> - الدستور الفرنسي (4 أكتوبر 1958) نسخة نوفمبر 2011 الفصول 72 - 34/2.

<sup>4</sup> - Parlement européen 54 مرجع سابق ص:

<sup>5</sup> - المرجع السابق، ص : 61.

<sup>6</sup> - الدستور المغربي لسنة 2011 وحق تقديم العرائض، رشيد لزرق 23 ماي 2011.

<sup>7</sup> - Le parlement contrepoids de l'exécutif Charles B. OUOBA.

<sup>8</sup> - Parlement européen مرجع سابق

<sup>9</sup> - La constitution polonaise 2 Avril 1997 journal des lois du 16 Juillet 1997 N° 78, Textile 483.

<sup>10</sup> - Constitution loi fondamentale de la fédération de Russie, 12-12-1993.

<sup>11</sup> - Constitution de la République de la Bulgarie 21 Juillet 1991 à jour (20 Septembre 2004).

<sup>12</sup> - La constitution de la République italienne Rome, 27 Décembre 1947.

إن دسترة الديمقراطية التشاركية بالمغرب مؤشر على إحداث التوازن والتنظيم وكذا إحداث الحكامة. وترتكز على القرب من المواطنين والمواطنتين، والمبادرة التشريعية والعريضة الشعبية من آلياتها<sup>(1)</sup>.

وأكدت اللجنة الأوروبية على أن المبادرة الشعبية خاصة التشريعية حق من الحقوق التي تهدف إلى الصالح العام. وعنوان الممارسة الديمقراطية للمواطنين وهي مدسرة عالميا ...

وقد مثلت لذلك مجموعة من الدول التي وسعت دائرة التشريع من حيث الواضعون نحو: ادريجان في الفصل 96 من الدستور، والفيدرالية الروسية كما ذكرنا سالفا، ودولة هنكارييا في الفصل 280، ودولة ليتوانيا، وبولونيا في المادة 118 من الدستور، وألبانيا في الفصل 81، وإيطاليا في الفصل 71، وإسبانيا في الفصل 83، وسلوفينيا، ويوغسلافيا، وألبانيا، وجورجيا، وأوكرانيا واليونان، وفرنسا، وسنمفصل في هذا أثناء الحديث على الشروط والكيفيات<sup>(2)</sup>.

ونصت المواد 160 الفقرة 1 والفصل 107 على المبادرة الشعبية، واعتبرتها حاجة سياسية، لأنها تحدث التوازن، وإن لم تكن مثبتة، سنكون مضطرين إلى تعديل دستوري من أجل تعزيز هذا الحق الشعبي<sup>(3)</sup>.

ونظرا لما ذكرناه، فإن احترام مقتضيات الدستور من الأسس التي يجب أن تراعى أثناء تقديم المبادرات الشعبية. وأعطى الدستور السويسري بعدا سياسيا للكوتونات Les contons حتى يتسنى للجميع تقديم ملتسمات التشريع. وبدأوا يتحدثون عن "الاستفتاءات الدستورية" وميزوا بين الفيدرالي والجهات<sup>(4)</sup>.

من خلال هذا المطلب نستنتج أن المبادرة الشعبية تشريعية كانت أم غير ذلك أصبحت تقليدا دستوريا لأنها تدعم التشاركية والسؤال الجوهرية: ماذا عن التجربة المغربية؟

### الفقرة الثانية: التأسيس المغربي:

لقد عرف المغرب تاريخيا مفهوم المذكرة والعرائض وغيرها من المصطلحات لكن الجديد اليوم، هو أن المبادرة الشعبية تشريعية أو رقابية أو مطلبيا أصبحت مدسرة في الدستور الجديد الذي صودق عليه<sup>(5)</sup>.

إن النظام الدستوري للمملكة يقوم على أساس فصل السلط، وتوازنها وتعاونها، والديمقراطية المواطنة والتشاركية. ومن الثوابت الجامعة الاختيار الديمقراطي (ف 1).

وتؤسس الجمعيات وتمارس أنشطتها بحرية في نطاق احترام الدستور والقانون. وتساهم الجمعيات المهتمة بقضايا الشأن العام، والمنظمات غير الحكومية، في إطار الديمقراطية التشاركية في إعداد قرارات ومشاريع لدى

<sup>1</sup> - الفضاء الحر للمواطنة والتنمية بالمحمدية FM AS منتدى بدائل المغرب، ص : 1.

<sup>2</sup> - Commission européenne pour la démocratie par le droit, rapport sur l'initiative législative 77<sup>ème</sup> session plénière (verrise, 12 - 13 Décembre 2008 M. Sergio BATROLE - Mme Angelika NUSSBERGER .

<sup>3</sup> - Introduction de l'initiative législative 04-10-2004 Gross, Andreas. L'assemblée fédérale - le parlement suisse, www. Parlement.ch.

<sup>4</sup> -Le système constitutionnel, 04/10/2012 www.denistouret.fr.

<sup>5</sup> - ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور ج. ر. ع. 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011، ص : 3600.



المؤسسات المنتخبة والسلطات العمومية. وكذا في تفعيلها وتقييمها. (ف 12) وتعمل السلطات العمومية على إحداث هيآت للتشاور، قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين، في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها (ف 13). وللمواطنات والمواطنين، ضمن شروط وكيفيات يحددها قانون تنظيمي الحق في تقديم ملتمسات في مجال التشريع (ف 14)، والحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية. ويحقق قانون تنظيمي شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق (ف 15).

وتختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية. وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور (ف 133).

ويرتكز التنظيم الجهوي والترابي على مبادئ التدبير الحر، وعلى التعاون والتضامن، ويؤمن مشاركة السكان المعنيين في تدبير شؤونهم، والرفع من مساهمتهم في التنمية البشرية المندجة والمستدامة (ف 136).

وتضع مجالس الجهات والجماعات الترابية الأخرى، آليات تشاركية للحوار والتشاور، لتيسير مساهمة المواطنات والمواطنين والجمعيات في إعداد برامج التنمية وتبناها.. كما يمكن للمواطنات والمواطنين والجمعيات تقديم عرائض، الهدف منها مطالبة المجلس بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله (ف 139).

ويتحدد بقانون تنظيمي بصفة خاصة :

- الحق في تقديم ملتمسات التشريع.
- الحق في تقديم القرارات.
- شروط تقديم العرائض.

كما نص دستور 2011 المغربي على مجموعة من مؤسسات وهيآت حماية الحقوق والحريات والحكامة الجيدة والتنمية البشرية والمستدامة والديمقراطية التشاركية<sup>(1)</sup>.

ولن تتأسس هذه المؤسسات إلا عن طريق التشاركية التي تحدثنا عنها.

لكن الملاحظ أن الدستور المغربي لم يعط فرصة للمواطنات والمواطنين من أجل تقديم مبادرات تشريعية تهم تعديلا دستوريا، على شاكلة مجموعة من الدول كما سنرى في القسم الثاني.

رغم ذلك يمكن اعتبار المقترحات الدستورية إعلانا على دخول المغرب إلى نادي "الديمقراطية التشاركية" على مستوى الدسترة. وأصبحت لصيقة بالديمقراطية التمثيلية. وهذا مؤشر على وجود إرادة في الانتقال من مرحلة الكائن العادي داخل المجتمع إلى المواطن الذي يخضع لمنطق الحقوق والواجبات.

<sup>1</sup> - المرجع السابق من الفصل 161 إلى الفصل 171.

## التعويض عن أضرار الاستعمار في القارة السمراء



فضيلة الأستاذ الدكتور : محمد بن عبد القادر محمد

أستاذ القانون بجامعة جازان والجامعات الليبية سابقاً

المقدمة :

كما يصاب الإنسان بأضرار جراء أعمال غير مشروعة تصدر عن شخص آخر، وتترتب مسؤولية المخطأ عن هذا العمل غير المشروع وفقاً لأحكام القانون المدني، تصاب الدول والشعوب أيضاً بأضرار كثيرة عن الاستعمار والاحتلال، هذا العمل غير المشروع الذي يقوم على احتلال شعب لشعب آخر وفرض سيطرته على الشعب المحتل والقيام بأعمال لا تمت بصلة إلى حقوق الإنسان، وبالتالي تترتب المسؤولية الدولية عن تعويض هذه الشعوب المحتلة، التي صودرت أموالها ونهبت ثرواتها وعذب أبناءها وانتهكت حرمتها ومقدساتها .

ونظراً لامتلاك أفريقيا إمكانات ضخمة جداً، و ثروات هائلة من المعادن ومن الثروة الزراعية ومن القوى البشرية، فكانت مطمعاً للقوى الاستعمارية لنهب هذه الثروات والاستيلاء عليها وتحويلها لثراء الدول الاستعمارية أياً كانت، فحولت هذه الدول القارة السمراء إلى مستعمرات إنجليزية وفرنسية وبرتغالية وإيطالية وأسبانية، لكي تكون بلادهم في رغد من العيش على حساب شعوب هذه القارة الأفريقية الغنية بالموارد والثروات، وبدلاً من أن تستغل هذه الموارد لنهضة الشعوب الأفريقية استغلت لنهضة الدول الاستعمارية، فكانت أفريقيا مزرعة أوروبا ومنجم أوروبا. وقد لجأت الدول الأوروبية لاستيلائها على القارة السمراء إلى تقسيمها إلى مناطق نفوذ أولاً وذلك بموجب اتفاقات، عقدت بين كل من بريطانيا وألمانيا وفرنسا وإيطاليا والبرتغال، قسمت فيها القارة بين مناطق نفوذ اختصت بكل منها إحدى هذه الدول إلى أن تم لها استعمارها بالفعل.

حشدت الدول الاستعمارية سفنها الحربية وقواتها العسكرية لنهب ثروات القارة السمراء وتقسيمها، فأرهبوا الشعوب الأفريقية وتغلغلوا في القارة وحولوها إلى ثكنات عسكرية. وفرضوا عليها طوقاً من الدكتاتورية الظلمة التي لا يوجد فيها مجال لحقوق الإنسان، وقامت هذه الدول بنفي من يعارضها إلى دول أخرى أو بقتلهم أو تعذيبهم كما فعلت إيطاليا مع الليبيين، وبريطانيا مع المصريين، وفرنسا مع الجزائريين والمغاربة، وذلك لفرض سيطرتهم على البلاد ونهبها.

ولهذا قامت الثورات التحررية لكي تقاوم المحتل والمستعمر، ولكي تعيد ثروات الشعوب الأفريقية إلى أبنائها. انتصرت هذه الشعوب على المحتل والمغتصب، وكان استقلال هذه الدول علامة مضيئة لهذه الحركات الثورية التي قدم أبنائها أرواحهم وأموالهم فداءً لشعوبهم الأفريقية، وضحوا بكل غال ونفيس لكي تنال هذه الشعوب استقلالها. وقد

اعتبرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها الصادر في 14/12/1960 الخاص بمنح الاستقلال للأقاليم الغير متمتعة بالحكم الذاتي والشعوب المستعمرة بأن إخضاع الشعوب لسيطرة أجنبية يعد مخالفاً لميثاق الأمم المتحدة، ولذا أوصت بنقل السلطة السياسية في كل من الأقاليم التابعة لدول أخرى إلى شعوب هذه الأقاليم طبقاً لإرادتها الحرة.

كما نص ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، والذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1974، على حق الدولة في تأمين ونزع ملكية مال أجنبي أو نقلها مع تقديم التعويضات المناسبة لمن يصيبه ضرر من جراء هذه التصرفات، يأتي هذا انتصاراً لمواقف الكثير من الدول التي كانت خاضعة للإستعمار الأجنبي وأجرت عقب استقلالها الكثير من إجراءات التأمين والسيطرة على الشركات الأجنبية في أراضيها، إعمالاً لسيادتها الدائمة والكاملة على ثرواتها ومواردها وأنشطتها الاقتصادية<sup>(1)</sup>.

والآن وبعد أن تحررت الشعوب الأفريقية من المستعمر والمحتل ونالت استقلالها يثور التساؤل عن أضرار الاستعمار وهل يجوز المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار، وإذا جاز ذلك فما هي شروط التعويض، وصوره، وكيف يتم تقديره، وما هي الوسائل التي يمكن للدول التي كانت تحت الاستعمار اللجوء إليها للمطالبة بهذا التعويض؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات لابد من التعرض لمبدأ التعويض عن الأضرار في المسؤولية الدولية، وشروط التعويض عن أضرار الاستعمار وصوره، وكيفية تقديره، ووسائل حل المنازعات الدولية المتعلقة بالمطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار، وذلك وفقاً للخطة التالية :

المبحث الأول : شروط التعويض عن أضرار الاستعمار وصوره وكيفية تقديره .

المبحث الثاني : وسائل حل المنازعات الدولية المتعلقة بأضرار الاستعمار.

المبحث الأول : شروط التعويض عن أضرار الاستعمار وصوره وكيفية تقديره :

يعرف المبدأ العام بأنه كل قاعدة تبلغ من العمومية والأهمية ما يجعلها أساساً للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها، فالمبدأ هو الكل أو الشعور العام المجرد، أما القاعدة فهي تطبيق تفصيلي لهذا الشعور العام المجرد<sup>(2)</sup>.

ويعد مبدأ الالتزام بالتعويض عن الأضرار من المبادئ الثابتة في القانون الدولي العام، كما يعد أيضاً أثراً مترتباً على المسؤولية الدولية. ومعناه التزام الدول الاستعمارية، والتي أضرت بالدول المستعمرة، بتعويض هذه الدول والشعوب عن الأضرار التي أصابتها جراء حقب الاستعمار والأعمال غير المشروعة التي ارتكبتها هذه الدول أثناء هذه الفترة.

(1) انظر د. إبراهيم محمد العناني - الأبعاد القانونية للعلاقات الدولية الاقتصادية - مجلة الدراسات الدبلوماسية - معهد الدراسات الدبلوماسية - المملكة العربية السعودية - العدد الثاني: 1405هـ - 1985م - ص 19 وما بعدها.

(2) انظر في هذا د. مفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1967، ص2، د. محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في قانون السلام، الجزء الأول، منشأة المعارف الإسكندرية، 1977، ص78، د. عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص138.

فالشعوب الأفريقية التي وقعت تحت وطأة الاستعمار وذاقت وبلائه وأعماله غير المشروعة يحق لها وفقاً لهذا المبدأ أن تطالب الدول الاستعمارية بتعويضها عن الأضرار التي أصابتها عن هذه الفترة الحالكة من تاريخها، وذلك وفقاً للطرق السلمية لحل المنازعات بين الدول.

وسوف نبين في هذا المبحث شروط التعويض عن أضرار الاستعمار وذلك في المطلب الأول، وصور التعويض وذلك في المطلب الثاني، وكيفية تقدير التعويض وذلك في المطلب الثالث .

### المطلب الأول : شروط التعويض عن أضرار الاستعمار :

تقوم المسؤولية الدولية في مبنائها التقليدي على فكرة الخطأ، فارتكاب عمل غير مشروع من جانب أحد أشخاص القانون الدولي يتسبب عنه حدوث ضرر لشخص دولي آخر يوجب المسؤولية الدولية، أما في مبنائها الحديث فتقوم على حدوث ضرر لشخص دولي أو أكثر نجم عن عمل أو امتناع عن عمل صدر من شخص دولي آخر بصرف النظر عن كون هذا العمل ناتج عن عمل إيجابي أو سلبي مشروعاً أو غير مشروع<sup>(1)</sup> ، ويقوم التعويض عن أضرار الاستعمار على نفس المبدأ الذي تستند عليه المسؤولية الدولية، وبالتالي يشترط للمطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار توافر الشروط الآتية:

- 1- ارتكاب فعل غير مشروع دولياً.
- 2- أن ينسب الفعل إلى شخص دولي.
- 3- ضرر يصيب الدولة المستعمرة من جراء هذا الفعل غير المشروع. ونبين فيما يلي هذه الشروط :<sup>(2)</sup>

### الشرط الأول: ارتكاب فعل غير مشروع دولياً:

يشترط لقيام مسؤولية الدول الاستعمارية والتزامها بالتعويض أن يصدر منها أعمال غير مشروعة دولياً، وهذا يمثل ركن الخطأ في القانون الخاص<sup>(3)</sup>. سواء كان هذا الخطأ متعمداً أو كان نتيجة إهمال منها، ويعد الفعل غير مشروع دولياً إذا كان مخالفاً لقواعد القانون الدولي مثل ذلك: امتناع الدولة عن الوفاء بالالتزامات التي تملئها عليها معاهدة دولية، أو قيامها بإصدار تشريع يتعارض مع قواعد قانونية دولية أخرى، أو خروج الدولة المحاربة عن قواعد الحرب. ولا شك أن الأعمال التي قامت بها الدول الاستعمارية في الشعوب الأفريقية من قتل وتعذيب ونهب

(1) انظر د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام - الطبعة الخامسة - دار النهضة العربية - القاهرة - 2005 - ص 259.

(2) انظر في هذه الشروط تفصيلاً، د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، القاعدة الدولية، الدار الجامعية الإسكندرية، الطبعة السادسة، 1984، ص 426 وما بعدها، د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 215 وما بعدها، د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 1995 - 1996، ص 693-700، د. صالح السنوني، الوجيز في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس 2000، ص 178 وما بعدها.

(3) الخطأ في القانون الدولي هو السلوك المخالف للالتزامات قانونية دولية، فمناطق التصرف غير المشروع كعنصر في المسؤولية الدولية هو مخالفة قاعدة قانونية دولية أياً كان مصدرها، إتفاق أو عرف أو مبادئ القانون العامة، وعلى ذلك فتصرف معين قد يكون مشروعاً وفقاً للقانون الداخلي، لكنه حسب القانون الدولي قد يعد غير مشروع والعكس صحيح أيضاً. انظر د/ إبراهيم محمد العناني - القانون الدولي العام - الطبعة الخامسة - دار النهضة العربية - القاهرة - 2005 - ص 271 وما بعدها.

للثروات وتدنيس للحرمات والمقدسات تعد من الأعمال غير المشروعة دولياً، وبالتالي فإن هذه الدول قد صدر منها فعل غير مشروع مخالف لأحكام القانون الدولي، وقد ترتب على هذا الفعل ضرر بدولة أخرى مما يرتب مسؤولية هذه الدول عن هذا الخطأ ويلزمها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهذه الشعوب.

ونتيجة للتطورات والأنشطة الحديثة التي طرأت على المجتمع الدولي، وتتسم بالتقدم العلمي والتقني السريع، فقد حاول الفقه البحث عن أساس آخر للمسؤولية الدولية لا يقوم على فكرة الخطأ واتجهت الأنظار إلى فكرة تحمل التبعة أو نظرية المخاطر التي عرفت في القانون الخاص الداخلي، أو ما يعرف في الفقه الدولي باسم المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية المطلقة، فكل من يستفيد من شئ يتحمل مسؤولية الضرر الناجم عنه فالغرم بالغنم، وعلى ذلك قد ينتفى الخطأ كلية من جانب الدولة المشكو منها، فهي لم تخالف قواعد القانون الدولي ولم ترتكب خطأ عمداً أو تقصيراً، ومع ذلك تقوم مسؤوليتها الدولية عن تعويض الأضرار، وذلك استناداً لمبدأ المسؤولية المطلقة في الفقه والقانون الدولي<sup>(1)</sup>.

وبمراجعة العمل الدولي نجد أن مبدأ المسؤولية المطلقة قد طبق دولياً، لكن ليس في صورة مبدأ عام، وإنما في حدود أوضاع وحالات معينة تنص عليها الاتفاقيات الدولية ومثال ذلك :

1- ممارسة الدولة نشاطاً ذات طابع يتسم بالخطورة، كالأضرار التي تنتج عن السفن النووية، تطبيقاً لاتفاقية فيينا عام 1963 بشأن المسؤولية عن الأضرار النووية.

2- ما تنص عليه اتفاقية روما الموقع عليها في 1952/10/7م والخاصة بالأضرار التي تحدثها الطائرات الأجنبية لأشخاص أو ممتلكات على الأرض. فقد نصت المادة 1/1 من هذه الاتفاقية على أن ( لكل من أصابه ضرر على سطح الأرض الحق في التعويض .. بمجرد ثبوت أن الضرر قد نشأ من طائرة في حالة طيران أو من شخص أو شئ سقط منها..) كما نصت المادة 1/2 على أن ( الالتزام بتعويض الضرر المشار إليه .. يقع على عاتق مستغل الطائرة).

3- إذا قامت الدولة بفعل مشروع ولكن سبب ضرراً للغير أكثر من المنافع التي تعود على الدولة القائمة بهذا الفعل، ويعد هذا تطبيقاً لمبدأ معروف في القانون الخاص ومن المبادئ العامة للقانون، وهو مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. ومن مظاهر التعسف في استعمال الحق استخدام الدولة لأقليمها بطريقة تصيب الغير بالضرر، مما يجعل الدولة مسؤولة عن الأضرار التي تنتج عن ممارسة هذا الحق

**الشرط الثاني: أن ينسب الفعل إلى شخص دولي :**

يشترط أيضاً لقيام المسؤولية الدولية والالتزام بالتعويض عن أضرار الاستعمار أن يصدر هذا الفعل غير المشروع من أحد أشخاص القانون الدولي العام وهم الدول والمنظمات الدولية<sup>(2)</sup>. وبالتالي لا يعد الفعل الصادر من أشخاص القانون الخاص فعلاً يرتب المسؤولية الدولية، كما لو كان هذا الشخص يتصرف بصفته الشخصية، مثل: تصرفات الأفراد، والهيئات والمؤسسات الخاصة التي تتصرف بصفتها الشخصية وليس باعتبارها مؤسسات تابعة للدولة. فالمسؤولية لا تتوافر إلا إذا كانت منسوبة إلى شخص من أشخاص القانون الدولي العام.

(1) انظر د/ إبراهيم العناني - المرجع السابق - ص 273 وما بعدها.

(2) انظر د/ محمد صافي يوسف - النظرية العامة للمنظمات الدولية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2006م - ص 161.

وتقع مسؤولية الدولة التقصيرية عن أعمالها غير المشروعة أياً كانت السلطة أو الهيئة العامة التي قامت بهذا العمل، طالما كان مخالفاً بقواعد القانون الدولي، حتى ولو كانت هذه الأفعال لا تتعارض مع قانونها الوطني. فالدولة تسأل عن كل إخلال بقواعد القانون الدولي أو بواجباتها الدولية يقع من سلطاتها التنفيذية، ويدخل في مدلول السلطة التنفيذية جميع الجهات التي تتولى شؤون الإدارة في الدولة أو تشرف عليها، فتشمل رئيس الدولة والموظفين والقوات العسكرية بمختلف أنواعها، وتشمل فروع الدولة الإدارية في جميع أجزاء الإقليم الخاضع لسلطانها كالمجالس البلدية والمحلية، كما تشمل الهيئات القائمة بالإدارة في مستعمرات الدولة وممتلكاتها أو الولايات المكونة لها إذا كانت دولة اتحادية.

ولا تقتصر مسؤولية الدولة فقط عن سلطاتها التنفيذية وإنما تشمل أيضاً السلطة التشريعية والسلطة القضائية، فلا يجوز إصدار تشريعات تخالف قواعد القانون الدولي، وإلا كانت الدولة مسؤولة عن كل ما يترتب على تنفيذها من مساس بحقوق الدول الأخرى ورعاياها، كما لا يجوز لهذه الدول الاستعمارية أن تصدر أحكاماً قضائية تتعارض مع أحكام القانون الدولي أو تمنع الشعوب المستعمرة من اللجوء إلى قضاء عادل تؤمن له فيه حقوقه العادلة، وإلا ترتب على ذلك مسؤولية الدولة الاستعمارية عن هذه التصرفات.

كما تتحمل المنظمة الدولية المسؤولية الدولية عن الأعمال المخالفة للقانون الدولي التي تصدر عنها، ومثال ذلك الأعمال التي تصدر من السكرتير العام للمنظمة أو الأعمال التي يرتكبها موظفو الأمم المتحدة أثناء مباشرتهم لوظائفهم، والتي تضر بإحدى الدول أو برعاياها<sup>(1)</sup>، وعلى الرغم من أن هذه الحالات نادرة في العمل الدولي، إلا أنها من الممكن وقوعها، كما حدث في الكونغو في أوائل الستينات من القرن الماضي، حيث قام بعض أفراد قوات الطوارئ الدولية التابعة للأمم المتحدة بأعمال سلب ونهب لممتلكات عامة وخاصة خروجاً على القواعد القانونية الدولية، وقامت المنظمة بتعويض تلك الأضرار إعمالاً لمسؤوليتها القانونية.

### الشرط الثالث: ضرر يصيب الدولة المحتلة من جراء هذا الفعل غير المشروع:

يعرف الضرر بأنه المساس بمصلحة مشروعة للدولة المستعمرة سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية.

ويعد الضرر ركناً هاماً من أركان المسؤولية الدولية، ويذهب البعض إلى أنه يعد الشرط الأول من شروط الالتزام بالتعويض فلا مسؤولية بدون ضرر<sup>(2)</sup>. ويشترط في الضرر أن يكون جدياً أي أن يكون هناك إخلال فعلي بحق من حقوق الدولة التي تشكو الضرر، وأن تتوافر علاقة السببية بين الضرر وبين الفعل غير المشروع بأن يكون الضرر نتيجة الفعل غير المشروع من جانب الدولة المشكو منها أي يكون نتيجة إخلالها باحترام واجباتها القانونية، أما إذا كان الضرر نتيجة قوة قاهرة أو ظرف طارئ أو نتيجة خطأ من الدولة التي أصابها الضرر ذاتها فإن المسؤولية تنتفي لانتفاء علاقة السببية<sup>(3)</sup>.

(1) انظر د/ حسين حنفي عمر - دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج - نظرية الحماية الدبلوماسية الواجبة - دار النهضة العربية - القاهرة - 2005م - ص 309.

(2) انظر د. عبد الكريم عوض خليفة، المرجع السابق، ص 209.

(3) د. علي صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص 217.

والضرر نوعان: ضرر مادي يصيب الدولة في مصلحة مالية لها كنهب ثروات الدولة والاعتداء على ممتلكاتها وقتل مواطنيها أو الاعتداء على حدودها وسفنها. وضرر أدبي وهو الذي يصيب الدولة في مصلحة غير مالية كإهانة كرامة أبنائها والآلام النفسية نتيجة تعذيب أبنائها والخط من كرامتهم والنيل من شرفهم واعتبارهم وتدنيس مقدساتهم.

إذا توافرت الشروط السابقة ترتب على ذلك المسؤولية الدولية<sup>(1)</sup> أي مسؤولية الدول الاستعمارية عن أفعالها غير المشروعة، والتزامها بالتعويض عن الأضرار التي أصابت الشعوب، جراء هذه الأعمال التي نالت من كرامة وشرف أبنائها، فضلاً عن نهب ثرواتها والاعتداء على ممتلكاتها.

### المطلب الثاني: صور التعويض عن أضرار الاستعمار:

للتعويض عن الأضرار بصفة عامة صوراً متعددة، هذه الصور يمكن تطبيقها أيضاً على التعويض عن أضرار الاستعمار، وهذه الصور تختلف تبعاً لنوع الضرر الواقع على الدولة المستعمرة<sup>(2)</sup>، وهي تتمثل فيما يأتي:

**1- الترضية:** وهي قيام الدول الاستعمارية بترضية الدول التي كانت قابضة تحت الاستعمار، وهي صورة من صور التعويض عن الأضرار الأدبية، ومن أشكال الترضية تقديم اعتذار رسمي من قبل الدول الاستعمارية، كما فعلت إيطاليا عندما اعتذرت للشعب الليبي عن حقبة الاستعمار الإيطالي عام 2008م، وذلك بعد مطالبة الحكومة الليبية للحكومة الإيطالية بتقديم هذا الاعتذار. كما يتمثل أيضاً في إبداء الأسف عما بدر من الدولة من سلوك، أو التعهد بعدم العودة إلى هذا الفعل، أو معاقبة مرتكبي الأفعال المسيئة لتلك الدولة وذلك بإلقاء القبض عليهم ومحاکمتهم إن تيسر ذلك<sup>(3)</sup>.

وقد تقتصر الترضية على مجرد إثبات القضاء الدولي أن دولة قد خالفت القانون الدولي، ومثال ذلك ما حدث في قضية مضيق كورفر عندما قامت بريطانيا برفع الألغام من المياه الداخلية الألبانية دون تصريح من جانب ألبانيا فقد قررت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر في 1949/4/9م ( أن هذه العمليات تشكل خرقاً لسيادة الجمهورية الشعبية الألبانية، وهذا الإثبات يشكل في ذاته ترضية مناسبة)، دون أن يقترن ذلك بإثبات مسؤولية الحكومة البريطانية<sup>(4)</sup>.

**2- التعويض العيني:** وهو قيام الدول الاستعمارية بإصلاح الأضرار المادية التي وقعت بسبب الاستعمار وإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه، ويفضل العمل الدولي بالتعويض العيني باعتباره الأكثر كمالاً وتحقيقاً للعدالة، ومثال ذلك أن تعيد هذه الدول الأموال التي صادرتها أو نهبتها، وهو ما يسمى بحق الاسترداد، أو بناء ما تم تدميره من منشآت أو مباني أو مصانع، وقد يتمثل التعويض العيني في اتخاذ إجراءات قانونية تلغي أو تزيل الآثار المترتبة على العمل المخالف لقواعد القانون الدولي<sup>(5)</sup>.

(1) انظر د/ إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص 259 وما بعدها.

(2) انظر في هذه الصور: د/ إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص 282 وما بعدها.

(3) انظر: د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي، مرجع سابق، ص 343، د. صالح السنوسي، المرجع السابق، ص 186.

(4) انظر: د. إبراهيم محمد العناني، المرجع السابق، ص 283.

(5) انظر: د. عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي، مرجع سابق، ص 211.

**3- التعويض المالي:** وهو تقديم الدولة الاستعمارية مبلغ من النقود إلى الدولة الأفريقية المتضررة كتعويض لها عما أصابها من أضرار. وهو صورة أخرى للتعويض عن الأضرار المادية التي سببها الاستعمار وممارساته داخل الدول المستعمرة<sup>(1)</sup>، ويتم اللجوء إلى هذه الوسيلة عندما يكون التعويض العيني مستحيلاً أو غير ممكن، ومثال ذلك ما قامت به إيطاليا عام 2008م عندما التزمت بتعويض ليبيا لمدة 20 سنة مدة استعمارها لليبيا بدفع ربع مليار في كل سنة، وبناء مستشفى لزراع الأطراف لليبيين الذين قطعت أطرافهم الألغام التي زرعتها إيطاليا أو بسبب وجود إيطاليا في الحربين العالميتين الأولى والثانية.

وقد أكد القضاء الدولي على ضرورة تعادل مبلغ التعويض النقدي مع قدر الضرر المباشر فقط، وليس مع قدر الأضرار غير المباشرة، بمعنى أن التعويض لا يجب أن يجاوز هذا القدر وإنما يكفي أن يكون تعويضاً عادلاً، بحيث يراعى فيه إمكانية كل دولة، كما أنه يمكن تجزئته ودفعه على أقساط تتفق مع طاقة كل دولة، وقد جرى العرف الدولي على ذلك في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وذلك في قضايا التعويض عن تأمين ممتلكات الأجانب<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: كيفية تقدير التعويض:

إذا كان هناك اتفاق بين أطراف النزاع على كيفية تقدير التعويض عن أضرار الاستعمار ومقداره يعمل بهذا الاتفاق<sup>(3)</sup>، وأكبر مثال على ذلك هو المعاهدة التي تم إبرامها بين ليبيا وإيطاليا والتي نصت على تعويض الشعب الليبي بدفع ربع مليار كل سنة على مدار 20 سنة مدة الاحتلال وبناء مستشفى لزراعة الأطراف بليبيا.

أما إذا لم يوجد اتفاق بين الدول الاستعمارية وبين الدول التي استعمرتها على كيفية تقدير التعويض أو مقداره فيمكن تقديره بالوسائل السلمية، التي سوف نتحدث عنها في المبحث الثاني، ومن أهمها التحكيم والقضاء الدوليين.

وباستقراء أحكام القضاء الدولي<sup>(4)</sup>، في تطبيقه لمبدأ التعويض عن الأضرار بصفة عامة نجد أن تقدير التعويض يخضع للمبادئ الآتية:

1- يحدد التعويض وفقاً لقواعد القانون الدولي المعمول بها بين الدولتين المتنازعتين أو وفقاً لقواعد القانون الدولي بصفة عامة.

2- يجب الأخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، قيمة الخسائر التي لحقت بالأشياء وبالأرواح نتيجة الأعمال غير المشروعة أثناء حقبة الاستعمار، ويشمل ذلك قيمة الممتلكات والحقوق والمصالح التي أصابها الضرر.

3- يجب أن يكون تقدير التعويض بعملة ثابتة القيمة.

4- يجب أن يكون التعويض مرة واحدة، فلا يجوز التعويض عن ضرر سبق تعويضه.

(1) انظر: د. علي صادق أبوهيف، المرجع السابق، ص218.

(2) انظر د. محمد حافظ غانم، المسؤولية الدولية - 1962 - ص67 وما بعدها، د. صالح السنوسي، المرجع السابق، ص186.

(3) انظر: د. إبراهيم العناني، المرجع السابق، ص284.

(4) انظر في هذه الأحكام د. عبد الكريم عوض خليفة، المرجع السابق، ص213.



## المبحث الثاني: وسائل حل المنازعات الدولية المتعلقة بأضرار الاستعمار:

لما كان مبدأ الامتناع عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها في العلاقات الدولية<sup>(1)</sup> من المبادئ التي حرص ميثاق الأمم المتحدة على النص عليها في المادة (2/4) بأنه (يتمتع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة واستخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على درجة أخرى لا تتفق ومقاصد الأمم المتحدة). وطبقاً لهذا المبدأ فإنه لا يجوز للدول التي كانت قابضة تحت الاستعمار أن تلجأ إلى استخدام القوة أو التهديد باستخدامها للحصول على التعويض من قبل الدول الاستعمارية وإنما يجب عليها اللجوء إلى الوسائل السلمية لحل المنازعات الدولية المتعلقة بالتعويض عن حقب الاستعمار<sup>(2)</sup>.

وقد بينت هذه الوسائل المادة (1/33) من ميثاق الأمم المتحدة بأنه (يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضة والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، أو أن يلجأوا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها).

ويتضح من هذا النص بأن الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية، والتي يجب على الدول التي كانت تحت الاستعمار اللجوء إليها، دون اللجوء إلى القوة، للحصول على التعويض من الدول الاستعمارية تتمثل في ثلاثة أنواع:

- 1- تسوية المنازعات بالطرق السياسية.
- 2- تسوية المنازعات بالطرق المختلطة.
- 3- تسوية المنازعات بالطرق القضائية.

وللدول حرية اختيار الوسيلة المناسبة من بين هذه الوسائل المذكورة لتسوية المنازعات الدولية التي تثار فيما بينها للحصول على التعويض عن حقب الاستعمار<sup>(3)</sup> ونبين فيما يلي هذه الوسائل في المطالب الثلاثة التالية:

(1) انظر في هذا المبدأ، د. عائشة راتب، التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص109، د. عبد الكريم عوض خليفة، قانون المنظمات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009 ص66.

(2) انظر في تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية، د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق ص564، د. عبد الكريم عوض خليفة، قانون المنظمات الدولية، مرجع سابق ص65.

(3) يعد مبدأ الاختيار الحر للوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية من المبادئ المستقرة في القانون الدولي وهو مبدأ متفرع عن مبدأ التراضي ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ تسوية المنازعات الدولية بالوسائل السلمية، انظر: د. عبد الكريم عوض، أحكام القضاء الدولي، مرجع سابق، ص158.

## المطلب الأول: تسوية المنازعات بالطرق السياسية:

تتمثل الوسائل السياسية لتسوية المنازعات الدولية في المفاوضة والمساعي الحميدة والوساطة<sup>(1)</sup>.

**1- المفاوضة:** هي تبادل الرأي بين دولتين متنازعتين بقصد الوصول إلى تسوية للصراع القائم بينهما. ويقوم بالمفاوضة عادة المبعوث الدبلوماسي للدولة المتنازعة أو تعيين مندوب خاص للمفاوضة لكل دولة، ويتم تبادل الآراء بين المفاوضين شفاهة أو في مذكرات مكتوبة، وقد تتم المفاوضة مباشرة بين الدولتين المتنازعتين وقد تتم عن طريق مؤتمر يجمع الدول المتنازعة وغيرها إذا كانت المنازعة جسيمة تؤثر في الصالح العام للجماعة الدولية أو يكون الفصل فيها ماساً بدول أخرى.

**2- المساعي الحميدة أو الخدمات الودية:** وهي قيام دولة بتقديم خدماتها الودية من أجل التقريب بين الدول المتنازعة وتجعلها تقبل التفاوض أو استئناف التفاوض، ويقصر دور الدولة صاحبة المساعي عند هذا الحد فلا تشترك في المفاوضات التي تجري بعد ذلك بين الأطراف المتنازعة.

**3- الوساطة:** وهي قيام دولة أجنبية عن النزاع بالتقريب بين الدولتين المتنازعتين لتسوية أوجه الخلاف بينهما بطريق ودي عن طريق مشاركتها في المفاوضات التي تجري بين أطراف النزاع أو المساهمة في وضع الأساس الذي يقوم عليه حل النزاع.

**4- عرض النزاع على المنظمات الدولية والإقليمية:** وهو طريق حديث لتسوية المنازعات الدولية ودياً، وقد نص عليه عهد عصبة الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الأولى كوسيلة من الوسائل الكفيلة بمنع الحروب، وبعد انتقال اختصاص عصبة الأمم إلى هيئة الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية إلى هيئة الأمم المتحدة، وجاء ميثاق الأمم المتحدة وبين في الفصل السادس ما يتبع في حل المنازعات الدولية حلاً سلمياً بمعرفة الهيئة، وقد عهد بهذه المهمة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة (م/2/11) من الميثاق أو مجلس الأمن (م/33) حسب الأحوال.

وتصدر الجمعية العامة للأمم المتحدة توصياتها في المنازعات التي تمس السلم والأمن الدولي بأغلبية الثلثين، وفي المنازعات الأخرى بالأغلبية العادية ما لم تقرر لأهميتها الخاصة أن تتبع بشأنها قاعدة الثلثين، وتعد توصيات الجمعية العامة في هذه المنازعات التي تعرض عليها ليست لها صفة إلزامية وإنما يجب على هذه الدول وقد تعهدت بالعمل على تسوية المنازعات بالطرق السلمية أن تجعل هذه التوصيات محل اعتبار<sup>(2)</sup>.

أما مجلس الأمن فيصدر قراره في هذه المسائل بأكثرية تسعة من أعضائه ولكن يشترط بعد ذلك أن تضم هذه الأكثرية أصوات الأعضاء الخمسة الدائمين في كل قرار يصدر بعد ذلك من تحقيق موضوع النزاع إلى الإيحاء بما يتبع بشأنه، مع ضرورة امتناع كل دولة طرف في النزاع بين أعضاء المجلس عن التصويت م(27) من الميثاق، وما يصدره المجلس من قرارات لا يخرج عن كونه توصيات لأطراف النزاع أن يأخذوا بها أو أن يتركوها غيرها من الوسائل

(1) يضيف بعض الفقه إلى هذه الوسائل التحقيق والتوفيق ويصفها بالوسائل السياسية، انظر د. صالح السنوسي، المرجع السابق ص192، بينما يرى البعض أن وسيلة التحقيق والتوفيق من الوسائل المختلطة أي تتبع فيها إجراءات شبيهة بالإجراءات القضائية ولكن دون إلزام أطراف النزاع بالنتيجة التي توصل إليها الإجراءات. انظر د. علي صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص642.

(2) انظر د. علي صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص639.

الأخرى، على أنه إذا ترتب على عدم الأخذ بها تهديد السلم والأمن الدولي فإن لمجلس الأمن أن يقرر ما يراه مناسباً لحفظ السلم والأمن الدولي، ويكون قراره في هذه الحالة ملزم لأطراف النزاع.

كما أن للأطراف عرض النزاع على المنظمات الإقليمية كالاتحاد الأفريقي أو جامعة الدول العربية أو غيرها من المنظمات الإقليمية وذلك لحل هذه المنازعات سلمياً، وعلى الدول الأعضاء في هذه المنظمات أن تبذل قصارى جهدها للحل السلمي والوساطة ما بين الدول الأعضاء في المنظمة الإقليمية وما بين الدولة الأجنبية. ولذلك نجد أن القانون التأسيسي للاتحاد الأفريقي ينص في مادته الثالثة فقرة (و) على أن من أهداف تأسيس الاتحاد هدف تعزيز السلام والأمن والاستقرار في القارة.

### المطلب الثاني: الوسائل المختلطة لحل المنازعات سلمياً:

يمكن أيضاً اللجوء إلى الوسائل بالمختلطة لحل المنازعات الدولية المتعلقة بالمطالبة بالتعويض عن أضرار الاستعمار، وقد سميت هذه الوسائل بالمختلطة نظراً لأنها تتبع أمامها إجراءات شبيهة بالإجراءات القضائية ولكن دون التزام أطراف النزاع بالنتيجة التي توصل إليها الإجراءات. وتتمثل هذه الوسائل في التحقيق والتوفيق<sup>(1)</sup>.

**1- التحقيق:** هو قيام لجنة يختارها أطراف النزاع لتقوم بالتحقيق والتحري حول وقائع معينة تتعلق بالنزاع ومختلف عليها من قبل الأطراف، وذلك حتى يتم حصر النزاع في حدوده الحقيقي فيسهل بعد ذلك على الأطراف التفاهم بشأنه.

وتتميز هذه الوسيلة بأنها تهدف إلى تسوية القضايا الفعلية، كما أنها تعد من الوسائل الاختيارية، وتقوم على أساس عمل لجان تتألف بموجب اتفاقية خاصة بين البلدين، كما أن جلساتها ليست علنية، أما قراراتها فتتخذ بالأغلبية، والقرار الصادر عن هذه اللجان ليست له أي صفة إلزامية، وتبقى للطرفين حرية الأخذ به وتسوية النزاع إما مباشرة أو بواسطة التحكيم.

**2- التوفيق:** وهو قيام لجنة خاصة بالتوفيق بين أطراف النزاع، وتشمل مهمتها فضلاً عن تحقيق المسائل محل النزاع اقتراح حل لهذا النزاع يمكن أن يرتضيه الأطراف المتنازعة. ويعد التوفيق نوع حديث من أنواع الوساطة وطريق وسط بينها وبين التحكيم، وقد نصت عليه كثير من المعاهدات الدولية. ويختلف التوفيق عن التحكيم من حيث صفة الإلزام بالقرار، فقرار لجنة التوفيق ليست له صفة إلزامية وللدول صاحبة الشأن الأخذ به أو رفضه، بينما قرار التحكيم ملزم لأطراف النزاع ويتعين عليهم تنفيذه في كل جزئياته.

وعلى ذلك يتميز إجراء التوفيق بالميزات التالية<sup>(2)</sup>:

أ- يهدف إلى تسوية المنازعات المتعلقة بالمصالح المتباينة بين الدول ويكون إجراء التوفيق إلزامياً إذا طلب أحد الأطراف ذلك.

(1) انظر: د. صالح السنوسي، المرجع السابق، ص 192.

(2) انظر في هذه المميزات: د. أحمد سرحان، قانون العلاقات الدولية، الطبعة الثانية، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،

ب - تتكون لجان التوفيق عادة من ثلاثة أو خمسة أعضاء وتشكل هذه اللجان من شخصيات مختلفة قد تكون دبلوماسية أو رجال قانون لهم خبرة دولية أو رجال سياسة .

ج - مهمة لجان التوفيق دراسة النزاع وتقديم اقتراح بحله للأطراف المتنازعة.

د - تباشر هذه اللجان أعمالها بسرية وتتخذ قراراتها بالأغلبية.

### المطلب الثالث : الوسائل القضائية لحل المنازعات سلمياً :

يمكن أيضا للدول التي كانت قابضة تحت الاستعمار أن تلجأ إلى التحكيم أو القضاء الدولي لحل النزاع حول مسألة التعويض عن حقب الاستعمار. ونبين ذلك فيما يلي:-

**1- التحكيم الدولي :** وهو النظر في النزاع من قبل شخص أو هيئة محكمين دوليين يختارهم أطراف النزاع مع التزامهم بتنفيذ قرار هيئة التحكيم سواء كانت فرداً، كرئيس دولة أجنبية، أو جملة محكمين، أو إحدى الهيئات القانونية أو القضائية في بلد أجنبي، على أن الغالب أن تعهد الدول بنزاعها إلى لجنة تحكيم خاصة أو إلى محكمة التحكيم الدولي الدائمة في لاهاي بهولندا، والتي أنشئت بموجب اتفاقية لاهاي 1899، وتختص هذه المحكمة بالنظر في المنازعات التي تعرض عليها من قبل الدول الموقعة على الاتفاقية، والمنازعات التي تقوم بين دولة موقعة ودولة غير موقعة على الاتفاقية في حالة وجود اتفاق بينهما على ذلك.

وتتكون هذه المحكمة من قلم كتاب وعدد من المحكمين يستطيع أطراف النزاع اختيار من يرغبونه من بين هذه الأسماء، وبيّن اتفاق التحكيم القواعد الإجرائية التي تسير عليها المحكمة، وإذا لم يحدد الطرفان ذلك فيجب على الهيئة أن تتبع القواعد المستقرة في القانون الدولي، وتشمل إجراءات التحكيم الإجراءات الكتابية كتقديم المستندات والمذكرات والوثائق الإيضاحية، والإجراءات الشفوية، كمرافعة ممثلي الخصوم أمام الهيئة، وعند التقدم بإجراء كتابي تقوم الهيئة بإرسال نسخة من المستند أو المذكرة المقدمة إليها إلى الطرف الآخر للعلم به والرد عليه، أما عند إجراء المرافعة الشفوية فيديرها رئيس الهيئة ولكل عضو في الهيئة توجيه أي سؤال إلى ممثلي الخصوم، وتكون جلسات الهيئة سرية إلا إذا وافق الطرفان على أن تكون الجلسات علنية وصدر قرار بذلك من الهيئة<sup>(1)</sup>.

ويصدر قرار التحكيم بالأغلبية، ويجب أن يكون مسبباً ويذكر به أسماء المحكمين ويوقع عليه رئيس الهيئة والسكرتير القائم بمهمة كاتب الجلسة، ويعلن القرار في جلسة علنية بعد النداء على الخصوم.

ويعد اللجوء إلى التحكيم اختياري إلا في حالة ما إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف قبل نشوء النزاع على اللجوء إلى التحكيم، كما إذا كانت هناك معاهدة بين الأطراف تحتوي على نص يقضي بإحالة أي نزاع ينشأ بينهما بخصوص هذه المعاهدة أو جميع المنازعات التي تنشأ بينهما إلى التحكيم الدولي. أما القرار الذي يصدر من هيئة التحكيم فتكون له قوة الأحكام القضائية أي أن الدول أطراف النزاع تلتزم بتنفيذه.

**2- القضاء الدولي :** هو عرض النزاع على هيئة قضائية دولية منتظمة يتقدم إليها الدول مباشرة بمنازعاتها، وتساهم بقضائها المتصل في تكوين المبادئ القانونية الدولية، وقد أنشئت محكمة العدل الدولية بلاهاي عام 1946

(1) انظر: د. عدنان طه الدوري، د. عبد الأمير العكيلي، القانون الدولي العام، الجزء الثاني، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، الطبعة الثانية، 1997، ص 299 وما بعدها.

وذلك لحل المنازعات الدولية سلمياً. وتعد محكمة العدل الدولية جهازاً رئيسياً من أجهزة الأمم المتحدة الست<sup>(1)</sup>، وهي جهة القضاء الدولي الرئيسية ولم يكن وجودها عائقاً لإنشاء محاكم دولية أخرى لعل أهمها محكمة العدل الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

ويختلف القضاة في محكمة العدل الدولية عن المحكمين، فالقضاة لا يختارهم أطراف النزاع وإنما معينون مسبقاً بتوصية من مجلس الأمن وقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة، والأصل أن تجلس المحكمة بكامل هيئتها للنظر في النزاع، أي بقضاة الخمسة عشر، إلا في حالات استثنائية نص عليها النظام الأساسي للمحكمة، ويجوز أن يتغيب قاض أو أكثر لكن يجب ألا يقل عدد الهيئة عن تسعة قضاة.

وتشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليها المتقاضون، كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة وفي المعاهدات والاتفاقيات المعمول بها، (م33) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، كما تشمل أيضاً جميع المنازعات القانونية التي تقر الدول أطراف هذا النظام الأساسي بولاية المحكمة الجبرية فيها والتي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام نفسه متى تعلق النزاع بالمسائل الآتية: تفسير معاهدة من المعاهدات، أو أية مسألة من مسائل القانون الدولي، أو تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقاً لالتزام دولي، أو نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولي ومدى هذا التعويض.

ويتضح من ذلك أن موافقة أطراف النزاع هو أساس ولاية المحكمة، سواء كانت الولاية اختيارية، أم جبرية لأن الأخيرة هي في حقيقتها اختيارية لأنها رهينة برغبة الدولة في التصريح بها<sup>(3)</sup>.

وحكم محكمة العدل الدولية حكم نهائي له قوة الإلزام بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصوص النزاع الذي فصل فيه<sup>(4)</sup>. ويمكن الطعن في هذا الحكم بالتماس إعادة النظر إذا تكشفت وقائع جديدة كانت مجهولة عند صدور الحكم، ويجب أن يقدم التماس خلال ستة أشهر من تاريخ اكتشاف الوقائع الجديدة، ولا يجوز تقديمه بعد انقضاء عشر سنوات من تاريخ الحكم (م61 من النظام الأساسي للمحكمة).

#### الخاتمة :

عرضنا في هذا البحث لمسألة التعويض عن أضرار الاستعمار، وقد توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية :

1- التأكيد على حق الشعوب الأفريقية بل كل الشعوب التي كانت قابضة تحت الاستعمار في تعويضها عن حقب الاستعمار والأضرار الكبيرة التي سببها الاستعمار لهذه الشعوب، وحققها في استرجاع ثرواتها المنهوبة وتراثها المسروق ومنع تكرار هذه الجرائم التي أدت إلى دمار وخراب للدول الأفريقية وباقي الدول التي كانت قابضة تحت

(1) تتكون أجهزة الأمم المتحدة من الجمعية العامة، ومجلس الأمن، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، ومجلس الوصاية، والأمانة، ومحكمة العدل الدولية. انظر في هذه الأجهزة د. مفيد شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة التاسعة، 1989 ص200، د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1984، ص430 وما بعدها. د. صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 1998، ص391 وما بعدها.

(2) انظر: د. عبد الكريم عوض، قانون المنظمات الدولية، ص124.

(3) انظر: د. محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية، الطبعة الرابعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1979، ص233.

(4) انظر: د. علي صادق أبو هيف، مرجع السابق، ص668.

الاستعمار. وضرورة توثيق الانتهاكات التي تمت من الدول الاستعمارية إبان فترة الاستعمار، وذلك لتوفير الأسانيد القانونية للمطالبة بالتعويض.

2- تستطيع الدول التي كانت قابضة تحت الاستعمار أن تطالب الدول الاستعمارية بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء الأعمال المشروعة التي مارستها هذه الدول أثناء هذه الحقبة، وذلك وفقاً لمبدأ التعويض عن الأضرار والذي يشترط لتطبيقه توافر ثلاثة شروط هي عمل غير مشروع دولياً، أن يصدر هذا العمل من الدولة الاستعمارية، ضرر يصيب الدولة المحتلة.

3- الأضرار التي أصابت الدول المستعمرة من جراء الاستعمار كثيرة ومتعددة، منها أضرار مادية وهي التي أصابت هذه الدول في مصلحة مالية لها، وتتمثل فيما تم نهبه من أموال وثروات خاصة بالشعوب المستعمرة وما تم تدميره ومصادرته من أموال وممتلكات، وأضرار أدبية تتمثل في الحط من كرامة واعتبار هذه الدول المستعمرة وشعوبها وامتهان كرامتها ومقدساتها.

4- يكون التعويض عن أضرار الاستعمار في صور متعددة، فقد يكون بمثابة ترضية أو اعتذار رسمي، كما فعلت إيطاليا عندما قدمت الحكومة الإيطالية اعتذاراً رسمياً للشعب الليبي عام 2008م عن فترة استعمارها لليبيا وما فعلته بالليبيين من قتل وتعذيب ونفي وتدني للمقدسات ونهب لثروات البلاد. وقد يكون التعويض عيناً أيضاً بإعادة الحال إلى ما كان عليه وبناء ما دمرته القوى الاستعمارية. وأخيراً قد يكون التعويض نقدياً بتقدير مبلغ من النقود كترضية للدولة التي استعمرت، وذلك عن الأضرار المادية التي أصابتها من جراء الاستعمار أو الأضرار التي لا يمكن فيها إعادة الحال، وأكبر مثال على ذلك ما فعلته إيطاليا أيضاً عندما التزمت بتعويض ليبيا لمدة 20 سنة مدة استعمارها لليبيا بدفع ربع مليار كل سنة وبناء مستشفى لزراعة الأطراف لليبيين الذين قطعت أطرافهم الألغام التي زرعتها إيطاليا أو بسبب وجود إيطاليا في الحربين العالميتين الأولى والثانية.

5- يمكن اللجوء في حال نشوب نزاع بين الدول المستعمرة وبين الدول الاستعمارية، حول المطالبة بالتعويض عن أضرار الاستعمار، إلى الوسائل السلمية لحل المنازعات الدولية وتتمثل في: المفاوضة، والمساعي الحميدة، والوساطة، أو عرض النزاع على المنظمات الدولية والإقليمية، كالاتحاد الأفريقي أو الجامعة العربية، والتحقيق، والتوفيق، وإذا لم تفلح هذه الوسائل يمكن اللجوء إلى التحكيم والقضاء الدولي، ويكون الحكم الصادر من التحكيم أو القضاء الدولي في هذه الحالة ملزماً لجميع الأطراف المتنازعة.

6- يجب على الدول التي كانت قابضة تحت الاستعمار أن تسعى إلى نهضتها وتقديمها بالإمكانيات والوسائل والثروات الطبيعية الكثيرة التي حباها الله بها، وأن يتم استثمار هذه الثروات لنهضة شعوبها، كما يجب على هذه الدول التي تحررت أن تقوم بجذب العقول المهاجرة إلى أوروبا، والتي كان سببها الرئيسي هو الاستعمار وما خلفه من دمار للشعوب المستعمرة ونهب لثرواتها.

7- البدء في إنشاء شبكة من المتعاطفين مع القضايا الأفريقية، خاصة قضايا التعويض عن أضرار الاستعمار، على الشبكة الدولية للمعلومات، وإتاحة الانتهاكات موثقة وبالأسانيد القانونية لكسب تعاطف شعوب العالم حول هذه القضايا.

## المراجع :

- 1- د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1984م.
- 2- د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995 - 1996
- 3- د. أحمد سرحان، قانون العلاقات الدولية، الطبعة الثانية، مؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1993
- 4- د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام - الطبعة الخامسة - دار النهضة العربية - القاهرة - 2005م.
- 5- د. إبراهيم محمد العناني - الأبعاد القانونية للعلاقات الدولية الاقتصادية - مجلة الدراسات الدبلوماسية - معهد الدراسات الدبلوماسية - المملكة العربية السعودية - العدد الثاني: 1405هـ - 1985م.
- 6- د. حسين حنفي عمر، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج - نظرية الحماية الدبلوماسية الواجبة - دار النهضة العربية - القاهرة - 2005م.
- 7- د. صالح السنوسي، الوجيز في القانون الدولي العام، الطبعة الأولى - منشورات المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، 2000م.
- 8- د. صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
- 9- د. عائشة راتب، التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م.
- 10- د. عبد الكريم عوض خليفة، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009م.
- 11- د. عبد الكريم عوض خليفة، قانون المنظمات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009م.
- 12- د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م.
- 13- د. عدنان طه الدورى، د. عبد الأمير العكيلي، القانون الدولي العام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1997م .
- 14- د. محمد حافظ غانم ، المسؤولية الدولية، 1962م.
- 15- د. محمد سامي عبد الحميد، اصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، القاعدة الدولية، الطبعة السادسة، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 1984م.
- 16- د. محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية، الطبعة الرابعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1979م.
- 17- د. محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في قانون السلام، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977م.
- 18- د. محمد صافي يوسف، النظرية العامة للمنظمات الدولية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2006م.
- 19- د. مفيد شهاب، المبادئ العامة للقانون، المجلة المصرية للقانون الدولي، والتي تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي بالقاهرة، 1967م.
- 20- د. مفيد شهاب، المنظمات الدولية، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م.

## نفكك الوحدة الإسلامية من منظور السياسة الشرعية : الأسباب والآثار والعلاج



إعداد فضيلة الاستاذ الدكتور

رمضان محمد عبد المعطي

عميد كلية العلوم الإسلامية

جامعة المدينة العالمية ماليزيا

الحمد لله رب العالمين، أحمده سبحانه حمد الشاكرين وأتوب إليه توبة العائدين، وأشهد أن لا إله إلا هو وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلوات ربي وسلامه عليه وعلى آله وصحابه أئمة الإسلام الأعلام، وعلى التابعين، ومن ترسم خطاهم إلى يوم الدين. وبعد،،

فإن موضوع وحدة الأمة الإسلامية مما لا يغيب عن عقل العلماء قديما وحديثا، وخاصة بعد ما حل بالأمة من نكسات كانت نتيجة حتمية لهذا التفرق والتشردم، وظهرت العصبيات القديمة، وبدأت تنخر في جسد الأمة التي كانت نسيجا واحدا، فأصبحت دويلات متفرقة، يرمى كل منهم مصالحه الشخصية وينسى الآخرين، وربما خصمهم وشاحنهم، وقد كتب في هذه الوحدة قديما وحديثا علماء أجلاء، منهم الشيخ محمد أبو زهرة والشيخ أبو الأعلى المودودي، وغيرهم الكثير.

لذا رأيت أن أكتب في ها الموضوع هذه السطور التي أسأل الله أن ينفع بها، وأن تكون لبنة في رآب الصدع الإسلامي المعاصر.

أولا: أسباب التفكك والضعف: كانت هناك عوامل كثيرة أدت إلى ضعف الوحدة الإسلامية وتفككها قديما وحديثا، ويمكن إجمال هذه العوامل فيما يلي :

### 1- ضعف الوازع الديني :

لقد كان من أهم أسباب الوحدة بين المسلمين قديما قوة الشعور الديني والوازع الفطري الذي يدفع إلى تطبيق الدين بشكل عملي، حيث كان هذا الشعور يمثل الرابطة التي تربط بينهم، مهما تعددت أقطارهم، أو تنوعت أجناسهم، أو اختلفت أعراقهم ولغاتهم، وقد بدأ هذا الشعور الديني يفتر عند بعض السلاطين، مثل السلطان محمود



الثاني الذي كان حريصا على تتبع خطى الغرب، ومسح عقيدة الولاء والبراء عند المسلمين، حتى قال: "إنني لا أريد -ابتداء من الآن - أن يميز المسلمون إلا في المسجد، والمسيحيون إلا في الكنيسة، واليهود في المعبد، إنني أريد مادام الجميع يتوجه نحوي بالتحية أن يتمتع الجميع بالمساواة في الحقوق وبحماتي الأبوية" ، ومثله (محمد علي) الذي أخذ يصانع الكفار على مدى خمسة وأربعين عاما هي مدة حكمه، ويعلي من شأنهم، ويقتبس من أنظمتهم وقوانينهم، وقد شهد عصره تأسيس أكثر من محفل ماسوني في مصر، ناهيك عن مساهمته الكبيرة في إضعاف شوكة دولة الخلافة، بحربه لها في الشام وهزيمتها ، بل شخ النصارى بأنوفهم في عهده، وحرص على أن يكون أكثر المحيطين به من اليهود والنصارى، وليس أدل على ذلك من قوله للفرنسيين وهو يفاوضهم على مسألة احتلال الجزائر: "ثقوا أن قراري لا ينبع من عاطفة دينية، فأنتم تعرفونني، وتعلمون أنني متحرر من هذه الاعتبارات التي يتقيد بها قومي، وقد تقولون أن مواطني حمير وثيران، وهذه حقيقة أعلمها" .

وأما العلماء فقد أخلدوا إلى الأرض واتبعوا أهواءهم، وضعفوا عن القيام بواجباتهم، فكانوا بذلك قدوة سيئة للجماهير التي ترقبهم عن قرب، ولقد غرق الكثير منهم في متاع الدنيا، وأترفوا فيها، وكممت أفواههم بدون سيف أو سوط ولكن بإغداق العطايا عليهم من قبل الباشوات والحكام، ووضعهم في المناصب العالية ذات المرتبات الجزيلة والمزايا العظيمة التي تكون كفيلة بإسكات أصواتهم وكبح ثورتهم واعتراضهم، إن العلماء إذا باعوا الدين بالدنيا سقطوا، وسقطت معهم هبة الدولة والحكم والناس أجمعين، فالعلماء أمانة الله في أرضه، فإذا فسدوا فسد العالم كله، وبظهور علماء السلطة الذين باعوا دينهم بعرض من الدنيا والكراسي والمناصب الزائلة ضعفت سلطتهم عند الحكماء، وضعف رأيهم ، ولم تعد لهم الهبة القديمة التي كانت لهم أيام كانوا لا يأكلون بالدين.

وقس على العلماء التجار والعمال والصناع والموظفين، وهذا من البلاء الذي عم على بلاد الإسلام، والله الأمر من قبل ومن بعد.

## 2- إحياء النعرات القومية والوطنية على حساب الدين :

كانت الزلة الأولى للعثمانيين في أواخر عهد دولتهم أن أوحى بعض المنافقين إلى بعض زخرف القول غرورا، يعدُّون به رابطة الأخوة الإسلامية غير كافية لأن تكون أساسا جامعا لرعايا الدولة من المسلمين، فابتدعوا تقسيم الرعايا إلى (عثمانيين وأجانب)؛ فقبل إلغاء الخلافة بنحو ثمانين عاما اتجه بعض السلاطين إلى تحويل الرابطة أو الجامعة الإسلامية إلى (رابطة عثمانية)، وذلك عن طريق ما يسمى بـ(إعلان التنظيمات العثمانية) الصادر في عام (1255هـ//1839م)، وهو نظام وضعي مضمونه أن يُقسَّم المسلمون إلى: مسلمين عثمانيين، (وهم رعايا ومواطنو الدولة العثمانية)، ومسلمين غير عثمانيين، عدَّهم الإعلان (أجانب)؛ وضمَّنَ النظام الجديد للرعايا العثمانيين كل الحقوق بغض النظر عن الدين أو اللغة أو الجنس، بينما وُضِعَ الآخرون (الأجانب) من المسلمين في خانة أدنى، وكان هذا الإعلان بداية حقيقية للتخلي عن الرابطة الإسلامية المنبثقة عن المبدأ الإسلامي العظيم (إنما المؤمنون إخوة) ، ثم تحولت النزعة "العثمانية" إلى نزعة "طورانية"، يدَّعي أصحابها أن الطورانيين المنحدرين من آسيا الوسطى

(1) الدولة العثمانية، عوامل النهوض وأسباب السقوط، ص498.

(2) الانحرافات العقدية والعلمية، 1/ 95.

(3) السابق 105/1

(4) سورة الحجرات، آية : 10.

(قوم) متميزون، ونشأ بذلك ما سمي بـ (القومية الطورانية) كرابطة بديلة للرابطة الإسلامية، وهي التي نشأت تأثراً بها (القومية العربية) التي رد بها جهلة العرب على جهلة الترك، فأنشؤوا بذلك نواة للروابط الباطلة التي عدّها الإسلام نوعاً من الجاهلية، كما في قوله p للمتنازعين من المهاجرين والأنصار: (أبدعوى الجاهلية وأنا بين أظهركم؟ دعوها فإنها منتنة) ، وعندما جاء السلطان عبد الحميد الثاني (1876//1909م) غير تلك السياسة، وقدم نفسه للعالم على أنه خليفة لكل المسلمين، ولكن استفحل الشعور القومي الجاهلي لدى فريق من الأتراك، فنادوا بجامعة طورانية، تجمع الأمة الطورانية الممتدة من فنلندا إلى منشوريا في دولة واحدة، وذلك رداً على التوجه الذي قاده عبد الرحمن الكواكبي؛ لأن تكون الخلافة عربية قرشية!!، ومنذ ذلك الحين والصراعات القومية تمزق أوصال المسلمين بعد أن نشأت بعد ذلك النعرات القومية الأخرى، كالقومية الفارسية والكردية والبربرية والهندية والبشتونية والطاجيكية وغيرها، وهي النعرات التي لعب عليها العلمانيون اللادينيون، عرباً كانوا أو عجماء، فأقاموا حول كل قومية طاقماً من الأصنام النظرية والعملية التي تُقدّم لها القرايين المادية والمعنوية؛ فتخاض لأجلها الحروب، وتُشكّل لها الأحزاب، بل وتقوم عليها الدول .

وهذا حال المسلمين حينما يتخلون عن مبادئ دينهم وقيمهم التي جاءت بالقرآن والسنة، وأعظمها وحدة المسلمين، وإلى يومنا هذا وما زالت النعرات والعصبات تظهر بينهم، ولذا تفككت وحدتهم وانفصمت عرى القيم العظيمة التي أرساها الإسلام في نفوسهم.

إن نشأة الفرق الإسلامية ابتدأت غير عربية، والوقائع تؤيد ذلك، فنبته الشيعة قادها عبد الله بن سبأ اليهودي، وقس<sup>(3)</sup> على ذلك باقي الفرق التي شئت بها شمل الأمة قديماً، وما زالت فروعها موجودة للنيل من الإسلام وأهله حتى اليوم .

### 3- الأطماع الشخصية للحكام والعصبية المذهبية :

لقد ابتليت الدولة العثمانية خصوصاً في أواخر عهدها بالاختلاف والتفريق بين الزعماء والسلطين، فقد حاول بعض الحكام المحليين الاستقلال الذاتي عن الحكومة المركزية بإطالة فترة حكمهم، ومحاولة تأسيس أسر محلية (المماليك في العراق، آل العظم في سوريا، المعنيون والشهابيون في لبنان، ومحمد علي في مصر، ظاهر العمر في فلسطين، أحمد الجزار في عكا، علي بك الكبير في مصر،<sup>(4)</sup> القرامليون في ليبيا)، وهذا الصراع بين الحكام المحليين والدولة العثمانية ساهم في إضعافها ثم زوالها وسقوطها" ، وكتب الشيخ محمد رشيد رضا في المنار عن ذلك فقال:

(1) أصل الحديث في البخاري ومسلم بهذا اللفظ: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما. قال: كنا في غزاة، فكسع رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار! فقال الأنصاري: يا للأنصار! وقال المهاجري: يا للمهاجرين! فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «ما بال دعوى جاهلية؟» قالوا: يا رسول الله! كسع رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار. فقال: «دعوها، فإنها منتنة»؛ البخاري، كتاب: تفسير القرآن، باب: قوله (سواء عليهم أستغفرت)، 154/6، حديث رقم 4905؛ ومسلم، كتاب: البر والصلة، باب: نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً، 1998/4، حديث رقم: 2584.

(2) العلمانية إمبراطورية النفاق، من مهد لها الطريق؟!، ص 4 : 7.

(3) الوحدة الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة ص 169، وما بعدها.

(4) الدولة العثمانية، عوامل النهوض وأسباب السقوط، ص 870.

"وأكبر مصائب العرب بأئمتهم وأمرهم أنهم قد ازدادوا تفرقاً وتعادياً وعدواناً وتقاتلاً بقدر اشتداد الحاجة إلى الاتفاق والتواد والتعاون فيما بينهم".

كما كان للاختلافات المذهبية أثر كبير في تفتيت الوحدة الإسلامية، وتكريس حالة التفرق، والاستقلال، والعمل على قطع التبعية السياسية لدولة الخلافة العثمانية، على ما ذكره الشيخ رشيد رضا، حين قال: إن وحدة الإمامة تتبع وحدة الأمة، وقد مزقت العصبية الجنسية الشعوب الإسلامية بعد توحيد الإسلام إياها برب واحد وإله واحد وكتاب واحد، وشرع واحد، ولسان واحد، فأنى يكون لها إمام واحد، وهي ليست أمة واحدة؟ ... فهم في دركة من الجهل والتخاذل، والتفرق المذهبي، والتعصب الجنسي، وضعف الهمة تقعد بهم عن التسامي إلى مثل هذا المثل الأعلى في الكمال الديني والاجتماعي، وحمل البلاد الإسلامية ذات الحكومات المستقلة على الخضوع لرئيس واحد بالقوة العسكرية، مما لا سبيل إليه في هذا الزمان، ولا سبيل أيضاً إلى إقناع حكومات هذه البلاد باتباع واحد منهم بالرضا والاختيار؛ والحكومات المستقلة الآن هي حكومات الترك والفرس والأفغان و نجد واليمن العليا - وهي النجود وما يتبعها - واليمن السفلى والحجاز... فأما أهل اليمن العليا فيعتقدون أن الإمامة الشرعية الصحيحة محصورة فيهم منذ ألف سنة ونيف لأن أئمتهم ينتخبون انتخاباً شرعياً تُراعى فيه جميع الشروط الشرعية التي يشترطها أهل السنة مع زيادة مراعاة مذهبهم الزيدي، وأن هذه الزيادة لا تعارض مذهب أهل السنة، وأنهم يحكمون بالشرع ويقيمون الحدود ... وأما السيد الإدريسي فهو على كونه حاكماً مستقلاً ... لم يدع منصب الخلافة فيما نعلم، ولم يدع رؤساء إمارته إلى مبايعته بها، ولكن أهل بيته وجماعته يعتقدون أنه أحق بها من شرفاء الحجاز، ويلقبونه بالسيد الإمام، ولقبه بعضهم بصاحب الجلالة الهاشمية... وأما حكومة الحجاز فهي جديدة ولا يُعرف لها نظام ثابت، وإنما ملك الحجاز هو هنالك الحكومة وكل شيء، وقد بايعه أهل مكة على أنه ملك العرب ثم بايعه آخرون من سورية وغيرها بالخلافة وإمارة المؤمنين على عهد وجود ولده فيصل فيها قبل إعلان استقلال دمشق، وذلك كما يبايع أمثالهم في سورية ومصر الخليفة في الآستانة، ويظهر أن ولده فيصل ملك العراق وولده عبد الله أمير شرق الأردن مُصرّان على بذل نفوذهما لجعله هو الخليفة... وأما أهل نجد فحنابلة سلفيون وهم يسمون أميرهم إماماً، ولا يسمونه خليفة ولم يبلغني أنه يدعي الخلافة العامة، ولكنهم يعتقدون أنه لا يوجد أمير مسلم يقيم دين الله كما أنزله غيره، وأن بلادهم دار العدل وجماعة المسلمين والهجرة إليها واجبة بشروطها، فلا مطمع في اتباعهم لغيرهم".

ثانياً : آثار التفكك والضعف :

## 1- ضعف القوة الإسلامية وضياع الخلافة :

لقد كان للنظريات السياسية الوافدة على المسلمين، إسهام كبير في تقويض دولة الخلافة الإسلامية، والعمل على القضاء عليها، فقد ساهمت الدعوات إلى الديمقراطية إلى تقويض سلطات الخليفة العثمان، باسم الحكم الدستوري، ثم أدى ذلك إلى عزله<sup>(3)</sup>، كما كان لإحياء الفكر الشعبي (القومي) أثره العميق في ترسيخ الرغبة لدى الأقطار الإسلامية في الانفصال عن دولة الخلافة، وها هي العلمانية، والليبرالية، والوطنية، في عصرنا هذا تقف

(1) المنار، تفرق العرب واختلافهم في جزيرتهم، 22/227.

(2) المنار، وحدة الإمامة بوحدة الأمة، 33/24.

(3) انظر: مذكرات السلطان عبد الحميد الثاني، ص 80 وما بعدها.

(4) انظر: أسباب تخلف المسلمين، ناصر بن سليمان العمر، ص 8. وموقوفات الخلافة وسبل إعادتها، ص 29.

حجر عثرة في وجه العودة إلى تحكيم الشريعة الإسلامية، في دساتيرنا وقوانيننا. وإن النظريات السياسية الحديثة، كلها نتاج فكر فلسفي بشري، لا علاقة له بأحكام الإسلام، وبعض مبادئ هذه النظريات، قد يلتقي مع تعاليم الشريعة الإسلامية، ونظامها السياسي من قريب أو بعيد، وبعضها قد يكون بينه وبينها من التناقض والاختلاف ما بين الثرى والثريا؛ وإذا كان الفلاسفة في كتبهم ورسائلهم قد ذكروا أن السياسة جزء من مجال الفلسفة، ومن ثم فقد كان رواد الفلسفة هم أنفسهم أعلام الفكر السياسي الغربي.

**2- سيطرة الغرب على بلاد الإسلام اقتصاديا وفكريا**، فقد كان من أهم تبعات ضعف الدولة الإسلامية، أنها فتحت للمحتلين الأوروبيين أن يقطعوا أوصالها، ويستأثر كل طرف منهم ببلد من بلاد المسلمين، أو أكثر، يذل شعبها، وينهب خيراتها، ويخلخل المفاهيم والثوابت الدينية والثقافية والاجتماعية فيها، فعن طريق الاستعمار نهبوا الثروات المتوفرة في بلدان العالم الإسلامي، حتى أن ثلاث دول أوروبية كانت تقتسم فيما بينها 93% من مجموع التحويلات الخارجية موزعة على هذا النحو: 45% لبريطانيا، 25% لفرنسا، 13% لألمانيا، كما أن الأجانب في مصر كان عددهم (225000) اثنين وعشرون مليون وخمسة آلاف، عام 1920<sup>(1)</sup>، وفي مقابلهم (16) مليون عدد سكان مصر آن ذاك، ولكن الأجانب كانوا يملكون 53% من الثروة العامة لمصر<sup>(2)</sup>، وما يقال عن مصر يقال عن غيرها من بلاد المسلمين التي وقعت تحت وطأة الاحتلال الصليبي، سواء في ذلك ما حدث إبان ضعف دولة الخلافة في القرن الرابع عشر الهجري، وأوائل القرن العشرين الميلادي، أو ما كان بعد ذلك مع بدايات القرن الحادي والعشرين الميلادي، الخامس عشر الهجري، من غزوة شرسة على الصومال والعراق وأفغانستان، "طمعا في السيطرة على ثاني أكبر مخزون بترول في العالم، كما وجد في أحداث سبتمبر الحجة في احتلال أفغانستان والسيطرة على بترول بحر قزوين"<sup>(3)</sup>، "أما في الصومال فإن الحال كان أعجب، فالولايات المتحدة عندما أرادت أن تؤمّن لنفسها موطئ قدم في القرن الإفريقي البالغ الأهمية استراتيجيا لها ولدولة اليهود، تعللت بالفوضى التي حلت في الصومال برحيل العميل الهزيل سياد بري، وحشدت قوات التدخل السريع التي راحت تمارس القتل على الطريقة الأمريكية المعهودة<sup>(4)</sup>، فقتل من الصوماليين باسم تهديده الأوضاع وإطعام الجوعى في عملية (إعادة الأمل) ما لا يقل عن ألف صومالي"<sup>(5)</sup>، فكل هذه آثار وتبعات لتقسيم البلاد الإسلامية، وتمزيق أوصالها.

**3- الانحراف عن طريق الإسلام**، فالمسلمون قد انحرفوا انحرافا شديدا عن حقيقة الإسلام، لا في السلوك وحده ولكن في التصور كذلك، فمفهوم لا إله إلا الله - أساس الإسلام كله وأكبر أركانه - كان قد تحول إلي كلمة تقال باللسان، لا علاقة لها بالواقع، ولا مقتضى لها في حياة المسلمين أكثر من أن ينطقوا بها بضع مرات في كل نهار، فضلا عما أحاط بالعقيدة من خرافات، وعبادة للأضرحة والأولياء والمشايخ، بدلا من العبادة الصافية الخالصة لله دون وسيط، مفهوم العبادة - الشامل الواسع - كان قد انحصر في شعائر التعبد، من أداها فقد أدي كل ما عليه من العبادة، ولم يعد مطالباً بشيء من التكاليف أمام الله! فضلا عما أصاب الشعائر التعبدية ذاتها من عزلة كاملة عن واقع الحياة، كأنها شيء ليس له مقتضى في الحياة الدنيا ولا تأثير!، مفهوم القضاء والقدر - الذي كان في صورته الصحيحة قوة دافعة

(1) رسالة التنبيه على سبيل السعادة، أبو نصر الفارابي، تحقيق: د/ سبحان خليفات، منشورات الجامعة الأردنية، ص 225.

(2) الإسلام والغرب وحوار المستقبل، محمد محفوظ، الناشر: المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 1989م، الطبعة الأولى، ص 14.

(3) الغارة على العالم الإسلامي وصدام الحضارات، ص 167.

(4) أمريكا وإسرائيل وعقدة الدم، ص 18.

رافعة- قصار في صورته السلبيه قوة مخذلة مثبطة عن العمل والنشاط والحركة والأخذ بالأسباب! فضلاً عما صاحب ذلك من استخدام القوي الخفية من السحر والجن... إلخ، جرياً وراء سنة الله الخارقة بدلاً من التعامل مع السنة الجارية التي أمر المسلمون بها تماماً، مما اقتضاه الأئمة، والعهود، والعهود، إذ (توكلوا على الله حتى تحقق التوكل، كقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن تَنصُرُوا اللَّهَ يَنصُرْكُمْ وَيُثَبِّتْ أَقْدَامَكُمْ ﴿٧﴾)، وقول الرسول ص: (تداووا عباد الله فإن الله لم يضع داء إلا وضع له دواء) ... إلخ... إلخ... مفهوم الدنيا والآخرة - الذي يربط الدنيا والآخرة، ويجعل الدنيا مزرعة الآخرة - تحول إلي فصل كامل بين الدنيا والآخرة، يجعلهما موضع التقابل الكامل وموضع التضاد، فمن أراد الدنيا ترك الآخرة، ومن أراد الآخرة ترك الدنيا، واكتفي فيها بالكفاف. وأما عمارة الأرض فقد أهملت حين أهملت الدنيا من أجل الآخرة، فخيم علي الناس الفقر والجهل والمرض والتخلف الحضاري والمادي والعلمي والعقلي... وزاد علي ذلك كله أنه - في حسمهم - قدر مقدور من عند الله، لا حيلة لهم فيه إلا الرضاء والتسليم".

ثالثاً: علاج التفكك والضعف من منظور السياسة الشرعية:

إن السبيل الواضح، للتغلب على الآثار المترتبة على تفكك الوحدة الإسلامية، لا بد أن يبدأ من:

**1- التوعية الجماهيرية في جميع الأقطار الإسلامية بمحتمية التكتل، والاتحاد، ونبذ الفرقة والشقاق، والتركيز في هذا الباب على الحتمية الشرعية، ثم الاقتصادية، والعسكرية، والسياسية، فبدون ذلك الإيمان العميق لدى الجماهير المسلمة بأن اتحادهم، وتكتلهم، ضرورة شرعية، وأن (من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية) (4)، سيكون من العبث دائماً، أن تقدم قيادة ما على اتخاذ، خطوة أو أكثر إلى الأمام في اتجاه إعادة الوحدة بين المسلمين، تحت ظلال الخلافة الجامعة.**

وفي نفس الوقت الذي يتم فيه العمل على إيجاد حالة من الوعي العميق بعقيدة الاتحاد بين المسلمين، كضرورة شرعية وحياتية، يتم العمل كذلك على:

**2- تحقيق نهضة إسلامية حقيقية شاملة في كافة المجالات، العلمية، والتعليمية، والزراعية، والصناعية والعسكرية، نهضة تعتمد على الذات، لا على رأس المال الأجنبي، وتعتمد على الفكر الإسلامي، وليس الفكر المستورد، وذلك من خلال الاعتصام بالكتاب والسنة والمنهج القويم الذي نهض به سلف الأمة من قبلنا، وهذا ليس مستحيلاً، بل هو قابل للتحقيق في ظل التمسك بالدين الإسلامي وقيمه العظيمة.**

**3- التحلي بالحكمة والحذر، والتعاون على البر والتقوى، فإن الحرب الباردة قد توتّي آثاراً أكثر دماراً من الحرب المتأججة، وأعداء الإسلام، لن يعدموا وسيلة للحيلولة دون تحقيق الاتفاق بين المسلمين، ولن يعدموا وسيلة للحيلولة دون نهضتهم، لذا تعين وضع أسلوب علمي مناسب للتعامل مع ما يعترض المسيرة من عواء وصخب، سيما وأن**

(1) سورة محمد، آية 7.

(2) مسند الإمام أحمد، 278/4، حديث رقم: 18478، قال شعيب الأرنؤوط: حديث صحيح.

(3) واقعا المعاصر، محمد قطب، طبعة دار الشروق، الطبعة الأولى، 1418هـ، 1997م، ص 10—11.

(4) صحيح مسلم، تفرد به، كتاب: الإمارة، باب: الأمر بلزوم الجماعة، طبعة: دار السلام، الرياض، ص 831، الحديث رقم 4793.

الإعلام في هذا العصر أداة من أهم أدوات الحرب النفسية، ولذلك يجدر التصدي بحكمة للأراجيف، والشائعات، والحذر من ردود الأفعال الانفعالية، لبعض الأزمات والمشكلات، التي يُقصد بافتعالها التعطيل أصلاً، فلا بد إذن من تحديد الهدف، والتصميم الجاد على تحقيقه مهما كانت العقبات.

**4- قوة الإيمان بالله والتمسك بأصول الإسلام، والأخذ بالأسباب، والأخذ بيد الناس إلى أسباب النجاة والنجاح في علاقتهم بالله، من خلال وسائل الإعلام، والتثقيف، والتعليم، وسن القوانين الداعمة لذلك والحاملة عليه، سبيل أولي بديهي، لتحقيق النصر في كافة الميادين، وتحقيق المراد من التغلب على كل ما يحول دون اتحاد المسلمين تحت راية إمام واحد، وتكتلهم في كيان سياسي واحد، وعودة عزهم ومجدهم متمثلاً في عودة الخلافة الإسلامية التي اختارها الرسول صلى الله عليه وآله وسلم نظاماً للحكم في الإسلام.**

إن المسلمين تجمعهم وحدة العقيدة، وهي من أقوى الروابط بينهم، ووحدة اللغة العربية التي أراد الاستعمار تقويضها وإزالتها، ومن هنا ينال من الإسلام وأصوله، وهو ما نريده من المسلمين، نريد وحدة تتحقق فيها معاني الأخوة والتعاون على البر والتقوى في جميع المجالات الاقتصادية منها والاجتماعية والسياسية والثقافية، وهذه الوحدة هي التي ستحقق القوة للإسلام وأهله، ويخشاه العدو كما كان يخشاه قبل ذلك .

**5- الاستفادة من السياسة المعاصرة، وبناء عليه : وتُشترط للاستفادة من النظريات السياسية الوافدة شروط ، منها: ألا تصادما نصاً، وألا تؤدي إلى ضرر أو مفسدة، وأن تحقق مصلحة راجحة للأمة.**

وإذا كان في ديننا، وتراثنا ما يسعنا لتحقيق مصالح الأمة، أو دفع الضرر عنها، دون اللجوء إلى تقليد الغير والأخذ عنه، فما الداعي إلى أن نجعل تلك النظريات الوافدة هدفاً نحاول الوصول إليه، والتوافق معه، بالأدلة الشرعية، لماذا لا نجلي عن مبادئ ديننا ما لحقها من إهمال، ونسيان، وسوء فهم، دون أن يعني ذلك استخدام ذات المصطلحات الغربية، والانتماء لذات النظريات التي خرجت منها، ورحم الله الشيخ المودودي حيث يقول: "الحاجة ماسة الآن إلى أن ندقق في المسألة ونكشف الغطاء عن وجه نظرية الإسلام السياسية، رجاء أن ينقش بذلك هذا الظلام الفكري الضارب أطنابه على المجتمع، وتُلجَم بذلك أفواه من أعلنوا سفهاً، أن الإسلام ما جاء للمجتمع الإنساني بنظام اجتماعي ولا سياسي أصلاً، فنخرج بذلك نوراً للذين يتسكعون<sup>(2)</sup> في ظلمات العصر حائرين لا يهتدون، وهم اليوم في أشد الحاجة إلى هذا النور، وإن كانوا لا يشعرون بحاجتهم إليه" .

ومن هنا، فإن تحقيق الوحدة الإسلامية ليس مستحيلاً كما يدعي البعض، بل إن لإسلام ليحمل سر خلوده في ثناياه، والمتتبع تعاليم الإسلام وأحكامه يجدها تقوم على الجماعية لا الفردية، وتقوم على العقل الجماعي الشوري الذي يسعى لجمع الكلمة في كل المجالات؛ حتى تكون كلمة الإسلام هي العليا دائماً، وهذا لا يتحقق إلا في ظل نهضة إسلامية عامة في جميع المجالات، بها يكتفي المسلمون بما عندهم، ولا يحتاجون إلى العدو الذي يستغلهم عندما يوفر لهم شيئاً، فهو يأخذ المقابل أضعافاً مضاعفة، ويعود ذلك على العقل الإسلامي الذي أصبح غائباً بشكل كبير عن الحياة الحضارية المعاصرة.

(1) الوحدة الإسلامية، للشيخ العلامة محمد أبو زهرة، ص 242، وما بعدها.

(2) نظرية الإسلام السياسية، أبو الأعلى المودودي، دار الفكر، 1387هـ، 1967م، ص 5—7.

ومن ثم فإن تحقيق هذه الوحدة أصبح ضرورة حتمية في عصرنا الحاضر؛ للحفاظ على الكيان الإسلامي، ولا بد من العمل على أن تكون هذه الوحدة نابعة من داخل المسلمين أنفسهم، لا من غيرهم.

فواجبنا هذه الأيام السعي لتحقيق هذه الوحدة؛ وذلك للبقاء على قوة الأمة الإسلامية والدفاع عنها ضد العدو، وهذا لا يتحقق إلا بدور العلماء المصلحين من الأمة، والساسة الذين يقودونها، وعامة الأمة، فكل عليه دور يجب أن يقوم به؛ حتى تتحقق النهضة الشاملة في جميع المجالات، ومن هنا تتحقق الأمة نهضتها.

إننا نريد بناء وحدة تقوم على مبادئ الإسلام وقيمه العقدية والخلقية والسلوكية، تحتضن المبادئ الحضارية وتستند إلى الأصول الشرعية من القرآن والسنة، وتعزز بصيغ وجهود علمية رصينة وقواعد مكيئة بحثا عن أفضل الصيغ التنزيلية الملائمة للزمان والمكان والأحوال والتقدم العلمي والتقني المعاصر، في ضوء حوار الحضارات، بعيدا عن الصدام القاتل الذي يضيع الوقت والجهد ويشتت الجمع، ويفقد الأمل في وحدة الإسلام وأهله.

والله تعالى أسأل أن يوفقنا لما فيه الخير والصلاح، وأن يأخذ بأيدينا نحو الوحدة والتقدم والرقي، ونهضة الأمة الإسلامية، إنه ولي لك والقادر عليه، إنه نعم المولى ونعم النصير.

## الجريمة المنظمة وجريمة الإرهاب (دراسة مقارنة)



فضيلة الأستاذ : عمراني كمال الدين

محام معتمد لدى المحاكم والمجالس القضائية

أستاذ بمعهد الحقوق والعلوم السياسية – المركز الجامعي بالنعامة

مسؤول الاختصاص في قسم الماستر ( القانون العام) بالمركز الجامعي بالنعامة

مقدمة :

بدأت الجريمة ببدء الحياة نفسها وتطورت معها متخذة أبعادا جديدة في صورها وأحجامها وأسلوب ارتكابها وهي تتصل في بعدها المعاصر اتصالا وثيقا بما يشهده العالم من تطور هائل في حركة التصنيع، ووسائل النقل السريع وكذلك حرية انتقال الأشخاص والأموال. وهي العوامل التي أضفت على الجريمة طابعا عابرا للحدود حتى أصبحت الجريمة المنظمة بشتى صورها تشكل هاجسا يطارد جميع دول العالم بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

ولعل أخطر ظاهرة إجرامية عرفها العالم في القرن الأخير جرائم العنف والإرهاب التي اتسعت دائرتها في الآونة الأخيرة حيث شهد مسرح الأحداث الدولية العديد من النشاطات الإرهابية التي تجاوزت آثارها حدود الدولة الواحدة لتمتد إلى عدة دول مكتسبة بذلك طابعا عالميا وهو ما جعل هذه الجريمة لا تشكل فقط تهديدا للأمن واستقرار الأفراد والدول وإنما جريمة ضد النظام الدولي ومصالح الشعوب الحيوية، وأمن وسلام البشرية، وحقوق وحرية الأفراد الأساسية.

وتكمن خطورة الإرهاب في تنامي العلاقات بين الجريمة المنظمة والإرهاب، فالتشابه الكبير في التنظيم الهيكلي لكل منهما وفي استخدام أساليب العنف وإدارة العمليات في سرية تامة وتنفيذها بدقه شديدة، إضافة إلى التداخل أحيانا بين طبيعة عمل أعضاء الإجرام المنظم والجماعات الإرهابية، ثم الخصائص المشتركة بينهما والمتمثلة في أن كلا منهما يتخذ العنف غير المحدود لتحقيق غايته غير المشروعة، فضلا عن نشرهما الرعب والذعر بهذه الوسائل، وتشابه الهيكل التنظيمي لكل منهما والقائم على العلاقة الهرمية بين أعضائه، كل هذا أدى إلى ذهاب البعض إلى اعتبار أن الإرهاب صورة من صور الجريمة المنظمة، إلا أن فريقا آخر يرى غير ذلك ويقول بالفارق بينهما.



وانطلاقاً من الفكرة سنحاول في هذا البحث طرح السؤال التالي: هل تعتبر جريمة الإرهاب من قبيل الإجرام المنظم؟ وفي المقابل هل يمكن تصنيف عصابات الإجرام المنظم كمنظمات إرهابية؟ وهذا ما سنحاول تبينه من خلال تحديد المقصود بالجريمة المنظمة والخصائص التي تميزها عن غيرها من الظواهر الإجرامية (المطلب الأول)، ثم نتطرق في مرحلة ثانية إلى الجريمة الإرهابية بتعريفها وتحديد خصائصها (المطلب الثاني) لنحدد في الأخير أوجه الشبه ثم أوجه الاختلاف لنرسم الحدود الفاصلة لكل جريمة منهما (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: الجريمة المنظمة.

تعد الجريمة المنظمة من أخطر الظواهر الإجرامية التي تعاني منها الدول والمجتمع الدولي على حد سواء، نظراً لما تلحقه من آثار خطيرة بأمن المجتمعات واستقرارها، ولم تعد أنشطة الجريمة المنظمة تمثل تهديداً للدول المتقدمة فحسب بل أصبحت خطراً حقيقياً يهدد الدول النامية، وتلك التي تمر بمرحلة التحول الاقتصادي، إذ لا يسلم مجتمع من المجتمعات من أنشطتها طالما أن المنظمات الإجرامية التي تمارس تلك الأنشطة تهدف إلى تحقيق أقصى قدر من الأرباح، وأقل المخاطر الممكنة التي قد تتعرض لها نتيجة تنفيذ القوانين، وتعتبر الجريمة المنظمة شكلاً من أشكال الإجرام الجسيم الذي يشكل تحدياً خطيراً لأجهزة العدالة الجنائية في العديد من بلدان العالم.

ولعل هذه الظاهرة الإجرامية الجديدة هي الانعكاس السلبي للعولمة، والتي تتألف من أفعال غير مشروعة على درجة عالية من التنظيم والخطورة، ويتبين من ذلك أن العولمة بأبعادها المختلفة، وتلاقيها مع ثورة المعلومات والاتصالات، قد أتاحت فرصة ملائمة أمام الإجرام المنظم لاستغلال ذلك ليمد أنشطته وأعماله غير المشروعة على المستوى الإقليمي والعالمي.

ومصطلح الجريمة المنظمة مصطلح غامض ومختلف عليه، إذ لم يتوصل المجتمع الدولي لحد الآن إلى وضع تعريف متفق عليه بين جميع الدول، مما يشكل عائقاً في التعاون بينها لأن التعاون يستلزم تعريفها ابتداءً لمعرفة الجرائم التي تدخل في نطاقها من أجل التوصل إلى تحديد وسائل التعاون بين الدول للقضاء عليها. إذا فما هي الجريمة المنظمة؟ وهل من خصائص تميزها؟.

### الفرع الأول: تعريف الجريمة المنظمة.

أجمع فقهاء القانون وعلماء الإجرام والاجتماع وغيرهم<sup>1</sup> ممن تصدوا لظاهرة الجريمة المنظمة على صعوبة وضع تعريف جامع لها بالنظر إلى تعدد أنواع وأشكال الجريمة المنظمة وتباين الأصول العرقية لأعضائها واختلاف حجم العصابات وأهدافها.

وعليه فما زالت الجريمة المنظمة مصطلح يحيطه الغموض بل ويشير بعض المشاكل منها ما يتعلق بمدلول المصطلح ذاته، إذ يرى البعض أن له مدلولاً شعبياً (populaire) وليس قانونياً (légale)<sup>2</sup>، ومنها ما يعود إلى عدم وجود مفهوم واضح للجريمة المنظمة يحض باتفاق دولي بسبب اختلاف رؤية المشرع لها في كل دولة من الدول تبعاً لواقعها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والعقدي، إضافة إلى اختلاف الرؤى بين الفقهاء والمنظمات الدولية العالمية منها والإقليمية.

<sup>1</sup> ينظر Jacques borricand –criminalité organisée et ordre dans la société. P.U D'Axe-Marseille 1997-P9.

<sup>2</sup> ينظر : Donald R.Cressey-Theft of Nation-New York-Harper and Row Publishers 1969- P313.

ولا يزال الخبراء يحاولون تحديد مفهوم الجريمة المنظمة وهو ما سيكون من الصعوبة بمكان تبعاً لما سبق ذكره، وسنورد أهم التعاريف التي قيلت بشأن هذه الجريمة سواء من جانب الفقه أو من جانب القانون الدولي أو من حيث التشريع المقارن.

## 1 الجريمة المنظمة في الفقه.

كان للفقه دوراً كبيراً في بيان مفهوم الجريمة المنظمة خصوصاً مع عدم وجود اتفاق دولي حول تعريف هذه الظاهرة، وهذا ما جعل من الفقهاء كلُّ يدلي بدلوه محاولة منهم الإسهام في تحديد مفهومها وهذا ما سنبحث فيه بداية بالفقه الغربي ثم الفقه العربي.

### 1-1 الفقه الغربي.

عرّفها الأستاذ جون كونكلين بقوله أن: الجريمة المنظمة هي نشاط إجرامي تقوم به منظمة شكلية تركز جهدها في المقام الأول للكسب بوسائل غير مشروعة.<sup>1</sup>

وعرّفها الفقه الكندي بأنها مؤسسة منظمة ومتدرجة ومكونة من مجرمين محترفين يخضعون لقواعد أمرّة تنظم المؤسسات غير المشروعة التي تسيطر عليها بفضل استخدامها المتواصل للعنف.<sup>2</sup>

وعرّف بعض الفقهاء الألمان الجريمة المنظمة من خلال بيان الخصائص الأساسية لها وهي: اللجوء للعنف والمهارة والاحتراف بارتكاب الجرائم واستخدام التكنولوجيا الحديثة واستخدام الرشوة وتجاوز الجريمة للحدود الوطنية وأن الهدف الرئيسي للجماعة الإجرامية هو تحقيق الربح.<sup>3</sup>

وعرّفها البعض الآخر بأنها الجريمة التي ترتكبها منظمة إجرامية مؤلفة من ثلاثة أشخاص فأكثر، ونشأت بقصد ارتكاب جرائم معينة على نحو مستمر وبعث الربح المادي.<sup>4</sup>

### 2-1 الفقه العربي.

على الرغم من حداثة دراسة الجريمة المنظمة في الوطن العربي، فإن الفقه العربي قدم تعريفات عديدة لها.

فينطلق البعض في تعريف الجريمة المنظمة من حيث كونها نمطاً جديداً للأنشطة الإجرامية أوجدته الحضارة والتقدم التكنولوجي إذ يعرفها بأنها الجريمة التي وفرتها الحضارة المادية لكي تمكن الإنسان المجرم من تحقيق أهدافه الإجرامية بطريقة متقدمة، لا يتمكن القانون من ملاحقته بفضل ما أحاط به نفسه من وسائل يخفي بها أغراضه الإجرامية بالتعاون مع مجموعة من المجرمين<sup>5</sup>، ويقول الأستاذ محمد فاروق النبهان في سياق نقد التعريف المشار إليه >> نرى أن التعريف أعلاه تعريف عام لا يظهر العناصر القانونية للجريمة المنظمة بقدر ما يبرز إمكانات المنظمات الإجرامية وقدراتها في ممارستها للأنشطة الإجرامية ... كما يفترق إلى تحديد أهداف المنظمات الإجرامية وهي أهداف تتمثل في

<sup>1</sup> (organized crime is criminal activity by a formal organization developed and evoted primarily to the pousuit of profits through illegal means ) John E.Concklin – Criminology – N.Y- Macmillan -1981- P93.

<sup>2</sup> Maurice Cusson – La notion de crime organisé – Presses Universitaire d'Aix-Marseille – 1997 – P29.

<sup>3</sup> ينظر طارق سرور : الجماعة الاجرامية المنظمة – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية القاهرة – 2000 – ص 61 .

<sup>4</sup> ينظر كوركيس يوسف داود : الجريمة المنظمة – دار الثقافة – عمان [ د ت ] ص 22 .

<sup>5</sup> ينظر محمد فاروق النبهان : مكافحة الاجرام المنظم – مجلة المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب – الرياض 1989 بتصرف – ص 44، نقلاً عن جمال الهمامي – الجريمة المنظمة ، بحث مقدم إلى الملحق القضائي، تونس 1995 – ص 22 .

تحقيق الربح <<<sup>1</sup>، ويُتقد هذا التعريف من جهة أخرى من حيث الإطار التاريخي لأنه يُعد الجريمة المنظمة نتاجا للحضارة المادية، بينما شهدت البشرية منذ القدم القرصنة كأقدم صورة أو شكل من أشكال الجريمة المنظمة مارسها الإغريق منذ العصور القديمة<sup>2</sup>.

وعرّفها الوفد المصري في المؤتمر التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين باعتبارها : مشروعاً إجرامياً يمارسه مجموعة من الأفراد بتنظيم مؤسسي ثابت له بناء هرمي ومستويات القيادة وقاعدة للتنفيذ، ويحكمه نظام داخلي صارم ويستخدم الإجرام والعنف والتهديد والابتزاز والرشوة في إفساد المسؤولين وفرض السطوة، بهدف تحقيق أرباح طائلة بوسائل غير مشروعة حتى ولو اتخذ قالباً شرعياً من الناحية الظاهرية<sup>3</sup>.

## 2 الجريمة المنظمة في القوانين الوطنية.

سلكت التشريعات الوطنية في مواجهة الجريمة المنظمة أحد الاتجاهات الثلاثة التالية :

- ✓ الاتجاه الأول : لم يورد تعريفاً للجريمة المنظمة في صلب القوانين العقابية ولا ما يشير إلى الإجماع المنظم، ومن ذلك قانون العقوبات البولندي الصادر سنة 1997، وقانون العقوبات العراقي وقانون العقوبات السلوفاكي<sup>4</sup>.
- ✓ الاتجاه الثاني : عرّف الجريمة المنظمة بدلالة المنظمات الإجرامية التي تمارس أنشطتها دون التعرض صراحة لمفهوم الجريمة المنظمة.
- ✓ الاتجاه الثالث : عرّف الجريمة المنظمة في نصوص القوانين العقابية، وهذا ما سنورده بداية ببعض التشريعات الغربية ثم التشريعات العربية.

### 1-2 تعريف الجريمة المنظمة في التشريعات الغربية.

فبالنسبة للتشريع الفرنسي لم يتصدى المشرع للجريمة المنظمة إلا من خلال الجرائم التقليدية مثل تأسيس عصابة أشرار<sup>5</sup> التي تضمنها قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1810 في المواد 1-450 إلى 5-450 من الباب السابع السابع من الكتاب الرابع<sup>6</sup>، ولقد بُدلت محاولات عديدة لتعديل القانون للوصول إلى تعريف الجريمة المنظمة إلا أنها أنها رُفضت بحجة غموض مصطلح الجريمة المنظمة<sup>7</sup>.

وبالنسبة للقانون البلجيكي فقد عرّف المشرع التنظيم الإجرامي على أنه جماعة مشكلة من شخصين فأكثر بقصد ارتكاب الجنايات أو الجنح بصورة منظمة لتحقيق الربح المادي أو إحداث اضطراب في أداء السلطات العامة باستخدام التهديد أو العنف أو التخويف أو السلاح أو الرشوة أو الاستعانة بالهياكل التجارية لإخفاء أو تسهيل ارتكاب الجرائم<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> المرجع السابق - بتصرف - ص 18 .

<sup>2</sup> للتفصيل أكثر يُرجع إلى عبد الكريم ذيب صالح : الاختصاص في الجرائم المرتكبة على ظهر السفن - دراسة مقارنة - بغداد 1993 - [ د ط ] ص 146 وما بعدها، كذلك : محسن عبد الحميد أحمد : التعاون الأمني العربي والتحديات الأمنية - أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض 1999 - ص 212 .

<sup>3</sup> المرجع السابق - ص 108 .

<sup>4</sup> ينظر كوركيس يوسف داود - المرجع نفسه - ص 23 .

<sup>5</sup> وهو المصطلح نفسه ( جمعيات الأشرار ) الذي استعمله المشرع الجزائري في المادة 176 ( ق 04 / 15 ) ق ع ج .

<sup>6</sup> Code penal francais 108 edition dalloz

<sup>7</sup> ينظر محمد أبو العلاء قيدة : الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد - دار الفكر العربي - 1997 [ د ط ] ص 130، كذلك : طارق سرور : الجماعة الإجرامية المنظمة - المرجع نفسه - ص 70 .

<sup>8</sup> ينظر جهاد محمد البريزات : الجريمة المنظمة - دراسة تحليلية - دار الثقافة - ط الثانية - 1431هـ، 2010 م - ص 38، كذلك : شريف سيد كامل - الجريمة المنظمة في القانون المقارن - المرجع نفسه - ص 26 .

أما المشرع السويسري فقد جرم مجرد وجود التنظيم الإجرامي أو مساعدته، حيث يعاقب كل من يساهم في تنظيم له بناء هيكلي وظيفته سرية مكونة بغرض ارتكاب الجرائم باستخدام العنف أو لتحقيق الربح المادي بالوسائل غير المشروعة<sup>1</sup>.

ومن القوانين التي عرفت الجريمة المنظمة في صلب القانون، القانون الروسي فعرفها بأنها جريمة ترتكب من قبل مجموعة منظمة ومتحدة نشأت بهدف ارتكاب جرائم خطيرة أو ترتكب من قبل جماعة العصابة الإجرامية المنظمة والتي أنشأت لنفس الغرض<sup>2</sup>.

## 2-2 تعريف الجريمة المنظمة في التشريعات العربية.

بالنسبة للتشريع الجزائري لم يتعرض المشرع صراحة للجريمة المنظمة، وإنما أشار على غرار العديد من التشريعات إلى جريمة تدخل في هذا الإطار وهي جريمة جمعيات الأشرار المنوه عنها في القسم الأول من الفصل السادس من الكتاب الثالث، حيث نصّ في المادة 176 من قانون العقوبات على مايلي ( كل جمعية أو اتفاق مهما كانت مدته و عدد أعضائه تشكل أو تؤلف بغرض الإعداد لجناية أو أكثر، أو لجنحة أو أكثر معاقب عليه بخمس سنوات حبس على الأقل، ضد الأشخاص أو الأملاك تكون جمعية أشرار....)<sup>3</sup>.

بالنسبة للتشريع المغربي لم يتعرض صراحة هو كذلك للجريمة المنظمة، ولكن أشار في الفرع الأول من الباب الخامس من الكتاب الثالث إلى العصابات الإجرامية في المادة 293 من مجموعة القانون الجنائي بنصّه ( كل عصابة أو اتفاق، مهما تكن مدته أو عدد المساهمين فيه، أنشئ أو وجد للقيام بإعداد أو ارتكاب جنایات ضد الأشخاص أو الأموال، يكون جنایة العصابة الإجرامية بمجرد ثبوت التصميم على العدوان باتفاق مشترك).

وبالنسبة للمشرع المصري لم يُعرّف كذلك الجريمة المنظمة تعريفا صريحا، وقد ميّز بين ثلاثة من النماذج الإجرامية للجريمة المنظمة وهي: تأسيس جماعة إجرامية، م 86 مكرر من قانون العقوبات المصري فنص على مايلي ( يعاقب بالسجن كل من أسس أو نظم أو أدار على خلاف أحكام القانون جمعية أو منظمة أو عصابة، يكون الغرض منها الدعوة بأية وسيلة إلى تعطيل أحكام الدستور أو القوانين أو منع إحدى مؤسسات الدولة أو إحدى السلطات العامة من ممارسة أعمالها أو الاعتداء على الحرية الشخصية للمواطن... ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة كل من تولى زعامة أو قيادة منظمة أو مدها بمعونات مادية أو مالية مع علمه بالغرض الذي تدعو إليه)<sup>4</sup>.

والشيء نفسه بالنسبة للتشريع الأردني فلم يتعرض المشرع صراحة للجريمة المنظمة أسوة بالمشرعين الجزائري والمغربي، والمصري سابق الإشارة إليهم، وإنما أورد بعض الجرائم التقليدية التي تتشابه خصائصها مع خصائص الجريمة المنظمة كالاتفاق والتنظيم.

فنصّت المادة 157 من قانون العقوبات الأردني على أنه ( إذا أقدم شخصان أو أكثر على تأليف جمعية أو عقدا أو اتفاقا بقصد ارتكاب الجنایات على الناس أو الأموال يعاقبون بالأشغال الشاقة المؤقتة >>، ونصّت المادة 158 من القانون نفسه على ( كل جماعة مكونة من ثلاثة أشخاص أو أكثر يجوبون الطرق العامة والأرياف على شكل

<sup>1</sup> ينظر فائزة بونس الباشا : الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية - دار النهضة العربية القاهرة - [د ط] 2002 - ص 4 ، كذلك : شريف سيد كامل : الجريمة المنظمة في القانون المقارن - المرجع نفسه - ص 20 .

<sup>2</sup> ينظر كوركيس داود : الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص 24 ، كذلك : جهاد البريزات - الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص 39 .

<sup>3</sup> موقع الجريدة الرسمية الجزائرية

<sup>4</sup> قاعدة التشريع المصري

عصابات مسلحة بقصد سلب المارّة والتعدي على الأشخاص أو الأموال أو ارتكاب أي عمل آخر من أعمال اللصوصية يعاقبون بالأشغال المؤقتة لمدة لا تقل عن سبع سنوات<sup>1</sup>.

### 3 الجريمة المنظمة لدى المنظمات الدولية.

كان لانتشار الجريمة المنظمة على الصعيد الدولي وظهور الجريمة المنظمة العابرة للدول دوراً هاماً في تحريك الجهود الدولية بعقد المؤتمرات الدولية والإقليمية بهدف الوصول إلى مفهوم مشترك لها، وإيجاد آلية للتعاون بين الدول للحد من انتشارها والقضاء عليها.

وهذا ما سنورده بداية بموقف المنظمات العالمية من الجريمة المنظمة ثم موقف المنظمات الإقليمية.

#### 1-3 المنظمات العالمية.

اعتبر المؤتمر السابع للأمم المتحدة المنعقد في ميلانو سنة 1985 تحت عنوان - الأبعاد الجديدة للإجرام ومنع الجريمة - الجريمة المنظمة من الموضوعات ذات الأولوية التي تستحق بذل جهد كبير لبحثها<sup>2</sup>، وما تجدر الإشارة إليه هو أنه لم يتوصل المجتمع الدولي منذ بداية اهتمامه بالجريمة المنظمة إلى وضع تعريف لها يحض باتفاق دولي، ولعل ذلك يعود إلى اختلاف المنظمات الإجرامية من حيث حجمها ونطاق أنشطتها والوسائل التي تستخدمها لحماية نفسها من أجهزة العدالة الجنائية، هذا فضلاً عما سبق الإشارة إليه وهو اختلاف مفهوم الجريمة المنظمة ذاته لدى الدول تبعاً لواقعها السياسي والاقتصادي والاجتماعي.

وعلى الرغم من عدم وجود تعريف دقيق وشامل للجريمة المنظمة يحض باتفاق جميع الدول، فإن المجتمع الدولي قدّم تعاريف عديدة تمهيداً للوصول إلى مفهوم مشترك بشأنها.

فعلى صعيد الأمم المتحدة عرّف المؤتمر الخامس لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في جنيف لسنة 1975 الجريمة المنظمة بأنها: الجريمة التي تتضمن نشاطاً إجرامياً معقداً وعلى نطاق واسع، تنفذه مجموعات من الأشخاص على درجة من التنظيم تهدف إلى تحقيق ثراء للمشاركين فيها على حساب المجتمع وأفراده، وتتضمن جرائم ضد الأشخاص وتكون مرتبطة في معظم الأحيان بالفساد السياسي<sup>3</sup>.

وفي سنة 1990 تبني المؤتمر الثالث لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في هافانا تعريفاً للجريمة المنظمة بأنها مجموعة من الأنشطة الإجرامية المعقدة تقوم بها على نطاق واسع جماعات منظمة بقصد تحقيق الربح واكتساب السلطة وفتح أسواق غير قانونية، وتتجاوز الحدود الوطنية وتقوم على إفساد الشخصيات العامة بالرشوة وتستخدم العنف والتهديد<sup>4</sup>.

ومن التعاريف التي أحاطت أكثر بمفهوم وخصائص الجريمة المنظمة التعريف الذي جاءت به اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة المنعقدة في باليرمو بإيطاليا سنة 2000، فعرّفت الجريمة المنظمة بأنها جماعة ذات بناء هيكلي يتكون من ثلاثة

<sup>1</sup> موقع التشريعات الأردني <http://www.lob.gov.jo/ui/laws/listall.jsp>

<sup>2</sup> ينظر طارق سرور - الجماعة الإجرامية المنظمة - المرجع نفسه - ص 8 .

<sup>3</sup> كوركيس يوسف داود : الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص

<sup>4</sup> ينظر فائزة يونس الباشا : الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية - المرجع نفسه - ص 43 ، كذلك : جهاد البريزات - الجريمة المنظمة : المرجع نفسه - ص 34 .

أشخاص فأكثر وتدوم لفترة من الزمن لارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم الجسيمة أو الجرائم المنصوص عليها في هذه الاتفاقية والحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على مزايا مالية أو منافع مادية<sup>1</sup>.

وعلى صعيد المنظمة الدولية للشرطة الجنائية المعروفة بـ (الأنتربول)، فقد قدمت المنظمة في الندوة الدولية بشأن الجريمة المنظمة المنعقدة في سانت كلود بفرنسا سنة 1988 تعريفا للجريمة المنظمة بأنها مجموعة من الأشخاص يمارسون نشاط غير قانوني بصورة مستمرة لغرض تحقيق الربح دون اعتبار للحدود الوطنية<sup>2</sup>.

### 2-3 المنظمات الإقليمية.

أولت بعض المنظمات الإقليمية اهتماماً لمسألة تعريف الجريمة المنظمة، فعلى صعيد المجلس الأوروبي وضعت اللجنة الأوروبية التابعة للمجلس الأوروبي نوعين من المعايير وضعت من قبل مجموعة خبراء مجلس أوروبا بشأن الجريمة المنظمة سنة 1997، معايير إلزامية ومعايير واختيارية، ولهذه المعايير أهمية في تعريف الجريمة المنظمة<sup>3</sup>. فالمعايير الإلزامية هي العناصر التي يشترط توافرها لقيام الجريمة المنظمة وهي:

أ - تعاون ثلاثة أشخاص فأكثر. ب - لفترة طويلة أو غير محددة. ج - ارتكاب جريمة من الجرائم الخطيرة. د - باعثها تحقيق الربح.

أما المعايير الاختيارية، فهي العناصر التي لا يؤثر وجودها من عدمه في قيام الجريمة المنظمة فتتمثل في العناصر التالية:

أ - وجود مهمة خاصة أو دور خاص لكل مساهم. ب - استخدام نوع من النظام الداخلي. ج - استخدام العنف أو غيره من وسائل الترويع. د - ممارسة غسيل (تبييض) الأموال. هـ - العمل على المستوى الدولي.

وعلى صعيد الاتحاد الأوروبي، وضعت مجموعة مكافحة المخدرات والجريمة المنظمة بالاتحاد الأوروبي تعريفاً للجريمة المنظمة سنة 1993 كان مفاده أن الجريمة المنظمة هي جماعة مُشكلة من أكثر من شخصين تُمارس مشروعاً إجرامياً ينطوي على ارتكاب جرائم جسيمة لمدة طويلة أو غير محددة ويكون لكل عضو مهمة محددة في إطار التنظيم الإجرامي وذلك بهدف الحصول على السلطة أو تحقيق الأرباح<sup>4</sup>.

وعرفها الاتحاد الأوروبي بأنها جماعة مُشكلة من أكثر من شخصين لها هيكل تنظيمي، دائمة في الزمان وتعمل بشكل منظم على ارتكاب جرائم يعاقب على أي منها بعقوبة سالبة للحرية، سواء كانت تلك الجرائم غاية في ذاتها أو وسيلة لتحقيق الربح، وتستخدم عند اللزوم حق التأثير على رجال السلطة العامة<sup>5</sup>.

#### الفرع الثاني: خصائص الجريمة المنظمة.

بناء على ما تقدم من عرض التعريفات المختلفة للجريمة المنظمة سواء من قبل الفقه، التشريعات المختلفة أو المنظمات الدولية، يظهر جلياً أن لها من الخصائص ما يميزها عن غيرها من مختلف الأنشطة الإجرامية، أي أن هناك ثمة خصائص وسمات خاصة بها يتعين توافرها ابتداءً حتى يمكن أن يكون نشاطاً ما من قبيل الجريمة المنظمة، ويمكن إجمال خصائص الجريمة المنظمة وفقاً لتقسيمين رئيسيين: يتضمن القسم الأول الخصائص التقليدية، بينما يشمل القسم الثاني الخصائص المستحدثة التي اتسمت بها الجريمة المنظمة حديثاً، وذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> ينظر جعفر علي: مكافحة الجريمة - المؤسسة الجامعية - بيروت - ط الأولى - 1998 - ص 123.

<sup>2</sup> ينظر كوركيس داود: الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص 30، 31.

<sup>3</sup> ينظر كوركيس داود: الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص 30، 31.

<sup>4</sup> ينظر فائزة يونس الباشا: الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية - المرجع نفسه - ص 43.

<sup>5</sup> ينظر جهاد البريزات: الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص 25.

1- الخصائص التقليدية<sup>1</sup>:

- أ - التنظيم : ويتمثل في وجود نظام يحدد طبيعة العمل داخل المنظمة الإجرامية ويقسم الأدوار بين الأعضاء ويحدد العلاقة فيما بينهم، بحيث تُرتكب الجريمة في إطار هذا التنظيم..
- ب - الاستمرارية : أي الاستمرار في ممارسة النشاط الإجرامي، حيث أن موت أو سجن أو خروج أحد أعضائها لا يؤثر على بقائها واستمرارها.
- ج - التخطيط : من أهم عناصر الجريمة المنظمة التخطيط، والتخطيط يحتاج إلى خبرة ومعرفة بالأخطار المتوقعة ويكون دائماً لأشخاص لهم القدرة على ذلك.
- د - استخدام العنف أو التهديد به : يعتبر التخويف والترهيب وإرهاب الأشخاص من أساليب العصابات الإجرامية، وهذا لإرباك أجهزة الأمن ولضمان عدم قيام الضحايا أو حتى أعضاء المنظمة بالإبلاغ عن الجرائم ومرتكبيها.
- هـ - البناء الهرمي المتدرج : أهم ما يميز الجريمة المنظمة هو البناء الهيكلي المنظم داخلياً، فيتولى القيادة قائد يكون له السلطة في اتخاذ القرارات وله حتمية الطاعة، مع احترام أعضاء المنظمة الإجرامية لأدوارهم بناءً على مبدأ تقسيم العمل الذي يُحدده قائد المنظمة.
- و - تحقيق الربح أو مكاسب مادية : تهدف المنظمات الإجرامية إلى الحصول على الأرباح والمكاسب المادية من خلال ممارسة أنشطة إجرامية وأنشطة قائمة على شكل أعمال تجارية.

2 - الخصائص المستحدثة<sup>2</sup>:

- أ - المزج بين الأنشطة غير المشروعة والأنشطة المشروعة ( تبييض الأموال ) :
- تمارس عصابات الجريمة المنظمة نشاطات مشروعة تحاول من خلالها دمج أنشطتها غير المشروعة في شركات ومشروعات قانونية للتمويه عن وجودها وإضفاء صفة المشروعية على رأس مالها، إضافة إلى إجراء بعض العمليات المالية على رأس المال لإخفاء مصدره وإضفاء صفة المشروعية عليه.
- ب - عبور الجريمة المنظمة للحدود : من أكثر خصائص الجريمة المنظمة عبورها للحدود الوطنية، وهي بهذا تسمى الجريمة المنظمة عبر الوطنية ( عبر الدول )، فهي لا تكون في دولة واحدة بل تنتقل من دولة لأخرى أو تشمل أكثر من دولة، علماً أنه ليس من الضروري عبور الجريمة المنظمة للحدود الوطنية، إذ يمكن أن تكون محلية تُمارس على الصعيد الداخلي للدولة.
- ج - الدخول في التحالفات الإستراتيجية: إن ممارسة المنظمات الإجرامية لأنشطتها في مناطق خاضعة لدول أخرى قد يجعلها تصطدم مع منظمات إجرامية أخرى قد تكون تسيطر على الأسواق في تلك الدول، أو قد تصطدم مع المنظمات الإجرامية المحلية لتلك الدول وقد يؤدي هذا الاصطدام إلى الاقتتال فيما بينها وهذا يجعلها تلجأ لعقد تحالفات مع غيرها من المنظمات الإجرامية سواء المحلية أو عبر الدول.
- وقد ثبت وجود علاقة بين الكارتلات الكولومبية والمافيا الإيطالية حيث تساعد هذه الأخيرة تجار المخدرات في كولومبيا على اقتحام سوق الهيروين في نيويورك مقابل تسهيل دخول الكوكايين إلى أوروبا باعتباره النشاط الذي تحاول المافيا احتكاره في أوروبا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ينظر جهاد البريزات: الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص 35 .<sup>2</sup> ينظر جهاد البريزات: الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص 38 .<sup>3</sup> وهذا ما أثبتته الأمم المتحدة من خلال وثقتها الصادرة سنة 1994. نقلاً عن كوركيس يوسف داود - الجريمة المنظمة - المرجع نفسه - ص 50.

فهذا كان عن الجريمة المنظمة سواء من حيث مختلف التعاريف التي قيلت بشأنها أو من حيث الخصائص التي ميزتها عن غيرها، فماذا عن جريمة الإرهاب؟  
المطلب الثاني: جريمة الإرهاب.

إن مفهوم الإرهاب مفهوم متغير وتختلف صورته ودوافعه اختلافا زمنيا ومكانيا، كما يختلف النظر إليه بتباين الثقافات القائمة في المجتمعات، وسنكتفي هنا بالتعرض إلى تعريف جريمة الإرهاب لدى الفقه ثم في القانون الدولي، ثم تعريفها من حيث التشريعات الوطنية، ثم نتعرض إلى الخصائص التي تميز هذه الجريمة، وهذا بنفس الترتيب الذي سبق وأن تعرضنا به إلى الجريمة المنظمة.

### الفرع الأول: تعريف الإرهاب.

وقد وردت عدة تعريفات في هذا المجال، سواء من جانب الفقه أو المنظمات الدولية، الإقليمية منها والعالمية، وهذا ما سنعرضه بعد قيامنا بعملية انتقاء لبعض التعاريف، لأنه يستحيل الإحاطة بكل التعاريف وغير ممكن ذكر جميع التعاريف التي تم الإطلاع عليها، وعليه سنقتصر على البعض منها.

### 1 — تعريف الإرهاب في الفقه

سنعرض للفقه العربي، ثم موقف الفقه الغربي من تعريف ظاهرة الإرهاب.

#### 1 — 1 الفقه العربي.

يعرّف الأستاذ نور الدين هندوري الإرهاب بأنه: مجموعة من الأفعال تتسم بالعنف تصدر من جماعة غير قانونية ضد الأفراد أو السلطات الدولية لحملهم على سلوك معين، أو تغيير الأنظمة الدستورية والقانونية داخل الدولة<sup>1</sup>.

ويعرّفه الأستاذ نبيل حلمي بأنه: الاستخدام غير المشروع للعنف أو التهديد به بواسطة فرد، أو مجموعة، أو دولة ضد فرد أو جماعة أو دولة ينتج عنه رعبا يعرض للخطر أرواحا بشرية أو يهدد حريات أساسية، ويكون الغرض منه الضغط على الجماعة أو الدولة لكي تغير سلوكها اتجاه موضوع ما<sup>2</sup>.

#### 1 — 2 الفقه الغربي.

عرّفه الباحث في قضايا الارهاب الأستاذ بروس هوفمان بأنه: العنف أو التهديد بالعنف المستعمل والموجه لخدمة هدف سياسي<sup>3</sup>.

أما الأستاذ لكور وهو أيضا باحث معروف في مجال الإرهاب، فأشار إلى الصعوبات التي تواجه تعريف الإرهاب وأكد أنه لا يوجد أي تعريف يشمل كل متغيرات الإرهاب على مضي العصور واكتفى بالقول أن الإرهاب إجابة على اللامعالة<sup>4,5</sup>.

<sup>1</sup> ينظر نور الدين هندوري، السياسة الجنائية للمشرع المصري في مواجهة جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، 1993، ص 9.

<sup>2</sup> ينظر نبيل احمد حلمي، الإرهاب الدولي وفقا للقانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 27.

<sup>3</sup> Bruce hoffman, la mécanique terroriste, première publication, Londres.1998.p 17.

<sup>4</sup> walter laqueur. le terrorisme.presse universsitaire de France. 1979.

<sup>5</sup> فعبارة - إجابة على اللامعالة - التي أوردها الأستاذ لكور في كتابه تكتسي نوع من الخطورة وكأنه يعطي ذريعة وتبرير للعمل الارهابي



وكتحليل للتعريف التي قيلت بشأن تعريف الإرهاب، سواء التعريف التي ذكرناها أو التي تم الاضطلاع عليها ولم نذكرها، نرى أن محاولات التعريف المادية والموضوعية قد شابها القصور، إما لأنها قصرت التعريف على الجانب المادي (الأفعال) أو الجانب القانوني (الجرائم)، أو الجانب السياسي، أو الأخلاقي، أو الجمع بين بعض هذه الجوانب دون البعض الآخر.

## 2 — تعريف الإرهاب في إطار المنظمات الدولية (العالمية والإقليمية).

نشير هنا إلى تعريف جريمة الإرهاب في إطار منظمة الأمم المتحدة كمنظمة عالمية، ثم تعريف هذه الجريمة لدى المنظمات الإقليمية، ونكتفي بمنظمتين وهما منظمة الدول العربية ومنظمة الدول الأوروبية.

### 1-2 تعريف الأمم المتحدة للإرهاب.

جاء في تعريف للجنة القانون الدولي للأمم المتحدة المقدم إلى الجمعية العامة لسنة 1954 من خلال مشروعها المتعلق بقانون الجرائم ضد السلام وأمن الإنسانية أن الإرهاب: ينصرف إلى قيام سلطات دولة باتخاذ أو تشجيع أنشطة إرهابية، وتناولت الجمعية العامة جريمة الإرهاب من خلال ما يعرف بإعلان اللجوء الإقليمي الصادر سنة 1967، وذكرت أن الإرهاب يشمل كل ما يقوم به الأفراد أو الهيئات التابعة لدول ما ضد الأفراد أو الهيئات أو المؤسسات أو الأموال العامة والخاصة المملوكة لدول أخرى<sup>1</sup>.

وعرّفته لجنة الإرهاب الدولي التابعة للأمم المتحدة عند وضعها مشروع اتفاقية موحدة بشأن إجراءات مواجهة الإرهاب الدولي لسنة 1980 بأنه: يعد الإرهاب الدولي عملاً من أعمال العنف الخطيرة أو التهديد به يصدر من فرد أو جماعة، سواء كان يعمل بمفرده أو بالاشتراك مع أفراد آخرين ويوجه ضد الأشخاص، أو المنظمات، أو المواقع السكنية، أو الحكومية، أو الدبلوماسية، أو وسائل النقل والمواصلات، أو ضد أفراد الجمهور العام دون تمييز للون أو الجنس أو جنسية بقصد تهديد هؤلاء الأشخاص أو التسبب في إصابتهم أو موتهم أو التسبب في إلحاق الخسارة، أو الضرر أو الأذى بهذه الأمكنة، أو الممتلكات، أو تدمير وسائل النقل والمواصلات بهدف إفساد علاقات الصداقة والود بين الدول أو بين مواطني الدول المختلفة، أو الابتزاز من أجل تنازلات معينة من الدول في أي صورة كانت، كما أن التآمر على ارتكاب أو محاولة ارتكاب، أو الاشتراك في ارتكاب، أو التحريض على ارتكاب الجرائم يشكل، أيضاً جريمة الإرهاب الدولي<sup>2</sup>.

### 2-2 تعريف المنظمات الإقليمية للإرهاب.

وسنكتفي بتعريفين، تعريفا للمنظمة العربية ممثلة في جامعة الدول العربية، وتعريفا للمنظمة الأوروبية ممثلة في منظمة الدول الأوروبية سابقا والاتحاد الأوروبي حاليا.

<sup>1</sup> ينظر رجب عبد المنعم متولي، الإرهاب الدولي والشرعية الدولية في ضوء الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الدولي، دراسة نظرية تطبيقية على الأحداث الجارية، دار النهضة العربية، ط الثانية، 2005/ 2006-1426، ص 64.

<sup>2</sup> ينظر حسنين بواوي، الإرهاب الدولي، الإرهاب الدولي بين التجريم والمكافحة، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 31، 30.

## أ - جامعة الدول العربية.

توصلت جامعة الدول العربية لعقد اتفاقية لمكافحة الإرهاب بعد تصديق وزراء الداخلية العرب على هذه الاتفاقية في 22 أبريل لسنة 1998<sup>1</sup>، حيث جاء في الاتفاقية تعريفا للإرهاب تضمنته المادة الأولى في الفقرة الثانية، جاء فيها أن الإرهاب (كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كانت بواعثه وأغراضه يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ويهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإذائهم أو تعريض حياتهم أو أنفسهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر)<sup>2</sup>.

## ب - منظمة الدول الأوروبية (الاتحاد الأوروبي حالياً).

لقد أسفرت الجهود التي بذلها مجلس دول أوروبا في مجال مكافحة الإرهاب، في نوفمبر لسنة 1976<sup>3</sup>، إلا أن الاتفاقية الأوروبية لم تضع تعريفاً معيارياً للإرهاب وإنما اقتصرت على بيان لائحة بالجرائم التي تعتبرها جرائم إرهاب، والتي أوجبت على الدول الأطراف عدم إدخالها ضمن الجرائم السياسية، فأشارت إلى هذه الجرائم في المادة الأولى والمتمثلة في الآتي:

— الأفعال المنصوص عليها في اتفاقية لاهي لسنة 1970 بشأن قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، وفي اتفاقية مونتريال لسنة 1971 بشأن قمع الأعمال غير المشروعة ضد أمن الطيران المدني.

— الجرائم الخطيرة ضد الأشخاص المحميين دولياً بمن فيهم المبعوثين الدبلوماسيين.

— الجرائم المتضمنة استخدام المتفجرات والقذائف والأسلحة الآلية والطرود الخداعية.

— محاولة ارتكاب أي من الجرائم السابقة والمساهمة فيها.

ثم أضافت المادة الثانية من الاتفاقية، أن لكل دولة طرف أن تعد من نطاق الجرائم الإرهابية لتشمل: — كل فعل عنف خطير ضد الحياة أو السلامة الجسدية أو حرية الأشخاص.

— كل فعل عنف موجه ضد الأموال إذا كان يستتبع وجود خطر عام.

## 3 - تعريف الإرهاب في التشريعات العقابية.

يعتبر التقنين العقابي الحارس لحماية الوطن والمواطنين من العابثين بالأمن، فهو أداة لمواجهة الإجرام بشكل عام بما في ذلك جريمة الإرهاب، إلا أن التشريعات الوطنية اختلفت في كيفية معالجة ظاهرة الإرهاب بما في ذلك مسألة التعريف، فلم تتفق هذه الأخيرة (التشريعات) على مفهوم موحد لجريمة الإرهاب على غرار ما سبق الإشارة إليه بالنسبة للفقه والمنظمات العلمية، وهذا أمر طبيعي في ظل التباين الواضح في نظرة كل منهم للظاهرة. ومنه سنتعرض إلى مفهوم جريمة الإرهاب في التشريعات الداخلية العربية منها والغربية مقتصرين على البعض منها فقط.

<http://www.lasportal.org>

<sup>1</sup> يُرجع إلى موقع جامعة الدول العربية صادقت الجزائر على الاتفاقية العربية المتعلقة بالإرهاب بموجب المرسوم الرئاسي رقم 413/98 ( جريدة رقم 93/ سنة 1998)<sup>2</sup>

<sup>3</sup> ينظر إبراهيم العاني، الإرهاب في ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع نفسه، ص309.

## 3-1 تعريف الإرهاب في التشريع العربي.

سنتعرض إلى بعض التشريعات العربية من ذلك التشريع الجزائري، المغربي، المصري :

## أ - التشريع الجزائري :

تعرض المشرع الجزائري لجريمة الإرهاب في القسم الرابع مكرر من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثالث من الجزء الثاني من قانون العقوبات تحت عنوان الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية، فعرف جريمة الإرهاب في المادة 87 مكرر بنصه ( يعتبر فعلا إرهابيا أو تخريبيا، في مفهوم هذا الأمر، كل فعل يستهدف أمن الدولة والوحدة الوطنية والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات وسيرها العادي عن طريق أي عمل غرضه الآتي : — بث الرعب في أوساط السكان وخلق جو انعدام الأمن من خلال الاعتداء المعنوي أو الجسدي على الأشخاص أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر أو المس بملكاتهم. — عرقلة حركة المرور أو حرية التنقل في الطرق والتجمهر أو الاعتصام في الساحات العمومية. — الاعتداء على رموز الأمة والجمهورية ونبس أو تدنيس القبور. — الاعتداء على وسائل المواصلات والتنقل والملكيات العمومية والخاصة والاستحواذ عليها أو احتلالها دون مسوغ قانوني. — الاعتداء على المحيط أو إدخال مادة أو تسريبها في الجو أو في باطن الأرض أو إلقائها عليها أو في المياه بما فيها المياه الإقليمية من شأنها جعل صحة الإنسان أو الحيوان أو البيئة الطبيعية في خطر. — عرقلة عمل السلطات العمومية أو حرية ممارسة العبادة والحريات العامة وسير المؤسسات المساعدة للمرفق العام. — عرقلة سير المؤسسات العمومية أو الاعتداء على حياة أعوانها أو ممتلكاتهم أو عرقلة تطبيق القوانين والتنظيمات)<sup>1</sup>.

وتحليلا للتعريف الوارد في المادة 87 مكرر يتضح أن المشرع الجزائري قد سلك طريق التوسع في تحديد وسائل الإرهاب باستعمال عبارة "كل فعل يستهدف" ولم يحدد السلوك الإرهابي على سبيل الحصر.

## ب - التشريع المغربي :

تعرض المشرع المغربي<sup>2</sup> لجريمة الارهاب في الباب الأول مكرر من الجزء الأول من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي المغربي المصادق عليه بظهير شريف رقم 1.59.413. لسنة 1962، فنصّ في الفصل 1- 218 ( تعتبر الجرائم الآتية أفعالا إرهابية إذا كانت لها علاقة عمدا بمشروع فردي أو جماعي يهدف إلى المس الخطير بالنظام العام بواسطة التخويف أو التهيب أو العنف : 1 — الاعتداء عمدا على حياة الأشخاص أو على سلامتهم أو على حرياتهم أو اختطافهم أو احتجازهم 2 — تزيف أو تزوير النقود أو سندات القرض العام أو تزيف أختام الدولة والدمغات والطابع والعلامات، أو التزوير أو التزيف المنصوص عليه في الفصول 360 و361 و362 من هذا القانون، 3 — التخريب أو التعذيب أو الإتلاف 4 — تحويل الطائرات أو السفن أو أي وسيلة أخرى من وسائل النقل أو إتلافها أو إتلاف منشآت الملاحة الجوية أو البحرية أو البرية أو تعيب أو تخريب أو إتلاف وسائل الاتصال 6 — السرقة وانتزاع الأموال .....، 9 — تكوين عصابة أو اتفاق لأجل إعداد أو ارتكاب فعل من أفعال الإرهاب 10 — إخفاء الأشياء المتحصل عليها من جريمة إرهابية مع علمه بذلك).

<sup>1</sup> موقع الجريدة الرسمية الجزائرية : <http://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>  
<sup>2</sup> مجموعة القانون الجنائي، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة 2011.

## ه - التشريع المصري.

لم يتعرض المشرع المصري بصورة صريحة للإرهاب إلا في التعديل الذي أُجري بقانون العقوبات رقم 97 لسنة 1992<sup>1</sup>، حيث تقضي المادة 86 منه في تعريفها للإرهاب أنه ( كل استخدام للقوة أو العنف أو التهديد أو الترويع يلجأ إليه الجاني تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، بهدف الإخلال بالنظام العام أو تعريض سلامة المجتمع وأمنه للخطر إذا كان من شأن ذلك إيذاء الأشخاص أو إلقاء الرعب بينهم أو تعريض حياتهم أو حرياتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بالاتصالات أو المواصلات أو بالأموال أو المباني أو بالأموال العامة أو الخاصة أو إخلالها أو الاستيلاء عليها أو منع أو عرقلة علاقة السلطات العامة أو دور العبادة أو معاهد العلم لأعمالها أو تعطيل تطبيق الدستور أو القوانين أو اللوائح)<sup>2</sup>. ويتضح أيضاً أن المشرع المصري قد توسع في تحديد فعل الإرهاب باستعمال عبارة "كل استخدام للقوة أو العنف" ولم يحدد السلوك الإرهابي على سبيل الحصر مثلما جاء في قانون العقوبات الجزائري.

## 3-2 التشريع الغربي.

سنقتصر في إطار التشريع الغربي على القانونين الفرنسي والبريطاني فقط.

أ - التشريع البريطاني<sup>3</sup>.

ورد تعريف الإرهاب في التشريع الصادر سنة 2000 في المادة الأولى حيث عرّفت الإرهاب بأنه: الفعل أو التهديد بالفعل والذي يشمل:

— كل فعل يتضمن عنفا خطيرا ضد شخص أو خطر جدي أو يضر بحياة شخص أو ينشئ خطرا جديا على الصحة العامة أو على طائفة من الناس.

— استعمال العنف أو التهديد به للتأثير على الحكومة أو لتهيب الناس أو طائفة منهم.

— استعمال العنف أو التهديد به بغرض إبراز قضية سياسية، دينية، عقدية.

ب - التشريع الفرنسي<sup>4</sup>.

تعرض المشرع الفرنسي لجريمة الإرهاب في القانون رقم 1020/86 لسنة 1986 فعرف الإرهاب طبقاً لنصوص هذا القانون بما يلي " الإرهاب هو خرق للقانون يقدم عليه فرد من الأفراد أو تنظيم جماعي بهدف إثارة اضطراب خطير في النظام العام عن طريق التهديد بالتهيب".

<sup>1</sup> ينظر محمد السناري، قانون العقوبات المصري طبقاً لأخر تعديلات، ط 2000 [دن]، ص50.

<sup>2</sup> قاعدة التشريع المصري <http://arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx>

<sup>3</sup> ينظر قانون العقوبات الانكليزي على الموقع: <http://www.hnso.gov.uk/acct2000/00011.b.htm.p.I>

<sup>4</sup> ينظر code pénal francais eddition 2011 dalloz

## الفرع الثاني : خصائص جريمة الإرهاب.

بعد أن اتضح مفهوم الإرهاب في التشريعات المقارنة وكذا الفقه والقانون الدولي، يتبين أن هناك خصائص ذكرها الباحثون بشأن الإرهاب وهي عديدة وذلك تبعاً لاختلاف تعريفه، وقد أوصل بعض الفقهاء هذه الخصائص إلى أكثر من عشرين خاصية<sup>1</sup>، وسنقتصر على أهم الخصائص التي تكاد تكون محل اتفاق وهي :

أ - العنف : يعتبر العنف عامل أساسي في العملية الإرهابية والسمة الغالبة عليها بشقيه المادي والمتمثل في استخدام القوة ( التفجير، الحرق....)، والعنف المعنوي المتمثل في التهديد باستعمال العنف من أجل إثارة القلق النفسي والشعور بعدم الأمان لخلق جوٍّ من التوتر وفرض المفاهيم التي يُروج لها الإرهابيون<sup>2</sup>.

ب - ذو بعد رمزي : إن حقيقة العمليات الإرهابية ليست الأهداف التي تقوم بها فحسب، بل هي رسالة موجهة إلى من يهمله الأمر من أجل أن تثنيه عن اتخاذ قرار معين أو من أجل إجباره على اتخاذه، وكل ما كان العمل الإرهابي رمزياً أكثر كان أثره في بث المخاوف أكبر، فاغتيال صحفي ليس كاغتيال أحد الوزراء أو رئيس دولة<sup>3</sup>.

ج - الهدف السياسي : فالمتتبع للأعمال الإرهابية يصل إلى حقيقة مفادها أن كل عمل إرهابي لا بد أن يرمي إلى تحقيق غرض ما، وهذه الأغراض دائماً نجدتها في المجال السياسي ومن هنا جاء ربط الإرهاب بالسياسة وبه أصبح يتميز عن بقية أعمال العنف الأخرى كعصابات السطو المسلح أو المافيا وغيرها<sup>4</sup>.

د - التنظيم : فالواقع يثبت أن الإرهاب المعاصر أصبح نشاطاً بالغ الخطورة والتعقيد بحيث أصبحت تديره منظمات على قدر عالٍ من الخبرة والتنظيم والخبرة الفنية<sup>5</sup>.

هـ - استخدام الوسائل المروعة : والأمثلة كثيرة على ذلك، من ذلك المجزرة المعروفة وهي مجزرة دير ياسين التي قامت بها العصابات الصهيونية، إضافة إلى المجازر التي شهدتها الجزائر خلال العشرية السوداء على يد الحركات المدّعية الإسلام<sup>6</sup>.

## المطلب الثالث : أوجه الشبه والخلاف بين الإرهاب والجريمة المنظمة.

سنتعرض إلى نقاط الالتقاء والارتباط بين كل من جريمة الإرهاب والجريمة المنظمة، ثم أوجه الاختلاف بينهما وهذا حتى تكون المقارنة على أحسن وجه وتبين سمات الشبه والفروق الجوهرية التي تضع حدوداً وترسم ملامح لكل منهما.

## الفرع الأول : أوجه التشابه والارتباط بين الإرهاب والجريمة المنظمة.

في بادئ الأمر يجب التأكيد على أنه لا يُعد من أوجه التشابه بين الإرهاب والجريمة المنظمة أو من دواعي الربط بينهما مجرد إدراجهما في نص واحد في المؤتمرات الدولية، أو تصريحات السياسة حول هذه الروابط، ولكن لا بد أن

<sup>1</sup> ينظر هيثم عبد السلام - مفهوم الارهاب في الشريعة الاسلامية - دار الكتب العلمية - ط الاولى - بيروت 1971 - ص 47 .

<sup>2</sup> ينظر صبحي سلوم - الارهاب أسبابه ودوافعه - المؤتمر العربي الاول للمسؤولين عن مكافحة الارهاب - جامعة الدول العربية تونس - 1998 - ص 20 .

<sup>3</sup> ينظر عبد الرحمان بكر ياسين - الارهاب باستخدام المتفجرات - المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب - الرياض - 1992 - ص 27 .

<sup>4</sup> ينظر سيمون سرفاتي - وسائل الاعلان والسياسة الخارجية - ترجمة محمد مصطفى هيثم - الجمعية المصرية العامة - القاهرة - ص 131 .

<sup>5</sup> ينظر هيثم عبد السلام - مفهوم الارهاب في الشريعة الاسلامية - المرجع نفسه - ص 51 .

<sup>6</sup> يرجع إلى لياس بوكراع - الرعب المقدس - ترجمة خليل أحمد خليل - دار الفرابي - 2003 ( أغلب الصفحات).

يستند التشابه بينهما على أشياء مادية ملموسة. ويمكن القول أن هذا التشابه هو بمثابة صفات مشتركة بين كل من الإرهاب والجريمة المنظمة، وتمثل هذه الصفات فيما يلي :

أ - العمل على نشر الذعر والرعب في النفوس<sup>1</sup> :

فالإرهابيين ينشرون الذعر بين المواطنين لإثارتهم ضد السلطات، وإظهار عجزها عن حمايتهم، إذ يوجه الإرهابي ضربته ضد رجال السلطة، باعتبارهم رموزاً للنظام السياسي، أما أعضاء الجريمة المنظمة فإنهم يلجئون إلى إثارة الرعب والذعر لسلب أموال المواطنين، وإذا مارسوا هذا الرعب ضد رجال السلطة، فإنما يهدفون من ورائه إبعادهم، حتى لا يتدخلوا في شؤون الجماعة الإجرامية، وبالتالي التخلي عن واجباتهم.

ب - التنظيم الدقيق لشؤون الجماعات الإرهابية وأعضاء الجريمة المنظمة<sup>2</sup> :

فالمنظمات الإرهابية والجماعات الإجرامية لها نظمها الدقيقة في تنظيم شؤونها، إضافة إلى التشابه في سرية العمليات، والقوانين الداخلية التي تحكم الجماعات المنظمة والجماعات الإرهابية على السواء، والجزاءات على مخالفة القواعد الموضوعة.

ج - تبادل الخبرات الإجرامية<sup>3</sup> :

فعصابات الإجرام المنظم تقدم خبرات فنية إجرامية للمنظمات الإرهابية في مجال تزوير بطاقات الهوية ووثائق السفر وسرقة السيارات، وغيرها من الأعمال الإجرامية، ومن ذلك ما يُذكر عن منظمة الألوية الحمراء التي تُعتبر كمنظمة إرهابية تنشط في إيطاليا من أنها تعمل بنفس طريقة المافيا نتيجة لتبادل الخبرات بينهما.

د - عقد الصفقات المتكافئة<sup>4</sup> :

فقد تلجأ بعض المنظمات الإرهابية إلى عقد صفقات بينها وبين عصابات الجريمة المنظمة، يتم فيها تبادل المنافع بغض النظر عن الاختلاف في الغايات. فقد تستأجر منظمة إرهابية إحدى عصابات الجريمة المنظمة للقيام بعمليات إجرامية بالوكالة تشمل القتل والتخريب وتهريب الأسلحة، أو الحصول على وثائق هوية مزيفة، أو تدبير أماكن لإخفاء بعض عناصرها مقابل خدمات تؤديها المنظمة الإرهابية لصالح الجماعات الإجرامية، مثل حراسة مزارع المخدرات، أو تأمين مرور شاحنات المخدرات عبر المناطق الخاضعة لسيطرتهم.

وفي مقابل نقاط التشابه والالتقاء بين الجريمتين السابق بيانهما يوجد اختلاف وافتراق بينهما، فيوجد أكثر من وجه وهو ما سنورده في الفرع التالي.

<sup>1</sup> ينظر جمال زايد هلال أبو عين - الإرهاب وأحكام القانون الدولي - ط الأولى - عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع - 1429 هـ، 2009 م - ص 49 .

<sup>2</sup> ينظر عماد حسين عبد الله - خطف الطائرات - دراسة عن التخطيط الأمني - لمواجهة خطف الطائرات كصورة من صور الإرهاب الدولي - مكتبة الأنجلو المصرية - 1990 - ص 12 .

<sup>3</sup> عماد حسين عبد الله - خطف الطائرات - المرجع نفسه - ص 12 .

<sup>4</sup> ينظر محمد الغنام - الإرهاب والجريمة المنظمة، العالم والإرهاب - وكالة اللجنة التحضيرية للندوة الدولية للإرهاب المنعقد بالأهرام مايو 1996 - وكالة الأهرام للصحافة - ط الأولى - 1997 م - ص 53 .

## الفرع الثاني: أوجه الخلاف بين الإرهاب والجريمة المنظمة.

يمكن القول إنَّ الفرق الرئيس بين الإرهاب والجريمة المنظمة، أن الإرهاب يهدف إلى تحقيق مطالب أو أغراض سياسية، بينما يسعى أعضاء التنظيم الإجرامي إلى تحقيق الربح المادي.

كما يمكن اعتبار نطاق العمليات التي يمارس فيها كلٌّ من جماعة منظمات الجريمة المنظمة والإرهابيين أنشطتهم نقطة خلاف بينهما، ففي حين تتركز الأنشطة الإرهابية في المدن بسبب كثرة السكان وسهولة نقل الحدث، فإن الأنشطة الإجرامية المنظمة تمتد لتشمل كلا من المدن والريف على حد سواء<sup>1</sup>. ولو أن الواقع يثبت غير ذلك حيث أن مكان العمليات الإرهابية أصبح لا يقتصر على المناطق الحضرية (المدن) فقط بل يشمل أيضاً المناطق الريفية التي ينعدم فيها التواجد الحكومي، والدليل على ذلك الجرائم التي قامت بها الجماعات الإرهابية في الجزائر خلال التسعينيات في العديد من المناطق الريفية التي ينعدم فيها التواجد الحكومي.

وإذا رجعنا إلى دافع الإرهاب من وجهة نظر كلٍّ من الإرهابيين وأعضاء منظمات الجريمة المنظمة، نجد أن هذا الدافع من وجهة نظر الإرهابي هدف نبيل وشريف في إطار مبادئ وأفكار سياسية يقتنعون بها ويضحون من أجلها، سواء أكانت هذه الأفكار والمبادئ خطأ أم صواباً، أما الدافع من وجهة نظر أعضاء جماعة منظمات الجريمة المنظمة، فهو دافع مادي بحت، حيث إن هدف هذه الجماعة الوحيد هو جمع المال، وهم يعلمون جيداً أن نشاطهم في ذلك هو نشاط غير شرعي، وأنهم مجرمون خارجون عن القانون<sup>2</sup>.

وبالإضافة إلى هذه الفروق الرئيسية بين الإرهاب والجريمة المنظمة، هناك بعض الفوارق الأخرى منها:

أ - النتيجة المترتبة على الفعل : فإذا كان الفعل الإجرامي في العادة لا يترك تأثيراً نفسياً سوى على نطاق محدود غالباً لا يتجاوز نطاق ضحايا العمليات الإجرامية التي تُنفذ ضد أشخاص معينين، فإن العمل الإرهابي له تأثير نفسي ليس له نطاق محدود، وغالباً ما يتجاوز نطاق الضحايا ليؤثر على سلوك أناس آخرين بهدف إضعافهم لتعديل سلوكهم أو التخلي عن قرار أو موقف معين لإظهار النظام السياسي القائم بمظهر الضعف والعجز عن القيام بوظائفه في حماية المجتمع والمواطنين، مما يضعف من مكانته ويقلل من هيئته داخلياً وخارجياً<sup>3</sup>.

ب - نطاق العمليات : تتركز في المناطق الحضرية وهذا لإحداث أكبر قدر من الدعاية للقضية التي تتبناها الجماعة الإرهابية.

ج - محل النشاط الإجرامي والقائم به : يُفرق البعض بين الجريمة الإرهابية والجريمة المنظمة على أساس النشاط الإجرامي، فيرون أن النشاط الإرهابي يوجه إلى الجماعة السياسية أو الدولة، أما الجريمة المنظمة فنشاطها يشمل أفراداً بذواتهم في المجتمع أو جماعات ومؤسسات تجارية وصناعية بقصد تحقيق كسب مادي<sup>4</sup>. ولكن في حقيقة الأمر هذا الرأي غير صحيح على إطلاقه، فإذا كان صحيحاً أن عمليات الإرهاب يقف وراءها أهداف سياسية وتوجه في الغالب إلى الحكومة أو النظام السياسي بصفة عامة، إلا أنه في أحيان كثيرة تطل العمليات الإرهابية المدنيين ولا يكون ذلك

<sup>1</sup> ينظر المرجع السابق - ص 103 .

<sup>2</sup> ينظر رشدي شحاتة أبو زيد - السياحة والإرهاب في ضوء الفقه الإسلامي - ط الأولى - دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر - 1429 هـ، 2008 م - ص 244 .

<sup>3</sup> ينظر عبد الناصر حريز - الإرهاب السياسي - المرجع نفسه - ص 102 .

<sup>4</sup> ينظر عماد حسين عبد الله - خطف الطائرات - المرجع نفسه - ص 12 .

بطريقة عشوائية، ولكن عن قصد بهدف إثارة الرعب في نفوسهم ونزع ثقتهم في حكوماتهم وقدراتها على توفير الحماية لهم، وفي المقابل فإن الجماعات الإجرامية قد تستهدف هي الأخرى أعضاء الحكومة أو رموز الدولة<sup>1</sup>.

وفيما يتعلق بالفرق بينهما من حيث القائم بالجريمة، فإن أعمال الإرهاب يرتكبها أفراد أو جماعات أو دول على السواء، أما الجريمة المنظمة فلا تقوم بها إلا جماعات منظمة<sup>2</sup>.

ومما سبق يمكن القول أن الفارق الأساسي بين الإرهاب والجريمة المنظمة يكمن في الأهداف والبواعث، فهدف الجماعات الإرهابية هو القيام بتغييرات سياسية أو اجتماعية من خلال القضاء أو تعديل النظام القائم، فالتنظيمات الإرهابية من وجهة نظرها تحاول إقامة شرعية - متوهمة - اعتقاداً في عدم شرعية النظام القائم، في حين أن الهدف من الإجرام المنظم هو تحقيق الكسب المادي والربح السريع ولا يتأتى لها ذلك إلا من خلال الخروج على شرعية الدولة وعن الشرعية بصفة عامة. وفي سياق الحديث عن الفرق الجوهرية بين الجريمتين والمتمثل في الجانب السياسي بالنسبة للإرهاب والجانب الاقتصادي (المادي) بالنسبة للجريمة المنظمة، يقول الأستاذ إمام حسنين خليل >> .. ومع هذا فالعديد من جماعات الإجرام المنظم تدعي هدفاً سياسياً مزعوماً من أجل الاستفادة من المزايا التي يمكن أن يتمتع بها المجرم السياسي داخل النظام القانوني للدول، ومن جانب آخر تسعى الحكومات إلى نفي هذا الباعث عن الجماعات الإرهابية حتى يمكن اعتبارها من الإجرام العادي حتى ينال أقصى العقاب، الأمر الذي يزيد التفرقة بين الإرهاب والجريمة المنظمة غموضاً، رغم أنهما شيئان منفصلان، لكل منهما ذاتيته وإن تعددت مظاهر التعاون والتقارب بل والالتقاء بينهما في بعض الأمور ... <<<sup>3</sup>.

#### خاتمة.

لقد أثرت مسألة العلاقة بين الإرهاب والجريمة المنظمة عبر الوطنية في العديد من المحافل الإقليمية والعالمية من ذلك إثارته في إطار مناقشات اللجنة الثالثة للجمعية العامة للأمم المتحدة وبالتحديد تجارة السلاح التي تسمح بتمويل الإرهاب والنشاطات الإجرامية عبر الوطنية التي تهدد أمن وسلم البشرية، وقد جسدت اعتداءات 11 سبتمبر الشراكة بين الإرهاب والإجرام المنظم.

ولقد تولد لدى البعض فكرة اعتبار الإرهاب صورة من صور الجريمة المنظمة نظراً للتشابه الكبير بينهما، إلا أن ذلك لا يعني لدى البعض الآخر الخلط بين الجريمة المنظمة والجماعات الإرهابية، ولا يصل إلى درجة اعتبار العمل الإرهابي من صور الجريمة المنظمة.

ومن خلال ما سبق التعرض له من حيث تعريف كل من جريمة الإرهاب والجريمة المنظمة سواء من جانب الفقه أو التشريع أو القانون الدولي، إضافة إلى ذكر خاصية وخصائص كل منهما، وأوجه الشبه وخاصة أوجه الاختلاف التي رسمت حدود كل منهما، فقد اتضح جلياً الخط الفاصل بينهما والذي يزيل أي غموض أو لبس فيما يتعلق بمسألة التفرقة والتمييز بينهما، إلا أن الأمر لا يقف عند وجود أوجه للاختلاف أولئك الشبه بين جريمة الإرهاب والجريمة المنظمة بمختلف صورها، بل إن الأمر قد تطور لإقامة علاقات تعاون وتبادل بينهما وهو ما أقرته الأمم المتحدة، حيث بدأت الجماعات الإرهابية في العمل مع الجماعات الإجرامية خاصة مع تجمعات المخدرات وتجار السلاح والهجرة غير الشرعية، وهذا بشكل مؤثر أعربت عنه الأمم المتحدة في العديد من المناسبات. فما هي مظاهر هذه العلاقة؟ وما هي دلائلها؟، وإلى أي درجة وصلت، وهذا ربما سيكون محل بحث قادم بحول الله.

<sup>1</sup> والدليل على ذلك ما عاشته الجزائر في فترة العشرية السوداء في التسعينيات حيث أن الكثير من العمليات الإجرامية طالت المدنيين دون أي ذنب. وللتفصيل أكثر يرجع إلى كتاب: لياس بوكراع - الجزائر الرعب المقدس - دار الفرابي، لبنان - ط 2003 - ص 273 - 277، 377 - 386.

<sup>2</sup> وهذا ما نستنتجه من خلال التعاريف التي سبق وأن ذكرناها بالنسبة لكل من الإرهاب والجريمة المنظمة.

<sup>3</sup> إمام حسنين خليل - الجرائم الإرهابية في التشريعات المقارنة - المرجع نفسه - ص 108.



## قاعدة لا يقضي القاضي وهو غضبان - دراسة مقاصدية -



فضيلة الأستاذ : سعيد الشويّ باحث حاصل على الماجستير

في القواعد الفقهية والأصولية وتطبيقاتها في الأحكام والنوازل

بكلية الآداب والعلوم الإنسانية ظهر المهرز بفاص سنة 2013

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فمما لاشك فيه أن القواعد الفقهية من بين أهم وسائل تنظيم وضبط أمور السياسة الشرعية، بدءاً من طريقة تولي وظائفها<sup>1</sup>، ومروراً بتنفيذ أحكامها وتسيير شؤونها<sup>2</sup>، وانتهاءً بإنهاء مهمة موظفيها وعزل ولاية أمورها<sup>3</sup>.

والسياسة الشرعية - كما هو معلوم - تروم تحقيق المصالح العامة للمسلمين؛ ولهذا عرفها ابن عقيل الحنبلي<sup>4</sup> - رحمه الله عليه - بقوله: «السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه

<sup>1</sup> قاعدة: "يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها". قال العز بن عبد السلام: «يقدم في كل ولاية الأعراف بأركانها وشرائطها، وسننها وأدابها وسائر مصالحها ومفاسدها، مع القدرة على جلب مصالحها ودرء مفاسدها...». الفوائد في مختصر القواعد للعز بن عبد السلام، ص: 68. وقال القرافي: «اعلم أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحه على من دونه». الفروق للقرافي، الفرق: السادس والتسعون، 273/2. وقال في موضع آخر كذلك: «قاعدة الشرع أنه يقدم في كل موطن وكل ولاية من هو أقوم بمصالحها». نفسه، الفرق: الثامن والسبعون والمائة، 361/3.

<sup>2</sup> قاعدة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة". الأشباه والنظائر للإمام السيوطي، ص: 185.

<sup>3</sup> قاعدة: "يقيد العزل في الولايات بالأصلح للمسلمين فالأصلح". قال العز بن عبد السلام: «تقيد العزل بالأصلح للمسلمين فالأصلح». قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، 112/1.

<sup>4</sup> ابن عقيل الحنبلي: هو الإمام العلامة البحر، شيخ الحنابلة أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن عبد الله البغدادي الظفري، الحنبلي المتكلم، صاحب التصانيف، كان يسكن الظفريّة ومسجده بها مشهور. ولد سنة (431هـ)، وتلقى العلم على كبار شيوخ عصره، أمثال: أبو بكر بن بشران، وأبو الفتح بن شيطا، وأبو محمد الجوهري، والحسن بن غالب المقرئ، والقاضي أبا يعلى ابن الفراء وغيرهم. من تصانيفه: "الفنون"، و"الجدل على طريقة الفقهاء"، حققه السيد يوسف تحت اسم "الجدل في الأصول"، و"عمدة الأدلة" وغيرها. توفي سنة (513هـ). الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب، 316/1 وما بعدها. وسير أعلام النبلاء للذهبي، الطبقة: السابعة والعشرون، 443/19.

الرسول، ولا نزل به وحي<sup>1</sup>. وعرفها ابن نجيم<sup>2</sup> - رحمة الله عليه - بقوله: «هي فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي<sup>3</sup>».

وتعتبر ولاية القضاء من أهم ولايات السياسة الشرعية؛ إذ بها يتحقق العدل، الذي يعتبر من بين المقاصد التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها وحفظها. ولتحقيق هذا المقصد العظيم، أحاط الشارع الحكيم عمل القضاة وتصرفهم بجملة من القواعد الفقهية، ومن ضمنها هذه القاعدة النصية موضوع الدراسة، والتي سأتناول الحديث عنها من خلال الفروع التالية.

### الفرع الأول: معنى القاعدة.

#### أولاً: شرح ألفاظ القاعدة.

- يقضي: فعل مضارع من قضى، وتدل هذه الكلمة في اللغة على معان كثيرة - ترجع كلها تقريباً إلى معنى إحكام الأمر وإنفاذه وإنهائه وانقطاعه - منها: الأجل، والفصل، والمضي، والوجوب، والإعلام، والوصية، والخلق، والفعل، والإبرام، والعهد، والأداء... فكل ما أحكم عمله وأتم وختم وأدى وأوجب وأعلم وأنفذ وأمضي فقد قضى وفصل<sup>4</sup>.

وقال ابن منظور - رحمة الله عليه - : «يُقَالُ: قَضَى يَقْضِي قَضَاءً فَهُوَ قَاضٍ إِذَا حَكَمَ وَفَصَلَ. وَقَضَاءُ الشَّيْءِ: إِحْكَامُهُ وَإِمْضَاؤُهُ وَالْفَرَاغُ مِنْهُ فَيَكُونُ بِمَعْنَى الْخَلْقِ. وَقَالَ الزُّهْرِيُّ: الْقَضَاءُ فِي اللُّغَةِ عَلَيٌّ وَجُوهٌ مَرْجِعُهَا إِلَى انْقِطَاعِ الشَّيْءِ وَتَمَامِهِ. وَكُلُّ مَا أَحْكَمَ عَمَلَهُ أَوْ أْتَمَّ أَوْ خَتَمَ أَوْ أُدِّيَ آدَاءً أَوْ أُوجِبَ أَوْ أُعْلِمَ أَوْ أُنْفَذَ أَوْ أَمْضِيَ فَقَدْ قُضِيَ»<sup>5</sup>.

- القاضي: اسم فاعل من قضى، وسُمِّيَ بهذا الاسم؛ لأنه يحكم بين المتخاصمين، ويفصل في القضايا التي تعرض عليه.

و«القاضي في عرف الشرع، يصدق على من له وصف حكمي يوجب نفوذ حكمه»<sup>6</sup>.

- غضبان: صفة على وزن فعلان، وهو من صيغ المبالغة، بمعنى الممتلئ غضباً. و«الغضب: نقيض الرضا»<sup>7</sup>. وهو نوعان: «محمود ومذموم، فالمذموم: ما كان في غير الحق، والمحمود: ما كان في جانب الدين والحق»<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية، ص: 11.

<sup>2</sup> ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، فقيه حنفي، من العلماء، مصري، ولد سنة (926هـ)، تلقى العلم عن كبار شيوخ عصره أمثال: الشيخ شرف الدين البلقيني، والشيخ شهاب الدين أحمد بن يونس المصري الحنفي الشهير بابن الشلبي وغيرهما. من تصانيفه المشهورة: "الاشباه والنظائر"، و "البحر الرائق في شرح كنز الدقائق"، و "الرسائل الزينية"، و "الفتاوى الزينية". توفي سنة (970هـ). ينظر الأعلام للزركلي 63/3.

<sup>3</sup> البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي 11/5.

<sup>4</sup> يُنظر مقاييس اللغة لابن فارس، كتاب: القاف، باب: القاف والضاد وما يثلاثهما، 100/5. والكليات لأبي البقاء الكفوي، فصل: القاف، ص: 593.

<sup>5</sup> لسان العرب، مادة: (قضى)، 3665/5.

<sup>6</sup> شرح حدود ابن عرفة للرصاص، كتاب: القضاء، ص: 568.

<sup>7</sup> لسان العرب، مادة: (غضب)، 3262/5.

<sup>8</sup> لسان العرب، مادة: (غضب)، 3263/5.

وقد عرف ابن رجب الحنبلي - رحمه الله عليه - (ت795هـ) الغضب بقوله: «والغضب هو غليان دم القلب طلبا لدفع المؤذي عند خشية وقوعه، أو طلبا للانتقام ممن حصل له منه الأذى بعد وقوعه، وينشأ من ذلك كثير من الأفعال المحرمة كالقتل والضرب وأنواع الظلم والعدوان وكثير من الأقوال المحرمة كالقذف والسب والفحش...»<sup>1</sup>.

### ثانيا: المعنى الإجمالي للقاعدة.

يدور معنى هذه القاعدة حول النهي عن القضاء في حالة الغضب وما في معناه؛ لأن الغضب الشديد يُطفى نور العقل، ويجعل القاضي في حالة اضطراب تزول معها الروية وحسن الفكر والنظر في الأدلة والبيّنات؛ مما قد يخرج عن الصواب والحق والسداد في أمر قضائه وحكمه.

قال الإمام الغزالي - رحمه الله عليه - : «إن الغضب ليس سببا للتحريم، ولكن سبب التحريم يتضمنه الغضب من اختباط العقل، وما يعتريه من الدهشة المانعة من استيفاء الفكر، والاهتداء إلى وجه الصواب، حتى إن الغضب اليسير المنفك عن هذا الأثر لا يُحرّم؛ وحتى يلحق به الحاقن والجائع والذي توالى عليه ألم مبرح مدهش، وغير ذلك من الأحوال المشوشة لنظر العقل»<sup>2</sup>. ثم قال: «فإننا نقول: الحكم معلل بالغضب، ولكن لا لعينه، بل لمعنى يتضمنه. فأصل التعليل قائم ولكن جعل الغضب - بحكم الدليل - كناية عن ضعف العقل؛ لأنه يلازمه غالبا فلم يكن ذكره لغوا، بل كان مفيدا معتبرا بهذا الطريق»<sup>3</sup>.

وإذا حكم القاضي وهو غضبان، فإن وافق الحق والصواب، نفذ حكمه مع كراهة ذلك في حقنا؛ لأن النهي عن الغضب، لم يَنْه عنه لعينه، وإنما نُهي عنه لغيره، ولهذا أدرج العز - رحمه الله عليه - حكم الحاكم حال الغضب، ضمن أمثلة ما لا يقتضي النهي فيه فساد المنهي عنه - كما هو واضح في السياق الثاني الذي وردت فيه القاعدة - وهذا ما استنتجه الإمام النووي - رحمه الله عليه - من حديث اللقطة<sup>4</sup>، حيث قال: «وفيه جواز الفتوى والحكم في حال الغضب، وأنه نافذ، لكن يكره ذلك في حقنا، ولا يكره في حق النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأنه لا يخاف عليه في الغضب ما يخاف علينا. والله أعلم»<sup>5</sup>. وهذا ما أكدّه ابن حجر - رحمه الله عليه - بقوله: «لو خالف فحكم في حال الغضب صح إن صادف الحق مع الكراهة، هذا قول الجمهور، وقد تقدم أنه صلى الله عليه وسلم قضى للزبير بشراج

<sup>1</sup> حصول الكرم بتهديب جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي، ص: 71.

<sup>2</sup> شفاء الغليل للإمام الغزالي، ص: 33.

<sup>3</sup> شفاء الغليل للإمام الغزالي، ص: 34.

<sup>4</sup> عن يزيد مولى المُنْبَعِثِ عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَنِيِّ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَسَأَلَهُ عَنِ اللَّقْطَةِ؟ فَقَالَ: (اعْرِفْ عِقَاصَهَا وَوَكَاةَهَا. ثُمَّ عَرَّفَهَا سَنَةً. فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَسَأَلْنَاكَ بِهَا). قَالَ: فَسَأَلَهُ الْعَتَمُ؟ قَالَ: (لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلدُّنْيَى). قَالَ: فَسَأَلَهُ النَّبِيُّ؟ قَالَ: (مَا لَكَ وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِدَاؤُهَا. تَرُدُّ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ. حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا). قَالَ يَحْيَى: أَحْسِبُ قَرَأْتُ عِقَاصَهَا. صَحِيح مسلم، كتاب: اللقطة، حديث رقم: 1722.

<sup>5</sup> شرح صحيح مسلم للإمام النووي، كتاب: اللقطة، 247/6.

الحرّة بعد أن أغضبه خصم الزبير<sup>1</sup>، لكن لا حجة فيه لرفع الكراهة عن غيره؛ لعصمته صلى الله عليه وسلم، فلا يقول في الغضب إلا كما يقول في الرضا<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: أصل القاعدة.

أصل هذه القاعدة الحديث الذي روى عن عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ، أَنَّهُ قَالَ: كَتَبَ أَبُو بَكْرَةَ إِلَى ابْنِهِ، وَكَانَ بِسِجِسْتَانَ بِأَلَّا تَقْضِيَ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَأَنْتَ غَضْبَانٌ، فَإِنِّي سَمِعْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: (لَا يَقْضِيَنَّ حَكْمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ)<sup>3</sup>. وفي رواية أخرى: (لَا يَحْكُمُ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ)<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: مقاصدية القاعدة.

تهدف هذه القاعدة إلى تحقيق مقاصد متعددة منها:

أولاً: الاحتياط للحكم؛ لأن الحكم وسيلة لإحقاق الحق وإبطال الباطل، فلا بد من الاحتياط له؛ تحقيقاً لمقصده والغاية من تشريعه؛ ولهذا قال العز - رحمة الله عليه - : «وأما نهى الحاكم عن الحكم في حال الغضب الشديد فاحتياط للحكم...»<sup>5</sup>.

ثانياً: دفع مفسدة الغلط في الأحكام؛ بسبب الغضب وما في معناه؛ لأن الغضب الشديد يفسد الفكر ويحجب نور العقل. «قال المهلب: سبب هذا النهي أن الحكم حالة الغضب قد يتجاوز بالحاكم إلى غير الحق فمنع، وبذلك قال فقهاء الأمصار»<sup>6</sup>. وقال ابن دقيق العيد - رحمة الله عليه - : «النص وارد في المنع من القضاء حالة الغضب، وذلك وذلك لما يحصل للنفس بسببه من التشويش الموجب لاختلال النظر، وعدم استيفائه على الوجه. وعدها الفقهاء بهذا المعنى إلى كل ما يحصل منه ما يشوش الفكر، كالجوع والعطش وهو قياس مظنة على مظنة، فإن كل واحد من الجوع والعطش مشوش للفكر ولو قضى مع الغضب والجوع: لنفذ إذا صادف الحق، وقد ورد في بعض الأحاديث ما يدل على ذلك وكان الغضب إنما خص لشدة استيلائه على النفس، وصعوبة مقاومته»<sup>7</sup>. وقال الإمام محمد الطاهر بن عاشور - رحمة الله عليه - : «الحنق<sup>8</sup> والغضب تختل معهما الروية، وينحجب بهما نور العقل»<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ حَدَّثَهُ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ، خَاصَمَ الزُّبَيْرَ عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ الَّتِي يَسْفُونَ بِهَا النَّخْلَ فَقَالَ الْأَنْصَارِيُّ: سَرَّخَ الْمَاءَ يَمْرُؤُا فَبَأَى عَلَيْهِ فَاخْتَصَمَا عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلزُّبَيْرِ: (اسْقُ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ). فَغَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ فَقَالَ: أَنْ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ، فَتَلَوْنَ وَجْهَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُمَّ قَالَ: (اسْقُ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى الْجَدْرِ). فَقَالَ الزُّبَيْرُ: وَاللَّهِ إِنِّي لِأَحْسِبُ هَذِهِ الْآيَةَ نَزَلَتْ فِي ذَلِكَ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾. [سورة: النساء، الآية: 64]. صحيح البخاري، كتاب: المساقاة، باب: سكر الأنهار، حديث رقم: 2359-2360.

<sup>2</sup> فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، كتاب: الأحكام، باب: هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان؟، 47/8.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الأحكام، باب: هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان؟، حديث رقم: 7158. والترمذي في سننه، كتاب: الأحكام، باب: ما جاء لا يقضي القاضي وهو غضبان، حديث رقم: 1334. وأبو داود في سننه، كتاب: القضاء، باب: القاضي يقضي وهو غضبان، حديث رقم: 3589. وابن ماجه في سننه، كتاب: الأحكام، باب: لا يحكم الحاكم وهو غضبان، حديث رقم: 2316.

<sup>4</sup> أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الأفضية، باب: كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، حديث رقم: 1717.

<sup>5</sup> قواعد الأحكام 34/2.

<sup>6</sup> فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب: الأحكام، باب: هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان؟، 147/4.

<sup>7</sup> إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام 656/2.

<sup>8</sup> الحنق: شدة الاعتياط، لسان العرب، مادة: (حنق)، 1027/2.

<sup>9</sup> مقاصد الشريعة لمحمد الطاهر بن عاشور، ص: 207.

ثالثاً: تحقيق مصالح نصب الحُكَّام المرجوة من أحكامهم؛ لأن منع الحاكم من الحكم في الحال الذي يحول دون استقامة نظره في الأدلة والحجج، هو حفظ وصيانة للمقاصد التي شرَّعت ولاية القضاء لأجلها، ألا وهي إعطاء كل ذي حق حقه، وإرجاع الحقوق لأصحابها وتحقيق العدل وردع الظالم وإنصاف المظلوم...

ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: «ومعقول في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ وَلَا يَقْضِي الْقَاضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ)<sup>1</sup>، أنه أراد أن يكون القاضي حين يحكم في حال لا يتغير فيها خلقه ولا عقله؛ وعقله؛ والحاكم أعلم بنفسه، فأى حال أتت عليه تغير فيها عقله أو خلقه، انبغى له أن لا يقضى حتى يذهب، وأي حال صار إليه فيها سكون الطبيعة واجتماع العقل حكم، وإن غيره مرض أو حزن أو فرح أو جوع أو نعاس أو ملالة ترك<sup>2</sup>».

#### الفرع الرابع: مقاصدية الاستثناء من القاعدة.

ويُستثنى من هذه القاعدة الغضب اليسير الذي لا يمنع من سداد الرأي واستقامة الحال، كما يُستثنى كذلك، ما لا يؤثر فيه الغضب وما في معناه، كالأحكام المعلومة المعروفة التي لا تفتقر إلى فكر ونظر؛ ولهذا قال الغزالي - رحمة الله عليه - (ت 505هـ): «إن الغضب اليسير - الذي لا يمنع استيفاء النظر - لا يُحرم<sup>3</sup>. وهذا ما أكدته العز - رحمة الله عليه - حين قال: «وقد ضُبط غضب الحاكم بما يمنع من استيفاء النظر<sup>4</sup>»، بمعنى أن الغضب الذي لا يحول دون دون استيفاء النظر لا يمنع القاضي من الإقدام على الحكم. ثم قال - رحمة الله عليه - بعد ذلك: «ولا يُنهى الحاكم الغضبان عن الحكم بما هو معلوم له، إذ لا حاجة به إلى النظر فيه. مثاله: أن يدعي إنسان على إنسان بدهم معلوم، فينكره، فلا يكره للحاكم الحكم بينهما مع غضبه، إذ لا يُحتاج في هذه المسألة إلى نظر واعتبار، بل حكمه في حال غضبه كحكمه في حال رضاه<sup>5</sup>».

ومقصد هذا الاستثناء يتمثل في التعجيل بالحكم تحصيلاً لمقصده، المتمثل في تحقيق مصلحة المتخاصمين أو المتنازعين، إما بجلب المنفعة أو درء المفسدة؛ وذلك من خلال التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها، وعدم حرمانهم من الانتفاع بها، ومنع الظالم من ظلمه. وهذا هو حقيقة العدل؛ لأن «العدل: عبارة عن إيصال الحق إلى صاحبه من أقرب الطرق إليه<sup>6</sup>»، ولهذا قال العز - رحمة الله عليه -، وهو يتحدث عما يجب على الفور: «وكذلك الحكم بين الخصوم، ويجب سلوك أقرب الطرق فيه دفعا لظلم أحد الخصمين على الفور<sup>7</sup>. وقال في موضع آخر: «وإنما وجب الحكم بين الخصوم على الفور؛ لأن أحد الخصمين ظالم مبطل، وظلمه مفسدة، ولو تأخر الحكم لتحققت المفسدة<sup>8</sup>».

<sup>1</sup> هذا الحديث لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنما ذكر ابن حجر العسقلاني سنده - بعدما ذكر لفظي البخاري ومسلم - بقوله: «وفي رواية الشافعي عن سفيان بن عيينة عن عبد الملك بن عمير بسنده: (لا يَقْضِي الْقَاضِي أَوْ لَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ)». فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب: الأحكام، باب: هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان؟، 4/147.

<sup>2</sup> الأم للإمام الشافعي 407/8، ويُنظر كذلك الحاوي الكبير لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري 33/16-34.

<sup>3</sup> شفاء الغليل للإمام الغزالي، ص: 37.

<sup>4</sup> قواعد الأحكام 21/2.

<sup>5</sup> قواعد الأحكام 21/2.

<sup>6</sup> تفسير المنار لمحمد رشيد رضا، 5/140.

<sup>7</sup> قواعد الأحكام 364/1.

<sup>8</sup> قواعد الأحكام 366/1.

وقد أكد الإمام محمد الطاهر بن عاشور - رحمة الله عليه - على هذا المقصد بقوله: «مقصد تعجيل الحقوق إلى أصحابها... هو مقصد من سمو بمكانة، فإن الإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعينه بأكثر مما يستدعيه تتبع طريق ظهوره يثير مفسدات كثيرة.

منها: حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه وذلك إضرار به.

ومنها: إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له وهو ظالم للمحق...

ومنها: استمرار المنازعة بين الحق والحقوق، وفي ذلك فساد حصول الاضطراب في الأمة...

ومنها: تطرق التهمة إلى الحاكم في تربيته، بأنه يريد إملال المحق حتى يسأم متابعة حقه، فيتركه، فينتفع المحقوق ببقائه على ظلمه، فتزول بذلك حرمة القضاء من نفوس الناس، وزوال حرمة مفسدة عظيمة<sup>1</sup>.

#### الخاتمة :

وأخيراً، فهذا ما يسر الله تعالى كتابته في هذه الدراسة المتواضعة، فما كان فيها من صواب فمن الله عز وجل، وما كان فيها من خطأ فمني ومن الشيطان. وقد خلصت في نهايتها إلى جملة من النتائج، منها :

أولاً : أن القواعد الفقهية هي إحدى ضمانات تحقيق مقاصد السياسة الشرعية عامة.

ثانياً : أن القاعدة موضوع الدراسة تقصد إلى تحقيق مقاصد ولاية القضاء؛ من خلال سد الذريعة أمام كل ما من شأنه التشويش على عمل القضاة.

ثالثاً : أن الغضب في القاعدة ليس منهيًا عنه لعينه، بل لمعنى يتضمنه؛ وهذا يصدق على الحاقن والجائع وكل ما من شأنه أن يشوش الفكر والنظر.

رابعاً : أن الواجب على السلطات توفير الظروف المناسبة؛ لتمكين القضاة من ممارسة أعمالهم في حال يحصل لهم فيه اجتماع العقل وحسن النظر والفكر.

وبالله التوفيق.

#### قائمة بالمصادر والمراجع :

- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام لابن دقيق العيد، دار الجيل، بيروت، دون طبعة، 1416هـ/1995م.
- الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية، تأليف أبي الفيض محمد بن عيسى الفاداني المكي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، طبعة الثانية، 1417هـ/1996م.
- الأعلام لخير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الزركلي الدمشقي، دار العلم للملايين، دون مكان، الطبعة الخامسة عشر، ماي 2002م.
- الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1410هـ/1990م.

<sup>1</sup> مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر بن عاشور، ص: 201.

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، دون مكان، الطبعة الثانية، دون تاريخ.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، دار الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة، 1419هـ/1999م.
- الذيل على طبقات الحنابلة للإمام الحافظ عبد الرحمن بن أحمد بن رجب لابن رجب الحنبلي، تحقيق الدكتور عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 1425هـ/2005م.
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو الفراسة المرصية في أحكام السياسة الشرعية للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، خرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ/1995م.
- الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق للإمام أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفروق للإمام أبي القاسم بن عبد الله ابن الشاط، وبجاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن حسين المكي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.
- الفوائد في مختصر القواعد تحقيق الدكتور عادل أحمد عبد الموجود والدكتور علي محمد معوض، دار الجيل، بيروت، الطبعة الثانية 1994هـ.
- الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، تحقيق الدكتور عدنان درويش والدكتور محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1432هـ/2011م.
- تفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، دون طبعة، 1990م.
- حصول الكرم بتهذيب جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم لابن رجب الحنبلي، هذبه وعلق عليه سامي أنور جاهين، المكتب الثقافي، القاهرة، دون طبعة ودون تاريخ.
- سير أعلام النبلاء للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة، دون مكان، ودون طبعة، 1422هـ/2001م.
- شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شركة القدس، القاهرة، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.
- شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل للإمام حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، وضع حواشيه الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1420هـ/1999م.
- صحيح مسلم بشرح النووي للإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، راجع ضبطه وخرج أحاديثه وعلق عليه الدكتور محمد محمد تامر، دار الفجر للتراث، القاهرة، الطبعة الثانية، 1425هـ/2004م.

- فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، وقام بإخراجه وتصحيحه محب الدين الخطيب، وراجعه قصي محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، دون طبعة ولا مكان الطبع، 1407هـ/1986م.
- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام لأبي محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمي، تحقيق الدكتور نزيه كمال حماد والدكتور عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1421هـ/2000م.
- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام لأبي محمد عز الدين عبد العزيز عبد السلام السلمي، تحقيق الدكتور نزيه كمال حماد والدكتور عثمان جمعة ضميرية، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى 1421هـ/2000م.
- لسان العرب لأبن منظور، دار المعارف، القاهرة، تحقيق عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، دون طبعة، ودون تاريخ الطبع.
- معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الجليل، دون طبعة، 1420هـ/1999م.
- مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون ، تونس، دار السلام، القاهرة، دون طبعة، 1427هـ/2006م.



## الجهوية في القانون المقارن النموذج الفرنسي والإيطالي ثم المغربي



الأستاذة : حسناء شفيق طالبة  
باحثة بكلية الحقوق الدار البيضاء

أولا - الجهوية كإرادة سياسية :

" ترعرعت وأنا مشبع بروح اللامركزية نؤمن بها معتقدا أن الديمقراطية الحقيقية هي الديمقراطية المحلية إذا لم تكن هنالك ديمقراطية محلية فلن توجد أبدا ديمقراطية وطنية تهيمن عليها وتطبعها بطابع الاحترام والالتزام".<sup>(1)</sup>

فمن هنا نستشف أن مفهوم الجهة هو مفهوم متغير يأخذ بحسب الحالات والتجارب عدة أشكال ونماذج، فنجد الجهة الدستورية بإيطاليا وجهة اقتصادية وإدارية بألمانيا وقانونية ترابية بفرنسا. ولكن كل هذه الأشكال متداخلة وتصب كلها في الهدف الرئيسي المتوخى من التقسيم الجهوي وإحداث الجهات ألا وهو تقليص الفوارق الجهوية وتنمية مجموع جهات البلاد تنمية منسجمة ومتوازنة.

### فماهي مراحل تطور الجهة ؟

إذا كانت اللامركزية تعتبر من أساليب الممارسة الديمقراطية التي تشارك فيها الإدارة المحلية في تحمل أعباء الدولة فإن الدولة ترمي في الوقت الحاضر إلى خلق كتل وأقطاب اقتصادية تتوفر على كل المؤهلات الممكنة لتوظيفها لتحقيق تنمية الجهة ككل، وبالتالي الإسهام في الرفع من مستوى الاقتصادي والاجتماعي على الصعيد الوطني. فالجهوية لها أهداف اقتصادية وتنموية محضة تسعى إلى تحقيق التوازن بين الأقاليم حتى لا ينتفع إقليم على حساب آخر وتتسع رقعة الفوارق الاجتماعية والطبقية.

وأن استقرار التطورات السياسية والإدارية للمغرب من بداية القرن الحالي تبين أن التفكير في تقسيم البلاد إلى جهات ليست وليدة التاريخ وإنما التاريخ هو الذي أعطانا الجهات المنعدمة.

وبدئ ذي بدء لابد من التمييز بين الجهوية التي لها مدلول مجموعات متماسكة ذات أهداف سياسية دفاعية بضمومها الحديث المعاصر الذي يعني مجموعة منسجمة تهدف إلى تكامل اقتصادي إداري تنموي.

<sup>1</sup> - من خطاب جلالة الملك الحسن الثاني لأشغال المناظرة الوطنية الخامسة بتاريخ 21 أبريل 1992 بالرباط .

ظهر مصطلح الجهوية أول مرة في المغرب في التصميم الخماسي 1960-1964 لكن هذا المفهوم لم يدخل حيز التطبيق إلا بتاريخ 16 يونيو 1971، حيث استلهم منه المشرع المغربي خطوطه العريضة ومقتضياته الخاصة بالتنظيم الجهوي. فهي ظهرت مجرد منطقة استشارية في ظل هذا الظهير المتعلق بإحداث المناطق الاقتصادية وبذلك تكون الجهة قد ارتقت إلى درجة جماعة محلية ومصاف الوحدات اللامركزية ذات الشخصية المعنوية والاستقلال .

إن اصطلاح الجهوية يهدف إلى تحقيق تنمية وطنية متوازنة والعنصر الهيكلي والبنوي، هو سياسة إعداد التراب الوطني، فالجهوية تهدف كذلك إلى تقسيم إداري يحاول التنسيق بين البرامج الانمائية التي تهتم مجموعة من الجماعات المحلية وبذلك شكل نوعا جديدا ومتطورا من اللامركزية.

أما المفهوم الحديث للجهة فلقد ظهر مع منتصف القرن العشرين كمجموعة ترابية منسجمة مجاليا تهدف إلى تكامل اقتصادي إداري تنموي من أجل النهوض بالإمكانات البشرية والطبيعية والمالية وتسخيرها في إطار منسجم ومتوازن. وهكذا تبنتها ألمانيا في دستور 1948، إسبانيا في دستور 1978 وفرنسا 1983 ، والعنصر الأساسي هي التنمية الاقتصادية والاجتماعية (1).

ومع دستور 1996 تدعم مركز الجهة بإحداث الغرفة الثانية التي تضم من بين أعضائها مستشارين منتخبين على مستوى الجهات. (2)

ثانيا - الجهوية كاستراتيجية جديدة للتنمية :

أ.التجربة الفرنسية :

ظهرت فكرة الجهوية في فرنسا منذ وقت بعيد على أساس أن الأقاليم الموجودة بمساحتها وإمكانيتها لا تحقق متطلبات الأفراد. وقد بدأ تطبيق فكرة الجهوية منذ عام 1917 حيث نشأت وقتئذ الجهات الاقتصادية في 14 يونيو 1930، وحيث صدر مرسوم بقانون ينشئ الجهات الاقتصادية التي تهدف إلى العمل على تنمية النشاط الصناعي والتجاري وهذه الجهات تقوم على فكرة تجميع واتحاد الغرف التجارية.

وفي بداية الحرب العالمية الثانية ظهرت فكرة تجميع الأقاليم في شكل جهات ذات اختصاص إداري وأصدرت حكومة vichy في أبريل 1941 قانون لإنشاء ثمانية عشر جهة مكون من والي يعاونه نائبان أحدهما لشؤون الأمن والآخر للشؤون الاقتصادية وقد لقي هذا القانون معارضة كبيرة. (3)

وألغي سنة 1944 واستبدل به نظام مفوضي الجمهورية الجهوية وكان يعني هذا النظام بقاء للتقسيم الجهوي، ولكن في صورة أخرى حيث منح هؤلاء المفوضون سلطات غير عادية تتناسب مع المهمة الملقاة على عاتق الإدارة بعد الحرب وما يتطلبه الأمر من التدخل من مختلف مجالات النشاط الاقتصادي والاجتماعي فضلا عن المشاكل الإدارية، وحين ظهرت الاضطرابات في فرنسا سنة 1947 سادت مظاهر الإضراب في مختلف المصالح قسمت فرنسا إلى ثمانية جهات من أجل المحافظة على الأمن والنظام العام، حيث كلف الولاة بسلطات واسعة في نطاق الجهة

(1) - خالد الشرقاوي السموني ، البعد السياسي للجهة ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 16 ، سلسلة مواضيع الساعة، 1998 ، ص. 11 .

(2) - الفصل 38 من دستور 1996 .

(3) - Paul Barnard : L'état et la décentralisation : Du préfet au commissaire de la République , 4712 du 31/3/83 , DOCUMENTATION FRANCAISE , P.273.

سلطات رئاسية على العمال في الأقاليم الجنوبية. وباقتراح من jean Monnet أخذت فرنسا ابتداء من 1947 إلى 1953. ونتيجة لهذا الاتجاه ظهرت أهمية التنسيق في إعداد الخطة وتنفيذها وضرورة وجود هيئة تصل الوحدات المحلية بالسلطة المركزية التي تعتبر مسؤولة عن عملية التخطيط تطبيقاً لفكرة مركزية التخطيط. أنشأ عن ذلك 22 برنامجاً جهوياً يسمى programme d'action régionale الذي يهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية تنفيذاً لخطة اقتصادية على مستوى الجهوية واستمر هذا الوضع حتى سنة 1959، حيث صدر مرسوم في يناير بإحداث مناطق العمل الجهوية ويرأس البرامج والتي يعين بمرسوم وتساعد لجنة الجهة التي تتكون من عدة أعضاء يتراوح عددهم بين 20 و50 عضواً من بين مجالس الولايات التي تتكون منها الجهة والنقابات المهنية وذوي الكفاءات العلمية والثقافية والاقتصادية واختصاص هذه اللجنة الاستشارية .

وفي 24 مارس 1968 ألقى جنرال ديغول تصريحاً اعتمد عليه في الإصلاح الذي تم سنة 1982 حيث أعلن إنشاء جهات لها اختصاصات محلية بحيث تكون الجهة وحدة محلية أعلى من الإقليم وقدم استفتاء للشعب الفرنسي 1969 ، ولكن الأغلبية صوتت ضد المشروع فلم يحظ إلا بنسبة 47 % ويرجع عدم نجاح هذا المشروع إلى تشكل المعارضة وتجميع قواها ضد الجنرال ديغول على اعتبار أن الجهة هو مخطط لتجزئ فرنسا. وفي 1972 دخل حيز التطبيق العملي في أكتوبر 1973 ووفقاً لهذا القانون تعتبر الجهة كمؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية ولها اختصاصات وموارد مالية متميزة غير أن أغلب اختصاصاتها تتعلق بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية لكنها لا تعلق على الأقاليم ، وهذا ما أوضحه الرئيس جورج بومبيدو في أكثر من مناسبة .

لكن ملف الجهوية سيفتح من جديد عند وصول فرنسوا ميران للحكم، حيث أدى إلى صدور قانون رقم 213 لسنة 1982 المتعلق بحقوق وحريات الجماعات والأقاليم والجهات، والذي اعتبر في فصله 59 الجهة جماعة ترابية يديرها مجلس جهوي ينتخب بالاقتراع العام المباشر. وقد تم توسيع اختصاصاته لتشمل أعمال التنمية الاقتصادية والاجتماعية والصحية والثقافية والعلمية للجهة وإعداد ترابها وضمان المحافظة على هويتها في إطار احترام وحدة واستقلال الأقاليم والجهات بحيث لا تذوب شخصيتها في الجهة .

وبهذا القانون تكون الجهة قد دخلت منعطفاً جديداً يدل على تطورها وسيرها في الاتجاه السليم والإيجابي. فإذا كانت الفوارق الجهوية لازالت بفرنسا فإن حدتها قد تقلصت بشكل مثير ولم تعد كما كانت في فترة الخمسينات والستينات.

كما يمكن القول أن الجهة في النموذج الفرنسي ليست لها سلطة تشريعية لأن ذلك من اختصاص البرلمان الفرنسي. أما المجلس الجهوي فهو يعادل المجلس البلدي في الجماعات الحضرية والمجلس العام في الإقليم.

#### ب. التجربة الإيطالية :

ظهر فكر تأييد الجهوية بإيطاليا بعد تولي الكاتولكيين الأمور السياسية في البلاد، حيث أسس الحزب الإيطالي بزعامة ليكي ستورزو سنة 1919 لهذه الفكرة التي كانت مستبعدة لمدة نصف قرن بدعوى الحفاظ على الدولة الليبرالية الموحدة ووضعت أسسها وصارت لها اختصاصات واسعة على المستوى المحلي.

لكن بعد وصول الفاشيين إلى الحكم في أكتوبر 1922 عينت على رأس كل لجنة تنفيذية جهوية موظف يمثل الدولة والحزب الفاشيستي وبمجرد سقوط النظام الفاشستي أعطى للتنظيم الجهوي نفس جديد بواسطة تكريس دستور 1948 للنظام اللامركزي بشكل واسع.

في فبراير 1968 صادق البرلمان الإيطالي على مشروع قانون نص على إحداث الجهات الإيطالية واعتبر بذلك قانون جديد بمثابة ميلاد للجهات الإيطالية.

وللجهة عدة أجهزة يحددها الفصل 121 من الدستور الإيطالي :

1. المجلس الجهوي هو بمثابة جهاز تشريعي ينتخب مباشرة.
2. الجونطا عبارة عن جهاز تنفيذي للجهة ورئيس الجونطا يمثل الجهة وينشر القوانين واللوائح الجهوية ويسير الوظائف الإدارية المفوضة من الدولة للجهة طبقا لتعليمات الحكومة المركزية.

وتحدد الاختصاصات في الاجتماعية والاقتصادية وإعداد التراب الجهوي والتعمير والغابات والأشغال العمومية والنقل والصحة العمومية والمساعدة الاجتماعية والفلاحة والتجارة والسياحة والمياه المعدنية .

ومن هنا تبدو التجربة الإيطالية جد مهمة فهي تتسم بسعة المجال الديمقراطي وسمو اللامركزية الإدارية، حيث تعتبر الجهة جماعة ترابية دستورية تتمتع بالشخصية المعنوية ينتخب السكان أجهزتها ومن جهة أخرى تقع على عاتقها مسؤوليات كبيرة وصلاحيات واسعة لتحقيق أهدافها.

ثالثا- الجهوية في التجربة المغربية :

إن تبني الجهوية كسياسة جديدة على مستوى تفعيل عملية التنمية المحلية قد تزامن مع التحولات الاقتصادية والمالية التي اتخذت طابع تنفيذ مجموع الإجراءات المتفق بشأنها مع المؤسسات الدولية كصندوق النقد الدولي والبنك الدولي والمتضمنة برامج التقويم الهيكلي في سياق التحولات الماكرو اقتصادية للواقع المغربي الاقتصادي والمالي .

من ثمة فالجهوية بالمغرب هي توجه عقلائي يتلخص في تنظيم تنمية جهوية ومحلية مندمجة في التنمية الوطنية العامة يأخذ بعين الاعتبار المجالات الخصوصية والعوامل البشرية. فالتوجه الجهوي فضلا عن كونه يتيح معرفة دقيقة للأوضاع والحقائق المحلية والجهوية فهو يقدم للبلاد إطارا للتنمية يسمح بتوزيع جيد للاستثمارات وبتجميع المصالح المشتركة والتكاملة وبداية مسلسل اللامركزية الإدارية. من هنا تظهر أهمية التوجه الجهوي في كل تخطيط اقتصادي واجتماعي في السياسة الاقتصادية العامة للبلاد .

وصفوة القول فالجهوية تتعدد أشكالها من بلد لآخر حيث تعتبر تقنية ووسيلة فعالة للتنمية، و سوف نخصص الجزء الثاني من هذه المقالة إلى تطور الجهوية بالمغرب.

## مفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة



فضيلة الأستاذ الدكتور : بن حملة سامي

أستاذ محاضر - أ - كلية الحقوق / جامعة قسنطينة 1

### Résumé :

En Algérie, les marches des produits ou services se caractérisent par la domination des entreprises publiques ou privés.

Selon le droit de la concurrence, ce n'est pas la position dominante qui est en soi répréhensible, c'est son abus qui constitue des pratiques anticoncurrentielles.

L'objectif de cette étude est de traiter la définition de la position dominante et déterminé ces critères d'évaluation, ainsi que ces exploitations abusives qui va être sanctionné par le conseil de la concurrence.

### ملخص :

تتميز أسواق المنتجات و الخدمات في الجزائر بهيمنة المؤسسات العمومية و الخاصة. فحسب قانون المنافسة لا تعد وضعية الهيمنة محضورة في حد ذاتها، و إنما التعسف الذي ينتج عنها و الذي يعتبر من قبيل الممارسات المنافية للمنافسة.

و عليه، تأتي هذه الدراسة لتوضح مفهوم وضعية الهيمنة من منظور قانون المنافسة، من خلال التطرق لتعريفها و بيان المعايير التي يعتمد عليها في تقديرها فضلا عن بيان حالات الاستغلال التعسفي لها، و التي يتم معاقبتها من قبل مجلس المنافسة.

بالرغم من التحولات الاقتصادية التي عرفت الجزائر حديثا، وانفتاح أسواقها على المنافسة الحرة، إلا أن معظمها لا يزال في وضعية هيمنة أو في وضعية احتكار، سواء تعلق الأمر بأسواق المنتجات أو بأسواق الخدمات، وهذا بالرغم من وجود تشريع للمنافسة الذي يهدف من خلاله المشرع الجزائري إلى المحافظة على المنافسة و منع الممارسات المقيّدة لها، فضلا عن مراقبة عمليات التركيز الاقتصادي و الحد من إفراطها بـغية تحقيق حماية فعالة للمستهلك.

و في هذا الإطار يبرز مفهوم وضعية الهيمنة كأحد المفاهيم الأساسية التي تصدّى لها المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون المنافسة و التي تعتبر في نظره كتصرف مباح لا يُعرض المؤسسة المهيمنة إلى جزاءات إلا في حالة الاستغلال التعسفي لها، فعندئذ تنقلب هذه الوضعية إلى ممارسة محضورة.

و عليه تأتي هذه الدراسة لتسليط الضوء على مفهوم وضعية الهيمنة من وجهة نظر قانون المنافسة، من خلال توضيح هذا المفهوم و تمييزه عن المفاهيم المشابهة له، فضلا عن تحديد كيفية تقدير هذه الوضعية في السوق الذي سنتشأ فيه و حالات الاستغلال التعسفي لها.

## أولا ماهية وضعية الهيمنة :

يعتبر مفهوم وضعية الهيمنة كمفهوم حديث النشأة في قانون المنافسة إلى جانب المفاهيم المتعلقة بالاحتكار و وضعية التبعية الاقتصادية و كذلك اتفاقات الاتحاد، فضلا عن مفهوم التجميع أو التركيز الاقتصادي. و عليه سنحاول تمييز وضعية الهيمنة عن هذه المفاهيم بعد التطرق لتعريفها.

### 1- تعريف وضعية الهيمنة :

لعبت سلطات المنافسة دورا كبيرا في إبراز مفهوم وضعية الهيمنة الذي أفرزته الحياة الاقتصادية الحديثة. حيث عرف هذا المفهوم تطورا اقترن بتطور تشريعات المنافسة الحديثة<sup>1</sup>. حيث يرجع الفضل في تحديده إلى اجتهاد سلطة المنافسة الأوروبية التي خلصت إلى وضع تعريف لوضعية الهيمنة في 14 فيفري 1978، و هو التعريف الذي تضمنته اتفاقية الاتحاد الأوروبي في مادتها 86 و كذلك المادة 02 من التنظيم الأوروبي رقم: 89-4064<sup>2</sup> الذي تم استبداله سنة 2004 بالتنظيم 139-2004<sup>3</sup>. هذا، و لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف وضعية الهيمنة ضمن الأمر رقم 95-06 الصادر في 25 جانفي 1995<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> على سبيل المثال : أشار المشرع الفرنسي إلى مفهوم وضعية الهيمنة ضمن الأمر الصادر في 30 جوان 1945 المتعلق بمنع التعسف في وضعية الهيمنة، و كذلك القانون 02 جويلية 1963، ثم الأمر الصادر في أول ديسمبر 1986 في مادته 8 التي تم ادراجها في المادة 2-420 من قانون 15 ماي 2001 .  
أنظر :

André Décocq et George Décocq, Droit de la concurrence interne et communautaire, LGDJ, Paris 2002, p.333.

<sup>2</sup> Robet kovar, Code Européen de la Concurrence, Dalloz, Paris, 1993, p.236.

<sup>3</sup> François Brunet et Guy Ganivet, le Nouveau Droit Communautaire de la Concurrence, LGDJ, Paris, 2008, p.256.

<sup>4</sup> الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 09 الصادرة في 22 رمضان 1415 هـ ملغى.

الذي اعتُبر بمثابة أول تشريع للمنافسة في الجزائر بالرغم من أهميته لاسيما عن التطرق لحالات التعسف الناتجة عن وضعية الهيمنة، والتي تعتبر من قبيل الممارسات المنافية للمنافسة<sup>1</sup>.  
وقد ظل الوضع على حاله إلى غاية صدور الأمر رقم 03-03 في 19 جويلية 2003 الذي وضع من خلاله المشرع الجزائري تنظيما جديدا للمنافسة<sup>2</sup>.

حيث جاءت الفقرة ج من المادة 3 منه لتُعرف وضعية الهيمنة على أنها: "الوضعية التي تُمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه، و تعطيتها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مومنيها".

و عليه، يتضح من خلال هذه الفقرة أن وضعية الهيمنة تنشأ من خلال ما تملكه مؤسسة أو أي مشروع اقتصادي مهما كان شكله القانوني من قدرة اقتصادية و مالية و كذلك إدارية تُمكنها من التفوق على باقي منافسيها في السوق الذي تعرض فيه منتجاتها أو خدماتها مما يؤدي ذلك إلى انتفاء المنافسة الفعلية.

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع الأوروبي في اعتماده لتعريف وضعية الهيمنة. غير أن هذا التعريف لم يتطرق لمفهوم وضعية الهيمنة الجماعية *position dominante collective* التي تُمثل الوجه الجديد لوضعية الهيمنة و أحد أهم صورها، عندما تتشكل هذه الأخيرة بواسطة عدة مؤسسات أو شركات تنتمي إلى نفس التجمع<sup>3</sup>.

بحيث تخضع هذه المشروعات لرقابة نفس الشركة دون أن تتمتع باستقلالية فعلية في السوق المعنية<sup>4</sup>. و مهما يكن، تبقى وضعية الهيمنة تتركز على ما تملكه المؤسسة المهيمنة من قدرة على فرض عراقيل أو معوقات تحول دون وجود منافسة فعلية مما يُمكن المؤسسة المهيمنة من اتخاذ القرارات بصفة مستقلة و ممارسة نشاطات لا يستطيع باقي منافسيها تجاوزها<sup>5</sup>.

هذا، و تجب الإشارة في الأخير إلى أن وضعية الهيمنة لا تُعد تصرفا محضورا في حد ذاتها خلافا للتعسف الذي ينتج عنها.

## 2- تمييز وضعية الهيمنة عن المفاهيم المشابهة لها :

و يتعلق الأمر في هذا الإطار بتمييز وضعية الهيمنة عن حالة الاحتكار و وضعية التبعية الاقتصادية و كذلك اتفاقات الاتحاد أو الاتفاقات المدبرة، فضلا عن تمييزها عن التجميع أو التركيز الاقتصادي.

### أ- تمييز وضعية الهيمنة عن الاحتكار :

كثيرا ما يعتقد البعض لاسيما رجال الاقتصاد أن للهيمنة و الاحتكار مفهوما واحدا، بمعنى أنه إذا كانت مؤسسة ما في وضعية هيمنة فهي كذلك في وضعية الاحتكار و العكس صحيح.

<sup>1</sup> أنظر المادة 07 من الأمر رقم 95-06

<sup>2</sup> الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 43 الصادرة في 20 جويلية 2003 المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-12 الصادر في 19 يوليو 2008 جريدة رسمية عدد 36 الصادرة في 25 يوليو 2008 ، و كذلك بالقانون 05-10 الصادر في 15 أوت 2010 ن جريدة رسمية عدد 10 الصادرة في 18 أوت 2010.

<sup>3</sup> Claude Lucas de Leysac, Histoire de la notion de position dominante collective, Revue de la concurrence et de la consommation, n127, éd, Documentation Française, Paris,2002,p.8.

<sup>4</sup> Robert kovar, op cit,p.18.

<sup>5</sup> George décoq, droit commercial, Dalloz, paris, 2003, p.138.

غير أن المسألة ليست كذلك، بحيث تختلف وضعية الهيمنة عن حالة الاحتكار التي تنعدم فيه المنافسة و لا يكون للمؤسسة المحتكرة منافسين لها، مما يجعل المؤسسة المحتكرة وحدها تراقب السوق<sup>1</sup>، خلافا لوضعية الهيمنة التي لا تفترض غياب منافسين للمؤسسة المهيمنة<sup>2</sup>.

و عليه، فإن المنافسة تنعدم مع حالة الاحتكار في حين أنها تقل درجة و قد تصبح منافسة غير فعلية في حالة الهيمنة على أساس أن المؤسسة المهيمنة تحتل وضعية اقتصادية و تنافسية مفضلة في مواجهة باقي منافسيها.

هذا، و تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مفهوم الاحتكار ضمن الأمر 03-03 و كذلك النصوص القانونية المكملة له سنتي 2008 و 2010، بالرغم من الإشارة إلى مفهوم الاحتكارات الطبيعية ضمن الفقرة 2 من المادة 5 التي تم إلغاؤها بموجب تعديل 10-05، خلافا للأمر 95-06 الملغى الذي نص صراحة على مفهوم الاحتكار ضمن نص الفقرة 4 من مادته 5 التي بينت المقصود من الاحتكار الطبيعي بأنه كل حالات السوق أو النشاط التي تتميز بوجود عون اقتصادي واحد يستغل هذا السوق أو قطاع نشاط معين.

و عليه كان من باب أولى الإشارة إلى مفهوم الاحتكار ضمن النصوص الجديدة لقانون المنافسة على اعتبار أن الاحتكارات الطبيعية تمثل السمة الغالبة للاقتصاد الجزائري من خلال سيطرة الدولة على معظم القطاعات الاقتصادية.

غير أنه يُمكن تفسير مسلك المشرع الجزائري حول هذه المسألة من خلال نص الفقرة الأخيرة من المادة 2 من قانون المنافسة المعدلة بموجب القانون 08-12 التي بينت العلاقة بين قانون المنافسة و المرافق العامة، حيث لا تُطبق أحكام قانون المنافسة على القطاعات أو النشاطات التي تشكل احتكارات طبيعية للدولة، على اعتبار أن ذلك يعيق تنفيذ مهام المرفق العام و ممارسة صلاحيات السلطة العامة.

#### ب - تمييز وضعية الهيمنة عن وضعية التبعية الاقتصادية.

عرّف المشرع الجزائري وضعية التبعية الاقتصادية ضمن الفقرة د من المادة 3 من الأمر: 03-03 خلافا للأمر 95-06 الذي لم يُشر إلى هذه الوضعية التي تطرقت إليها تشريعات المنافسة الحديثة لما تمثله هذه الوضعية كصورة جديدة لوضعية الهيمنة.

هذا، و تظهر حالة التبعية الاقتصادية في تلك الوضعية التي يخضع فيها المؤسسة لشروط المؤسسة المنتجة أو المُمونة أو العكس عندما يصبح المنتج تحت رحمة الموزع الذي يظهر في مركز قوة اقتصادية لا يجد بمقتضاها المتعامل الآخر بديلا عنه.

و عليه، تختلف وضعية التبعية الاقتصادية عن وضعية الهيمنة في كونها تركز على مركز القوة الذي يملكه أحد أطراف العلاقة التجارية في مواجهة الطرف الآخر، الذي قد يتعرض لرفض البيع أو الشراء في حالة رفض التعاقد على أساس الشروط المفروضة، بحيث لا يجد هذا الطرف بديلا لإقبال هذه الشروط<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Yves Serra, le Droit Français de la concurrence, Dalloz, paris, 1993, p.86.

<sup>2</sup> Robet kovar, op cit, p.17.

<sup>3</sup> Yves Guyon, Droit des affaires, Droit Commercial Général et Sociétés, tome1, 12 éme éd, Economica, Paris, 2003, p.978.



هذا، و يتم تقدير وضعية التبعية الاقتصادية على طبيعة العلاقة التجارية التي تربط المؤسسة المهيمنة مع متعاملها أو منافسيها، خلافا لوضعية الهيمنة التي يتم تقديرها على أساس السوق الذي تنشأ فيه.

### ج- تمييز وضعية الهيمنة عن الاتفاقات المدبرة :

تختلف وضعية الهيمنة عن الاتفاقات المدبرة أو اتفاقات الاتحاد التي تبرم بين مؤسستين أو أكثر بغرض إبعاد المنافسة بينهما و الانتقال من حالة منافسة إلى حالة اتحاد، و هذا ما يؤدي إلى إعدام المنافسة خلافا لوضعية الهيمنة التي لا تنعدم فيها بالرغم من انتفاء المنافسة الفعلية، بحيث تبقى المنافسة موجودة و لكن بدرجة أقل على اعتبار أن المؤسسة المهيمنة تملك وضعية اقتصادية مفضلة و قدرة تنافسية عالية تجعلها تتفوق على باقي منافسيها.

هذا، و قد يلتبس الأمر بين الاتفاقات المدبرة و وضعية الهيمنة الجماعية التي تنشأ بواسطة عدة مؤسسات، حيث تبقى هذه الأخيرة تختلف عن الاتفاقات المدبرة على اعتبار أن الشركات المكونة لوضعية الهيمنة لا تتمتع بالاستقلالية الاقتصادية، في حين تعد هذه الأخيرة شرطا أساسيا لقيام اتفاق اتحاد<sup>1</sup>.

و منه، و بالرغم من وجود وضعية هيمنة الجماعية، فإن هذه الصورة تبقى تتميز عن الاتفاقات المدبرة أو اتفاقات الاتحاد على أساس أن وجود عدة مؤسسات أو حتى تجمع للشركات لا ينف حالة الهيمنة كون أن المشروعات او الشركات المكونة للتجمع تخضع لنفس الشركة أو المشروع الاقتصادي المهيمن على السوق إلى جانب عدم تمتع الشركات أو المؤسسات المكونة للتجمع بالاستقلالية التنافسية التي تظهر كعنصر أساسي في اتفاق الاتحاد.

لذلك ميّز جانب من الفقه بين مفهوم تجمع المشروعات الاقتصادية *groupe des entreprises* و بين مفهوم تجمع الشركات *groupe des sociétés* الذي يُشكل مشروعا واحدا<sup>2</sup>. بحيث يظهر هذا الأخير كوحدة اقتصادية في السوق من وجهة نظر قانون المنافسة.

### د- تمييز وضعية الهيمنة عن التركيز الاقتصادي :

يعتبر التجميع أو التركيز الاقتصادي أحد المفاهيم الحديثة التي تطرق لها قانون المنافسة، و في هذا الاطار وضع المشرع الجزائري نظاما للرقابة على هذه الظاهرة الاقتصادية التي تنشأ بفعل اندماج المشروعات الاقتصادية أو سيطرة بعضها على بعض و امتلاك الرقابة عليها، أو عن طريق إنشاء مؤسسات مشتركة.

حيث تأتي أحكام الرقابة على التركيز الاقتصادي<sup>3</sup>، لتفادي المساس بالمنافسة الذي قد ينتج عن عمليات التركيز لاسيما في حالة إنشاء أو تعزيز وضعية هيمنة، حيث تعتبر هذه الحالات كمعايير لتقدير المساس بالمنافسة مثلما نصت عليه المادة 17 من قانون المنافسة.

لذلك اعتبر البعض أن وجود نظام قبلي للرقابة على التركيز هدفه منع إنشاء وضعيات الهيمنة و كذلك الممارسات المقيدة للمنافسة على غرار حالات التعسف في وضعية الهيمنة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Yves Guyon, op cit,p.977.

<sup>2</sup> C L de leysac, op cit, p.8.

<sup>3</sup> أنظر المادة 15 و ما بعدها من قانون المنافسة.

<sup>4</sup> Yves Guyon, op cit, p.977.

و عليه، يبقى التركيز الاقتصادي يشكل عاملاً و مصدراً لظهور وضعيات الهيمنة أو التعزيز منها في السوق الذي ينشأ فيه التركيز لاسيما وضعيات الهيمنة الجماعية.

و مهما يكن، فإن الفرق بين وضعية الهيمنة و حالة التجميع أو التركيز يظهر في كون أن عملية التركيز تنشأ بفعل تجميع مؤسستين أو أكثر في حين أن وضعية الهيمنة تنشأ بفعل تفوق مؤسسة على الأقل في مواجهة منافسيها.

و عليه يتضح مما سبق، ماهية وضعية الهيمنة و مميزاتا في مواجهة مفاهيم قانون المنافسة التي يرجع الفضل في إبرازها لتطور الحياة الاقتصادية الحديثة و الدور الذي لعبته سلطات المنافسة لدى الدول المتقدمة التي عرفت اقتصادياتها تطور هذه المفاهيم حديثة النشأة في الحياة القانونية.

ثانيا : تقدير وضعية الهيمنة :

تندرج وضعية الهيمنة ضمن اختصاص مجلس المنافسة الذي يُقدّر هذه الوضعية و يُرخص لها<sup>1</sup>، فضلا عن حالات التعسف الذي ينتج عنها و التي أدرجها المشرع الجزائري ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة.

لدى يظهر من الأهمية بمكان معرفة المعايير التي يتم على أساسها تقدير وضعية الهيمنة حتى يتسنى لمجلس المنافسة الذي يعتبر صاحب الاختصاص في هذا المجال من تقدير و مراقبة إنشاءها و الترخيص لها<sup>2</sup>، حتى لا تؤدي هذه الأخيرة إلى المساس بالمنافسة.

غير أنه بالرجوع لأحكام الأمر 03-03 لا نجد أية إشارة للمعايير التي يتم على أساسها تقدير وضعية الهيمنة، خلافا للأمر 95-06 الملغى الذي أشار إلى هذه المعايير في الفقرة الأخيرة من المادة 8 منه، و التي أحالت إلى التنظيم الصادر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-314 الصادر في 14 أكتوبر 2000<sup>3</sup>، و الذي تم إلغاؤه بموجب المادة 73 من الأمر 03-03 .

حيث نصت المادة 2 منه على المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة العون الاقتصادي في السوق المعني أو في جزء منه، و هذا ما يظهر في :

- معيار حصة السوق التي تستحوذ عليها المؤسسة المهيمنة و التي يتم مقارنتها بمخصص باقي المنافسين الموجودين في نفس السوق.
- الامتيازات القانونية أو التقنية التي تتمتع بها المؤسسة المهيمنة.
- العلاقات المالية أو التعاقدية أو الفعلية التي تربط المؤسسة المهيمنة بباقي المتعاملين.
- الامتيازات المتعلقة بالقرب الجغرافي و التي تستفيد منها المؤسسة المهيمنة.

<sup>1</sup> أنظر إلى المرسوم التنفيذي رقم 05-175 المؤرخ في 3 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 12 ماي 2005 الذي يحدد كيفية الحصول على التصريح بعدم التدخل بخصوص الاتفاقات و وضعيات الهيمنة على السوق. جريدة رسمية عدد 35 الصادرة في 18 ماي 2005.

<sup>2</sup> أنظر المادة 2 من المرسوم نفسه.

<sup>3</sup> مرسوم تنفيذي رقم 2000-314 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق 14 أكتوبر 2000 يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة و كذلك مقاييس الأعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية هيمنة ، جريدة رسمية رقم 61 الصادرة في 18 أكتوبر 2000 .

و لكن بالرغم من إلغاء هذا المرسوم التنفيذي ، فإن ذلك لا يعن استبعاد تطبيق هذه المعايير من قبل مجلس المنافسة الذي يعتمد عليها لتقدير وضعية الهيمنة، لاسيما معيار حصة السوق الذي يعتبر المعيار الأساسي لتقدير هذه الوضعية.

و هذا إلى جانب معايير أخرى أشار إليها الفقه، كأخذ بعين الاعتبار القدرة المالية للمؤسسة المهيمنة<sup>1</sup>، و التفوق التكنولوجي و القدرة على إدارة و تسيير المشروع الاقتصادي فضلا عن تمكن المؤسسة المهيمنة من تجاوز مَعوقات المنافسة و مواجهة منافسيها<sup>2</sup>.

هذا، و تجب الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي 05-175 قد أشار إلى المعايير السالفة الذكر ضمن الملحق الثاني منه بصفة ضمنية، عندما تطرق إلى المسائل المتعلقة ببيان رقم أعمال المؤسسة أو المؤسسات المعنية و كذلك طبيعة السوق المعنية، وضعية المنافسين، البعد الجغرافي، و المزايا المتحصل عليها<sup>3</sup>.

و مهما يكن، فإن مفهوم وضعية الهيمنة يرتكز على عنصرين أساسيين :

يتعلق العنصر الأول بالمؤسسة المهيمنة و قدرتها على فرض شروط و مَعوقات في مواجهة منافسيها الذين يخضعون لمنهجها في السوق. في حين يتعلق العنصر الثاني بالمتعامل مع المؤسسة المهيمنة سواء كان هذا المتعامل منافسا أو زبونا، بحيث تشكل وضعية الهيمنة بالنسبة له حالة غياب الاستبدالية و الخيار التي قد تنتج عن أسباب قانونية أو واقعية مما تدفعه إلى الخضوع و الاستجابة لشروط المؤسسة المهيمنة التي لا تكون موضوع منافسة الآخرين<sup>4</sup>، هذا من جهة.

و من جهة أخرى، فإن قيام وضعية الهيمنة يرتبط بتحديد السوق الذي تمارس فيه المؤسسة المعنية هيمنتها، و هذا ما يعرف بالسوق المرجعية *marché référentiel* أو السوق الملائمة *marché pertinent*<sup>5</sup>. أو كما عبّر عنه المشرع الجزائري بالسوق المعنية *marché concerné* الذي عرّفه في الفقرة ب من المادة 3 من قانون المنافسة على أنه: " كل سوق للسلع أو الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة و كذلك تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة أو تعويضية لاسيما بسبب مميزاتها و أسعارها و الاستعمال الذي خصصت له و المنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع أو الخدمات ".

بمعنى ضرورة وجود سوق معينة تمارس فيها المؤسسة المعنية هيمنتها على باقي المنافسين المتدخلين في نفس السوق، سواء تعلق الأمر بسوق المنتجات أو الخدمات، بحيث يكفي توافر حالة الاستبدالية بالنسبة للمستهلك حتى تتحدد على أساسها وضعية الهيمنة.

هذا، و لا يشترط أن تمتد الهيمنة على المستوى الوطني بل يكفي توافرها على المستوى المحلي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Yves Guyon, op cit,p.975.

<sup>2</sup> Bruno Petit, Droit Commercial, 2eme,éd,Litec, Paris, 2000, p.148.

<sup>3</sup> أنظر الملحق الثاني من المرسوم 05-175.

<sup>4</sup> Yves Guyon, op cit,p.975.

<sup>5</sup> Yves serra, op cit,p.86

<sup>6</sup> George Decocq, op cit,p.138.

## ثالثا: حالات التعسف في وضعية الهيمنة:

خلافًا لوضعية الهيمنة التي لا تعد محظورة من قبل قانون المنافسة، فإن الاستغلال التعسفي لها يُعد محظورا و يعاقب عليه من قبل مجلس المنافسة<sup>1</sup>، الذي يملك إضافة إلى فرض غرامات سلطة اتخاذ أوامر و تعليمات ضد المؤسسة المعنية<sup>2</sup>.

حيث تعتبر حالات التعسف الناتجة عن وضعية الهيمنة كممارسة مُقيدة للمنافسة مثلما أكدت عليه المادة 07 من قانون المنافسة، التي نصت على ما يلي: " يحضر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها...".

و في هذا الإطار تلتقي حالات التعسف في وضعية الهيمنة بالاتفاقات المحظورة التي تؤدي إلى إبعاد المنافسة، حيث تمثل حالات التعسف في وضعية الهيمنة الفئة الثانية من الممارسات المقيدة للمنافسة<sup>3</sup>. لذلك فهي تخضع لنفس شروط الحظر<sup>4</sup>.

حيث يؤدي التعسف في وضعية الهيمنة إلى عرقلة السير العادي للسوق مثلما يظهر في حالات التركيز المفرط و كذلك الاحتكار الذي يمثل أحد مظاهر التعسف في وضعية الهيمنة<sup>5</sup>.

و مهما يكن، فقد بيّن المشرع الجزائري الحالات التي تُعد من خلالها المؤسسة المهيمنة في وضعية تعسف، و هي عندما تُؤدي إلى:

- وضع حواجز للدخول إلى السوق المعنية و ممارسة نشاطات تجارية فيها.
- تقليص الإنتاج و مراقبة منافذ التسويق و السيطرة على الاستثمارات و التطور التقني.
- التحكم في مصادر التمويل و اقتسام الأسواق.
- وضع أسعار اصطناعية سواء من خلال رفعها أو خفضها.
- وضع شروط غير عادلة في العلاقات مع المتعاملين.
- فرض خدمات إضافية على المتعاملين خارج إطار التعاقد و كذلك الأعراف التجارية.
- كما يعتبر تعسف في وضعية هيمنة حالات<sup>6</sup>:
- رفع الأسعار و انخفاض في جودة المنتجات.
- فرض شروط على المتعاملين كشرط عدم المنافسة و شرط عدم المسؤولية.

<sup>1</sup> أنظر المواد من 56 و ما بعدها من قانون المنافسة.

<sup>2</sup> أنظر المادة 45 من قانون المنافسة.

<sup>3</sup> George Décocq, op cit,p.138.- Bruno Petit. Op. cit.p.148.

<sup>4</sup> Patrik canin. Droit commercial.4 éd, Hachette. Paris. , 2006, p.145.

<sup>5</sup> Martine Dizel – ChanFream, Droit des Affaires et Gestion des Entreprises éd, Management et Société, Paris,2004, p194.

<sup>6</sup>Yves Guyon, op cit,p.977.

● وضع منحة الوفاء.

● رفض الدخول في علاقات مع المتعاملين الاعتياديين.

هذه الحالات التي أشارت إليها المادة 07 من قانون المنافسة لا تُعد كحالات حصرية، بل يبقى لمجلس المنافسة سلطة تقدير الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة وفقا لشروط القانون و كذلك الواقع، لاسيما و أن الحياة الاقتصادية تفرز الكثير من هذه الحالات، فالمهم كما ذهب إليه الفقه هو أن يرتبط التعسف بوضعية الهيمنة و أن يؤدي إلى عرقلة المنافسة بصفة جوهرية<sup>1</sup>.

و مهما يكن، يبقى الاستغلال التعسفي لوضعية الهيمنة يشكل أحد مظاهر الممارسات المقيد للمنافسة، حيث تتعرض المؤسسة أو المؤسسات المعنية لجزاءات قانون المنافسة الذي تبقى في نظره كممارسات محضرة على اعتبار أنها تُشكل مساسا بالمنافسة، خلافا لوضعية الهيمنة في حد ذاتها التي تبقى كوضعيات غير محضرة.

الخاتمة :

نخلص من دراستنا لمفهوم وضعية الهيمنة في قانون المنافسة، إلى مدى التطور الذي عرفه هذا المفهوم و الذي ارتبط بتطور تشريع المنافسة في الجزائر.

فمن خلال التنظيم الجديد للمنافسة بموجب الأمر 03-03 أصبح لوضعية الهيمنة مفهوما قانونيا يختلف عن الوضعيات الاقتصادية التي تصدّى لها قانون المنافسة لاسيما حالة الاحتكار و التبعية الاقتصادية و كذلك الاتفاقات المدبرة فضلا عن التركيز الاقتصادي.

و لكن بالرغم من ذلك يبقى القصور متجليا في التعريف الذي اعتمده المشرع الجزائري لوضعية الهيمنة على اعتبار أنه لم يُشر إلى وضعيات الهيمنة الجماعية التي تصدت لها تشريعات المنافسة الحديثة على غرار المشرع الأوروبي و المشرع الفرنسي و هذا ما قد يؤدي إلى إفلات هذه الصورة الحديثة من نطاق رقابة مجلس المنافسة لاسيما في مجال الممارسات المقيدة للمنافسة و ردعه لحالات التعسف الناتجة عنها.

لدى فإن المشرع الجزائري مُطالب بتدارك هذا الفراغ استجابة لمتطلبات الحياة الاقتصادية إلى جانب النص على معايير تقدير وضعية الهيمنة و تحديد حالات الاستغلال التعسفي لها تحديدا دقيقا حتى يتمكن مجلس المنافسة من التصدي لها.

و مهما يكن تبقى هذه الحالات محل بحث و دراسة مستقلة على اعتبار أنها تمثل أحد أوجه الممارسات المقيدة للمنافس

<sup>1</sup> George Decocq, op. cit. p139.

## هبة الأجنة البشرية قصد إنجابها من قبل الفير : دراسة مقارنة



من إعداد : أحمد داود رقية أستاذة مساعدة - "أ" -

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر

مقدمة :

تمكن بعض تشريعات الطب الإنجابي المقارنة الأزواج الذين يفضلون العدول عن مشروعهم الأسري الإنجابي، من التبرع بالأجنة التي تم الاستغناء عنها من قبلهم، إلى أزواج آخرين حرّموا نعمة الإنجاب، تتوافر فيهم طائفة من الشروط القانونية وفي ظل مجموعة من الضوابط بغرض زرعها وإنجابها، ومن ثم استكمال المشروع الأسري الذي بدأه سابقا من قبل غيرهم، في ظروف وملابسات مختلفة عن تلك التي صاحبت بداية هذا المشروع الإنجابي المتخلى عنه من أصحابه لفائدة غيرهم، باعتبار أن هذه الهبة حل وإمكانية مقبولة من طرفهم بالنظر ومقارنة مع ما قد يرغب فيه غيرهم، من هبة هذه الأجنة لمخابر البحث والتجريب بغية الاستفادة منها.

مما يستدعي طرح التساؤل التالي :

هل يتعين رفض واستنكار هذه الممارسة بدعوى الاحترام المطلق لمبدأ الكرامة الإنسانية ؟ أم أن الأخرى منح الأولوية لاحترام الحياة لدى هذه الأجنة والعمل جاهدا على الإبقاء عليها واستمرار نموها و لو بمنحها لزوجين آخرين؟

وهو التساؤل الذي انقسم بشأنه كل من التشريع والفقه إلى مؤيد ومعارض لهذه الممارسة.

## أولا : الرأي المؤيد.

يرى جانب من الفقه أن التبرع بالأجنة البشرية إلى الغير بعد ما تم التخلي عنها، ليس ممارسة مشروعة فحسب، بل وأنها تستحق الثناء والتقدير ما دامت الشروط التي تضمن بقاء الجنين و نموه محفوظة ومؤكدا عليها<sup>(1)</sup>، ومن ثم انطوائها على غاية نبيلة للمبررات التالية:

1- إن هبة الأجنة بغرض تحقيق الإنجاب، يفتح بابا جديدا من الأمل أمام الأزواج غير القادرين على ذلك، إنه تصرف تضامني بين الأفراد يطغى عليه الدافع الإنساني، مما يستدعي تقديره<sup>(2)</sup>.

2- إن التبرع بالأجنة مصير أفضل وأنسب لها حيث أنه تجسيد لاحترام الكرامة البشرية، طالما أنه مآل تتحقق به فرصة بقاء الجنين واستمرار نموه وتطوره، من خلال إتمام زرعه ومن ثم إنجاب، ولو تم ذلك لدى أسرة بديلة ما دام أن الحكمة هي توفير وسط أسري وليس توفير أجنة للأسرة لم يتحقق لديها الإنجاب، مما سيجنب هذه الأجنة الخيارات الأخرى وبالتالي توفير روابط أسرية للأجنة المتخلى عنها بدل الإلتلاف.

3- يعتبر التبرع بالأجنة البشرية أفضل ضمان لمصلحتها، حيث يحرص الزوجان المتلقين غالبا إن لم يكن دائما، على تقديم الأنسب والأفضل لهذه الأجنة من تربية، تعليم، رعاية و عطف، إنه الطفل المنشود بالنسبة إليهما<sup>(3)</sup>.

1\*\* وهي الممارسة التي يميزها المشرع الإسباني من خلال القانون رقم 42 لسنة 1988 المتعلق بالتبرع بالأجنة البشرية واستعمالها، المعدل بالقانون رقم 14 المؤرخ في 26-05-2006 مؤكدا على مبدأ المجانية، وبالتالي استبعاد الاتجار بالأجنة<sup>(4)</sup>.

2\*\* وكذا نظيره الفرنسي بموجب نص المادة 5-4/152 من القانون رقم 94-654 و المتعلق بالأخلاقيات الإحيائية معلقا التطبيق بصدور المرسوم التنفيذي، والذي تأخر إلى غاية نوفمبر 1999، حاملا رقم 99-925.

وهو الموقف الذي ظل عليه حين إصداره للقانون رقم 2004-800 مساندا بذلك الاتجاه الغالب في أوربا، والذي يؤيد التبرع بالأجنة لصالح زوجين غير قادرين على الإنجاب، خاصة من طرف بعض الأطباء والممارسين القائمين على مراكز الحفظ والتجميد.

وحرصا من المشرع الفرنسي على تجسيد الحكمة المتوخاة من هذه الممارسة، فلقد أحاطها بتنظيم غاية في الدقة والتشابك سواء تعلق الأمر بالزوجين المائحين أو المتلقين، وذلك من خلال العديد من الشروط على أن تكون هذه الأخير هي الموجه والمرشد لإجراء التبرع.

(1) – C. LARUELLE et .Y. ENGLERT/ Devenir des embryons surnuméraires et risques de grosses ses multiples : qu'en pensent les couples ? –Revue Mediteratiene n°= 17/1996, Bruxelles, BELGIQUE, p115.

(2) - رضا عبد الحليم عبد المجيد / النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996، ص63.

(3) - رضا عبد الحليم عبد المجيد / المرجع نفسه، ص64.

(4) – F.DRIFUSS-NETTER/ L'accueil d'embryon, centre de multimédia en droit médical, le 29-02-2008.p45

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد استعمل مصطلح "Accueil" أي "الاستقبال" بدل التبرع أو الهبة "Donation"، طالما أن هذا الأخير يطرح مشكلا أخلاقيا لانطوائه على معنى الملكية، التملك والتنازل<sup>(1)</sup>.

الفقرة الأولى: طائفة الشروط المتعلقة بالفريق الطبي الممارس: إمعانا من المشرع الفرنسي في التأكد من إدراك الأزواج المتلقين لكافة النتائج والعواقب القانونية والاجتماعية، وحتى المحتملة التي سوف أو قد تترتب على قيامهم بإنجاب طفل ليس من أصلهما، فقد أوجب المادة 6/2141 الفقرة الأولى، على الفريق الطبي المتعدد الاختصاصات والممارس في المراكز التي يتم فيها حفظ الأجنة المعنية بالاستقبال، الفريق الذي سيقوم بعملية نقل هذه الأجنة إلى الأطراف المتلقية:

- 1- التأكد من دوافع هذه الأطراف وعرض البدائل القانونية المتاحة أمامها، والتي يمكن من خلالها تعويض الحرمان الذي يعانون منه نتيجة لعدم تحقق الإنجاب لديها، ومن أبرز هذه البدائل نظام التبني الذي يميزه المشرع الفرنسي.
- 2- كما يتعين على هذا الفريق الطبي أن يوضح للراغبين في الاستقبال احتمالات النجاح والإخفاق التي تنطوي عليه هذه الممارسة، وكذا كافة العواقب التي قد يواجهانها في هذا الصدد<sup>(2)</sup>.

التزامات تقع على كاهل الممارسين تصب كلها في خانة التأكد من تبصير الأطراف المستقبلية للأجنة البشرية بكافة ما يحيط برغبة الاستقبال لديها.

كما يتوجب على الفريق الطبي، إضافة إلى ما تم بيانه، الاجتماع بالزوجين المانحين في جلسة استماع، حيث يتم إعلامهم بكل الإجراءات وكذا النتائج المترتبة على هذا الإجراء ومنها ما يتعلق بالنسب.

بالإضافة إلى تحديد طبيعة الفحوصات الطبية التي يجب عليهم إجراؤها، حسب نص المادة 2/2141 من المرسوم رقم 660-2006 المؤرخ في 22-12-2006 والمتعلق باستقبال الأجنة البشرية.

#### الفقرة الثانية: الشروط الخاصة بالزوجين المانحين.

يتعلق الأمر بالأزواج الذي يفضلون منح أجنحتهم فرصة للحياة والنمو بدل الإلتلاف والتدمير، زيادة على كونهم أزواج قد عانوا من مشاكل عدم التمكن من الإنجاب في مرحلة سابقة، إلا أنه يجب توافر مجموعة من الشروط والتي تتمثل فيما يلي:

(1) -BEN HADJ YAHYA ,M/ Devenir des embryons surnuméraire, regard éthique et critique dans le cadre des révisions des lois de bioéthique de 1994, Thèse de doctorat soutenu le 20-06-2003, Faculté de médecine, Université René Descartes (Paris V), p203.

(2) - مهند صلاح العزة / / الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002، ص307.



1- التخلي الصريح من قبلهم عن الأجنة المحفوظة لدى مركز الحفظ والتجميد، ومن ثم العدول الإرادي والصريح سواء من كلا الزوجين أو من الزوج المتبقي على قيد الحياة في حالة وفاة الزوج الآخر، حسب نص المادة 5/2141<sup>(1)</sup> من القانون رقم 2004-800.

2- الموافقة الكتابية على قبول استقبال أجنّتهم من قبل الغير، وذلك من قبل كلا الزوجين، وفي حالة وفاة أحدهما تتم استشارة الزوج المتبقي على قيد الحياة بشأن موافقته، والتي يتم تحريرها على نموذج محدد مسبقا.

ومن ثم فلا بد من إبداء الرغبة الصريحة في التخلي عن الأجنة كأول خطوة ثم في أن يتم استقبالها من طرف الغير الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية.

3- تأكيد الموافقة على إجراء الاستقبال بعد مهلة ثلاث (03) أشهر ابتداء من تاريخ إبداء الموافقة الأولية، وهو ما يتم على نموذج محدد مسبقا، حيث يتعين على الأطراف المانحة الانتقال مجددا إلى مركز الحفظ بعد ثلاث (03) أشهر بهدف تأكيد قبولهم للاستقبال.

4- خضوع الأطراف المانحة لاختبارات طبية معينة، على ألا تستكمل الممارسة إلا إذا كانت النتائج سلبية مثل اختبار الإصابة بفيروس التهاب الكبد، وهي الفحوصات التي تجرى بعد ست (06) أشهر من تاريخ تجميد الأجنة الموجهة للاستقبال من قبل الغير، حسب نص المادة 4/2141 من المرسوم رقم 660-2006 السالف الذكر.

والملاحظ عموما مما سلف بيانه أن الشروط والإجراءات المتعلقة بالزوجين المانحين صعبة، يجب العمل على التخفيف من حدتها وبالتالي تبسيطها خاصة، وأنها تعد من أهم الأسباب التي ساهمت في قلة عدد الأزواج الراغبين في أن يتم استقبال أجنّتهم من قبل الغير<sup>(2)</sup>.

#### الفقرة الثالثة : الشروط المتعلقة بالأزواج المستقبلة.

1- عدم تمكنهم من الإنجاب سواء بالأسلوب الطبيعي أو الصناعي. وبالتالي غياب كل احتمالات تحقق الإنجاب لديهم، وذلك بعد محاولات متكررة للتلقيح الصناعي بدون تدخل الغير، كأن تجتمع لدى الزوجين حالي قلة إخصاب ذكرية وصعوبات مرتبطة بخلل في التبويض لدى المرأة، أو حتى حالة الإصابة بمرض وراثي خطير لا شفاء منه يخشى انتقاله إلى الأجنة.

علما أن المشرع الفرنسي يمنع التبرع بالأمشاج المجردة الذكرية والأنثوية لنفس الزوجين وفي آن واحد، حيث الأولوية للإنجاب بدون مساهمة الغير، ثم بتدخل طرف أجنبي عن الزوجين وأخيرا إجراء استقبال أجنة الغير، مما دفع بهذا المشرع إلى اعتبار هذه الممارسة استثنائية حسب نص المادة 6/2141 الفقرة 01<sup>(3)</sup>.

(1) – Art 2141/5 : "...Les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple....en cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur les point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couples...»

(2) - Assemblée Nationale Française, Rapport d'information sur la révision des lois de bioéthique, n° =2235, le 20-01-2010, p38.

(3) – Art 2141/6 al 1 : " A titre exceptionnel un couple...et pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir peut accueillir un embryon...».

وهو ما تراجع عنه من خلال القانون رقم 814-2011 المعدل والمتمم للقانون رقم 800-2004 حيث تم إلغاء طابع الاستثنائية عن هذه الممارسة بموجب المادة 35 من القانون السالف الذكر.

2- رفضهم اللجوء إلى التبني باعتباره إجراء لا يخلو من صعوبات جمة منها:

\* قلة عدد الأطفال المطلوب تبنيهم مقارنة مع الطلبات الكثيرة.

\* صعوبة الإجراءات القانونية والإدارية اللازم إتباعها للموافقة على طلب التبني، حيث أنها طويلة، معقدة ومنهكة.

\* أن لجوء الأزواج إلى التبني من شأنه أن يعتبر إعلاما للغير بحالة عدم القدرة على الإنجاب لديهم، مما قد ينجم عنه مشاكل اجتماعية ونفسية. في حين يتميز إجراء استقبال الأجنة عن التبني بأنه يسمح بظهور الزوجين في حالة طبيعية في المجتمع، طالما أن الممارسة محاطة بالسرية التامة، رغم أن البعض يصف إجراء الاستقبال بأنه تبني سابق الولادة، وأكثر من ذلك يحقق الاستقبال للزوجين الاقتناع بحياتهما الأسرية. إنه حمل بكل ما ينجم عنه من مشقة وعناء للزوجة، ثم مرحلة الولادة خاصة في ظل مرافقة الزوج لها طيلة فترة الحمل وخلال الولادة بخلاف حالة اللجوء إلى التبني، عوامل من شأنها أن تحقق رضا الزوجين المستقبلين عن وضعهما، مما سيوفر لهما صورة إيجابية عن نفسيهما بعدما عانوا من عكس ذلك طيلة فترة عدم قدرتهما على الإنجاب<sup>(1)</sup>.

3- الرضا: والذي يتعين على الزوجين المستقبلين الإفصاح عنه أمام القاضي أو الموثق على أن يتم ذلك كتابيا، ترسل نسخة منه إلى رئيس المحكمة الابتدائية، مما يضفي على إجراء الاستقبال الطابع الرسمي.

إلا أن هذه الموافقة يسبقها إعلام الزوجين من قبل الفريق الطبي كما سلف بيانه، حيث أنه من شأن إظهار نتائج الممارسة التي يقدمان عليها، وبيان ما سيرتب عنها من آثار قانونية أن يجعلهما يترويان في اتخاذ قرارهما باستقبال أجنة الغير، فإن أحجما فلهما ذلك، وإلا فقد رضيا عن تبصر واستنارة<sup>(2)</sup>.

والملاحظ عموما على هذه الشروط أنها تصب كلها في مصب تحقيق مصلحة الجنين الذي سيتم استقباله، ولم يدع أي جانب من الفقه إلى ضرورة التخفيف من حدة هذه الشروط كما فعل بشأن الزوجين المائحين، حكمة ما في ذلك توفير الحماية للأجنة التي تحلى عنها ذووها، لكن تم استقبالها من زوجين آخرين.

وتجدر الإشارة إلى أنه وبعد التأكد من توافر كل الشروط سواء المتعلقة بالأزواج المائحين أو المستقبلين، وهو التدبير الذي يقع على الفريق الطبي الممارس بمركز الحفظ والتجميد، والذي يرسل نسخة من الملف إلى رئيس المحكمة الابتدائية كما سيلي توضيحه، لا يقوم هذا الفريق الطبي بزرع أكثر من جنينين في غالب الأحوال خشية احتمال تشكل التوائم، وهو وضع يسبب مشاكل صحية للزوجة المستقبلة وللأجنة التي تم زرعها وذلك أثناء الحمل والولادة، علما أنه تم ميلاد أول طفل تم استقباله من زوجين آخرين في فرنسا بتاريخ 2004-06-21<sup>(3)</sup>.

(1) – Rapport d'information sur la révision des lois de bioéthique, n° =2235 /op,cit, , p39.

(2) – مهند صلاح العرة/ المرجع السابق، ص306.

(3) – Rapport d'information sur la révision des lois de bioéthique, /op, cit,p 40.

## الفقرة الرابعة : طبيعة إجراء الاستقبال.

تنفرد هذه الممارسة بعدة مميزات، بهدف إحاطتها بقيود وضوابط لا يجوز خرقها، والتي تتمثل فيما يلي:

1- سرية الممارسة : حيث يعتبر مبدأ الكتمان من بين أهم القيود الواردة، والذي يقضي بعدم جواز الكشف عن هوية المانحين ولا المتلقين، إذ لا يجوز أن يتم الإفصاح عن هوية أحدهما للآخر حسب نص المادة 6/2141/ الفقرة 03<sup>(1)</sup> من القانون رقم 2004-800.

إنه المبدأ الذي يهدف من خلاله إلى استقرار المراكز القانونية الناشئة عن هذه الممارسة، وعدم إحداث اضطراب وبلبله فيها، ومن ثم ثبوت وصف الأمومة والأبوة بالنسبة للزوجين المستقبلين مقابل انعدم كل رابطة قانونية من جهة الأزواج المانحين بمجرد تنازلهم عن الأجنة. فكان لا بد ولتحقيق هذا الهدف أن يلزم المشرع الممارسين بإخفاء المعلومات الخاصة بالأطراف المانحة والمتلقية، بحيث لا يتمكن أحدهما من معرفة هوية الآخر، ومن ثم تمكين الزوجين المستقبلين من تربية الطفل ورعايته دون خشية تدخل ذويه في يوم من الأيام، خاصة وأن النسب يلحق بالزوجين المتلقين وكأنه تم إنجابه فعلا بأمشاجهما المجردة، حيث يثبت النسب كما في حالة التلقيح الصناعي بمساهمة الغير، على خلاف التبني الذي ينشأ بشأنه النسب بموجب حكم قضائي. وبالتالي فإن الأم من الناحية القانونية هي المرأة التي تلد الطفل، أما عن الأب فما دام قد وافق مسبقا على أن يتم حمل زوجته بأجنة بشرية تم التخلي عنها، فلا يجوز له إنكار أبوته للطفل.

وبهذا الخصوص تتجلى أهمية الإفصاح عن الرضا أمام الموثق أو القاضي حيث إضفاء الطابع الشكل والرسمي على إجراء الاستقبال تحسبا لما قد يستجد.

ولا يبدو من الإنصاف إغفال دور آخر على درجة عالية من الأهمية، يمكن لمبدأ الكتمان أن يلعبه أيضا، الدور المتمثل في منع ظهور وتفشي نوع ما من الانتقائية، إذ أن الكشف عن المعلومات الخاصة بالمانحين سوف يتيح مجالا من الاختيار القائم على أسس وراثية انتقائية، بحيث يعزف الراغبون في الاستقبال عن تلقي أجنة تمل صفات وراثية معينة قد لا يرغبان فيها، ويعمدان إلى تلقي أجنة من سلالة معينة وبأوصاف محددة<sup>(2)</sup>.

ولتجنب حدوث مثل هذه النتائج التي قد تسفر عن هذه الممارسة، فرض المشرع الفرنسي عقوبة السجن لمدة لا تقل عن الستين(02) بالإضافة إلى الغرامة على فعل إفشاء أي معلومة من شأنها إتاحة التعرف على هوية المتنازل عن أجنته أو على هوية المتلقين حسب نص المادة 23/511 من قانون العقوبات.

إلا انه تجدر الإشارة إلى أن مركز الحفظ والتجميد يحتفظ بكل الوثائق المتعلقة بإجراء الاستقبال، على أن يتم ذلك في ظروف تضمنت سرية المعلومات والبيانات التي تتضمنها حسب نص المادة 6/2141<sup>(3)</sup> من المرسوم رقم 2006-660 السالف الذكر.

(1) – Art 2141/6 al 03 : "...Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives".

(2) – مهند صلاح العرة/ المرجع السابق، ص 322 و 323 .

(3) – Art 2141/6 : «... Les documents mentionné à l'article 2141/5 sont transmis et conservés dans des conditions propres à garantir le respect de la confidentialité des informations qu'ils contiennent...».

ولا يجوز بذلك الاطلاع على أي معلومات باستثناء حالة الضرورة العلاجية المتعلقة بالطفل، والتي تقتضي ذلك لزوماً وفقاً لنص الفقرة 04 من المادة 6/2141<sup>(1)</sup> من القانون رقم 800-2004 وكذا المادة 7/2141<sup>(2)</sup> من المرسوم السالف الذكر.

2- مجانية الاستقبال : حيث لا يجوز حسب المادة 6/2141 الفقرة 05<sup>(3)</sup> إعطاء أي مقابل مالي، طالما أن تعليق الأمر على قبض الثمن من شأنه التعارض مع مبدأ الكرامة الإنسانية، ومن ثم يمنع إقحام الأغراض المالية لقيام إجراء الاستقبال على غايات نبيلة بعيداً عن مجال التبرع، ما دام أن الدافع هو التضامن الإنساني وإلا فتح المجال أمام الاتجار بالأجنة البشرية.

3- الطابع القضائي لإجراءات الاستقبال : حيث تتوقف ممارسة الاستقبال على إذن من السلطة القضائية وفقاً لنص الفقرة 02 من المادة 6/2141<sup>(4)</sup> من القانون رقم 800-2004، وذلك بعد التأكد من توافر الشروط السابق ذكرها، والتي يتم إصدار الإذن بناءً عليها.

وبالتالي فإن للقاضي سلطة تقديرية في قبول طلب الاستقبال أو رفضه بالنظر إلى نتائج التقييم الطبي والبحث الاجتماعي الذي يجريه بعد الاجتماع بالزوجين الملتحقين<sup>(5)</sup>، وذلك بهدف توفير الأجواء والظروف اللائقة لنمو وتربية ورعاية الطفل، وذلك على المستويات التربوية، المادية وحتى النفسية. ومن ثم التأكيد على الوسط الأسري وعلى الظروف التي بإمكان الزوجين المتلقين ضمانها لاستقبال الجنين<sup>(6)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الأجنة البشرية المحفوظة حين صدور القانون رقم 94-654 والتي تم التأكد من أنها لم تعد محل مشروع أسري، والتي لا تشكل عائقاً أمام استقبالها من زوجين آخرين، لم يخضع إجراء استقبالها لهذا الإذن القضائي، بل كان يكفي التأكد من قبول الزوجين الملتحقين لا غير، بغية تخفيف الإجراءات وإيجاد حل مناسب للأجنة المحفوظة حينئذ<sup>(7)</sup>.

(1) – Art 2141/6 al 4 : «...Toutefois en cas de nécessité thérapeutique un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiants concernant le couple ayant renoncé à l'embryon ».

(2) – art 2141/7 : « ....Un dossier contenant les informations sur les deux membres du couple à l'origine de la conception qui peuvent être portées à la connaissance d'un médecin sur sa demande en cas de nécessité thérapeutique ».

(3) – Art 2141/6 al 5 : «Aucun paiement, qu'elle que soit la forme, en peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon ».

(4) – Art 2141/6 al 2 : « ...L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire...le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article 2141/2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plan familiales éducatif, et psychologique... »

(5) –P. Olivier ARDUIN/ Derrière l'accueil d'embryon l'abondons d'un orphelin, Liberté politique n=44, le 06-11-2009, p 12

(6) – مهند صلاح العزة/ المرجع السابق، ص 306-307.

(7) –Conseil d'état, Étude sur la révision des lois de bioéthique, le 09-04-2009, La documentation Française, Paris, 2009.p54.

إلا انه يجب الاعتراف حسب اللجنة الوطنية الاستشارية في فرنسا بأن التطبيق الفعلي متنوع ومختلف باختلاف المحاكم، خاصة وأن أغلب رؤساء هذه المحاكم يتغافلون عن إجراء البحث الاجتماعي وكذا عن المتابعة<sup>(1)</sup>، رغم أن حكمة المشرع الفرنسي من السماح باللجوء إلى استقبال الأجنة تتمحور حول توفير أسرة مناسبة لجنين فائض تم التخلي عنه ومن ثم الحرص على ملائمة الوسط العائلي لهذه الأجنة، وليس إعطاء جنين لأسرة، ومن ثم البحث عن أسر لهذه الأجنة لا العكس.

وبالتالي حماية حق الجنين في وسط أسري ملائم، رغم أن بعض الفقه يرى أن تمكين بعض الأزواج (ولو بشروط معينة) من استقبال الأجنة البشرية- ولو كانت متخلى عنها - هو أبلغ تجسيد لفكرة الحق في طفل بدل حق الطفل في عائلة<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: الرأي المعارض.

يستنكر جانب من الفقه مسألة التبرع بالأجنة البشرية تحت أي مسمى تم الأمر، طالما أنها ممارسة غير مشروعة في حد ذاتها، وي طرح عدة انشغالات أخلاقية، مما ينجم عنه بطلان أي تصرف يتم لإتمامها. ويستند هذا الفقه على ما يلي :

1- كون الإقدام على هبة الأجنة البشرية يمثل في مفهومه تنازلا عن الأمومة وعن الأبوة، ليحل زوجان آخران محل الوالدين البيولوجيين، وهو ما يحمل بين طياتها تعديلا لمضمون الأمومة والأبوة، ويصطدم بمبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص، فالممارسة تهدف إلى إنجاب طفل، لا ينسب لوالديه الحقيقيين، وهو يؤدي إلى بطلانها لبطلان الحل والسبب.

2- إن هذا الفرض يخلق مفارقة بين الواقع والقانون، فالواقع أن الأب المزعوم ليس هو الأب البيولوجي للطفل، لأنه جاء من صلب غيره.

أما من الناحية القانونية فالوضع مختلف، فهذا الأب، ورغم عدم قدرته على الإنجاب، إلا أنه الأب الشرعي والوحيد للطفل طالما أن هذا الأخير جاء أثناء الزواج، وتوافرت بشأنه قرينة "الولد للفراش".

3- إن مصالح الطفل ليست دائما محل اعتبار، فنادرا ما ينظر لجانبه بتهيئة أفضل الظروف لميلاده وسط أسرته الطبيعية، ولا يجوز الاحتجاج بولع الزوجين غير القادرين على الإنجاب به<sup>(3)</sup>.

4- إن هبة الأجنة البشرية ممارسة تتعارض مع مبدأ احترام الكرامة البشرية لكل كائن بشري، خاصة وأنها قد تؤدي إلى جعل الأجنة وسيلة بسيطة و متاحة تحل بها إشكالات عدم القدرة على الإنجاب لدى بعض الأسر والتغلب عليها.

إنها الحجج التي اقتنعت بها غالبية تشريعات الطب الإنجابي المقارنة، وفي مقدمتها :

(1) – Comité Consultative National d'Éthique –CCNE-/ Avis n°=90 du 24/04/2005, concernant l'accès aux origines anonymat et secret de la filiation.

(2) – Conseil d'État/ op.cit, p44.

(3) – رضا عبد الحليم عبد المجيد/ المرجع السابق، ص60-61.

**1\*\*** القانون التونسي رقم 93 لسنة 2001 المتعلق بالطب الإنجابي، والذي يمنع بصريح الفصل 2/14 اللجوء إلى التبرع بالأجنة البشرية في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب.

ويتعرض المخالف لأحكام هذه المادة إلى عقوبة السجن لمدة خمس (05) سنوات و/أو بغرامة قدرها عشرة (10) آلاف دينار تونسي حسب الفصل 2/31 من ذات القانون، ناهيك عن العقوبات الإدارية التي تتعرض لها المؤسسات التي لا تمثل لأحكام هذا المنع، والتي تتراوح بين الإنذار، التوبيخ، السجن المؤقت أو النهائي لترخيص في ممارسة أنشطة الطب الإنجابي بموجب الفصل 29 من القانون المذكور أعلاه.

**2\*\*** يحظر القانون الإيطالي رقم 40 لسنة 2004 - المتعلق بمصير الأجنة البشرية - التبرع بالأجنة سواء تم الأمر بمقابل أو بدونه، وتسلب العقوبة المشددة في حالة التبرع بمقابل بموجب المادة 12 منه على المخالف، والتي تتمثل في الغرامة المالية المتراوحة بين ثلاثمائة (300) وستمائة (600) ألف أورو.

كما يحظر إجراء التنظيم الإشهار أو التحريض على المتاجرة بالأجنة البشرية تحت طائلة المسؤولية الجنائية، حيث يتعرض المخالف لعقوبة السجن من ثلاث (03) أشهر إلى سنتين (02) ولغرامة تتراوح ما بين ستمائة (600) ألف والمليون أورو<sup>(1)</sup>.

**3\*\*** ومن جهته يمنع القانون السعودي الصادر سنة 2004 المتعلق بالإخصاب الأجنة وعلاج العقم، بموجب نص المادة 07 منه الحصول على أجنة الغير بغرض زرعها وإنجابها، خاصة وأنها تنص على التأكد من هوية الزوجين في مرحلة أي عند نقل الأجنة إلى الرحم، وتسلب عقوبة السجن لمدة لا تتجاوز الخمس (05) سنوات و/أو غرامة لا تقل عن مائتي (200) ألف ولا تزيد عن خمسمائة (500) ألف ريال سعودي، و/أو إلغاء الترخيص بمزاولة المهنة بصفة مؤقتة أو نهائية بمقتضى نص المواد 32، 36، 37 من ذات القانون.

**4\*\*** كما يحظر القانون الإماراتي للإخصاب البشري - رقم 11 لسنة 2008 - بمقتضى نص المادة 14 منه، التصرف في الأجنة للغير من قبل مركز الإخصاب أو أية جهة أخرى، أيا كانت الأسباب أو الدواعي، خاصة وأن المصير الوحيد للأجنة في حالة التخلي الإرادي أو غير الإرادي (الطلاق، الانفصال،... الخ) عنها عن الإلتلاف لا غير.

ويلتزم المركز بموجب المادة 19 من ذات القانون، بالتنظيم الدقيق للأجنة البشرية وتوفير أقصى درجات الحرص والاحتياط والقدر لمنع استخدامها، استغلالها أو استبدالها بما يؤدي إلى خلط الأنساب، وبالتالي الحيلولة دون التصرف فيها، ويتعرض المخالف لعقوبة السجن لمدة لا تزيد على الخمس (05) سنوات ولا تقل عن السنتين و/أو بغرامة لا تقل عن مائتي (200) ألف ولا تزيد عن خمسمائة (500) ألف درهم إماراتي حسب نص المادة 29، وذلك بصرف النظر عن إمكانية الحكم بإغلاق المركز في حالة الإدانة وفقا لما جاء في المادة 33 من ذات القانون.

**5\*\*** في حين يحظر المشرع السوري هذه الممارسة صراحة بموجب نص المادة 27 من القرار رقم 48 لسنة 2011، والتي تنص على أنه " يحظر التبرع... بالبويضات الملقحة بهدف الإخصاب المساعد"، وهو ما يؤكد عليه المادة 16 بنصها أنه "يجب التأكد من قبل اثنين على الأقل من المختصين في المركز أو وحدة الإخصاب من تطابق الهوية ورقم السجل الطبي لكلا الزوجين في جميع مراحل العمل بالوحدة قبل مباشرة أي إجراء من الإجراءات الطبية"، الأمر الذي يتجلى

(1) - Conseil d'État/ op.cit, p45.

من خلاله حرص المشرع السوري على منع هذه الممارسة والحيلولة دون الإقدام عليها رغم أنه لم يشر إلى أية مسؤولية أو عقوبة في حالة المخالفة.

ذلك عن موقف التشريعات المقارنة، فماذا عن التشريع الجزائري؟

لقد سلك المشرع الجزائري مسلك نظرائه المعارضين لمسألة التبرع بالأجنة البشرية، وهو ما جاء في التعليمات الوزارية رقم 300 لسنة 2000 و المتعلقة بالممارسات السريرية و العيادية في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب، والتي من بين ما جاء فيها ضرورة اقتصار عملية الزرع على الزوجين فقط.

بالإضافة إلى تأكيدها على المصير الوحيد للأجنة البشرية، في حالة العدول عن المشروع الأسري، أيا كانت الدوافع هو وقف التجميد أي الإنقاذ الطبيعي.

الخاتمة :

يحرم المشرع الفرنسي المرأة من أن تستفيد من زرع أجنحتها بعد فقدانها الشريك حياتها، وفي محاولة منه للحفاظ على هذه الأجنة يمكن من الإقدام على التبرع بها لزوجين آخرين تجهل هويتهم من قبل الأم البيولوجية، إنه منطوق غريب، بل ومجحف، لا يكتفي من خلاله المشرع الفرنسي بحرمان الطفل من والده البيولوجي فحسب والذي وافته المنية، بل ويجعله يتما من جهة الأم بالرغم من أنها على قيد الحياة، وهو ما لا يمكن مساندته أو الموافقة عليه، فلا قواعد القانون ولا الدين أو الأخلاق تسمح بمثل هذا العبث في الأنساب على مرأى ومسمع الجميع بدعوى التغلب على "عدم القدرة على الإنجاب"، إن الأمر لا يخرج عن كونه استبدال الأبوين الحقيقيين بآخرين مزعومين.

ومن هذا المنطلق، وحرصا على سلامة البناء الأسري ولتوفير الظروف الطبيعية لكل طفل في أن يجيا في الوسط العائلي الحقيقي، ويتمتع بأبوة مستقرة لا اضطراب فيها، زيادة على الحرص على سلامة المجتمع من اختلاط الأنساب، ناهيك عن التطبيق السليم لقواعد القانون، خاصة ما تعلق منها بحماية النظام العام، وجب الحرص والسعي لحظر أي ممارسة من هذا القبيل.

## الوقف وأحكامه على ضوء مدونة الأوقاف والعمل القضائي



أوبعيد الحسن : طالب باحث في القانون المدني  
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية  
جامعة بن زهر أكادير - المملكة المغربية

مقدمة :

يضطلع الوقف في المجتمعات الإسلامية بدور هام في تأمين حاجات المجتمع المختلفة<sup>1</sup>. وقد ثبت تاريخيا أن هذا النوع من التبرعات كان منتشرًا حتى في المجتمعات ما قبل الإسلام<sup>2</sup>. فقد كانت هذه الأمم تعنى بهذا النوع من الصدقات في إحياء المؤسسات الخيرية ابتغاء حسن المثوبة والأجر. وكان سيدنا إبراهيم عليه السلام أول من شرع الوقف، وأنشأ عدة مؤسسات خيرية، ومن ذلك الكعبة المشرفة<sup>3</sup>.

ويعتبر الوقف الذي أسسه النبي صلى الله عليه وسلم حين قدومه مهاجرا إلى المدينة، ببناء مسجد قباء ثم المسجد النبوي، أول وقف خيري في الإسلام. كما وقف عليه السلام لجهة البر الحوائط ( البساتين) السبعة التي أوصى بها إليه "مخريق" اليهودي. وسارع بعده الصحابة إلى فعل هذه الصدقة، ثم سار الناس على هذه السنة الحسنة أسوة بالنبي (ص) وصحابته الكرام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - جاء في قول أحدهم بخصوص أهمية الوقف أنه: "... بإمكان الإنسان أن يولد في بيت للوقف، وينام في سرير للوقف، ويأكل ويشرب في ملكية الوقف، ويقرأ في كتب الوقف، ويدرس في مدارس الوقف، ويتلقى مرتبه من إدارة الوقف، وعندما يتوفى يوضع في كفن للوقف، ويدفن في مدافن الوقف". عبد الرزاق أصبيحي، الخطة المنهجية لتطوير قوانين الأوقاف، مدونة الأوقاف المغربية نموذجًا، مقال منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، دراسات وأبحاث في ضوء المدونة الجديدة للأوقاف، الجزء الأول، منشورات القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، السنة 2012، ص 38.

<sup>2</sup> - يرى الإمام الشافعي رحمه الله أن الوقف من التصرفات الجديدة في الإسلام. وفي هذا قال: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته دارا ولا أرضا تبررا بحبسها، وإنما حبس أهل الإسلام. أورده أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، مختصر خليل في الفقه المالكي للإمام خليل بن إسحاق الجندي، الطبعة 1، القاهرة، دار الفضيلة للنشر والتصدير، 2011م، الهامش 1، ص 304.

<sup>3</sup> عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، الطبعة الثانية 2012، ص 15.

<sup>4</sup> عبد الكريم شهبون، مرجع سابق ص 16



وقد أدى اتساع الأحباس وإقبال الناس على الوقف إلى قيام الحاجة إلى إحداث تشكيلات تتولى إدارتها والإشراف عليها، وهكذا تدخلت جل التشريعات الإسلامية، قديما وحديثا، وأحاطته بتنظيم مفصل، فصدرت ظهائر<sup>1</sup> وقوانين في شأن تنظيم الأحباس والقيام بشؤونها وصيانتها، ومراقبة المكلفين بها ومحاسبتهم إلى غير ذلك.

ووعيا بأهمية الوقف، وبدوره الطلائعي، باعتباره ثروة وطنية وعنصرا فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ورغبة في تأطيره تأطيرا قانونيا حديثا، يمكنه من

مواكبة التحولات الشاملة التي تعرفها البلاد، ويضمن حمايته من كل ضياع أو ترام، مع مراعاة خصوصيته المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، فقد عمد المشرع المغربي إلى إصدار مدونة الأوقاف الجديدة<sup>2</sup>.

ومن تم فإن البحث في مؤسسة الوقف باعتباره آلية من آليات التكافل الاجتماعي وأحد أدوات الإنفاق في مجال الخير العام، وباب من أبواب التقرب إلى الله، مصداقا لقوله تعالى: " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون"<sup>3</sup>، وفي قوله: " يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم وما أخرجنا لكم من الأرض"<sup>4</sup>، يقتضي التساؤل عن مساهمة نظام الوقف، ومدى كفايته، في حل القضايا التي تطرحها الممارسة بخصوص المال الموقوف بما يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المرجوة من وجوده.

ولعالجة هذه الإشكالية يتحتم علينا البحث بداية في الأحكام العامة المنظمة للوقف، بتحديد مفهومه وأركانه وشروطه، قبل تناول طرق إثباته وآثاره.

ومنه فإن خطة بحثنا ستكون كالتالي :

**المبحث الأول : مفهوم الوقف وأركانه وشروطه.**

**المبحث الثاني : إثبات الوقف وآثاره.**

<sup>1</sup> فيما يتعلق بالمشرع المغربي صدرت عدة ظهائر: - ظهير شريف صادر بتاريخ 25 ذي القعدة عام 1330هـ يتعلق بتعيين مدير بالإيالة الشريفة. - ظهير شريف صادر بتاريخ 8 شعبان 1331 هـ ( 13 يوليوز 1913 ) يتعلق بالحبس المعقب أو المشترك، والمغير بظهير صادر بتاريخ 77/10/8. - ظهير شريف يتعلق بنظام تحسين الأحباس، صادر بتاريخ 21 يوليوز 1913. - ظهير شريف صادر بتاريخ 27 فبراير يتعلق بالجزاء والاستئجار والجلسة والمنفعة والزينة. - ظهير شريف في جعل كافة المحلات الدينية الإسلامية تحت وزارة عموم الأوقاف المؤرخ في 11 فبراير 1918. - ظهير شريف في ضبط مراقبة الأحباس المعقبة المؤرخ في 12 يناير 1918. - ظهير شريف صادر 25 يوليوز 1969 يتعلق بنقل ملكية الأراضي الفلاحية القابلة للفلاحة أو الصالحة للفلاحة المعتبرة أوقافا عمومية. - ظهير شريف صادر بتاريخ 12 أبريل 1976 يتعلق بتنظيم وزارة الأوقاف واختصاصاتها. راجع بصدده المادة 166 من مدونة الأوقاف الجديدة، الصادر بتنفيذها ظهير شريف رقم 1.09.236 في 8 ربيع الأول 1431 ( 23 فبراير 2010 ) يتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 5847، بتاريخ 14 يونيو 2010، ص 3154.

<sup>2</sup> يراجع بصدده ديباجة مدونة الأوقاف الجديدة.

<sup>3</sup> سورة آل عمران، الآية 92.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 267.

## الفصل الأول : الأحكام العامة للوقف :

يعرف الوقف على أنه "حبس المال وصرف منافعه في سبيل الله"<sup>1</sup>، وهو إما أن يكون موقوفا لفائدة جهة خيرية أو دينية معينة وتصرف مداخيلها حسب رغبة من أوصى بها في أوجه الخير والبر المعينة، وهو ما يسمى بالوقف العام، وإما موقوفا لفائدة المعقب عليهم وتصرف مداخيلها حسب رغبة المعقبين على المعقب عليهم<sup>2</sup>.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف جائز شرعا في الدور والأراضي بما فيها البناء والأغراس، قال التسولي : " وقد اتفقوا على جواز تحبيس المساجد والقناطر والطرق والمقابر، وإنما خالف أبو حنيفة في لزوم تحبيس غير ما ذكر لا في جوازه"<sup>3</sup>.

وكغيره من العقود، فإن الوقف حتى يقع صحيحا ، يتوجب أن يستجمع أركانه وشروطه، التي لا يتم إلا بتوفرها.

وعليه فإن التفصيل فيما تقدم، يقتضي تناول مفهوم الوقف ومشروعيته وأنواعه، فضلا عن شروطه وأركانه في ( مبحث أول)، على أن يخصص ( المبحث الثاني) لتناول آثاره.

## المبحث الأول : مفهوم الوقف وأركانه وشروطه :

عما لا شك فيه أن موضوع الوقف ومجالاته متشعب يمس أكثر من ناحية، فهو يتضمن جوانب تعبدية تهدف التقرب إلى الله، وجوانب اقتصادية واجتماعية تروم تحقيق تنمية شاملة من خلال التكافل الذي يؤسس له. وسنحاول في فيما يلي تحديد مفهوم الوقف وأنواعه ( المطلب الأول)، مع بيان أركانه وشروطه في ( مطلب ثان).

## المطلب الأول : مفهوم الوقف وأنواعه :

يحق لنا التساؤل ، بعد الذي قيل عن أهمية الوقف، حول المقصود به ومشروعيته ( الفرع الأول)، وعن أنواعه ( الفرع الثاني).

## الفرع الأول : تعريف الوقف ومشروعيته :

سنعرض، فيما يلي، لتعريف الوقف (أولا) ومشروعيته (ثانيا).

<sup>1</sup> سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، الطبعة الثانية 1998، دار الفكر، ص 267.

<sup>2</sup> عبد الوهاب رافع، التصرفات المتعلقة بالأراضي الحسبية والجماعية والمخزنية، توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 23، الطبعة الثانية، السنة 2005، المطبعة والوراقة الوطنية الحي المحمدي مراكش، ص 380.

<sup>3</sup> محمد برادة غزويول، وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 2، الطبعة الثانية، 2007، مطبعة إبيت، ص 88.

## أولاً- تعريف الوقف :

الوقف لغة من وقف، والوقوف خلاف الجلوس، وقف بالمكان وقفة ووقوفاً، فهو واقف. ووقف الأرض على المساكين ( وفي الصحاح للمساكين) وقفاً: حبسها.<sup>1</sup>

ويضيف العلامة بن منظور: " فأما أوقف في جميع ما تقدم من الدواب والأرضين وغيرها فهي لغة رديئة". وفي الاصطلاح الشرعي، حبس الأصل وتسبيل الثمرة، أي حبس المال وصرف منافعه في سبيل الله.<sup>2</sup>

والوقف والحبس والتسبيل بمعنى واحد، وهو جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه الحبس<sup>3</sup>، وقد عرفه ابن عرفة بأنه: " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً"<sup>4</sup>.

كما قال النووي: الوقف تحبیس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يصرف في جهة خير تقرباً إلى الله تعالى.<sup>5</sup>

ومحمل القول في تعريف الوقف، أنه نقل منفعة<sup>6</sup> الشيء الحبس، دون ملكيته، إلى الحبس عليه، يصرف في جهة خير تقرباً إلى الله سبحانه.

أما في الاصطلاح القانوني، فقد عرفت مدونة الأوقاف الوقف في المادة 1 بأنه: " كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون.

ويكون الوقف إما عاماً، أو معقبا، أو مشتركاً."

في حين عرفه المشرع الجزائري في المادة 3 من القانون رقم 10-02<sup>7</sup> بأن: " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير."

في حين أن المشرع الأردني لم يورد تعريفاً للوقف، وإنما اكتفى بسرد الأمور التي تعتبر كذلك حيث جاء في نص المادة 2 من قانون الأوقاف والشؤون الإسلامية والمقدسات<sup>8</sup>: "... ج- تعني عبارة (الأوقاف والشؤون والمقدسات والمقدسات الإسلامية) الأوقاف الإسلامية في المملكة والمساجد والمدارس والمعاهد الدينية ودور الأيتام والكتليات

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار الحديث القاهرة، ص 378.

<sup>2</sup> سيد سابق، مرجع سابق، ص 267

<sup>3</sup> عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 20.

<sup>4</sup> أبي عبد الله بن عرفة التونسي المشهور بالرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ص 485. أورده، احمد برادة غزبول، وآخرون، مرجع سابق، ص 88.

<sup>5</sup> أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، مرجع سابق، الهامش 1، ص 304.

<sup>6</sup> وهذا ما يميز عقد الوقف عن عقد الصدقة. فقد جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 6560 مؤرخ في 12/12/1995 الملف المدني عدد 94/3608: "وحيث يتضح من الرجوع إلى النصوص والقواعد الفقهية المتعلقة بالصدقة والحبس: أن الفقهاء عرفوا الصدقة بأنها: تملك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض. وعرفوا الحبس بقولهم: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً... وحيث يظهر جلياً من التعريفين الكاشفين لحقيقة الصدقة والحبس أن خاصية الحبس تتجلى في بقاء ملكية الملك المحبس على نعمة الحبس، بخلاف الملك المتصدق به، فإن ملكيته ومنفعته تنتقلان إلى المتصدق عليه..."، منشور بمجلة المنازعات القضائية من خلال اجتهادات محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، الجزء الأول، ص 113.

<sup>7</sup> القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بالأوقاف، المعطل والمتمّم بالقانون رقم 02 - 10 مؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر سنة 2002. وتنص المادة 4 من نفس القانون: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة. يثبت وفقاً للإجراءات المعمول بها، مع مراعاة أحكام المادة 2 المذكورة أعلاه." المادة 5 منه: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها."

<sup>8</sup> القانون رقم 26 سنة 1966 المتعلق بالأوقاف والشؤون الإسلامية والمقدسات، الجريدة الرسمية رقم 1926 بتاريخ 05/06/1966، ص 98.

الشرعية التي ينفق عليها من موازنة الأوقاف والمقابر الإسلامية سواء ما وقف منها للدفن أو التي منع الدفن فيها وشؤون الحج وشؤون الإفتاء وكذلك المساجد التي ينفق عليها من موازنة الأوقاف."

وحسنا فعل المشرع المغربي حين نص على إمكانية أن يكون الوقف مؤقتا، وهو ما يرفع الحرج على الواقف، إذا رغب في أن لا يخصص منفعة الشيء لفائدة جهة بر إلا لمدة محددة، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يمنح هذه المكنة للواقف بأن جعل صفة التأييد لازمة للوقف.

### ثانيا : مشروعية الوقف :

شرع الله الوقف وندب إليه وجعله قرابة من القرب التي يتقرب بها إليه، ولم يكن أهل الجاهلية يعرفون الوقف وإنما استنبطه الرسول صلى الله عليه وسلم ودعا إليه وحبب فيه برا بالفقراء وعظفا على المحتاجين<sup>1</sup>.

والوقف من التبرعات المندوبة إذا كان على الوجه الشرعي، فهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

ففي الكتاب كثيرة هي الآيات التي قد استنبط منها الأئمة ما شجعهم على القول بمشروعية الوقف. ومنها:

قوله تعالى : " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون " (سورة آل عمران، الآية 92). وقوله تعالى: " وافعلوا الخير لعلكم تفلحون"<sup>2</sup> والوقف خير. وفي سورة البقرة الآية 280 قوله تعالى: " وأن تصدقوا خير لكم ". ودل عموم عموم هذه الآيات على مشروعية الوقف.

وفي السنة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له ". رواه مسلم. وفي شرح هذا الحديث قال النووي: " وفيه دليل لصحة أصل الوقف وعظيم ثوابه ".

وأخرج ابن ماجة أن رسول الله (ص) قال: " إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته: علما نشره أو ولدا صالحا تركه أو مصحفا ورثه أو مسجدا بناه أو بيتا لابن السبيل بناه أو نهرا أجراه أو صدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته وحياته تلحقه من بعد موته"<sup>3</sup>.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " أصاب عمر أرضا بخير فأتى النبي (ص) يستأمره فيها فقال: يا رسول الله، إنني أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه فما تأمرني به؟ فقال له رسول الله (ص): " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها".

<sup>1</sup> سيد سابق، مرجع سابق، ص 267.

<sup>2</sup> سورة الحج الآية 77.

<sup>3</sup> وعددها السيوطي في عشر خصال ونظمها، فقال:

إذا مات ابن آدم ليس يجري \*\*\* عليه من فعال غير عشر  
علوم بثها ودعاء نجل \*\*\* وغرس النخل والصدقات تجري  
وراثته مصحف ورباط ثغر \*\*\* وحفر البئر أو إجراء نهر  
وبيت للغريب بناه بأوي \*\*\* إليه أو بناه محمل ذكر

وقد أجمع أئمة الإسلام على أن الوقف جائز ومندوب إليه، أخذنا من الأحاديث المروية عن الرسول (ص)، وأخذنا كذلك مما ثبت أن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوا احباساً.<sup>1</sup>

وقد روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قوله: "لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف".

وفي هذا يقول ابن عاصم في تحفته :

الحبس في الأصول جائز \*\*\* وفي منوع العين بقصد السلف

ولا يصح في الطعام واختلف \*\*\* في الحيوان والعروض من سلف

وقد شرع الوقف لتكثير الأجر وعموم النفع، ولتحقيق مقاصد خيري تعم المجتمع.

وينعقد الوقف بأحد الأمرين :

\* الفعل الدال عليه : كأن يبني مسجداً ويؤذن للصلاة فيه. وقد ربط التشريع الحديث ببناء المساجد، وغيرها من الأماكن المخصصة لإقامة الشعائر الدينية، بالوصول على رخصة لدى الهيئات المختصة.<sup>2</sup>

\* القول : وهو ينقسم إلى صريح وكناية. فالصريح، مثل قول الواقف : وقفت وحبست

وسبلت وأبدت. والكناية، كأن يقول: تصدقت ناوياً به الوقف.<sup>25</sup> وقال خليل : " ... بحبست ووقفت وتصدقت".

ويتخذ الوقف على المستوى العملي عدة صور، وهو ما سيكون لنا عنده وقفة في الفرع الموالي.

**الفرع الثاني : أنواع الوقف :**

يشمل المال الموقوف كل عقار أو منقول تم تحييسه لجهة معينة حسب قصد الواقف، فقد يكون لجهة بر وإحسان، وقد يكون لجهة معينة (الوقف الخاص)، وقد يكون مشتركاً.<sup>3</sup>

وهكذا نصت المادة 1 من مدونة الأوقاف المغربية، في فقرتها الثانية، بأن الوقف، يكون إما عاماً، أو معقباً، أو مشتركاً.

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 24.

2 - مثلا، المادة 2 من المرسوم رقم 2.08.74 الصادر في رجب 1429 (9 يوليوز 2008) القاضي بتطبيق أحكام الشريعة المعترف بها قانوناً = رقم 1.84.150 الصادر في 6 محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي. حيث تنص على: "تطبيقاً لأحكام الفصل 4 من الظهير الشريف المعترف بميثاقه قانون رقم 1.84.150 المشار إليه أعلاه، يجب أن يودع كل طلب رخصة بناء أحد الأماكن المشار إليها في الفصل الأول من الظهير الشريف المشار إليه أعلاه لدى عامل العمالة والإقليم الذي توجد به الأرض المزمع البناء فوقها ..."

- "وقد اشترط الفقهاء في الصدقة حتى تعتبر وفقاً لثلاثة الأول: أن لا يصرح في سندها بنقل ملكية المتصدق به للمتصدق عليه... الثاني: أن يكون للمتصدق شبه قوي بالحبس؛ كما هو الحال في الصدقة التي ترد على التعقيب، وتفيد تداول المنفعة على التعاقب طبقاً بعد أخرى على التأيد... الثالث: أن توجد في الصدقة التي ليس لها شبه قوي بالحبس قرينة دالة على إرادة الحبس، كقول المتصدق: لاتباع... ولاتهاب، وما شابه ذلك مما يدل على إرادة الانتفاع فقط دون نقل الملكية للمتصدق عليه: كداري صدقة للسكنى بها..."، قرار لمحكمة النقض عدد 6560 مؤرخ في 12/12/1995 الملف المدني عدد 94/3608، (انظر الهامش 17 من نفس العرض).

<sup>3</sup> حسن بوخرصي، النظام القانوني للمسؤولية في مدونة الأوقاف، مقال منشور بمجلة قراءات في القوانين العقارية الجديدة، منشورات مجلة الحقوق، الطبعة الأولى 2013، دار نشر المعرفة، ص 164.

وقد قسم الفقهاء عموماً الوقف إلى ثلاثة أقسام: الوقف الخيري (الوقف العام)، والوقف الذري (الوقف المعقب)، والوقف المشترك.

ويمكن تناول أنواع الوقف من زاويتين: بالنظر إلى الجهة الموقوف عليها (أولاً)، وبالنظر إلى طبيعته (ثانياً).

أولاً: حسب الجهة الموقوف عليها الوقف :

ينقسم الوقف حسب الجهة الموقوف عليها إلى: وقف خيري، ووقف ذري، ووقف مشترك.

\* الوقف الخيري أو "الوقف العام": وهو الذي يقصد الواقف منه صرف ريع الوقف إلى جهات البر التي لا تنقطع، سواء كانت أشخاصاً معينين كالفقراء والمساكين، أم جهات بر عامة كالمساجد والمدارس والمستشفيات إلى غير ذلك.<sup>1</sup>

\* الوقف الذري أو "الخاص": ويسمى في المغرب الوقف المعقب، وهو تخصيص ريع للواقف أولاً ثم لأولاده ثم إلى جهة بر لا تنقطع. فمن وقف أرضه المعينة على نفسه مدة

حياته ثم من بعده على اولاده، ثم من بعدهم على مسجد بلدته، أو على جمعية المحافظة على القرآن الكريم، كان وقفاً أهلياً وذرياً.

وعرفته مدونة الأوقاف، في المادة 108، بأنه: "ما وقف على ولد أو عقب أو نسل أو ذرية المحبس أو غيره...".

\* الوقف المشترك: وهو ما خصصت منافعه إلى الذرية وجهة بر معاً. كما إذا وقف

نصف أراضيها الزراعية المعينة على جهة من جهات البر، ووقف نصفها الآخر على نفسه، ثم من بعده على ذريته.<sup>2</sup>

واعتبر المشرع المغربي وقفاً مشتركاً، ما وقف ابتداءً على جهة عامة وعلى شخص بذاته، أو عليه وعلى عقبه. (المادة 108 أعلاه).

<sup>1</sup> 26- العياشي الصادق فداد، مسائل في فقه الوقف، ورقة معلومات أساسية مقدمة إلى الملتقى العلمي حول قوانين الوقف والزكاة المزمع عقدها في نواكشوط - موريتانيا، 12- 16 مارس 2008، ص 10

<sup>2</sup> عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 25.

ثانيا : حسب طبيعة الوقف :

يمكن تصنيف الوقف<sup>1</sup> من حيث طبيعته إلى نوعين حسب مقتضيات الفصل 74 من ظهير 19 رجب 1333<sup>229</sup>.

1- الأوقاف أو الأحباس العامة التي تديرها وزارة الأوقاف.

2- الأوقاف الخاصة أو أحباس الزوايا التي تباشر الوزارة المذكورة فقط الرقابة عليها دون إدارتها.

ويقصد بالوقف العام، حسب نص المادة 50 من مدونة الأوقاف المغربية، كل وقف خصصت منفعته ابتداء أو مالا لوجوه البر والإحسان وتحقيق المنفعة العامة.

وتعتبر وقفا عاما، بقوة القانون، على المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأماكن الموقوفة عليها.

أما الأحباس الخاصة والتي تعرف بالمعقبة في المغرب، فهي كل ما حبس على أشخاص معينين بذاتهم أو على ذرياتهم من بعدهم. وهذا النوع من الأحباس يديرها المحبس عليهم لكنها تخضع لمراقبة وإشراف الوزارة المعنية.

وإذا كان الوقف نظاما إسلاميا محضاً، فيفيد ما حبس أصله وخصصت منفعته لوجه من أوجه البر، فإنه لا بد له من توفر أركانه واستكمال شروطه.

المطلب الثاني : أركان الوقف وشروطه :

إذا أبرم الوقف صحيحا مستوفيا لشروطه وأركانه، فإن منفعته تخرج عن ملك الواقف، ويصير حبسا للمصلحة العامة، أو لمن رصد له من المنتفعين، وهو ما يعبر عنه بأن الوقف صار حبسا على حكم ملك الله تعالى، ولم يدخل في ملك الموقوف عليه، ومن ثم يكون للسلطان القائم على حقوق الله تعالى ولاية تتعلق بحفظه والعمل على تحقيق رسالته. كما لا يجوز بيعه ولا تملكه ولا قسمته، إلا أن يكون الوقف مشاعا، فللشريك بناء على رأي من يقول بجوازه أن يطلب فيه القسمة، فتصح مقاسمته، لأن القسمة تميز وإفراز، والوقف يغلب فيه ذلك.<sup>3</sup>

فما هي إذن هذه الأركان والشروط المتطلبية لصحة الوقف؟ هذا ما سنحاول بحثه في هذا المطلب. حيث سنتناول أركان الوقف بداية ( الفرع الأول)، قبل الحديث عن شروطه ( الفرع الثاني).

<sup>1</sup> ويمكن تصنيفها كذلك حسب نوع الأعيان المحبسة إلى: - الأعيان الموقوفة للانتفاع بها بعينها كالمساجد والمدارس والزوايا ... و ينص الفصل السادس من الظهير الشريف الصادر في 06 محرم 1405هـ المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها على أنه: تعتبر وقفا على عامة المسلمين ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة لجميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي من مساجد وزوايا. كما يلزم هذا الظهير كل من يبني مسجداً أو يقنتي له مرافق تكون وقفا عليه ويكون ريعها كافيا للصراف على القيمين الدينين به وعلى تسييره.

- الأعيان التي تستغل ويصرف ريعها على الجهات المحبسة عليها وهي كذلك نوعان أ- الأراضي الفلاحية: وتناهر مساحتها 80.000 هكتار، غالبيتها يوزع سنويا للفلاحين لمدد مختلفة، ومنها بعض الأراضي التي قامت الوزارة باستثمارها بالقرس والاستصلاح وتسييرها مباشرة وتبيع غلها بالمزاد العلني.

ب- العقارات المبنية: وهي المحلات السكنية والتجارية والحمامات وغيرها من المباني ذات العائد وتكرى بأجرة معينة شهرية. من موقع <http://habous.net/test-awakaf/1203>. تاريخ الاطلاع 15 أكتوبر 2013.

<sup>2</sup> الظهير الشريف الصادر في 19 من رجب 1333 ( 2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة. والمنسوخ بالقانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية. الصادر بشأنها ظهير شريف رقم 1.11.178 بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 ( 22 نونبر 2011) .

<sup>3</sup> عبد الله النجار، ولاية الدولة على الوقف، المشكلات والحلول، مقال منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، مرجع سابق، ص104.

## الفرع الأول: أركان الوقف :

لكي ينشأ التصرف القانوني صحيحا فإنه يتعين فيه أن يكون مستجمعا لعناصره الجوهرية التي يقوم عليها، فهو بمثابة البناء الذي لا بد له من أركان يؤسس عليها<sup>1</sup>. والوقف باعتباره عقدا<sup>2</sup> لا يخرج عن هذا المبدأ، فيتطلب إبرامه أركانا أربعة، هي: الواقف، والموقوف، والموقوف عليه، والصيغة.

وستتناول هذه الأركان بشيء التفصيل فيما يلي :

## أولا : الواقف والموقوف عليه :

سنتعرض للواقف وشروطه بداية، ثم للموقوف عليه وشروطه لاحقا.

## أ- الواقف وشروطه :

الواقف أو المحبس هو المالك للذات أو المنفعة التي حبسها، وقد يكون شخصا ذاتيا كما قد يكون شخصا اعتباريا. ويشترط فيه أن يكون من أهل التبرع بما يريد تحبسه<sup>3</sup> أي أن يكون المحبس عاقلا بالغا رشيدا حرا مالكا، صحيح الجسم، مختارا وألا يكون قد أحاط الدين بماله<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد القادر العرعري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة...، الطبعة الثالثة عشر، مطبعة الأمنية، ص 61 - وكما هو معلوم فإن قانون الالتزامات والعقود قد حدد بمقتضى الفصل الثاني أركان العقد، وقد جاء فيه: "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة من الإرادة هي: - الأهلية للالتزام؛ - تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛ - شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام؛ - سبب مشروع للالتزام".

<sup>2</sup> يمكن القول بأن " المال الوقفي في أصله هو مال خاص يتحول بإرادة حرة للواقف إلى نظام خاص يشعب حاجة عامة (الوقف العام) أو حاجة خاصة عبد الرزاق اصبيحي، مقال منشور = بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، مرجع سابق، ص 40. وأيضا: "... ولا يحتاج في انعقاده إلى قبول الموقوف عليه"، سيد سابق، مرجع سابق، ص 270. - والوقف ينعقد بالإيجاب (المادة 17 من مدونة الأوقاف)، ولم تشترط المدونة القبول لاستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا معينا ( المادة 18). وهي مقتضيات تجعلنا نتساءل عن حقيقة الوقف، هل هو عقد يتم بتوافق إرادتين، أم إنه يتم بإرادة منفردة للواقف؟ أم أنه يجمع بين الطبيعيتين، إرادة منفردة بالنسبة للصورة الأولى، وعقد بالنسبة لحالة الشخص المعين؟ والمشرع قد استعمل عبارة "العقد" في المادة 5 وعبارة " ينعقد" في المادة 17 من مدونة الأوقاف، فهل يفيد ذلك أنه حسم في الطبيعة العقدية للوقف؟ في حين أن المشرع الجزائري اعتبر الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة. وفقا للمادة 4 من القانون المتعلق بالوقف.

<sup>3</sup> \* أن يكون عاقلا: المراد به كمال العقل، فلا يصح وقف المجنون لأنه فاقد العقل، ولا وقف المعنوه لأنه ناقص عقل، ولا وقف محتل العقل بسبب مرض أو كبير. \* أن يكون بالغا: فلا يصح وقف الصغير، سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو مأذونا له من وليه، أو غير مأذون له، فهو غير أهل للتبرع، لأن الذي له الولاية على ماله، لا يملك التبرع بشيء منه، فلا يملك الإذن به. وجاء في المادة 5 من مدونة الأوقاف: " يجب ان الواقف متمتعا بأهلية التبرع ...". كما تنص المادة 8 من نفس المدونة على أن: "وقف النائب الشرعي مال محجوره باطل" \* أن يكون رشيدا: ي غير محجور عليه بسفه أو فلس أو غفلة ولو بالولي.

\* أن يكون حرا: فلا يصح وقف العبد، لأنه لا ملك له يتبرع ب هاو يسقطه، وصدور الوقف عن الرقيق غير نافذ ولو كان مأذونا له، إلا إذا أذن له مولاه بالوقف. \* ان يكون مالكا: يجب ان يكون الواقف مالكا الشيء الموقوف، فلا يصح وقف مال الغير، ولا يصح وقف الغاصب للمغضوب، وأن لا يكون محجورا عليه. وجاء في المادة 5 من مدونة الأوقاف: "... وأن يكون مالكا للمال الموقوف، وله مطلق التصرف فيه، وإلا كان عقد الوقف باطلا". كما وجاء في المادة 9 من مدونة الأوقاف: " يعتبر وقف الفضولي باطلا، إلا إذا أجازته مالك المال الموقوف، شريطة استيفاء جميع اركان الوقف وشروطه" \* أن يكون صحيح الجسم: ان لا يكون مريضا مرض الموت وقت التحبب، فإن كان مريضا فيجري ذلك مجرى الوصية، تجوز بالتلث لغير الوارث إذا مات من ذلك المرض، وما ما فات التلث توقف على إجازة الورثة. أما إذا كان الموقوف عليه من الورثة فيتوقف نفاذ الحبس على إجازة بقية الورثة. وأما إن شوفي منه فالتحبب صحيح. وفي هذا تنص المادة 6 من مدونة الأوقاف: " يعتبر وقف المريض مرض الموت لازما، ويعطى حكم الوصية طبقا لأحكام مدونة الأسرة"

\* أن يكون مختارا: يشترط أن يكون الوقف برضى الواقف واختياره غير مكلره عليه.

\* أن لا يكون الواقف قد أحاط الدين بماله: فالشخص الذي كان مدينا وحجر عليه، فوقف أمواله، كان هذا الوقف غير صحيح إذا كانت ديونه مستغرقة لجميع أمواله. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 27 وبعدها. وفي هذا تنص المادة 10 من نفس المدونة " إذا استغرق الدين جميع مال الواقف وقت التحبب أو قبل حوز المال الموقوف، بطل الوقف ما لم يجزه الدائنون".

<sup>4</sup> امحمد برادة غزيول، وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، ص 89.



## ب- الموقوف عليه وشروطه :

الموقوف عليه أو المحبس عليه هو كل إنسان، أو جهة بر وخير، وهو إما معين أو غير معين ( المادة 12 من مدونة الأوقاف)، وقد أجاز المالكية أن يكون موجودا أو غير موجود حين التحبيس إلا أنه مرجو الوجود<sup>1</sup>، ويقول خليل : " ... على أهل للتملك كمن سيولد..."<sup>2</sup>.

ويشترط فيه الشروط التالية :

- أن يكون جهة بر وخير، وتكون هذه الجهة قرابة في نظر الإسلام، حتى يعتبر الإنفاق عليها تقربا إلى الله.<sup>3</sup>

- أن يكون الموقوف عليه أهلا للتملك حقيقة، وهو الإنسان راشدا أو سفيها أو صبيا أو مميزا أو غير مميز، غنيا<sup>4</sup> أو فقيرا، قريبا أو بعيدا... أو حكما، وذلك كوقف على مسجد ورباط ومدرسة وقنطرة ونحو ذلك.

- ألا يعود الوقف على الواقف. وقد اختلف الفقهاء في صحة الوقف على نفسه. ويرى المالكية والشافعية أن الوقف على النفس باطل، لا يجوز، سواء تقدم الوقف على النفس، أو تأخر، أو توسط. في حين اختلف فقهاء الحنفية بين من يجيز، أبو حنيفة وأبو يوسف، ومن يمنع، الإمام محمد.

أما الحنابلة فقد فرقوا بين الوقف على النفس واشترط الغلة لها. فبالنسبة للأول فهو عند أكثرهم غير صحيح، وينتقل الوقف مباشرة عندهم إلى من يليه ممن يصح عليهم، فيكون كمن وقف على من بعده ابتداء. أما إذا اشترط الغلة لنفسه على وجه الاستقلال، فحكمه كحكم الوقف على النفس، وإذا وقف على الغير، ويستثنى الكل منه مدة حياته، فهو صحيح لا خلا فيه بين فقهاء الحنابلة.<sup>5</sup>

وقد سار المشرع المغربي على هدى الفقه المالكي، حين نص في المادة 14 من مدونة الأوقاف على أنه : " يعتبر وقف الشخص على نفسه باطلا..."، كما يبطل الشرط في الوقف على الذكور دون الإناث أو العكس، أو على بعض أولاده دون البعض، ويبقى الوقف صحيحا.

وتجدر الإشارة أنه يدخل في الوقف ما كان تابعا مستقرا في الأرض من شجر وبناء، ويدخل فيه أيضا الشرب والطريق، ويشمل أيضا النواعير وآلات الحرث، في وقف الضيعة، متى ذكرت فيه. أما إذا تعلق الأمر بمقبرة، فإنه لا ينصب على الأبنية والأشجار، فتكون للواقف وورثته من بعده.

وقد اختلف الفقهاء في وقف غير المسلم، فذهب الشافعية والحنابلة إلى جوازه وصحته. وذهب المالكية والحنفية إلى أن وقف غير المسلم لا يصح.

<sup>1</sup> امحمد برادة غزبول، وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، ص 90.

وفي هذا يقول ابن عاصم في تحفته: وللكبار والصغار يعقد \*\*\* وللجنين ولمن سيوجد

<sup>2</sup> أحمد مصطفى قاسم الطهطاري، مرجع سابق، ص 304.

<sup>3</sup> عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 41.

<sup>4</sup> وقد اختلف العلماء في صورة الوقف على الأغنياء. فمنهم من أجازها لأنها ليست بمعصية، ومنهم من منعها لأن هذا شرط باطل ولأنه صرف له فيما لا ينفع الواقف لا في دينه ولا دنياه. ورجح بن تيمية هذا فقال: " وهذا من السرف والتبذير الذي يمنع منه، ولأن الله سبحانه وتعالى كره أن يكون المال دولة بين الأغنياء لقوله تعالى: " كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم" ( الحشر، الآية 7) ، سيد سابق، مرجع سابق، ص 272.

<sup>5</sup> للتوسع انظر عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 47 وبعدها.

## ثانيا: الشيء الموقوف وصيغة الوقف :

لا بد لصحة الوقف وجود شيء يكون محلا له، ويستجيب للشروط المتطلبة فيه، على أن يتم وقفه وفقا للصيغة الدالة عليه شرعا وقانونا.

### أ- الشيء الموقوف وشروطه :

الشيء الموقوف هو المال المقوم للملك للواقف ملكا تاما، فيجوز أن يكون الوقف عقارا أو منقولا بالإجماع. وهكذا يجوز وقف العقار والمنقول وباقي الحقوق الأخرى ( المادة 16 من مدونة الأوقاف)، وحددت المادة 11 من قانون الأوقاف الجزائري محل الوقف وشروطه بنصها: " يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة.

ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محدا ومشروعا.

ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة."

وعليه يجوز وقف الأصول اتفاقا، ويجوز في النقود والطعام والحيوان والعروض، فأما الأصول فتبقى بأعيانها، وأما النقود والطعام فيتسلفها من احتاج إليها، حسبما اشترط الحبس. كما يجوز تحبيس جزء شائع إذا كان الشيء يقبل القسمة، ويجبر الحبس على القسمة إذا طلبها الشريك<sup>1</sup>.

ومن شروطه:

- أن يكون مملوكا للواقف ملكا صحيحا باتا، لا يتعلق به حق الغير، مفرزا إذا كان غير قابل للقسمة.

وجاء في المادة 15 من مدونة الأوقاف: " يجب في المال الموقوف تحت طائلة البطلان:.... - أن يكون مملوكا للواقف ملكا صحيحا". ولا يشترط المالكية التأييد في صحة الوقف، وهو المنحى الذي سلكه المشرع المغربي، على خلاف المشرع الجزائري، كما تقدم.

- أن يكون الموقوف معلوما، وهو شرط الحنفية، فلا يصح وقف المجهول لأن الجهالة تؤدي إلى النزاع. ويكون كذلك بتعيين مساحته أو بتعيين نسبته إلى معين كنصف أرضه في الجهة الفلانية.

وهو ما تبنته محكمة النقض حين ذهبت إلى أنه: " يشترط لصحة وثيقة الحبس أن تأتي على ذكر اسم الشيء الحبس وموقعه وحدوده لنفي الجهالة عنه..."<sup>2</sup>

- وهناك من أضاف شرط الإفراز، أي أن لا يكون المال مشاعا، لأن من شرط الوقف التعيين. ولم يشترط المالكية والشافعية والحنابلة ذلك، إذ يجيزون وقف المشاع القابل للقسمة، ويستشهدون بكون عمر رضي الله عنه قد وقف مئة سهم بخير ولم تكن مقسومة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> امحمد بريدة غزويل، وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، ص 90.

<sup>2</sup> قرار عدد 3935 المؤرخ في 20/09/2011، ملف مدني عدد 2009/1/1/1228، منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوافية، م.س، ص 167.

<sup>3</sup> سيد سابق، مرجع سابق، ص 271.

## ب- صيغة الوقف :

صيغة الوقف هي كل ما يصدر من الواقف أو المحبس دالا على إنشاء الحبس لفظا كان أو فعلا أو إشارة، فيكفي في تحققها وجود الإيجاب من الواقف، وأما القبول من الموقوف عليه فليس بركن<sup>1</sup>.

وعليه فالوقف ينعقد عند المالكية، إما بلفظ صريح<sup>2</sup> مثل "وقفت" أو "حبست" أو بلفظ غير صريح مثل "تصدقت" إن اقترن بقيد أو كان على جهة لا تنقطع مثل الفقراء والمساجد أو كان على مجهول محصور كالذرية والأعقاب.<sup>3</sup> كما قد يكون بالفعل الدال عليه كأن يبني مسجدا ويؤذن للصلاة فيه.<sup>4</sup>

ويكفي في تحقيق الصيغة وجود الإيجاب من الواقف، و أما القبول فإنه يختلف حسب الموقوف عليه؛ فإذا كان غير معين، فلا خلاف في أن القبول ليس ركنا ولا شرطا في صحة الوقف، أما إذا كان الموقوف عليه معينا، فقد اختلف في حكمه الفقهاء، بين من جعله شرطا لصحة الوقف، ومن قال بخلاف ذلك.

و يبدو، من نص المادة 18 من مدونة الأوقاف، أن المشرع المغربي قد ساير الاتجاه الذي جعل من قبول الموقوف عليه المعين شرطا لصحة الوقف، في حين أن القانون المصري لم يشترط قبول الموقوف عليه إلا إذا كان هذا الأخير جهة لها من يمثلها قانونا. (المادة 9 من القانون رقم 48 لسنة 1946).

و في هذا يقول أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني ( الشهير بالصنهاجي): "يشترط في صحة الحبس على معين رشيد قبول المحبس عليه له غما حقيقة ويكون بالتصريح به وغما حكما كما لو حازه المحبس عليه وصار يستعمله أو يتصرف فيه لأن هذا أقوى من التصريح بالقبول في الدلالة عن الرضى بالحبس..."<sup>5</sup>

واشترط الفقهاء في الصيغة شروطا تختلف باختلاف مذاهبهم، نجلها في التأييد، والتنجز، والجزم، وعدم الاقتران بشرط باطل.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 49. - تنص المادة 17 من مدونة الأوقاف: " ينعقد الوقف بالإيجاب. يكون الإيجاب إما صريحا، أو ضمنيا شريطة أن يفيد معنى الوقف بما اقترن به من شروط. ويتم الإيجاب إما بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالفعل الدال على الوقف".

- وتنص المادة 12 من القانون الجزائري: " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه".

<sup>2</sup> قد جاء في قرار لمحكمة النقض: "... لكن حيث يؤخذ من طليعة الرسم موندل الجدل من طرف الطالب أن المحبس عبر بلفظ الحبس صراحة ومن ثم فلا وجود لأي احتمال أو استتباب في مدلول الرسم مما يبقى معه الفرع الأول من الوسيلة غير ذي أساس..."، قرار عدد 1120 المؤرخ في 15/03/2000، ملف مدني عدد 1996/2/1/3088، منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، مرجع سابق، ص 173.

<sup>3</sup> امحمد بريدة غزبول، وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، ص 91.

<sup>4</sup> للتوسع في الصيغ المستعملة، راجع عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

<sup>5</sup> أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، وثيقة وشرح، كيفية تحريرها وبيان فقهاها، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1968، مطبعة الأمنية الرباط، ص 595.

<sup>6</sup> للتوسع في هذه الشروط، راجع عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها.

## الفرع الثاني : شروط الوقف :

يشترط لصحة الوقف، حسب المادة 24، أمران: 1- الإشهاد على الوقف؛ 2- حوز المال الموقوف قبل حصول المانع - موت الواقف أو إفلاسه- مع مراعاة أحكام المادة 10 من نفس المدونة. وعليه سنتعرض (أولاً) للإشهاد على الوقف، على أن نتناول شرط حوز المال (ثانياً).

## أولاً: الإشهاد على الوقف :

عن عبد الله بن عباس، أن سعد بن عبادة رضي الله عنه - أبا بني ساعدة - توفيت أمه وهو غائب عنها، فأتي النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله، إن أمي توفيت وأنا غائب عنها، فهل ينفعها شيء إن تصدقت به عنها؟ قال: نعم. قال : فإني أشهدك أن حائطي المخراف صدقةٌ عليها<sup>1</sup>.

فالمقرر شرعاً أن الشهادة إحدى طرق إثبات الوقف، وفي الفقه الإسلامي لم يشترط الإشهاد على الوقف بوصفه شرطاً لصحته، إلا أنه في العهود المتأخرة أدرجت بعض الدول الإسلامية بنوداً قانونية لإثبات الوقف كاشتراط صدور إشهاد رسمي ممن يملكه، أمام الجهة المختصة بسماعه، وبناء على هذه النصوص عدّ الإشهاد شرطاً لصحة الوقف<sup>2</sup>.

وجاء في الموسوعة الفقهية : "إشهاد الشهود على التصرفات وسيلة لتوثيقها، واحتياط للمتعاملين عند التجاحد، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم؛ لأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها".

ويتلقى العدول الإشهاد على الوقف وفقاً للمادة 25 من مدونة الأوقاف، وإذا تعذر تلقي هذا الإشهاد، اكتفي استثناءً بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقاً على صحة توقيعها طبقاً للقانون.

ويستفاد من هذه المادة أن المشرع قد اشترط عنصر الإشهاد لصحة الوقف، حيث إن المبدأ هو أن يتم الإشهاد أمام العدول، واستثناءً، إذا تعذر تلقي الإشهاد من طرف العدول، سلوك طريق ورقة عرفية يحررها الواقف مع شرط تصحيح التوقيع لدى الجهات المختصة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه البخاري .

<sup>2</sup> نصت المادة الأولى من قانون الوقف المصري رقم (48 لسنة 1952) على اشتراط إشهاد رسمي من الواقف، وأيضاً المشرع المغربي في المادة 24 أعلاه .

<sup>3</sup> "... وقد استقر اجتهاد المجلس الأعلى على أن العقد العرفي الموقع عليه من طرف المتبرع، وقيام هذا الأخير بإجراءات المصادقة على التوقيع يعد بمثابة الإشهاد اللازم لصحة عقد التبرع." قرار عدد 33 بتاريخ 2009/01/21 في الملف عدد

2008/1/2/210. منشور بمجلة القضاء المدني، العدد الرابع، السنة الثانية، صيف/خريف 2011، ص 166.

ثانيا : حوز المال الموقوف :

يشترط في صحة الحبس أيضا حوزة من طرف الحبس عليه، كما قال ابن عاصم في التحفة :

والحوز شرط صحة التحبيس\*\*\*قبل حدوث موت أو تفليس

وعرف التسولي الحوز بأنه " رفع يد المعطي من التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المعطى له أو نائبه من وكيل أو مقدم أو وصي".<sup>1</sup>

وعرفته الفقرة الأولى من المادة 26 من مدونة الأوقاف بأنه: " رفع يد الواقف عن المال الموقوف ووضعه تحت يد الموقوف عليه".

إذا لم يحز الحبس عليه المال، حتى مات الحبس أو مرض ومات من مرضه أو وقع له فلس، فإن الوقف يبطل وكذلك يبطل بتفويت الحبس له بالبيع أو الهبة أو الصدقة.<sup>2</sup>

ويعتبر القبض والتسليم والحيازة من شروط الوقف، ويثبت الحق للواقف أن يتراجع عنه قبل تسليم العين الموقوفة إلى الموقوف عليه ، أو إلى وليه إذا كان الوقف على الجهات العامة. كما أن الوقف يبطل بوفاة الواقف قبل حصول التسليم والحيازة والقبض.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أورده أحمد ادريوش، حوز المال الموقوف في إطار مدونة الأوقاف، مقال منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، م. س، ص 17.

<sup>2</sup> أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، مرجع سابق، ص 596.

<sup>3</sup> عبد الكريم شهيون، م. س، ص 62.

وقد رجحت مدونة الأوقاف المغربية أن يكون الوقف شرطا لصحة الحبس بصفة خاصة، والتبرعات بوجه عام.<sup>1</sup> وهو ما استقر عليه القضاء<sup>2</sup> كذلك وبصيغة تكاد تكون موحدة. فعنده أن الحيازة شرط صحة<sup>3</sup> في التبرعات، وتثبت عنده بمعاينة البينة<sup>4</sup> الشاهدة.

وقد يكون الحوز ماديا إذا تم بمعاينة البينة، واستمر سنة كاملة قبل حصول المانع، كما قد يكون حكما، فيتحقق بجميع التصرفات التي يجريها الموقوف عليه في المال الموقوف<sup>5</sup>. ولا يتوقف على إذن الواقف، بل يجبر عليه إن امتنع عنه (المادة 26 من المدونة).

إلا أن الصيغة النهائية التي أضحت عليها هذه المقتضيات في الفقرة الثانية من المادة 26 من المدونة هي: "يصح الحوز بمعاينة البينة، أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري، أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف".

وهو نفس الموقف بالنسبة لحوز وقف دار السكنى، فقد نصت المادة 36 من المدونة: "يشترط لصحة وقف شخص محل سكنه إفراغه؛ إما بمعاينة البينة لذلك، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما".

<sup>1</sup> أحمد ادريوش، مرجع سابق، ص 20.

<sup>2</sup> "... من المعلوم فقها وشرعا أنه لا حكم بالحبس إلا بعد ثبوت التحبب وثبوت ملك المحبس لما حبسه يوم التحبب وبعد أن تتعين الأملاك المحبسة بالحيازة لها..."، قرار محكمة الاستئناف بتطوان، عدد 1316 مؤرخ في 2004/7/1، ملف عقاري رقم 604/01، منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، م. س، ص 184.

- "... ذلك أن الحيازة شرط في سائر التبرعات لقول ابن عاصم - والحوز شرط صحة التحبب قبل حدوث موت أو تفتيس - والحيازة لا تكون إلا بمعاينة الشاهدين بتحوز الأرض المحبسة من طرف الجهة المحبس عليها ولا يمكن ولا يمكن الاعتراف بذلك ولقد تمسك الطالب بهذه القاعدة أمام قضاء الموضوع مما يكون معه القرار المطعون فيه معرضا للنقض..."، قرار محكمة النقض عدد 1120، مؤرخ في 2000/3/15، ملف مدني عدد 1996/2/1/3088. منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، م. س، ص 173.

\*\* "... من المقرر فقها وقضاء أنه يشترط لتنام الحبس أو الوقف حصول الحوز باعتبار أن الحوز شرط أساسي في كل التبرعات ومنها الحبس وهو ما أشار إليه ابن عاصم..." قرار محكمة الاستئناف بطنجة، عدد 420 بتاريخ 2008/04/24 ملف شرعي رقم 8/06-11، منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، م. س، ص 195.

\*\* "... في حين أنه بمقتضى قواعد الفقه المعمول به، يكفي في ملكية الأحياس أن يشهد شهودها بمعرفتهم للملك اسما وموقعا، وأنه حبس على جهة معينة، وأنه يحاز بما تحاز به الأحياس، ويحترم بحرماتها، ولا يشترط فيها شروط الملك المعترية شرعا الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة، الأمر الذي يعتبر معها القرار المطعون فيه فاسد التعليل،... مما عرضه للنقض والإبطال..."، قرار عدد 848 بتاريخ 2004/03/17، ملف مدني عدد 2003/1/1/2275، منشور بمجلة المنازعات الوقفية، منشورات مجلة القضاء المدني، الجزء الأول، ص 116.

<sup>3</sup> ويستثنى من شرط الحوز حالات نصت عليها المدونة، حددتها المادة 27 وهي: \* إذا تعذر الحوز لأسباب لا يد للموقوف عليه فيها؛ \* إذا صرح الواقف بإخراج المال الموقوف من ماله عاش أو مات؛ \* إذا كان الوقف معلقا على عمل خير ينجزه الموقوف عليه؛ \* إذا كان الواقف في حالة مرض الموت؛ مع مراعاة أحكام المادة 6 من نفس المدونة؛ إذا كان الوقف معلقا على عمل ينجزه الموقوف عليه.

<sup>4</sup> يقول ابن عاصم في التحفة:

ومن يجبس دار سكناه فلا يصح إلا أن يعاين الخلا

ونافذ تحبب ما قد سكنه بما كالاكتراء من بعد السنة

إن كان ما حبس للكبار ومثل ذلك في الهبات جار

<sup>5</sup> المادة 34 من المشروع التمهيدي الأول لمدونة الأوقاف.

وتفيد المعاينة بالنسبة للعقار " التطوف عليه بالبينة من سائر جهاته"؛ وفي دار السكنى " إذا عاينوها فارغة وخلقى بينها وبين المتصدق عليه بقبض مقاتحها ونحو ذلك".<sup>1</sup>

أما إذا تصرف الموقوف عليه في المال الموقوف، وهذا هو الحوز الحكمي، بجميع صور التصرف أو الإخلاء، فإن الحوز يقع صحيحاً.<sup>2</sup>

ويسوغ أن يحوز المتبرع عليه المال المتبرع به، حتى ولو كان ناقص الأهلية بأن كان صغيراً مميزاً أو سفيهياً؛ أما إذا كان فاقداً للأهلية حاز عنه نائبه الشرعي، وإذا لم يكن له نائب شرعي عين له القاضي من ينوب عنه في الحوز.<sup>3</sup>

ولم يشترط القضاء المغربي، تطبيقاً منه للفقه الإسلامي، وجوب توفر الحوز عند انعقاد التبرع، بل استقر على أنه ليس من الواجب معاينة البينة للحوز عند انعقاد التبرع، بل يكفي أن تتم المعاينة بعد ذلك، بشرط أن تتم قبل حدوث المانع من موت أو إفلاس أو غيرهما من الموانع.<sup>4</sup>

بقي أن نشير أن مدونة الأوقاف، كرسست مبدأ جديداً، يتمثل في صحة الحوز بتسجيل الوقف في الرسم العقاري - الحيازة القانونية - .

وبهذا التنقيص يكون المشرع قد حسم الخلاف الذي كان سائداً في الفقه والقضاء، بين من يرى بأن التسجيل وحده يكفي لصحة الحوز ويغني عن الحوز الفعلي، وبين الاتجاه الذي يقول بوجود التفرقة بين الحوز الفعلي، باعتباره شرط لصحة تتم التبرع، والتسجيل، باعتباره ضروري لوجود السند قانوناً وإنتاج آثاره بين المتعاقدين وتجاه الغير، ويترتب على ذلك أن الحوز القانوني لا يغني عن الحوز المادي.

وفي مقابل ذلك، وحماية منه للوقف، لطف المشرع من مبدأ القوة المطلقة للرسم العقاري المستمدة من مقتضيات المضمنة في ظهير التحفيظ، ذلك أن المادة 54 من مدونة الأوقاف جاء فيها ما يلي: " إن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ، شريطة أن ترفع في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين.

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف وقفاً عاماً، بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيد العقار بالرسم العقاري بالمتعلق به في اسم الأوقاف العامة".

<sup>1</sup> أحمد ادريوش، مرجع سابق، ص 24.

<sup>2</sup> " ... أن الإدلاء بلقيف يشهد شهوده بحوز المتصدق عليها للعقار المتصدق به في حياة المتصدق وتصرفها فيه بالكراء والمزارعة كافي لإثبات شرط الحوز ويغني عن الإشهاد في رسم الصدقة عن معاينة تلك الحيازة"، قرار محكمة النقض عدد 108 ملف عقاري 5382/93، أورده، محمد براءة غزبول، وآخرون، مرجع سابق، ص 101.

- وفي قرار آخر: " إذا ثبتت حيازة الصدقة بقبض كراء العقار المتصدق به وتسجيله بإدارة الضرائب على اسم المتصدق به عليه، فإن ذلك يغني عن معاينة الحيازة وإفراغ المتصدق من العقار المتصدق به"، قرار عدد 197 ملف شرعي عدد 2003/1/2/333، بتاريخ 2005/4/6، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 63، ص 116 وما بعدها.

<sup>3</sup> أحمد ادريوش، مرجع سابق، ص 26.

<sup>4</sup> أحمد ادريوش، مرجع سابق، ص 27.

## المبحث الثاني: إثبات الوقف وآثاره:

يقتضي حتما كل تنظيم قضائي وجود نظام للإثبات، إلا أن التنظيم القانوني للإثبات لا يتخذ صورة واحدة، فمنها ما يقيد حرية القاضي في تلمس الدليل، ومنها ما يفسح مجالا أكبر للقاضي حتى يشتد التقارب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية<sup>1</sup>.

ويعتمد القاضي على قواعد الإثبات المقررة في قانون المسطرة المدنية أو قانون الالتزامات والعقود، فالثانية تحدد محل الإثبات ومن يقع عليه عبئه وطرقه وقيمة كل طريقة منها، في حين أن الأولى قواعد إجرائية تحدد الإجراءات المتبعة في إقامة الأدلة في نزاع معروض أمام القضاء<sup>2</sup>.

ومتى ثبت تمام الوقف، فإنه يسبغ على المال الموقوف نظاما خاصا، يمنع صاحبه من التصرف فيه بالعوض أو بالتبرع، وتصرف ثمرته في ما عينه المحبس، أو في سبيل البر العام إن لم يعين المحبس مصرفا<sup>3</sup>.

وعليه سنعمل في هذا المبحث بيان وسائل إثبات الوقف (المطلب الأول)، على أن يتم الحديث عن آثاره في (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: إثبات الوقف:

الإثبات من الثبوت، والثبوت في اللغة: حصول أمر وتحققه ودوامه. يقال: ثبت يثبت ثباتا وثبوتا. والإثبات: إقامة الشيء؛ يقال: أثبته: أقامه في مكانه لا يبرحه.

وأثبت حجته: أقامها وأوضحها، والثبت: الحجة والبينة.

والإثبات في مجال القضاء الشرعي: إقامة المدعي الدليل أمام القضاء بالطرق الشرعية على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه<sup>4</sup>.

وفي الاصطلاح القانوني: إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون لتأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ادريس بلمحجوب، مسار العمل القضائي في مجال إثبات الوقف، مقال منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، م. س، ص 95.

<sup>2</sup> ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى 1977، ص 16.

<sup>3</sup> عبد الكريم شهبون، م. س، ص 86.

<sup>4</sup> محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى 2000، مطبعة النجاح الدار البيضاء، ص 17.

<sup>5</sup> ادريس العلوي العبدلاوي، مرجع سابق، ص 4.



وقد تضاربت مواقف الفقه والقضاء بشأن وسائل إثبات الوقف، وانقسموا إلى اتجاهين، أحدهما يحصره في رسم التحبیس، والثاني يتبنى مبدأ حرية إثبات الوقف. (الفرع الأول). وتبعاً لذلك، يتعين تحديد أهم هذه الوسائل مشفوعة بالاجتهاد القضائي في إثبات الوقف (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: اتجاهات إثبات الوقف:

انقسم الفقه والقضاء، في مسألة إثبات الوقف إلى اتجاهين، الأول يشترط ضرورة الإدلاء برسم الحبس، والثاني يوسع من نطاق الإثبات إلى اعتماد كل وسائل المقررة قانوناً<sup>1</sup>.

#### أولاً: ضرورة الإدلاء برسم الحبس:

يشترط لإثبات الحبس ضرورة الإدلاء برسم التحبیس وأن يكون هذا الأخير مستجمعا لكافة أركانه وشروطه التي حددها الفقهاء، ومن أهم هذه الشروط ملكية ما حبس يوم التحبیس، وتعيين الملك المحبس بدقة ومحدود واضحة، وحياسة الموقوف عن الواقف، والإشهاد على الحبس من طرف عدلين في رسم يخاطب عليه القاضي، أما الوسائل الأخرى غير رسم التحبیس فهي غير كافية في الإثبات، ويتعلق الأمر بالحوالات الحبسية وشهادة السماع والشهادات الليفية وغيرها<sup>2</sup>.

وهو ما يستفاد من قضاء استئنافية فاس، حين قضت بأن استئناف وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية لا يستند على أساس لكون الملكية عدد 101 ناقصة شرعاً لخلوها من شروط الملك، ولأنه لا يكفي في الاستحقاق الاستدلال بالحبس دون اشتغال رسمه على الشروط المذكورة<sup>3</sup>.

#### ثانياً: إثبات الوقف بكل الوسائل:

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة توسيع نطاق الإثبات في مجال الوقف وإمكانية الاعتماد على كل الوسائل المتاحة شرعاً بما فيها الشهادات الليفية وشهادة السماع<sup>4</sup> ورسم كناش الأحباس.

<sup>1</sup> وقد أخذ المشرع المغربي بالإثبات المختلط، فلم يأخذ بالحرية المطلقة أو التقييد الكامل في الإثبات، وقد حصر الأدلة التي يجوز استخدامها للإثبات أمام القضاء أي أنه قد حدد طرق الإثبات ومقتضى هذا الخضم لا يسعه أن يثبت ادعاه إلا بالدليل الذي يحدده القانون كما أن القاضي يتعين عليه ألا يبيّن حكمه إلا على أدلة يقرها القانون. ادريس العلوي العبدلوي، م. س، ص 54.

- وقد حدد المشرع المغربي وسائل الإثبات في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود وجاء فيه: "وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي: 1- إقرار الخصم، 2- الحجة الكتابية، 3- شهادة الشهود، 4- القرينة، 5- اليمين والنكول عنها". راجع أيضاً الفصلين 401 و402.

<sup>2</sup> عمر السكتاني، دور التحفيظ في حماية العقارات الموقوفة، دراسة تحليلية نقدية في ضوء مقتضيات القانون الجديد لنظام التحفيظ العقاري ومستجدات مدونة الأوقاف، مقال منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوظيفية، ص 77.

<sup>3</sup> فقرة استئنافت من وقائع قرار محكمة النقض، عدد 848 بتاريخ 2004/03/17، ملف مدني عدد 2003/1/1/2275. منشور بمجلة المنازعات الوظيفية، مرجع سابق، ص 117.

<sup>4</sup> " الليف في اللغة من لف. ولف الشيء من باب رد، ولفه شدد للمبالغة. والليف ما اجتمع من الناس من قبائل شتى. وفي الاصطلاح الفقهي: "هي شهادة اثني عشر رجلاً لدى عدل أو عدلين بواقعة معينة". ويكون ذلك بمقتضى مستند عام كالمخالطة والمجاورة والاطلاع على الأحوال والمصاهرة والقرابة. ومفهوم شهادة الليف في المغرب يطلق عموماً على الشهود الذين بلغوا اثني عشر رجلاً، يؤدون شهادتهم شفاهياً عند العدل وهو يكتبها وفق ضوابط خاصة. عبد العزيز فتحاوي، الليف العدلي ودوره بمدونة الأسرة، طبعة 2005، ص 13 وبعدها.

- وعرف ابن عرفة شهادة السماع بقوله: "هي لقب لما يصرح فيه الشاهد بإسناد شهادته لسماع من غير معين"، مرجع نفسه.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض: في حين أنه بمقتضى قواعد الفقه المعمول به، يكفي في ملكية الأحباس أن يشهد شهودها بمعرفتهم للملك اسماً وموقعا، وبأنه حبس على جهة معينة، وأنه يحاز بما تحاز به الأحباس، ويحترم بحرماتها، ولا يشترط فيها شروط الملك المعتبرة شرعا الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة، الأمر الذي يعتبر معها القرار المطعون فيه فاسد التعليل، ... مما عرضه للنقض والإبطال...".<sup>1</sup>

كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض<sup>2</sup> " وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه رغم أنها لم تنف بصفة جازمة عدم انطباق موجب السماع الفاشي بالحبس على المدعى فيه، فإنها لم تناقش ما تضمنه مقال استئناف الطالبة في الصفحة الثالثة منه، من أن الشهادة التي أدلى بها هي شهادة ليف بالسماع الفاشي بين الناس أن القطعة الأرضية المتنازع عليها هي من ممتلكات الأحباس، التي تتصرف فيها وتؤجرها للغير، ومن أن ما ورد في الحكم المستأنف من تعليل فقهي مبني على خطأ في التقدير، ... ورغم أن الحكم الابتدائي أبعد ليف السماع الفاشي بالحبس بعلّة أنه ليس مما يثبت منفعة الشيء المحبس بصفة سائغة، مع أن شهادة السماع الفاشي بالحبس مع الحيابة تقبل في هذا الباب، مما كان معه القرار المطعون فيه حين أبعد شهادة السماع الفاشي في الحبس مشوبا بعيب خرق قاعدة فقهية جواز إثبات الحبس بشهادة السماع الفاشي مادام مقرونا بالحيابة...".<sup>3</sup>

وقد تدخل المشرع لتجاوز هذا الخلاف، بعد صدور مدونة الأوقاف، بمقتضى المادة 48 حيث نصت على أنه: " يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس...".

### الفرع الثاني: طرق الإثبات في الفقه والاجتهاد القضائي:

يتوقف الاحتجاج بالوقف من طرف الموقوف عليه، على إثباته أمام القضاء وجود الوقف مستوفيا شروطه. وسنحاول الوقوف عند هذه الطرق مستدلين عليها بالاجتهاد القضائي.

أولا: الحوالة الحبسية والإقرار:

#### 1- الحوالة الحبسية:

الحوالة مشتقة من الحول وهو العام، وتعد وسيلة فعالة لإثبات الوقف وصيانتها في الكنائس الموجودة في النظارات، فناظر الوقف ومتولي الخطة الحبسية كانت تسجل عليه العقود ويشرف على توثيق الأوراق. وهي بذلك بمثابة عقود محفوظة ورسوم عقارية يسهر على تصنيفها عدلان يعينهما القاضي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> قرار عدد 848 بتاريخ 2004/03/17، ملف مدني عدد 2003/1/1/2275، منشور بمجلة المنازعات الوقيّة، منشورات مجلة القضاء المدني، الجزء الأول، ص 116

<sup>2</sup> القرار عدد 3828 بتاريخ 2007/11/28، ملف مدني عدد 2005/4/1/2442، منشور بمجلة القضاء المدني، العدد الثالث، السنة الثانية، شتاء/ربيع 2011، ص 157.

<sup>3</sup> " ولعل هذا التوجه القضائي هو الذي سار على منواله العمل الإداري بالمحافظة العقارية حسب ما يستفاد من دورية المحافظ العام عدد 014085 الصادرة بتاريخ 2009/11/24 التي أكدت على إمكانية إيداع مطالب التحفيظ استنادا إلى السماع الفاشي التي يشهد فيها شهودها بأنهم مازالوا يسمعون عن الثقات منذ عشرين سنة بأن ملكا معيناً قد حبس على فلان وأنه يحترم بحرمه الأحباس. "، عمر السكتاني، ج. ص، ص 77.

<sup>4</sup> ادريس بلمحجوب، مرجع سابق، ص 98.

وقد أشار حكم إلى " أن مجرد الذكر في الحوالة لا يوجب استحقاق الحبس، وأن ما قيد بحوالة القرويين لا ينعف فيما كان محوزا بيد من ادعى ملكه ولا ينتزع بمجرد التقييد المذكور، فكما يحتاط للحبس أن لا يضيع منه شيء، يحتاط أيضا أن لا يدخل فيه ما ليس فيه"<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر " ... في حين يبقى رسم الحوالة الحبسية المستدل به من طرف المتعرض له حجيته، وبالتالي عامل في النزاع، والحكم المستأنف بقضائه بصحة التعرض يكون قد صادف الصواب الأمر الذي يتوجب معه تأييده"<sup>2</sup>.  
وأكد حكم آخر هذا المبدأ، حيث " أن هذه الحوالة الحبسية ما دام أنها تضمنت كون العقار يحاز بما يحاز به الأملاك الحبسية وتحت تصرف الأوقاف وعليه فإنها تعد من وسائل إثبات الملك الحبسي"<sup>3</sup>.

## 2- الإقرار :

يفيد إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر. وهو حجة قاصرة على المقر ملزمة له فيما أقر، ولكن لا يتعداه إلى غيره. ويشترط فيه أن يتم بالطوع والرضا وان يكون المقر عاقلا بالغاً.

وقد يكون الإقرار أمام القاضي، أو خارج مجلسه. فالأول يصبح ملزما للواقف متى توفرت فيه الشروط، أما الثاني فيميز فيه بين فرضين:

- الإقرار الشفوي: وللعلماء فيه رأيان، أولهما يعتبر إقرار المدعى عليه، ويحق للمدعي إثباته بالبينة، شهادة كانت أو توجيه اليمين إليه. وثانيهما، يرى بأن الإقرار لا يعول عليه إلا إذا كان في مجلس القضاء.

- الإقرار الكتابي: لا خلاف بين العلماء الذين يرون صحة الإثبات بالخط في جواز الإثبات بالإقرار الكتابي في غير مجلس القضاء، شرط أن يحمل توقيع الواقف أو ختمه.<sup>4</sup>

وذهبت محكمة النقض إلى أن عدم تسجيل عقد التحبيس بالرسم العقاري لا يمكن أن يؤثر على صحة موضوعه أو يحد من أثره في نقل الحق للأعباس، خاصة وأن الحيازة المادية للملك المحبس قد تمت فعلا، وكانت بصفة علنية كافية، وثابتة باعتراف الورثة أنفسهم، وأن استغلالها كان قبل وفاة الطرف المحبس بعده.<sup>5</sup>

في حين سلك المشرع المغربي، بخصوص الإقرار، منحى آخر بنصه في الفقرة الثانية من المادة 48 من المدونة: "... لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته."

1 حكم عدد 11 بتاريخ 3 شعبان 1343 في القضية رقم 713 منشور بمجلد أحكام الاستئناف الشرعي الأعلى. أورده، ادريس بلمحجوب، مرجع سابق، ص 98.

2 قرار 485 مؤرخ في 2008/05/22، ملف شرعي عدد 8/07/36، منشور بمجلة المنازعات الوقفية، مرجع سابق، ص 127.

3 حكم عدد 35 بتاريخ 10/02/2011، ملف رقم 09/13/31، منشور بمجلة النظام القانوني، م. س، ص 209.

4 عبد الكريم شهبون، م. س، ص 116.

5 ادريس بلمحجوب، مرجع سابق، ص 100.

ثانيا: الشهادة ورسم الحبس :

## 1- الشهادة :

تعتبر الشهادة في الفقه الإسلامي أهم وسيلة للإثبات في جميع الميادين. فهي تعتبر من الطرق الأصلية، أي من الأدلة التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملة لأدلة موجودة، كما أنها قد تكون كافية وحدها.

ومعلوم أن البيئة بالشهادة تعتبر من طرق الإثبات ذات الحجية غير الملزمة للقاضي، فهو حر في تكوين اقتناعه بشهادة الشهود.<sup>1</sup>

ويقول ابن عاصم في تحفته :

واعملت شهادة السماع\*\*\* في الحمل والنكاح والرضاع

وحبس من حاز من السنين\*\*\* عليه ما يناهز العشرينا

وجاء في قرار محكمة النقض : " شهادة السماع يعمل بها في الحبس، ويكفي فيها قول شهودها بأننا نسمع من الثقة وغيرهم منذ عشرين سنة أن الشيء حبس على جهة معينة، وأنا نعلم أنه يحترم بجرمة الأعباس..."<sup>2</sup>

وفي قرار آخر " إثبات الحبس يكفي فيه أن يشهد الشهود بمعرفتهم للملك الحبس اسما وموقعا وحدودا، وأنه حبس على جهة معينة..."<sup>3</sup>

## 2- رسم الوقف :

رسم الوقف هو الوثيقة التي تدون فيها عقارات الوقف وعقده وإرادة الواقف فيه بتعيين المستحقين في الوقف والمتولي عليه.

على أنه يجب في رسم الحبس تحديد العقار الحبس. وبيان طبيعة الحبس للملك، وإذا كان الحبس عليه قاصرا أو ناقص أهلية شهدا العدلين بذلك. ويراعى قصد الحبس لا ألفاظه مع مراعاة أعراف البلد عند التفسير.<sup>4</sup>

وجاء في قرار محكمة النقض " ... وأن ما أدلوا به من حجج لإثبات ذلك والمتمثلة في رسم إثبات الحبس وإحصاء المتروك ورسم تقويم أملاك خالية من البيانات اللازم توفرها في وثيقة الحبس من ذكر اسم الشيء الحبس وموقعه وحدوده لنفي الجهالة عنه...، إن القرار المطعون فيه حين أورد تعليله أن " رسم التحبيس المعتمد يذكر اسم العرصة ... دون ذكر أوصافها من حيث الحدود والموقع...، " يكون ... معللا تعليلا كافيا..."<sup>5</sup>

وينتج عن ثبوت الوقف المستوفي أركانه وشروطه، أن ينتج آثاره. وهو ما سنتوقف عنده في المطلب الموالي.

<sup>1</sup> ادريس بلمحجوب، مرجع سابق، ص 100.

<sup>2</sup> قرار عدد 3431، مؤرخ في 2003/12/3، ملف مدني عدد 2003/1/1/2180، منشور بمجلة المنازعات القضائية، م. س، ص 120.

<sup>3</sup> قرار عدد 624، مؤرخ في 2008/02/13، ملف مدني عدد 2006/1/1/3363، منشور بمجلة المنازعات القضائية، م. س، ص 128.

<sup>4</sup> عبد الكريم شهبون، م. س، ص 124.

<sup>5</sup> قرار عدد 3935، بتاريخ 2009/09/20، ملف مدني عدد 2009/1/1/1228، منشور بمجلة النظام القانوني للأحكام الوقفية، م. س، ص 167.

## المطلب الثاني: آثار الوقف :

قبل الحديث عن مصير ملكية المال الموقوف ( الفرع الثاني)، سنعمل على بيان خصائص دعوى الوقف ( الفرع الأول).

## الفرع الأول : دعوى الوقف :

نتعرض أولا للخصومة في دعوى الوقف وشروطها، قبل الحديث عن تقادمها والحكم فيها ثانيا.

### أولاً: الخصومة في دعوى الوقف :

الخصم في دعوى الوقف سواء أكانت متعلقة بعينه أو بغلته هو متولي الوقف. وليس للموقوف عليه أن يكون خصماً، إلا إذا أذن له القاضي بالخصومة أو كان هو متولي الوقف.

ولا يملك أحد من المستحقين الدعوى لإثبات الوقف، إذا لم يكن الوقف ثابتاً بطريق شرعي.<sup>1</sup>

ويشترط في دعوى الوقف، بيان اسم والواقف وبيان الجهة الموقوف عليها، ويشترط للحكم بصحة الوقف أن يبرهن مدعيه على أن الواقف كان مالكا للموقوف حين وقفه.

### ثانياً : التقادم في دعوى الوقف والحكم فيها :

يفيد التقادم " مرور مدة من الزمن يمنع القانون بعدها سماع الدعوى للمطالبة بحق من الحقوق، فإن ما يتقادم هو حق إقامة الدعوى للمطالبة بالحق وليس الحق المطالب به ذاته"<sup>2</sup>.

وعدم استماع القاضي للدعوى بعد مضي المدة المحددة إنما هو عند إنكار الخصم. إما إذا اعترف الخصم، فإنها تسمع، إذ لا تزوير مع الإقرار.<sup>3</sup>

ولم يتفق فقهاء المالكية والمتأخرون على المدة التي تعتبر كافية لإسقاط حق المدعي في إقامة دعواه، بل كانت لهم في ذلك آراء متباينة.<sup>4</sup>

وقد ذهب القضاء المغربي، إلى تطبيق مقتضيات الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود، بخصوص تقادم دعوى الوقف، حيث جاء في قرار له: " لئن كان عقد الحبس يخضع للفقه الإسلامي في قواعده الموضوعية التي لا تحد أجلا معيناً لتقادم هذا العقد، فإن الدعوى المقررة لحمايته تتقادم وتخضع إجراءاتها للقواعد المنصوص عليها بقانون

<sup>1</sup> عبد الكريم شهبون/م. س، ص124. <sup>2</sup> استأذنتنا نورة غزلان الشنيوي، دراسة مختصرة لأصول التقاضي على ضوء قانون المسطرة المدنية المغربي ...، طبعة سنة 2012، دار الطباعة والنشر حي الداخلة أكادير، ص 98.

<sup>3</sup> عبد الكريم شهبون، م. س، ص 126.

<sup>4</sup> فيرى الإمام مالك أن المدة لا تحدد بسنين مقدرة بل يترك ذلك إلى اجتهاد الحاكم. لما الحنفية فإن لهم أقوال ثلاثة: 1- المدة هي 36 سنة، 2- 30 سنة، 3- 33 سنة. راجع عبد الكريم شهبون ص126.

الالتزامات والعقود الذي ينص في الفصل 387 على " أن جميع الدعاوى الناتجة عن الالتزام تتقدم بمضي 15 سنة"<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : مصير ملكية المال الموقوف :

من المعلوم أن الوقف ينتج آثاره بين المتعاقدين بمجرد انعقاده والإشهاد عليه،<sup>2</sup> ولعل أثر نقل الملكية من أهم الآثار المترتبة عنه، ذلك أن الفقه تعددت آراؤه فيمن تكون له الملكية على هذا المال الموقوف.<sup>3</sup> وانقسموا إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : يرى أن الوقف متى استكمل أركانه وشروطه، انتقل الملك فيه إلى حكم ملك الله سبحانه وتعالى. وهو رأي الحنفية والظاهرية، والراجح من مذهب الشافعية.

الرأي الثاني : يقول بأن الوقف لا يخرج العين الموقوفة عن ملكة واقفها، بل تبقى على ملكه، إلا انه لا يحق له بيعها ولا هبتها ولا تورث عنه. وبه قال المالكية والجعفرية.

الرأي الثالث : هو أن ملكية العين الموقوفة تنتقل إلى ملك الموقوف عليهم<sup>4</sup>، وبه قال الحنابلة في المشهور من مذهبهم.<sup>5</sup>

وإذا انعقد الوقف لم يعد للواقف الرجوع فيه، ولا تغيير مصرفه أو شروطه، إلا إذا تعلق الأمر بموقوف عليه سيوجد مستقبلاً، وفوته الواقف قبل وجوده، أو في الحالة التي يشترط فيها الواقف الرجوع عنه عند افتقاره. ( المادة 37 من مدونة الأوقاف).

وينقضي الوقف إذا انصرمت مدة الوقف المؤقت، أو إذا هلك المال الموقوف هلاكاً كلياً بفعل قوة قاهرة أو حادث فجائي. أما إذا هلك هلاكاً جزئياً، فإن الوقف يستمر على الجزء الباقي وعلى ما يعوض الجزء الهالك.

وإذا هلك المال الموقوف بفعل الغير، وجب على هذا الأخير تعويضه، وانتقل حق الموقوف عليه إلى عوضه. ( المادة 49 من مدونة الأوقاف).

1 فرار محكمة النقض عدد 543 بتاريخ 2008/11/25، ملف مدني عدد 2005/1/2/223، منشور بمجلة المنازعات القانونية، م. س، ص 22.

2 وهو ما تبناه كذلك المشرع المغربي في المادة 38 من المدونة : " ينتج الوقف آثاره بين الطرفين بمجرد انعقاد العقد المتعلق به والإشهاد عليه، مع مراعاة أحكام المادة 25 أعلاه."

3 لا بد من الإشارة هنا إلى أن الواقف لا يضمن استحقاق الموقوف ولا ضمان عيوبه الخفية، وذلك لطابعه التبرعي وكونه قربة إلى الله تعالى. ( انظر المادة 39 من مدونة الأوقاف).

4 المحبس عليهم لا تحصرهم الإرادة، وإنما يحصرهم رسم الحبس، وأن حق الاستفادة يحدده رسم الحبس، وليس الإرادة. قرار عدد 65 بتاريخ 2002/1/24، ملف عقاري عدد 2001/7/2366، منشور بالمنازعات الوقفية، م.س، ص 194.

5 عبد الكريم شهبون، مرجع سابق ص 86.

## خاتمة :

ونخلص إلى أن المشرع بإقراره لمدونة الأوقاف قد حاول إيجاد جملة من الحلول التشريعية بقصد حماية الوقف، وتفعيل الدور والوظيفة الذي يجب أن تؤديهما هذه المؤسسة. ذلك أن الوقف من المؤسسات التي قد تساهم في تمويل العديد من المرافق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والدينية.

وحاولت كذلك ربط خصوصيات الوقف بالعمل القضائي، الذي لا يتوانى عن تفسير القوانين تفسيراً يخدم المصلحة التي من أجلها وجدت هذه المؤسسة، وأحيانا كثيرة سد الثغرات التي يخلفها الفراغ التشريعي.

إلا هذا لا يمنع من رفع بعض الاقتراحات التي من شأنها صيانة هذا المكتسب وتطوير مجالاته :

\* تبسيط المساطر والإجراءات، سواء المتعلقة بإنشاء الوقف، أو المرتبطة بطريقة استغلاله وتنمية ريعه.

\* الحسم في مسألة اشتراط الحوز من عدمه بالنسبة لجميع عقود التبرع، واعتباره إما شرطا كما فصلت فيه مدونة الأوقاف، أو بالأخذ بالتوجه الذي سارت فيه مدونة الحقوق العينية، خصوصا منها الجوانب المتعلقة بال عقار المحفظ أو في طور التحفيظ.

\* تفعيل الدور الرقابي على الوقف، بالشكل الذي يقطع الطريق على أصحاب النوايا السيئة، الذين لا يمنعهم إيمانهم ولا ضميرهم من التطاول على أموال الوقف.

\* تفعيل دور الجزاء في المسؤولية الجنائية والمدنية، ذلك أن الجزاء الرادع هو الباعث على احترام القواعد القانونية.

## المراجع :

## كتب ومؤلفات :

\* أستاذتنا نورة غزلان الشنيوي، دراسة مختصرة لأصول التقاضي على ضوء قانون المسطرة المدنية المغربي ...، طبعة سنة 2012، دار الطباعة والنشر حي الداخلة أكادير.

\* أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، مختصر خليل في الفقه المالكي للإمام خليل بن إسحاق الجندي، الطبعة 1، القاهرة، دار الفضيلة للنشر والتصدير، 2011.

\* عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، الطبعة الثانية 2012.

\* سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، الطبعة الثانية 1998، دار الفكر.

\* محمد براءة غزيول، وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 2، الطبعة الثانية، 2007، مطبعة إليت.

\* العيَّاشي الصادق فدّاد، مسائل في فقه الوقف، ورقة معلومات أساسية مقدمة إلى الملتقى العلمي حول قوانين الوقف والزكاة المزمع عقدها في نواكشوط - موريتانيا، 12- 16 مارس 2008.

\* عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، دراسة مقارنة على ضوء التعديلات الجديدة...، الطبعة الثالثة عشر، مطبعة الأمنية، ص

\* أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، وثيقة وشرح، كيفية تحريرها وبيان فقهها، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1968، مطبعة الأمنية الرباط.

\* ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الطبعة الأولى 1977.

\* محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى 2000، مطبعة النجاح الدار البيضاء.

\* عبد العزيز فتحاوي، الليف العدلي ودوره بمدونة الأسرة، طبعة 2005.

\* ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار الحديث القاهرة.

#### مقالات ومجلات :

\* حسن بوخرصي، النظام القانوني للمسؤولية في مدونة الأوقاف، مقال منشور بمجلة قراءات في القوانين العقارية الجديدة، منشورات مجلة الحقوق، الطبعة الأولى 2013، دار نشر المعرفة.

\* عبد الرزاق أصبجي، الخطة المنهجية لتطوير قوانين الأوقاف، مدونة الأوقاف المغربية نموذجاً، مقال منشور بمجلة النظام القانوني للأموال الوقفية، دراسات وأبحاث في ضوء المدونة الجديدة للأوقاف، الجزء الأول، منشورات القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، السنة 2012.

\* عبد الوهاب رافع، التصرفات المتعلقة بالأراضي الحسبية والجماعية والمخزنية، توثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 23، الطبعة الثانية، السنة 2005، المطبعة والوراقة الوطنية الحبي المحمدي مراكش.

\* مجلة المنازعات القضائية من خلال اجتهادات محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، الجزء الأول.

\* مجلة القضاء المدني، العدد الرابع، السنة الثانية، صيف/خريف 2011، ص 166

\* مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 63.

\* مجلة القضاء المدني، العدد الثالث، السنة الثانية، شتاء/ربيع 2011.

الموقع الإلكتروني : <http://habous.net/test-awkaf/1203>



## اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية دراسة في ضوء مسنجات مشروع المرسوم الجديد



يوسف بلشهب ، حاصل على الماستر في شعبة  
قانون المنازعات العمومية بكلية الحقوق بفاس  
باحث في مجال الصفقات العمومية / فاعل جمعي

مقدمة :

تعتبر الصفقات العمومية من أهم الوسائل القانونية التي تستعملها الإدارة العمومية لممارسة نشاطاتها، كما تعد وسيلة هامة لاستغلال وتسيير المال العام. ولما كانت الصفقات العمومية تعتمد في تمويلها على المال العام، فقد أحاطها المشرع بمجموعة من الضمانات والقواعد لإبرامها وتنفيذها حماية لهذا المال العام.

ولعل من بين أهم الضمانات التي تم إقرارها تتجلى في وضع نظام متكامل لفض النزاعات الناشئة عنها؛ سواء أكان ذلك في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو في مرحلة تنفيذها، وذلك تحسبا لظهور نزاعات تحدث عراقيل تحول دون إبرام الصفقات العمومية أو تنفيذها، ما ينعكس سلبا على المشاريع العمومية محل الصفقات، ويؤدي إلى تعطيل عجلة التنمية المراد تحقيقها، ما لم يتم تسوية هذه النزاعات.

في هذا الإطار، نص مرسوم الصفقات العمومية ل 5 فبراير 2007 والذي تم نسخه بمرسوم 20 مارس 2013 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 4 أبريل 2013 على طرق تسوية النزاعات الناشئة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو مرحلة تنفيذها؛ تتمثل في طريقتين أساسيتين هما :

أولاً: التسوية الودية لنزاعات الصفقات العمومية عن طريق المسطرة الإدارية والتي تتم عبر طريقتين: إحداهما داخلية أي أنها تتم داخل الإدارة وبين طرفي العقد، وثانيهما خارجية تتدخل فيها أطراف أخرى قصد التوصل بحلول قانونية وعملية للنزاع<sup>1</sup>، وفي هذا الصدد نجد لجنة الصفقات.

ثانياً، التسوية القضائية لنزاعات الصفقات العمومية عن طريق القضاء.

ولعل ما يهمنا في هذا الموضوع هو جهاز لجنة الصفقات والتي أصبح يصطلح عليها في ظل مشروع المرسوم الجديد "اللجنة الوطنية للطلبات العمومية".

ويمكن اعتبار لجنة الصفقات أعلى جهاز يهتم بالصفقات العمومية بالمغرب<sup>2</sup>، ولقد تم إنشاؤها بتاريخ 26 يونيو 1936 بموجب القرار المقيمي المؤسس لها وذلك قصد ممارسة رقابة على تحضير وتنفيذ الصفقات وإعطاء رأيها في الأمور القانونية والتنظيمية، غير أنها لم تلعب تلك الأدوار المرجوة منها، فتم إعادة تنظيمها بموجب مرسوم رقم 0595-57-2 المؤرخ في 27 يونيو 1957، ليتم إصلاحها وإعادة تنظيمها بموجب مرسوم 30 دجنبر 1975<sup>3</sup>، والذي هدف إلى جعل لجنة الصفقات خلية تفكير ودراسة وإبداء للآراء أكثر منها لجنة مراقبة ومعاقبة لكل إخلال في مجال الصفقات<sup>4</sup>.

في هذا الصدد أصدرت لجنة الصفقات منذ تأسيسها سنة 1936 آراء تخص جميع جوانب الطلبات العمومية انطلاقاً من مرحلة إعداد الصفقات وصولاً إلى تسديدها واستلامها بشكل نهائي، كما تمت صياغة مجموع النصوص المنظمة لإبرام الصفقات وتنفيذها.

ورغم أن الآراء التي تصدرها لجنة الصفقات لا تكتسي إلا طابعا استشاريا، إلا أن هذا لا يمنع من تمتعها بقوة معينة، باعتبار أن الإدارات المستشيرة تقيدت بمضمونها والتزمت بتطبيقها وشكلت على هذا الأساس مرجعا قانونيا واجتهادا فيما يخص الصفقات العمومية.

وبالنظر إلى آرائها الوجيهة من خلال توضيح بعض المقتضيات التنظيمية وضع الإدارة بمنأى عن الطعون القضائية، ولكونها موضوعة لدى الأمانة العامة للحكومة، الأمر الذي يضيف عليها طابع الاستقلالية والحياد تجاه أصحاب المشاريع، تم تصنيف لجنة الصفقات من قبل عدد كبير من الهيئات كأفضل جهة مؤهلة للنظر في شكايات المتنافسين الذين يعتبرون أن إقصاءهم من المنافسة قد تم بشكل غير قانوني وكذا لفحص الصعوبات الناشئة أثناء تنفيذ الطلبات العمومية.

ويندرج إصلاح لجنة الصفقات في إطار التزام السلطات العمومية بتخليق الحياة العامة ومحاربة الغش والفساد وترجمة عزمها على إدراج عملية إبرام الطلبات العمومية للدولة والجماعات الترابية والمؤسسات العمومية، بشكل

1 - العلمي هناء و أمين كوثر و العروسي الإدريسي الحسني، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني وواقع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى 2010، ص.54.

2 - هناء و أمين كوثر و العروسي الإدريسي الحسني أمين، مرجع سابق، ص.55.

3 - مرسوم رقم 840-75-2 بتاريخ 27 ذي الحجة 1395 الموافق ل 30 دجنبر 1975 بإصلاح لجنة الصفقات، الجريدة الرسمية عدد 3297 بتاريخ 7 يناير 1976، ص.6.

4 - الغبار عاصم، مراقبة صفقات الدولة بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام في وحدة القضاء الإداري، 2010/2009، ص.74.

لا رجعة فيه، في إطار احترام مبدأ حرية الولوج إلى الطلبات العمومية والتعامل المبني على المساواة وشفافية المساطر. ويتطلب تحقيق هذه الإرادة على الصعيد العملي إنشاء جهاز محايد ومستقل عن صاحب المشروع والذي ستوكل إليه مهمة خاصة تتجلى في السهر على حسن تطبيق النصوص التنظيمية المتعلقة بالصفقات والنظر في الشكايات فحص الاختلافات والصعوبات التي قد تنشأ أثناء تنفيذ الطلبات العمومية.

في هذا الصدد تم إنفاضة مهمة النظر في الشكايات وفحص الصعوبات الناشئة عن التنفيذ بلجنة الصفقات. غير أنه، قصد اللجوء إلى هذه اللجنة كان على المتنافسين ونائلي الصفقات رفع الأمر إلى الوزير الأول أو الأمين العام للحكومة أو صاحب المشروع المعني بالأمر، وهم الجهات التي يحق لها وحدها طلب استشارة لجنة الصفقات، مما كان يجرد كل شكاية من محتواها ويجعل الرأي الذي قد يصدر عنها غير ذي جدوى. وعليه وجب انتظار تعديل النص المنظم للصفقات الذي صدر سنة 2007<sup>1</sup> حتى يتسنى للمتنافسين اللجوء بشكل مباشر إلى لجنة الصفقات على إثر تقديم طلب تظلم رئاسي مسبقاً إلى صاحب المشروع والوزير المعني بالأمر، وهو نفس الأمر الذي أكدته المادة 170 من مرسوم 20 مارس 2013<sup>2</sup> المعدل لمرسوم 5 فبراير 2007.

ويرمي إصلاح لجنة الصفقات المعتمز القيام به،<sup>3</sup> إلى مراجعة نظامها الأساسي والإطار القانوني الذي تعمل ضمنه مع توسيع مجالات تدخلها وخلق مرونة على مستوى تجاوبها مع مختلف الفاعلين وانفتاحها على محيطها الداخلي والخارجي.

سنحاول ملامسة إلى أهم المستجدات التي أتت بها مشروع المرسوم الجديد من خلال التطرق لهيكل اللجنة الوطنية للطلبات العمومية وكيفية تسييرها (المبحث الأول)، ثم إلى اختصاصات اللجنة ومسطرة اللجوء إليها (المبحث الثاني).

لكن قبل ذلك لا بد من الإشارة إلى ملاحظتين أساسيتين :

**الملاحظة الأولى :** مرتبطة بالجانب المصطلحي، إذ بالرجوع إلى نص مشروع المرسوم نجد المشرع حاول قدر الإمكان استخدام مصطلحات بسيطة، بل أنه حاول إدخال مصطلح جديد على منظومة العقود الإدارية "الطلبية" حاول من خلاله لم شمل أبرز العقود الإدارية من صفقات عمومية وعقود التدبير المفوض وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص. وجدير بالذكر أن العديد من المتخصصين نادوا باستعمال مصطلح الطلبات العمومية للدلالة على باقة العقود الإدارية من خلال مطالبتهم بتجميع قوانين تنظيمها في مدونة واحدة تحت اسم : "مدونة الطلبات العمومية"<sup>4</sup>. غير أن المشرع لم يكن موفقاً إلى حد ما في استخدامه للمصطلحات، إذ نجد تضارب على مستوى المصطلحات، فالمشرع لم يكلف نفسه عناء صياغة مشروع مرسوم جديد، بل حاول تعديل بعض بنود مرسوم لجنة

<sup>1</sup> - مرسوم رقم 2.06.388 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة و كذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها، بتاريخ 16 محرم 1428 (5 فبراير 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5518 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1428 (19 أبريل 2007)، ص.1235.

<sup>2</sup> - مرسوم رقم 2.12.349، صادر في 8 جمادى الأولى (20 مارس 2013) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6140، بتاريخ 04 أبريل 2013، يتعلق بالصفقات العمومية.

<sup>3</sup> - مع المحافظة على الاختصاصات الموكولة إليها حالياً وإعادة تسميتها ب "اللجنة الوطنية للطلبات العمومية".

<sup>4</sup> - في حين ذهب اتجاه آخر إلى استخدام مصطلح "مدونة الشراء الجماعي".

الصفقات، ولا أدل على ذلك من كون العديد من المواد لازالت تتحدث عن "الصفقة والصفقات"<sup>1</sup>، "الجماعات المحلية"<sup>2</sup>...

**الملاحظة الثانية:** تتعلق بترتيب مواد المرسوم، إذ اللافت للنظر أن المشرع ابتداءً بالمادة الأولى دون تبويبها في حين أن التبويب يبتدئ من المادة الثانية، وهذا عيب منهجي يجب تفاديه.

أيضا الفقرة الثانية من المادة الثانية ضمن الباب الأول المعنون بـ "اختصاصات اللجنة الوطنية للطلبات العمومية" تضمنت تعريفاً بمفهوم الطلبات العمومية، وقد كان الأجدر وضع مادة خاصة بالمفاهيم والتعاريف وإدراج تعاريف أخرى وتبويبها تحت عنوان "أحكام عامة" وإدراج المادة الأولى ضمن هذا الباب.

نفس الشيء ينطبق على الباب السادس الخاص بالكتابة الدائمة والذي يضم 3 مواد (المواد 38 - 39 - 40)، فالمكان الطبيعي لهذه المواد هو الباب الثاني المعنون بـ "تأليف اللجنة".

كما أنه حبذا لو أبقى المشرع على ترتيب الأبواب على المنوال الذي كان عليه في ظل المرسوم السابق لـ 30 دجنبر 1975 من حيث تسبيق الباب الخاص بتأليف اللجنة على الباب المتعلق بالاختصاصات.

**المبحث الأول: تأليف اللجنة الوطنية للطلبات العمومية وتسييرها:**

خصص المشرع لهيكله وتأليف لجنة الطلبات العمومية كلا من البابين الثاني والسادس من مشروع المرسوم الجديد، في حين تم رصد الباب الثالث لتسيير اللجنة.

**المطلب الأول: التأليف والهيكل:**

اللجنة الوطنية للطلبات العمومية عبارة عن جهاز أو مؤسسة تضم في طياتها جهازاً آخر يدعى "اللجنة الدائمة".

**الفقرة الأولى: تأليف اللجنة الوطنية للطلبات العمومية:**

حاول المشرع المغربي من خلال مشروع المرسوم المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية إدخال بعض الإصلاحات على تركيبة أعضاء لجنة الصفقات عن طريق وضع تشكيلة تراتبية من خلال إشراك قطاعات جديدة لم تكن ضمن تركيبها مثل قطاع المالية - مديرية المنشآت العامة والخصوصية - الداخلية - المديرية العامة للجماعات المحلية (الترابية) - الصحة - إدارة الدفاع الوطني... في مقابل إلغاء تمثيلية بعض القطاعات مثل البريد والتلغراف والتلفون والتخطيط.

وعموماً، فاللجنة الوطنية للطلبات العمومية تتألف الرئاسة التي تضم رئيس اللجنة وثلاث نواب للرئيس.

<sup>1</sup> - مثلاً الفقرة السادسة من المادة 4 والفقرة الأولى من المادة 25 و المادة 29 و المادة 30 من مشروع المرسوم الجديد.  
<sup>2</sup> - المادة 30 من مشروع المرسوم الجديد.

ورئيس اللجنة هو موظف سامي حسب المادة السابعة من مشروع المرسوم الجديد، وهو نفس ما نصت عليه المادة/الفصل الثاني من مرسوم 1975 والتي تنص على أن الرئيس ونائبه يتم تعيينهما بمقرر صادر عن الوزير الأول.

ولعل المستجد في هذا الصدد هو الرفع من عدد نواب الرئيس من نائب واحد إلى ثلاث نواب.

بالإضافة إلى الرئيس ونوابه، تتألف اللجنة من:

- ممثلان عن وزير التجهيز والنقل واللوجستيك تابعان لمديرية الشؤون التقنية والمديرية المكلفة بالشؤون القانونية؛
- ممثلان الوزير المكلف بالمالية تابعان لمديرية الميزانية ومديرية المؤسسات العامة والخصوصية؛
- ممثل عن الوزير المكلف بالسكن والتعمير؛
- ممثل عن وزير الداخلية تابع للمديرية العامة للجماعات المحلية؛
- ممثل عن الوزير المكلف بالفلاحة؛
- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة والصناعة؛
- ممثل عن القطاع المكلف بالماء والبيئة؛
- ممثل عن وزير الصحة؛
- ممثل عن الأمين العام للحكومة تابع لمديرية الدراسات التشريعية؛
- الخازن العام للمملكة أو ممثله؛
- ثلاث ممثلين للهيئات المهنية الأكثر تمثيلية.<sup>1</sup>

كما يمكن لرئيس اللجنة، عند النظر في مسألة معينة، أن يستدعي أي موظف أو خبير أو تقني يرى فائدة في مشاركته في أشغال اللجنة.<sup>2</sup>

كما يمكن أن تضم اللجنة، عند النظر في شكاية المتنافسين بإبرام الطلبات العمومية وفحص الخلافات والصعوبات الناجمة عن تنفيذها، ممثلا عن الهيئة الممثلة للقطاع المعني بالشكاية أو صعوبة التنفيذ وذلك بناء على اقتراح من رؤساء الهيئات المذكورة، ويتم تعيين هذا الممثل بمقرر للأمين العام للحكومة.<sup>3</sup>

وإلى جانب مؤسسة الرئاسة داخل اللجنة، نجد مؤسسة المقرر<sup>4</sup> الذي عهد إليه بإعداد تقارير تتعلق بقضايا تدخل ضمن اختصاصات اللجنة، كما أنه يقوم بدراسة القضايا الموكولة إليه من أجل تحضير تقارير عنها ومشروع رأي عندما يتعلق الأمر باستشارة، على أن يقوم بتقديم تلك التقارير كتابيا ويعرضها شفويا.

1 - المادة 8 من مشروع المرسوم الجديد.

2 - المادة 10 من مشروع المرسوم الجديد.

3 - المادة 9 من مشروع المرسوم الجديد.

4 - يقوم الرئيس بتعيين مقررين إما من بين أعضاء اللجنة أو من بين الموظفين أو المتقاعدين، كما يقوم الرئيس بحصر لائحة المقررين ويتم تحيين هذه اللائحة سنويا (المادة 11 من مشروع المرسوم الجديد).

كما أعطى المشرع لرئيس اللجنة إمكانية تشكيل لجان فرعية. هذه الإمكانية تبدو شيئاً ضرورياً ولازماً لحسن سير اللجنة خاصة في ظل الاختصاصات المتعددة التي تم إضافتها للجنة، إذ يبدو أنه على الأقل سيتم إحداث ثلاث لجان:

- لجنة فرعية خاصة بالاستشارة؛
- لجنة فرعية خاصة بشكايات المتنافسين؛
- لجنة فرعية خاصة بصعوبة التنفيذ.

وقد أضاف المشرع مستجداً لم يتضمنه مرسوم لجنة الصفقات، ويتعلق الأمر بالتنصيص على التزام أعضاء اللجنة وكل شخص يشارك في أعمالها بكتمان السر المهني وواجب التحفظ بخصوص المعطيات التي اطلعوا عليها أثناء سير الجلسات،<sup>1</sup> غير أن ما يعاب على هذا الالتزام افتقاده لجزء مخالفته، وهو ما يفقده فحواه.

#### الفقرة الثانية: تأليف الكتابة الدائمة:

تم تنظيم الكتابة الدائمة في ظل مرسوم 30 دجنبر 1975 من خلال الفصل السادس<sup>2</sup> والذي ينص على أن لجنة الصفقات تتوفر على كتابة دائمة يسيروها تحت سلطة الرئيس موظف يعينه الأمين العام للحكومة. ويجزر الكاتب الدائم اجتماعات اللجنة بصفة استشارية. غير أن مشروع المرسوم الجديد خص الكتابة الدائمة بباب خاص (الباب السادس) يضم ثلاث مواد (38 - 39 - 40).

وهكذا، وحسب المادة 38 يتولى الكتابة الدائمة مقرر عام يقوم بتحضير القضايا المعروضة على اللجنة ودراستها، كما يعد محاضر اجتماعاتها ويبلغ آراءها وتوصياتها إلى السلطات وأصحاب المشاريع والمتنافسين المعنيين، كما يعمل على جمع الوثائق المتعلقة بالطلبات العمومية وكذا المعلومات والمعطيات التي قد تفيد أصحاب المشاريع، كما أنيط به مهمة تلقي طلبات الاستشارة أو الشكايات أو طلبات فحص تنفيذ الطلبات العمومية.

لكن ما يلاحظ على هذا الباب المتعلق بالكتابة الدائمة كونه أنيط بمقرر عام وما يتضمنه ذلك من التباس ناتج تحديد المقصود بالمقرر العام والفرق بينه وبين المقرر أو المقررين المنصوص عليهم بموجب المادة 11؟! هل أن المشرع وقع سهواً في التكرار أم أن الأمر يتعلق بمؤسستين مختلفتين؟ وإن كان الأمر كذلك فإننا نكون أمام تضارب في المهام. وعلى أساس نفس الطرح الأخير ألم يكن الأجدر الاحتفاظ بالتسمية المنصوص عليها في مرسوم 30 دجنبر 1975 "الكاتب العام" عوض "المقرر العام"؟ لذا، فالمشرع مطالب هنا بإعادة النظر في هذا الباب سواء من حيث ترتيبه أو من حيث مضمونه.

#### المطلب الثاني: تسيير اللجنة الوطنية للطلبات العمومية:

لم يأتي مشروع المرسوم المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية مجديداً باستثناء بعض التعديلات الطفيفة التي توخى من خلالها تفادي بعض المعوقات التي أبان عنها مرسوم 30 دجنبر 1975.

<sup>1</sup> - المادة 14 من مشروع المرسوم الجديد.

<sup>2</sup> - في ظل مرسوم 30 دجنبر 1975 كان المشرع يستخدم "الفصل" بدل "المادة" في تفرعيه لمقتضيات المرسوم.

وهكذا، تنص المادة 15 من مشروع المرسوم الجديد على أن اللجنة تجتمع كلما دعت الضرورة إلى ذلك وعلى الأقل مرة واحدة في الشهر بدعوة من رئيسها الذي يحدد جدول أعمالها.

في حين تنص المادة 16 على أن مداورات اللجنة لا تكون صحيحة إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل، أما إذا لم يتوفر النصاب القانوني، فيؤجل الاجتماع لمدة 48 ساعة، ويعقد بكيفية صحيحة كيفما كان عدد الأعضاء الحاضرين.

وقد حاول المشرع من خلال هذه المادة تفادي الثغرة التي كانت تعترى النصاب القانوني لاجتماع لجنة الصفقات، حيث أن المادة 10 من مرسوم 30 دجنبر 1975 كانت توجب حضور 8 أعضاء في اجتماع اللجنة، وهو ما كان يعرقل اجتماعات اللجنة ويعطل مصالح الأطراف ويؤدي إلى تأخير أداء اللجنة لمهامها. فالمشرع أحسن صنعا بتعديله للمقتضيات السابقة وإضفاء مرونة على اجتماع اللجنة بتسريع وثيرة العمل وتفادي تعقيد مسطرة الاجتماع.

وتتداول اللجنة في جلسة مغلقة وتبث في القضايا بأغلبية الأصوات، وفي حالة تعادل الأصوات يرجح جانب الرئيس،<sup>1</sup> على أنه يمكن للرئيس أن يقرر نشر الآراء والتوصيات الصادرة عنها ببوابة صفقات الدولة والموقع الإلكتروني للأمانة العامة للحكومة.<sup>2</sup>

ولعل هذا المقتضى هو تكريس للفصل 27 من دستور المملكة الجديد الذي يقرر الحق في الحصول على المعلوم كحق أساسي لا يمكن الحد منه إلا بقانون.

غير أن المشرع ينص على "إمكانية"، وبالتالي فمسألة النشر مرتبطة بالسلطة التقديرية لرئيس اللجنة، وهذا ما قد ينتقص من قيمة هذا الحق ويجعله خاضعا لأهواء رئيس اللجنة، لذا، فحبذا لو عدل المشرع من هذا المقتضى وقرر ضرورة إخضاع مقررات اللجنة للنشر تكريسا لمبدأ الشفافية.

وفي إطار الشفافية أيضا، نص المشرع من خلال المادة 19 على ضرورة تعليل مقررات اللجنة، انسجاما مع القانون رقم 01-03 بشأن إلزام الإدارة بتعليل قراراتها.

وفي إطار تكريس مبدأ الحياد الذي نص عليه الفصل 155 من الدستور<sup>3</sup>، نصت المادة 18 على أنه في حالة تضارب المصالح لا يجوز لكل عضو ينتمي لقطاع يكون طرفا في شكاية تقدم بها أحد المتنافسين أن يدلي بصوته أو أن يشارك في المداورات المغلقة للجنة.

1 - المادة 17 من مشروع المرسوم الجديد.

2 - المادة 20 من مشروع المرسوم الجديد.

3 - ينص الفصل 155 من دستور فاتح يوليوز 2011 على أنه: "يمارس أعوان المرافق العمومية وظائفهم وفق مبادئ احترام القانون والحياد والشفافية والنزاهة والمصلحة العامة"، الدستور المغربي لفاتح يوليوز 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص.3600.

وفي إطار انفتاح اللجنة على محيطها الخارجي أجاز المشرع للجنة أن تبرم اتفاقيات شراكة أو توأمة أو اتفاقيات-إطار مع هيئات وطنية أو أجنبية التي لها نفس الاختصاصات أو ذات النشاط في مجال الطلبية العمومية، كما يمكنها القيام بمهام وزيارات دراسية.<sup>1</sup>

كما يجوز لها أن تلجأ إلى طلب خدمات مكاتب الاستشارة والدراسات قصد إنجاز دراسات محددة.<sup>2</sup>

وفي نهاية هذا المطلب المتعلق بتسيير اللجنة الوطنية للطلبات العمومية تجدر الإشارة إلى أن رئيسها هو الأمر بالصرف، وأن الاعتمادات المخصصة لسير اللجنة والتجهيزات اللازمة لها تسجل في ميزانية الأمانة العامة للحكومة.<sup>3</sup>

### المبحث الثاني : اختصاصات اللجنة الوطنية للطلبات العمومية ومسطرة اللجوء إليها :

نظرا لما أبانت عنه تجربة لجنة الصفقات من ضعف على مستوى تدخلاتها والذي يرجع بالأساس إلى قصور مجالات تدخلها ومحدودية اختصاصاتها وتعدد مسطرة اللجوء إليها، حاول المشرع من خلال مشروع مرسوم اللجنة الوطنية للطلبات العمومية توسيع مجال عمل اللجنة بمنحها اختصاصات واسعة (المطلب الأول) إضافة إلى تبسيط وتوضيح مسطرة اللجوء إليها (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول : اختصاصات اللجنة الوطنية للطلبات العمومية :

أكد المشرع من خلال تقديمه لمشروع مرسوم اللجنة الوطنية للطلبات العمومية على كون عنصر الاختصاص يشكل أهم محاور الإصلاح المرتقب، إذ تم تخصيص الباب الأول من مشروع المرسوم الجديد لاختصاصات اللجنة. حيث أنه بالرجوع إلى مواد الباب الأول، نجد أن المشرع جاء بعدة مستجدات فيما يتعلق بالاختصاص وذلك عبر مستويين :

**المستوى الأول :** وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية والتي استعاضت عن مصطلح "الصفقة العمومية" بمصطلح "الطلبية العمومية" فيما يتعلق بمجال تدخل اللجنة وما يحمله ذلك من دلالة كبرى على توسيع مجالات تدخلها. إذ أردفت نفس الفقرة بتحديد المقصود بمفهوم الطلبية العمومية باعتبارها: "كل عقد مبرم أو سيتم إبرامه بين الدولة أو الجماعات الترابية أو المؤسسات العامة من جهة، وشخص ذاتي أو اعتباري من جهة أخرى، يهدف، حسب الحالات ، إلى إنجاز أشغال أو تسليم توريدات أو تقديم خدمات. ويشمل كذلك عقود التدبير المفوض لمرفق عام أو الشراكة بين القطاع العام والخاص".

حيث أنه انطلاقا من مضمون هذه الفقرة تبرز معالم مجالات تدخل اللجنة سواء من خلال المعيار العضوي المرتكز على أطراف الطلبية :

- الدولة؛
- الجماعات الترابية؛

1 - المادة 33 من مشروع المرسوم الجديد.

2 - المادة 34 من مشروع المرسوم الجديد.

3 - المادة 35 من مشروع المرسوم الجديد.



• المؤسسات العامة.

أو من خلال طبيعة الطلبية العمومية :

• الصفقات العمومية؛

• عقود التدبير المفوض لمرفق عام؛

• عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص.

وبالتالي فالمرشح أراد أن يعطي للجنة مجالا أوسع للقيام بدور طلائعي كأعلى هيئة تهتم بالطلبات العمومية نظرا لأهمية المبالغ التي تصرف من الميزانية العامة لتحقيق هذه الطلبات، بالإضافة إلى دورها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

**المستوى الثاني :** ويتعلق بكيفية تدخلها أو بمعنى آخر صلاحياتها، فبعد أن كان مرسوم 30 دجنبر 1975 يمنح لجنة الصفقات اختصاصات استشارية فقط، فإن مشروع المرسوم الجديد أضاف اختصاصات أخرى لمهام اللجنة. إذ بالإضافة إلى القيام بالإدلاء برأيها في حال استشارتها، تقوم اللجنة بالنظر في شكايات المتنافسين وإبداء رأيها في صعوبات التنفيذ المعروضة عليها.

وعموما، تبدي اللجنة رأيها في كل استشارة بخصوص :

- القضايا العامة أو الخاصة المتعلقة بتهيء صفقات الأشغال أو التوريدات أو الخدمات أو التدبير المفوض أو المتعلق بعقد شراكة بين القطاع العام والخاص وإبرامها وتنفيذها وتسويتها؛
  - مشاريع الاتفاقيات أو عقود التدبير المفوض لمرفق عمومي أو عقود الشراكة بين القطاع العام أو الخاص بالإضافة إلى التغييرات الملحقة بهذه الاتفاقيات أو عقود التدبير المفوض؛
  - مشاريع الصفقات أو العقود الملحقة بها التي تستشار اللجنة بشأنها بطلب الأمر بالصرف؛
  - القضايا المتعلقة بتأويل النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها ودفاتر التحملات المتعلقة بها والتي تنظم الطلبات العمومية والتدبير المفوض للمرافق العمومية.<sup>1</sup>
- كما تبدي آراء بخصوص كل مشروع نص تشريعي أو تنظيمي يتعلق بالطلبات العمومية، سواء بمبادرة منها أو باقتراح من قطاعات أخرى، وتعمل على تدوين النصوص المنظمة للطلبات العمومية وتسهر على تحيينها بشكل مستمر.

كما تعد تعليمات رامية إلى تحسين تدبير الطلبات العمومية وعرضها على توقيع رئيس الحكومة، وتقوم بكل دراسة ذات طابع إداري أو مالي أو تقني بهدف تحسين ظروف إبرام وتنفيذ الطلبات العمومية والتدبير المفوض للمرافق العمومية، كما تعمل على إعداد نماذج للوثائق والمستندات بهدف توحيد المستندات والوثائق النموذجية المتعلقة بإبرام الصفقات وتنفيذها، وتقوم باقتراح كل المقترحات اللازمة لتحسين سير مصالح الصفقات والمساهمة باتصال مع الإدارات المعنية، في إعداد وتنفيذ كل برنامج لتكوين الموظفين العاملين بمصالح الصفقات أو استكمال خبرتهم.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - المادة 3 من مشروع المرسوم الجديد.

<sup>2</sup> - المادة 4 من مشروع المرسوم الجديد.

كما أصبحت اللجنة المختصة حسب المادة الخامسة من مشروع المرسوم الجديد بالنظر في الشكايات التي يرفعها المتنافسون بخصوص إبرام طلبية عمومية وإصدار توصيات في هذا الصدد.

كما تم إضافة اختصاص جديد للجنة، ويتعلق الأمر باختصاصها بالنظر في كل صعوبة نتج عن تنفيذ طلبية عمومية بطلب من صاحب المشروع.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : مسطرة اللجوء إلى اللجنة :

أول ما يتبادر للذهن بخصوص هذه النقطة هو التساؤل حول من يحق له اللجوء إلى اللجنة الوطنية للطلبات العمومية؟ ثم كيفية اللجوء إلى اللجنة؟

### الفقرة الأولى : الأشخاص الذين يحق لهم اللجوء إلى اللجنة :

تتعدد الأطراف التي يحق لها اللجوء إلى اللجنة وذلك حسب ما إذا كان الأمر يتعلق بشكاية أو استشارة. وعموما فهؤلاء هم كالاتي :

- رئيس الحكومة؛
- الأمين العام للحكومة؛
- الأمرون بالصرف المعنيون؛
- الوزير الوصي على المؤسسة العمومية المعنية؛
- الخازن العام للمملكة؛
- السلطة الوصية على الجماعة الترابية المعنية؛
- مدراء المؤسسات العمومية؛<sup>2</sup>
- كل متنافس يرى إخلالا بقانونية مسطرة إبرام طلبية عمومية أو عدم الالتزام بشروط الإشهار؛
- كل شخص له مصلحة في إبرام الصفقة تم منعه من الترشح قد يتضرر من جراء هذا المنع؛
- صاحب الصفقة في حالة صعوبة تنفيذ طلبية عمومية بموافقة صاحب المشروع.<sup>3</sup>

وما يمكن ملاحظه في هذا الصدد هو أن المشرع حاول أن يقحم جل المتدخلين في مجال الطلبات العمومية في دائرة الأشخاص الذين يحق لهم اللجوء إلى اللجنة<sup>4</sup>، غير أن ما يؤاخذ على المشرع هو إقصاؤه لفاعليات المجتمع المدني، إذ كان بالإمكان إعطاء إمكانية لفاعليات المجتمع المدني لاستشارة اللجنة والتقدم أمامها بشكايات لما في ذلك من تكريس للمقاربة التشاركية وتفعيل لدور المجتمع المدني كفاعل أساسي في ميدان التنمية، خاصة مع الأدوار الدستورية<sup>5</sup> الجديدة للمجتمع المدني في تدبير الشأن العام الوطني والمحلي.

1 - المادة 6 من مشروع المرسوم الجديد.

2 - المادة 21 من مشروع المرسوم الجديد.

3 - المادة 22 من مشروع المرسوم الجديد.

4 - في حين اقتضت المادة 11 من مرسوم 30 دجنبر 1975 على الوزير الأول والأمين العام للحكومة والأمريين بالدفع والمراقب العام للالتزام بالنفقات والإدارة المعنية بالأمر.

5 - أكد الفصل 13 على أن السلطات العمومية تعمل على إحداث هيئات للتشاور، قصد إشراك مختلف الفاعلين الاجتماعيين، في إعداد السياسات العمومية وتفعيلها وتنفيذها وتقييمها. ووسع الفصلين 14 و 15 دائرة الفعل المدني لتشمل عموم المواطنين والمواطنات و تضمين لهم الحق في تقديم ملاحظات في مجال التشريع وكذا الحق في تقديم عرائض إلى السلطات العمومية، ضمن شروط وكيفيات يحددها قانون تنظيمي.

## الفقرة الثانية : مسطرة عمل اللجنة :

كأي شكاية أو دعوى تتطلب توافر أركان وشروط، أقر المشرع الأركان الأساسية للجوء للجنة الوطنية للطلبات العمومية، وهي الأهلية<sup>1</sup> والصفة والمصلحة، إذ نصت الفقرة الأخيرة من المادة 22 على أنه "تعتبر غير مقبولة الشكايات المقدمة من طرف المتنافس الذي ليست له مصلحة في إبرام الصفقة أو من طرف عضو في التجمع غير الوكيل أو من طرف المتعاقد من الباطن".

كما نص المشرع على بعض الشروط الشكلية والتي تختلف حسب طلب الأطراف كما ما يلي :

الاستشارة: اشترط المشرع ضرورة تضمين طلب الاستشارة المسألة التي سيتم النظر فيها وذلك في تقرير ملحق وبطريقة دقيقة ومفصلة، وأن يضم، عند الاقتضاء، عناصر التقييم الضرورية، إضافة إلى ضرورة إرفاق طلب الاستشارة بكل مستند أو وثيقة تمكن اللجنة من دراسة المسألة وإبداء رأيها عن علم ودراية.<sup>2</sup>

شكاية المتنافسين : تطرق مشروع المرسوم الجديد إلى مسطرة اللجوء إلى اللجنة في هذه الحالة غير أنه لم يجدد الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى اللجنة، بل ترك أمر ذلك للقوانين المنظمة لكل طلبية على حدة، وهكذا نصت المادة 170 من مرسوم 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية على أنه يمكن لكل متنافس أن يوجه مباشرة شكاية مفصلة إلى لجنة الصفقات (لجنة الطلبات العمومية) عندما:

- يلاحظ أن إحدى قواعد مسطرة إبرام الصفقات المنصوص عليها لم يتم التقيد بها؛
- يسجل احتواء ملف طلب المنافسة على بنود تمييزية أو شروط غير متناسبة مع شروط الصفقة؛
- ينازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف اللجنة أو لجنة المباراة التي تم تبليغها إليه من طرف صاحب المشروع. ويجب أن تقدم شكاية المتنافس ابتداء من تاريخ نشر إعلان الدعوة إلى المنافسة وذلك داخل أجل أقصاه سبعة أيام بعد عرض نتيجة طلب المنافسة المذكور.

كما يمكن لكل متنافس أن يوجه شكاية مباشرة إلى اللجنة إذا لم يقتنع بالجواب الذي أعطي له تطبيقاً لمقتضيات المادة 169<sup>3</sup> أو في غياب جواب الوزير المعني أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية. في هذا الصدد يجب أن تقدم شكاية المتنافس داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ تسلم جواب الوزير المعني أو رئيس مجلس إدارة المؤسسة العمومية المعنية، أو في حالة عدم الجواب، ابتداء من تاريخ انتهاء أجل ثلاثين يوماً المقررة في المادة 169.

وفي كل الحالات يجب على المشتكي أن يوجه شكايته بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل أو إيداعها في مكاتب اللجنة حسب مرسوم 20 مارس 2013، غير أن مشروع المرسوم المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات

1 - والتي تم التطرق إليها في الفقرة السابقة.

2 - المادة 23 من مشروع المرسوم الجديد.

3 - تنص المادة 169 من مرسوم 20 مارس 2013 على أنه يجوز لكل متنافس أن يقدم شكايته كتابة لدى صاحب المشروع المعني إذا لاحظ أن إحدى قواعد مسطرة إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم لم تحترم؛ أو إذا سجل احتواء ملف طلب المنافسة على مقتضيات تمييزية أو شروط غير متناسبة بالنسبة لموضوع الصفقة؛ أو إذا كان ينازع في أسباب إقصاء عرضه من طرف اللجنة أو لجنة المباراة والتي تم إبلاغه بها من طرف صاحب المشروع.

العمومية حدد طرق تبليغ شكايات المتنافسين بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل أو إيداعها في كتابة الدائمة للجنة مقابل وصل<sup>1</sup>.

كما أن مشروع المرسوم الجديد لم يتطرق إلى مسألة إخبار المشتكي لصاحب المشروع برفع شكايته أمام اللجنة، وهنا نتساءل حول ما إذا كان ذلك مجرد سهو من طرف المشرع أم أن ذلك يعني إعفاءه من هذا التزام الإخبار؟ أم أن الفقرة الأخيرة تبقى ملزمة وسارية المفعول مادام أنه لا يوجد مقتضى مقابل في مشروع المرسوم لما تضمنته الفقرة الأخيرة من المادة 170 من مرسوم الصفقات العمومية؟

وعلى العموم، يجب على المشتكي أن يدلي بكل المعلومات والوثائق التي تتوفر عليها تدعيماً لشكايته، كما يمكن للجنة أن تطلب منه تقديم كل المعلومات التكميلية التي قد تفيد دراسة شكايته.

بعد توصلها بالشكاية، تقوم اللجنة بدراستها، وإذا تبين للجنة أن الحجج المدلى بها من لدن المشتكي مقنعة، يمكن لرئيس اللجنة أن يطلب من السلطة المختصة المعنية تعليق مسطرة إبرام الطلبية العمومية أو إرجاء المصادقة على الصفقة إلى حين اتخاذ قرارها. في هذه الحالة، تتوفر اللجنة على أجل 30 يوماً لاتخاذ قرارها، ويمكن تمديد هذا الأجل بطلب من رئيس اللجنة بعشرة أيام في حالة تعقد القضية<sup>2</sup>. غير أنه لا يعمل بتعليق أو تأجيل المصادقة المطلوبة إذا ارتأى الوزير ضرورة متابعة مسطرة إبرام الصفقة/الطلبية<sup>3</sup> أو المصادقة عليها لوجود اعتبارات استعجالية تبرر ذلك وتدخل في إطار الصالح العام، وفي هذه الحالة يجب عليه توجيه رسالة إلى اللجنة تتضمن بوضوح الأسباب والمبررات التي حملته على الدفع بوجود مثل هذه الاعتبارات<sup>4</sup>.

وعموماً، فاللجنة عند نظرها في أي شكاية، يمكنها أن توصي بما يلي :

- إلغاء المسطرة، عندما يتعلق الأمر بإخلال جوهري يعييبها؛
  - تصحيح الإخلال بإجراء التغييرات الضرورية قصد حذف البنود أو الشروط التي تخالف التزامات المنافسة والإشهار ثم بعد ذلك متابعة المسطرة؛
  - التصريح بعدم قبول الشكاية لعدم ارتكازها على أسس قانونية.
- وأياً كانت توصية/قرار اللجنة، فعلى رئيسها تبليغها إلى رئيس الحكومة والمشتكين، ويبلغ بها أيضاً، حسب الحالات، الوزير المعني أو السلطة الوصية<sup>5</sup>.

على أنه لا يجوز للجنة أن تنظر في شكاية تخص طلبية عمومية صدر في شأنها حكم أو معروضة على القضاء أو على هيئة التفتيش الإداري<sup>6</sup>.

1 - المادة 24 من مشروع المرسوم الجديد.

2 - يسري هذا الأجل ابتداء من يوم التوصل بالشكاية.

3 - لعل المشرع لازال يطغى عليه الطابع الذي كان يحكم لجنة الصفقات من خلال اختصاصها بمجال الصفقات العمومية دون غيرها من الطلبيات العمومية، وهذا ما يظهر من خلال عدة مواد من مشروع المرسوم الجديد.

4 - المادة 25 من مشروع المرسوم الجديد.

5 - المادة 27 من مشروع المرسوم الجديد.

6 - المادة 26 من مشروع المرسوم الجديد.

صعوبة تنفيذ طلبية عمومية: يعتبر النظر في صعوبة تنفيذ طلبية عمومية من المهام المستحدثة التي لم تكن تدخل ضمن صلاحيات لجنة الصفقات. وهكذا، أعطت المادة 29 من مشروع المرسوم الجديد لصاحب المشروع إمكانية اللجوء على اللجنة، سواء بمبادرة منه أو بناء على طلب صاحب الصفقة/الطلبية، قصد النظر في صعوبة تنفيذ طلبية عمومية يرى فائدة في عرضها على اللجنة، وهو الأمر الذي يستلزم من صاحب المشروع أن يوجه عرضاً إلى اللجنة حول صعوبة التنفيذ وكل وثيقة تفيد النظر في النزاع، على أنه يحق لرئيس اللجنة أن يطلب الإدلاء بوثائق أخرى أو مستندات تكميلية.

كما أنه من حق صاحب الصفقة/الطلبية اللجوء إلى اللجنة عن طريق مذكرة يشرح فيها أسباب شكايته، وتضمن هذه المذكرة بالوثائق التعاقدية للصفقة/الطلبية ورسائل صاحب المشروع والوزير وكذا المراسلات المرتبطة بالنزاع. في هذه الحالة الأخيرة يقوم رئيس اللجنة بإخبار صاحب المشروع المعني بلجوء نائل/صاحب الطلبية<sup>1</sup> العمومية إلى استشارة اللجنة، كما أن الرئيس مطالب بإخبار رئيس المجلس والمدير المعني إذا تعلق الأمر بصفقات/طلبات الجماعات الترابية أو المؤسسات العمومية.

واللجنة مقيدة بأجل ستة أشهر لإبداء رأيها وذلك ابتداء من تاريخ اللجوء إليها، على أنه يمكن تمديد هذا الأجل بمدة ثلاثة أشهر بمقرر من رئيس اللجنة.

ويبلغ رأي اللجنة إلى صاحب المشروع وصاحب الصفقة/الطلبية وحسب الحالة إلى السلطة الوصية على الجماعة الترابية أو المؤسسة العامة المعنية.

وعن طبيعة الرأي الصادر في هذا الصدد فإنه يبقى رأياً استشارياً، وقد منعت المادة 31 أياً من الطرفين الإدلاء بهذا الرأي أو استعماله أمام المحاكم.

بالإضافة إلى أن لجوء أحد الأطراف إلى المحاكم ينهي بقوة القانون مسطرة فحص صعوبة التنفيذ أمام اللجنة.

#### خاتمة :

في الختام، نخلص إلى أن مشروع المرسوم المتعلق باللجنة الوطنية للطلبات العمومية أعطى دوراً هاماً للجنة في ميدان الطلبات العمومية عن طريق توسيع صلاحياتها ومستويات تدخلها بالإضافة إلى إعادة هيكلتها بإشراك قطاعات متعددة والسماح بانفتاحها على العالم الخارجي من خلال ربط شراكات واتفاقيات تعاون مع إضفاء مرونة على كيفية تسيير مصالحها وتبسيط مسطرة اللجوء إليها وتوضيح بعض نقط الغموض التي كانت تعترى المرسوم المنظم للجنة الصفقات التي جاءت على أنقاضها اللجنة الوطنية للطلبات العمومية.

لكن، وعلى الرغم من الطابع الإيجابي لهذا المشروع مرسوم إلا أنه عرف مجموعة من ردود أفعال<sup>2</sup> مختلفة من قبيل: "أنه لا يستجيب إلا جزئياً لطلبات ورغبات المنظمات والمجتمع المدني" وأن "اللجنة الوطنية للطلبات العمومية تبقى حبيسة الأمانة العامة للحكومة وبالتالي لن يتغير شيء بالنسبة للجنة الحالية".

<sup>1</sup> - استخدم المشرع هنا مصطلح "نائل الطلبية" مع العلم أننا نتحدث هنا عن صعوبة تنفيذ طلبية قائمة وبالتالي فإننا نكون أمام "صاحب طلبية" وليس "نائل طلبية".

<sup>2</sup> - من طرف بعض المنظمات والهيئات مثل: الكونفدرالية العامة لمقاولة المغرب؛ الفدرالية الوطنية للبناء والأشغال العمومية.

لذا، نادى بعض الفعاليات بجعل اللجنة الوطنية للطلبيات العمومية وحدة مستقلة مكلفة بمهام ذات أهمية تعنى بتنظيم الصفقات العمومية والمرافق العمومية، وأن تتوفر على بنيات دائمة ومنحها استقلالها التام، لذلك يقترح مهنيو قطاع البناء والأشغال العمومية وضعها أمام رئيس الحكومة الذي سيمكنه فيما بعد تعيين الرئيس وثلاث نواب الرئيس المكلفون بدراسة وإعداد النصوص.

من ناحية أخرى يبدو أن المشرع لا زالت تطغى عليه النظرة المركزية للمؤسسات والهيئات وبالتالي لم يأبه لمسلسل اللامركزية والجهوية المتقدمة التي راهن عليها المغرب كآلية فعالة لتحقيق التنمية بشتى أوجهها. لذا فلا ضير أن يأخذ المشرع المغربي عن جارتها الجزائر بشأن إحداثه اللجان القطاعية إلى جانب اللجنة الوطنية للصفقات<sup>1</sup>، على اعتبار أن اللجان القطاعية قد خففت الضغط بشكل كبير على اللجان<sup>2</sup> الوطنية للصفقات العمومية.

لعل هذه الخطوة تعد إيجابية، لأنها تجسيد للامركزية على مستوى منظومة الطلبات العمومية، وهو ما سينعكس إيجاباً على تحقيق الصالح العام.

#### لائحة المراجع :

- العلمي هناء و أمين كوثر و العروسي الإدريسي الحسني، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني وواقع الاجتهاد القضائي المغربي، طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى 2010.
- الغبار عاصم، مراقبة صفقات الدولة بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون العام في وحدة القضاء الإداري، 2010/2009.

<sup>1</sup> - بموجب المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، الجريدة الرسمية عدد 04، ص. 20 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 236-10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431 الموافق 7 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

<sup>2</sup> - تتوفر الجزائر حسب المادة 142 من المرسوم الرئاسي 12-23 على اللجان الوطنية للصفقات الآتية:

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال،

- اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم،

- اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات.

هذا مع العلم أن هناك جهاز يدعى "لجنة الصفقات" والذي بدوره يتفرع إلى لجنة الصفقات الوطنية ولجنة الصفقات للمؤسسات العمومية ولجان الصفقات الولائية.

## حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في القانون الدولي لحقوق الإنسان



إعداد: موابسي بوعلام باحث

سنة أولى دكتوراه جامعة وهران

مقدمة :

يمثل المعوقون شريحة اجتماعية هامة كثيرا ما تتعرض للتمييز أو الإقصاء نظرا لعجزها عن تأمين لنفسها بصورة كلية أو جزئية ضرورات الحياة الفردية أو الجماعية بسبب قصور خلقي أو غير خلقي في القدرات الجسمية أو العقلية.

وقد حرصت المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على كفالة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ومن ضمنها الإعلان الخاص بالحقوق المعوقين لعام 1975 الذي اعترف للمعوق دون استثناء وبلا تفرقة أو تمييز على أساس اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين، بجميع الحقوق الأساسية التي يتمتع بها سواه من البشر، فللمعوق الحق في العلاج الطبي والنفسي و في التأهيل الاجتماعي، وفي التعليم والتدريب وخدمات التوظيف وغيرها من الخدمات التي تمكنه من إنماء قدراته ومهاراته إلى أقصى الحدود وتعجل بعملية إدماجه في المجتمع.

كما كفل الإعلان الخاص بحقوق المتخلفين عقليا لعام 1971 لهذه الفئة العديد من الحقوق ومنها: الحق في الحصول على الرعاية والعلاج الطبيين المناسبين، وعلى قدر من التعليم والتدريب والتأهيل والتوجيه، يمكنه من إنماء قدراته وطاقاته إلى أقصى حد ممكن، وله الحق في التمتع بالأمن الاقتصادي، وله الحق في ممارسة العمل المنتج حسب ما تسمح به قدراته، وله حق الإقامة مع أسرته، وإذا اقتضت الضرورة وضعه في مؤسسة وجب أن تكون هذه المؤسسة وظروف الحياة فيها متناسبة مع بيئته وظروف حياته، وللمتخلف عقليا الحق في أن يعين له وصي مؤهل عند لزوم ذلك لحماية شخصه ومصالحه، وله حق التقاضي مع المراعاة التامة لقدراته العقلية.

وقد تعهدت الدول بموجب اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لعام 2006 بكفالة وتعزيز وإعمال الحقوق والحريات الأساسية لجميع الأشخاص ذوي الإعاقة دون أي تمييز، وتحقيقا لهذه الغاية أكدت الدول الأطراف على اتخاذ جميع التدابير المناسبة لكفالة الحقوق المعترف بها لهؤلاء الأشخاص، وبالامتناع عن القيام بأي عمل أو ممارسة تتعارض مع هذه الاتفاقية.

كما تعهدت الدول الأطراف أيضا باتخاذ جميع التدابير لضمان تمتع الأطفال ذوي الإعاقة بكل حقوقهم الأساسية وبتشجيع الاعتراف بمهاراتهم وكفاءاتهم وتنظيم برامج تعليمية لفائدتهم، مما يمكنهم من الاندماج الاجتماعي والعيش باستقلالية والمشاركة بشكل فعال في جميع مناحي الحياة.

## إشكالية الدراسة :

أكدت عديد المواثيق الدولية لحقوق الإنسان أن للمعوق حق أصيل في أن تحترم كرامته الإنسانية وله أيا كان منشأ وطبيعة وخطورة إعاقته، والقصور الذي يعاني منه، نفس الحقوق المقررة للأخرين، أي كافة الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يتمتع بها سواه من البشر، غير أن هناك فرق شاسع بين النصوص النظرية والممارسة العملية.

أما إشكالية البحث فتتمثل في ما يلي :

- هل تحظى حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة بحماية فعالة في المنظومة الدولية لحقوق الإنسان؟
- ولتوضيح هذه الإشكالية نطرح التساؤلات التالية :
- ما هي الالتزامات التي تقع على عاتق الدول والمنظمات الدولية تجاه الأشخاص ذوي الإعاقة؟
- ما هي وسائل رصد انتهاكات حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة؟
- هل توجد ضمانات الممارسة الفعلية لحقوق هذه الفئة؟
- فيما تتمثل الصعوبات التي تحول دون التمتع الأشخاص ذوي الإعاقة بحقوقهم المقررة في مواثيق حقوق الإنسان؟ وما هي سبل حلها؟

## أهمية الموضوع :

تكمن أهمية موضوع الدراسة في كونه يتناول حقوق شريحة اجتماعية هامة، تتمثل في الأشخاص ذوي الإعاقة من خلال البحث في مضامين المواثيق الدولية لحقوق الإنسان للوقوف على مجموعة الحقوق التي كرستها هذه المواثيق لفئة الأشخاص ذوي الإعاقة، هؤلاء الأشخاص اللذين كثيرا ما تعرضت حقوقهم للانتهاك وكانوا عرضة للتهميش وشتى أنواع التمييز.

كما تظهر أهمية الموضوع أيضا باعتباره يتطرق إلى التحديات الحقيقية التي يواجهها الأشخاص ذوي الإعاقة والصعوبات التي تحول دون تمتعهم بحقوقهم المقررة في مواثيق حقوق الإنسان، والالتزامات التي تقع على عاتق الدول والمنظمات الدولية لكفالة حقوق هذه الفئة.

## المطلب الأول : مفهوم مصطلح الأشخاص ذوي الإعاقة :

ليس هناك تعريف محدد و متفق عليه بين الباحثين حول تحديد المقصود بالمعوقين ، إذ يوجد اتجاهان رئيسان: أولا : الاتجاه الأول :

يقصر لفظة " المعاق أو المعوق " على الشخص الذي يصاب بعجز معين في أحد أعضاء جسمه، مما يجعله غير قادر على التكيف مع المجتمع على النحو الطبيعي ، أي أن الإعاقة في هذه الحالة تعني عدم القدرة على تلبية الفرد لمتطلبات أداء دوره الطبيعي في الحياة المرتبط بعمره ، وجنسه ، وخصائصه الاجتماعية و الثقافية ، وذلك نتيجة الإصابة أو العجز في أداء الوظائف الفسيولوجية أو السيكولوجية ، ويدخل في نطاق هذا المعنى أنواع الإعاقة المختلفة كالإعاقة العقلية أو السمعية أو البصرية أو الجسمية وصعوبات التعلم<sup>(1)</sup>.

1- د/ محمد السيد عرفة، الحماية القانونية لحقوق المعاقين في الدول العربية، دراسة تحليلية مقارنة، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 18، العدد36،



## ثانيا : الاتجاه الثاني :

يري أن معنى لفظة " المعاق " لا تقتصر على مجرد إصابة الفرد بعجز معين في أحد أعضاء جسمه ، بل تمتد لتشمل ، فضلا عن ذلك « أية حالة تعوق الفرد عن أداء دوره الطبيعي في المجتمع ، حتى ولو لم يكن ذلك نتيجة إصابته بعجز جسماني في أحد أعضاء جسمه» ، ومن ثم فالمعاق هو ( ذلك الشخص الذي انخفضت بدرجة كبيرة احتمالات ضمان عمل مناسب له، والاحتفاظ به، والترقي فيه ، لقصور بدني أو عقلي معترف به قانونا )<sup>(1)</sup> ، فقد يصاب الشخص بحالة انطواء وعزلة اجتماعية تجعله غير قادر على التكيف مع أفراد المجتمع المحيط به رغم سلامة أعضاء جسمه، ويدخل في هذا المفهوم للإعاقة ما يسمى باضطرابات السلوك ، وتصارع الثقافات لدى الشخص. و الواقع أن الإعاقة ليست نتيجة لسبب واحد ، بل هي محصلة مجموعة من الأسباب و العوامل الصحية ، والوراثية والثقافية والاجتماعية ، وهي أسباب تختلف من مجتمع لآخر ومن وقت لآخر<sup>(2)</sup>.

وقد أشارت المادة(01) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة إلى أن مصطلح " الأشخاص ذوي الإعاقة " يشمل كل من يعانون من عاهات طويلة الأجل بدنية أو عقلية أو ذهنية أو حسية، قد تمنعهم لدى التعامل مع مختلف الحواجز من المشاركة بصورة كاملة وفعالة في المجتمع على قدم المساواة مع الآخرين<sup>(3)</sup>. وفي ضوء معنى الإعاقة فإن المعاقين هم فئة من أفراد المجتمع تصاب بإعاقة معينة تجعلها غير قادرة على التكيف مع المجتمع ، وأصبح يطلق عليهم " ذوي الاحتياجات الخاصة " بدلا من لفظة المعاقين التي تعبر عن الوصم بالإعاقة ، ومالها من آثار و انعكاسات نفسية سلبية على الفرد تجعله ينغزل عن المجتمع ، ويعزف عن الاندماج مع الآخرين.

## المطلب الثاني : حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة :

يقصد بحقوق المعاقين مجموعة من الحقوق التي نصت عليها المواثيق الدولية لحقوق الإنسان لحماية حقوق المعاق بوصفها من حقوق الإنسان الأساسية ، بحيث أي انتقاص أو حرمان من أحدها أو منها جميعا يجعل صاحبها في مركز قانوني أقل من غيره من المواطنين ، ويخل بمبدأ المساواة بين الناس. وقد حرصت المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على كفالة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ومن ضمنها الإعلان الخاص بالحقوق المعوقين لعام 1975 الذي اعترف للمعوق دون استثناء وبلا تفرقة أو تمييز على أساس اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين، بجميع الحقوق الأساسية التي يتمتع بها سواه من البشر ومن أهم الحقوق :

## أولا : المساواة وعدم التمييز :

مبدأ عدم التمييز ركن من أركان قانون حقوق الإنسان ومبدأ مشمول في جميع معاهدات حقوق الإنسان. وتعرف اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006 التمييز على أساس الإعاقة بأنه « يعني أي تمييز أو استبعاد أو تقييد على أساس الإعاقة يكون عرضه أو أثره إضعاف أو إحباط الاعتراف بكافة حقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة مع الآخرين، في الميادين السياسية أو الاقتصادية أو

<sup>1</sup> - أنظر المادة (02) من الاتفاقية الدولية الخاصة بالتأهيل المهني والعمالة للمعاقين لسنة 1983.

<sup>2</sup> - محمد السيد عرفة، الحماية القانونية لحقوق المعاقين في الدول العربية، مرجع سابق، ص317.

<sup>3</sup> - أنظر المادة (01) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لسنة 2006.

الاجتماعية أو الثقافية أو المدنية، أو أي ميدان آخر. ويشمل جميع أشكال التمييز بما في ذلك الحرمان من ترتيبات تيسيرية معقولة<sup>(1)</sup>».

### ثانيا: الحق في التعليم :

تناول الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 الحق في التعليم في المادة 26 منه ، كما أكد الإعلان العالمي الخاص بالتعليم للجميع لعام 1990 على هذا الحق أيضا، أما فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية التي أولت أهمية بالغة للحق في التعليم فيأتي في مقدمتها العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، واتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، وعلى الصعيد الإقليمي نصت المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان على الحق في التعليم وحددت عناصره ومعايير ممارسته، ومن ضمن هذه المواثيق: الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والبرتوكول الثاني الملحق بالاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والبرتوكول الأول الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية إلى جانب الميثاق العربي لحقوق الإنسان وغيرها. وقد أكدت الدول الأطراف في مختلف هذه الصكوك على أن الحق في التعليم يجسد في شموليته ونطاقه عالمية حقوق الإنسان، كما تم التأكيد من خلال إعلان فيينا الصادر عن المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان لعام 1993 على ضرورة أن يوجه التعليم لإنماء الشخصية الإنسانية ولتعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتشجيع التواصل والتسامح والسلم والعلاقات الودية بين الأمم وبين مختلف الجماعات الدينية أو العرقية.

يشمل هذا الحق فئة الأشخاص ذوي الإعاقة، ولإعمال هذا الحق دون تمييز وعلى أساس تكافؤ الفرص، تكفل الدول الأطراف نظاما تعليميا جامعا على جميع المستويات وتعلما مدى الحياة موجها نحو ما يلي<sup>(2)</sup>:

- 1\_ عدم استبعاد الأشخاص ذوي الإعاقة من النظام التعليمي العام على أساس الإعاقة، وعدم استبعاد الأطفال ذوي الإعاقة من التعليم الابتدائي أو الثانوي المجاني والإلزامي على أساس الإعاقة.
- 2\_ حصول الأشخاص ذوي الإعاقة على الدعم اللازم في نطاق التعليم العام لتيسير حصولهم على تعليم فعال.

### ثالثا: الحق في العمل:

الحق في العمل يتصدر الحقوق التي تحظى باهتمام واسع في كل المجتمعات<sup>(3)</sup> ومن هذا المنطلق أكد العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، أن حق العمل مكفول، وأن ممارسته تقتضي توفير الظروف الملائمة لذلك، مع ضمان الأجر المناسب.

ويشمل هذا الحق فئة الأشخاص ذوي الإعاقة أيضاً، من خلال توفير شروط عمل عادلة ومرضية تكفل على الخصوص<sup>(4)</sup>:

<sup>1</sup> الترتيبات التيسيرية المعقولة تعني: التعديلات والترتيبات اللازمة والمناسبة والتي لا تفرض عبئاً غير متناسب أو غير ضروري، والتي تكون هناك حاجة إليها في حالة محددة، لكفالة تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة على أساس المساواة مع الآخرين بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية. بالنظر إلى هذا المبدأ، باستطاعة الشخص ذي الإعاقة أن يجادل بأن الدولة، وبواسطة الدولة- الجهات الفاعلة الأخرى، بما في ذلك القطاع الخاص، ملزمة باتخاذ خطوات لتيسير وضعه الخاص ما دامت هذه الخطوات لا تفرض عبئاً ثقيلًا.

<sup>2</sup> انظر المادة (24) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

<sup>3</sup> الشافعي محمد بشير ، قانون حقوق الإنسان( مصادرہ وتطبيقاته الوطنية والدولية)، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2009، ص252.

<sup>4</sup> انظر المادة (27) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

- 1- الاحترام: يجب أن تحترم الدولة حق الأشخاص ذوي الإعاقة في تشكيل نقابات العمال.
- 2- الحماية: يجب أن تضمن الدولة احترام القطاع الخاص لحق الأشخاص ذوي الإعاقة في العمل.
- 3- الوفاء: يجب أن توفر الدولة تدريباً مهنيًا، بقدر ما يسمح به توفر الموارد للأشخاص ذوي الإعاقة.

#### رابعاً: الحق في الصحة :

يعد الحق في الصحة من الحقوق الأساسية التي لا غنى عنها لاستمرار حياة الإنسان، لذا أصبحت الدول على اختلاف أنظمتها الاقتصادية والاجتماعية تتطلع نحو تحقيق مستويات متقدمة في مجال الصحة من خلال الاهتمام بالرعاية والخدمات الصحية وتوفيرها للجميع، وقد أخذ مفهوم الحق في الصحة حصة هامة من الاهتمام على الصعيد الدولي بعد إنشاء منظمة الصحة العالمية عام 1946. كما تم التأكيد على هذا الحق في العديد من المواثيق الدولية والإقليمية، حيث تمت الإشارة إليه بداية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والذي أكد أن لكل شخص الحق في مستوى معيشي كاف للمحافظة على صحته ورفاهيته ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية والخدمات الاجتماعية الضرورية، واكتسب الحق في الصحة مفهوماً أوسع وأشمل في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي اعتمد عام 1966 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، والذي من خلاله أقرت الدول الأطراف بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية. وتعمل كل دولة على أن يتمتع الأشخاص ذوي الإعاقة بأعلى مستويات الصحة دون تمييز على أساس الإعاقة. وتتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة الكفيلة بحصول الأشخاص ذوي الإعاقة على خدمات صحية تراعى الفروق بين الجنسين، بما في ذلك خدمات التأهيل الصحي. وتعمل الدول الأطراف بوجه خاص على ما يلي:

- 1\_ توفير رعاية وبرامج صحية مجانية أو معقولة التكلفة للأشخاص ذوي الإعاقة تعادل في نطاقها ونوعيتها ومعاييرها تلك التي توفرها للآخرين، بما في ذلك خدمات الصحة الجنسية والإنجابية وبرامج الصحة العامة للسكان.
- 2\_ توفير ما يحتاج إليه الأشخاص ذوي الإعاقة تحديداً بسبب إعاقاتهم من خدمات صحية تشمل الكشف المبكر والتدخل عند الاقتضاء، وخدمات تهدف إلى التقليل إلى أدنى حد من الإعاقات ومنع حدوث المزيد منها على أن يشمل ذلك الأطفال وكبار السن.
- 3\_ توفير هذه الخدمات الصحية في أقرب مكان ممكن من مجتمعاتهم المحلية، بما في ذلك المناطق الريفية<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الثالث: آليات حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في المواثيق الدولية :

أولاً: التزامات الدول الأطراف بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة :  
تكمل الاتفاقية<sup>(2)</sup> معاهدات حقوق الإنسان الأخرى، وهي لا تعترف بأي حقوق جديدة للأشخاص ذوي الإعاقة، لكنها توضح التزامات الدول بالاحترام وضمن تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة تمتعاً تاماً بحقوق الإنسان.

<sup>1</sup> انظر المادة (25/فقرة 03) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

<sup>2</sup> اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة وبروتوكولها الاختياري، اللذان اعتمدهما الجمعية العامة للأمم المتحدة في 13 ديسمبر 2006، هما أحدث إضافة إلى مجموعة الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، والاتفاقية تكمل معاهدات حقوق الإنسان. وهي لا تعترف بأي حقوق جديدة للأشخاص ذوي الإعاقة وضمن تمتعهم على قدم المساواة بحقوق الإنسان. وتعين الاتفاقية مجالات ينبغي إدخال تعديلات فيها لكي يتمكن الأشخاص ذوو الإعاقة من ممارسة حقوقهم فيها لأن هذه الحقوق كانت تنتهك بشكل روتيني. ووضعت معايير عالمية ينبغي تطبيقها على الجميع، وهي توفر أساساً لإطار عمل متماسك. فالدول ملزمة بموجب أحكام الاتفاقية، بالتشاور مع الأشخاص ذوي الإعاقة بواسطة منظمات تمثلهم، عندما تضع وتنفذ تشريعات وسياسات لتنفيذ الاتفاقية وبشأن جميع المسائل السياسية العامة الأخرى التي تؤثر في حياة الأشخاص ذوي الإعاقة.

وقد أوضحت الصكوك الدولية لحقوق الإنسان التي اعتمدت بعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الخطوات التي يجب أن تتخذها الدول لضمان احترام تلك الحقوق في أوضاع معينة. فثمة معاهدات، مثلاً، تحمي الأطفال على وجه التحديد أو العمال المهاجرين وأسراهم أو تحضر التعذيب أو تحمي الناس من التمييز بناء على أساس نوع الجنس أو العرق. وتركز الاتفاقية الجديدة على الخطوات التي يجب أن تتخذها الدول لضمان احترام حقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة<sup>(1)</sup>.

وتنطوي الاتفاقية على ثلاث واجبات متميزة لجميع الدول الأطراف وهي: الالتزام بالاحترام، الالتزام بالحماية، الالتزام بالوفاء<sup>(2)</sup>.

أ\_ آلية الرصد في الاتفاقية :

يوجد في جميع المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان الملزمة قانوناً عنصراً رصداً، وهذه الاتفاقية ليست مستثناة من ذلك. وإن الإجراء المبين في الاتفاقية، شأنه في ذلك شأن آليات الرصد الموجودة في المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان. وتعزز آلية الرصد المسألة، وعلى المدى البعيد، تعزز قدرة الأطراف على الوفاء بالتزاماتهم وواجباتهم. على الصعيد الدولي نصت الاتفاقية على إجراء رصد بواسطة إنشاء لجنة من الخبراء المستقلين تسمى اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، حيث تراجع اللجنة التقارير التي تقدمه الدول الأطراف بصورة دورية. وعلى هذا الأساس تعمل اللجنة مع الدول الأطراف المعنية، وتقدم ملاحظات ختامية وتوصيات إلى الدول الأطراف. وتنص الاتفاقية أيضاً على عقد مؤتمر للدول الأطراف، ينظر في تنفيذ الاتفاقية.

### 1\_ اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة :

نصت الاتفاقية على إنشاء لجنة معنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة عندما تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ<sup>(3)</sup>. تدرس اللجنة التقارير الدورية التي تقدمها الدول، وتنظر في البلاغات الفردية، تتألف اللجنة من 18 خبيراً، يختارهم مؤتمر الدول الأطراف، يعملون بصفتهم الشخصية. ويكون اختيار أعضاء اللجنة على أساس كفاءتهم وخبرتهم في ميدان حقوق الإنسان والإعاقة، وكذلك بالنظر إلى التمثيل الجغرافي العادل، وتمثيل أشكال مختلفة من الحضارات والنظم القانونية، والتوازن بين الجنسين، ومشاركة خبراء ذوي إعاقة في اللجنة.

### 2\_ التقارير الدورية :

تقدم كل دولة طرف في الاتفاقية تقريراً أولياً عن التدابير المتخذة لتنفيذ الاتفاقية. ويجب أن تقدم كل دولة تقريرها الأولي في غضون سنتين بعد دخل الاتفاقية حيز التنفيذ في تلك الدولة. وينبغي للتقرير الأولي أن يبين ما يلي :

<sup>1</sup>- توافق الحكومة التي تصدق على الاتفاقية، كما أكدت المادة (04)، على تعزيز وضمان تمتع جميع الأشخاص ذوي الإعاقة تمتعاً تاماً بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية دون تمييز من أي نوع.

<sup>2</sup>- الالتزام بالاحترام: يجب أن تمتنع الدول الأطراف عن التدخل في تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة بحقوقهم. فيجب مثلاً ألا تجري الدول الأطراف تجارب طبية على الأشخاص ذوي إعاقة دون موافقتهم. الالتزام بالحماية: يجب أن تمتنع الدول الأطراف انتهاك هذه الحقوق من قبل طرف ثالث، مثلاً من أرباب العمل في القطاع الخاص. الالتزام بالوفاء:

<sup>3</sup>- دخلت اتفاقية الأمم المتحدة حيز التنفيذ عام 2008، وصدقت على الاتفاقية أكثر من 119 دولة، وهي أول معاهدة شاملة لحقوق الإنسان في القرن الحادي والعشرين وأول اتفاقية يفتح باب توقيعها لمنظمات تكامل إقليمي.

\_\_ إنشاء إطار دستوري وإداري لتنفيذ الاتفاقية.

\_\_ أن ترد على بواعث القلق والمسائل الأخرى التي تبرزها اللجنة في ملاحظاتها الختامية في تقاريرها السابقة.

\_\_ أن تبرز أي عقبات تكون الحكومة والجهات الفاعلة الأخرى قد واجهتها خلال الفترة المشمولة بالتقرير.

\_\_ أن تبين التقدم المحرز في أعمال حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في الفترة المشمولة بالتقرير.

وَمَا تَقْدَمُ يُمْكِنُ الْقَوْلُ أَنَّ التَّقَارِيرَ الدَّوْرِيَّةَ طَرِيقَةً لَتَعْزِيزِ امْتِثَالِ الدَّوْلِ لِالتَّزَامَاتِهَا بِمَوْجِبِ الاتِّفَاقِيَّةِ، وَوَسِيلَةً لِتَمَكِينِ الحُكُومَةِ، وَالمُؤَسَّسَاتِ الوَطْنِيَّةِ لِحُقُوقِ الْإِنْسَانِ، وَالمَجْتَمَعِ المَدْنِيِّ مِنْ تَقْيِيمِ مَسْتَوَى احْتِرَامِ حُقُوقِ الْإِنْسَانِ لِلأَشْخَاصِ ذَوِي الإِعَاقَةِ فِي البَلَدِ.

### 3\_ مؤتمر الدول الأطراف :

تَجْتَمِعُ الدَّوْلُ الأَطْرَافِ فِي الاتِّفَاقِيَّةِ بِانْتِظَامٍ فِي مَوْتَمَرٍ لِلدَّوْلِ الأَطْرَافِ لِلنَّظَرِ فِي أَيِّ مَسْأَلَةٍ تَتَّصِلُ بِتَنْفِيزِ الاتِّفَاقِيَّةِ، وَلا تَشْرَحُ الاتِّفَاقِيَّةُ أَيَّ شَكْلِيَّاتٍ أَوْ وَظَائِفٍ لِلْمَوْتَمَرِ<sup>(1)</sup>.

#### ب\_ البرتوكول الاختياري للاتفاقية :

الْبَرْتُوكُولُ الْاِخْتِيَارِيُّ صَكٌ قَانُونِي يَعْالِجُ مَسَائِلَ قَانُونِيَّةَ لَا تَعْطِيهَا المَعَاهِدَةُ الأُمِّ، أَوْ لَا تَعْطِيهَا تَعْطِيَّةً كَامِلَةً. يَقْدَمُ الْبَرْتُوكُولُ الْاِخْتِيَارِيُّ لِاتِّفَاقِيَّةِ حُقُوقِ الأَشْخَاصِ ذَوِي الإِعَاقَةِ إِجْرَائِيْنَ اثْنَيْنِ لِتَعْزِيزِ تَنْفِيزِ الاتِّفَاقِيَّةِ وَهَمَا: إِجْرَاءُ تَلْقِي بِلَاغَاتٍ فَرْدِيَّةٍ، وَإِجْرَاءُ عَمَلِيَّاتٍ تَحْقِيقِ.

### 1\_ إجراء تلقي بلاغات فردية :

يَسْمَحُ إِجْرَاءُ البِلَاغَاتِ الْفَرْدِيَّةِ لِأَفْرَادٍ، وَمَجْمُوعَاتِ الْأَفْرَادِ فِي الدَّوْلَةِ الطَّرْفِ فِي الْبَرْتُوكُولِ الْاِخْتِيَارِيِّ، أَنْ يَشْكُو إِلَى اللِّجْنَةِ الْمَعْنِيَّةِ بِحُقُوقِ الأَشْخَاصِ ذَوِي الإِعَاقَةِ، مِنْ كَوْنِ الدَّوْلَةِ قَدْ خَرَقَتْ التَّزَامَاتِهَا بِمَوْجِبِ الاتِّفَاقِيَّةِ. تَعْرِفُ هَذِهِ الشَّكْوَى بِاسْمِ «البلاغ»، وَتُرْسَلُهَا إِلَى الدَّوْلَةِ الطَّرْفِ الْمَعْنِيَّةِ. وَتَكُونُ إِجْرَائَاتُ البِلَاغَاتِ الْفَرْدِيَّةِ فِي الْعَادَةِ إِجْرَائَاتٍ وَرَقِيَّةٍ، أَيْ مَكْتُوبَةٍ. بِعِبَارَةٍ أُخْرَى، لَا الْمَشْتَكِي يَظْهَرُ أَمَامَ اللِّجْنَةِ شَخْصِيًّا وَلَا الدَّوْلَةُ تَظْهَرُ أَمَامَ اللِّجْنَةِ فِي رَدِّهَا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا كُلُّ مَا يَقْدَمُ إِلَى اللِّجْنَةِ يَقْدَمُ مَكْتُوبًا.

### 2\_ إجراء التحقيق :

إِذَا تَلَقَّتِ اللِّجْنَةُ مَعْلُومَاتٍ مَوْثُوقَةً تُشِيرُ إِلَى ارْتِكَابِ دَوْلَةٍ طَّرْفٍ اِنتِهَاقَاتٍ خَطِيرَةٍ أَوْ مِنْهَجِيَّةٍ لِأَحْكَامِ الاتِّفَاقِيَّةِ، يَجُوزُ لِلِّجْنَةِ أَنْ تَدْعُو الدَّوْلَةَ إِلَى التَّعَاوُنِ فِي دَرَاةِ هَذِهِ المَعْلُومَاتِ بِتَقْدِيمِ مَلَاخِظَاتٍ إِلَى اللِّجْنَةِ. وَبَعْدَ النَّظَرِ فِي مَلَاخِظَاتِ الدَّوْلَةِ الطَّرْفِ أَنْ تَعَيِّنَ وَاحِدًا أَوْ أَكْثَرَ مِنْ أَعْضَائِهَا لِإِجْرَاءِ تَحْقِيقٍ وَتَقْدِيمِ تَقْرِيرٍ عَاجِلٍ. وَقَدْ يَشْمَلُ التَّحْقِيقُ، عِنْدَ الْاِقْتِضَاءِ، وَبِمُوَافَقَةِ الدَّوْلَةِ الْمَعْنِيَّةِ، زِيَارَةَ لِلْبَلَدِ الْمَعْنِيِّ. وَبَعْدَ دَرَاةِ نَتَائِجِ التَّحْقِيقِ يَجِبُ أَنْ تُحِيلَ اللِّجْنَةُ هَذِهِ النَتَائِجَ، وَتَعْلِيقَاتِهَا هِيَ، إِلَى الدَّوْلَةِ. وَعِنْدَهَا تَعْطِي الدَّوْلَةَ مَهْلَةً سِتَّةَ أَشْهُرٍ لِتَقْدِيمِ مَلَاخِظَاتِهَا إِلَى اللِّجْنَةِ، وَيَجِبُ إِجْرَائُهُ بِتَّعَاوُنٍ تَامٍ مَعَ الدَّوْلَةِ الْمَعْنِيَّةِ<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- صدر آخر تقرير لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، بتاريخ 14 سبتمبر 2013. أنظر الوثائق الرسمية للأمم المتحدة، رقم الوثيقة CRPD/CSP/2013

<sup>2</sup>- يجوز للدول ومنظمات التكامل الإقليمي المصدقة على البرتوكول الاختياري أن تعلن في وقت التوقيع أو التصديق أو الانضمام أنها لا تعرف باختصاص اللجنة المتصل بإجراءات التحقيق.

## ج\_ الإعلانات المتعلقة بالاتفاقية والبرتوكول الاختياري :

يجوز للدولة بموجب الاتفاقية أن تصدر إعلانات تفسيرية فقط. وبموجب البرتوكول الاختياري، يمكن للدول أن تصدر إعلانات تفسيرية وإعلانات اختيارية.

## 1\_ الإعلانات التفسيرية :

يجوز أيضا للدولة أو منظمة التكامل الإقليمية أن تصدر بيانا عن فهمها لمسألة واردة في حكم معين من أحكام المعاهدة أو لتفسير ذلك الحكم. هذه البيانات تسمى «إعلانات» أو «إعلانات تفسيرية». وهذه الإعلانات خلافا للتحفظات\_ لا يقصد به استبعاد أو تعديل الآثار القانونية للمعاهدة. وإنما القصد من الإعلان هو أن يوضح معنى أحكام معينة من المعاهدة أو معنى المعاهدة كلها.

## 2\_ الإعلانات الاختيارية :

ثمة شكل إضافي من أشكال الإعلانات مسموح به بموجب البرتوكول الاختياري. ينشئ البرتوكول الاختياري إجراءين اثنين هما: نظام يسمح للأفراد بتقديم التماس إلى اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة ( إجراء البلاغات الفردية)، ونظام يسمح للجنة بأن تجري تحقيقات عندما تتلقي معلومات موثوقة، تشير إلى وقوع انتهاكات خطيرة أو منهجية للحقوق الواردة في الاتفاقية من قبل دولة طرف ( إجراء التحقيق).

وما سبق يمكن القول أن الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة تلزم الحكومات بتحسين أوضاع المعاقين على مراحل، وتشمل تشديد مرافق جديدة ملائمة، وتحسين فرص حصولهم على التعليم والمعلومات، واعتماد تدابير ترمي إلى القضاء على الممارسات التمييزية ضدهم، مثل إلغاء القوانين التي تفرق بين الأصحاء والمعاقين، كم تدعو إلى حل المشاكل الخاصة بتنقل المعاقين، والخدمات الصحية والتوظيف، والتأهيل والمشاركة في الحياة السياسية، وترصد آلية دولية ترصد تنفيذ هذه التعهدات.

## ثانيا: التزامات الدول بموجب المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان :

الحماية الدولية لحقوق الإنسان على أهميتها لا تغني عن الحماية الإقليمية التي ما انفكت تلعب دور حيويًا في هذا المجال، نظرا لإمكانات التوفيق بين الدول التي تتقاسم الإقليم، والتي غالبا ما تكون أكثر انسجاما فيما بينها مما يسمح لها بالتعبير عن خصوصياتها، وعن مفاهيمها الخاصة بحقوق الإنسان في ظل تعدد الثقافات والإيديولوجيات في العالم<sup>(1)</sup>.

ودعا ميثاق الأمم المتحدة لقيام تنظيمات ووكالات إقليمية شريطة أن يكون نشاطها متلائما مع مقاصد الأمم المتحدة، ومن بينها تعزيز واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وكانت أولى الثمرات تأسيس نظام حماية حقوق الإنسان على المستوى الأوروبي في إطار مجلس أوروبا الذي يعد من أقدم المنظمات الإقليمية التي جعلت من حقوق الإنسان غاية تسعى من خلالها لتحقيق وحدة مترابطة بين أعضائها<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup>- مخانق عبد الله، حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في إطار المنظمات الدولية الإقليمية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة المدينة، 2012/ 2013، ص5.

<sup>2</sup>- تأسس مجلس أوروبا من مجموعة دول أوروبا الغربية، وقد حددت ديباجته نظامه الأساسي، والخطوط العريضة لأهدافه، ومنها حماية مبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان.

ومنذ التوقيع على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان عام 1950، تواصل الاتجاه نحو صياغة اتفاقيات إقليمية أخرى باعتماد الاتفاقية الأمريكية عام 1968، وتلاها في وقت لاحق الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في إطار منظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الإفريقي حالياً)، وبعد ذلك الاتفاقية العربية لحقوق الإنسان على مستوى جامعة الدول العربية<sup>(1)</sup>.

### أ\_ حماية حقوق المعوقين على المستوى الأوروبي والأمريكي :

على المستوى الأوروبي طرح الميثاق الاجتماعي الأوروبي للتوقيع في مدينة تورينو بإيطاليا في 18 أكتوبر 1961، ودخل حيز التنفيذ عام 1965، واعتبر ملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية في المجال الاجتماعي، ومن خلاله أكدت الدول الأوروبية أنها عازمة على تكثيف الجهود قصد تحسين المستوى المعيشي والمضي قدماً نحو تحقيق الرفاه والعدالة الاجتماعية للأشخاص ذوي الإعاقة بعض النظر عن جنسيتهم ومكان إقامتهم<sup>(2)</sup>.

نصت وثيقة مقدمة من الاتحاد الأوروبي في إطار جهود صياغة الاتفاقية الدولية للأشخاص ذوي الإعاقة على الآتي: « يلتزم الاتحاد الأوروبي بإتباع نهج يستند إلى حقوق الإنسان في تناول المسائل المتعلقة بحقوق المعوقين». وفي عام 1996، اعتمدت الدول الأعضاء في مجلس الاتحاد الأوروبي قراراً بشأن تكافؤ الفرص للمعوقين، ووفقاً للمادة (13) من المعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية، التي تفوض الاتحاد الأوروبي لاتخاذ الإجراءات اللازمة لمكافحة التمييز، اعتمد المجلس في 27 نوفمبر 2000، الأمر التوجيهي 2000/78 بشأن إنشاء إطار عام للمساواة في المعاملة في مجال العمالة والمهن التي تشمل في جملة أمور الإعاقة. ويتسق هذا النهج أيضاً مع المادة (21) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي التي تحظر التمييز على أي أساس كان، بما في ذلك الإعاقة، والمادة (26) التي تتضمن الاعتراف بحق المعوقين في الاستفادة من التدابير المصممة لكفالة استقلالهم وسلامتهم الاجتماعية والمهنية ومشاركتهم في حياة المجتمع. وعلاوة على ذلك أعلن الاتحاد الأوروبي سنة 2003، السنة الأوروبية للمعوقين بهدف زيادة الوعي بحقوق المعوقين في الحماية من التمييز والتمتع الكامل والمتساوي بحقوقهم، والدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي على استعداد للاضطلاع بدور فعال وملتزم في عمل اللجنة المختصة في جميع المسائل العملية والإجرائية. أما على المستوى الأمريكي فقد جاءت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على غرار الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، تتضمن مقدمة توضح بأن حقوق الإنسان الأساسية مردها إلى " الصفات المميزة لشخصية الإنسان " فهي لا تستمد من كون الشخص مواطناً ولا تستند إلى جنسيته.

وعند دراستنا لمفهوم المعوقين وفقاً لأهم المواثيق الأمريكية لحقوق الإنسان، لا بد أن نذكر بادئ ذي بدء ما نص عليه ميثاق منظمة الدول الأمريكية (ميثاق سان جوزيه) عام 1948، الذي أهمل الإعاقة بصورة كاملة، ولم يذكرها عند نصه على احترام الحقوق الأساسية لجميع المواطنين دون تمييز، وقد جاء هذا الإهمال كاملاً لأن الميثاق لم يترك أي مجال لإدخال الإعاقة ضمن إطار أسباب التمييز بين البشر. أما الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لعام 1948، فلم يأت على ذكر الإعاقة إلا في المادة (16)<sup>(3)</sup>. وفي عقد الثمانينات من القرن الماضي صدر البرتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (برتوكول سان

<sup>1</sup> - مخانق عبد الله، مرجع سابق، ص 24.

<sup>2</sup> - كلود زانغي، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، ترجمة فوزي عيسى، الطبعة الأولى مكتبة لبنان، بيروت، 2006، ص 241.

<sup>3</sup> - عمر سعد الله، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 41.

سلفادور) عام 1988، والذي يعتبر أكثر تطورا في مجال حقوق المعوقين، فقد ذكر الإعاقة والمعوقين في عدة مواد متعلقة بالحقوق في العمل والضمان الاجتماعي.

وفي نهاية القرن العشرين أصدرت منظمة الدول الأمريكية اتفاقية خاصة وشاملة لحقوق المعوقين، هي الاتفاقية الأمريكية بشأن إزالة كافة أشكال التمييز ضد المعوقين في 7 جويلية 1999، فقد حاولت هذه الاتفاقية معالجة مختلف حقوق المعوقين من خلال طرح فكرة التمييز الممارس ضدهم على أساس الإعاقة، كما نصت على إنشاء لجنة للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المعاقين. ولا شك أن هذه الاتفاقية تمثل تطورا للنظام الأمريكي لحقوق الإنسان مقارنة بالنظم الأخرى.

## ب\_ حماية حقوق المعوقين على المستوى الإفريقي والعربي :

بعد الاستقلال وجدت الدول الإفريقية نفسها تتخبط في مشاكل اقتصادية واجتماعية معقدة، هذه الخصوصيات جعلت موضوع حقوق الإنسان يأخذ طابعا مميزا في إفريقيا، تم تشكيل منظمة الوحدة الإفريقية في البداية كهيئة تهدف إلى استكمال مسيرة التخلص من الاستعمار والدفاع عن مصالح الدول حديثة الاستقلال، ذلك أن هذه المنظمة على خلاف التنظيمات الأخرى تجاهلت إلى حد ما مسألة حقوق الإنسان، باعتبار أن قضايا الأمن والتعاون، كانت لها الأولوية على حقوق الإنسان وحياته الأساسية<sup>(1)</sup>.

وكان لابد من انتظار حتى منتصف السبعينات، عندما دفعت سلسلة من العوامل مجتمعة منظمة الوحدة الإفريقية إلى إحداث تغيير في توجهاتها نحو حقوق الإنسان، ومنه الاهتمام الدولي المتزايد بهذه الحقوق، والتأكيد على عدم قابليتها للتجزئة، ففي ظل هذه الأوضاع جاء الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب تعبيرا عن تطلعات الشعوب الإفريقية نحو المساواة والحرية والعدالة الاجتماعية، ورغبتها في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية إلى جانب الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>(2)</sup>.

ووفقا للإحصاءات المتاحة، فإن حوالي 80 % من المعوقين يعيشون في البلدان النامية، بل أن هذا العدد في تزايد مستمر بسبب النمو السكاني، وفي ظل الأوضاع والانتهاكات المستمرة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، تصدى رؤساء الدول والحكومات لمنظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الإفريقي حاليا) للقضايا المتصلة بالإعاقة وكذا حقوق المعوقين منذ الثمانينات. ولقد توجت هذه الجهود بإنشاء المعهد الإفريقي لإعادة التأهيل للتنسيق بين كافة قضايا ومسائل الإعاقة في القارة، وفي جويلية 1999، أعلن مؤتمر رؤساء دول وحكومات الاتحاد الإفريقي الفترة من 1999 إلى 2009 عقدا إفريقيا للمعوقين وتلى ذلك اعتماد إعلان وخطة عمل بشأن العقد.

أما في إطار جامعة الدول العربية فقد اتجهت جهود هذه المنظمة لإنشاء تنظيم إقليمي في مجال حقوق الإنسان على غرار التنظيمين الأوروبي والأمريكي، وكانت البداية مع إنشاء اللجنة العربية لحقوق الإنسان، وبعد محاولات عديدة تم إصدار الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعترف بالارتباط الوثيق بين حقوق الإنسان، وقد تضمنت نصوص الميثاق طائفتين من الحقوق هما: الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

<sup>1</sup>- موايسي بوعلام، آثار العولمة على سيادة دول العالم الثالث، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة المدينة، 2012/2013، ص51.

<sup>2</sup>- محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2002، ص342.



فقد أكدت المادة (03) من الميثاق على ضمان تمتع الأشخاص ذوي الإعاقة بكافة الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الميثاق دون تمييز، كما أكدت المادة (34) من الميثاق العربي لحقوق الإنسان على حق الأشخاص ذوي الإعاقة في العمل حيث نصت على أن: ( العمل حق طبيعي لكل مواطن، وتعمل الدولة على توفير فرص العمل قدر الإمكان لأكبر عدد ممكن من المقبلين عليه، مع ضمان الإنتاج وحرية العمل وتكافؤ الفرص، ودون أي نوع من أنواع التمييز على أساس العرق أو اللون أو الجنس، أو الدين، أو اللغة أو الرأي السياسي، أو الانتماء النقابي أو الأصل الوطني أو الأصل الاجتماعي أو الإعاقة أو أي وضع آخر). وأكدت المادة 40 على أن ( ... توفر الدول الأطراف كل الخدمات التعليمية المناسبة للأشخاص ذوي الإعاقات، أخذاً بعين الاعتبار أهمية الدمج في النظام التعليمي، وأهمية التدريب، والتأهيل المهني، والإعداد لممارسة العمل، وتوفير العمل المناسب في القطاع الحكومي أو الخاص).

ومن الإجراءات والتدابير التي تم إنشاؤها لضمان إعمال حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، المنظمة العربية للمعوقين التي تأسست في 03 نوفمبر 1998، كما اعتمدت منظمة العمل العربية الاتفاقية العربية رقم 17 لعام 1993 بشأن تشغيل وتأهيل المعاقين، والتي أشارت إلى ضرورة مساواة الفرد المعاق والفرد غير المعاق في الحقوق والواجبات مؤكدة لما نادى به منظمة العمل الدولية في اتفاقيتها رقم 159 لعام 1983، بشأن التأهيل المهني والعمالة للمعوقين.

#### المطلب الرابع: حماية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة على المستوى الوطني:

يقصد بالحماية الوطنية للمعوقين، مجموعة القواعد القانونية الصادرة في نصوص محددة من السلطة التشريعية في الدولة، والتي تقر حقوقاً للمعاقين، وتتناول كافة قضاياهم بما في ذلك إنشاء هيئة أو مجلس تتولى رسم السياسات العامة للدولة في مجال الإعاقة<sup>(1)</sup>.

لقد تضمنت بعض التشريعات العربية المنظمة لحقوق المعاقين نصوصاً تحدد نطاق تطبيقها من الناحية الشخصية والموضوعية. بالنسبة إلى الجزائر تمثل فئة المعوقين وما تحمله من طموحات، من حيث التكفل والإدماج الاجتماعي انشغالا دائما للسلطات العمومية التي أخذت على عاتقها هذا التحدي بوضعها جملة من السياسات والقوانين لصالح هذه الفئة، ولضمان التكفل الفعال بالمعاقين وكفالة حقوقهم السياسية والاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، فإن مجمل النصوص القانونية التي تم إصدارها ولا سيما القانون 02/09 المؤرخ في 08/05/2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين، أكد على ضرورة عدم التمييز بين الأشخاص ذوي الإعاقة والأفراد الأصحاء، ويمكن من خلال هذه النصوص أن نحدد أهم الحقوق وهي: الحق في التكفل الاجتماعي والإداري، الحق في التكفل المؤسسي والإدماج المهني، الحق في الاعتراف بصفة المعاق.

أما التشريع المصري بشأن المعاقين فهو يتطابق مع التشريع الجزائري، حيث نصت المادة (76) منه ( للطفل المعاق الحق في التمتع برعاية خاصة اجتماعية وصحية ونفسية وهذا يعني اعتماده على نفسه وتيسير اندماجه في المجتمع)<sup>(2)</sup>، كما أن القانون الكويتي رقم (5) لعام 1987، وفي المادة (3) منه أكد على حماية المعاق وقائياً وعلاجياً ومنها الإرشاد الوراثي قبل الزواج وبعده، كما أفردت المادة (3) أعلاه مسؤولية الدولة بتنفيذ الخدمات العلاجية

<sup>1</sup> - محمد السيد عرفة، الحماية القانونية لحقوق المعاقين في الدول العربية، مرجع سابق، ص 6.

<sup>2</sup> - وفقاً لتقديرات منظمة الصحة العالمية وجهاز التعبئة العامة والإحصاء الحكومي، فإن عدد المواطنين ذوي الاحتياجات الخاصة في مصر يصل إلى أكثر من ثمانية ملايين معوق، بينهم نحو مليوني طفل.

الطبية داخل البلاد وخارجها للمعاق.

ولقد حرص الدستور العراقي وفي المادة (32) على كفالة حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، من خلال التزام الدولة بالعمل على توفير الحقوق الأساسية وتلبية احتياجاتهم الإنسانية، أما على نطاق القوانين العادية، فإن قانون الرعاية الاجتماعية رقم (126) لعام 1980 أورد ميزات خاصة مراعاة لأوضاعهم الخاصة.

#### الخلاصة :

تحظى الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لذوي الاحتياجات الخاصة حالياً باعتراف القانون الدولي لحقوق الإنسان، وقد تزايد الاهتمام بها تدريجياً في نطاق الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، كمنظمة العمل الدولية ومنظمة الصحة العالمية وغيرها، التي أرست معايير محددة للإعمال الكامل لهذه الحقوق. وللوقوف على المكانة التي تتبوؤها حقوق المعوقين في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، ومدى فعالية الآليات والوسائل التي رصدت لتعزيزها وحمايتها في إطار التنظيم الدولي الإقليمي، بحثنا من خلال الموضوع في ثنايا المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان. وبعد الدراسة والتحليل خلصنا إلى جملة من النتائج أحقها بمجموعة من التوصيات. أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة:

\_ أصبحت الدول والمنظمات الدولية والإقليمية تنظر إلى حقوق المعوقين نظرة لا تقل أهمية عن حقوق الأفراد الأصحاء غير أن إعمال حقوق المعوقين يمر بأزمة حقيقية مما يتطلب التدخل الإيجابي من طرف الدولة.

\_ ممارسة حقوق المعوقين لا يتحقق إلا في ظل سياسات اقتصادية واجتماعية تقوم على العدالة الاجتماعية، وذلك عن طريق تأسيس أنظمة فعالة في مجال الخدمات الاقتصادية والاجتماعية.

\_ تتفاوت مستويات تعزيز وحماية حقوق المعوقين بين منظمة إقليمية وأخرى، بل بين دول وأخرى في نفس المنظمة بحسب الإمكانيات وتوافر الموارد الضرورية لذلك.

بعد عرض النتائج التي تم التوصل إليها نورد بعض التوصيات لتدعيم وتعزيز حقوق المعوقين منها :

\_ إيلاء العناية القصوى للاستراتيجيات الرامية لحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية لفئة المعاقين، وضرورة تبني الدولة نهجاً إيجابياً في نظرتها لحقوق المعاقين بتعديل أو إلغاء السياسات أو القوانين أو الممارسات ذات الأثر السلبي على التمتع الكامل بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

\_ القيام بإصلاحات اقتصادية واجتماعية حقيقية قائمة على أسس ديمقراطية كوسيلة للقضاء على كافة أشكال التمييز في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

#### المراجع :

أولاً: الكتب :

- 1- د/ محمد السيد عرفة، الحماية القانونية لحقوق المعاقين في الدول العربية، دراسة تحليلية مقارنة، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 18، العدد 360.
- 2- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان (مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية)، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2009.

- 3- مخائق عبد الله، حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في إطار المنظمات الدولية الإقليمية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة المدينة، 2012/2013.
- 4- كلود زانغي، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، ترجمة فوزي عيسى، الطبعة الأولى مكتبة لبنان، بيروت، 2006.
- 5- عمر سعد الله، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 6- موايسي بوعلام، آثار العولمة على سيادة دول العالم الثالث، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة المدينة، 2012/2013.
- 7- محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2002.

ثانيا: المواثيق الدولية :

أ\_ المواثيق الدولية :

- \_ الاتفاقية الدولية لحماية الأشخاص ذوي الإعاقة والبرتوكول الاختياري لسنة 2006.
- \_ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966.
- \_ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966.
- \_ الاتفاقية الخاصة بعلاقات العمل 1987.

ب\_ المواثيق الإقليمية :

- \_ الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية 1950.
- \_ الميثاق الاجتماعي الأوروبي 1961.
- \_ الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969.
- \_ الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1986.
- \_ الميثاق العربي لحقوق الإنسان 2004.

ثالثا: التشريعات الوطنية :

- \_ القانون رقم 02/09 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين ( الجزائر).
- \_ القانون الكويتي رقم 5 لعام 1987 الخاص بحماية الشخص المعاق.

## ماهية الشفيع بين الفكر الشرعي، و الفكر القانوني



من إعداد الباحثة: أسماء تخنوني

أستاذة مساعدة جامعة الطارف - الجزائر

Email : asmatakhouni@yahoo.com

ملخص :

إن العمود الفقري في كل تنمية بشرية واقتصادية وعمرانية هو العقار، ونظرا للدور الاقتصادي له، وبسبب ما تعرفه المعاملات العقارية من منافسات ومضاربات ومناورات، وهروب من أداء الضرائب والرسوم، فقد أصدر المشرع في القانون المدني، وكذا في بعض التشريعات الخاصة بنظام الشفعة الذي يمارسه باستحقاق شخص الشفيع طبيعيا كان أو معنويا، ولأن الشفعة نظام إسلامي، فقد شرع أصالة لإزالة الضرر عن الشركاء على الشيعاء في أصل الملك دون التمييز بينهم من حيث الجنس أو الدين أو السن أو النوع.

مقدمة :

إن الشفعة لغة، بضم الشين، وأصلها من الشفع ضد الوتر، ومن هنا أخذت الشفعة للدلالة على المعنى القانوني لها، لأن الشفيع يضم حصة شريكه على حصته، فتصير حصتين فيكون شفعا بعد أن كان وترا، والشافع هو الجاعل الوتر شفعا<sup>(1)</sup>.

أما اصطلاحا، فهي حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضي أم أبي، فإذا باع أحد الشريكين في عقار حصته فيه لثالث، ثبت للثاني حق أخذها من مشترئها بما اتفق عليه من الثمن، مضافا إليه ما استتبعه شراؤها من مؤن ضرورية، طابت بذلك نفسه أم أبي<sup>(2)</sup>.

ويعرف الفقه القانوني، الشفعة، بأنها قدرة أو سلطة أو مكنة، تخول أن يقوم به سبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك، وهذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع، أو المترتبة عليه، وبذلك تنتهي الشفعة على اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه، ولو جبرا على المشتري<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> أبو عبد القدوس مناصرة، الفقه المالكي وأدلته، (فقه المعاملات- الأحكام المالية)، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص 210.

<sup>2</sup> علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1990، ص 324.

<sup>3</sup> حسن كيرة، الموجز في القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، الطبعة الرابعة، 1995، ص 515.

ولما كانت الشفعة فيها تقييد لحرية التعاقد، ولحق الملكية، إذا بمقتضاها يجبر المشتري على بيع العقار الذي اشتراه ويجد البائع نفسه قد باع لشخص غير الذي أراد البيع له<sup>(1)</sup>، فهي رخصة استثنائية، وفيها خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدني، والتي تقضي بأن "لا ينزع من المالك ملكه دون رضاه"<sup>(2)</sup>، وكل ذلك كان له الانعكاس الواضح على مقتضيات الشفعة كلها، وجوانبها ومختلف أحكامها، والتي من بين أهمها "الشفيع"، والذي يعتبر نقطة البداية في مسلسل الشفعة وجب الوقوف بالتأصيل والتحليل على مقتضيات انعكاس الطبيعة الاستثنائية للشفعة على الشفيع، والتي أضفت على ماهيته خصوصية قانونية خالصة، وشرعية متميزة، فجعلت من كينونة الشفيع استثناء على استثناء.

- **ناحية الفكر الشرعي**: نجد أن الشفعة نظام إسلامي بحث، ولأن الشريعة هي الأحكام المنزلة من عند الله، وهي صالحة لكل زمان ومكان، ولا يتطرق إليها الخطأ والنقص لكونها من عنده تعالى، فهي بالتأكيد تحمل طرحة متميزا ذات اتساع وشمولية وكمال لا يجاريها فيه فكر آخر، أو قانون، ويجدر بنا المقام أن نذكر -وموافقة لبعض الفقهاء- سبب استعمال كلمة فكر بدلا من لفظ الشريعة، فالفكر الإسلامي ليس هو الإسلام، ولا هو الشريعة، فالأمر يتعلق بالفكر، أي نتاج العقل البشري، المتجسد في الآراء التي توصل إليها الباحثون من خلال تأملهم وبحثهم في الأدلة الشرعية، لذلك فإن الخطأ إذا وقع فهو خطأ في النتائج لا في الأدلة، إذ أن الأدلة ثابتة، ولا تتأثر بتغير الزمان والمكان والأشخاص، والمتغير هو الفكر<sup>(3)</sup>.

- **أما من الناحية القانونية**: فنجد أن الشفيع يجمع خلال الأخذ بالشفعة إلى تحقيق المصلحة الفردية، والتي نجد أحكامها منظمة بموجب الأمر (58/75) المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، والتي تكفل بداية الحد من تجزئة حق الملكية، وإبعاد ضرر الأجنبي عن الشريك في الشروع، فضلا عن حرص المشرع على بقاء الملكية داخل العائلة، كما نجد بقدر من الأهمية ذاتها، شفيعا آخر، يسعى إلى تحقيق مصلحة عامة من خلال تحقيق واقع حضاري وتنموي، فتظهر أهمية ممارسته للشفعة في:

- **العقار الفلاحي**: للمحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي، وتحقيق فعالية المستثمر الفلاحية.
  - **العقار الحضري**: لمكافحة المضاربة في المعاملات العقارية، والحفاظ على النسيج العمراني، وكذا لإنجاز مشاريع اجتماعية واقتصادية.
  - **العقار السياحي**: الذي يحظى بحماية خاصة نظرا لأهمية مناطقه، التي تعد بمثابة أقطاب الجذب السياحي، لها خصوصيات وامتيازات ذات فائدة جمة للاقتصاد الوطني.
  - كما تمارس إدارة التسجيل الشفعة، بغية مكافحة الغش والتهرب الضريبي.
- ومن هنا تتبين أهمية الموضوع الذي نسعى إلى مناقشته من خلال هذه الدراسة، وكذا مدى اتساع نطاقه، وكيف أنه يربط بين تحقيق المصلحة الخاصة والعامة على السواء، ولما كان الأمر كذلك، فمن هو الشفيع في القانون الجزائري (تشريعا، فقها وقضاء) وعند الفكر الإسلامي؟
- وإجابة على السؤال المطروح، حاولنا انتهاج طريقة البحث المقارن، لاستخراج أوجه التشابه أو التماثل، وأوجه الاختلاف أو التباين، بين الأنظمة محل البحث والمقارنة، قسمنا الدراسة إلى أربعة نقاط، هي كالآتي:
- أولا**: تحديد الشفيع بموجب الأمر (58/75) المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- ثانيا**: تحديد الشفيع بموجب التشريعات الخاصة.

<sup>1</sup> محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، (أسباب اكتساب الملكية: الاستيلاء- الالتصاق- الشفعة)، مصر، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، 1952، ص 177.

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، 1997، ص 48.

<sup>3</sup> محمود بوترعة، "إشكالية الحكم في الفكر الدستوري الإسلامي" دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004-2005، ص 3.

ثالثا: بيان الشفعاء في الفكر الإسلامي.

وفيما يلي تحليل هذه النقاط على التوالي:

أولا: تحديد الشفعاء بموجب الأمر (58/75)

إن القانون جعل البيع سببا للشفعة، كما جعل حق الشفيع في طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة، فإذا فسخ البيع بتراضي الطرفين بعد طلب الشفعة، فإنه لا ينعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع، ويظل حقه في الشفعة قائما<sup>(1)</sup>، فالغرض من الشفعة هو حصرها فيمن يحتمل أن يلحقهم ضرر من انتقال العين المشفوع فيها، وقد بينهم الأمر (58/75) المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بمراتبهم، إذ تنص المادة 795 منه على أن: "يثبت حق الشفعة:

- لملك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

1- مالك الرقبة:

يثبت الحق في الشفعة لملك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه، فالشفعة في هذا الغرض تعتبر سببا لكسب حق الانتفاع، وقد قصد بها تخليص أو تمكين مالك العقار من حق الانتفاع المقرر عليه، إذ باكتسابه بالشفعة ينقضي باتحاد الذمة، وتعود ملكية العقار خالصة له، ولما كانت الأحكام الخاصة بحق الانتفاع تسري على حق الاستعمال والسكنى، فإنه يكون لملك الرقبة أن يطلب الشفعة، إذا بيع حق الاستعمال أو السكنى المناسب له في الحالات التي يجوز له بيعه فيها<sup>(2)</sup>، وهو ما جاء به قرار المحكمة العليا رقم 30401، المؤرخ في 1984/01/21، بأنه: "من المقرر قانونا أنه يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون. ومن المقرر أيضا أنه يثبت حق الشفعة: 1- لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للقبه ...".

2- الشريك في الشيوع:

ويثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي عن الشركاء، والحكمة من ذلك هي ما تؤدي إليه الشفعة من منع للأجنبي من الدخول في الشيوع على غير رغبة أحد الشركاء المشتاعين، فضلا عن إزالة تعدد ملاك العقار بما يترتب عليه من تعطيل الانتفاع به، وإذا كان من المسلم به أن تثبت الشفعة للشريك على الشيوع إذا بيعت حصة شائعة في العقار الشائع، فإن بيع أحد الشركاء حصة مفرزة من العقار الشائع قد أثار خلافا بين فقهاء القانون، فذهب بعض الفقهاء<sup>(3)</sup>، إلى أن بيع الشريك المشتاع حصته مفرزة لأجنبي وهو بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة أو إجازة باقي الشركاء، ويعتبر في حكم التصرف في قدر شائع بالنسبة لهم، وأثره ثبوت حقه في أخذ الحصة المبيعة، وذهب البعض الآخر<sup>(4)</sup>، إلى جواز الشفعة إذا وقع البيع على جزء مفرز من العقار الشائع، نظرا لأن تعيين الحصة المباعة لا يعتد به على سائر الشركاء، وإنما يعد البيع واقعا على حصة غير معينة، والقول بامتناع الشفعة في حالة البيع لجزء مفرز من العقار الشائع يؤدي بالضرورة إلى فتح باب التحايل لإسقاط الشفعة، إذ يستطيع الشريك أن يحرم باقي الشركاء من طلب الشفعة بأن يبيع حصته مفرزة، وقال جانب آخر من

<sup>1</sup> سعيد أحمد شعلة، الصورية والشفعة، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص 239.

<sup>2</sup> مصطفى الجمال، نظام الملكية (مصادر الملكية)، مصر، دار الجامعية، 1987، ص 123.

<sup>3</sup> معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الخامسة، 2000، ص 41.

<sup>4</sup> عبد المنعم البدر اوي، شرح القانون المدني، (في الحقوق العينية الأصلية)، مصر، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، 1956، ص 433.

الفقه<sup>(1)</sup>، إلى عدم جواز الشفعة إذا باع أحد الشركاء حصة مفرزة من العقار الشائع بحجة أن البيع وإن كان صحيحا فيما بين أطرافه لصدوره عن مالك، إلا أنه يكون غير نافذ في حق باقي الشركاء، وهو ما يؤدي إلى أن المتصرف إليه لا يصير شريكا لهؤلاء الشركاء، وبالتالي تنتفي الحكمة من الأخذ بالشفعة، وهي استبعاد المشتري الأجنبي من الدخول معهم في الشيوخ، أما في الفقه القانوني الجزائري فيذهب بعض الشراح<sup>(2)</sup>، وبناء على نص المادة 714 -الفقرة 2-<sup>(3)</sup> من القانون المدني إلى أن بيع الشريك المشتاع لحصة مفرزة من المال الشائع، ولو أنه يقع صحيحا فيما بين المتعاقدين، في حالة ما إذا كان المشتري يعلم أن البائع للجزء المفرز إنما يملك في الشيوخ، إلا أن هذا البيع لا يكون نافذا في حق باقي الشركاء، فلا يصبح المشتري مالكا على الشيوخ معهم، وبناء على ذلك لا يجوز للشريك في الشيوخ، أن يشفع في جزء مفرز من العقار الشائع، قام ببيعه شريك آخر، ولا تجوز الشفعة إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه.

### 3-المنتفع في ملكية الرقبة :

كما يثبت الحق في الشفعة لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت كل الرقبة المناسبة لهذا الحق أو بعضها، والعلة في ذلك هي نفس العلة من ثبوت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الانتفاع، وتثبت الشفعة كذلك للمنتفع إذا بيع حق الاستعمال أو السكن تأسيسا على أن أحكام الانتفاع تسري على هذين الحقين في الحدود التي لا تتعارض فيها مع طبيعتهما<sup>(4)</sup>.

هذا ونجد المشرع الجزائري، قد أضاف بموجب المرسوم التشريعي رقم (03/93) المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، شفيعا آخر هو المستأجر في بناية أنجزت وفقا للمرسوم التشريعي رقم (03/93) المذكور أعلاه، شريطة أن يكون المؤجر شخصا معنويا، وقرر بيع البناية التي يملكها مجزأة، أي شققا منفصلة بصفات مستقلة، حيث جاء في المادة 23 من المرسوم المذكور:

"إذا قرر شخص معنوي مؤجر، بيع البناية التي يملكها إلى أجزاء يستفيد الشاغل القانوني للجزء المعروض للبيع من حق الشفعة لشرائه...".

وجاء في هذا كاستثناء من الأصل الذي مقتضاه أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاثة السابق بيانها، لأن حق الإيجار هو حق شخصي، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 54 388 المؤرخ في 1988/12/25<sup>(5)</sup>، والذي جاء فيه: "... ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن قضية المجلس لما رأوا أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاثة المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني، باعتبار أن حق الإيجار هو حق شخصي في حين أن حق الانتفاع هو حق عيني، ومن ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما".

### ثانيا : تحديد الشفعة بموجب التشريعات الخاصة :

والمقصود بالتشريعات الخاصة، تلك النصوص القانونية التي تتيح للدولة استعمال الشفعة ، وكذا النصوص التنظيمية المنشئة والمنظمة لكيفيات ممارسة هيئاتها العمومية للشفعة باسم الدولة، وكممثل قانوني لها، ويتعدد الشفعة في هذا الصدد بتعدد مجالات ترخيص استعمال هذه الرخصة من طرف الدولة، من العقار الفلاحي، مجال

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الجزء التاسع، 1986، ص ص 549 و550.

<sup>2</sup> أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 63.

<sup>3</sup> تنص المادة 714 -فقرة 2- على أن: "... إذا كان المتصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

<sup>4</sup> مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 125.

<sup>5</sup> أنظر، المجلة القضائية، السنة 1992، العدد 03، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، ص 84.

العقار الحضري، العقار السياحي، وعلى بعض المعاملات العقارية، وعلى أساس هذه المجالات تأتي على ذكر الشفيع الذي يمثل الدولة في ممارسة الشفعة عليها على التوالي كالآتي :

**(1) الديوان الوطني للأراضي الفلاحية :**

تنص المادة 52 من القانون (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري، في فقرتها الأخيرة على أن : "يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر (58/75) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني".

فالنص المذكور يحدد الشفعاء في التصرفات الواقعة على عقار فلاحي تبعا للترتيب المذكور في نص المادة 795 من التقنين المدني، وهم: مالك الرقبة - الشريك في الشيوخ - صاحب حق الانتفاع، يضاف إليهم المجاورين للأرض الفلاحية الذي وسع الحق إليهم، رغبة في المحافظة على بقاء الأراضي الفلاحية بيد العائلة الواحدة، وتشجيع توسيع المستثمرات الفلاحية، ثم تأتي الهيئة العمومية المكلفة باسم الدولة، ويرى بعض فقهاء القانون<sup>(1)</sup>، أنه كان من الأفضل أن تكون الهيئة العمومية في المرتبة أسبق من مرتبة المجاورين تدعيما لها من أجل تحقيق الأهداف المرسومة لها خاصة في ميدان التنمية الفلاحية وتوزيع الأراضي الفلاحية، لاسيما الفضاء منها بسبب عدم الاستغلال الأمثل.

ولا يسعنا المقام إلا أن نعرف بهذه الهيئة، ونتعرض لطبيعتها القانونية - حتى نقف في دراسات أخرى متخصصة بهذه الهيئة -، إذ تنص المادة الأولى من المرسوم (87/96) المؤرخ في 1996/02/24 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي (09-339) المؤرخ في 2009-10-22 على أن:

"عملا بالقانون رقم (25/90) المؤرخ في 1990/11/18، تحدث مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تحت اسم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وتدعى في صلب النص الديوان.

- يخضع الديوان للقواعد الإدارية المطبقة على الإدارة في علاقاته مع الدولة، ويعد تجرا في علاقاته مع الغير".

فالديوان الوطني للأراضي الفلاحية هو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وهو الأداة الأساسية لتنفيذ السياسة الوطنية العقارية الفلاحية، يوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالفلاحة، ويكون مقره في مدينة الجزائر، والملاحظ أن هذه النصوص بقيت مجملة دون تجسيد أو تطبيق عملي، حيث تكشف عزوف الإدارة عن استعمال الشفعة والذي يرجع بالدرجة الأولى إلى تأخر صدور النصوص التنظيمية التي تحدد إجراءات وكيفية ممارسة هذا الحق، كما أن الملاحظ أن هذه المؤسسة العمومية لم تنصب إلى غاية اليوم، ولم تمارس الدولة أصلا الشفعة، إلى غاية صدور التعليمات الوزارية المشتركة بين وزارة الفلاحة ووزارة المالية رقم (07) المؤرخة في 2000/01/15، المتعلقة بالتنازل عن حق الانتفاع الدائم للمستفيدين في إطار القانون (19/87)، ومن ثم فإن ممارسة الشفعة حقها يعود للمدير الولائي لأمالك الدولة<sup>(2)</sup>.

## (2) الوكالة الوطنية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين :

لقد خول المرسوم التنفيذي رقم (405/90) المؤرخ في 1990/12/22 المتضمن قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، للمجالس الشعبية البلدية، والمجالس الولائية وحدها، أو بالتعاون فيما بينها

<sup>1</sup> اسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، 2002، ص 248.

<sup>2</sup> ليلي زروفي وحمدى باشا عمر، المنازعات العقارية، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 123.



إنشاء مؤسسات تكلف بتسيير سنداتها العقارية، دون أن تحدد طبيعة المؤسسة، فيما إذا كانت مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

إلا أن القضاء قد فصل في ذلك من خلال تفسير أحكام المرسوم التنفيذي (405/90) المذكور أعلاه، واعتبر أن الوكالة تعد بحكم هذا المرسوم مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 130 998 المؤرخ في 1995/04/30، الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا بالمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم (405/90) المؤرخ في 1990/12/22 الخاص بتنظيم وتسيير الوكالات العقارية المحلية.

إن هذه الأخيرة هي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، إذ تمسك حساباتها على الشكل التجاري طبقاً للأمر (35/75) وعليه فإن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع التي تكون فيه مثل هذه المؤسسات طرفاً فيه، مما يستوجب إلغاء الأمر الاستعجالي موضوع الطعن الحالي والتصريح برفض العريضة الأصلية".

وقد أنشأ القانون (25/90) المتضمن قانون التوجيه العقاري، في مادته 71 حق الشفعة لصالح الدولة والجماعات المحلية، على كل المعاملات العقارية، ويتم تطبيق هذا الحق بواسطة مصالح وهيئات معينة تحدد عن طريق التنظيم، وهي الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين<sup>(1)</sup>، وقد أجاز القانون هذا الإجراء بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية<sup>(2)</sup>، إذ تهدف أساساً إلى تجهيز البلديات بالأراضي الضرورية لإنجاز مختلف برامجها الاستثمارية والتجهيزية والسكنية، وتمارس هذه الهيئات حق الشفعة في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من القانون المدني، و الملاحظ أن التنظيم جاء من الناحية الإجرائية فقيراً فضلاً عن أنه خص الجماعات المحلية دون الدولة بإنشاء تلك الوكالات، في حين تبقى الدولة صاحبة حق الشفعة تمارسه مباشرة عن طريق مديرية الأملاك بوزارة المالية ودوائرها الخارجية المتمثلة في المحافظات العقارية<sup>(3)</sup>.

### 3) الوكالة الوطنية لتنمية السياحة :

إذ بموجب المرسوم التنفيذي (70/98) المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة، تم استحداث الوكالة الوطنية لتنمية السياحة، وهي بمثابة مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية، وتعتبر أداة لتطبيق السياسة الوطنية لتنمية السياحة، وتخضع إلى وصاية الوزير المكلف بالسياحة. ووفقاً للمادة 04 من المرسوم المذكور أعلاه، فإن الوكالة هي الجهاز المكلف بتنشيط وتأطير وترقية النشاطات السياحية في إطار السياسة الوطنية لتطوير السياحة والتهيئة العمرانية، بالسهر على حماية مناطق التوسع السياحي، والمساهمة مع المؤسسات المعنية في ترقيتها، كما تكلف باقتناء الأراضي الضرورية لإنشاء الهياكل السياحية، والقيام بالدراسات والتهيئة المخصصة للنشاطات السياحية والفندقية ...

هذا وجاء في المادة الأولى من المرسوم (385/06) المؤرخ في 2006/11/28، المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية، وتطبيقاً لأحكام المادة 21 من القانون (03/03) المؤرخ في 2003/02/17 يهدف هذا المرسوم إلى تحديد كيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حقها في الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي، إذ تمارس حقها في الشفعة على كل عقار أو بناء يقع في الجزء القابل للبناء لمنطقة التوسع السياحي، كما هو محدد في مخطط التهيئة السياحية الموافق عليه، والمنجز في إطار أهداف القانون رقم (03/03) المذكور، والذي يكون موضوع تنازل بمقابل أو بدون مقابل، وهو ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم (385/06) المذكور سابقاً، كما يلزم هذا المرسوم المالك للعقار أو البناء المنجز في إطار مخطط

<sup>1</sup> أنظر المادة 71 من القانون (25/90)، الفقرة الأولى.

<sup>2</sup> نفس المرجع، الفقرة الثانية.

<sup>3</sup> اسماعين شامة، المرجع السابق، ص 250-251.

التهيئة السياحية عندما يقرر بيع أملاكه، تقديم تصريح مسبق للوزير المكلف بالسياحة، يعد طبقاً لنموذج يحدّد بموجب قرار من الوزير المكلف بالسياحة، الذي يقوم بعد إخطاره بالتصريح بالبيع من أطراف العقد الأصليين، بإشعار الوكالة في أجل خمسة عشر (15) يوماً قصد السماح لها بممارسة حقها في الشفعة<sup>(1)</sup>.

#### 4) الإدارة الجبائية :

ويسمح القانون رقم (105/76) المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل<sup>(2)</sup>، بموجب المادة 101 منه، للإدارة الجبائية ويمكنها من القيام بإجراءات إعادة تقييم الأموال المصرح بقيمتها بشكل أقل من قيمتها الحقيقية بغية التهرب من الحقوق الواجبة.

حيث يتم تبليغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق، إما بواسطة الخضر القضائي، وإما برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، يوجهها مدير الضرائب للولاية التي توجد بدائرة اختصاصها الأموال العقارية المذكورة في نص المادة 118 من قانون التسجيل، والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين كلهم خاضعين لحق الشفعة على قدم المساواة، فتحفظ الدولة بحق الشفعة، وتقوم بشراء الأموال العقارية على أساس الثمن المصرح به، مع الزيادة في الثمن تقدر بالعشر، وذلك خلال أجل قدره سنة من تاريخ التصريح أو التسجيل<sup>(3)</sup>.

#### ثالثاً: بيان الشفعة في الفكر الإسلامي :

إن الشفعة نظام إسلامي أصيل، امتازت به الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع السماوية، والنظم الوضعية<sup>(4)</sup>، ويجمع جمهور الفقه الإسلامي من المالكية، والشافعية والحنفية والحنابلة على إثبات الشفعة للشريك على الشيوع في أصل الملك، أما الجار والشريك في حقوق الارتفاق الخاصة فلم يأخذ بهما إلا فقهاء الحنفية، وعلى ذلك سنقوم بدراسة وبيان الشفعة الثلاثة كل على حدة في النقاط الآتية :

#### 1) الشريك على الشيوع في أصل الملك :

ذهب جمهور الفقه الإسلامي من المالكية، والحنفية، والشافعية والحنابلة إلى ثبوت الشفعة للشريك على الشيوع في أصل الملك، فإذا باع أحد الشركاء حصته من المال الشائع لأجنبي كان لشريكه الحق في أخذ هذه الحصّة بالشفعة، وبهذا يمكن للشركاء منع دخول الأجنبي بينهم في الشيوع، والتقليل من عدد الشركاء ما أمكن<sup>(5)</sup>.

وقد استدلل جمهور الفقه الإسلامي في إثبات الشفعة للشريك في أصل الملك بعدد من الأدلة، منها ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"<sup>(6)</sup>، وكذلك ما رواه مسلم من حديث أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبي فشريكه أحق به حتى يؤذنه"<sup>(7)</sup>.

وتثبت الشفعة للشريك على الشيوع في الملك إذا تم بيع حصّة شائعة فيه، شرط أن يكون شريكاً في نفس المال الذي وقع البيع على شيء منه، وعلى ذلك فلا تثبت الشفعة للشريك في الجدار الفاصل بين ملك الشفيع والعقار المبيع بوصفه شريكاً على الشيوع في الملك، بل له أن يشفع بوصفه جاراً إذا توافرت الشروط المطلوبة لذلك<sup>(8)</sup>،

<sup>1</sup> أنظر المادة 4 من المرسوم (385/06) المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة داخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية.

<sup>2</sup> أنظر الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1977/12/18، العدد 81.

<sup>3</sup> آسيا دوة وخالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2007، ص 102.

<sup>4</sup> عبد الكريم زيان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1996، الطبعة الثالثة عشر، ص 223.

<sup>5</sup> عبد العزيز راجح حسن، "أسباب سقوط الشفعة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة ناجي مختار، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، (2007-2008).

<sup>6</sup> أبو عبد القدوس بدر الدين، المرجع السابق، ص 210.

<sup>7</sup> السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، (1421-2000)، ص 153.

<sup>8</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 549.

وهذا هو الحكم عند الفقه الحنفي الإسلامي، وينطبق الحكم أيضا على من كان لملكيهما طريق مشترك أو مجرى مشترك، وإن كان هؤلاء يشفعون ليس بسبب الجوار، وإنما بسبب الشركة في حقوق الارتفاق الخاصة، كما سيأتي بيانه.

**(2) الشريك على الشيوع في حقوق الارتفاق الخاصة :**

إن الشفعة تجوز للشريك في حقوق الارتفاق الخاصة، ولها سندا في الشريعة الإسلامية لدى الفقه الحنفي، إذا أجازها للشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب (النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار)، والمجرى (حق إجراء الماء المستحق من أرض إلى أرض أخرى لسقي ما بها من الشجر والزرع)، والطريق (حق الإنسان أن يصل إلى ملكه، دارا أو أرضا بطريق يمر فيه)<sup>(1)</sup>.

ويختلف فقهاء الحنفية حول معيار الشرب الخاص، فالشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن أن يكون نهرا صغيرا لا تجرى فيه السفن، أما إذا كان النهر كبيرا بحيث يسمح بجريان السفن فيه فلا يعد خاصا، وبالتالي لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه، أما عامة مشائخ المذهب الحنفي فقد قالوا إذا كان النهر الذي تسقى منه أراضيهم لا يحصون فهو كبير، وإن كانوا يحصون فهو صغير، ولكنهم اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى، فقدر البعض ما لا يحصى بأربعين شخصا، فإذا كانوا أقل من ذلك استحقوا الشفعة، وقدرهم البعض الآخر بخمسمائة شخص، أما أبو يوسف فذهب إلى أن النهر الخاص هو ما يسقى منه قراحتان<sup>(2)</sup> أو ثلاثة، أما ما زاد على ذلك فهو نهر عام، وقيل أن مسألة تحديد الشرب الخاص الذي بسببه تثبت الشفعة للشريك متروك إلى رأي كل مجتهد في زمانه<sup>(3)</sup>.

أما الطريق الخاص الذي تثبت به الشفعة هو الزقاق الذي لا ينفذ، والمراد بعدم النفاذ عند فقهاء الحنفية أن يكون الطريق خاصا بحيث يستطيع أهله أن يمنعوا غيرهم من أن يستطرقونه<sup>(4)</sup>، فإذا بيعت دار لها باب إلى طريق خاص كان لجميع أصحاب الدور التي لها أبواب إلى هذا الطريق حق أخذها بالشفعة.

### **(3) الجار المالك :**

أثبت الفقه الحنفي الإسلامي<sup>(5)</sup>، الشفعة للجار المالك بعد كل من الشريك في أصل الملك، والشريك في حقوق الارتفاق الخاصة، واستندوا في ذلك إلى أدلة كثيرة منها ما رواه البخاري، عن عمر بن الشريد من حديث أبي رافع قوله بأنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "الجار أحق بسبقه" -أي قربه-، وكذلك مل روى عن جابر -رضي الله عنه- أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا"<sup>(6)</sup>، كما قاسوا شفعة الجوار على شفعة الشريك لتوافر ذات العلة وهي دفع الضرر، كون العلة العلة أو الحكمة من تشريع الشفعة عند الحنفية هي دفع ضرر سوء العشرة على الدوام<sup>(7)</sup>.

وشرط للأخذ بالشفعة :

أن يكون العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه متجاورين، ويتحقق الجوار بتلاصق العقارين، والتلاصق هنا هو الاتصال المباشر بين العقارين<sup>(8)</sup>، ولا يشترط الفقه الحنفي أن يكون التلاصق على امتداد كاف، بل يكفي أن يكون هناك تلاصق ولو بشبر واحد<sup>(9)</sup>.

<sup>1</sup> ودية الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، سوريا، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الخامس، طبعة 1985، ص 592، وص 607.

<sup>2</sup> القراح هي المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر.

<sup>3</sup> عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 18.

<sup>4</sup> سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون تاريخ، ص 563.

<sup>5</sup> أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، بيروت، لبنان، دار المعرفة للنشر، الجزء الرابع عشر، 1406هـ، ص 90 وما بعدها.

<sup>6</sup> محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيروت، لبنان، دار الجيل، الجزء الخامس، 1973، ص 86.

<sup>7</sup> عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 19.

<sup>8</sup> نفس المرجع، ص 20.

<sup>9</sup> أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المرجع السابق، ص 94.

ونخلص من مجمل ما حاولنا البحث فيه خلال هذا المقال، فيما يتعلق بماهية الشفيع، الذي يحق له الأخذ بالشفعة لدى كل من الفكرين القانوني والإسلامي، أنه وبالرغم من أن الشفعة نظام إسلامي أصيل، إلا أننا نلمس بعد البحث في أحد أهم أركانه -أي الشفيع- ذلك التباين الجلي - بين القانون والشريعة الإسلامية الغراء - لا التماثل والارتباط - فبينما نجد التماثل يتجلى في أن الشريك على الشيوع في أصل الملك هو الشفيع لدى كلا النظامين، فإن التباين والاختلاف واسع وعميق.

فالشفيع في القانون الجزائري يجمع بين جوهرين نظاميين قانونيين تمارس في إطارهما الشفعة، فبقدر ما يمكن أن يكون الشفيع شخصا أو فردا من أشخاص القانون الخاص، يمكن أيضا أن يكون هو الدولة ممثلة بمجموعة من الهيئات والمؤسسات العمومية، وبين العام والخاص نجد أن الشفيع في القانون الجزائري هو:

1- مالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

2- الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

3- صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

4- الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

5- الوكالة الوطنية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.

6- الوكالة الوطنية لتنمية السياحة.

7- الإدارة الجبائية.

8- مدير أملاك الدولة.

أما جمهور الفقه الإسلامي من المالكية، الشافعية، الحنفية والحنابلة فيجمعون على إثبات الشفعة للشريك على الشيوع في أصل الملك، أما الجار المالك والشريك في حقوق الارتفاق الخاصة فلم يأخذ بها إلا فقهاء الحنفية. وفي الأخير نوصي بما يلي:

1- ضرورة إثراء النصوص القانونية المنظمة لكيفيات ممارسة الهيئات العمومية -المذكورة أعلاه- حق الشفعة بنصوص تنظيمية فعالة تدارك النقص الموجود من حيث التطبيق والتنفيذ، سيما ما تعلق بممارسة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لهذا الحق، فضلا عن الإشارة إلى ضرورة الإسراع بتنصيب هذه المؤسسة لدورها الفعال المستشف من خلال قانون الإنشاء، وأيضا تنصيب وفتح المصالح المركزية والهياكل الجهوية الموزعة عبر التراب الوطني والتي تعمل على تحقيق أهداف هذه المؤسسة كما جاءت به المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم (09-339) المؤرخ في 2009/10/22 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم (96-87) المؤرخ في 1996/02/24 والمتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وعليه نناشد فقط بالتطبيق الفعلي لهذه القوانين الموجودة بغية النهوض بجودة وفعالية العقار الفلاحي إلى أعلى مستوياته.

2- ضرورة تعميم الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، إذ نلمس من خلال نظامها القانوني، وتنظيمها الداخلي، أنها الأداة الفعالة للتحكم في التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، والقضاء على الاختلافات الناتجة عن التطور السريع لاستهلاك الأراضي القابلة للتعمير.

3- محاولة تغيير وجهة نظر الجماعات المحلية، التي لا تخدم المصلحة العامة، فيما يتعلق بالدور الهام الذي تؤديه الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، والذي سببه جهل هذه الجماعات بقانون التوجيه العقاري، إذ أن هذه الوكالات تهدف أساسا من وراء ممارسة الشفعة إلى تجهيز البلديات بالأراضي الضرورية لإنجاز مختلف برامجها

الاستثمارية، أما الجماعات المحلية فغالبا ما نحسب أن هذه الوكالات إنما وجدت للاستيلاء على ملكيتها العقارية، وهو ما نتج عنه تضارب مصالحهما وخلق ذلك العديد من المنازعات.  
الهوامش والحواشي :

- 1- أبو عبد القدوس مناصرة، الفقه المالكي وأدلته، (فقه المعاملات - الأحكام المالية)، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2003، ص 210.
- 2- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1990، ص 324.
- 3- حسن كيرة، الموجز في القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها)، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، الطبعة الرابعة، 1995، ص 515.
- 4- محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، (أسباب اكتساب الملكية: الاستيلاء - الالتصاق - الشفعة)، مصر، المطبعة العلية، الطبعة الثانية، 1952، ص 177.
- 5- نبيل ابراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، 1997، ص 48.
- 6- محمود بوترة، "إشكالية الحكم في الفكر الدستوري الإسلامي"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004-2005، ص 3.
- 7- سعيد أحمد شعله، الصورية والشفعة، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص 239.
- 8- مصطفى الجمال، نظام الملكية (مصادر الملكية)، مصر، الدار الجامعية، 1987، ص 123.
- 9- معوض عبد التواب، الشفعة والصورية، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الخامسة، 2000، ص 41.
- 10- عبد المنعم البدرابي، شرح القانون المدني، (في الحقوق العينية الأصلية)، مصر، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، 1956، ص 433.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الجزء التاسع، 1986، ص ص 549 و 550.
- 12- أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 63.
- 13- تنص المادة 714 -فقرة 2- على أن: "... إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".
- 14- مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 125.
- 15- أنظر، المجلة القضائية، السنة 1992، العدد 03، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، ص 84.
- 16- اسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، 2002، ص 248.
- 17- ليلي زروفي وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، الجزائر، دار هومة، 2006، ص 123.
- a. أنظر المادة 71 من القانون (25/90)، الفقرة الأولى.
- 18- نفس المرجع، الفقرة الثانية.
- 19- اسماعين شامة، المرجع السابق، ص ص 250-251.

- 20- أنظر المادة 4 من المرسوم (385/06) المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة داخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية.
- 21- آسيا دوة وخالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2007، ص 102.
- 22- عبد الكريم زيان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1996، الطبعة الثالثة عشر، ص 223.
- 23- عبد العزيز راجح حسن، "أسباب سقوط الشفعة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة ناجي مختار، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، (2007-2008).
- 24- أبو عبد القدوس بدر الدين، المرجع السابق، ص 210.
- 25- السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، (1421-2000)، ص 153.
- 26- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 549.
- 27- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، سوريا، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الخامس، طبعة 1985، ص 592، وص 607.
- 28- القراح هي المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر.
- 29- عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 18.
- 30- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون تاريخ، ص 563.
- 31- أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط، بيروت، لبنان، دار المعرفة للنشر، الجزء الرابع عشر، 1406هـ، ص 90 وما بعدها.
- 32- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيروت، لبنان، دار الجيل، الجزء الخامس، 1973، ص 86.
- 33- عبد العزيز راجح حسن، المرجع السابق، ص 19.
- 34- نفس المرجع، ص 20.
- 35- أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المرجع السابق، ص 94.
- قائمة المراجع :
- أولا : الكتب :
- 1- إبراهيم سعد نبيل، الشفعة علما وعملا، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، 1997.
- 2- البدر اوي عبد المنعم، شرح القانون المدني، (في الحقوق العينية الأصلية)، مصر، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، 1956.
- 3- الجمال مصطفى، نظام الملكية، (مصادر الملكية)، مصر، الدار الجامعية، 1987.
- 4- الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1990.
- 5- خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2006.
- 6- دوة آسيا ورمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2007.

- 7- زروقي ليلي وباشا عمر حمدي، المنازعات العقارية، الجزائر، دار هومة، 2006.
- 8- زيدان عبد الكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة عشر، 1996.
- 9- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، سوريا، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الخامس، طبعة 1985.
- 10- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الجزء التاسع، 1986.
- 11- السرخسي أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، المسبوط، بيروت، لبنان، دار المعرفة للنشر، الجزء الرابع عشر، 1406هـ.
- 12- سابق السيد، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، (1421هـ-2000م).
- 13- شعلة سعد أحمد، الصورية والشفعة، مصر الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995.
- 14- شامة اسماعين، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، 2002.
- 15- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، بيروت، لبنان، دار الجيل، الجزء الخامس، 1973.
- 16- عبد التواب معوص، الشفعة والصورية، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الخامسة، 2000.
- 17- كيرة حسن، الموجز في القانون المدني، (الحقوق العينية الأصلية)، أحكامها ومصادرها، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف للنشر، الطبعة الرابعة، 1995.
- 18- اللبناني سليم رستم باز، شرح المجلة، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون تاريخ.
- 19- مرسي باشا محمد كامل، الحقوق العينية الأصلية، (أسباب اكتساب الملكية: الاستيلاء - الالتصاق الشفعة)، مصر، المطبعة العالمية، الطبعة الثانية، 1952.
- 20- مناصرة أبو عبد القدوس، الفقه المالكي وأدلته، (فقه المعاملات - الأحكام المالية)، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2003.

#### ثانياً: المذكرات :

- 1- أقنون عقيلة، "الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين"، مذكرة نهاية التبرص، التكوين المتخصص في القانون العقاري، 2002-2003.
- 2- بوترعة محمود، إشكالية الحكم في الفكر الدستوري الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2004-2005.
- 3- راجح عبد العزيز حسن، "أسباب سقوط الشفعة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة بلجي مختار، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، (2007-2008).

#### ثالثاً: النصوص التشريعية :

- 1- الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 2- الأمر رقم (105/76) المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.
- 3- الأمر رقم (25/90) المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم.

4- المرسوم التنفيذي رقم (405/90) المؤرخ في 1990/12/22 المتضمن قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.

5- المرسوم التشريعي رقم (03/93) المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

6- المرسوم التنفيذي رقم (87/96) المؤرخ في 1996/02/24 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية المعدل والمتمم.

7- المرسوم التنفيذي (70/98) المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة.

8- المرسوم التنفيذي (385/06) المؤرخ في 2006/11/28 المحدد لكيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية.

رابعا: المجالات القضائية :

المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 03، الصادرة عن قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر.



## نفيض نسيير المرفق العمومي للمياه



قدور بوضيف : باحث بالسنة الأولى دكتوراه في القانون العام

أستاذ مؤقت ، بكلية الحقوق ، بجامعة خميس مليانة ، منذ سنة 2012

أستاذ مؤقت ، بجامعة التكوين المتواصل ، خميس مليانة ، منذ سنة 2013

تشكل الثروة المائية في العالم المعاصر أهمية كبرى لأي بلد في الإنماء الاقتصادي والاجتماعي ، فهذه المادة الحيوية تقيدها وبفرتها وانعدامها العيش وديمومته مصداقا لقوله تعالى : (وجعلنا من الماء كل شيء حي)، كما أن تاريخ التطور الإنساني يؤكد أن أغلب الحضارات البشرية قامت أساسا على هذا المصدر الحيوي والحياتي.

لقد أجمع علماء البيئة والجغرافيا في مختلف دراساتهم ، على المستويين الوطني والدولي أن قضية المياه تشكل من أخطر وأهم القضايا التي قد تواجه الوطن العربي ، كما أكدوا أن الحروب والنزاعات المقبلة ستتجه من الاستحواذ على أكبر قدر ممكن من الذهب الأسود(البترو) إلى الاستحواذ على أكبر قدر ممكن من الذهب الأزرق (المياه)<sup>1</sup>.

وبالتالي ، فإن التحدي الحقيقي للإنسان العربي في القرن الواحد العشرين يتمحور حول الحصول على الماء من الناحية الكمية والنوعية ، فامتداد العمران بالتعمير وتطور الإطار المعيشي وكذا التوسع الصناعي والفلاحي غير من أنماط استهلاك المياه. وولد تصاعد في الطلب عن الماء الصالح النوعي إلى درجة تجاوز الحاجات لقدرة الموارد المائية المتاحة ومن ثم أصبح الشغل الشاغل لأي دولة هو تحقيق توازن بين احتياجات الأنشطة المستعملة للمياه وقدرة الموارد المتوفرة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى هذا التزايد المستمر للاحتياجات المائية في مواجهة محدوديتها والخطر المخلق بها من جراء التلوث المتنوع ، أدى إلى ضرورة النظر بصفة إجمالية لمشكلة المياه .

وتعتبر الجزائر من بين الدول الواقعة في منطقة جنوب البحر المتوسط ، تتمتع بموارد مائية محدودة وغير منتظمة بسبب وقوعها في المنطقة الجافة وشبه الجافة من الكرة الأرضية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى زيادة الطلب المستمر عليها نتيجة النمو الديمغرافي السريع والمستمر المقدر ب 38 مليون نسمة ، الأمر الذي يجعلها في قائمة الدول التي تعاني من ندرة الموارد المائية ، بحيث تقدر حصة الفرد الواحد سنويا من المياه حوالي 600 متر مكعب ، وهذا مقارنة مع الحصة التي حددها البنك العالمي ب 1000 متر مكعب للفرد في السنة كحد أدنى<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد بلغالي ، التخطيط الاستراتيجي للموارد المائية - الأبعاد القانونية والتنظيمية والأمنية ، سياسة تسيير الموارد المائية- ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 2013 ، ص 09.

<sup>2</sup> Ministère des ressources en eau. Direction des études et des aménagements hydrauliques, les ressources en eau en Algérie, Mars 2003, 04.

وبغية تبني استراتيجية شاملة بهدف إدارة قطاع المياه بكفاءة، وتقديم خدمات ذات جودة عالية، وتوفير المياه وإيصالها للسكان من الناحية النوعية والكمية المطلوبة، وضمان ديمومتها للأجيال القادمة في المستقبل. لجأت السلطات العمومية إلى إعادة النظر في الإطار القانوني الناظم للمياه ويتجلى ذلك من خلال صدور القانون رقم 12/05<sup>1</sup>، بحيث جاء في المادة الأولى منه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد المبادئ والقواعد المطبقة لاستعمال الموارد المائية وتسييرها وتمييتها المستدامة كونها ملكا للمجموعة الوطنية". بفضل هذه الميكانيزمات يمكن ضمان معادلة قائمة على البيئة والاقتصاد والعدالة الاجتماعية.

ولقد أقر قانون المياه الصادر في سنة 2005، العديد من طرق تسيير مرفق المياه من بينها الاستغلال المباشر، الامتياز، أسلوب التسيير المفوض (أسلوب الشراكة العمومية الخاصة). يعتبر هذا الأخير من بين الأساليب الجديدة التي انتهجتها السلطات العمومية مؤخرا، وذلك تنفيذا للاتفاقية المبرمة مع الاتحاد الأوروبي سنة 2002 التي دخلت حيز التطبيق في مجال المياه ابتداء من سنة 2005، ويتجلى ذلك من خلال إشراك شركات أوربية لاسيما فرنسية إسبانية وألمانية مع مؤسسات عمومية مكلفة بقطاع المياه.

وعليه، سنقوم في هذه الدراسة أولا بتحديد مفهوم التسيير المفوض لمرفق المياه، ثم تبيان النظام القانوني الذي يحكمه، وأخيرا التعرض لأهم تطبيقات التسيير المفوض في مجال المياه.

#### المبحث الأول: تحديد مفهوم التسيير المفوض لمرفق المياه.

يعتبر التفويض<sup>2</sup> أحد أهم أساليب تسيير المرفق العمومي للمياه المنتشرة في العديد من دول العالم.

لذلك سيتم التعرض تحت هذا العنوان إلى تعريف التسيير المفوض لمرفق المياه في مطلب أول، ثم الانتقال إلى إبراز الدوافع المؤدية لانتهاج التقنية في مطلب ثاني.

#### المطلب الأول: تعريف تفويض المرفق العمومي للمياه.

سنتناول بالدراسة أولا التعريف التشريعي ثم التعريف الفقهي، وأخيرا التعريف القضائي.

**1) التعريف التشريعي:** بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه، يتبين عدم وجود تعريف شامل ودقيق للتسيير المفوض، وفي مقابل ذلك فإن التفويض في مجال الخدمات العمومية للمياه يمنح لأشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام أو القانون الخاص، حيث تنص المادة 104 على أنه: "يمكن الإدارة المكلفة بالموارد المائية التي تتصرف باسم الدولة أو صاحب الامتياز، تفويض جزء أو كل من نشاطات تسيير الخدمات العمومية للماء أو التطهير لمعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية و ضمانات مالية كافية...".

أنظر كذلك: بشير بن عيسى و عادل كدودة، اقتصاديات الموارد المائية في الجزائر: المشاكل والحلول، مجلة العلوم الانسانية، عدد 13، مارس 2008، ص 30.

<sup>1</sup> القانون رقم 12/05 المؤرخ في 2005/08/04، المتعلق بالمياه، ج.ر، رقم 60، المؤرخة في 2005/09/04، ص 03.

<sup>2</sup> يستخدم مصطلح التفويض في عدة دول للدلالة على مختلف أساليب تسيير المرفق العمومي مثل الامتياز، الايجار، عقد التسيير... إلخ

ولقد استعمل مصطلح التفويض في فرنسا من الناحية القانونية لأول مرة ، بمناسبة صدور القانون رقم 125/92 المتعلق بالإدارة الإقليمية وكذا القانون رقم 122/93 (loi sapin) المتعلق بمحاربة الرشوة والشفافية في الحياة الاقتصادية ، الذي حدد نظام قانوني لاتفاقية تفويض المرفق العمومي وإجراءات إبرامها دون إعطاء تعريف دقيق للمصطلح<sup>1</sup>.

بينما أعطى المشرع المغربي تعريفا للتدبير المفوض، وذلك في المادة 2 من القانون رقم 54/05 الصادر بتاريخ 14 فيفري 2006، المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة<sup>2</sup>، والتي تنص: "يعتبر التدبير المفوض عقد يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى "المفوض" لمدة محددة تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يسمى "المفوض" يخول له حق تحصيل أجره من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا.

ويمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بإيجاز أو تدبير منشأة عمومية أو هما معا تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض".

(2) المعنى الفقهي : يعرف الأستاذ **Claudie Boiteau** أسلوب تفويض المرفق العمومي بصفة عامة بأنه: "عقد يتم من خلاله تسيير واستغلال مرفق بمقابل مالي يتحصل عليه المفوض له ، يدفعه المرتفقون أو الإدارة المفوضة ، ويتعلق مباشرة باستغلال المرفق وهو أهم معيار يعرف تفويض المرفق العام"<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لتعريف التفويض في مجال مرفق المياه ، فقد عرفه جانب من الفقه الجزائري<sup>4</sup> بأنه كيفية للشراكة بين القطاعين العمومي والخاص تحصل الشركة بموجبه على امتياز لتمويل وإنجاز المشروع والسهر على استثماره طوال الفترة المحددة له ، وعند نهاية هذه المدة تسترجع الجهة المتنازلة المشروع.

وقد تم تعريفه كذلك من طرف **Marie-José Gédéon** : "طريقة للتسيير يلتزم بمقتضاها صاحب الامتياز اتجاه الجماعات المحلية بضمان استغلال وتوزيع المياه، مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق"<sup>5</sup>.

(3) التعريف القضائي: عرف مجلس الدولة الفرنسي التفويض في مجال تسيير الموارد المائية في قراره الصادر في 22 مارس 2000 بأنه : "طريقة لتسيير مرفق المياه يتولى من خلاله صاحب الامتياز إنشاء وتجهيز وإدارة المرفق على حسابه وتحت مسؤوليته ، مقابل الانتفاع من الرسوم المدفوعة من قبل المرتفقين"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Bernard Monségu – Toges , L'exemple de la distribution de l'eau , A.J.D.A , N°7- 8 / 1996 , P 627.

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم 15.06.1 ، الصادر في 14/02/2006 لتنفيذ القانون رقم 54/05، المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة ، ج.ر، رقم 5404، المؤرخة في 16 مارس 2006.

<sup>3</sup> ذكرته نادية ضريفي في مؤلفها، تسيير المرفق العام والتحويلات الجديدة ، دار بلقيس ، دار البيضاء ، الجزائر ، 2010، ص 129.

<sup>4</sup> أنظر : غوتي مكاشة ، الشراكة المائية وعقد امتياز المياه في الجزائر ، مجلة الفكر البرلماني ، مجلة متخصصة تصدر عن مجلس الأمة الجزائري ، العدد 25 ، أبريل 2010 ، ص 119 و 120.

<sup>5</sup> Marie-José Gédéon, Sur les services publics, édition economica – Paris ,1982 , P 69.

<sup>6</sup> Marceau Long, Système concessif et droit communautaire dans le domaine de l'eau,R.A,N° 318,2000,

P 577.

أما بالنسبة للتعريف الذي يمكن أن يكون شاملا للعناصر المكونة لتفويض تسيير الموارد المائية فيكون على النحو التالي: " عقد تكلف بمقتضاه الإدارة مانحة التفويض شخصاً معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص لتسيير الخدمة العمومية للموارد المائية واستغلالها والحفاظة عليها بكل أعبائها وتحت مسؤوليته خلال مدة محددة ، على أساس دفتر شروط ، ويتلقى المفوض له أجره من المنتفعين بخدمات المرفق أو من الإدارة مانحة التفويض".

من خلال التعاريف السالفة الذكر ، يتبين أن التسيير المفوض للموارد المائية يتميز بمجموعة من الخصائص من بينها:

- أن التسيير المفوض ينصب على ملك عام وطني ، ويظهر ذلك من خلال المادة 17 من دستور 1996، بحيث تم تصنيف الموارد المائية ضمن الملكية العامة للمجموعة الوطنية، وقد تم تأكيد هذا المبدأ في المادة 14 و 15 من قانون الأملاك الوطنية<sup>1</sup> وكذا المادة 02 من قانون المياه المذكور أعلاه، ومن ثم فإن الملك العمومي سواء كان طبيعي أو صناعي تتمتع به الدولة لوحدها ، وهو غير قابل للتنازل عنه ولا للتقادم.

- تفويض التسيير ينصب على مرفق حيوي وحساس في نفس الوقت، ألا وهو المرفق العمومي للمياه.

- إمكانية تولي شخص معنوي خاص وطني أو أجنبي تولي مهمة تسيير الخدمة العمومية للمياه، وذلك بغية تحقيق هدف عام يتمثل في تحسين أداء المكلفين بهذه الخدمة.

**المطلب الثاني: دواعي اللجوء للتسيير المفوض لمرفق للمياه (الشراكة العمومية الخاصة):**

أكدتالندوة الوزارية المنعقدة بلاهاي ، حول "الأمن المائي في القرن 21" في بيانها الصادر في 22

مارس 2000 على ضرورة ترقية التعاون والشراكة انطلاقاً من المواطنين إلى غاية المنظمات الدولية.

كما أوصى البيان من جانب آخر على تنظيم تحويل ونقل التكنولوجيا والمعرفة والاستفادة من تجارب اصلاحات الدول المتقدمة في قطاع المياه ، إلى جانب خلق القدرات ودعم المهارات من مختلف النواحي التكوينية والتنظيمية والتقنية في الدول النامية<sup>2</sup>.

وعلى صعيد القارة الإفريقية ، أوصى بيان المجلس العلمي والتقني للاتحاد الإفريقي لموزعي الماء المنعقد في شهر جويلية سنة 2003 بالجزائر ، على ضرورة البحث عن شراكات مائة متعددة الأطراف من

شأنها ضمان تمويل المشاريع العديدة الموجهة لإيجاد حلول دائمة لتزويد سكان القارة بالماء الشروب<sup>3</sup>.

ويمكن تلخيص أسباب اللجوء لتفويض المرفق العمومي فيما يلي :

<sup>1</sup> القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ج.ر. ، رقم 52 ، المؤرخة في 02 ديسمبر 1990 ، والمعدل والمنتم بموجب القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 ، ج.ر. ، رقم 44 ، المؤرخة في 03 أوت 2008.

<sup>2</sup> Déclaration ministérielle de la Haye sur la sécurité de l'eau au 21 siècle « 22 mars 2000 ». Pays-Bas, p 5.

<sup>3</sup> أنظر : جريدة الخبر الصادرة بتاريخ 2003/07/20 ، عدد 3835 ، ص 02.

1) يتبلور دور التفويض في فتح مجال تسيير الخدمات العمومية للمياه للأشخاص المعنوية الخاصة ، ويسمح في نفس الوقت بتجسيد المبادئ التي يقوم عليها المرفق العمومي من ديمومة وانتظام وتطور وكذا توفير الخدمة العمومية للمياه والتطهير في أغلب الظروف . وتماشيا مع ذلكتنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 324/2000 المحدد لصلاحيات وزير الموارد المائية<sup>1</sup>، أن : " يكلف وزير الموارد المائية من أجل تكفل أحسن بالمرفق العام للمياه ، بتكثيف طرق استغلال وتسيير المنشآت وشبكات الري التي تدخل في مجال اختصاصه مع مقتضيات اقتصاد السوق والمتمحورة أساسا حول تطوير المنافسة والتفتح على القطاع الخاص."

وتنص أيضا المادة 101 الفقرة الثانية من قانون المياه أنه : " يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه...كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية."

2) زيادة طلبات المرتفقين كميا ونوعيا (ناجئة أساسا عن زيادة الوعي المدني لدى المرتفقين بسبب تغير الإيديولوجيات والضغط الخارجي في إطار العولة)<sup>2</sup>.

3) الحاجة الماسة لتطوير نوعية الخدمات ونقل التكنولوجيا.

4) حاجة الدولة إلى هياكل قاعدية وتجهيزات عمومية ضخمة ، والتي بدون شك تكلف خزينة الدولة أموال طائلة لذلك تلجأ لتفويض المرفق ليتولى المفوض له انجاز الهياكل واستغلالها لمدة معينة تسمح له بتغطية التكاليف.

5) البحث عن شركات متعددة تتولى تسيير مرفق المياه ، مما سيخلق نوع من المنافسة فيما بينها ، هذا ما سينعكس بصفة إيجابية على جودة الخدمات من الناحية النوعية والكمية للمياه الموزعة وبأسعار متفاوتة.

المبحث الثاني : النظام القانوني لتفويض تسيير مرفق المياه.

أقر المشرع للدولة عبر وزارة الموارد المائية وكذا أصحاب الامتياز ، منح تفويض تسيير الخدمات العمومية لأشخاص معنوية عامة أو خاصة متخصصة ومتمرسمة معترف بكفاءتها في مجال معين بقطاع المياه ، إلا أن هذا المنح يجب أن يمر عبر مراحل أقرها قانون المياه و النصوص التطبيقية له.

المطلب الأول : إجراءات تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه.

يتوجب على المفوض اتباع بعض الإجراءات عند قيامه بتفويض الخدمة ، لاسيما ما تعلق منها بعرض التفويض على المنافسة والتأكد من توافر الشروط المطلوبة في المفوض له تسيير الخدمة.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 325/2000 المؤرخ في 25/10/2000 ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الموارد المائية ، ج.ر ، رقم 63 ، المؤرخة في 25/10/2000 ، ص 14 ، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11/08 المؤرخ في 27/01/2008 ، ج.ر ، رقم 05 ، الصادرة في 30/01/2008 ، ص 7 ، والمعدل والمتمم أيضا بالمرسوم التنفيذي رقم 291/10 المؤرخ في 23/11/2010 ، ج.ر ، رقم 72 ، الصادرة بتاريخ 28/11/2010 ، ص 10.

<sup>2</sup> Stéphane Braconnier, Droits des services publics, presses universitaires de France, 2004, p434, 435.

1) عرض التفويض على المنافسة : بالرجوع إلى قانون المياه نجده تضمن بعض الإجراءات المتبعة في تفويض الخدمات العمومية للمياه خاصة ما تعلق منها بالمنافسة الواردة في المادة 105 التي تنص: " يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها على المنافسة..."، وفي السياق ذاته تنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 275/10 المؤرخ في 2010/11/04 ، المحدد لكيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير<sup>1</sup>، أنه : " يجب أن يتضمن الملف المرفق بمشروع اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير ، الوثائق التالية :

- الإشعار وملف الإعلان عن المنافسة ،

- تقرير تقييم العروض،

- مبررات التأهيل المهنية والضمانات المالية للمتعاقل المقبول."

والمنافسة التي أوردها المشرع في مجال تفويض الخدمات العمومية للمياه، تدخل في إطار الصفقات العمومية المنظمة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 ، الذي يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 ، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية<sup>2</sup> ، بحيث تنص المادة 02 منه: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات :

- الإدارات العمومية،

- الهيئات الوطنية المستقلة...

-... والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي، عندما تكلف بإنجاز عملية مموله، مموله كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة..."

وتأتي المادة 03 من نفس المرسوم ، لتحدد موضوع العمليات الخاضعة لقانون الصفقات العمومية والمتمثلة في إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات.

2) شروط متعلقة بالمفوض له : في إطار ضمان الخدمات العمومية للمياه من الجانبين الكمي والنوعي قيد المشرع تفويض تسيير هذه الخدمات بالتأهيل المهني ومن بين الأمثلة الدامغة في هذا التوجه التنظيمي أحكام المرسوم التنفيذي رقم 252/97 المتعلق بالشهادة الوطنية للتأهيل المهني<sup>3</sup> ، حيث اشترطت المادة 02 الفقرة الأولى منه على المترشح لتأمين الخدمة العمومية للمياه و/ أو التطهير ذي النوعية الجيدة ، ضرورة توفره على الشهادة الوطنية للتأهيل المهني.

<sup>1</sup> المرسوم الرئاسي 23/12 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ 07 أكتوبر 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، ج.ر ، رقم 58 ، المؤرخة في 26 جانفي 2012 ، ص 04.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 275/10 المؤرخ في 2010/11/04 ، يحدد كيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير ، ج.ر ، رقم 68 ، المؤرخة في 2010/11/10 ، ص 15.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي 252/97 المؤرخ في 1997/07/08 ، يتعلق بالشهادة الوطنية للتأهيل المهني ، ج.ر ، رقم 46 ، المؤرخة في 1997/07/09 ، ص 16.

وبعد استنفاد الإجراءات المتعلقة بالمنافسة من إعلان عن المناقصة في وسائل الإعلام ، واستقبال لعروض المتنافسين وتقييمها وإعلان الفائز بالصفقة ، يتم منح هذا التفويض بموجب اتفاقية بين الإدارة المكلفة بالموارد المائية من جهة ، والمفوض له هذه الخدمة العمومية من جهة أخرى ، بحيث تعتبر هذه الاتفاقية بمثابة الصيغة العامة التي تتحدد فيها وجهات النظر بين المفوض والمفوض له فيما يخص تسيير المرفق وبعدها يتم تسطير الحقوق والواجبات الخاصة بكل طرف ، وتتم الموافقة على هذه الاتفاقية بموجب مرسوم تنفيذي وهذا ما أكدته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 275/10 المذكور أعلاه<sup>1</sup>. كما يمكن تعديل هذه الاتفاقية أو تمديدها أو إلغائها ضمن نفس الأشكال طبقا لما تنص عليه المادة 107 من قانون المياه.

### المطلب الثاني: تحديد مدة التسيير المفوض والمقابل المالي.

**1) مدة التسيير المفوض :** لم يحدد المشرع مدة تفويض تسيير مرفق المياه بصفة واضحة ، بينما حددت مدة امتياز تسيير مرفق المياه ب 30 سنة ، وهو ما أكدته المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 53/08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به<sup>2</sup>. " يمنح الامتياز لمدة ثلاثين سنة(30)..."

وبالرجوع إلى جاء في نص المادة 105 ، فنجدتها تؤكد على ضرورة تحديد هذه المدة عند عرض التفويض على المنافسة ، ويفهم من ذلك أن تحديد مدة التفويض يخضع للسلطة التقديرية للإدارة المفوضة.

لكن الشيء الملاحظ ، أن كافة عقود تفويض تسيير مرفق المياه بالجزائر لم تتجاوز ستة سنوات ، وهذا ما سنوضحه لاحقا في المبحث الثالث.

**(2) المقابل المالي :** إذا كان صاحب الامتياز المكلف بالخدمات العمومية للمياه يتلقى أجره من المستعملين عن طريق الأتاوى التي يدفعونها مقابل استفادتهم من هذه الخدمة، فهل ينطبق الأمر بالنسبة للمفوض له هذه الخدمة ؟

بالرجوع أحكام قانون المياه رقم 12/05 ، فإنه لا توجد إجابة صريحة لهذا التساؤل ما عدا ما جاء في المادة 105، والتي تنص : " يتم تفويض الخدمة العمومية عن طريق عرضها للمنافسة مع تحديد لاسيما ، محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له...وكيفيات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين ومعايير تقييم النوعية ."

<sup>1</sup> أما إذا تم منح تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه والتظهير من طرف صاحب الامتياز(الجزائرية للمياه و/أو الديوان الوطني للتظهير)، فحسب المادة 4 من نفس المرسوم يوافق على اتفاقية التفويض بقرار مشترك بين وزير الداخلية ووزير الموارد المائية.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المؤرخ في 2008/02/09 ، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به ، ج.ر ، رقم 8 ، المؤرخة في 2008/02/13 ، ص 15.

ويفهم من عبارة " كفاءات دفع أجر " التي تفيد الجمع وجود عدة طرق لتحديد الأجر المدفوع إلى المفوض له ، بينما استعمال عبارة " أو تسعيرة الخدمة " توحى بأن المقابل المالي يتمثل أساسا في الأتاوى المدفوعة من طرف المرتفقين<sup>1</sup>.

### المبحث الثالث : تطبيقات التسيير المفوض في مجال المياه.

لجأت العديد من دول العالم إلى تقنية التفويض بغية تحسين الخدمات العمومية للمياه ، وسيتم من خلال هذا المبحث إبراز تجربة بعض الدول في انتهاج هذه التقنية سواء في أوروبا أو في إفريقيا .

#### المطلب الأول : تجربة فرنسا مع طريقة التسيير المفوض.

انتشر أسلوب التفويض في مجال تسيير الموارد المائية بدول أوربية عدة، من بينها فرنسا التي تعتبر مهذاً له ، لذلك سنحاول التركيز على تجربة هذه الدولة الرائدة في تسيير الخدمة العمومية للمياه بواسطة أسلوب التفويض.

**1/ سريان تفويض المرفق العمومي للمياه :** بداية انتهاج هذه التقنية في فرنسا كانت في منتصف القرن 19 ، أين تم منح شركة خاصة تدعى *La compagnie générale des eaux* امتياز تسيير الخدمة العمومية للمياه لمدينة ليون عام 1853 لمدة 20 سنة ، كما كلفت أيضا بتوزيع المياه الصالحة للشرب لمدينة نانت سنة 1854 ومدينة باريس عام 1880 ، وقد أسند لها كذلك بموجب عقد مبرم مع بلدية *Olivet* في 1931/07/24 مهمة تسيير وتوزيع المياه لبلدية *Olivet* لمدة 99 سنة<sup>2</sup>.

ومن أجل تحسين الخدمات العمومية للمياه وتوسيعها ، لجأت شركة (C.G.E) إلى إنشاء فروع تابعة لها مثل *Générale des eaux* و *Compagnie des eaux* و *Société française des eaux* ... إلخ ، حيث بلغ رقم أعمال الشركة في تسييرها لهذا المرفق الحيوي 52,5 مليار فرنك فرنسي سنة 1993 وهي تشغل 26000 شخص ، كما أنها تسيطر على السوق الفرنسية بنسبة 39% وعلى السوق الخارجية بنسبة تقدر 30%<sup>3</sup>.

ومن بين الشركات الفرنسية التي تتمتع بامتياز تسيير الموارد المائية أيضا نذكر *Groupe lyonnaise des eaux - Dumez* التي أنشأت سنة 1880 وكلفت في إطار الامتياز بتسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير لما يقارب 10 ملايين فرنسي ، حيث بلغ رقم أعمالها سنة 1996 الـ 21,5 مليار فرنك فرنسي وهي توظف 12400 شخص ، وتمتلك هذه الشركة العديد من الفروع التابعة لها مثل *Eau et force* و *Dégréement*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حسين أوكال ، المرفق العام للمياه في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، فرع : الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2009-2010 ، ص 134 و 135.

<sup>2</sup> Edouard Geffroy, L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la durée des contrats, R.F.D.A, N°3, Mai-Juin 2009, P 450.

<sup>3</sup> Jean - François Auby , La délégation de service public , 1<sup>ère</sup> édition presses universitaire de France , Paris , 1995 , P 108.

<sup>4</sup> François Trogir , Services publics : faire ou déléguer , Librairie Vuibert , Paris , 1995, P 89.



بالإضافة إلى المتعاملين المذكورين أعلاه ، توجد شركة فرنسية أخرى تسمى Société d'aménagement urbain et rural et Bouygues نشأت سنة 1933 تتمتع بتفويض تسيير وتوزيع المياه في فرنسا وبالتحديد في البلديات الريفية ، وقد بلغ رقم أعمالها في سنة 2001 ب 2,4 مليون أورو<sup>1</sup>.

وما تجب الإشارة إليه في الأخير أن قطاع الموارد المائية في فرنسا مسير بنسبة 74% من قبل الخواص، هذه النسبة مقسمة على النحو التالي<sup>2</sup>:

- Le groupe de la compagnie générale des eaux 39%.
- Le groupe de la lyonnaise des eaux 22%.
- SAUR et Bouygues 10%.
- Autre délégataire 3%.

(2) - إجراءات منح امتياز تسيير الموارد المائية في فرنسا : أخضع المشرع الفرنسي اتفاقية منح تفويض المرافق العمومية إلى إجراءات خاصة تشبه إلى حد بعيد تلك المتبعة في الصفقات العمومية ، وتتجسد هذه الإجراءات في مرحلتين أساسيتين :

أ- مرحلة الإشهار والمنافسة : قبل سنة 1993 لم تكن عقود تفويض المرفق العمومي تخضع لأي إطار قانوني خاص يبين كيفية إبرامها ، هذا الوضع أدى إلى صدور القانون رقم 122/93 المؤرخ في 1993/01/29 " قانون Sapin"<sup>3</sup> ، ليخضع كافة عقود التفويض إلى الإشهار والمنافسة كإجراءين سابقين لإبرامها ، وذلك استجابة لمتطلبات النزاهة والشفافية والنجاعة في الاختيار حسب معايير محددة سلفا.

فكلاسيكيا لم تكن عقود المرافق العمومية تخضع لأي اشهار أو منافسة كما هو الحال بالنسبة للصفقات العمومية ، فلهيئة المفوضة تتمتع بحرية واسعة في التفاوض واختيار المفوض له.

ب- مرحلة اختيار صاحب الامتياز : بعد انتقاء قائمة المترشحين المرخص لهم بتقديم عروضهم ، تقوم لجنة منتخبة وفقا لنظام التمثيل النسبي بفتح الأظرف ودراستها لتعطي رأيها بشأن اختيار مرشح واحد أو أكثر ، ثم يلجأ المترشحون الذين تم انتقائهم للتفاوض مع السلطة المختصة بتوقيع وإمضاء اتفاقية التفويض والتي ستقوم باختيار أفضل مترشح الذي سيتولى مهمة تسيير واستغلال مرفق الموارد المائية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نوال بوهالي ، الجزائرية للمياه ، مرفق عام ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة ماجستير في القانون ، فرع : دولة ومؤسسات عمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2008-2009 ، ص 58.

<sup>2</sup> Sous la direction de messieurs alianBonnafous Et Pierre - Yves, La délégation des services publics d'eau potable : une mode gestion efficace, 4<sup>ème</sup> Anne D'IEP : séminaire université lumière Lyon2, 2007- 2008, P 64.

<sup>3</sup> Bernard Monségu - Toges, op. cité, P 627.

<sup>4</sup> Eric Landot , La commune et l'eau potable , Edition Foucher , Paris , 1999, PP 54 et s.

## المطلب الثاني: تجربة التسيير المفوض لمرق المياه بالمغرب والجزائر.

**1/التسيير المنتدب للمياه بالمغرب:** انطلقت تجربة المغرب في تسيير الموارد المائية بواسطة عقد الامتياز منذ بداية القرن 20 ، وبالضبط في سنة 1914 أين تم تكليف الشركة المغربية لتوزيع المياه والغاز - الفرع التابع ل **Le groupe de la lyonnaise des eaux** - بإنتاج وتوزيع الماء لمدينة الدار البيضاء ، وفي الفترة الممتدة من 1915 إلى 1920 مُنِحَتْ أيضا امتياز تسيير مرفق المياه لأكبر المدن المغربية ، مثل تسالة والرباط وسلا ، مكناس وطنجة ، وتم أيضا في سنة 1950 توسيع الامتياز الممنوح لها ليشمل فاس ومراكش ، صافي والجديدة ، الأمر الذي أدى بالشركة إلى الاستحواذ على المرفق العمومي للمياه في 20 مدينة مغربية ، وفي سنة 1950 تولت نفس الشركة مهمة جلب المياه معالجتها وتوزيعها من حوض أم الربية إلى مدينة الدار البيضاء بموجب عقد امتياز لمدة 50 سنة<sup>1</sup>.

كما عرفت سنوات التسعينات لجوء السلطات المغربية للخواص من أجل تسيير الموارد المائية. بدأت هذه العملية أولا في مدينة الدار البيضاء ، وذلك بعد مفاوضات انطلقت في 14/03/1996 بين المجموعة الحضرية للدار البيضاء التي تتكون من 23 جماعة ، وممثلي الشركة الفرنسية **LYDEC**<sup>2</sup>، أعطت المجموعة الحضرية موافقتها النهائية بالإجماع في 15/04/1997 على منح التفويض لخدمة الماء والكهرباء والتطهير في جميع تراب المدينة لمدة 30 سنة ، بغية تحقيق هدف عام يتجلى في توسيع وتحسين وعصرنة الخدمات للمواطنين على مستوى المنتج والأداء وعلى مستوى المحيط البيئي العام للمدينة .

وعلى غرار حالة الدار البيضاء قامت المجموعة الحضرية للرباط وسلا والصخيرات بالموافقة على مشروع التسيير المفوض لمرق المياه والتطهير ، خلال دورتها لشهر مارس 1998 لصالح شركة **REDAL** - الفرع التابع إلى **Veolia environnement** - لمدة 30 سنة ، وفي سنة 2001 منحت السلطات المغربية كذلك امتياز تسيير الموارد المائية في مدينتي طنجة وتطوان إلى شركة **Amendis** لفترة محددة بـ 25 سنة<sup>3</sup>.

وما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد، هو توالي شركة **REDAL** في سنة 2003 ضمان تسيير الموارد المائية في 17 مجموعة محلية، بحيث تقوم بتوفير هذه الخدمات لما يقارب 2 مليون ساكن<sup>4</sup>.

في سنة 2005 صدر القانون رقم 54/05 المذكور آنفا ، والذي تضمن 34 مادة ، وذلك من أجل توضيح حطرق إبرام عقود التدبير المفوض ومضامينها وطرق المصادقة عليها ومدة سريانها ، كما ينص على مسطرة للتحكيم والتسوية في حال وجود نزاع بين الطرفين.

<sup>1</sup> Centre Jaque Berque (Rabat), Rapport de la recherche : La concession au privé de la gestion de l'eau potable et de l'assainissement liquide au Maroc ou la ville à l'épreuve de la bonne gouvernance, PRUD - Décembre 2003 , P 19.

<sup>2</sup> Mohamed ElHannani , Implication du prive la gestion de secteur eau milieu rural , mémoire master spécialisée en management des services publics , Institut ville . Territoire et immobilier, Maroc, Décembre 2006, P 25.

<sup>3</sup> Mohamed ElHannani, op. cité, P19.

<sup>4</sup> Centre jaque Berque (Rabat), Rapport de la recherche :La concession au privé de la gestion de l'eau potable et de l'assainissement liquide au Maroc ou la ville à l'épreuve de la bonne gouvernance,op. cité, P 6 et 7.

كما تضمن القانون المذكور أعلاه، مبادئ عامة لإبرام اتفاقية التفويض تشبه إلى حد بعيد تلك المنصوص عليها في التشريع الفرنسي والمتمثلة أساسا في مبدأي للمنافسة والشفافية.

(2) انتهج التسيير المفوض في الجزائر : تطبيقا لأحكام المادة 109 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه ، لجأت الجزائرية للمياه بجمعية الديوان الوطني للتطهير إلى تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه للقطاع الخاص الأجنبي، وذلك بعد طلب الموافقة المسبقة من وزارة الموارد المائية وعرض التفويض على المنافسة، إلا أنه يتعين عليهما بصفتهم أصحاب امتياز تقديم تقرير يسمح بمراقبة شروط تنفيذ الخدمة وتقييمها .

دخلت العملية الأولى لتفويض تسيير الموارد المائية حيز التنفيذ في جانفي 2006 بين الشركة الفرنسية Suez-Environnement ونظيرتها الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير ، فنتج عن تجمع هؤلاء الشركات الثلاثة ميلاد شركة المياه والتطهير للجزائر العاصمة (S.E.A.A.L) برأسمال مشترك (50% ل A.D.E و 50% ل O.N.A) .

أدرج في اتفاق التراضي<sup>1</sup> بقيمة 120 مليون دولار بين شركة Suez للمحيط ومتعاملها بالجزائر تفويض التسيير لمدة 5 سنوات ونصف لتوزيع المياه والتطهير في الجزائر العاصمة على أساس إرشادات دفتر الشروط ، بحيث تطلب الوصول إلى هذا الاتفاق ثلاث سنوات لإيجاد حلول مستدامة لتحسين نوعية المياه الموزعة والشبكة العمومية للتطهير في العاصمة. ويتعلق الأمر باسترجاع وضع مريح من الخدمات ينعم به سكان الجزائر الكبرى من خلال نهج تعاقدية يتطابق مع الالتزام الصارم للشريكين والقائم على<sup>2</sup>:

- تجنيد خبرة Suez-Environnement مع مجهود مدعم لتكوين الموظفين المحليين .

- متابعة الدولة الجزائرية لبرنامج استثماري من شأنه عصرنة أدوات التسيير والتجديد وتوسيع الشبكة بوتيرة معدتها 200 مليون أورو سنويا .

- ضمان توفير المياه للمواطن العاصمي بعد ثلاث سنوات ونصف ، على مدار 24 ساعة على 24 ساعة .

- إدراج عقد قابل للتعديل في مدته يسمح بدعم الشراكة في حال نهاية السنوات الخمسة .

وبخصوص مدى تحقيق النتائج المسطرة ، فقد أكد المدير العام لشركة سيال السيد جون مارك يان في لقاء قمة سيال أن الشركة ساهمت في تحسين خدمات المياه بشكل ملحوظ ، حيث بلغ توفير المياه في عدة بلديات 100% ، مما أدى

<sup>1</sup> يطرح التساؤل هنا عن سبب اللجوء إلى طريقة التراضي في إبرام هذه الاتفاقية دون اتباع إجراءات المناقصة والمنافسة التي تعتبر الأصل في إبرام الصفقات العمومية حسب المادة 20 من المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2013/07/24 المتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم ، ج.ر، لسنة 2002 ، عدد 52 ، ص 03. لكن يمكن تفسير اللجوء إلى أسلوب التراضي بالاستثناء الوارد في المادة 37 في الفقرة الثانية من قانون الصفقات ، التي تتيح للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى طريقة التراضي لإبرام صفقاتها في حالة عدم إمكانية تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعيا احتكارية ، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.

<sup>2</sup> أنظر : غوتي مكاشة ، المرجع السابق ، ص 123.

بتجربة مدينة الجزائر لتصبح مرجعاً معترف به في مجال تحسين مرفق حضري<sup>1</sup>. كما أكد أن الشركة أوفت بالتزامها الخاص بتكوين ورسكلة إطارات الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير للتدريب على التقنيات الحديثة التي تم استحداثها في مجال المراقبة والتدخل خلال حدوث التسربات، وهي النقطة التي ركزت عليها الوزارة بغرض تحضير العمال والمسيرين لمواصلة العمل بهذه التقنيات مستقبلاً.

وعلى ضوء النتائج المسجلة من طرف الشركة، فقد تم تجديد عقدها لمدة خمس سنوات أخرى، بالإضافة إلى حصولها الرسمي لتسيير المرفق العمومي للمياه بولاية تيبازة في 2012/01/02<sup>2</sup>.

أما تفويض التسيير الثاني فقد كان في ولايتي الطارف وعنابة، أين تم إنشاء شركة المياه والتطهير للطارف وعنابة "SEATA"، هذه الأخيرة قامت في 2007/12/17 بتوقيع اتفاقية تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه والتطهير مع الشركة الألمانية GelsenWasser لمدة خمس سنوات ونصف، وقد تم هذا الاتفاق بعد استنفاد إجراءات المناقصة والمنافسة.

وقد تعهد المتعامل الألماني حسب بنود الاتفاقية التي بلغت قيمتها حوالي 23 مليون أورو بضمان تسيير الخدمات المذكورة أعلاه وتحسينها لسكان الولايتين، بالإضافة إلى تنظيم دورات تكوينية للإطارات الجزائرية لدى شركة "سياتا"<sup>3</sup>.

وعلى الرغم من تمكن المتعامل الألماني من تحسين الخدمات الموكلة إليه في بعض بلديات وأحياء الولايتين من ناحية توفير الماء والفوترة، إلا أنه تم فسخ العقد من الجانب الجزائري نظراً لعدم تمكن الشريك الألماني من القضاء النهائي على التسربات التي تطل مياه الشرب والصرف الصحي.

وفي ولاية وهران أيضاً تم تفويض تسيير هذه الخدمات من قبل شركة المياه والتطهير لوهران "SEOR" إلى شركة Aqua Agbar، بموجب اتفاقية موقعة في 2008/04/01 لمدة خمس سنوات ونصف وبقيمة تقدر بـ 30 مليون أورو.

وقد توصلت شركة سيور بفضل الشراكة إلى توفير المياه بمعدل 18 ساعة في اليوم خلال سنة 2009 ويتوقع المسؤولون الوصول إلى معدل 24 ساعة على 24 ساعة في آفاق 2011، وذلك في حالة تعبئة الموارد المائية اللازمة<sup>4</sup>.

وفي إطار التسيير المفوض دائماً لجأت شركة المياه والتطهير لولاية قسنطينة "SEACO" في 2008/06/23 إلى إبرام اتفاقية تسيير المياه مع الشركة الفرنسية La Marseillaise des eaux لمدة خمس سنوات وبقيمة مالية

<sup>1</sup> أنظر: أنظر مداخلة: جون مارك يان في لقاء قمة سيال، سيال 2011-2016: تحديات وآفاق جديدة، مجلة سيال الإخبارية، العدد 11، 2012، ص 4 و 5.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 3.

<sup>3</sup> حسين أوكال، المرجع السابق، ص 150.

s. Nasser Lebed, Le partenariat euromaghrébin : le cas de la gestion de l'eau en Algérie, La revue des sciences commerciales, EHEC, Alger, Juin 2013, PP13 et.

<sup>4</sup> حسين أوكال، المرجع السابق، ص 150 و 151.

تعدل 28 مليون أورو ، حيث ساهمت الشركة في احتواء بعض النقائص التي كان يعاني منها مرفق المياه في الولاية ، إلا أنها لم تتمكن من تحقيق الأهداف المسطرة نظرا لعدة صعوبات.

خاتمة :

صفوة القول من كل ما سبق ، أن تفويض الخدمة العمومية للمياه أسلوب جديد أقره قانون المياه الصادر سنة 2005 ، انتهجته السلطات العمومية بغية إشراك القطاع الخاص الوطني والأجنبي للتكفل بالمرفق العام للمياه ، والمعمول به حاليا في بعض المدن الكبرى للوطن (الجزائر العاصمة ، وهران ، قسنطينة ، عنابة ، الطارف ، تيبازة)، في انتظار توسيع هذه التجربة لتشمل مدن أخرى بعد القيام بتقييم شامل للنتائج المحققة في ظل التجارب الأولى.

حتى وإن كان انتهاج أسلوب التسيير المفوض لمرفق المياه يعتبر إجراء صائبا ، باعتباره يسمح بإسهام المبادرة الخاصة التي يمكن أن تحقق نجاعة وفعالية للمرفق ، إلا أنه لا بد من ربط عملية استغلاله وتسييره بأداة ضبط فعالة تسهر على ضمان احترام الهيئات المسيرة لمبادئ المرفق ، وهو ما قام به المشرع بإنشاء سلطة لضبط الخدمات العمومية للمياه في قانون المياه 12/05.

## النظام القانوني لمكافئة المؤلف في قانون الملكية الأدبية والفنية



إعداد : يحيى باي خديجة، حاصلة على شهادة الماجستير  
تخصص قانون الأعمال المقارن وتحضر أطروحة الدكتوراه  
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران - الجزائر

مقدمة :

يلعب الإنتاج الذهني للمؤلف، دورا فعالا في توفير حياة أفضل للبشر، لذا يتوجب الإهتمام به وحمايته عن طريق وضع آلية قانونية تسمح بإستغلاله، وتحافظ على حقوق المؤلف المعنوية والمالية<sup>1</sup>. وعلى هذا الأساس، أقر المشرع الجزائري بموجب أسمى قانون للدولة، بأن حرية الإبتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن. حقوق المؤلف يحميها القانون<sup>2</sup>. وقد حرص على تكريس هذا المبدأ الدستوري في نصوص خاصة بحماية الملكية الأدبية والفنية<sup>3</sup> لاسيما الأمر رقم 05-2003 المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة المؤرخ في 19 جويلية 2003<sup>4</sup>. لهذا الغرض إعتبر المشرع للمؤلف بالحق في تقرير نشر مصنفة وفي إختيار طريقة نشره<sup>5</sup>، ثم الحق في إستغلاله ماديا سواء بنفسه<sup>6</sup>، وهو الأصل العام، وإستثناءا، بسبب صعوبات مادية محضة يعهد للغير عملية إستغلاله. ويتحمل هذا الأخير نفقات العملية، مقابل مبلغ مالي (المكافئة) يتفقان عليه مسبقا بموجب عقد التنازل<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - السعيد رشدي، عقد النشر، الدراسة التحليلية والتأصيلية لطبيعة العلاقات بين المؤلف والناشر وكيفية حماية حقوق الملكية الفكرية على الشبكة المعلوماتية الأولية "الأنترنت"، دار النشر منشأة المعارف، مصر، 2008، ص. 5.

<sup>2</sup> - المادة 38 الفقرتين الأولى والثانية من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر. 8 ديسمبر 1996، عدد 76. ص. 6.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر. 12 مارس 1997، عدد 13، ص. 3، والأمر رقم 73-14 المؤرخ في 03 أبريل 1973 المتعلق بحق المؤلف، ج.ر. 10 أبريل 1973، عدد 29، ص. 434.

<sup>4</sup> - ج.ر. 23 يوليو 2003، عدد 44، ص. 3.

<sup>5</sup> - المادة 22 من الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

<sup>6</sup> - المادة 27 من الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

<sup>7</sup> - المادة 61 الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

وبالتالي تعد المكافئة من أهم أهداف المؤلف التي تدفعه إلى إبرام عقود تتعلق بإستغلال إنتاجه الذهني. ولما كان المؤلف طرفا ضعيفا في مواجهة المستغلين الأولين لمصنعه، يحرص المشرع الجزائري مسائرا في ذلك مسار معظم تشريعات الدول لا سيما التشريع الفرنسي<sup>1</sup> على حماية حقوق المؤلف عندما يتحتم عليه إبرام عقود تتعلق بإستغلال ما أبدعه، وتتجلى هذه الحماية في تعويض المؤلف أي بالإقرار له حق الحصول على مكافئة نتيجة تنازله عن حق إستغلال مصنعه للغير، الأمر الذي يحقق نوعا من التوازن في الوضع التعاقدى بين المؤلف المتنازل والمتنازل له<sup>2</sup>.

لقد تضمن قانون حق المؤلف الجزائري على غرار تقنين الملكية الفكرية الفرنسي قاعدة أساسية مفادها أن للمؤلف الحق في الحصول على مكافئة نتيجة التنازل عن حق إستغلال مصنعه ماديا<sup>3</sup>.

وتم التأكيد على هذه القاعدة في نصوص قانونية عديدة، منها ما تم النص عليه في القواعد المتعلقة بجميع عقود إستغلال الحق المادي للمؤلف بوجه عام<sup>4</sup>، ومنها ما تضمنته أحكام خاصة بالتنظيم الدقيق لأهم العقود النموذجية على وجه الخصوص عقد النشر<sup>5</sup>. وتتسم هذه النصوص بكونها نصوصا تشريعية أمرة، تتنافى في أغلب الأحيان والمبدأ الراسخ الخاص بسلطان الإرادة، حيث لا تسمح للأطراف المتعاقدة الإتفاق على مخالفتها إلا في حدود ضيقة، والسبب في ذلك هو كما سبق التطرق إليه، حماية حقوق المؤلف الذي يعد طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية.

يثير موضوع النظام القانوني لمكافئة المؤلف عدة تساؤلات تتعلق بطريقة إحتساب المكافئة ومدى إمكانية مراجعتها وكذا الضمانات الممنوحة للمؤلف لإستفائها من مدينه المتنازل له، إضافة إلى معرفة ما إذا كان لدائني المؤلف إمكانية الحجز عليها.

#### أ : تحديد طريقة إحتساب المكافئة :

إذا كان المقابل المالي في معظم عقود المعاوضة المنصوص عليها في القانون المدني تعود مسألة تحديده كقاعدة عامة وكذا طريقة إحتسابه إلى الأطراف المتعاقدة<sup>6</sup>، إلا أن مسألة تحديد المكافئة وطريقة إحتسابها تعد على النقيض من ذلك في عقود حق المؤلف، إذ ليس للمتعاقدين أية حرية في ذلك، لأن المبدأ السائد في عقود الإستغلال المادي

<sup>1</sup> -Loi n° 92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992 portant Code de la propriété intellectuelle, J.O.R.F du 3 juillet 1992, p. 8801.

<sup>2</sup> - C. Colombet , *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd. 1999. , n°290, pp. 237et 238 .

<sup>3</sup> - المادة 61 وما بعدها من الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

<sup>4</sup> - المواد 62، 65، 66 من الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

<sup>5</sup> - المواد 84، 95، ف. أولى، 96 من الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

<sup>6</sup> المادة 467 المعدلة (المعدلة بناء على القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر. 13 ماي 2007، عدد. 31، ص. 3) ق. م. ج: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

المادة 559 ق.م.ج: "تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا إقتضى العرف أو الإتفاق خلاف ذلك".

المادة 356 ف. أولى ق.م.ج: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

للمصنف، بما في ذلك عقد النشر، هو تطبيق نظام المكافأة التناسبية، وإستثناء على هذا المبدأ يطبق نظام المكافأة الجزافية<sup>1</sup>.

## 1- مبدأ المكافأة المحسوبة بطريقة تناسبية :

لقد نص المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي على أن المكافأة التي يستحقها المؤلف نتيجة تنازله عن حق الإستغلال المادي لمصنفه تحتسب كقاعدة عامة تناسبيا مع إيرادات الإستغلال، مع ضمان حد أدنى<sup>2</sup>. ويرى جانب من الفقه في هذا الصدد أن هذه الطريقة تهدف إلى إشراك المؤلف في العائد الناتج من إستغلال المصنف<sup>3</sup>، كما يرى تيار آخر أن إحتساب المكافأة بهذه الطريقة تسمح بتجنب كل تنازل من المؤلف عن حقوقه مقابل مبلغ ضئيل والذي قد يحقق في الأخير للمتنازل له أرباحا طائلة<sup>4</sup>. وهكذا أراد المشرع من هذه الأحكام المشاركة الفعالة للمؤلف في الرواج الفعلي لمصنفه<sup>5</sup>، وتطبق المكافأة التناسبية على أي تنازل عن حق النشر، حق الأداء، وحق الترجمة وحق الإقتباس<sup>6</sup>.

أما بالنسبة لأساس المكافأة التناسبية، فإستثناء عقد النشر الذي تكفل المشرع الجزائري بتحديد اساس المكافأة التناسبية فيه، إذ لزم الأطراف المتعاقدة التقييد به، إلا أنه أعطى لهم الحرية المطلقة في تحديد اساس المكافأة التناسبية في باقي عقود حق المؤلف بشرط أن يتفقوا، على حد أدنى<sup>7</sup>. و يبدو أن المشرع الجزائري قد ساير مسار نظيره الفرنسي في هذه المسألة الذي لم يضع أي مؤشر أو نسبة عليا أو دنيا للمكافأة التي تحدد بهذه الطريقة<sup>8</sup>، غير أن

<sup>1</sup> M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009., n°672, p.468 : «Les parties ne sont pas cependant entièrement libres de sa fixation. Et l'on s'écarte ici du droit commun. Elles ne sont pas libres des modalités de fixation car le mécanisme bien connu de la rémunération proportionnelle est, sinon imposé, du moins fortement privilégié par le législateur. Elles ne sont pas pleinement libres non plus de la fixation de sa quotité car le droit d'auteur est un des domaines où est présente l'idée, sinon de juste prix, du moins de prix point trop injuste».

A. Bencheneb, *Les contrats et le droit d'auteur en Algérie*, Rev. alg. n° 3, 1983, p.209: « En contrepartie de la "cession", deux types de rémunération sont concevables : l'une proportionnelle aux recettes, l'autre forfaitaire. Cette dernière n'est conçue que dans trois cas, ce qui signifie assez son caractère exceptionnel par rapport à la rémunération proportionnelle ».

<sup>2</sup> المادة 65 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003: "يشمل التنازل عن الحقوق المادية بمقابل مكافأة مستحقة للمؤلف تحسب أصلا تناسبيا مع إيرادات الإستغلال مع ضمان حد أدنى".

Art. L. 131-4 al 1 C. fr. propr. intell: «La cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation ».

<sup>3</sup> X. Linant de Bellefonds, *Droit d'auteur et droit voisin, propriété littéraire et artistique*, Delmas, 1997, p. 163.

<sup>4</sup> A. Françon, , *La propriété littéraire et artistique*, Puf, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, p. 82: «On veut éviter que l'auteur cède pour une somme dérisoire des droits d'exploitation qui procurent finalement aux cessionnaires des gains substantiels».

<sup>5</sup> F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 978, p.595: « Le législateur a voulu, par des dispositions légales, s'assurer que l'auteur participe d'aussi près que possible au succès effectif de son œuvre ».

<sup>6</sup> X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 164 : « la rémunération proportionnelle concerne toutes cessions du droit de reproduction ou du droit de représentation, mais aussi les droits de traduction et d'adaptation ».

<sup>7</sup> المادة 65 من الأمر رقم 05-2003، السالف الذكر.

<sup>8</sup> X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p.164: « Le Code de la propriété intellectuelle ne fixe pas le taux ou le pourcentage de la rémunération de l'auteur. Par conséquent, les parties au contrat sont libres de le déterminer » .

F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°980, p. 596 : « En revanche, les parties sont libres en ce qui concerne la fixation du taux de la rémunération propositionnelle. La législation n'impose aucun taux minimal ou même indicatif, ce qui serait irréaliste».



أن الواقع العملي في فرنسا يعرف نسب متغيرة تحدد بالنظر إلى نوعية المصنفات، وطرق الإستعمال وأطراف العقد<sup>1</sup>.

وفيما يخص عقد اساس المكافئة في عقد النشر فلقد وضع المشرع الجزائري الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه ويتمثل في نسبة 10 % من سعر بيع مصنف للجمهور. هذا فضلا عن كل علاوة محتملة تمنح لمصنف لم ينشر بعد<sup>2</sup> هذا من جهة، ومن جهة أخرى وضع حد أقصى لا يجوز تجاوزه في بعض المصنفات المستعملة في حاجيات التعليم والتكوين التي تحدد ب 5% على الأكثر من سعر بيع نسخ المصنف<sup>3</sup>.

وتجدر الملاحظة أن قانون حق المؤلف الجزائري، على غرار تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، لم ينص على الجزاء المترتب عن عدم احترام أساس المكافئة التناسبية، وإن كان الجزاء يبدو واضحا في القانون الجزائري بالنسبة لمسألة الإخلال بالأساس القانوني للمكافئة في عقد النشر، إذ أن الأحكام القانونية في هذا المجال تعد من النظام العام، فكل اتفاق يقضي بغير ما تم النص عليه يؤدي إلى بطلان العقد. بيد أن المسألة تتعدّد نوعا ما بالنسبة للجزاء المترتب عن الإخلال بأساس المكافئة في عقود حق المؤلف، بوجه عام والأساس الإتفاقي المسموح به في عقد النشر خاصة. على اعتبار أن المشرع الجزائري وضع حد أدنى يمكن الإتفاق على تجاوزه<sup>4</sup>، وحد أقصى يمكن الإتفاق على النزول عنه<sup>5</sup>.

وقياسا على التشريع والقضاء الفرنسيين، إذ أعطى المشرع الفرنسي كما سبق التطرق إليه للأطراف الحرية المطلقة في تحديد أساس المكافئة التناسبية، هكذا قضت محكمة النقض الفرنسية في حالة الإخلال بأساس المكافئة التناسبية المتفق عليها، حيث حكمت تارة بفسخ العقد<sup>6</sup>، كما حكمت تارة أخرى على المتنازل له بدفع تعويضات للمؤلف نتيجة الإخلال بهذا الأساس<sup>7</sup>. وتجدر الملاحظة أيضا أن المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي لم يحدد الجزاء المترتب عن عدم احترام مبدأ تحديد المكافئة بطريقة تناسبية، ولقد اعتبر في القانون الفرنسي أن الإخلال بهذا المبدأ يؤدي إلى بطلان المكافئة المحسوبة بطريقة جزافية. ولما كان النص على هذه القاعدة يهدف إلى حماية حقوق ومصالح المؤلف، فهو بطلان نسبي لذا يحق للمؤلف وحده أو لورثته المطالبة بإبطال العقد للمحافظة على حقوقه

<sup>1</sup>F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°980, p. 596: « la pratique connaît des taux de « royalties » extrêmement variés, selon les types d'œuvres, les modes d'exploitation et les parties au contrat ».

<sup>2</sup> المادة 95 ف. 2 من الأمر رقم 05-2003: "وإذا كانت المكافئة محسوبة بالتناسب مع الإيرادات، فينبغي ألا تقل عن نسبة عشرة في المائة (10 %) من سعر بيع نسخ المصنف للجمهور وهذا فضلا عن أية علاوة محتملة تمنح لمصنفا لم يسبق نشره".

<sup>3</sup> المادة 95 من الأمر رقم 05-2003: "غير انه يمكن مؤلف أي دعامة بيداغوجية مستعملة لحاجات التعليم والتكوين الحصول على مكافئة لا تفوق نسبة خمسة في المائة (5%) من سعر بيع المصنف للجمهور".

<sup>4</sup> المادة 95 ف. 2 من الأمر رقم 05-2003.

<sup>5</sup> المادة 95 ف. 3 من الأمر رقم 05-2003.

<sup>6</sup> Civ., 7 juin 1995, D. 1995, p. 494 : « La résiliation du contrat a pour effet comme la résolution, d'anéantir le contrat et remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement sous la seule réserve de l'impossibilité pratique ; que la cour d'appel a pu déduire de la résiliation des contrats qu'elle prononçait l'obligation pour l'éditeur de mettre un terme aux contrats d'exploitation de l'œuvre consentis à des tiers ».

<sup>7</sup> Civ., 9 janvier 1996, D.A., 1996, p.185 : « la violation par la société M. du principe légal de rémunération de l'auteur ne pouvait être sanctionnée que par l'attribution de dommages-intérêts ».

المالية، أما المتنازل له فلم يخول له القانون هذه الإمكانية<sup>1</sup>. ويرى جانب من الفقه كذلك في هذا الصدد، أنه في حالة وجود شرط في العقد يقضي بتطبيق المكافأة الجزافية عوض التناسبية، فهنا يجب التمييز بين حالتين: إذا كانت إرادة الأطراف محددة وتتجه إلى تطبيق هذه الطريقة، فإن هذا العقد يعد باطلاً بأكمله، أما إذا لم تتجه إرادة أحدهما إلى هذه الطريقة فالشرط يعد باطلاً أما العقد فهو صحيح<sup>2</sup>. وقد أعتبر أنه لا يوجد مانع من الجمع بين الأساسين بمعنى إضافة طريقة احتساب المكافأة الجزافية إلى طريقة احتسابها تناسبياً إلا أن الاتفاق على إقصاء هذه الأخيرة يعد باطلاً<sup>3</sup>. ويلاحظ أن إمكانية الجمع بين الأساسين، أي "مكافأة تناسبية ومكافأة جزافية"، أخذ بها المشرع المصري صراحة في تقنين الملكية الفكرية هذا على خلاف المشرع الجزائري وكذا الفرنسي<sup>4</sup>. إن المرجع في احتساب أساس المكافأة التناسبية هو سعر بيع المصنف للجمهور بدون رسوم بمعنى أن النسبة تحتسب بالنظر إلى العائد الخام<sup>5</sup>، إذ أن احتسابها بالنظر إلى العائد الصافي دون الخام يؤدي إلى إشراك المؤلف في المخاطر الناجمة عن سوء تسيير المؤسسة التي تستغل المصنف<sup>6</sup>.

وفي الأخير لا بد من الإشارة إلى أن المكافأة التناسبية غير قابلة للمراجعة إلا باتفاق مشترك بين المؤلف والمتنازل له أو في حالة وجود شرط في العقد يقضي بذلك، فإن قبل المؤلف نسبة غير عادلة ليس له حق المطالبة بمراجعتها أمام القضاء وإن لقي مصنفه رواجاً وحقق أرباحاً كبيرة لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد. غير أن المؤلف يستطيع طلب إبطال العقد للتدليس، وإذا كانت نسبة المكافأة ضئيلة جداً له أيضاً الحق في أن يطلب بطلان العقد على أساس الثمن البخس أو غير حقيقي<sup>7</sup>.

## 2- المكافأة المحسوبة بطريقة جزافية كاستثناء :

إذا كان احتساب المكافأة بطريقة تناسبية يعد الأصل العام، إلا أن المشرع الجزائري، وعلى غرار نظيره الفرنسي أورد استثناء على هذا المبدأ يميز من خلاله احتساب المكافأة بطريقة جزافية في حالات خاصة. لكنه وعلى خلاف المشرع الجزائري الذي اكتفى بوضع نص عام يسري على جميع عقود استغلال الحق المادي للمؤلف بما فيها

<sup>1</sup> C. Colombet, *op. cit.*, n°305, p. 247 : « La règle de l'article L. 131-4 est une règle de protection de l'auteur : la sanction de sa violation sera donc la nullité relative; l'auteur ou ses ayants droit, mais non l'exploitant, pourront agir en nullité du forfait illicite pendant une durée de cinq ans et cette nullité pourra se confirmer mais à partir du versement du forfait...».

<sup>2</sup> M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°676, p.472 : « Pour répondre, il convient très classiquement de distinguer deux hypothèses. Soit la clause était substantielle et déterminante de la volonté des parties, soit elle ne l'était pas. Dans le premier cas, le contrat doit tomber dans son ensemble. Dans le second, la nullité n'affectera que la clause ».

<sup>3</sup> X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p.163 : « Il est possible de prévoir un forfait cumulé à une rémunération proportionnelle, mais, et la solution est évidente, un forfait en lieu et place d'une rémunération proportionnelle entraîne la nullité du contrat ».

<sup>4</sup> المادة 150 من تقنين الملكية الفكرية المصري: للمؤلف ان يتقاضى المقابل النقدي او العيني الذي يراه عادلا نظير نقل حق او اكثر من حقوق الاستغلال المادي لمصنفه الى الغير، على اساس مشاركة نسبية في الايراد الناتج من الاستغلال، كما يجوز له التعاقد على اساس مبلغ جزافي او بالجمع بين اساسين " .

<sup>5</sup> F. Pollaud-Dullian, *op. cit.*, n° 882, p. 597 : « Traditionnellement le pourcentage des « royalties » est calculé sur le prix de vente des exemplaires au public, hors taxe, c'est-à-dire sur les recettes brutes ».

<sup>6</sup> A. Bencheneb, *op. cit.*, p. 210: « Admettre que l'assiette de la rémunération est la recette nette reviendrait incontestablement à obérer les revenus de l'auteur. Mais, en soi, cet argument n'est pas décisif. Cela reviendrait surtout à associer l'auteur aux risques d'une mauvaise gestion de l'entreprise qui exploite l'œuvre ».

<sup>7</sup> F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n° 986, p. 598: « l'auteur qui a accepté un taux de rémunération déséquilibré ne peut pas demander sa révision en justice, ni la rescision du contrat pour lésion ou imprévision. Mais il peut, le cas échéant, invoquer l'existence d'un vice du consentement (par exemple, le dol) pour obtenir l'annulation du contrat; il peut aussi, lorsque le taux est très faible, demander la nullité (absolue) du contrat en se fondant sur le caractère dérisoire et pas sérieux du prix ».

عقد النشر<sup>1</sup>، فإن المشرع الفرنسي وضع إلى جانب النص العام<sup>2</sup>، نص خاص بعقد النشر يتضمن حالات تطبيق المكافأة الجزافية<sup>3</sup>. هكذا يجوز احتساب المكافأة بطريقة جزافية بالاتفاق بين المؤلف والمتنازل له إذا كان احتسابها بطريقة تناسبية صعبا أو مستحيلا<sup>4</sup>. ومن ثم ففي حالة ما إذا لم تسمح ظروف استغلال المصنف بالتحديد الدقيق للمكافأة التناسبية للواردات أو عندما يكون المصنف رافدا من روافد مصنف أوسع نطاق مثل الموسوعات، والمختارات، والمعاجم<sup>5</sup>، مثال ذلك كأن يكون عرض المصنف للجماهير غير خاضع لدفع أي ثمن، فالمتنازل له سيثبت هذا المصنف مجانا، أو إذا كان المصنف مستعملا فقط بالنسبة للموضات الإشهارية ففي الحالتين لا يوجد عائد ناتج مباشرة عن استغلال هذا المصنف<sup>6</sup>. إلا انه قد لا يوجد مانع من تحديد أساس المقابل النسبي، بيد أن المشرع الفرنسي الفرنسي على خلاف نظيره الجزائري أجاز صراحة أن تحتسب المكافأة بطريقة جزافية في حالة إنعدام وسائل الرقابة على عائدات إستغلال المصنف<sup>7</sup> أو في حالة ما إذا كانت تكاليف الرقابة أو تحديد أساس المكافأة التناسبية باهظين بالمقارنة مع نتائج المبالغ المتوقعة<sup>8</sup>، ومثال كأن يكون حساب أساس المكافأة التناسبية ممكنا، غير أن أساليب رقابته يكون مستحيلا كالحزائن الموسيقية، لأن أساس المحاسبة يحدد بعدد القطع النقدية التي تدخل في تشغيل الديسك، إلا أن عدد المستمعين لهذا الديسك يبقى مجهولا<sup>9</sup>.

كما أجاز المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي، أن تحتسب المكافأة جزافيا عندما يكون المصنف عنصرا ثانويا بالنسبة لمصنف أوسع نطاق مثل المقدمات والديباجات، والتعاريف أو التعقيبات أو الرسوم أو الصور التوضيحية<sup>10</sup>. وتحتسب أيضا المكافأة بهذه الطريقة بالنسبة للمصنفات التي تنشأ لكي تنشر في جريدة أو دورية في

<sup>1</sup> المادة 65 من الأمر رقم 2003-05: «غير أن المكافأة المستحقة للمؤلف تحسب جزافيا في الحالات الآتية...».

<sup>2</sup> Art. L 131-4 C. fr. propr. intell: «La cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation.

Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

<sup>1°</sup> La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

<sup>2°</sup> Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ;

<sup>3°</sup> Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre;

<sup>4°</sup> La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la remuneration proportionnelle, soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la creation intellectuelle de l'oeuvre, soit que l'utilisation de l'oeuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ;

<sup>5°</sup> En cas de cession des droits portant sur un logiciel ;

<sup>6°</sup> Dans les autres cas prévus au présent code.

Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties».

<sup>3</sup> Art. L. 132-6.C. fr. propr. intell.

<sup>4</sup> C. Colombet, *op. cit.*, n° 308, p. 247: «C'est tout d'abord, dès la conclusion du contrat, qu'il est possible de recourir conventionnellement au forfait. Il en est ainsi dans six cas, à propos desquels on peut dire que la rémunération proportionnelle serait difficile ou même impossible à mettre en œuvre ».

<sup>5</sup> المادة 65 ف. 2 من الأمر رقم 2003-05، وبالنسبة للتشريع الفرنسي:

Art. L. 131-4 C. fr. propr. intell.

<sup>6</sup> A. Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 1994, p. 84 : «Or il peut arriver que la communication de l'œuvre au public ne soit pas subordonnée au paiement d'un prix. Le cessionnaire, par exemple, n'a en vue qu'une diffusion gratuite, ou plus généralement il n'entend utiliser l'œuvre qu'à des fins publicitaires. Par hypothèse, il n'existe pas de recettes provenant directement de l'exploitation de l'œuvre ».

<sup>7</sup> Art. L. 131-4 al. 2 C. fr. propr. intell.

<sup>8</sup> Art. L. 131-4 al. 3 C.fr. propr. intell.

<sup>9</sup> C. Colombet, *op. cit.*, n° 308, p. 248: «La base de calcul existe mais les moyens de contrôler n'existent pas : l'exemple des juke-box peut être ici cité : la base de calcul pourrait être déterminée par le nombre de pièces de monnaie introduites, mais on ignore le nombre d'auditeurs de chaque disque».

<sup>10</sup> المادة 65 ف. 2 من الأمر رقم 2003-05، وبالنسبة للتشريع الفرنسي:

Art. L. 131-4 al. 4 .C. fr. propr. intell.

إطار عقد عمل أو عقد مقاول<sup>1</sup>. ويجوز أيضا أن تحتسب المكافأة بطريقة جزافية في حالة تنازل مالك الحقوق مقيم خارج الوطن عن حقوقه، أو على صلة بمستغلين لمصنفات في الخارج<sup>2</sup>.

كما تضمنت أحكام تقنين الملكية الفكرية الفرنسي حالات أخرى يجيز فيها أيضا على حساب المكافأة بطريقة جزافية والتي لا يوجد لها مقابلا في قانون حق المؤلف الجزائري. وهكذا أجاز المشرع الفرنسي في حالة تنازل على برامج الحاسب الآلي أن تحتسب المكافأة جزافيا<sup>3</sup>، كما يمكن احتساب المكافأة بهذه الطريقة في بعض حالات النشر المكتبي عندما تقدم المكتبة أو دار للنشر على نشر مصنف مؤلف بالنسبة للطبعة الأولى بشرط الحصول على الموافقة الصريحة والمكتوبة من المؤلف<sup>4</sup>.

وأجاز المشرع الفرنسي، على خلاف نظيره الجزائري أن يحل تطبيق المكافأة الجزافية محل تطبيق المكافأة التناسبية لمدة زمنية محددة أثناء سريان تنفيذ العقد بالاتفاق بين المتنازل له والمؤلف بناء على طلب هذا الأخير<sup>5</sup>.

وإذا كان الإخلال بمبدأ المكافأة التناسبية يؤدي إلى البطالان النسبي للعقد كما سبق التطرق إليه، إلا أن الأمر يعد على النقيض من ذلك بالنسبة للإخلال بتطبيق المكافأة الجزافية، حيث يجوز للمؤلف والمتنازل له أن يتفقا على أن يحل تطبيق المكافأة التناسبية محل المكافأة الجزافية المسموح بها في النص القانوني<sup>6</sup>.

## II : مراجعة المكافأة الجزافية والضمانات الممنوحة للمؤلف لإستفاء المكافأة :

سيتم التطرق في البداية إلى مراجعة المكافأة المحسوبة بطريقة جزافية ثم التطرق بعد ذلك إلى الضمانات الممنوحة للمؤلف لإستفاء المكافأة الواجب أداءها له.

### 1- مراجعة المكافأة الجزافية :

إذا كان المبدأ العام انه لا يجوز تعديل الاتفاق المحدد في أي عقد على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين<sup>7</sup>، إلا انه قد يحدث في بعض الحالات أن يكون هناك سوء تقدير المكافأة المحسوبة بالطريقة الجزافية المسموح بها، سواء

<sup>1</sup> المادة 65 ف.2 من الأمر رقم 05-2003.

Art. L. 132-6 al. 3 C. fr. propr. intell : « En ce qui concerne les œuvres de l'esprit publiées dans les journaux et recueils périodiques de tout ordre et par les agences de presse, la rémunération de l'auteur, lié à l'entreprise d'information par un contrat de louage d'ouvrage ou de services, peut également être fixée forfaitairement ».

<sup>2</sup> المادة 65 ف.3 من الأمر رقم 05-2003.

Art. L. 132-6 al. 2 C. fr. propr. intell: « Peuvent également faire l'objet d'une rémunération forfaitaire les cessions de droits à ou par une personne ou une entreprise établie à l'étranger ».

<sup>3</sup> Art. L.131-4 al. 5 C. fr. propr. intell: « En cas de cession des droits portant sur un logiciel » .

<sup>4</sup> Art. L. 132-6 al. 1.C. fr. propr. intell: « En ce qui concerne l'édition de librairie, la rémunération de l'auteur peut faire l'objet d'une rémunération forfaitaire pour la première édition, avec l'accord formellement exprimé de l'auteur, dans les cas suivants ... ».

<sup>5</sup> Art. L. 131-4 al. 3 C. fr. propr. intell.

<sup>6</sup> X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p. 166 : «L'article L. 131-4 du CPI permet de recourir au forfait dans différentes hypothèses dès le début du contrat. Ces dispositions ne sont pas d'ordre public et il est toujours possible de les écarter pour appliquer une rémunération proportionnelle ».

<sup>7</sup> المادة 106 ق.م.ج: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لأسباب التي يقرها القانون".

من حيث تحديد المبلغ وقت إبرام العقد أو لظروف قد تحدث بعد ذلك تجعل المؤلف يقع في الغبن<sup>1</sup>. وتجنباً لكل تعسف قد ينتج عن تحديد المكافأة بهذه الطريقة فتح القانون المجال للمتنازل "المؤلف" رفع دعوى المراجعة بسبب الغبن ضد المتنازل له<sup>2</sup>. لذا، فإن قانون حق المؤلف الجزائري، على غرار تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، أجاز للمؤلف طلب إعادة النظر في المكافأة المتفق عليها في عقد التنازل، كما نص على أن للمؤلف الحق في المطالبة بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه وفي حالة عدم وجود اتفاق بين المتنازل له والمؤلف على هذه المراجعة يجوز لهذا الأخير رفع دعوى قضائية، إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية التي تحصل عليها تقل عن المكافأة العادلة قياساً بالربح الذي حققه المتنازل له وكل اتفاق يخالف ذلك يعد باطلاً<sup>3</sup>. أما المشرع الفرنسي، فقد نص على أنه في حالة التنازل عن حق الاستغلال المالي للمصنف، فإنه إذا أصيب المؤلف بغبن يزيد على سبعة على اثني عشر راجعاً إلى استغلال أو إلى توقع غير دقيق لعائدات المصنف، فإن المؤلف يستطيع أن يطلب إعادة النظر في المكافأة المتفق عليها في العقد ولا يجوز قبول هذا الطلب إلا إذا كانت المكافأة محددة بطريقة جزافية. ويتم تقدير الغبن على أساس الأخذ بعين الاعتبار مجمل عائدات الاستغلال التي حققها المتنازل له<sup>4</sup>.

إن الحق في رفع هذه الدعوى بمراجعة المكافأة لا يقتصر على المؤلف فقط، بل يؤول لورثته الحق أيضاً في رفعها<sup>5</sup>، ولن تكون دعوى مراجعة المكافأة بسبب الغبن مقبولة إلا بالنسبة لعقود استغلال الحق المادي للمؤلف، عندما يتم تحديد المكافأة بطريقة جزافية في كل الحالات المنصوص عليها، لذا لا يصح مراجعة المكافأة المحسوبة بطريقة تناسبية<sup>6</sup>، كما يشترط أن تكون المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن المكافأة العادلة قياساً بالربح المكتسب<sup>7</sup>، هكذا يتوجب على المؤلف أن يثبت عدم التعادل بين المكافأة المتفق عليها والفائدة المتولدة عن استغلال المصنف<sup>8</sup>.

أما المشرع الفرنسي، فقد أجاز مراجعة العقد في حالتين إما بسبب الغبن أو لتوقع غير دقيق لعائدات المصنف<sup>9</sup>، ويكمن الفرق بين الحالتين في كون أن تقدير الغبن من طرف القاضي يتعلق بالفائدة المتحصلة عليها وقت وقت إبرام العقد وقبل استغلال المصنف. إلا أنه في الحالة الثانية، فإن مراجعة العقد لا تكون بسبب سوء تقدير المكافأة وقت إبرام العقد، وإنما راجع لظروف قد تحدث بعد استغلال المصنف<sup>10</sup>. وعلى خلاف المشرع الجزائري

<sup>1</sup> F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°992, p. 600 : «Dans les hypothèses où un forfait licite a été convenu, il se peut que les parties aient mal calculé son montant ou que des circonstances nouvelles surviennent, de telle sorte que la rémunération de l'auteur se révèle lésionnaire ».

<sup>2</sup> A. Lucas, *op. cit.*, p.85 : «Pour éviter les abus auxquels pourrait donner lieu le recours au forfait, l'article L. 131-5 ouvre au cédant une action en révision ».

<sup>3</sup> المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003: «يحق للمؤلف أن يطالب بمراجعة العقد في حالة غبن يضيع حقه. وان لم يحصل اتفاق يحق له رفع دعوى قضائية إذا تبين بوضوح أن المكافأة الجزافية المحصل عليها تقل عن مكافأة عادلة قياساً بالربح المكتسب. ويعد باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك».

<sup>4</sup> Art. L. 131-5 C. fr. propr. intell.: « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'oeuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat. Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'oeuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire. La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé ».

<sup>5</sup> C. Colombet, *op. cit.*, n°313, p. 252: «Quant aux personnes qui peuvent agir en révision du forfait, il y s'agit non seulement de l'auteur mais de ses ayants cause entre vifs ou pour cause de mort ».

<sup>6</sup> F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°993, p.601 : «La révision ne joue que pour les contrats d'exploitation du droit d'auteur et seulement pour les cas où un forfait a été stipulé mais elle doit jouer pour tous les cas de forfait...elle ne peut pas être demandée en cas de rémunération proportionnelle».

<sup>7</sup> المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

<sup>8</sup> A. Bencheneb, *op. cit.*, p.213 : «Il suffit objectivement à l'auteur de prouver un déséquilibre entre la rémunération consentie et le profit né de l'exploitation de l'oeuvre».

<sup>9</sup> Art. L. 132-4 al 3.C. fr. propr. intell.

<sup>10</sup> X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p.168.

الذي اكتفى بالنص على أن مراجعة العقد بسبب الغبن عندما تكون المكافأة الجزافية المتحصل عليها أقل من المكافأة العادلة دون تحديد دقيق للنسبة، فإن المشرع الفرنسي قد حدد هذه النسبة بسبعة على اثني عشر<sup>1</sup>.

ويتم تقديم طلب المراجعة في البداية إلى المتنازل له وفي حالة عدم وجود اتفاق بين المؤلف والمتنازل له يتم رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة<sup>2</sup>. ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنه في حالة رواج المصنف المتعلق بأول نشر، أن تتم مراجعة المكافأة باتفاق بين أطراف العلاقة التعاقدية "مراجعة اتفاقية" دون اللجوء إلى القضاء<sup>3</sup>. أما بالنسبة لسريان مدة تقادم دعوى الغبن، فتسري بمضي خمسة عشر (15) سنة تحتسب من تاريخ إبرام العقد إذا كان رافع الدعوى هو المؤلف<sup>4</sup>، ومن تاريخ وفاته إذا تم رفعها من طرف ورثة المؤلف<sup>5</sup>.

أما الجزء المترتب عن رفع دعوى المراجعة بسبب الغبن، فإنه على خلاف دعوى الإستغلال المتعلقة بالمنقولات المنصوص عليها في القانون المدني<sup>6</sup>، فإن هذا النوع من الدعاوى في قانون حق المؤلف لا يرمي إلى إبطال العقد بل إلى تعديل شروطه المالية فقط<sup>7</sup>.

## 2- الضمانات الممنوحة للمؤلف لاستثناء المكافأة :

إن المشرع الجزائري، على غرار نظيره الفرنسي، أراد أن يضمن للمؤلفين استحقاق المكافأة الواجب أدائها لهم من طرف المتعاقد معهم، لذا فالمبدع لا يعد مجرد دائن عادي بل دائن ممتاز حسب مضمون النص القانوني<sup>8</sup>. هكذا نص قانون حق المؤلف على أن الأتاوى المستحقة للمؤلف الخاصة بالسنتين الأخيرتين من استغلال مصنفه، تشكل ديونا ممتازة شأنها في ذلك شأن الأجور<sup>9</sup>. كما تضمن تقنين الملكية الفكرية الفرنسي حكما مشابها مفاده أن المؤلف يتمتع بحق الإمتياز بالنسبة لمستحققاته المالية عن السنوات الثلاث (3) الأخيرة الناتجة عن تنازله عن حقوق

<sup>1</sup> Art. L. 131-5 al. 1 C. fr. propr. intell.

<sup>2</sup> المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

<sup>3</sup> H. Desbois, *Propriété littéraire et artistique, Le droit d'auteur*, Dalloz, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1978, n°584, p. 693 : «Le meilleur moyen d'éviter cet aléa est, semble-t-il, d'aménager par une stipulation appropriée la révision du forfait, en fixant l'importance des tirages successifs et la durée moyenne de l'écoulement des volumes ou, plus brutalement, de prévoir une procédure de révision, amiable ou arbitrale, à des intervalles réguliers ».

<sup>4</sup> المادة 66 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003: "يمكن للمؤلف أن يباشر دعوى بسبب الغبن الذي لحق به في أمد يسري مدة خمسة عشر (15) سنة ابتداء من تاريخ التنازل".

<sup>5</sup> المادة 66 ف. 3 من الأمر رقم 05-2003: "في حالة وفاة المؤلف يمكن ورثته التمسك بأحكام هذه المادة مدة خمسة عشر (15) تسري ابتداء من تاريخ وفاة المؤلف".

<sup>6</sup> المادة 90 ف. أولى ق. م. ج. "إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيشا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

<sup>7</sup> C. Colombat, *op. cit.*, n°313, p.252: «Enfin, on observera, quant aux effets que, contrairement au droit commun de la lésion, l'action ne peut pas aboutir à une annulation du contrat, mais seulement à une modification de ses conditions».

F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°994, p. 601.

<sup>8</sup> C. Colombat, *op. cit.*, n°314, p.252: «Le législateur a voulu garantir aux auteurs le paiement des redevances dues par les cocontractants; les créateurs seront non pas créanciers ordinaires, mais créanciers privilégiés»; et M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n°685, p. 477.

<sup>9</sup> المادة 150 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

استغلال أو استعمال مصنفه<sup>1</sup>. يتعلق هذا النص القانوني بجميع عقود الاستغلال وبجميع المكافأة والأتوات الناجمة من استغلال المصنف<sup>2</sup>. ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على أن مبالغ الإذانات والتعويضات المستحقة لمالك الحقوق تعد أيضا ديونا ممتازة في حالة الاستغلال الغير مشروع للمصنف<sup>3</sup>. وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي الذي سكت عن اعتبار هذه الأخيرة تعد ديونا ممتازة. من ثم، تضاربت مواقف الفقه الفرنسي في هذا المجال، حيث يرى جانب من الفقه أنه من المنطقي إدماج التعويضات المحكوم بها لجبر الضرر عن فعل جنحة التقليد<sup>4</sup>، إلا أن هناك هناك جانب آخر يرى عكس ذلك، فحق الامتياز لا ينبغي أن يخرج عن العلاقة التعاقدية لذا لا يمكن أن يتعلق بالتعويضات المحكوم بها جراء ارتكاب جنحة التقليد<sup>5</sup>، ولقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي الأخير، إذ أقصى صراحة التعويضات من كونها ديونا ممتازة<sup>6</sup>.

إن حق الإمتياز الممنوح للمؤلف مقيد بمدة زمنية معينة، ففي التشريع الجزائري يتعلق بالمكافأة المستحقة بالسنتين الأخيرتين<sup>7</sup>. أما في التشريع الفرنسي، فهي محددة بالنسبة للسنوات الثلاث الأخيرة<sup>8</sup>، ولقد إعتبر في هذا الصدد أن مثل هذا الحكم جاء لحماية الدائنين الممتازين الآخرين وعلى وجه الخصوص العمال الأجراء. حيث أن حقوق المؤلف يمكن أن تكون مبالغ معتبرة<sup>9</sup> ويتمتع المؤلف بحق الامتياز على أموال مدينه المنقولة والعقارية بنفس المرتبة التي يوجد فيها العمال الأجراء<sup>10</sup>. بيد أنه إذا كان المشرع الفرنسي قد نص على أن المؤلف يوجد في المرتبة الرابعة لإستفاه حقوقه من منقولات المدين قياسا بالعمال<sup>11</sup>، وفي المرتبة الثانية في استفاه حقوقه من عقارات هذا الأخير<sup>12</sup>، غير أن الإشكال يثار بالنسبة للتشريع الجزائري على أساس أن العمال ويقاس عليهم المؤلفين يوجدون وفق القانون المدني في المرتبة الثالثة لإستفاه

<sup>1</sup> Art. L. 131-8 C. fr. propr. intell: « En vue du paiement des redevances et rémunérations qui leur sont dues pour les trois dernières années à l'occasion de la cession, de l'exploitation ou de l'utilisation de leurs œuvres, telles qu'elles sont définies à l'article L. 112-2 du présent Code, les auteurs, compositeurs et artistes bénéficient du privilège prévu au 4° de l'article 2331 et à l'article 2375 du Code civil ».

<sup>2</sup> X. Linant de Bellefonds, *op. cit.*, p.169:«L'article L. 131-8 du CPI concerne tous les contrats ainsi que toutes les redevances et rémunérations dues du fait de l'utilisation de l'œuvre, dettes éditoriales, redevances de disothèque...».

<sup>3</sup> المادة 150 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003:«وتعتبر كذلك مبالغ الإذانات والتعويضات المستحقة لمالك الحقوق إذا وقع استغلال غير مشروع لمصنفه أو أدائه».

<sup>4</sup> F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°998, p. 603 :«Les rémunérations dues à raison de l'exploitation devraient, en bonne logique, recouvrir aussi les dommages-intérêts dus à raison d'une contre- façon, puisque ces dommages-intérêts restituent à l'auteur la redevance dont le contrefacteur a cru pouvoir se dispenser pour exploiter l'œuvre sans autorisation ».

<sup>5</sup> H. Desbois, *op. cit.*, n°603, p. 117 :«En revanche, nous ne croyons pas que le privilège puisse être étendu aux sommes dues aux auteurs en dehors de relations contractuelles du fait d'exploitation et d'utilisations non autorisées sur le terrain délictuel ».

<sup>6</sup> Civ., 24 mars 1993, D. 1994, som. 94, obs .C.Colombet.

<sup>7</sup> المادة 150 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

<sup>8</sup> Art. L. 131-8 C.fr. propr. intell.

<sup>9</sup> C. Colombet, *op. cit.*, n° 314, p. 253:«Le privilège est limité à ce qui est dû pour les trois dernières années: cette limitation s'avérait indispensable pour la protection des autres créanciers privilégiés, notamment des salariés, les droits d'auteur dus pouvant atteindre des sommes considérables».

<sup>10</sup> المادة 150 ف. أولى من الأمر رقم 05-2003.

<sup>11</sup> Art. L. 131-8 C. fr. propr. intell, et art. 2101 C. civ. fr.

<sup>12</sup> Art. L. 131-8 C. fr. propr. intell et art. 2104 C. civ. fr.

حقوقهم بعد المصاريف القضائية وديون الخزينة<sup>1</sup>، أما قانون علاقات العمل فيضعهم في المرتبة الأولى<sup>2</sup>. بيد أن المنطق القانوني يقضي بأن يوضع المؤلف في المرتبة الأولى لإستفاء حقوقه هذا لسببين، من جهة كون أن الحكم القانوني المنصوص عليه في قانون علاقات العمل هو نص خاص وتطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام، فإن قانون علاقات العمل هو واجب التطبيق، ومن جهة أخرى إن أحكام الملكية الأدبية والفنية تهدف أساسا لتحقيق حماية فعالة وناجعة للمؤلف وهذه الأخيرة تتحقق بصورة أكبر إذا ما تم تطبيق الحكم القانوني المنصوص عليه في قانون علاقات العمل.

وفي الأخير تجدر الملاحظة أن قانون حق المؤلف الجزائي لم يتضمن في أحكامه قواعد خاصة بإجراءات الحجز على المكافأة الواجب أدائها للمؤلف إذا كان مدينا، هذا على خلاف القانون الفرنسي الذي تضمن في تقنين الملكية الفكرية قواعد خاصة تطبق على المكافأة عندما تكون محل الحجز، بحيث أعطى للقاضي سلطة الأمر بأداء أو دفع المكافأة للمؤلف إذا كانت ذات طابع غذائي بصفة متميزة ومستقلة<sup>3</sup>. كما نص على أن هذه المكافأة تكون غير قابلة للحجز عليها إذا كان لها طابع غذائي، وعدم قابلية الحجز، لا يستفيد منه المؤلف فقط، بل يمتد أيضا إلى ورثته وزوجه والأطفال القصر<sup>4</sup>. أما فيما يتعلق بالنسبة التي حددها المشرع الفرنسي فهي أربعة على خمسة من الدخل الأعلى طبقا للفصل الرابع من الكتاب الأول من قانون العمل الفرنسي<sup>5</sup>. ويرى جانب من الفقه الفرنسي في هذا الصدد أن هذه الأحكام تجدد مصدرها في كون أن المكافأة التي تعود للمؤلف تعد ذات طبيعة غذائية وليس كونها ترجع للطبيعة الخاصة لحقوق المؤلف<sup>6</sup>. وإذا تم أخذ هذا التبرير الفقهي بعين الاعتبار، فهل هذا يعني أنه بالإمكان القياس على هذا الرأي؟ ومن ثم، يطبق على مكافأة المؤلف إذا كان لها طابع غذائي، القواعد الخاصة بالحجز على الأجور، المداخل والمخرجات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهكذا لا يجوز الحجز عليها إلا في حدود نسب معينة<sup>7</sup>، أو يتم الحجز عليها برمتها، ويتم بذلك تطبيق القواعد العامة بحجز منقولات المدين.

يستخلص مما سبق أن المكافأة الواجب أدائها للمؤلف تعد تعويضا له عن الإستغلال المالي لمجهوده الذهني من قبل المتنازل له. وحماية لحقوق المؤلف الذي يعد الطرف الضعيف في عقود التنازل عن حقوقه المادية، ألزمت النصوص القانونية أن تحتسب المكافأة كقاعدة عامة بطريقة تناسبية مع إيرادات الإستغلال، واستثناءا يجوز احتسابها جزائيا في

<sup>1</sup> المادة 993 ق.م.ج: "يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار.

- المبالغ المستحقة للخدم، والكتابة، والعمال وكل أجبر آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الاثني عشر شهرا الأخيرة...".

<sup>2</sup> المادة 89 من قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. 25 أبريل 1990، عدد 17، ص. 562: "تمنح الأفضلية لدفع الأجور وتسبقتها على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة والضمان الاجتماعي مهما كانت طبيعة علاقة العمل وصحتها وشكلها".

<sup>3</sup> Art. L. 333-1 C. fr. propr. intell : «Lorsque les produits d'exploitation revenant à l'auteur d'une œuvre de l'esprit ont fait l'objet d'une saisie-arrêt, le président du tribunal de grande instance peut ordonner le versement à l'auteur, à titre alimentaire, d'une certaine somme ou d'une quotité déterminée des sommes saisies ».

<sup>4</sup> Art. L. 333-2 C. fr. propr. intell : «Sont insaisissables, dans la mesure où elles ont un caractère alimentaire, les sommes dues, en raison de l'exploitation pécuniaire ou de la cession des droits de propriété littéraire ou artistique, à tous auteurs, compositeurs ou artistes ainsi qu'à leur conjoint survivant contre lequel n'existe pas un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, ou à leurs enfants mineurs pris en leur qualité d'ayants cause ».

<sup>5</sup> Art. L. 333-3 C. fr. propr. intell : «La proportion insaisissable de ces sommes ne pourra, en aucun cas, être inférieure aux quatre cinquièmes, lorsqu'elles sont au plus égales annuellement au palier de ressources le plus élevé prévu en application du chapitre V du titre IV du livre Ier du Code du travail ».

<sup>6</sup> F. Pollaud-Dulian, *op. cit.*, n°1000, p. 605: «Les articles L. 333-1 à L. 333-3 posent des règles spéciales pour préserver les intérêts de l'auteur, à titre alimentaire, en permettant au juge d'ordonner le versement d'une somme à l'auteur, malgré la saisie, et en limitant la possibilité de saisir les sommes provenant de l'exploitation de ses œuvres. Mais la justification de ces mesures se trouvant, non pas dans la nature de droits d'auteur des redevances, mais dans leur caractère partiellement alimentaire ».

<sup>7</sup> المادة 775 ق.إ.م.ج: "لا يجوز الحجز على الأجور والمداخل والمرتببات إلا بموجب سند تنفيذي وفي حدود النسب المذكورة في المادة 776 أدناه". راجع أيضا المادة 776 ق.إ.م.ج.



حالات خاصة محددة على سبيل الحصر. ولتوفير حماية فعالة وناجعة للمؤلف، أجاز المشرع لهذا الأخير مراجعة هذه المكافئة الجزافية في حالة غبن يضيع حقه إذا تبين له أن المكافئة المتحصل عليها تقل عن مكافئة عادلة قياسا بالربح المكتسب. بيد أنه على خلاف نظيره الفرنسي لم يضع مشرعنا معيارا لمقدار الغبن الذي يميز إعادة النظر لهذه الأخيرة. على هذا الأساس يستحسن أن ينتهج المشرع الجزائري منهج المشرع الفرنسي، الذي وضع معيارا محددًا لمقدار الغبن وهو 7/12 من حصيلة بيع المصنف<sup>1</sup>. هذا حتى لا تكون الحقوق المالية للمؤلف محل السلطة التقديرية لقضاة قد يكونون في غالب الأحيان غير متخصصين في مادة الحقوق الفكرية هذا من جهة، ومن جهة أخرى لجعل الأحكام القضائية الخاصة بدعوى الغبن موضوع رقابة من طرف المحكمة العليا.

كما اعتبر المشرع أن الأتاوى المستحقة للمؤلف تعد دينا ممتازا، حيث تأخذ حكم أجور العمال، فالمؤلف والعامل يوجدان في نفس المرتبة، إلا أن قانون حق المؤلف لم يحدد القانون الواجب الارتكاز عليه في تحديد مرتبة المؤلف، فهل هي المرتبة الثالثة طبقا لنصوص القانون المدني؟ أو المرتبة الأولى وفقا للأحكام القانونية الخاصة بقانون علاقة العمل؟ لهذا يجبذ أن يتدخل المشرع الجزائري ويوضح هذه المسألة مثل ما فعل نظيره الفرنسي<sup>2</sup>، لتفادي أي لبس، وينبغي كذلك على مشرعنا أن يزيح الغموض عن مدى أحقية دائنين المؤلف في الحجز على مجمل المكافئة المستحقة له، أو يتم الحجز على جزء منها فقط، خصوصا إذا كان لها طابعا غذائيا، بمعنى إذا كانت مصدر رزقه الوحيد.

<sup>1</sup> Art. L.131-5 C. fr. propr. intell .

<sup>2</sup> Art. L.131-8 C. fr. propr. intell.

## شروط قبول دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية



من إعداد الأستاذ : علي عثمانى

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الأغواط - الجزائر

مقدمة :

إنّ مبدأ المشروعية يُشكل قيِّداً على تصرفات الإدارة لما تُصدره من قرارات إدارية و الذي يُعتبر أساس الإدارة في تسيير نشاطها؛ بل أنّ هذه القرارات أولى باحترام مبدأ المشروعية لما يتم تنفيذها من خطورة على حقوق الأفراد و حرياتهم العامة (1) ولضمان تطبيق مبدأ المشروعية لا بد من توافر ضمانات لتطبيقه و التي تتمثل في الأخذ بمبدأ الفصل ما بين السلطات و التحديد الواضح لاختصاصات الإدارة و وجود رقابة قضائية.

و تُعد الرقابة القضائية أضمن وسيلة لرقابة أعمال الإدارة و الحكم عليها قضائياً بالإلغاء لعدم مشروعيتها ثم التعويض عن الأضرار التي تسببها التصرفات غير المشروعة للأفراد (2)، غير أنّها يمكن للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه لفرض رقابته على أعمال الإدارة إلا عن طريق تحريك دعوى قضائية، و بالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أنّ المشرع أقرّ للأفراد اللجوء إلى القضاء لمخاصمة القرارات الإدارية غير المشروعة و هذا ما نصت عليه المادة 143 من الدستور الجزائري دستور 1996 المعدل و المتمم على أنّه " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية " و ذلك عن طريق دعوى الإلغاء .

و تاريخياً دعوى الإلغاء من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي حصّنها بالأحكام التفصيلية و تميزها بمرونتها و تطورها المستمر لكي تتلاءم مع تطور الإدارة و بواسطتها اكتشف القضاء الإداري أوجه الإلغاء للقرارات الإدارية غير المشروعة (3).

أما المقصود بدعوى الإلغاء فقد عرفها أندري ديلوبادار A.delaubadere بأنها : " طعن قضائي يرمي إلى إبطال قرار إداري غير مشروع من طرف القاضي الإداري " (4) إنّ القرار الإداري المشوب بعيب، يكون محلاً للطعن

بالإلغاء و ذلك من خلال دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة و التي تُعتبر من الآليات و الوسائل لبسط القاضي رقابته على مشروعية القرارات الإدارية التي تُصدرها الإدارة. فهي الدعوى القضائية التي تُرفع إلى القضاء لإعدام قرار إداري صدر على خلاف ما تقضي به مجموعة القواعد القانونية(5).

ولرفع دعوى الإلغاء ، لابد من توافر شروط قانونية مقررة لذلك . و عليه فيما تتمثل الشروط القانونية الواجب توافرها لرفع دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؟.

و للإجابة عن الإشكالية فإنه يتم التطرق إلى المطلب الأول إلى شروط القرار محل الطعن بالإلغاء أما المطلب الثاني فتتطرق من خلاله إلى الشروط المتعلقة بالمدعي ، أما التظلم الإداري المسبق فتتطرق من خلاله في المطلب الثالث ، و في المطلب الرابع فنعالج من خلاله شرط الميعاد ، أما المطلب الخامس فنبين من خلاله الشروط الواجب توافرها في العريضة الافتتاحية ، و في المطلب السادس نبين شرط انتفاء الدعوى الموازية .

المطلب الأول : شروط القرار محل الطعن بالإلغاء.

يُعد شرط القرار الإداري السابق شرط هام لقبول دعوى الإلغاء ، و حتى يكون القرار الإداري صالح للطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري كان لابد من توافر شروط لذلك ؛ و لدراسة شروط القرار الإداري في دعوى الإلغاء ينبغي أن نُشير إلى مصدرها التاريخي ثم التطرق إلى تعريف القرار الإداري (6) .

- المصدر التاريخي : ويعود القرار الإداري السابق في تاريخ المنازعات الإدارية إلى مكانة و اختصاص مجلس الدولة الفرنسي في مجال الرقابة على أعمال الإدارة و هذا قبل قضية : " كادو CA DOT " و كان مجلس الدولة ينظر في دعاوى الإلغاء عن طريق الاستئناف بحيث كان يشترط من المتقاضين أن يرفع تظلماً مسبقاً إلى الوزير المختص (الوزير مصدر القرار) و اعتبرت القرارات التي يصدرها الوزير المعني بعد التظلم المسبق بمثابة " حكم " ابتدائي بالطعن فيه أمام مجلس الدولة عن طريق الاستئناف و ذكر الأستاذ لا فريير Lafférière " أن ضرورة القرار السابق تكمن في إظهار وجود معارضة الإدارة بين حجج المدعي و موقفها و بالتالي تحديد موضوع الخصامو أشار الأستاذ هوريو Hauriou أن القرار السابق يُعبّر عن موقف الإدارة في الخصومة و انتقدت نظرية هوريو بعدما فقدت الإدارة امتيازاً يتمثل عرقلة ربط النزاع الإداري بسكوتها أصبح رفع دعوى قضائية إدارية ممكناً ضد قرار إداري ضمني و تدخل بذلك بعض الفقهاء في مناقشة هذه المسألة لكن تبقى نظرية الوزير القاضي هي المصدر التاريخي الأساسي لقاعدة القرار السابق في المنازعات الإدارية(7) .

و بخصوص شرط القرار الإداري محل الدعوى في أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، (8) فإنه يستوجب إرفاق القرار الإداري محل الطعن مع العريضة الرامية إلى إلغائه و ذلك تحت طائلة عدم القبول أمام المحاكم الإدارية ما لم يوجد مانع مبرر(9) و كذلك الشأن أمام مجلس الدولة(10) .

- تعريف القرار الإداري : و بخصوص التعريف القانوني للقرار الإداري نجد أن التشريع الجزائري لم يُعرّف تعريفاً دقيقاً القرارات الإدارية، و بالتالي بقيت مهمة تعريف القرارات الإدارية للاجتهاد كل من القضائي و الفقهي(11) .

أ- التعريف القضائي للقرار الإداري :

و بخصوص التعريف القضائي ، نجد أنه قد تعددت اجتهادات القضاء الإداري المصري في تعريفها للقرار الإداري على نقيض مثيلها الفرنسي و اصطلاح على تسميته بالقرار الإداري النهائي وفقا لنصوص مجلس الدولة المصري أو القرار النافذ فقد عرفته المحكمة الإدارية العليا حين قضت بأن القرار الإداري هو : " هو إفصاح الجهة الإدارية المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادة الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين و اللوائح بقصد إحداث أثر قانوني معين يكون ممكنا جائزا ، قانونا ابتغاء المصالح العامة " <sup>(12)</sup> ، و بالتالي كان هذا التعريف الأقرب إلى تعريف القرار الإداري حينما تضمن على جملة " إحداث أثر قانوني " و من خصائص القرار الإداري إحداث أثر قانوني إما إنشاءً أو تعديلا أو إلغاءً .

### ب - التعريف الفقهي للقرار الإداري :

قد عرفه ريفيرو بأنه : " القرار التنفيذي هو العمل الذي من خلاله تستعمل الإدارة سلطتها بصفة انفرادية لتغيير أوضاع قانونية " <sup>(13)</sup> ، أما الدكتور عمار عوابدي يرى أن القرار الإداري هو عملاً قانونياً انفرادياً صادراً بإرادة السلطات الإدارية المختصة و بإرادتها المنفردة و ذلك بقصد إحداث و توليد آثار قانونية عن طريق إنشاء أو تعديل أو إلغاء حقوق و واجبات قانونية و ذلك في نطاق الشرعية السائدة في الدولة <sup>(14)</sup> .

و من خلال ما تقدم نستخلص خصائص القرار الإداري التي نوجزها أن القرار الإداري :

- صادر عن سلطة إدارية : ذلك أنه يستوجب عن القرار الإداري ليكون محلاً للطعن بالإلغاء أن يكون صادر عن سلطة إدارية مختصة ، و تُعد الإدارة أداة للسلطة التنفيذية فتكفل بالحفاظة و خدمة الصالح العام و بالتالي يختلف القرار الإداري عن الأعمال التي تصدر عن السلطة التشريعية و القضائية ، وعليه يعتبر قرار إداري كل عمل صادر بصفة انفرادية من السلطات الإدارية إدارة مركزية أو محلية <sup>(15)</sup> ، و أن هذا القرار سيحدث أثراً قانونياً فيؤثر على المركز القانوني للمخاطب أو المخاطبين به <sup>(16)</sup> .

- عملاً قانوني انفرادي : فأما العمل القانوني فيُقصد به العمل الذي له آثار قانوني بمعنى أنه يترتب حقوقاً و التزامات و يُغير في المركز القانوني القائم من خلال إنشاء مركز جديد تعديل مركز قائم أو إلغائه <sup>(17)</sup> ، أما العمل الانفرادي أي اتخذ من الإدارة بإرادتها المنفردة و دون مشاركة الأشخاص المخاطبين بالقرار ، و بهذا يتميز عن العقود الإدارية الذي هو عمل قانوني صادر عن إرادتين متطابقتين <sup>(18)</sup> ، كما أن العمل القانوني يتميز عن العمل المادي <sup>(19)</sup> .

- عمل ذو طابع تنفيذي ملحقاً أذى بذاته : معنى ذلك أنه لا بد أن يكون القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء ملحقاً أذى كقرار عزل موظف مثلاً ، إذ يُشترط القضاء الإداري الفرنسي لرفع دعوى إلغاء القرار الإداري لا بد أن ينتج عنه بالضرورة ضرر لرافع الدعوى و يرى فقهاء القانون العام في فرنسا أن الضرر يحتوي على عنصرين أساسيين هما إحداث آثار قانونية و أن يحدث القرار ضرراً لصاحب الدعوى <sup>(20)</sup> ، و هذا ما أشارت إليه ( الغرفة الإدارية ) للمحكمة العليا لضرورة توفر في القرار الإداري في موضوع الدعوى الجانب التنفيذي له من جهة و أن يلحق أذى بذاته من جهة أخرى ، و هذا ما يستخلص من قضية " شندي رابع " ضد " والي ولاية تيزي وزو " و قد ورد في حيثيات القرار يلي :

" حيث ينتج من تعليمة أن صاحب المقرر هو السيد والي ولاية تيزي وزو، و هو سلطة إدارية في غاية الجودة .

و أن المقرر يلحق أذى بذاته إلى المدعي .

وأن هاذين المعيارين كافيين لإعطاء الطابع الإداري للمقرر المطعون فيه " (21).

و مما تقدم نستخلص أنه هناك من الأعمال الإدارية المستثناة من الرقابة القضائية و التي تتمثل في :

\* أعمال السيادة : إن أعمال السيادة أو أعمال الحكومة كما يسميها بعض الفقهاء هي قرارات إدارية تحتوي على جميع عناصر القرار الإداري و لكن القاضي لا يستطيع إلغائها لكونها تتعلق بأعمال السيادة ، و للإشارة أنه قد استقر في فرنسا من أعمال السيادة علاقة السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية و استدعاء الهيئة الناخبة<sup>(22)</sup> .

و نُشير في هذا الصدد أنه كان للقضاء الجزائري لإبداء موقفه من مسألة أعمال السيادة و قد تم تكريس معيار الباعث السياسي في تحديدها ، و يظهر ذلك جلياً من خلال لقرار الصادر عن المجلس الأعلى و ذلك من خلال قضية : (ي،ج،ب) ضد : (وزير المالية)<sup>(23)</sup> حيث ورد في حيثيات القرار ما يلي :

" حيث أن الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري على أعمال الإدارة لا يمكن أن تكون عامة و مطلقة .

حيث أن إصدار و تداول و سحب العملة تعد إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة .

حيث أن القرار المستوحي بالتالي من باعث سياسي غير قابل للطعن بأي من طرق الطعن .

و أن القرار الحكومي المؤرخ في 08 أفريل 1982 القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج من التداول و كذا قرار فاتح جوان 1982 الصادر عن وزير المالية المتضمن تحديد قواعد الترخيص بالتبديل " خارج الأجل " هما قراران سياسيان ، يكتسبان طابع أعمال الحكومة و من ثم فإنه ليس من اختصاص المجلس الأعلى لفحص مدى شرعيتهما و لا مباشرة رقابة على مدة التطبيق " .

\* الأعمال الإدارية ( قرارات الإدارة ) التي لا تعتبر قرارات إدارية : و هي أعمال قانونية انفرادية صادرة من جهة إدارية عامة ، تنفيذية في مواجهة المخاطبين بها ، و لا تلحق أذى بذاتها ، فهي تشبه القرارات الإدارية في جميع عناصرها ماعدا إلحاق أذى بذاتها و التي تتعلق بالموظفين المرؤوسين و حتى المتعاملين مع الإدارة يقع عليهم واجب العمل بها أن بعضها اتخذ لتوضيح و تفسير كفاءات العمل بنص قانوني و قد تصدر الإدارة المعنية أعمال أخرى تهديدية ، تحضيرية و إعلامية تتخذ من الجهات الإدارية و لا تلحق أذى بذاتها و منها :<sup>(24)</sup> .

\* الأعمال التنظيمية للإدارة : و المتمثلة في التعليمات و المناشير و التي تتعلق بالتسيير الداخلي للإدارة و مصالحها أصلاً غير قابلة للإلغاء إلا إذا تضمنت قواعد من شأنها التأثير سلباً على المراكز القانونية للغير و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 14-05-1995 بمناسبة فصلها في دعوى الإلغاء المرفوعة من طرف الجمعية الوطنية لمسيرى قاعات السينما ضد وزير الداخلية و الجماعات المحلية من أجل إلغاء المنشور الصادر عنه المتضمن أمر بإعادة بيع قاعات السينما إلى المركز الجزائري للفن و الصناعات السينماتوغرافية ، و الذي جاء في تسببه : " حيث أن المنشور الذي يرمي إلى نقل حقوق و التزامات الأشخاص الذين يشير إليهم و الذي يضر بهم له طابع القرار القابل لأن يكون محل طعن بالبطلان ... " (25) .

\* الأعمال التحضيرية للقرارات الإدارية: و تتمثل في جملة الأعمال الإجرائية السابقة على القرار النهائي، و من أهم الأعمال التحضيرية، الآراء و الاقتراحات طلب الحصول على معلومات، و على الرغم من أهميتها إلا أن القضاء يجردها من أي صفة تنفيذية<sup>(26)</sup>.

و في ذات الصياغ قد قررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا هذا الموقف في عدة قضايا، ففي قضية (بلحوت) ضد: (بلدية الجزائر الكبرى)<sup>(27)</sup>، رفع السيد بلحوت دعوى تجاوز السلطة، ضد القرار الذي اتخذته المجلس التأديبي للموظفين التابعين لبلدية مدينة الجزائر، و قد قررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ما يلي: " حيث أنه ينتج عن محضر جلسة المجلس التأديبي بتاريخ 1964/05/29 أن هذا الأخير أبدى برأيه فيما يتعلق بالعقوبة التي يمكن تسليطها على المدعي بسبب الأفعال التي قام بها .

حيث أن هذا الرأي لا يشكل بحد ذاته قرار إداري يُلحق أذى بذاته إلى المدعى " و في قضية مماثلة أيدت الغرفة الإدارية على هذا الموقف في قضية رقم 83092 بتاريخ 1991/03/10 بين أيدير بدعوش و رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية " آيت إسماعيل " و لاية بجاية<sup>(28)</sup>، " حيث طعن المدعى في محضر اختيار قطعه (الأرضية) حتى تدرج في الاحتياطات العقارية " .

" حيث أن المدعي يطلب إبطال محضر لجنة اختيار القطعة الأرضية .و الذي انصب على قطعة أرضية يملكها لبناء مقر بلدية غير أن هذه اللجنة غير مكلفة إلا بإعطاء رأي تقني فقط، وأن هذا الرأي لا ينشئ بطبيعته أي حق و من ثمة فهو غير قابل للطعن فيه بالإبطال " .

\* الأعمال التهديدية: و هي نوع من المراسلات ترسلها الإدارة إلى الأفراد تنذرهم بضرورة تنفيذ التزام معين و إلا تعرضوا لجزاء، و من هذه المراسلات، الأعذار و الإنذار، الذي ترسله الإدارة إلى المتعامل معها لتنفيذ التزاماته في أجل معين، فإن لم يفعل استعملت الإدارة التزاماتها كفسخ العقد مثلا<sup>(29)</sup>.

\* الأعمال النموذجية: و هي الأعمال التي تعدها الإدارة بالوثائق لتكون نمطا أو نموذجا لهدف التوحيد و قد ميّز القضاء الإداري إلى أن الأعمال التي لا تفرض التزامات فإنها غير قابلة للطعن أما الأعمال التي تفرض التزامات فإنها تكون محلا للطعن بالإلغاء<sup>(30)</sup>.

و الجدير بالإشارة إلى أن الفقه و القضاء الإداريين قد أجاز رفع دعوى إلغاء ضد القرارات الإدارية المركبة و المتصلة بعملية إدارية قانونية أخرى، كالقرارات السابقة و المتعلقة بعملية إبرام العقود الإدارية و القرارات اللاحقة المتعلقة بتنفيذها و التي تسمى بنظرية الأعمال المنفصلة المتعلقة بالعقود الإدارية<sup>(31)</sup>.

### المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالمدعي .

و قد نظمّ المشرع الجزائري هذه الشروط في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لاسيما ما تعلق بالمادة 13 منه .أما عن شرط الأهلية في المادة 64 و جعلها شرطاً لصحة الإجراءات و تخلفها يؤدي إلى بطلان الإجراءات و عليه يتم التطرق إلى شرط الصفة و شرط المصلحة .

- شرط الصفة: إن مباشرة دعوى إلغاء القرار الإداري لابد مباشرتها من قبل ذي صفة و نقصد بهذه الأخيرة أن يكون صاحب الحق المدعي هو الذي يباشر الحق في الدعوى التي ترفع بطلب تقرير هذا الحق الموضوعي أو

حمائته<sup>(32)</sup>. فالأساس القانوني لشرط الصفة المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؛ كما تعتبر الصفة شرط هام لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري فهي شرط لازم و ضروري لقبولها و الاستمرار فيها فإذا انعدمت فإن دعوى الإلغاء تكون غير مقبولة يمتنع على المحاكم الاستمرار فيها و نظرها و التصدي لها و فحص موضوعها و إصدار الحكم فيها .

و للإشارة أن هناك رأي يقول بأن المصلحة الشخصية و المباشرة يُعبّر عنها بعبارة الصفة و رأي يفرق بين المصلحة الشخصية المباشرة على اعتبار أنه توجد حالات ترفع فيها الدعوى لا من صاحب الحق فيها بل يكون ممن يقوم مقامه شرعا كالولي و الوصي ، و يقصد بالصفة المصلحة الشخصية و المباشرة ذلك أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته<sup>(33)</sup>. و المقصود بالصفة على أنها صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية سواء بنفسه أو عن طريق ممثله القانوني<sup>(34)</sup>.

و هناك جانب من الفقه يرى بأن الصفة تمتزج مع المصلحة في التقاضي ، بحيث يكون صاحب المصلحة في التقاضي هو نفسه صاحب المصلحة في ذلك و هذا تبعا لقاعدة قضائية تقليدية مفادها : " أن للمدعي مصلحة بالتبعية له صفة التقاضي " ، إلا أنه و في بعض الحالات تنفصل المصلحة عن الصفة ، فالقيم على المحجور عليه ، أو الوصي على القاصر تكون لهما صفة في تمثيله في رفع الدعوى ، حتى و لو لم تكن هناك مصلحة في ذلك<sup>(35)</sup>.

- المصلحة : و هذا ما قضت به المادة 13 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: "...و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ... " ، إذ تُعد المصلحة بذلك شرطا من الشروط الواجب توافرها في رافع دعوى إلغاء القرار الإداري ، و إذا كان فقه القانون المدني يربط المصلحة بالفائدة أو المنفعة العملية أو بوجود حق ذاتي مهدد فالأمر ليس كذلك بالنسبة للمصلحة في دعوى الإلغاء ، إذ لا يشترط أن يكون لرافع هذه الدعوى حق معتدى عليه أي مصلحة محتملة ، و يكفي أن تكون مصلحة شخصية و مباشرة لإلغاء القرار المطعون فيه ، و العلة في ذلك هو أن دعوى الإلغاء تختلف في خصائصها عن الدعوى العادية من حيث كونها دعوى عينية أو موضوعية يدور النزاع فيها حول مشروعية القرار المطعون فيه بذاته ، و بالتالي لا تتعلق الخصومة فيها بحقوق شخصية وإنما لحماية مبدأ المشروعية<sup>(36)</sup>.

و المقصود بالمصلحة أنها الحاجة إلى حماية القانون أو هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلانها ، و تعبير المصلحة في الدعوى له وجهان وجه سلمي مقتضاه استبعاد من ليس في حاجة إلى حماية القانون من الالتجاء إلى القضاء و وجه إيجابي هو اعتبارها شرطا لقبول دعوى كل من له فائدة من الحكم الصادر فيها<sup>(37)</sup>. و نُشير في هذا الصدد إلى أنه يشترط في المصلحة التي تُبرر قبول دعوى الإلغاء و هي أن تكون المصلحة : شخصية و مباشرة محققة أو محتملة ، مادية أو معنوية ( أدبية ) و مشروعة<sup>(38)</sup>.

أما بخصوص الأهلية : فقد اعتبرها المشرع الجزائري من خلال المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ؛ و التي قضت بأنه : " حالات بطلان العقود غير القضائية و الإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي :

1- انعدام الأهلية للخصوم ،

2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي " ؛ شرطا موضوعيا أدرجها ضمن الدفع بالبطلان ، إذا انعدمت بالنسبة للخصوم أو لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي فإن ذلك يُؤدى إلى البطلان

كما أنه يثير القاضي تلقائياً انعدام الأهلية<sup>(39)</sup>، و يرى البعض أنّ المشرع قد أصاب حينما استبعد الأهلية من دائرة شروط لقبول الدعوى و ذلك راجع إلى أسباب منها أن الأهلية في وضع غير مستقر قد يتوفر وقت قيد الدعوى و قد تغيب أو تنقطع أثناء سير الخصومة<sup>(40)</sup>.

و أهلية التقاضي لدى الشخص الطبيعي تثبت لكل شخص بلغ سن 19 سنة متمتعاً بقواه العقلية ذلك أنه من بلغ سن الرشد و لم يُحجر عليه يُعتبر كامل الأهلية و ذلك وفقاً لأحكام القانون المدني<sup>(41)</sup>، أما عن الأشخاص المعنوية فيتمتعون بأهلية التقاضي عملاً بالمادة 50 من القانون المدني كما يحدد القانون التأسيسي (المنشئ) للمؤسسات العمومية الإدارية ممثلها القانوني أمام القضاء (المدير العام)<sup>(42)</sup>.

و لقد أشارت إليها المادة 828 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي قضت بأنه: " مع مراعاة النصوص الخاصة، عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً في الدعوى بصفة مدعي أو مدعى عليه، تمثل بواسطة الوزير المعني، الوالي رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي، و الممثل القانوني بالنسبة للمؤسسة ذات الصبغة الإدارية ". هذا و يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي صلاحية تمثيل البلدية أمام القضاء<sup>(43)</sup> و كذا الوالي يمثل الولاية أمام القضاء<sup>(44)</sup>.

### المطلب الثالث: شرط التظلم الإداري المسبق.

و عليه يتم بيان المقصود بالتظلم الإداري المسبقو التطرق إلى التظلم الإداري المسبق في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية - المقصود بالتظلم الإداري. يُعتبر التظلم الإداري وسيلة إدارية للمتضرر من القرار الإداري يقدمه إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار التماساً إلى الإدارة بإعادة النظر في قرارها الذي أحدث أضراراً بمركزه القانوني، حيث تقوم بتعديل قرارها أو سحبه<sup>(45)</sup> فالتظلم المسبق يُشكل مظهراً من مظاهر الإدارة القضائية و من مخلفات مرحلة الوزير القاضي، و يميز في التظلم الإداري تظلم رئاسيو آخر ولائي. فأما التظلم الرئاسي و هو أن يرفع إلى السلطة التي تعلق الجهة التي أصدرت القرار أما التظلم الولائي و يمثل في غالبية النظم القانونية و الإجرائية الطريق الاستثنائي و بموجبه يلزم صاحب المصلحة بتقديم التظلم أمام نفس الجهة الإدارية التي أصدرت القرار<sup>(46)</sup>.

و من مزايا التظلم الإداري المسبق أنه يسمح للإدارة بمراقبة أعمالها عن طريق اكتشافها لأوجه النقص و القصور التي تشوب أعمالها عن طريق إصدارها لقراراتها الإدارية و على هذا فإنّ التظلم الإداري يسمح للإدارة باكتشاف أوجه الخلل و القصور التي يعاني منه التنظيم الإداري و يُعتبر وسيلة لحسم المنازعة في مراحلها الأولى و بأسهل الطرق دون اللجوء إلى القضاء و دون نفقات مالية<sup>(47)</sup> و يسمح كذلك بتبادل وجهات النظر بين المتظلم و الجهة الإدارية و إظهار الإدارة في حالة قبولها للتظلم ولو ترتب على ذلك سحبها لقرار أصدرته<sup>(48)</sup>، أما عن عيوب التظلم الإداري المسبق يؤدي إلى جهل المواعيد العامة و الخاصة، و عدم رد الإدارة التي فضلت السكوت على الرد لكي لا تراجع قرارها و استمرارية نفاذ القرار بالرغم من التظلم تجسيدا لمبدأ الأسبقية إنّ هذه العيوب تفقد التظلم الإداري قيمته و قد تكون هي التي أثرت على المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي غير طبيعته من الإجبارية إلى الاختيارية<sup>(49)</sup>.

هذا و بالرجوع إلى المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي قضت بأنه: " يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه ..... " و



التي يتضح لنا منها أن التظلم الإداري أصبح إجراء اختباري - جوازي - أمام مختلف الجهات القضائية الإدارية وهذا ما يستخلص من عبارة " يجوز " . ويتم إثبات التظلم الإداري المسبقو ذلك استنادا إلى نص المادة أعلاه إثباتها بكل الوسائل المكتوبة و يرفق مع العريضة أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة و التي يتضح لنا منها أن المشرع قد توسع في وسائل الإثبات المتعلقة بالتظلم. غير أنه قد تضمنت نصوص خاصة اعتبرت أن شرط التظلم الإداري المسبق إجباري<sup>(50)</sup> .

و الجدير بالإشارة إلى أن المشرع لم يشترط الشكل الذي يكون عليه التظلم الإداري المسبق بل أنه لابد أن يكون واضحا و ليس غامضا . و نُشير إلى ما استقر عليه القضاء الإداري الجزائري بخصوص التظلم الإداري أي أن يكون واضحا في مضمونه وتاريخه و رقمه و هذا من خلال القرار الصادر في قضية ( الشركة ) ضد: ( مفتشية قمع الغش بوزارة التجارة )<sup>(51)</sup>، حيث ورد في حيثيات القرار ما يلي: " حيث أن المستقر عليه فقهاو قضاء أن هذا التظلم يجب أن يكون واضحا في معناه و مضمونه ، مبينا تاريخ القرار المتظلم فيه و رقمه و تاريخه ، و الجهة التي أصدرته ، و الغرض الذي يرده المتظلم من الإدارة ، وهي أيضا البيانات التي يجب على الطاعن توضيحها في حالة اللجوء لاحقا إلى رفع دعوى الإلغاء ... " .

**المطلب الرابع : شرط الميعاد. و يتم معالجة شرط الميعاد إلى بيان تعريفه بيان بداية الميعاد .**

- تعريف الميعاد : يُقصد بالميعاد الفترة الزمنية المحددة قانونا لرفع الدعوى الإدارية الواجب مراعاتها وقبولها أمام الجهة القضائية المختصة<sup>(52)</sup>، و الحكمة من تحديد هذا الميعاد يتمثل في ضمان استقرار الأوضاع القانونية حتى لا يترك باب الطعن في القرارات الإدارية مفتوحا لأجل غير مُسمى ، و كذلك تأمين الحماية الكافية للحقوق المكتسبة من هذه القرارات بحيث تصبح الدعوى غير مقبولة إذا انقضى هذا الميعاد دون رفعها ، و كذا إلى الأثر الحاسم لدعوى الإلغاء و الخطير على القرارات الإدارية المحكوم بإلغائها<sup>(53)</sup>. كما أن شرط الميعاد يستمد أساسه القانوني من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا بموجب نصوص الخاصة .

\* أمام المحاكم الإدارية : لقد تضمنت المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجل رفعها بأربعة أشهر على أن تبدأ حساب المواعيد ابتداء من تاريخ التبليغ الشخصي من القرار الفرديو النشر عندما يكون القرار جماعيا أو تنظيميا ، و استنادا إلى المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؛ أنه إذا اختار المعني القيام بالتظلم المسبق فيُعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين بمثابة قرار بالرفض و يبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم ، كما أنه و في حالة سكوت الجهة الإدارية يستفيد المتظلم من أجل شهرين لتقديم طعنه القضائي ، الذي يسري من تاريخ انتهاء أجل شهرين ، أما في حالة رد الجهة الإدارية خلال الأجل الممنوح لها يبدأ سريان أجل شهرين من تاريخ تبليغ الرفض ، كما أنه يُثبت إيداع التظلم أمام الجهة الإدارية بكل الوسائل المكتوبة و يرفق مع العريضة .

\* أمام مجلس الدولة : فبالرجوع إلى نص المادة 907 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و التي قضت بأنه : " عندما يفصل مجلس كدرجة أولى و أخيرة ، تطبق الأحكام المتعلقة بالأجل المنصوص عليها في المواد 829 إلى 832 أعلاه " ، و التي يتضح منها أن المشرع قد أحال الأحكام المتعلقة بالمواعيد الطعن أمام مجلس الدولة إلى الأحكام المتعلقة بالمواعيد أمام المحاكم الإدارية ، بمعنى آخر أن المشرع قد وحد المواعيد سواء تعلق الأمر برفع دعوى إلغاء قرار إداري صادرا عن السلطات المحلية أو قرار صادر عن السلطات المركزية .

و للإشارة في هذا الصدد أنه لا يحتج بأجل الطعن المنصوص عليه في المادة 829 إلا إذا تم الإشارة إليه في تبليغ القرار المطعون فيه<sup>(54)</sup>.

أما بالنسبة للنصوص الخاصة المتضمنة شرط الميعادو في هذا الخصوص قرار رفض الترخيص لتجمع بعقد مؤتمر التأسيسي قابلا للطعن فيه أمام مجلس الدولة في ميعاد ثلاثون (30) يوما من تاريخ التبليغ و هذا ما قضت به المادة 21 من قانون الأحزاب السياسية<sup>(55)</sup>.

أما عن بداية الميعاد : و نُميز في هذا الصدد قرار فردي و آخر تنظيمي، فيكون التبليغ بالنسبة للقرار الفردي والنشر بالنسبة للقرار التنظيمي و هذا ما أشارت إليه المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

فبالنسبة للقرار الفردي : يكون سريان الميعاد ابتداء من تبليغ المعني بالقرار الإداري و يقصد بالتبليغ إخطار المعني بالقرار رسميا بنسخة من القرار و بالكيفية التي يحددها القانون و يتميز أنه علم حقيقي و ثابت في حق المبلغ إليه، و قد عرفته المحكمة العليا في مصر بأنه : " الطريقة التي تنقل بها جهة الإدارة القرار الإداري إلى فرد بعينه أو أفراد بذواتهم من الجمهور " <sup>(56)</sup>، و في ذات الصياغ أكد المرسوم 88-131 المتعلق بتنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين أنه لا يحتج بأي قرار ذو طابع فردي على المواطن المعني بالقرار إلا إذا تم تبليغه به قانونا<sup>(57)</sup>.

أما بالنسبة للقرار التنظيمي : فيكون عن طريق النشر الذي هو طريقة العلم بالقرارات الجماعية و التنظيمية و يتم ذلك في الجريدة الرسمية<sup>(58)</sup>. أما القرارات الصادرة عن السلطات المحلية فإنها تخضع لإجراءات نشر أكثر مرونة و أكثر تنوعا و بالتالي فينط المواطنون أكثر علما بها<sup>(59)</sup> ذلك أنه يتعين على الإدارة أن تطلع المواطنين على التدابير و التنظيمات و أن تستعمل و تطور أي سند مناسب للنشر و الإعلام<sup>(60)</sup> و كذا على الإدارة أن تقوم بنشر التعليمات و المناشير و المذكرات و الآراء و إذا لم يتم النشر في الجريدة الرسمية فإنه يتعين على الإدارة نشرها في النشرة الرسمية للإدارة المعنية<sup>(61)</sup>.

و من خلال المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح لنا جليا أن المشرع لم يأخذ بنظرية العلم اليقيني، وذلك من خلال وجوب تبليغ القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي. و يُعد شرط الميعاد من النظام العام كأحد شروط قبول دعوى إلغاء القرار الإداري حيث يثيره القاضي من تلقاء نفسه حتى و لو لم يثره الخصوم و هذا لحماية مبدأ استقرار القرارات الإدارية و ضمان فعاليتها و تحقيق الصالح العام<sup>(62)</sup>.

أما عن حالات انقطاع آجال الطعن و هي : <sup>(63)</sup> - الطعن أمام جهة قضائية غير مختصة و هذا الصياغ قضى مجلس الدولة من خلال قضية : ( ب، ص ) ضد: ( الوزير المحافظ لمحافظة الجزائر )<sup>(64)</sup>.

حيث ورد في حيثيات القرار مالي : " ..... حيث أنه و في هذه الحالة فالأجل الذي يؤخذ بعين الاعتبار هو أجل رفع الدعوى الأولى أي الدعوى التي أدت إلى القرار الصادر في 1997/09/09 والذي رفض الدعوى شكلا لسوء توجيهها لأن المستأنف صحح هذا التوجيه برفع دعوى أخرى في أجل مقبول و بالتالي فأجل رفع الدعوى الثانية هو أجل مقبولو ذلك نظرا للاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية للمحكمة العليا الذي كرس المبدأ التالي أن أجل الطعن القضائي أمام الجهات القضائية قائم طوال المدة التي تستغرقها الدعوى الموجهة أمام الجهة القضائية غير المختصة ، حتى و لو انتقلت إلى الاستئناف شريطة أن ترفع الدعوى أمام الجهة القضائية غير المختصة خلال أجل الطعن المعمول به .

حيث أن هذه القاعدة *règle juridique* التي استقر عليها اجتهاد الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ثم مجلس الدولة في مسألة الأجل عندما توجه الدعوى أمام جهة قضائية غير مختصة " و سبب طلب المساعدة القضائية، و وفاة المدعي أو تغيير أهليته، و كذا القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .

المطلب الخامس: الشروط الواجب توافرها في العريضة الافتتاحية .

و لقد تضمنت المواد التالية الشروط الواجب توافرها في العريضة الافتتاحية لإلغاء قرار إداري المواد 15 و المادة 815 إلى 827 و المواد من 904 إلى 906 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و من شروط العريضة أن تكون مكتوبة<sup>(65)</sup> .

أما بخصوص البيانات الواجب توافرها في العريضة الافتتاحية تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا فهي: -الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ،

- اسم و لقب المدعي و موطنه ،

- اسم و لقب و موطن المدعى عليه ، فإذا لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له .

- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي و مقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

- عرضا موجزا للوقائع أو الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى .

- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى .

كما أنه يُشترط لقبولها أن تكون العريضة موقعة من محامي إذا كانت العريضة مرفوعة أمام المحكمة الإدارية كما أنه يجب أن يرفق القرار الإداري محل الطعن بالإلغاء مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير و تقدير مشروعية القرار الإداري ما لم يوجد مانع مبرر له ، أما إذا كان هذا المانع يعود إلى الإدارة فإن القاضي يأمرها بتقديمها في أول جلسة و يستخلص النتائج القانونية المترتبة عن هذا الامتناع ، أما إذا كانت العريضة أو الطعون أو المذكرات مرفوعة أمام مجلس الدولة فإنه يجب أن يكون موقعا من طرف محامي معتمد لدى مجلس الدولة .

و للإشارة إلى أنه تُعفى الدولة و الأشخاص المعنوية العامة المحددة في المادة 800 من التمثيل الوجوبي بمحامي و توقع العرائض و المذكرات بواسطة الممثل القانوني لها<sup>(66)</sup> .

أما عن الإجراءات أمام مجلس الدولة بخصوص العريضة الافتتاحية فقد تضمنتها المواد 904 و 905 التي أحالت تطبيق الإجراءات فيما يتعلق بالعريضة الافتتاحية أمام المحاكم الإدارية باستثناء التوقيع من طرف محامي معتمد لدى مجلس الدولة كما سبق الإشارة إلى ذلك.

المطلب السادس: شرط انتفاء الدعوى الموازية . و لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري ، لا بد من عدم دعوى رفع دعوى أخرى موازية تحقق نفس الامتيازات التي تحققها دعوى الإلغاء ، لهذا ترفض دعوى الإلغاء شكلا إذا نظم المشرع طريقا للطعن في القرار الإداري ، و ذهب القضاء في فرنسا إلى القول أنه إذا وجدت دعوى قضائية للطعن في القرار الإداري تحقق المزايا و النتائج التي تحققها دعوى الإلغاء يجعل هذه الأخيرة غير مقبولة شكلا و يعود شرط انتفاء

الدعوى الموازية لقبول دعوى تجاوز السلطة إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1862/12/26 فقد رفض المجلس قبول دعوى الإلغاء بحجة دعوى موازية أمام المدعي تحقق له نفس المزايا مثل دعوى الإلغاء<sup>(67)</sup>.

—موقف قانون الإجراءات المدنية والإدارية من شرط انتفاء الدعوى الموازية. إنَّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يشير إطلاقاً إلى شرط انتفاء دعوى الموازية، فلم يعد هذا الشرط لازماً لقبول دعوى الإلغاء. و العودة إلى الواقع العملي لتطبيق هذا الشرط نجده يرفض وجود هذا الشرط لعدم منطقيته، فمجلس الدولة الفرنسي نفسه بدأ يعدل عملياً عن اشتراطه لعدم وجود أي دعوى أخرى من علم القانون تحقق نفس نتائج دعوى الإلغاء فأصبح يستعمل في مكانها نظرية القرارات القابلة للإبطال<sup>(68)</sup>، وهو ذات النقد الذي وجهه الدكتور عمار عوابدي بقوله أنها عبارة عن تقليد أعمى لنظرية قضائية ميتة و مهجورة من جانب القضاء الإداري الفرنسي<sup>(69)</sup>.

#### الخلاصة :

من خلال ما تقدم حول موضوع شروط قبول دعوى الإلغاء في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يتضح لنا أنَّ الشروط القانونية الواجب مراعاتها في رفع دعوى الإلغاء تتمثل في وجود قرار إداري سابق و تطرقنا إلى الشروط الواجب توافرها في القرار محل الطعن بالإلغاء و تم التطرق أيضاً إلى الشروط المتعلقة بالمدعي و التي تتمثل في الصفة و المصلحة و هذا تبعاً ما قضت به المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

أما الأهلية فبموجب المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نستخلص منها أنَّ هذه الأخيرة اعتبرها المشرع شرطاً لصحة الإجراءات . أما بخصوص التظلم الإداري المسبق و من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نستنتج أنَّ التظلم الإداري أصبح جوازياً إلا ما استثني بنصوص خاصة كالمنازعات الضريبية مثلاً . و احترام آجال الطعن و في هذا الصدد نلاحظ أنَّ المشرع قد وحدَّ المواعيد برفع دعوى إلغاء قرار إداري سواءً كان صادراً أمام السلطات المحلية أو القرارات الصادرة عن السلطات المركزية، و كذا احترام البيانات الواردة في العريضة الافتتاحية .

أما بخصوص شرط انتفاء الدعوى الموازية فمن خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتضح أنَّ المشرع قد تخلى عن شرط انتفاء الدعوى الموازية .

#### الهوامش :

- 1- د - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري، الأسباب و الشروط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 03
- 2- د - أبو بكر صالح بن عبد الله، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر الطبعة الأولى نوفمبر، 2005، ص 13.
- 3- نفس المرجع، ص 403.
- 4- د - عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011 ص 60 .

- 5- د- معوض عبد التواب ، الدعوى الإدارية و صيغها ، الطبعة الثالثة ، مزيدة ومنقحة ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 409 .
- 6- رشيد خلوفي ، قانون المنازعات الإدارية ، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة و دعوى القضاء الكامل ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 24 .
- 7- نفس المرجع ، ص 24 .
- 8- القانون رقم : 08-09 الموافق لـ: 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية العدد : 21، المؤرخة في : 23 أبريل 2008 .
- 9- أنظر المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- 10- أنظر المادة 904 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 11- د- ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، ( التنظيم والنشاط )، الطبعة الأولى ، لباد ، سطيف ، 2006 ، ص 235 .
- 12- د- عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، الدار الجامعية ، 1993 ، ص 128 .
- 13- د- ناصر لباد ، المرجع السابق ، ص 236 .
- 14- د- عمار عوابدي ، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري ، ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، 1984 . ص 109 .
- 15- د- ناصر لباد ، المرجع السابق، ص 237 .
- 16- د- عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 93 .
- 17- د- بوحميده عطالله ، القضاء الإداري ، تنظيم عمل و اختصاص ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 ، ص 183 .
- 18- نفس المرجع ، ص 184 .
- 19- د- ناصر لباد ، المرجع السابق ، ص 238 . ذلك أن العمل القانوني يختلف عن العمل المادي و يتمثل العمل الإداري المادي في التصرفات الصادرة عن الإدارة ، سواء عن قصد أو عن طريق الخطأ . وهي لا تعتبر من قبل الأعمال القانونية الإدارية لأنها لا تترتب آثار قانونية ، و ينتج عن الاختلاف بين العمل القانوني عن العمل المادي ، أنّ العمل القانوني يكون قابلا للإلغاء إذا كان غير مشروع و يطعن به أمام مجلس الدولة و المحاكم الإدارية راجع حول المعنى ، نفس المرجع ، ص 238 .
- 20- زموش فاطمة الزهراء ، الضمانات القانونية في إطار نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الإدارة المحلية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ابوبكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2011-2012 ، ص 76-77 .
- 21- رشيد خلوفي ، المرجع لسابق، ص 36 .
- 22- راجع : رشيد خلوفي ، المرجع السابق ، ص 42 وما بعدها .

- 23- قرار المجلس الأعلى ، ( الغرفة الإدارية ) رقم : 36473 المؤرخ في : 1984/01/07 ، مجلة القضائية ، العدد 4 ، 1989 ، ص 211 و ما بعدها .
- 24- د- بوحميده عطالله المرجع السابق ، ص 189 .
- 25- عمور سلامي ، عمور سلامي ، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية ، نسخة معدلة و منقحة طبقاً لأحكام قانون 09-08 جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2010/2009 ، ص 77 .
- 26- د- عبد القادر عدو ، المنازعات الإدارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص 108 .
- 27- رشيد خلوفي ، المرجع السابق ، ص 38 .
- 28- نفس المرجع ، ص 38 .
- 29- د- بوحميده عطالله ، المرجع السابق ، ص 190 .
- 30- رشيد خلوفي ، المرجع السابق ، ص 41 .
- 31- عمور سلامي ، المرجع السابق ، ص 80 .
- 32- د- حسين فريجة ، شرح المنازعات الإدارية دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2011 ص 178 .
- 33- عبد الوهاب بوضرسة ، الشروط العامة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيق ، دار هومة ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2006 ص 140 ، 141 .
- 34- فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، منشورات أمين ، 2009 ، ص 44 .
- 35- عمور سلامي ، المرجع السابق ، ص 69 .
- 36- د- منصور إبراهيم العتوم ، أثر زوال المصلحة على السير في دعوى الإلغاء في ضوء اجتهادات القضاء الإداري الأردني و المقارن ، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة ، مجلة الشريعة و القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، السنة 26 ، العدد 49 ، يناير 2012 ، ص 177 و ما بعدها .
- 37- د- فيصل عبد الحافظ الشوابكة ، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء ، دراسة مقارنة ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، دورية محكمة تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد السابع ، جوان 2012 ، ص 151 .
- 38- راجع : عمور سلامي ، المرجع السابق ، ص 69 ، د- فيصل عبد الحافظ الشوابكة ، المرجع السابق ، ص 154 .
- 39- انظر المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 40- د- بربارة عبد الرحمن ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، طبعة ثانية ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2009 ، ص 39 .

- 41- أنظر المادة 40 من الأمر رقم 75-58 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية العدد 78 ، المؤرخة في : 30 سبتمبر 1975 .
- 42- عمور سلامي ، المرجع السابق ، ص 68.
- 43- أنظر المادة 82 من القانون رقم 10-11 المتضمن قانون البلدية.
- 44- أنظر المادة 106 من القانون رقم 12-07 المتضمن قانون الولاية.
- 45- محمد إبراهيم خيري الوكيل ، محمد إبراهيم خيري الوكيل ، التظلم الإداري و مسلك الإدارة الايجابي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 13 .
- 46- د- عمار بوضيف ، المرجع السابق ، ص 119 و ما بعدها .
- 47- د- حسين فريجة ، المرجع السابق ، ص 182 .
- 48- محمد إبراهيم خيري الوكيل ، المرجع السابق ، ص 20 .
- 49- د- بوحميده عطالله ، المرجع السابق ، ص 202.
- 50- انظر -د- بوحميده عطالله ، المرجع السابق ، ص 196 و ما بعدها . د- بربارة عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 432 .
- 51- قرار مجلس الدولة رقم: 26083 المؤرخ في 2006/10/31 ، مجلة مجلس الدولة العدد 8 ، 2006 ، ص 212 و ما بعدها .
- 52- د- بوحميده عطالله ، المرجع السابق ، ص 210.
- 53- عبد الغني بسيوي عبد الله ، المرجع السابق ، ص 217 .
- 54- انظر المادة 831 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 55- القانون العضوي رقم : 12-04 الموافق لـ: 12 يناير 2012 ، المتعلق بالأحزاب السياسية .
- 56- د- عمار بوضيف ، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2007. ص 185 .
- 57- أنظر المادة 35 من المرسوم 88-131 المتعلق بتنظيم علاقة الإدارة بالمواطن .
- 58- عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 122.
- 59- د- ناصر لباد ، المرجع السابق ، ص 254 .
- 60- انظر المادة 08 من المرسوم 88-131 المتعلق بتنظيم علاقة الإدارة بالمواطن .
- 61- انظر المادة 09 من المرسوم 88-131 المتعلق بتنظيم علاقة الإدارة بالمواطن .

- 62- عادل بوعمران ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دراسة تشريعية ، فقهية و قضائية ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر طبعة 2010، ص 79 .
- 63- أنظر المادة 832 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 64- قرار مجلس الدولة رقم : 4945 المؤرخ في : 2002/12/17 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 3 ، 2003 ، ص 99 و ما بعدها .
- 65- أنظر المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- 66- أنظر المواد 15، 815، 819، 827 و 905 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- 67- د- حسين فريجة ، المرجع السابق ، ص 200 .
- 68- د- أبو بكر صالح بن عبد الله ، المرجع السابق ، ص 405 .
- 69- د- عمار عوابدي ، المرجع السابق ، ص 122.



## حرمة الحياة الإنسانية بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (إشكالية تطبيق وتدويل الحريات العامة وحقوق الإنسان)



من إعداد الباحث : الأستاذ الطاهر يعقور

مكلف بتدريس مقياس القانون الدولي العام

جامعة خميس مليانة، الجزائر yaker77@hotmail.com

مقدمة :

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذُ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، أما بعد :

فإن موضوع الحريات العامة وحماية حقوق الإنسان من الموضوعات الشائكة التي لم يتم الحسم فيها بعد، رغم العديد من الملتقيات والندوات العلمية الوطنية والإقليمية والدولية التي نظمت حول هذه الموضوعات، والتي لم تصل إلى اتفاق بشأن العديد من المفاهيم ذات الصلة، وخاصة ما تعلق منها بتدويل وتطبيق الحريات العامة ومفاهيم حقوق الإنسان بمقتضى أحكام قانونية دولية تلزم أطراف المنتظم الدولي.

وإن مقياس تقدم الدول ورفيها اليوم هو مقدار ما تراعي من حريات وحقوق الإنسان الواردة في المواثيق والإعلانات الدولية، فترى دولنا تسعى جاهدة أمام العالم على أن تظهر بمظهر المراعي لهذا الاتفاقيات وما جاء فيها، وكأن الإسلام خال من هذه الحريات والحقوق لكي تستجديها من هذه الوثائق الدولية التي لم يمض على إعلانها سوى نصف قرن، في حين أقرت الشريعة الإسلامية ما هو أكمل وأوسع وأشمل من هذه الحقوق والحريات قبل أكثر من 1500 سنة، يقول الله تعالى : ( ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحسن تفسيراً )<sup>(1)</sup> ويقول جل شأنه : ( صبغة الله ومن أحسن من الله صبغةً ونحن له عابدون )<sup>(2)</sup>.

فقد جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام شمولية وثابتة بشأن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، تقوم على أساس الوسطية والاعتدال، حيث المساواة بين الناس والحوار والأخوة بين كافة الأمم وتحريم الرق وعدم استعباد الإنسان، فقد شملت حقوق الإنسان في الإسلام، الحقوق والحريات الخاصة الفردية، إلى جانب الحقوق الأخرى الاقتصادية

والثقافية والاجتماعية، وهو ما يعني (مقصد حفظ إنسانية الإنسان) فأدى ذلك إلى تحقيق العدل ورفع الظلم والعدوان والإفساد في الأرض، وعليه فإن حقوق الإنسان وحرياته تُعد فروض وواجبات شرعية شرعها البارئ تعالى، ولهذا لا يجوز الاعتداء عليها أو تعطيلها، أو تجاوزها أو نسخها، حيث لها حصانة ذاتية باعتبارها ضرورات واجبة للإنسان، وحرمت تفضل بها البارئ تعالى على الإنسان وأحاطها بحمايته.<sup>(3)</sup>

يقول الله تعالى في كتابه الكريم: (ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً)،<sup>(4)</sup> ويقول الله جل وعلا: (ونريد أن نمن على الذين استضعفوا في الأرض ونجعلهم أئمةً ونجعلهم الوارثين)<sup>(5)</sup>.

ومن سوء حظ المسلمين أن تراثهم الإسلامي، بما يحويه من كنوز تركز على الإنسان بالدرجة الأولى ضائع في زحمة الهيمنة الأجنبية وإتباع منهاج وتشريعات الغرب وعدم الثقة في النفس، والخلافات المذهبية المقيتة التي يشهدها العالم الإسلامي، منذ وفاة رسول الله (ص) وحتى اليوم، ولقد بلغت أمتنا من الانحدار درجة بحيث إذا أراد الإنسان أن يضرب مثلاً لأخيه المضطهد المقهور، يشير إلى الإنسان في الدول الإسلامية والعربية، إن كنوز الشريعة الإسلامية التي تحمل أروع صور تكريم الفرد والجماعة والبشرية جمعاء ضاعت بفعل التعصب الأعمى الذي كان ولا يزال يدفع أبناء كل مذهب إلى التركيز على ما من شأنه دعم متبنياتهم وتفنيد صحيح الآخر، وهكذا لم يول المسلمون هذا الجانب - حقوق الإنسان وحرياته - في التراث الإسلامي الأهمية اللازمة، حتى صار كالجوهرة التي تقرر في الطين بانتظار اليد التي تنتشلها وتعرف قيمتها.

### المطلب الأول: تدويل وتطبيق حقوق الإنسان في المجتمع الدولي المعاصر:

إن التطور المادي المذهل الذي وصل إليه الغرب لم يرافقه أي تطور أخلاقي أو روحي مواز له، بل على العكس من ذلك، فالدين لم يعد له أي أثر في حياة الفرد، وأصبحت المادة والسيطرة المادية والاقتناء المادي هو الإله الذي يعبد، والمفاهيم الأخلاقية قد تغيرت، وأكثر ما كان فضيلة صار شيئاً رجعيّاً متخلفاً، وقد أبيضت المحرمات إلا قليلاً، فالأسرة قد تفككت وأصرها والرابطة الزوجية قد انحلت وعاطفة الآباء والأمهات تجاه أبنائهم قد جفت ورحمة الأبناء بأبائهم قد فقدت، وسادت علاقة السفاح بين الرجال والنساء وتغيرت المصطلحات، فالحب بمعناه السامي لم يعد له وجود وحل محله في المصطلح العلاقات المحرمة.

### الفرع الأول: مفهوم حقوق الإنسان:

يشير مصطلح "حقوق الإنسان" ببساطة إلى الحقوق التي يعتقد أن كل البشر ينبغي أن يتمتعوا بها لأنهم آدميون وينطبق عليهم الشرط الإنساني، أي أن هذه الحقوق ليست منحة من أحد، ولا يستأذن فيها من السلطة، وهذه الأخيرة لا تمنحها ولا تمنعها، فبينما قد تختلف الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى، فإن الحقوق الطبيعية والمقررة "للإنسان" هي استحقاقات لا لبس ولا غموض حولها في القانون الوطني والدولي، ومن ذلك على سبيل المثال حق الإنسان في الحياة، وحرية الفكر، وحقه في المأكل، والملبس، والمسكن، وحقه في محاكمة عادلة... إلخ من الحقوق.<sup>(6)</sup>

ويزعم الفرنسيون أنهم أول شعب أعلن حقوق الإنسان، ففي عام 1789 حين تسلم رجال الثورة الحكم في فرنسا، نشروا بيان حقوق الإنسان والمواطن تحقيقاً للمثل العليا والمبادئ الرفيعة التي دعا إليها الفلاسفة الفرنسيون، ثم جعلوا هذا البيان مقدمة للدستور الفرنسي عام 1791، وبذلك أضفوا عليه صبغة قانونية متميزة، وقد لخصوا حقوق الإنسان في ثلاث كلمات: (الحرية) (المساواة) (الأخوة)، أما الأمريكيان فيزعمون أنهم أصحاب حقوق الإنسان، وأن الفرنسيين ليسوا إلا مقلدين لهم، وحثتهم قوية لأن وثيقة إعلان الاستقلال تحمل تاريخ 1776، وقد جاء في مقدمة الوثيقة التي وضعها ممثلو الولايات المتحدة الأمريكية (إننا نعد الحقائق التالية من البديهيات: خلق الناس جميعاً متساوين، وقد منحهم الخالق حقوقاً خاصة لا تنتزع منهم، (الحياة، والحرية، والسعي وراء السعادة).<sup>(7)</sup>

ويتمثل المصدر الرئيس لأفكار حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في العالم الحديث في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10/ديسمبر 1948، وفي عام 1966 اعتمدت الأمم المتحدة وثيقتين دوليتين تركزان على الحقوق التي نودي بها في الإعلان العالمي، وهما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وهذه الوثائق المشار إليها تعرف معاً "بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان"<sup>(8)</sup>.

الفرع الثاني: سنتطرق لدراسة موجزة لأهم هذه الحقوق والتي نذكر منها:

1 - الحق في الحياة: من بين أهم الحقوق التي تحظى بالاحترام في الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، الحق في الحياة وهو أثن ما يملكه الإنسان، فلا يجوز لأحد أن يعتدي عليها بغير حق وهذا الحق مرتبط ارتباطاً وثيقاً بحقوق أخرى كالحق في العيش بحرية وكرامة، لقد نصت المواثيق الدولية على هذا الحق، فنص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: " كل إنسان له الحق في الحياة، الحرية والأمن".<sup>(9)</sup>

2 - الحق في الأمن والحرية الشخصية: وهو حق الإنسان في السلامة والحماية من الاعتداء بالقبض عليه أو حبسه تعسفاً، وحقه في أن يكون حراً من كل استرقاق، كما يضاف إلى ذلك حق الإنسان في ألا تتعرض أمواله للسطو والسلب والسرقة، وحقه في سلامة عرضه وكرامته وحرمة مسكنه، وحماية هذه الحقوق هي التزام على عاتق السلطة الحاكمة التي من واجبها حماية رعاياها والرعايا الأجانب المتواجدين فوق إقليمها، وعلى هذا نجد أن أكبر ما يثير قلق المجتمع الدولي اليوم هي مشكلة التعرض للتعذيب والآلام والمعاملة الوحشية والتجارب الطبية والعلمية التي يتعرض لها الشخص دون إرادته.<sup>(10)</sup>

والتعذيب عبارة عن شكل خطير وتصرف لا إنساني من أشكال العقوبات والمعاملات الوحشية ويعتبر جريمة في حق الكرامة الإنسانية، وهو ما نصت عليه المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان مثل الإعلان العالمي لسنة 1948، والاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية إضافة إلى الاتفاقيات الإقليمية ومن أهمها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، وفي هذا الإطار نصت المادة (47) من الدستور الجزائري على منع إيقاف متابعة واحتجاز أي مشبوه خارج الحالات المحددة قانوناً، وحددت المادة (48) منه ضمانات إضافية بأن أخضعت إجراء التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية وحددت مدته، بـ 48 ساعة كما منحت للشخص المعني بهذا الإجراء حق الاتصال فوراً بأسرته.<sup>(11)</sup>

وإن توافر الأمن والحماية للإنسان حق من حقوق الإنسان منذ القديم، ولا يقتصر الأمن على حماية النفس من الاعتداء عليها فحسب، بل يدخل في معنى الأمن أمور كثيرة جامعها (الخوف) من جهة ما، تسبب القلق الحياتي للإنسان، فالحصول على الحقوق الحياتية، من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن وتعليم وتطبيب، تدخل في معنى الأمن، وتحقيقاً لهذا المسمى فقد عمدت بعض الدول، ومن بينها الجزائر، إلى إدخال ما يسمى (الأمن الغذائي) في برامجها، وذلك لتوفير الغذاء، وإدخال ما يسمى (بالضمان الاجتماعي) لتوفير التطبيب.<sup>(12)</sup>

أما التدليل على حقوق الأمن للإنسان بمعناه الواسع، فإن الله، قد من على أهل قريش بأن أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف،<sup>(13)</sup> لأن الشارع الحكيم قد آمنهم من كل خوف على مصالحهم جميعاً، وخاصة على تجارتهم في رحلتي الشتاء والصيف.

**3 - الحق في التنقل :** يقصد بها أن يكون لكل فرد حق الانتقال من مكان لآخر سواء داخل الدولة الواحدة أي ضمن حدودها الإقليمية البرية، الجوية والبحرية، أو من دولة إلى أخرى غير مقيد ولا يخضع في ذلك لأي مانع إلا ما يفرضه القانون من قيود لأسباب أمنية وأمن الدول أو الأفراد، أو لأسباب متعلقة بالصحة العامة وأسباب اقتصادية وسياسية بالنسبة للمواطن داخل إقليم دولته، فالقاعدة العامة أن حقه في التنقل مطلق، لكنه قابل لتقييد كعقوبة تبعية في بعض الجرائم، كما يحدث مثلاً في حالة إعلان الطوارئ وانتشار الأوبئة الفتاكة.<sup>(14)</sup>

وقد تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان النص على هذا الحق في المادة (13) منه، كما أشار إليه الدستور الجزائري في المادة (44) منه التي تنص على أنه: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته، أو أن ينتقل عبر التراب الوطني، حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له".

**4 - سرية المراسلات :** ومضمونها عدم جواز مصادرة سرية المراسلات بين الأفراد لما يتضمنه ذلك من اعتداء على حق ملكية الخطابات المتضمنة لهذه المراسلات ولما في ذلك من انتهاك لحرية الفكر واحترام الحياة الخاصة للأفراد وأسرارهم، ولحق بالمراسلات الكتابية كوسيلة تقوم مقامها، كالمكالمات الهاتفية والبريد الإلكتروني الشخصي على شبكات الانترنت، والتي يحضر التصنت عليها كقاعدة عامة، واستثناءً إذا هدد أمن الدولة كحالة الحرب والفتن والعمليات الإرهابية، وأيضاً حالات التحقيق القضائي وداخل المؤسسات العقابية ومراكز إعادة التربية والتأهيل الاجتماعي أين يحق للإدارة أن تراقب، الرسائل الواردة والخارجة من هذه المؤسسات.<sup>(15)</sup>

وقد أشار إلى هذا الحق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته (12)، كما نص عليه الدستور الجزائري في نص المادة (23) فقرة 02 منه.

### الفرع الثالث : التناقض الغربي بشأن حماية وتطبيق الحريات العامة وحقوق الإنسان :

إن السياسة الغربية في التعامل مع دول العالم الثالث في مجال حقوق الإنسان لم تتغير على مدى الخمسين سنة الماضية، وما الحملة التي تشنها الدول الغربية على هذه الشعوب بشأن الديمقراطية وحقوق الإنسان إلا محاولة منها لإعادة تشكيل السلبية والطاعة المطلوبة من الشعوب والأمم وفق صيغ وأشكال جديدة لاعتماد شرعية التدخل في

الشؤون الداخلية للدول، والذي يشكل في نظرنا عدوانا على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواثيق الدولية المتضمنة لهذه الحقوق وجناية على القانون الدولي وعلى الإنسانية جمعاء.

إن نظرة واعية لواقع حقوق الإنسان في عالمنا المعاصر، وخاصة في الغرب، تبين بجلاء فشل الحضارة الغربية المعاصرة في عطائها للإنسانية في مجال حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فالغرب في ظل قوانينه الوضعية المجردة من الجانب الروحي، يتخبط اليوم في مستنقع الجريمة والانتحار والاستبداد والعنصرية، وما للجرائم المرتكبة في قلب أوروبا ضد المسلمين إلا دليل على ذلك، فقد مارست العديد من الأنظمة الغربية أعمالاً إجرامية في حق الشعوب استناداً إلى قوانين كانت هي من وراء وضعها، كنص المادة (22) من عهد العصبة الذي أباح للغرب استعمار الشعوب الضعيفة، أو بواسطة هيئات دولية أنشأتها كهيئة الأمم المتحدة التي تحولت منذ 1990 إلى منبر يسمح بتجويع الشعوب، وتوقيع العقوبات الاقتصادية وشن الحرب عليها،<sup>(16)</sup> وهذه النظرة التمييزية الغربية لحقوق الإنسان تتخذ أوجه عدة، مثل:

- انتهاج سياسة السيطرة الغربية خلال فترة الاستعمار وما بعدها، حالة فلسطين والعراق.

- انتقاص حقوق الأقليات المنحدرة من أصل غير غربي، حتى لو حملت جنسية الدول الغربية، كما هو الأمر بالنسبة للمسلمين في أوروبا وأمريكا وحتى دول آسيا.

- وجود القواعد العسكرية الغربية إلى يومنا هذا في دول العالم الثالث، ومن بينها الدول العربية كالسعودية ودول الخليج وجيبوتي، والتي يقصد منها فرض الهيمنة السياسية على تلك الدول ومنع شعوبها من ممارسة حقوقها السياسية والاقتصادية.

- اتخاذ مواقف متحيزة وأحياناً أخرى معادية ضمن هيئات الأمم المتحدة والهيئات الدولية والإقليمية ضد الشعوب غير الغربية.<sup>(17)</sup>

- تدويل مفاهيم الإباحية والانهلال الأخلاقي والفكري تحت غطاء الحريات العامة في العلاقات الأسرية والاجتماعية وحتى الإنسانية.

- اتخاذ البشر كفئران للتجارب الطبية والعلمية وإجراء تعديلات خلقية على الإنسان الذي كرمه الله تعالى .

وإن فشل المجتمع الدولي في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في وقت الأزمات ينذر بالكثير من العواقب، وبصورة خاصة بعد تصاعد انتهاكات حقوق الإنسان في الولايات المتحدة وأوروبا وبقية أنحاء العالم، مثل الاحتجاز القسري، المحاكمات العسكرية وترحيل المشتبه فيهم بالتعاطف مع الإرهاب، ولقد أعرب مقرر الأمم المتحدة الخاص عن قلقهم إزاء الانتهاكات التي يتعرض لها المدافعون عن حقوق الإنسان والمهاجرون وطالبو اللجوء السياسي واللاجئون والأقليات الدينية والعرقية والنشطاء السياسيون والعاملون في مجال الإعلام، كذلك تصاعد العنف بين الهند وباكستان، والمزيد من التدهور في الأراضي الفلسطينية المحتلة والتشويه الذي تتعرض له القضية الفلسطينية على يد الدعاية الأمريكية التي تنزع الشرعية عن حق مقاومة الاحتلال والدفاع عن النفس وتصمهم بالإرهاب.

- تفاقم انتهاكات حقوق الإنسان في جميع أنحاء العالم بدعوى مكافحة الإرهاب.

- استخدام الحرب على الإرهاب كوسيلة لإحكام قبضة الدولة وزيادة استخدام العنف في بعض الصراعات القائمة في سوريا العراق وفلسطين وأفغانستان على سبيل المثال.

- ازدياد رقابة الدولة واستمرار القيود المفروضة على حرية التعبير.

وإن تجاهل القانون الدولي وانتهاكات حقوق الإنسان التي ترتكبها الولايات المتحدة وحلفاؤها على المستويات المحلية سوف يشجع الدول الأخرى على الإقدام على انتهاك حقوق الإنسان، ولو أمعنا النظر لوجدنا أن الغرب قد وضع لنفسه مقاييس لا يعترف بها لغيره ويريد فرضها على النظام العالمي، فهو يكيل بمكيالين فيعتبر مقاومته للنازية والفاشستية في الحرب العالمية الثانية مشروعة بكل الأساليب، بما فيها استخدام العنف والأسلحة المحرمة دولياً، أما المقاومة للاستعمار والاحتلال والعنصرية والصهيونية فهي غير مشروعة، ولهذا فهي إرهاب في نظر الغرب إذا اتسمت بالعنف.

إن إطلاق مصطلح (الإرهاب الدولي) على أعمال النضال في سبيل التحرر من الاستعمار والاحتلال والسيطرة والعنصرية والصهيونية والظلم الاجتماعي، هو تعميم غير عادل من وجهة نظر القانون الدولي وما أقرته الأمم المتحدة من حقوق ثابتة للشعوب، ومن هذه الحقوق حق تقرير المصير والاستقلال، فإذا كان لا بد وأن يُبحث موضوع الإرهاب ويُناقش دولياً، فلا بد - أيضاً - أن يُبحث موضوع حق الدفاع عن العقيدة والأرض والنفس والكرامة وحق الشعوب في تقرير مصيرها، وإذا كان الإرهاب يحظى بمثل هذه الأهمية - من وجهة النظر الغربية - فإن موضوع الجهاد والكفاح لنيل الحقوق المشروعة والمعترف بها إسلامياً ودولياً لا يقل أهمية - من الناحية القانونية - عن الموضوع الأول وإذا كان هناك إرهاب حقاً فلماذا يُصرّ على نوع واحد من الإرهاب، وهو إرهاب المواطنين، ولا يشار من قريب أو بعيد إلى إرهاب الحكومات والدول، وهو إرهاب تفوق خطورته الإرهاب الأول الذي لا يصح تسميته بالإرهاب؟<sup>(18)</sup>

وإن تكريس مبدأ الانتقام من الشعوب الإسلامية والأمم التي لا تظهر سياسة الولاء للغرب أصبح من ثوابت السياسة الغربية والأمريكية ودفع قادة دول الغرب في كثير من المواقف إلى العدوان وشن الحرب وفرض سياسة الاحتواء والحصار والعزلة الدولية والعقوبات الاقتصادية على الدول الأخرى، الأمثلة هنا لا حصر لها، كما هو في حالات شن الحرب والعدوان العسكري ضد أفغانستان والعراق وليبيا وحروب إسرائيل المتحالفة مع أمريكا ضد العرب والمسلمين والتدخل العسكري المستمر في دول أمريكا اللاتينية وإفريقيا وحصار كوبا وكوريا الشمالية وإيران، رغم كل ذلك التاريخ المخزي فإن الدول الغربية راحت تنصب نفسها، رغم كل جرائمها وصية على السلام العالمي والتحرر واحترام حقوق الإنسان والديمقراطية وفرض "الشرعية الدولية" تحت مظلة الأمم المتحدة.

المطلب الثاني : حقيقة الإنسان وحرياته في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول : حقيقة الإنسان في الشريعة الإسلامية.

لقد بين لنا القرآن الكريم والسنة النبوية أن الإنسان كائن مخلوق من قبضة من طين الأرض ونفخة من روح الله تعالى، قال تعالى : ( إذ قال ربك للملائكة إني خالق بشراً من طين فإذا سويته ونفخت فيه من روحي فقعوا له ساجدين)،<sup>(19)</sup> فالإنسان بتركيبته المادية يشارك الكائنات الحية الأخرى في الدوافع الفطرية والشهوات، ووجود هذه الدوافع يجعله يحافظ على ذاته ونوعه، ولكنه يتميز عن بقية الكائنات بالعقل الذي يستطيع به أن يحقق هذه الدوافع والشهوات بطرق مشروعة، بل إن العقل يرقى بحياة الإنسان ويصله بمقائيق الكون الكبرى،<sup>(20)</sup> قال الله تعالى : ( والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئاً وجعل لكم السمع والأبصار والأفئدة لعلكم تشكرون)،<sup>(21)</sup> وبتركيبته الروحية يستطيع الاتصال بخالق هذا الوجود الذي لا تدركه الحواس ولا تحيط به العقول، وقد وازن الإسلام بين مادية الإنسان وروحانيته حتى لا يطغى جانب على آخر، لأن الإخلال بهذا التوازن يؤدي إلى مساس بالحقوق والحرريات سواء أكانت فردية أم جماعية.<sup>(22)</sup>

ويؤكد التصور الإسلامي، أن ميزان التكريم يعتمد على الارتباط العقائدي للإنسان، حيث أن منزلة التكريم تحددها تقوى الإنسان وقبوله هداية الرسل ومنهج الوحي، وفي ذلك يقول الله تعالى : ( لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم ثم رددناه أسفل سافلين إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات)،<sup>(23)</sup> كما يقول الرسول ع: (إن الله تعالى أذهب عنكم عيبة الجاهلية وفخرها بالآباء، إنما هو مؤمن تقي، أو فاجر شقي، الناس بنو آدم وآدم خلق من تراب).

وبناءً على ما سبق، فإن التصور النافع والسليم والصحيح لمصطلح حقوق الإنسان وحرياته في الشريعة الإسلامية، يقوم على الفطرة الربانية التي فطر عليها الإنسان دون غيره من مخلوقات الله تعالى ، والتي تمثلت في استخلاف الخالق للإنسان على الأرض وإقامة شرع الله عليها تحقيقاً للعدل الشامل، وبهذا الاستخلاف كرم الله تعالى بنى الإنسان جميعاً دون تمييز بينهم، على هذا الارتباط العقائدي الذي يحقق تقوى الإنسان من منطلق قبوله هداية الرسل ومنهج الوحي الرباني، فهو، أي الإنسان إما مؤمن تقي أو فاجر شقي.<sup>(24)</sup>

ويرى الدكتور والمفكر الإسلامي محمد عمارة أن الحرية الإنسانية - بالمعنى الفردي والجماعي والاجتماعي - في عرف الإسلام واحدة من "الضرورات" وليس فقط الحقوق اللازمة لتحقيق إنسانية الإنسان، " بل إننا لا نغالي إذا قلنا إن الإسلام يري في الحرية الشيء الذي يحقق معنى الحياة للإنسان، فيها حياته الحقيقية وبفقدتها يموت حتى ولو عاش يأكل ويشرب ويسعى في الأرض كما هو حال الدواب والأنعام".

والذين يتأملون اهتمام الإسلام بالتحريير التدريجي للأرقاء في المجتمع الذي ظهر فيه، يدركون الإنجاز الإحيائي الذي صنعه هذا التحريير ، الذي كان مصرفاً من مصارف الأموال العامة للدولة الإسلامية، فضلاً عن كونه قرينة إلى الله وكفارة لذنوب من يذنب من المسلمين.<sup>(25)</sup>

والتصرف وفق الهوى ليس اختياراً ولا حرية، وإنما هو تغليب لجانب من جوانب تكوين الإنسان على الآخر، فمنع الإنسان من متابعة الهوى والشهوة ليس منعاً للحرية، وإنما ضبط لمكونات الإنسان لكي لا يتغلب أحدهما على

الأخر، وقد صرح الحديث النبوي الشريف بتسمية الحرية لإتباع الهوى والشهوات بالعبودية في قوله: (تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد القطيفة وعبد الحميص، إن أعطى رضي وإن لم يعط لم يرضى)،<sup>(26)</sup> فانقلبت الحرية إلى العبودية وهو عكس المطلوب.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية لتصحيح مفهوم الحرية، فجوهر الحرية هو القدرة دون عائق على أداء الواجبات وتحمل المسؤوليات، والقدرة على تعبيد النفس للحق والقيام بأعباء الاستحلاف والعمران على طريق الحق والعدل والإحسان، وليس من الحرية في شيء تخفي الأحكام الشرعية والإخلال بالحقوق والمسؤوليات والسعي في الأرض بالظلم والفساد.<sup>(27)</sup>

فالله جل شاناه قد ميز الإنسان عن بقية مخلوقاته وأكرمه ويسر له وسائط الانتقال ووفر له الرزق، ولذا فإن الرؤية الإسلامية لحقوق الإنسان لا تنطلق فقط من حق الإنسان وحده، ولا مما تقرره المجموعة البشرية، ولكن تنطلق من إقرار الله تعالى لهذه الحقوق والطلب من المؤمنين الالتزام بها، بل فرض سبحانه وتعالى عقوبات دينية وأخروية على من يخالف ذلك ويتعرض للإنسان، ونلاحظ أن مفهوم (التكريم) الذي أشارت إليه الآية الكريمة لم يحدد فئة معينة لهذا التكريم، كأن يكونوا من عنصر أو جنس أو لون معين، بل لم تشر الآية إلى عقيدة الإنسان، وإنما أشارت إلى كونه إنسان مكرم لذاته الإنسانية، كما أن الرؤية الإسلامية لحقوق الإنسان تنطلق من كونه إنسان مستخلفاً من الله تعالى لعمارة الأرض.<sup>(28)</sup>

وبناءً عليه، فإن مركز الإنسان في الكون تجاه سائر الخليقة المسخرة له، من السموات والأرض وما بينهما تسخييراً واقعياً لا وهمياً ولا مفترضاً، لأن وجود الإنسان على هذا الكون وتصرفه فيه، بل وفي أجواء فضائه الخارجي ليس أمراً خيالياً، وذلك تمكيناً له من أداء مهمته الكبرى التي رسمتها وأوجبتها وحددت مسارها ووسائلها أمانة التكليف التي هو محورها، عبودية خالصة لله عزوجل وإصلاحاً وعمارة للدين، وإقامة العدل المطلق في جنباتها حقاً إنسانياً مشتركاً بين جميع البشر، بما يحقق مصلحته الذاتية والمصلحة الإنسانية العليا معاً، وهذا هو تفسير حق الله تعالى الذي هو عنصر جوهري في كل حق من حقوق الإنسان وحرياته.<sup>(29)</sup>

### الفرع الثاني: أصول الحريات العامة وحقوق الإنسان في التشريع الإسلامي.

الحياة أول حق جعله الله للإنسان، فهي من الحقوق المقدسة في الإسلام بحيث لا يحق لأحد التجاوز على حق غيره في الحياة، فقد اعتبر الإسلام الاعتداء على حياة إنسان واحداً بمثابة الاعتداء على حقوق جميع الناس، فحول هذا الأمر ورد في القرآن الكريم قوله: (من قتل نفساً بغير نفس أو فساداً في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً).<sup>(30)</sup>

إن هذا التشديد على احترام حق الحياة، لم يكن ليشمل جانب الغير فقط وإنما ينال صاحب الحياة ذاته أيضاً؛ فليس من حق الإنسان التنازل عن حقه في الحياة، أما الحق الآخر للإنسان فحقه في حياة حرة كريمة، ولا يجوز لأحد كائناً من كان استرقاقه، فالحرية هي الإبلاحة التي تمكن الإنسان من الفعل المعبر عن إرادته في أي ميدان من ميادين الفعل أو الترك وبأي لون من ألوان التعبير، وكما أن الإسلام لا يبيح لأحد استرقاق غيره والاعتداء على حرته، وكذلك لم يجز للإنسان التنازل عن حرته، ولقد جعل الإسلام حق الحرية بمثابة حق الحياة في المقام الأول، لذلك تجد



القرآن يجعل كفارة من قتل إنساناً مؤمناً خطأً تحرير رقبة مؤمنة التي تعادل الإحياء أما من قتل إنساناً مؤمناً عمداً فإن هذه لا يمكن أن تكون كفارته.<sup>(31)</sup>

وأما الحق الآخر من الحقوق والحريات الشخصية فهو حق الإنسان في الأمان على شخصه؛ فلا يحق لأحد تعذيبه واعتقاله دون وجه حق؛ فالدين الذي يفرض على الوالدة فيما لو ضرب ابنه بحيث يتسبب في اضرار الجزء المضروب، فإن منعه الإنسان تعذيب غيره أولى، والشريعة التي تعترف للجنين الذي لا زال في بداية تكوينه بالشخصية بحيث تحفظ له جميع حقوقه لحين ولادته هي أحرص على أن تقر للإنسان المولود بالشخصية القانونية.

أما المساواة أمام القانون فقد ورد بشأنها قول رسول الله (ﷺ): (الناس سواسية كأسنان المشط) وقول الإمام علي (ع): (والله لقد رأيت عقيلاً وقد أملق حتى استمأخني من بركم صاعاً ورأيت صبيانه شعث الشعور غير الألوان من فقرهم كأنما سودت وجوههم بالعظم، وعاونني مؤكداً وكرر علي القول مردداً، فأصغيت إليه سمعي، فظن أنني أبيع ديني..)

وفيما يتعلق بحرية الرأي لم يضع الإسلام خطوطاً حمراء لا يسمح للفرد بتجاوزها، ويكفي دليلاً على ذلك ما ورد عن النبي الأكرم (ﷺ) في القصة التالية:

فقد روي أن أحد الشعراء جاء إلى النبي (ﷺ) وقال له: (أنا آتي بخير من القرآن).

فعلى الرغم من أن هذا الرجل تحدى أصدق وثيقة إلهية في العالم، لم يقف الرسول (ﷺ) بوجهه، وإنما أجابه قائلاً: هات ما عندك. فقال: دنت الساعة وانشق القمر لغزال فرمني ونفر، فأجابه الرسول (ﷺ) قائلاً: كلامك جميل ولكن كلام الله أجمل، هذا بالنسبة لحرية الرأي، أما بالنسبة لحرية الفكر فقد أكد القرآن الكريم عليها تأكيداً منقطع النظر؛ فلم تخل سورة من سوره المباركة من قوله تعالى: (أفلا يتفكرون) (أفلا يعقلون).

وإن حرية الفكر ليست سلوكاً محددًا ولكنها منظومة متعددة الجوانب، المقصود بها أن يستطيع عقل الإنسان تدبر أمور الحياة وموقفه منها، بدون قيود صارمة وقوالب مفروضة،<sup>(32)</sup> إن الإسلام يريد إنساناً مبدعاً، وما لم تكن هناك حرية للفكر فلا يمكن أن تتولد عملية الإبداع؛ لذا أكد الإسلام على حرية الفكر بحيث ذم الإنسان المعطل لعقله، المقلد لغيره فيما لا يجوز التقليد فيه.

وفي السنة العاشرة من الهجرة (632م) حج النبي (ﷺ) حجة الأخرى وفيها خطب الناس (خطبة الوداع)، وكان الدين قد اكتمل وبلغ النبي ما أنزل إليه من ربه، فلما أكمل الرسالة أحس بدنو الأجل، فخاطب الأمة بالكلمات الجامعة التي ضمنها هذه الخطبة، والتي شملت الكثير من العبارات التي قننت الحريات والحقوق المدنية والاجتماعية لأمة الإسلام وللبشرية جمعاء، ففيها تحدث النبي الأكرم (ﷺ) عن قرار الشريعة الإسلامية بأخوة المؤمنين (إنما المؤمنون أخوة) وبالمساواة الإسلامية التي شرعت (الأمة الإسلامية)، منذ ذلك التاريخ البعيد وفيها، "أيها الناس إن ربكم واحد، كلكم لأدم وأدم من تراب، إن أكرمكم عند الله أتقاكم، وليس لعربي على أعجمي فضل إلا بالتقوى والعمل الصالح".

وفي هذه الخطبة أكد الرسول الأعظم محمد<sup>ع</sup> على مساواة النساء للرجال في الحقوق والواجبات، وأوصى بهن خيراً، بل وبدأ بذكر حقهن على الرجال لما كن عليه من ضعف بالقياس على الرجال وحق الرجال على النساء، "العقد الإنساني الإسلامي" المنظم والحاكم لعلاقات الجنسين إحداهما بالآخر، (إن لنسائكم عليكم حقاً، ولكم عليهن حق).<sup>(33)</sup>

إن الاختلاف الفكري بين الغرب والإسلام في مجال حقوق الإنسان وحرياته الأساسية واضح من قراءة ديباجة الإعلان العالمي الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948، وديباجة الحريات الأساسية وحقوق الإنسان الإسلامية.

حيث تقوم حقوق الإنسان في الإعلان العالمي الصادر عن الأمم المتحدة على إرادة الجمعية العامة للأمم المتحدة، انطلاقاً من المصلحة العامة المستمدة من الأفكار المسيحية والهدف منها خلق شروط حياة اجتماعية على المستوى العالمي، فحماية حقوق الإنسان أمر أساسي "إذا أريد للبشر ألا يضطروا آخر الأمر أن يلوذوا بالتمرد على الطغيان والاضطهاد"، هذا ما تقوله ديباجة الإعلان العالمي ويضيف إلى الأهداف المقصود تحقيقها:

- تحقيق أسمى ما ترنو إليه نفوس البشر متمثلة "ببزوغ عالم يتمتعون فيه بحرية القول والعقيدة وبالتحرر من الخوف والفاقة."<sup>(34)</sup>

وإذا نظرنا إلى الإسلام وجدنا أن البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام لعام 1981، قد ذكر في ديباجته أسس حقوق الإنسان كما يلي:

"نحن معشر المسلمين... من إيماننا بأن الله تعالى ولي الأمر كله في الدنيا والآخرة، وأنه وحده يملك هداية الإنسان إلى ما فيه الخير والفلاح"،

ومع تسليمنا بعجز وقصور العقل البشري عن وضع المنهاج الأقوم للحياة مستقلاً عن هداية الله ووجيه،

نعلم هذا البيان باسم الإسلام عن حقوق الإنسان، مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، إنها حقوق شرعها الخالق I - فليس من حق بشر - كائناً من كان أن يعطلها أو يعتدي عليها.

وتذكر الديباجة الأهداف المقصود تحقيقها من هذا البيان:

- أداء أمانة البلاغ التي وضعها الإسلام في أعناقنا، سعياً من أجل إقامة حياة أفضل تقوم على الفضيلة وتنتهر من الرذيلة، يحل فيها التعاون بدل التنافر والإخاء مكان العداوة، يسودها التعاون بدلاً من الصراع والحروب، حياة يتنفس فيها الإنسان معاني الحرية والمساواة والإخاء والعزة والكرامة.<sup>(35)</sup>

كما أن الناس اليوم يتحدثون عن عقدة اللون، أو العنصرية التي ما زالت متفشية بين الشعوب الغربية التي تظهر تمسكها بحقوق الإنسان وحرياته، ولا شك أن خطبة رسول الله<sup>ع</sup> في حجة الوداع لا تدع مجالاً للشك في إنكاره الشديد لأي تمييز بسبب اللون والعنصر.

لقد قال محمدا رسول الله: ( لا فضل لعربي على عجمي، ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى، وقال مخاطباً آل بيته: لا يأتيني الناس يوم القيامة بأعمالهم وتأتوني بأنسابكم إن أكرمكم عند الله أتقاكم )، وقال ع: (الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى).<sup>(36)</sup>

ولقد أوصى عمر بن الخطاب سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهما حين ولاه على قيادة فتح العراق فقال له: (يا سعد لا يغرنك من الله أن قيل خال رسول الله، فإن الله عز وجل لا يحو السيئ بالسيئ ولكنه يحو السيئ بالحسن، فإن الله ليس بينه وبين أحد نسب إلا طاعته، فالناس شريفهم وضيعهم في ذات الله سواء، الله ربهم وهم عباده، يتفاضلون بالعافية ويدركون ما عنده بالطاعة، فانظر الأمر الذي رأيت النبي عليه منذ بعث إلى أن فارقتنا فالزمه).<sup>(37)</sup>

ولقد كفلت الشريعة الإسلامية حقوق الإنسان واحترام إنسانيته أثناء شن الحروب والنزاعات المسلحة منذ نحو أكثر من 1500 سنة، فلبدأ في الإسلام هو إحلال السلام، أما الحرب فلا تقوم إلا للضرورة، قال الله في كتابه الكريم: ( يا أيها الذين آمنوا أدخلوا في السلم كافة)،<sup>(38)</sup> والهدف الذي يُنشده الإسلام من الحرب هو حماية حقوق الإنسان مهما كان انتماء أو عقيدة هذا الإنسان، فعندما ينتهج العدو منطق القوة ويستبد بطغيانه ولا يراعي تطبيق أي قانون، عندها يوصي الإسلام بقتال هذا العدو وإعلان الحرب عليه، على أن يتوقف القتال حال استسلامه أو الكف عن عدوانه. ( فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين).<sup>(39)</sup>

والحق يقال أنه لا يوجد في التاريخ من دعا إلى الإنسانية، والحرية الشريفة، والأخوة، والتسامح، والرحمة والفضيلة، والعدل والمساواة وطبقها عملياً سوى الإسلام ورسالات الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، ويدلنا على ذلك قوله ﷺ: ( يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير )،<sup>(40)</sup> وقال تعالي في كتابه العزيز ( قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون ).<sup>(41)</sup>

وإن مسألة عدم إبراز جانب حقوق الإنسان في الإسلام، ولو جزئياً، تعود إلى أن هناك البعض من المسلمين ممن يعتبر الإسلام ديناً لا دولة، وبما أن حقوق الإنسان تتعلق في أحد جوانبها بالصعيد السياسي فقد جرى إهمال قضية إبراز هذا الجانب من الحقوق.<sup>(42)</sup>

إن حقوق الإنسان ومفاهيم الحريات العامة التي نحرص أن تسود، هي تلك الحريات والحقوق التي تحترم المبادئ والقواعد القائمة على اختلاف الأديان وإقرار العبودية لله  $\Psi$  واحترام الخصوصية الطبيعية لكل مجتمع، وعلى قيم العدل والمساواة وحفظ السلم والأمن الدولي ولا تسمح بالتجاوز على ذلك، ومن أي دولة كان هذا التجاوز أو الخرق، ولا تسمح كذلك بحالة كحالة انتهاك حقوق وحريات الأقليات المسلمة في العالم وحقوق الشعب الفلسطيني والعراقي والأفغاني الذي دفع الثمن مضاعفاً في ظل الاحتلال الأمريكي، وفي الأخير يكرم المجرمين الأمريكان والصهاينة، ويرفع شعار الحرية وحقوق الإنسان والديمقراطية على آلاف المقابر الجماعية، - هذا غير مقبول أخلاقياً وإنسانياً - لا بل سمحت الكثير من الدول لنفسها بتقديم المساعدة للأنظمة الاستبدادية والدفاع عنها رغم جرائمها الخطيرة، واليوم أيضاً يجري العبث بمصير الشعب السوري بعيداً عن مبادئ وقواعد حقوق الإنسان ومفهومها الحقيقي، حيث نجد تغييب مستمر لإرادة الشعوب ومصالحها عند اتخاذ الإجراءات وتحديد المعالجات.

ولذلك وجدنا الضرورة تدعونا للمساهمة بشكل متواضع في الكشف عن إشكالية تطبيق وتدويل الحريات العامة في ظل النظام العالمي الجديد، وتلبية الحاجة لمعرفة أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية في تقرير واحترام وكفالة حريات وحقوق البشر وإدراكها والعمل بموجبه والدفاع عنه أمام المحاولات الحمومة لفرض المفهوم الفعلي والوضعي القائم على القوة والمصالح الضيقة وغير المتكافئة، خصوصاً في هذه الظروف التي يسعى خلالها أبناء شعوب الأمة الإسلامية وغيرها من بلاد العربية وبكل جهادية أخذ زمام أمورهم بأنفسهم في ضوء الضوابط الشرعية المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة التي تحمل المفهوم الأسمى والحقيقي للحريات العامة وحقوق الإنسان.

وأخيراً وإذا كانت لنا كلمة فيما يتصل بموضوع هذا الملتقى العلمي كلها، فلعله من المستحسن أن نذهب إلى التأكيد والقول، بأن الحريات العامة وحقوق الإنسان المزيفة باتت سلاحاً فعالاً تلجأ إليه أو تمارسه العديد من الدول - وخاصة أمريكا والدول الغربية - والنظم السياسية الأخرى في النظام الدولي الراهن، وذلك بغية التأثير على المجتمعات المستهدفة والدول، - العربية والإسلامية - صديقة كانت أم عدوة، باتجاه إيجاد تقبل للأفكار والاتفاقيات والإعلانات الوضعية وتكوين قناعات تؤمن مصالحها الإستراتيجية، وهي - أي الحرية وحقوق الإنسان - استخدام مستمر للعديد من المصطلحات المتباينة وفق معطيات المصلحة والقوة، على اعتبار أن القوة تصنع القانون وتحميه، وبالتالي فهي على استعداد لخرقه وانتهاك أحكامه متى شاءت وكيفما شاءت، وصدق الله العظيم في قوله  $\Psi$ : ( ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون).<sup>(43)</sup>

قائمة المراجع :

- 1/ سورة الفرقان الآية (33)
- 2/ سورة البقرة الآية (138)
- 3/ فاروق فاتح الزعبي، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، (دراسة تحليلية مقارنة)، جامعة اليرموك، مجلة الحقوق، الأردن 2004، ص 110
- 4/ سورة الإسراء الآية (70)
- 5/ سورة القصص الآية (05)
- 6/ فيصل شطناوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، الطبعة الثانية، دار الحامد للنشر، عمان 2001، ص 17
- 7/ محمد عنجريني، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون (نصاً ومقارنة وتطبيقاً) الطبعة الأولى، دار الفرقان للنشر والتوزيع، الأردن 2002، ص 23
- 8/ فيصل شطناوي، المرجع السابق، ص 14/12
- 9/ المادة (03) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948
- 10/ غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 1995، ص 98
- 11/ المواد 47 و 48 من الدستور الجزائري سنة 1996
- 12/ إسماعيل يحي رضوان عدارية، مبادئ حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية مبنية على التكريم والعدل، مجلة كلية أصول الدين (الصراط)، السنة الثانية، العدد الثالث، سبتمبر 2000، ص 88
- 13/ سورة قريش
- 14/ إسماعيل البدوي، الحريات العامة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1981، ص 386
- 15/ حسن ملحهم، محاضرات في نظرية الحريات العامة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، الجزائر 1995، ص 56
- 16/ عمار مساعدي، خمسون سنة بعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، مجلة كلية أصول الدين (الصراط)، السنة الأولى، سبتمبر 1993، ص ب

17/ سامي أبوساحلية، حقوق الإنسان المتنازع عليها بين الغرب والإسلام، مجلة دراسات، العدد (04) المجلد (20 أ) الجامعة الأردنية، عمان 1993، ص 175

18/ سورة ص الآية (72/71)

19/نظر: عبد الرحمن العلوي، الواقع الإرهابي المعاصر، مجلة الوحدة، العدد 196، العام 1417هـ \_ 1996، ص 52

20/ محمد عبد الله ولد محمدن الشنقيطي، حقوق الإنسان والعدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 2007، ص 12

21/ سورة النحل الآية (78)

22/ محمد عبد الله ولد محمدن الشنقيطي، المرجع السابق، ص 12

23/ سورة التين الآية (6/4)

24/ عبد الرحيم سعيد التلب، الإسلام وحقوق الإنسان، دراسات إستراتيجية، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان السودان، ص 13

25/ أنظر: محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار عالم المعرفة، الكويت 1985، ص 19

26/ ابن ماجه، السنن، الجزء الثاني، ص 1386

27/ شويش المحاميد، العلاقة بين الأمن والحرية في الإسلام، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد (34) عمان 2007، ص 631/630

28/ راجع: عثمان عبد المالك ، حقوق الإنسان وضماداتها (دراسة مقارنة في دساتير الخليج والاعلانات العالمية وأصول هذه الحقوق في الإسلام)، دراسات الخليج والجزيرة العربية العدد (18)، ص 134

29/ محمد فتحي الدريني، أصول حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي، مجلة التراث العربي، ص 25

30/ سورة المائدة الآية (32)

31/ محمد عمارة، الإسلام والأمن الاجتماعي، الطبعة الأولى، دار الشروق - القاهرة 1998 ص 84/83

32/ رفيق حبيب، المقدس والحرية، الطبعة الأولى، دار الشروق - القاهرة، 1998 ص 34

33/ محمد عمارة، الإسلام وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 138

34/ سامي أبوساحلية، المرجع السابق، ص 178

35/ البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام، نشره المجلس الإسلامي الأوروبي في لندن بتاريخ 19 سبتمبر 1981

36/ حديث نبوي شريف متفق عليه

37/ رواه البخاري

38/ سورة البقرة، الآية (29)

39/ سورة البقرة، الآية (193)

40/ سورة الحجرات الآية (13)

41/ سورة آل عمران الآية (64)

42/ حيدر البصري، من حقوق الإنسان في الإسلام، مجلة النبأ، العدد (63) لعام 2004، ص 58

43/ سورة البقرة، الآية (42)

## دور المجتمع المدني في دعم المشاركة السياسية للمرأة في الدول العربية



ذ. بولقواس سناء كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل - الجزائر

مقدمة :

لموضوع المشاركة السياسية للمرأة أهمية كبيرة باعتبارهم أحد أوجه المشاركة في عملية التنمية الشاملة والمستدامة، وقد كان للثورة الصناعية الأثر البالغ في إشاعة المشاركة السياسية لأن هذه الأخيرة كانت فيما سبق مقتصرة على النخبة، وقد أصبح مفهوم المشاركة السياسية اليوم أكثر تداولاً ويلعب دوراً هاماً في إرساء قواعد الحكم الراشد وأحد معايير التنمية المستدامة في الدولة.

المرأة تشكل نصف المجتمع ومشاركتها في الحياة العامة مرتبط بالمجتمع الذي تتواجد فيه، والحديث عن مشاركتها لم يعد بذلك مجرد بحث عن حقوق على النمط الغربي أو بحثاً عن الترف، بل هو حتمية وضرورة ملحة يتعين التعامل معها، ودراستنا في هذه المداخلة مقتصرة فقط على المشاركة السياسية دون غيرها، ومفهوم المشاركة السياسية يؤدي دوراً هاماً في تطوير آليات وقواعد الحكم الراشد، كمفهوم بات قيد التداول السياسي في الوقت الراهن، ويحتل موضوع المشاركة السياسية للمرأة مركزاً هاماً في الدراسات في دول العالم الثالث باعتبارها أكثر فيئات المجتمع تهميشاً.

لقد قامت العديد من الهيئات الدولية الممولة للنشاط التنموي في دول العالم الثالث بطرح العديد من البرامج الواسعة النطاق من أجل تمكين المرأة في مختلف جوانب الحياة: الاجتماعية والاقتصادية وكذا الحقوقية والسياسية، وحتى تتمكن المرأة من ممارسة حقوقها السياسية والوصول لما وصلت إليه اليوم ناضلت كثيراً حتى مكنتها نظمها القانونية وكذا المواثيق والاتفاقيات الدولية من هذا الحق وغيره، ومع هذا ظلت المشاركة السياسية للمرأة دون المستوى المطلوب وهنا بدأ التوجه لمؤسسات المجتمع المدني لدعم المشاركة السياسية لها.

وسنحاول من خلال دراستنا في هذه الورقة البحثية إبراز العلاقة القائمة بين المجتمع المدني والمشاركة السياسية بصفة عامة ومشاركة المرأة بصفة خاصة، محاولين الإجابة عن الإشكالية التالية: ما هو واقع ومعوقات المشاركة السياسية للمرأة في الدول العربية؟ وما هو الدور الذي يؤديه المجتمع المدني ومؤسساته فيها لدعم المشاركة السياسية



للمرأة؟ فإن كانت العلاقة بين المشاركة والتنمية هي علاقة تكاملية فإن علاقة المجتمع المدني معهما هي علاقة عضوية، فلا وجود لعملية تنمية دون مشاركة ولا مشاركة دون مجتمع مدني.

ولإبراز دور المجتمع المدني في دعم المشاركة السياسية للمرأة سنقوم باستعراض تعريف كل من المجتمع المدني والمشاركة السياسية أولاً، ثم نقوم باستعراض واقع المشاركة السياسية للمرأة ومعوقاتهما، وفي الأخير نبين الدور المتوقع من المجتمع المدني في دعم المشاركة السياسية للمرأة وذلك كالتالي:

أولاً: الإطار المفاهيمي (مفهوم المجتمع المدني والمشاركة السياسية).

ثانياً: المشاركة السياسية للمرأة الواقع والمعوقات.

ثالثاً: منظمات المجتمع المدني ودورها في تعزيز المشاركة السياسية للمرأة.

أولاً: الإطار المفاهيمي (مفهوم المجتمع المدني والمشاركة السياسية):

شهدت العقود القليلة الماضية بروز عدة مصطلحات جديدة ذات الدلالة على قاموس الفكر والسياسة والمجتمع، رغم الاختلافات الكثيرة بين أنصارها ومعارضيه... الخ، وأحد هذه المصطلحات هو مصطلح المجتمع المدني الحديث، وما يرافقه من منظمات للمجتمع المدني وسنقوم بإيراد مختلف التعريفات التي أوردت لهذا الأخير، ولما كانت دراستنا في هذا البحث مرتبطة بمصطلح آخر هو المشاركة السياسية سنقوم بتعريف هذه الأخيرة، ومدلولها في الممارسة الديمقراطية المعاصرة وذلك على النحو التالي:

### 1. تعريف المجتمع المدني:

يأخذ مفهوم المجتمع المدني تعريفات عديدة تتسع وتضيق لتشتمل مكونات وتحدد أخرى، ويبرز هذا الاختلاف خصوصاً عندما يتعلق الأمر بكل من الأحزاب السياسية والنقابات،<sup>1</sup> وهناك من يرى بأن مفهوم المجتمع المدني يشير لمختلف التنظيمات والهيئات التطوعية التي تنشأ بمقتضى الإرادة الحرة لأعضائها قصد حماية مصالحهم والدفاع عنها، ومنها على سبيل المثال: الأحزاب السياسية والتنظيمات الثقافية والاتحادات المهنية وجماعات المصالح والجمعيات الأهلية والمنظمات غير الحكومية.<sup>2</sup>

وهناك من عرف المجتمع المدني على أنه: " المساحة بين العائلة والدولة " والتي يحدد ويختار فيها الأفراد الأشكال التعاقدية المختلفة بينهم وبين الآخرين للوصول إلى أهداف يتم الاتفاق عليها بمعزل عن الدولة، وهناك من يرى بأن المجتمع المدني: " هو المجتمع الذي تنظم فيه العلاقات بين أفرادها على أساس الديمقراطية، المجتمع المدني يمارس فيه الحكم على أساس أغلبية سياسية حزبية وتحترم فيه حقوق المواطن السياسية والاقتصادية والتعاونية في حدها الأدنى على الأقل، أي أنه المجتمع الذي تقوم فيه دولة المؤسسات بالمعنى الحديث " المؤسسة، البرلمان، القضاء المستقل، الأحزاب، النقابات والجمعيات حيث يشكل المجتمع المدني مع الدولة ما يعرف بالمنظومة السياسية في المجتمع. " وبهذا المعنى قال غرامشي: " الدولة هي المجتمع السياسي زائد المجتمع المدني " فبينما يحتوي المجتمع المدني على التنظيم

<sup>1</sup> منير مباركية، " علاقة المجتمع المدني بالدولة وتأثيرها على العملية الانتخابية في الجزائر"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، أبريل 2011، ص 415.

<sup>2</sup> ناجي عبد النور، " دور منظمات المجتمع المدني في تحقيق الحكم الرشيد في الجزائر (دراسة حالة الأحزاب السياسية)"، مجلة الفكر، العدد الثالث، ص 112.

السياسي للمجتمع بأحزابه ونقاباته وتياراته السياسية تحتكر الدولة السلطة السياسية عبر أجهزتها ومؤسساتها المختلفة.<sup>1</sup>

ويرى البعض أنه لا يمكننا الحديث عن المجتمع المدني بمفهومه المتداول عند الغرب لأن الجزائر كما دول المغرب العربي مازالت في طور تأسيسها للمجتمع المدني ومن ثم لا يمكن ضبط مفهوم للمجتمع المدني، على الأقل في الوقت الراهن إلا من خلال بعض التجليات له في عناصر ملموسة وواقعية يمكن أن تعبر عن هذا المجتمع، وحسبهم فالمجتمع المدني في هذه المرحلة " مجموع الجمعيات والتنظيمات العاملة في الميدان الاجتماعي، والتي تهدف في آخر المطاف لتحقيق التنمية الاجتماعية"، ويعرف الدكتور العربي ولد خليفة في سياق حديثه عن المجتمع المدني الجزائري بأنه: " شبكة منظمة أو شبه منظمة من النخب والقيادات السياسية والثقافية والاجتماعية تتمتع بالقدرة على الحركة والرد السريع والتأثير على مراكز القرار والإعلام بوجه خاص... وتضم الأطباء والمحامين والمهندسين والنقابيين أو الصحفيين والضباط والأساتذة والمفكرين... الخ".<sup>2</sup>

**مفهوم منظمات المجتمع المدني :**

اختلف التعريفات التي وردت بشأن منظمات المجتمع المدني على غرار تعريف المجتمع المدني بحد ذاته، لكن الرأي السائد تقريبا في تعريفها يعرفها على أنها: " مجموعة من الحركات الاجتماعية التي تقاوم هيمنة الدولة على المجتمع وممارستها للسلطة التعسفية، وتتمثل هذه الحركات بالمؤسسات والمنظمات الطوعية غير الرسمية التي تعمل باستقلال عن سيطرة الدولة التي اعتادت أن تفرض هيمنتها على المجتمع بالسيطرة على هذه المؤسسات وغيرها حديثة كانت أو تقليدية".<sup>3</sup>

## 2. تعريف المشاركة السياسية :

تمثل المشاركة السياسية أرقى تعبير للديمقراطية لأنها تقوم على مساهمة المواطنين والمواطنات في قضايا المجتمع، وتندرج المشاركة السياسية في إطار التعبير السياسي الشعبي وتسيير الشأن السياسي من قبل مختلف فئات المجتمع، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن هذه المشاركة السياسية كانت مقتصرة فقط على الرجال، وتحت ضغط الحركات الاجتماعية والسياسية ومع ظهور الأحزاب السياسية تطور مفهوم المشاركة السياسية واتخذت مظهرا متعددة. وعرفت المشاركة السياسية على أنها: " مشاركة أعداد كبيرة من الأفراد والجماعات في الحياة السياسية"، كما أنها عرفت أيضا بأنها: " ذلك النشاط الذي يقوم به المواطنون العاديون بقصد التأثير في عملية صنع القرار الحكومي، سواء أكان هذا النشاط فرديا أو جماعيا، منظما أو عفويا، متواصلا أو متقطعا، سلميا أو عنيفا، شرعيا أم غير شرعي، فعلا أم غير فعال".<sup>4</sup>

وعرفت أيضا على أنها: " تلك الأنشطة السياسية التي يشارك بمقتضاها أفراد مجتمع ما في اختيار حكامه وفي صياغة السياسة العامة بشكل مباشر أو غير مباشر، أي أنها تعني اشتراك الفرد في مختلف مستويات النظام السياسي." كما أن المشاركة السياسية تعني في أوسع معانيها حق المواطن في أن يؤدي دورا معيناً في عملية صنع

<sup>1</sup>- ناصر الشيخ علي ، دور منظمات المجتمع المدني في تعزيز المشاركة السياسية في فلسطين ، المركز الفلسطيني للدراسات وحوار الحضارات، فلسطين، د ط، 2010، ص 16.

<sup>2</sup>- منصور مرقومة، " المجتمع المدني والثقافة السياسية المحلية في الجزائر بين الواقع والنظرية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص أبريل 2011، ص 303.

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص 23.

<sup>4</sup>- إيمان بيبرس، " المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي"، ص 4.

القرارات السياسية، وفي أضيق معانيها تعني حق ذلك المواطن في أن يراقب هذه القرارات بالتقويم والضبط عقب صدورها من الحاكم.<sup>1</sup>

ويرى Jumble and Wille أن المشاركة هي " الأنشطة التطوعية التي يقوم بها الأفراد والجماعات لتغيير الظروف الصعبة، وللتأثير في السياسات والبرامج التي تؤثر على طبيعة معيشتهم أو معيشة الآخرين"،<sup>2</sup> وهو ما أكدته أيضا Margrete Konway في تعريفها بقولها: " هي الأنشطة التي يحاول الأفراد عن طريقها التأثير في نظم الحكومة وأبنيتها واختيار المسؤولين فيها وتحديد سياساتها، وهذه النشاطات إما أن تكون مؤيدة لوجود الحكومة أو مناوئة لها"،<sup>3</sup> وعرف Felipe Brow المشاركة السياسية بأنها: " مجموع النشاطات الجماعية التي يقوم بها الحكومون وتكون قابلة لأن تعطيهن تأثيرا على سير عمل المنظومة السياسية".<sup>4</sup>

## 1.2: المشاركة السياسية في الممارسة الديمقراطية المعاصرة :

لقد تطورت الممارسة الديمقراطية بشكل كبير في العديد من الدول، كما أن الأنظمة الديكتاتورية المستبدة قد أخذت في التلاشي أو تغيير صورتها بحيث تبدو أقل تسلطا، ومع انتشار مفهوم المواطنة باعتباره ركنا رئيسيا من أركان الدولة وارتباطها بالديمقراطية باعتبارها الحاضنة الأولى للمواطنة كل هذا جعل من الديمقراطية تعني التأكيد على مركزية القرار مقابل اختزال مركزية الجماعة، كما تعني أن الشعب مصدر السلطة، وحتى تكون المواطنة فعالة يتعين أنو يتوفر لها قدر من الوعي المستند لإمكانية الحصول على المعلومات من مصادرها المختلفة.

مع ذلك فالتجربة الديمقراطية تؤكد عدم وجود علاقة حتمية ومباشرة بين الديمقراطية كمفهوم والمشاركة السياسية كممارسة عملية على أرض الواقع، فقد أظهرت التجارب المعاصرة أن الديمقراطية قد تزدهر رغم تراجع المواطنين عن المشاركة السياسية، ففي الانتخابات البرلمانية الأخيرة في ألمانيا لم تتجاوز نسبة المقترعين 60% من أصحاب حق الاقتراع، أما روسيا الاتحادية فلم تتجاوز النصف، في حين نجد أن هذه النسبة في أي استفتاء شعبي أو اقتراع لإعادة انتخاب رئيس الدولة في الأقطار العربية تقترب من 90% في معظم الأحيان.

غير أن النظر لنتائج الانتخابات في عدد من الدول نجد نسبة المقترعين مرتفعة جدا وأن نتائج الانتخابات تشير مثلا لفوز شخص ما بنسبة مرتفعة من الأصوات، ولكن نجد أيضا أن هذه الدولة تفتقد للديمقراطية وأنها تحت حكم ديكتاتوري أو تقليدي، ومن ثم يتضح أن المشاركة السياسية كانت إقحاما إجباريا للمواطنين في العمل السياسي وأنها كانت وسيلة من أجل إظهار الأنظمة بمظهر ديمقراطي وانها تتمتع بقاعدة شعبية كبيرة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- ناجي عبد النور، " أزمة المشاركة السياسية في الجزائر (دراسة تحليلية للانتخابات التشريعية 2007)"، ص 5/4.

<sup>2</sup>- محمد سيد فهمي، المشاركة الاجتماعية والسياسية للمرأة في العالم الثالث، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2004، ص 70.

<sup>3</sup>- نفس المرجع، ص 71/70.

<sup>4</sup>- فليب برو، علم الاجتماع السياسي، ترجمة محمد عرب صاصيلا، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص 301.

<sup>5</sup>- ناصر الشيخ علي، المرجع السابق، ص 30/29.

## ثانيا : المشاركة السياسية للمرأة الواقع والمعوقات :

تعد المشاركة في صياغة الشأن العام أسلوبا حضرانيا للحد من الصراعات السياسية، والطريقة المثلى لإحداث التغيير على شكل النظام السياسي، ومن ثم أصبحت مشاركة المرأة في الحياة السياسية ضرورة لتحقيق أهداف النظام السياسي بحيث لا تقتصر المشاركة على الرجال، وتوسيع قاعدة المشاركة لتشمل جميع فئات المجتمع بما فيها النساء يساعد على توسيع قاعدة الشرعية للمؤسسات التمثيلية والتنفيذية للنظام السياسي، وهو ما يمنحها القوة التمثيلية النابعة من الخيار الديمقراطي، لذا فمن أولى مقدمات مشاركة المرأة الإقرار بأنها تتمتع المواطنة التامة بكل مظاهرها وبالمساواة التامة دون أي تمييز.

## 1. التطور الزمني للمشاركة السياسية للمرأة :

المشاركة السياسية للمرأة جاءت نتيجة مسيرة نضالية طويلة خاضتها هذه الأخيرة، لأنها فيما مضى من الزمن كانت مقتصرة على فئة أو طبقة معينة من الشعب طمعا في الحكم، كما الطبقات الضعيفة والفقيرة وعديمية النفوذ فقد كانت مهمشة بما فيها النساء اللواتي يشكل نصف المجتمع، ومنذ عهد أرسطو اعتبرت النساء والأطفال والخدم من ذوي القدرات المحدودة وغير المؤهلين لاسيما للعمل السياسي، وفي مرحلة لاحقة اعتبر بعض المفكرين السياسيين أن حقل السياسة هو عالم فسق وفساد، والحقل الخاص (البيت) هو عالم الطهارة الذي يحمي النساء من فساد عالم السياسة ومن ثم فحصر النساء في عالمهن أفضل لهن.

وأنحصر عمل المرأة هنا على العمل المنزلي والرعي والزراعة والبيع في الأسواق الشعبية ضمن إطار علاقات الإنتاج في المجتمع التقليدي والبدائي، وفي مجتمعات قبلية معينة تولت النساء منصب زعيم القبيلة وأصبحن كاهنات وتاجرات، كما أن المرأة في قبائل الايروكو الهندية في أمريكا الشمالية تشمل قمة السلطة السياسية وكانت الأرض ملكا للنساء يزرعنها بشكل تعاوني وسيطرن على توزيع الطعام سواء الذي أنتجته أصلا المرأة أو الرجل. وحفل التاريخ السياسي النسوي بنساء تركن بصماتهن على صفحاته على غرار: زنوبيا، شجر الدر، بلقيس، جان دارك، روزا لكسمبورغ... الخ، إلا أنها بقيت حالات فردية لها ظروفها الخاصة ولم تعمم نجاحاتها على النساء بشكل عام، فيما بعد وبفعل التطورات الحاصلة في المجتمعات تم إقرار الحقوق السياسية للمرأة في مختلف الدساتير والمواثيق والاتفاقيات الدولية، وعلى الرغم من ذلك فهو لم يشكل ضمانا كافية لمشاركة سياسية فعالة لاسيما في بعض المجتمعات التي شكل موروثها الثقافي عائقا دون ذلك.

وبدأت النساء بالمطالبة بحقوقهن وبالإصلاح الاجتماعي في البداية في شكل مجموعات صغيرة منبثقة من الطبقات العليا والمتعلمة بالغرب والتي اعتبرت التمييز بين الرجل والمرأة ظلما، واستمر تحركهن بوعي عندما بدأ المشرعون يتنافسون مجد في مسألة روح المواطنة ومكانة المرأة في الدستور والنظام الأمريكي، وفي سنة 1848 في Seneka Fuls بأمريكا عقد أول مؤتمر للنساء يسعى لتنظيمهن كحركة مجتمعية تسعى للإصلاح الاجتماعي، ونادين بإلغاء العبودية والتمييز ضد المرأة.

وفي هذا الوقت كانت القارة الأوروبية تحت وطأة الصراع الاجتماعي والثورات الطاحنة، وهنا أسست الثورة الصناعية لظهور النساء العاملات في الورش والمصانع، وانتشر الوعي النقابي ونقلته النساء العاملات للنساء داخل التجمعات السكنية... الخ، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه في الفترة الممتدة ما بين 1890/1914 أطلق اسم

الأثوية على حركة المرأة الجديدة ونادت بأهمية حصول المرأة على حقوق المواطنة الكاملة وتضمينها في التشريعات المختلفة، وهنا أصبحت هذه المطالب ثقافة سياسية في كل أنحاء أوروبا.<sup>1</sup>

**أ. المرأة والانتخابات :**

■ نيوزيلندا أول دولة سمحت للمرأة بالتصويت في سنة 1893، وكان للثورة البلشفية في روسيا سنة 1917 الدور الكبير في ترويج وترسيخ المساواة بين الرجل والمرأة وألغت سيطرة الكنيسة على الزواج وحققت المساواة الكاملة في الحقوق بين الرجال والنساء، وكانت ألكساندرا كولونتاي Alexandra Colenty أول امرأة في العالم تشغل منصب وزير.

■ سنة 1920 عدلت و.م.أ دستورها لتسمح للمرأة بالتصويت في السنة التي منحت فيها 10 دول أخرى للمرأة حق التصويت.

■ الدول الأوروبية منحت للمرأة حق التصويت بعد الحرب العالمية الثانية على غرار فرنسا، اليونان، إيطاليا، سويسرا.

■ في أمريكا اللاتينية كانت الإكوادور أول دولة تمنح المرأة حقوقها السياسية وذلك سنة 1923، وفي المكسيك حصلت المرأة على حق التصويت سنة 1953.

■ وفي اليابان وكوريا الجنوبية حصلت المرأة على حق التصويت سنة 1945.<sup>2</sup>

وهنا نشير إلى أن منح المرأة حق التصويت ليس بحد ذاته الضمانة الوحيدة لحصولها على حقوقها السياسية فهناك العديد من الدول من تمنحها هذا الأخير دون أن تتمكنها من حق الترشح وتقلد المناصب والوصول لمواقع صنع القرار.<sup>3</sup>

■ النساء العربيات قمن بدور هام في مرحلة الاستعمار وكافحن لغاية الاستقلال، وبعد الاستقلال اختلف تعامل الدول العربية مع مسألة حقوق المرأة السياسية، بسبب عوامل مختلفة منها ما هو متصل بالمرور الثقافي ومنها ما هو متعلق بتأويل النصوص الدينية، حيث أن هنالك من الدولة العربية من ليست لها دساتير أو قوانين تنظم وتفسر الحقوق السياسية للمواطنين وهو ما يشمل المرأة والرجل على غرار السعودية، وهناك دول أخرى لم تنص دساتيرها على منح المرأة حق المشاركة السياسية مثل الكويت والإمارات،<sup>4</sup> ودول أخرى نصت دساتيرها وقوانينها على حق المرأة في المشاركة السياسية على غرار الجزائر ومصر والأردن...الخ.<sup>5</sup>

## 2. واقع المشاركة السياسية للمرأة في الدول العربية :

تنقسم الدول العربية لقسمين، القسم الأول منها يقر للمرأة بالحقوق السياسية لاسيما منها حق التصويت وحق الترشح وذلك على سبيل المثال في كل من: الجزائر، تونس، المغرب، مصر، لبنان، الأردن...الخ، أما القسم الثاني منها فتمثل الدول التي لا تقر للمرأة بالحقوق السياسية وتحرمهن من التمتع بها، فعلى سبيل المثال المملكة العربية السعودية ما تزال تعمل بقاعدة التعيين دون الانتخاب على كل المستويات، وفي الكويت اعترف للرجال دون النساء بالحق الانتخابي في قانون الانتخابات في مادته الأولى.

على مستوى الواقع يمكننا التمييز بين مرحلتين :

<sup>1</sup> - حنين عبد الرحيم عبد العزيز جاد الله، "التخطيط الرسمي لتنمية وتفعيل المشاركة السياسية للمرأة في فلسطين 2006/1996"، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في التخطيط والتنمية السياسية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 24 / 26.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 27.

<sup>3</sup> - [http:// www.rezgar.com/m.asp?i=36](http://www.rezgar.com/m.asp?i=36)

<sup>4</sup> - عدلت الكويت دستورها ومنحت المرأة حق التصويت والترشيح سنة 2005.

<sup>5</sup> - حنين عبد الرحيم عبد العزيز جاد الله، المرجع السابق، ص 30/29.

المرحلة الأولى: وهي الفترة الممتدة ما بعد الاستقلال والتي استثمرتها الحركات النسائية العربية للمطالبة بحقوقهن، ومثال ذلك: الحركة التي نظمتها مجموعة من النساء للمطالبة بحقوقهن السياسية في 12 مارس 1954 ورفعت للسلطات المصرية مذكرة تدعو لتمثيل المرأة في الجمعيات التأسيسية وإلى مشاركتها في وضع دستور الدولة المصرية، وإثر ذلك تحصلن على حقهن في الترشيح والانتخاب سنة 1956.

وهو ما حصل في السودان أيضا حيث تحصل النساء السودانيات على حقوقهن السياسية سنة 1964 وبدأن بدخول البرلمان منذ سنة 1965، ولا يختلف الأمر في تونس فبعد حرمان النساء من حقهن في التصويت بعد الاستقلال عند انتخاب أعضاء المجلس القومي التأسيسي بمقتضى الأمر المؤرخ في 6 جانفي 1956 والذي خصص صفة الناخب إلى التونسيين الذكور<sup>1</sup> وهو ما نددت بها النساء التونسيات واعتبرنه غير ديمقراطي ومقيد لحق الاقتراع العام الذي أرسته السلطة الجديدة ومهمشا للنساء رغم دورهن في حركة التحرير الوطنية، واعتبارا من سنة 1957 وبمناسبة تنظيمها لأول انتخابات بلدية بعد الاستقلال تلافى السلطة السياسية هذا التمييز ضد النساء.

المرحلة الثانية: في المرحلة الأولى توجه للاعتراف للنساء العربيات بالحقوق السياسية والمشاركة في البرلمانات، في حين أنه في المرحلة الثانية تم تدعيم هذه المشاركة تدريجيا في العضوية النيابية في البداية عن طريق التعيين ثم عن طريق الانتخاب في بعض الدول مثل عمان في إطار مجلس الشورى العماني أو باكتساب حق الانتخاب والترشيح وخوض الانتخابات البلدية في قطر أو المشاركة في المراقبة في مجلس الشورى السعودي.

رغم كل الجهودات تبقى المشاركة السياسية للنساء العربيات محدودة إذ لا تتجاوز المعدل العام لحضور النساء العربيات في البرلمانات العربية 5.7% وهي أقل نسبة لتمثيل النساء في البرلمانات في العالم، حيث يبلغ المعدل العام للتمثيل النسائي داخل البرلمانات العربية حوالي 15% في ديسمبر 2002، وفي دول أوروبا الشمالية يبلغ 39.7% وفي أمريكا 16.5% وفي أوروبا الغربية 15.5% وفي آسيا 15.2% وفي إفريقيا 13.6%، وحتى في الدول العربية اختلفت النسب، فهناك من الدول من فاقت فيها نسبة حضور النساء في برلماناتها 10% على غرار تونس المغرب وسوريا منذ سبتمبر 2002، في حين أنها تنخفض لـ 2% في لبنان وفي مصر و 1.3% في الأردن و 0.7% اليمن وذلك كما هو موضح أدناه:<sup>2</sup>

البلد	نسبة الحضور في البرلمانات
تونس	11.5%
المغرب	10.8%
سوريا	10.4%
السودان	9.7%
العراق	7.6%
الجزائر	6.2%

<sup>1</sup>- الرائد الرسمي التونسي، الأمر المؤرخ في 6 جانفي 1956 المتعلق بانتخاب أعضاء المجلس القومي التأسيسي.

<sup>2</sup>- Union Interparlementaire, les femmes dans les parlements : moyennes mondiales et régionales au 23 décembre 2002 .

موريتانيا	3.8%
مصر	2.4%
لبنان	2.3%
الأردن	1.3%
اليمن	0.7%
الإمارات	0.0%

وعلى مستوى السلطة التنفيذية فعلياً أن نميز بين رئيس الدولة والوزراء، ففي كل الدول العربية ومهما كان النظام ملكياً أو جمهورياً فلا نجد نساء يتحملن خطة رئيس الدولة أو وزير أول، ونجد النساء على مستوى الوزارات وتتراوح أعلى نسب لحضور النساء على رأس الوزارات ما بين 7.5% في سوريا و 6.3% في مصر و 3.2% في تونس، وكلهن يتحملن مسؤوليات في وزارات ذات مهام اجتماعية مثل الأطفال والمعاقين... الخ وهي امتداد لوظائفهن التقليدية كربات بيت وأمهات.

فيما يتعلق بالتمثيل الدبلوماسي فقد تطور في المغرب من 5 دبلوماسيات سنة 1960 لـ 173 سنة 1994 وفي تونس تطور من 9.1% سنة 1993 لـ 14.3% سنة 1999، ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن مشاركة النساء في العمل السياسي لا تزال ضعيفة وغير متماشية مع الدور الفعلي الذي ينهضن به في المجتمعات العربية.<sup>1</sup>

### 3. معوقات المشاركة السياسية للمرأة في الدول العربية:

هناك جملة من المعوقات التي تعترض المشاركة السياسية الفعالة للمرأة في العالم العربي يمكننا إجمالها فيما يلي:

#### أ. الأسباب التي تناولتها أدبيات المشاركة السياسية:

بصفة عامة على الرغم من الإقرار بالحقوق السياسية إلا أن ممارستها في معظم الدول العربية تعترضها معوقات جوهرية مرجعها نظام الأحزاب السياسية في بعض الدول، وإلى سيطرة القبيلة ونظام الطوائف في دول أخرى، فبالنسبة لنظام الأحزاب السياسية فعلى الرغم من التعددية الحزبية المصرح بها تبقى الحالة السائدة هي نظام الحزب المهيمن أو السائد، ولا تشارك في الانتخابات إلا الأحزاب المعترف بها قانونياً وسياسياً باعتبارها أحزاباً قريبة من الحزب الحاكم.<sup>2</sup>

- ارتفاع نسبة الأمية، فأمية النساء أكبر حجماً وأشد خطراً لتأثيرها السلبي على الأسرة والأطفال.
- التأثيرات السلبية للقيم والعادات المتراكمة التي أدت لعدم حصول المرأة على وضعها التي تستحقه.
- النظرة السائدة في الريف للمرأة والتي تجعلها أقل قدراً من الرجل في حقها في الحصول على التعليم... الخ.
- عدم تحمس الأحزاب والقوى السياسية لترشيح النساء في قوائمها.<sup>3</sup>

#### ب. المعوقات التي تواجه المرأة الناجبة :

بالنسبة للمعوقات الإجرائية والتي تتمثل في وجود بطاقة شخصية لاستخراج بطاقة الناخب، فهناك نسبة كبيرة من السيدات غير المقيّدات في سجلات المواليد، كما بطاقة المرأة المتزوجة تظل بحل سكن

<sup>1</sup> - حفيظة شقير، دليل المشاركة السياسية للنساء العربيات، المعهد العربي لحقوق الإنسان، 2004، ص ص 25/20.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 28.

<sup>3</sup> - إيمان بيبرس، "دور مؤسسات المجتمع المدني في دعم المشاركة السياسية للمرأة (دراسة حالة جمعية نهوض وتنمية المرأة)"، ص 5.

الأسرة القديم، وهو ما يحول دون تمكنها من الانتخاب في الدائرة التي تقطنها وزوجها.<sup>1</sup>  
ج. المعوقات الاقتصادية :

تؤثر التحولات الاقتصادية في المجتمع لاسيما على المرأة وبدرجة أكبر من الرجل، فالمرأة في المجتمعات العربية لا تتمتع باستقلالية اقتصادية لذا فالفقر والانشغال بمطالب الحياة اليومية يمثلان أكبر العوائق الاقتصادية التي تحول دون مشاركة المرأة في العمل العام كما هو الحال في: مصر، اليمن..الخ.<sup>2</sup>

ثالثا: منظمات المجتمع المدني ودورها في تعزيز المشاركة السياسية للمرأة :

يقوم المجتمع المدني بدور هام في تعزيز المشاركة السياسية للمرأة، كما أن منظماته تقوم بدور بارز في بلورة مفهوم المشاركة السياسية بشكله الحقيقي، وهذا سعيا للوصول إلى مشاركة سياسية فعالة وواعية وهو ما يدعم قيم التحول الديمقراطي فضلاً عن قيامها بدور أساسي في تعليم المواطنين وتدريبهم عملياً وإكسابهم خبرة الممارسة الديمقراطية، كما يضطلع المجتمع المدني بدور هام في تطوير الثقافة الشعبية لدى المواطنين، والارتقاء بالوعي السياسي وبالثقافة السياسية بما يدفع الناس إلى المشاركة الجادة في صناعة القرار السياسي وفي التأثير على سياسات الدولة في مختلف مجال السياسات العامة.

1. دور منظمات المجتمع المدني في بلورة مفهوم المشاركة السياسية :

لمنظمات المجتمع المدني دور فاعل ورئيسي في عملية المشاركة الحقيقية في بناء المجتمع على أسس من الديمقراطية والحكم الصالح، لهذا فمهمة المجتمع المدني لا تتوقف عند حدود المشاركة السياسية أو التنمية الاجتماعية والاقتصادية فحسب، فهي تقوم بأداء وتوجيه العديد من المهام في سبيل الوصول لغاياتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية داخل المجتمع، ويمكننا إجمال هذه المهام في نمطين رئيسيين متلازمين في الأهداف عمليا وإن كان منفصلين ظاهريا:  
النمط الأول: الأنشطة التي تكون لها علاقة مباشرة بالحياة الاجتماعية الخاصة بالمجتمع وتظهر عبر عدد من المؤسسات الاجتماعية التي تعبر عن أهدافها من خلال ممارستها تلك الأنشطة، مثل منظمات الرعاية الصحية..الخ.  
النمط الثاني: الأنشطة التي تتسم بطابع سياسي بحت وتظهر من خلاله مجموعة من الفعاليات التي تستوعبها الأجهزة والتنظيمات التي ينشئها المجتمع ذات الأهداف السياسية حيث تهتم بكيفية ممارسة السلطة وإدارة شؤون الحكم مثل الأحزاب السياسية.

وفي مؤتمر لمنظمات المجتمع المدني العربية والذي عقد باليمن أشار المشاركون فيه إلى أنه يتعين على المجتمع المدني ومنظماته الاهتمام بدرجة أولى بتعزيز مسيرة الإصلاح الديمقراطي والتي هي مسؤولية الجميع من منظمات المجتمع المدني...الخ، وعلى منظمات المجتمع المدني وفي سعيها لبناء وتعزيز الديمقراطية أن تولي الاهتمام الكبير لعملية البناء الديمقراطي التي تفترض المشاركة الفعلية والجادة لمنظمات المجتمع المدني بشكل يجعل من التطور الديمقراطي مسارا تراكميا نابعا من ديناميكية داخلية تعبر عن الحاجات والأولويات الوطنية.

ويتعين عليها العمل أيضا على ربط المسارات والمبادرات المختلفة الداعية لبناء الديمقراطية في المنطقة بالمبادرات الحكومية خارجية كانت أو محلية، وبالمبادرات الصادرة عن منظمات المجتمع المدني، كل ذلك من جانب ضرورة الربط المحكم بين عمليات الإصلاح في المجال السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي تلازما مع الحقوق السياسية والمدنية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وذلك لتأمين عملية البناء الديمقراطي من أي انحراف أو انزلاق.

<sup>1</sup>- إيمان بيبرس، المرجع السابق، ص 4.

<sup>2</sup>- إيمان بيبرس، " المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي " ص 24.



ودور المجتمع المدني وطبيعته يقومان على أساس الشراكة الكاملة والانخراط في العملية السياسية والاقتصادية والاجتماعية وفي عملية التغيير والتطوير والإصلاح، وعلى وجوب الانتقال من الدور التوصيفي والمطلبي والخدماتي الذي يقتصر على ملء فراغ المؤسسات الحكومية، إلى الدور الفاعل والمؤثر في السياسات الوطنية العامة وتطوير حركتها لتتحول من قوة احتجاج إلى قوة اقتراح أيضاً، حيث ينبغي لهذه المنظمات الإسهام في عملية التغيير الاجتماعي من خلال التأثير بالقوانين والتشريعات والسياسات العامة وتعبئة الرأي العام إزاء موضوع محدد أو مجموعة من المواضيع التي تهم المجتمع وذلك من خلال عملية توعوية وثقافية وتنويرية واسعة.

في هذا السياق يتعين الاهتمام بطبيعة علاقة منظمات المجتمع المدني بالدولة والإشكاليات التي تطرحها هذه العلاقة مع التأكيد على وجوب اعتماد آليات للحوار مبنية على أساس الاعتراف باستقلالية منظمات المجتمع المدني وتعزيز الحوار السلمي.<sup>1</sup>

## 2. أشكال المشاركة السياسية التي تسعى المنظمات لنشرها :

- على منظمات المجتمع المدني أن تعمل على تحديد أشكال المشاركة السياسية التي ستعمل من أجل إيصال المواطن العادي إليها، وذلك من خلال التدقيق في جملة المعوقات التي تناولناها سابقاً والتي تضعف من دورها، وإيصال مفهوم المشاركة السياسية بمعناها الحقيقي للجمهور الواسع من النساء من خلال توعيتهن وفي هذا الإطار يقع على عاتقها التعاون مع الحكومة والأحزاب في تمكين المرأة سياسياً ورفع درجة مشاركتها وذلك من خلال:
  - التنسيق فيما بين مؤسسات المجتمع المدني والجهات الرسمية للقضاء على الأمية بين النساء.
  - عمل مؤسسات المجتمع المدني على تنظيم مؤتمرات وندوات من شأنها العمل على توعية النساء بحقوقهن السياسية كناخبات لهن الحق في اختيار من يمثلهن ، بالإضافة لتوعيتهن بالإجراءات التي من خلالها يمكنهن استخراج بطاقات الناخب.
  - عمل مؤسسات المجتمع المدني بتوعية النساء بحقوقهن القانونية أيضاً فقد أثبت الواقع العملي أن أحد أهم عوائق المشاركة السياسية للمرأة ترجع لعدم معرفتهن بحقوقهن المكرسة في القوانين لاسيما قانون الانتخابات.
  - المساهمة في دعم وتشجيع المبادرات الإعلامية الخاصة التي تعمل لصالح المرأة وتعزز حقوقها في وسائل الإعلام المرئية والمكتوبة و المسموعة وكافة أشكال الاتصال.
  - توجيه النظر للإعلاميين للتأكيد على تعزيز مكانة الأسرة والنسيج الاجتماعي السليم، وإبراز الصور الإيجابية للمرأة ودورها في المشاركة في تنمية مجتمعاتها وكذلك عدم استغلال المرأة وتشويه صورتها.
  - تشجيع عضوية المرأة في الجمعيات وكذلك لرئاسة مجالس الإدارة واللجان والتعبير بصدق عن الاحتياجات الأساسية للمرأة.
  - على مؤسسات المجتمعات المدني بناء كوادر نسوية وإعدادها وتدريبها حتى لا يستأثر الرجال باتخاذ القرارات.
  - تنمية المهارات القيادية لدى المرأة.
  - تفعيل المشاركة السياسية باتخاذ التدابير الاستثنائية حسبما جاء في الفصل 4 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز المسلط على المرأة والذي أقر أنه: لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة وتمييزاً بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية، ولكنه يجب أن لا يستتبع على أي نحو الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة...الخ.

1- ناصر الشيخ علي، المرجع السابق، ص ص 58/57.

خاتمة :

في ختام دراستنا لموضوع دور المجتمع المدني في تعزيز المشاركة السياسية للمرأة يمكننا إيراد النتائج والاقتراحات التالية:

أولا : النتائج :

- أن المشاركة السياسية للمرأة في المستويات المختلفة لصنع القرار، تكمن في إتاحة المجال للنساء للمشاركة بشكل فعال في وضع الخطط الوطنية والبرامج والسياسات والمشاركة في تنفيذها والإشراف عليها وتوجيهها وتقييمها، بما يعود على المجتمع ككل بالفائدة.
- أن المشاركة السياسية للمرأة وقيمتها ترتبط ارتباطا وثيقا بشكل وطبيعة الآليات الديمقراطية السائدة في المجتمع، مما يؤدي لعدم تمركز القوة بيد فئة دون أخرى.
- لا يمكن لمؤسسات المجتمع المدني أن تقوم لوحدها بدعم المشاركة السياسية للمرأة، بل يتعين العمل في ذلك على مستويات عدة: المستوى القانوني وهنا غالبية التشريعات نصت صراحة على تمكين المرأة من ممارسة حقوقها السياسية، كما أن استخدام نظام الكوتا النسائية يمكن المرأة من ممارسة حقوقها السياسية، في الأخير تؤدي مؤسسات المجتمع المدني دورا هاما في تفعيل المشاركة السياسية للمرأة.

ثانيا : الاقتراحات :

- لما كانت المشاركة هي العملية التي من خلالها يؤدي الأفراد دورهم في الحياة السياسية و الاجتماعية لمجتمعهم، وتكون لديهم من خلالها فرصة للمشاركة في وضع الأهداف العامة وبناء المؤسسات يتعين توسيع قاعدة المشاركة السياسية بتفعيل الدور النسوي وتنمية قدراتهم للتمكن من مواجهة مختلف التحديات التي تواجههم.
- لما كان المجتمع المدني مشكلا من مختلف التنظيمات المجتمعية من مؤسسات وجمعيات وهيئات ومجالس ونقابات وأحزاب وغيرها التي يكون لها امتداد جماهيري وأطر تنظيمية تساهم بطبيعة عملها في إرساء أسس الديمقراطية فعليه بمختلف مؤسساته أن يقوم بتفعيل دور المرأة في المشاركة السياسية للمرأة في المجتمع.
- لما كانت المشاركة السياسية للمرأة في المجتمعات العربية تواجهها جملة من المعوقات الموجودة في المجتمع، فإنه يتعين على هذا الأخير بالتنسيق مع مختلف مؤسساته السعي لتذليلها تمهيدا منه للقضاء عليها لاسيما مع غياب العقاب القانونية التي تحول دون تمكين المرأة من حقوقها السياسية.

الهوامش:

1. منير مباركية ، " علاقة المجتمع المدني بالدولة وتأثيرها على العملية الانتخابية في الجزائر"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، أبريل 2011، ص 415.
- 2- ناجي عبد النور، " دور منظمات المجتمع المدني في تحقيق الحكم الراشد في الجزائر (دراسة حالة الأحزاب السياسية)"، مجلة الفكر، العدد الثالث، ص 112.
3. ناصر الشيخ علي، دور منظمات المجتمع المدني في تعزيز المشاركة السياسية في فلسطين، المركز الفلسطيني للدراسات وحوار الحضارات، فلسطين، دط، 2010، ص 16.
4. منصور مرقومة، " المجتمع المدني والثقافة السياسية المحلية في الجزائر بين الواقع والنظرية" ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص أبريل 2011، ص 303.

5. نفس المرجع، ص 23.
6. إيمان بيبرس، " المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي "، ص 4.
7. ناجي عبد النور، " أزمة المشاركة السياسية في الجزائر (دراسة تحليلية للانتخابات التشريعية 2007)"، ص ص 5/4.
8. محمد سيد فهمي، المشاركة الاجتماعية والسياسية للمرأة في العالم الثالث، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2004، ص 70.
9. نفس المرجع، ص ص 71/70.
10. فليب برو، علم الاجتماع السياسي، ترجمة محمد عرب صاصيلا، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص 301.
11. ناصر الشيخ علي، المرجع السابق، ص ص 30/29.
12. حنين عبد الرحيم عبد العزيز جاد الله، " التخطيط الرسمي لتنمية وتفعيل المشاركة السياسية للمرأة في فلسطين 2006/1996"، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في التخطيط والتنمية السياسية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص ص 26/24.
13. نفس المرجع، ص 27.
14. [http:// www.rezgar.com/m.asp?i=36](http://www.rezgar.com/m.asp?i=36)
15. عدلت الكويت دستورها ومنحت المرأة حق التصويت والترشيح سنة 2005.
16. حنين عبد الرحيم عبد العزيز جاد الله، المرجع السابق، ص ص 30/29.
17. الرائد الرسمي التونسي، الأمر المؤرخ في 6 جانفي 1956 المتعلق بانتخاب أعضاء المجلس القومي التأسيسي.
18. Union Interparlementaire, les femmes dans les parlements : moyennes mondiales et régionales au 23 décembre 2002 .
19. حفيظة شقير، دليل المشاركة السياسية للنساء العربيات، المعهد العربي لحقوق الإنسان، 2004، ص ص 25/20.
20. نفس المرجع، ص 28.
21. إيمان بيبرس، " دور مؤسسات المجتمع المدني في دعم المشاركة السياسية للمرأة (دراسة حالة جمعية نهوض وتنمية المرأة)، ص 5.
22. نفس المرجع، ص 4.
23. إيمان بيبرس، " المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي " ص 24.
24. ناصر الشيخ علي، المرجع السابق، ص ص 58/57.

## دور القاضي الإداري في ضمان التوازن بين المتقاضي و الإدارة



خديجة عبد السلام : ماجستير في القانون العام المعقد

أستاذة متعاقدة بجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

البريد الإلكتروني : khadidja-871@live.fr

مقدمة :

تعتبر الدولة الحديثة دولة الإدارة، فبعد الحرب العالمية الثانية شهدت علاقة الإدارة بالفرد ظاهرة تمثلت في أن الإدارة أصبحت أكثر ارتباطا بالأفراد و أكثر احتكاكا بهم، و هذا بعدما تخلت عن الدور التقليدي أو ما يعرف بالوظائف السيادية المتمثلة في الحفاظ على النظام العام ( الأمن و الدفاع و القضاء ). كما نجد أن سلطات و اختصاصات الإدارة قد توسعت في جميع المجالات الاقتصادية و الاجتماعية مما نجم عنه إمكانية مخالفتها لمبدأ المشروعية، و بالتالي اتخذ بعض القرارات غير المشروعة. فإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطات واسعة، فإن النصوص القانونية منحت الأفراد العديد من الحقوق إلا أن الإدارة قد تقوم بانتهاكها. و أمام هذه العلاقة الجدلية لا بد من خضوع أعمال الإدارة لرقابة قضائية محكمة و دقيقة يمارسها القضاء الإداري، وهذا من اجل الحفاظ على النظام القانوني في الدولة .

فأهداف الوظيفة الإدارية في المجتمع بصفة عامة هي تحقيق المصلحة العامة، وحتى تتمكن الإدارة من تحقيق أهدافها، فهي تحوز و تمارس سلطات إدارية و امتيازات خاصة والتي منها سلطة اتخاذ القرارات، التنفيذ المباشر، ووسائل الضبط الإداري، كما أنها تحوز المستندات الهامة و الجوهرية. و من أجل ممارسة الإدارة لمختلف وظائفها فإنها تحتك بالأفراد بل إنها قد تمارس أعمال و امتيازات السلطة العامة ضدهم. وهذا ما يستدعي ممارسة كافة أنواع الرقابة عليها من أجل حماية مصالح الأشخاص.<sup>(1)</sup>

ومما لاشك فيه أن الرقيب الفعلي و الوحيد على التوازن المطلوب بين الإدارة و المتقاضي هو القاضي الإداري الذي يحكم دائما في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها. فهو الذي يعتبر الحصن الحصين لضمان و حماية حقوق الأفراد و حرياتهم. فالقاضي الإداري بحكم تخصصه و إلمامه بأعمال الإدارة و فهمه لظروفها يعد اقدر من القاضي العادي على الاضطلاع بهذه المهمة. و دور القاضي الإداري له أهمية كبيرة، و تكمن هذه الأخيرة في أنها تحقق ثباتا و استقرارا في

(1) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الجزائر، ص.1-2.

النظام القانوني للدولة والأوضاع الإدارية<sup>(1)</sup>. فالقاضي الإداري يتمتع بالخبرة و الفعالية في فض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد و الإدارة، أي التي تكون بين طرفين غير متكافئين، بالإضافة إلى هذا فهو ملزم بأن يكون الأداة الدقيقة لإعادة ميزان العدل في حكم علاقة الفرد بالإدارة، فيسد عن كل طرف عجزه ويكمل وجهة النقص فيه<sup>(2)</sup>. فالقاضي الإداري إذن يتمتع بوضع خاص و متميز في مواجهة القانون و الإدارة و الأفراد.

وبالتالي وعلى ضوء هذه النظرة العامة، فإن هذا الموضوع يثير مجموعة من التساؤلات و الإشكاليات والتي تتمثل في معرفة ماهي مظاهر اختلال التوازن بين المتقاضي و الإدارة؟ وكيف يتدخل القاضي الإداري؟ أو ماهي السلطات الممنوحة له من أجل إعادة التوازن بين المتقاضي و الإدارة؟.

وبناء على ما سبق سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين، يتم التطرق في المبحث الأول إلى مظاهر اختلال التوازن بين المتقاضي و الإدارة، أما المبحث الثاني فيتم التعرض فيه إلى كيفية تدخل القاضي الإداري من أجل إعادة التوازن بين المتقاضي و الإدارة .

### المبحث الأول : مظاهر اختلال التوازن بين المتقاضي و الإدارة .

إن الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة هي التي تمثل مظهرا من مظاهر الاختلال في التوازن فيما بين المتقاضي و الإدارة. فالملاحظ أن الأنظمة القانونية قد منحت الإدارة العديد من الامتيازات التي تجعلها دائما في مركز أقوى من الفرد، فمثلا إن الإدارة تحوز كل الملفات و الأوراق، وهذا لأنها الأمانة على المصلحة العامة و القائمة على سير العمل الإداري. وهذا ما يجعل الفرد دائما في موقف صعب وضعيف أمام الإدارة التي تكون في مركز أقوى وأحسن من الفرد. وبالتالي فماهي مظاهر اختلال التوازن بين المتقاضي و الإدارة؟. إن الإجابة على هذا الإشكال تتطلب التعرض إلى مظاهر اختلال التوازن في مجال الإثبات ثم مظاهر اختلال التوازن في مجال تنفيذ القرارات الإدارية .

#### أولا : مظاهر اختلال التوازن في مجال الإثبات.

يختلف الإثبات في الدعاوى الإدارية عن الدعاوى الأخرى خاصة المدنية منها، وذلك بالنظر إلى عدة عوامل و اعتبارات. إن هذه العوامل مستمدة في المنازعة الإدارية من طبيعة الدعوى الإدارية التي يكون القاضي الإداري هو المختص بالفصل فيها. وجميع هذه العوامل تقوم حول فكرة أساسية التي هي وجود الإدارة طرفا في الدعوى الإدارية في صورة سلطة عامة تتمتع بامتيازات خاصة. ويظهر أثر هذه الامتيازات على الخصومة الإدارية من حيث وقوف المدعي، الذي هو الفرد العادي في غالب الأحيان صاحب المصلحة الخاصة مجردا من أية امتيازات وهذا هو الأمر الذي يؤثر في الخصومة الإدارية<sup>(3)</sup>. وهنا يظهر اختلال التوازن العادل بين المتقاضي و الإدارة، وهذا يعد تعارضا بين المصلحتين العامة و الخاصة.

إن أول مظهر هنا والذي يؤدي إلى الاختلال في التوازن هو امتلاك الإدارة للوثائق الإدارية، فهذه الأخيرة تعد من أهم وسائل الإثبات الجوهرية و المهمة أمام القضاء الإداري، وهذا لما توفره هذه الوثائق للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة. ولهذا كانت البيانات الخطية وسيلة الإثبات الرئيسية<sup>(4)</sup>. ومنه تعرف الوثائق أو الأوراق الإدارية

(1) محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري و المقارن، دار النهضة العربية ، مصر ، 1993، ص.14.

(2) عبد المنعم محفوظ ، علاقة الفرد بسلطة الحريات العامة و ضمانات ممارستها ، المجلد الثاني، الطبعة الثانية ، دار الهناء للطباعة، مصر، ص.16.

(3) عابدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الجديد ، اليمن ، 2008، ص.71.

(4) حابس ركاد خليف الشبيب، البيانات الخطية لإثبات عدم مشروعية القرار الإداري في دعوى الإلغاء، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر، الأردن، 2011، ص.89.

على أنها" كتابة في حوزة الإدارة ذات تاريخ قابل للإثبات بالطرق المعتبرة في القانون الإداري، وتدل على واقعة قانونية معينة." إلا أن هناك من يعرفها على أنها الأوراق التي تحررها الإدارة بواسطة موظفيها، وتستعملها كوسيلة اتصال بغيرها من المصالح الإدارية الأخرى، وكذلك للقيام بعملياتها المختلفة بغية الوصول إلى الهدف المسطر بها. فالإدارة إذن تتولى حفظها بعيدا عن متناول الأفراد بالرغم من أنها تمس مراكزهم القانونية، وتتعلق بحقوقهم ومصالحهم في مواجهتها<sup>(1)</sup>. وبالتالي فإن الفرد الذي هو المدعي في الغالب العام من الحالات، لا يعلم ما إذا كانت هذه الأوراق والوثائق تصب في مصلحته أم لا، وهذا بطبيعة الحال ما يؤدي إلى قيام عدم التوازن بين طرفي الدعوى الإدارية.

والأوراق الإدارية تتخذ أشكالا عديدة، فقد تتخذ صورة الأوراق الرسمية، كما قد تكون في شكل الأوراق العرفية، كما قد تكون قرارات إدارية، أو منشورات.....

وثاني مظاهر اختلال التوازن بين المتقاضي و الإدارة في مجال الإثبات يتمثل في قرينة صحة وسلامة القرارات الإدارية، وبطبيعة الحال يمنح هذا الامتياز للإدارة ليس بقصد التحكم وإهدار حقوق وحرية الأفراد وإنما بغرض تمكينها من القيام بواجباتها في الإشراف على سير المرافق العامة<sup>(2)</sup>. وتمكينها كذلك من أداء أعمالها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء. فهذا يعني بأن القرار الإداري يعتبر سليما وخاليا من العيوب التي يمكن أن تشوبه، أي أن القرارات الإدارية تكون سليمة في جميع أركانها الخمس من عيوب عدم المشروعية ( عيب الاختصاص، عيب الشكل و الإجراءات، عيب انعدام السبب، عيب المحل، عيب الانحراف في استعمال السلطة). ومن نتائج هذه القرينة أن القرار الإداري حائز منذ لحظة صدوره على كل الآثار القانونية، والأفراد ملزمين باحترام ما تضمنته تلك القرارات من أوامر ونواهي، وبالتالي فإذا أراد الشخص التخلص من هذه الالتزامات التي تفرضها هذه القرارات، فعليه أن يبدأ هو بإجراءات التقاضي ومهاجمة القرار الإداري وفقا للإجراءات القانونية. وهكذا تصبح الإدارة مدعى عليها باستمرار، والواضح هنا أن مركز المدعى عليه أيسر في التقاضي من موقف المدعي. دون الالتجاء إلى القضاء واستصدار حكم منه من أجل تنفيذها.

### ثانيا : مظاهر اختلال التوازن في مجال تنفيذ القرارات الإدارية.

تتمتع الإدارة باعتبارها سلطة عامة بسلطات استثنائية في تنفيذ قراراتها، فتسري قراراتها في حق المخاطب بها، وإن أبدى اعتراضا بشأنها. فحتى إن قدم الفرد تظلما إداريا أو رفع دعوى قضائية، فإن القرار الإداري يسري في حقه ما لم تقبل الجهة الإدارية نفسها أو جهة أعلى منها بسحب قرارها أو إلغائه، فالطعن القضائي لا يعفي الأفراد من الخضوع لمضمون القرار.

فالظهور الأول هنا يتمثل في امتياز الإدارة في المبادرة بإصدار قرارات إدارية ذات طابع تنفيذي. فهذا الامتياز يأتي كأحد الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة ويجعلها في مركز أعلى ومميز عن مركز الأفراد، أي أن العلاقة بين الإدارة و الأفراد تكون غير متكافئة وغير متوازنة، وبالتالي تكون الإدارة دائما الطرف القوي والفرد يكون الطرف الضعيف. ويعرف امتياز المبادرة على أنه سلطة الإدارة في إصدار قرارات إدارية تنفيذية، أو حق الإدارة في اتخاذ موقف معين بإصدارها

(1) أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، تسبب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء (دراسة مقارنة بين التشريع الفرنسي و نصوص القانون المصري) ، منشأة المعارف ، مصر، 2007 ،ص.564.

(2) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرافعات الإدارية (إجراءات رفع الدعوى الإدارية وتحضيرها) ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008 ،ص.104.

قرارات من جانب واحد، تحدد به مركزها القانوني وحقوقها دون توقف على إرادة الأفراد، وتكون هذه القرارات ملزمة ولها قوة تنفيذية<sup>(1)</sup>. دون الالتجاء إلى القضاء واستصدار حكم منه من أجل تنفيذها. ويعرف كذلك بأنه إعلان الإدارة لإرادتها بهدف إحداث اثر قانوني إزاء الأفراد ويصدر في صورة تنفيذية، أي في صورة تؤدي إلى تنفيذها مباشرة<sup>(2)</sup>.

وبالتالي فالأفراد ملزمون باحترام هذه القرارات ومن يريد التحرر منها عليه أولاً الالتزام بها، ثم بعد ذلك له الحق أن يلجأ إلى القضاء من أجل المطالبة بوقف تنفيذها وإلغائها. وأهم القرارات الصادرة في هذا المجال هناك قرارات نزع الملكية الخاصة لأجل المنفعة العامة وقرارات الضبط الإداري.

أما فيما يخص المظهر الثاني الذي يؤدي إلى الاختلال في التوازن فإنه يتمثل في التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، والذي يعرف بأنه حق السلطة الإدارية في تنفيذ قراراتها جبراً على الأفراد ودون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي فيما إذا لم ينفذها المخاطب بأحكامها بشكل اختياري<sup>(3)</sup>. كما يعرف أيضاً بأنه قدرة الإدارة عندما تتخذ قراراً إدارياً أن تطبقه مباشرة بنفسها، عن طريق الإكراه مستعملة في ذلك القوة العمومية ضد الأفراد الراضين لهذا القرار<sup>(4)</sup>. وحالات التنفيذ المباشر هي استثنائية ومحددة على سبيل الحصر ويشترط لإعمالها توافر عنصرين هما حالة وجود نص صريح يسمح للإدارة بالتنفيذ المباشر، وحالة وجود نص لا يقرر جزاء عند مخالفته، ومع ذلك ففي حالة الضرورة بإمكان الإدارة أن تخالف الشرطين السابقين.

#### المبحث الثاني: كيفية تدخل القاضي الإداري من أجل إعادة التوازن بين المتقاضي والإدارة.

للقاضي الإداري دور كبير وتدخل مهم في الخصومة الإدارية التي تقوم بين طرفين غير متوازيين وغير متكافئين، واللذين هما الإدارة و الفرد. فالقاضي الإداري إذن يتدخل من أجل القضاء على هذا التفاوت الكبير بين الطرفين وإعادة التوازن العادل بينهما، فهو يلعب دوراً أساسياً في الدعوى الإدارية منذ بدء رفعها إلى غاية الفصل فيها<sup>(5)</sup>.

بل وحتى عند تنفيذ الحكم الصادر منه، أي أنه يتدخل في مجال الإثبات كما يتدخل في مجال تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية.

#### أولاً : تدخل القاضي الإداري في مجال الإثبات.

يتدخل القاضي الإداري في مجال الإثبات من أجل محاولة كفالة التوازن بين طرفي الدعوى، فهو يعمل جاهداً من أجل ذلك من خلال دوره الإجرائي و دوره الموضوعي. فهذا الدور الذي يتمتع به يعد من أهم ضمانات الخصومة الإدارية<sup>(6)</sup>.

فدوره الإجرائي يتمثل في تحضير الدعوى ومباشرة وسائل الإثبات، فالتحضير يقصد به مجموعة الوسائل التي تتخذ اعتباراً من تاريخ إيداع عريضة الدعوى، بقصد تهيئتها للفصل فيها حيث أن بدء التحضير يخضع لإرادة المدعي

(1) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص.98.

(2) عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.91.

(3) سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص.595.

(4) عمار بوضياف، القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، الطبعة الأولى، دار الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص.204.

(5) عابدة الشامي، المرجع السابق، ص.149.

(6) عابدة الشامي، المرجع السابق، ص.163.

المطلقة الذي يختار تاريخ إيداعه عريضة الدعوى، أما فيما يخص تاريخ الانتهاء فيخضع لإرادة القاضي الإداري وتقديره لدى صلاحية الدعوى للبت فيها<sup>(1)</sup>. وتحضير الدعوى يتم على أساس إجراءات التقاضي الإدارية المعمول بها أمام القضاء الإداري، وتعتبر هذه العملية مسألة مهمة وأساسية في الإجراءات المتعلقة بالإثبات أمام القضاء الإداري وهذا لاعتبارها الوعاء الذي تتجمع فيه عناصر الإثبات والتي من خلالها يكون للقاضي تنظيم عبء الإثبات ووسائله ومدى تحمل كل طرف له. وفي إطار التحضير تبرز الصفة الكتابية للإجراءات التي تقضي بإثبات جميع الوقائع والبيانات في الأوراق، الأمر الذي يؤدي إلى الاعتماد أساساً على العناصر الكتابية في الإثبات. كما أن دور القاضي الإداري هنا يؤدي إلى آثار متعددة فمثلاً في مجال عبء الإثبات فهنا يكفي المتقاضي أن ينير الطريق أمام القاضي الإداري بالإرشاد عن المستندات التي تؤيده في دعواه ويتولى القاضي بعد ذلك بضمها للدعوى. كما على الإدارة أن تقدم إثباتاً لعدم صحة ما يدعيه الفرد وإن لم تقم بذلك فإن الشك في إطار النزاع الإداري يؤول لصالح المدعي. كما تجدر الإشارة إلى أن القاضي الإداري عند تحضيره للدعوى، يعتمد على نوعان من الوسائل، أولها الوسائل العامة للتحضير وهذه الوسائل تعتبر روتينية كتبادل المذكرات والإطلاع عليها، وفيها لا يبرز الدور الإيجابي للقاضي الإداري، وثانيها وسائل التحقيق في الدعوى والتي تشمل الخبرة المعاينة الشهادة والاستجواب والتي يقررها القاضي دون طلب من الأفراد. وهذه الوسائل تستهدف تخفيف العبء الواقع على عاتق المتقاضي والذي هو المدعي في مجال الإثبات، إضافة إلى أنها تتميز بهيمنة القاضي عليها، وأنها وسائل تحقيقية وفاحصة.

وللقاضي الإداري الحرية الكاملة بالأخذ بوسائل الإثبات، فإنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة من أجل اختيار ما يراه مناسباً من وسائل الإثبات. وله سلطة طلب كل المعلومات التي يراها ضرورية من الأطراف، فله أن يطلب من الإدارة أو المتقاضي تقديم وثيقة ما، فإذا رفض الطرف المطلوب منه هذه الوثيقة فإن القاضي الإداري يستنبط نتائج في غير صالح من رفض تقديم تلك الوثيقة. وبالتالي يمكن القول بأن القاضي الإداري يعتبر الخبير الأعلى والمهيمن على الفصل في الدعوى الإدارية وهذا ما يساعده على إعادة التوازن بين طرفي النزاع.

إلى جانب الدور الإجرائي الذي يتمتع به القاضي الإداري، يقوم هذا الأخير بدور موضوعي، حيث يعمل من خلاله على كفالة التوازن بين الطرفين وهذا يكون عن طريق استخلاصه للقرائن القضائية التي لها أهمية كبيرة في الإثبات، حيث أنها تكون اقتناع القاضي في هذا المجال. ويعتبر استنباط القرائن القضائية من طرف القاضي الإداري من خلال ما يعرض عليه من وقائع في الدعوى الإدارية، الدور الإيجابي له في تيسير إجراءات الإثبات. وسميت بالقرائن القضائية لأنها تستمد من موضوع الدعوى كما يطلق عليها القرائن البسيطة وهذا راجع إلى أنها تقبل إثبات العكس. وتعرف بأنها القرائن التي يستنتجها القاضي الإداري باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها<sup>(2)</sup>. فهنا القاضي يستطيع أن يستعين بواقعة معلومة من أجل إثبات أخرى مجهولة، فهي تعتبر في مقدمة طرق الإثبات أمام القاضي الإداري، وهذا لأنه عندما يخلو ملف الدعوى من الأدلة أو عندما يستحيل على المدعي أن يقدم كافة المستندات من أجل إثبات ما يدعيه، يتجه القاضي إلى تأسيس حكمه على القرائن المستقاة من الشواهد التي تنبع عنها أوراق الملف والتي تشكل قرائن قضائية. وبالتالي فإن الهدف الرئيسي من الاستعانة بالقرائن القضائية في مجال الإثبات هو تخفيف عبء الإثبات عن كاهل المدعي بنقله إلى جانب الإدارة وإن كان ذلك بصفة مؤقتة. إلا أنه قد

(1) بن سنوسي فاطمة، الدور الإجرائي للقاضي الإداري في الدعوى الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، الجزائر، 2007، ص.124.

(2) مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص.52.



يؤدي في بعض الحالات إلى إنهاء الدعوى لصالح المتقاضي إذا تقاعست الإدارة أو فشلت في إثبات عكس هذه القرينة.

### ثانيا : تدخل القاضي الإداري في مجال تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية.

للقاضي الإداري دور مهم هنا وبهذا الدور كذلك يقضي على الاختلال في التوازن بين المتقاضي و الإدارة. فتنفيذ الأحكام القضائية يعد من واجبات الإدارة ومن المفترض أن تنفذ هذه الأحكام طواعية ودون تردد، إلا أن جهة الإدارة قد لا تقوم بهذا الواجب في كل الأحوال مما يعرض المتقاضي لمشكلات كبيرة في الوصول إلى حقه. وإذا لم تنفذ الإدارة تصبح الأحكام عديمة الجدوى، إلا أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كرس الإكراه إزاء الأشخاص العامة من أجل ضمان تنفيذ قرارات القاضي الإداري. وهذه السلطات الممنوحة لهذا الأخير هي التي تضمن التوازن بين طرفي الدعوى والتي تتمثل في سلطتين.

الأولى تتمثل في سلطة القاضي الإداري بتوجيه أوامر للإدارة ، والتي تعد إجراء قضائيا الهدف الأساسي منه هو تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية. فحسب المادتين 978 و 979 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فالقاضي الإداري يستطيع عندما يفصل في نزاع ما النطق بالقانون ولكن كذلك أمر الهيئات الإدارية. فالأمر يعتبر سلاحا في يد القاضي الإداري والذي بفضل يستطيع ضمان تنفيذ أحكامه وتمكين المتقاضي من الحصول على حقه. ومن خلال ما جاءت به المادتين السالف الذكر هما فالقاضي يستطيع إصدار أوامر مقترنة بمنطوق الحكم الأصلي للدعوى، كما يجوز له إصدار أوامر لاحقة على صدور الحكم الأصلي للدعوى.

أما سلطته الثانية هنا تتمثل في الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية، والتي تعتبر وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام و القرارات القضائية الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، وكذا وسيلة لحمل الإدارة على تنفيذ تلك الأحكام. والقاضي الإداري عند توقيعه للغرامة التهديدية ضد الإدارة ، فإنه لا يعتبر تدخلا منه ضدها، ولا يمس في ذلك مبدأ الفصل بين السلطات، ولكنه يفعل ذلك من أجل أن يذكرها بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في احترام مضمون قوة الشيء المقضي به. مع إلباس هذا التذكير ثوب التحذير الرسمي وهو التهديد بجزاء مالي. ومن هنا تعرف الغرامة التهديدية بأنها مبلغ من النقود يحكم به القاضي على الإدارة المدعى عليها عن كل فترة زمنية معينة لا يتم فيها التنفيذ لالتزاماتها<sup>(1)</sup>. إذن أهم ميزة للغرامة التهديدية هو الطابع التهديدي وهذا لكونها تنبه الإدارة إلى الجزاءات المالية التي قد تتعرض لها إن استمرت في مقاومة تنفيذ الحكم الصادر ضدها. ولها طابع تحكيمي وتظهر هذه الخاصية من خلال سلطة القاضي التقديرية في تحديد قيمتها. والمشرع الجزائري نص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وبالضبط المواد من 980 إلى 985 فالمادة 980 أجازت للجهة القضائية أن تأمر بغرامة تهديدية في الحكم الأصلي للدعوى أي يصدرها مقترنة مع الحكم الأصلي، أما المادة 981 من نفس القانون أجازت للقاضي هنا أن يصدر الغرامة التهديدية ضد الإدارة ولكن تكون لاحقة على صدور الحكم الأصلي للدعوى، وهنا بطبيعة الحال تكون بناء على طلب أحد الخصوم والذي يكون في غالب الأحيان المتقاضي وطلبه هذا يمكن أن يقبله القاضي كما يمكن أن يرفضه أي أن للقاضي السلطة التقديرية هنا.

وبموجب كل هذه السلطات الممنوحة للقاضي الإداري، فإنه بإمكانه أن يعيد التوازن العادل بين المتقاضي و الإدارة.

(1) مرداسي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2008، ص.13-14.

## الخاتمة :

إن دور القاضي الإداري وتدخله من أجل ضمان التوازن بين المتقاضي و الإدارة، ناتج عن الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، وهذه الامتيازات هي التي أعطت الطابع الخاص للدعوى الإدارية، والتي تنشأ دائما بين طرفين غير متوازيين. وعلى ذلك يتدخل القاضي الإداري بموجب السلطات الممنوحة إليه من أجل إعادة التوازن بين طرفي الدعوى سواء أثناء سير الدعوى أو بعد الفصل فيها.

## قائمة المراجع :

- \* أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، تسبيب القرارات الإدارية أمام قاضي الإلغاء، منشأة المعارف، مصر، 2007.
- \* بن سنوسي فاطمة، الدور الإجرائي للقاضي الإداري في الدعوى الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، العدد الرابع، الجزائر، 2007.
- \* حابس ركاد خليف الشبيب، البيانات الخطية لإثبات عدم مشروعية القرار الإداري في دعوى الإلغاء، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر، الأردن، 2011.
- \* سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1996.
- \* عائدة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الجديد، اليمن، 2008.
- \* عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- \* عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بسلطة الحريات العامة و ضمانات ممارستها، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، دار الهناء للطباعة، مصر.
- \* عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرافعات الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- \* عمار بوضياف، القرار الإداري، الطبعة الأولى، دار الجسور للنشر، الجزائر، 2007.
- \* عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- \* عمار عوابدي، القانون الإداري (النشاط الإداري)، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- \* مرداسي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2008.
- \* مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2011.
- \* محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، مصر، 1993.

## جريمة الفش والنهرب الضريبي في التشريع الجزائري



من إعداد سويح دنيا زاد : ماجستير

قانون دستوري ومؤسسات سياسية

كلية الحقوق جامعة - باتنة - الجزائر

الملخص:

إن التطور الاقتصادي في العالم والانفتاح على السوق يقتضي تدخل للدولة، لما عرفته من توسع في مختلف نشاطاتها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي هي موضوع اهتمامنا، ماجعل الدول تسعى إلى إيجاد وسائل تمويلية فعالة تمكنها من تحقيق نوع من العدالة بين مختلف القطاعات الاقتصادية، من خلال فرض الضريبة التي تعكس الصورة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية للدولة، والتي تستعمل لتغطية النفقات العمومية ومعالجة الركود والتضخم الاقتصادي، كما أنها نوع من أنواع التدخل للدولة بالنسبة للتجار والمكلفين بها لحماية النظام وملئ الخزينة العمومية، الذين نجد من بينهم من يتهربون من دفعها ماجعل هذا التهرب من دفعها يعد تهديدا لاقتصاد الدولة. وبسبب تفاقم الظاهرة أصبحت حاليا تشكل خطرا كبيرا على الدول النامية بصفة خاصة، لذا سنحاول التطرق إلى الأبعاد والأسباب الحقيقية المؤدية للظاهرة وما يترتب عنها من آثار على مختلف الأصعدة على الدولة والمجتمع.

**Résumé :**

Le développement économique dans le monde et l'ouverture sur le marché nécessite l'intervention de l'Etat, telle que définie par l'expansion dans les différentes activités sociales, politiques et économiques, qui est l'objet de notre attention, ce qui a rendu les Etats qui cherchent à un moyen de financement efficace pour leur permettre d'atteindre le genre de justice entre les différents secteurs de l'économie, par l'imposition de la taxe reflète la situation économique et l'état politique et social, qui est utilisé pour couvrir des dépenses publiques et à répondre à la récession économique et l'inflation, c'est également genre d'intervention de l'Etat pour les commerçants et le devoir de protéger le système et remplir le trésor public, qui

trouvent certains d'entre eux se soustraire à payer ce qui a rendu cette fraude est une menace pour l'économie Etat.

Et en raison de l'aggravation du phénomène devenu une menace majeure pour les pays en développement en particulier, donc nous allons essayer d'aborder les dimensions et la vérité causes de ce phénomène et les conséquences d'entre eux à différents niveaux de l'État et la société.

مقدمة :

رافق تطور دور الدولة من الحياد إلى التدخل والاهتمام المتزايد بالضرائب، باعتبارها أداة رئيسية في السياسة الاقتصادية والاجتماعية، تستخدمها الدولة لتحقيق أهدافها. وهذه الضريبة من سماتها أنها تؤثر في الأوضاع الاقتصادية وتتأثر بها من حيث الغرض والتنظيم والحصيلة<sup>(1)</sup>، وتعرف بأنها اقتطاع نقدي ذو سلطة نهائية دون مقابل منجز لفائدة الجماعات الإقليمية (الدولة والجماعات المحلية) أو لصالح الهيئات العمومية الإقليمية<sup>(2)</sup>، وبملاحظتنا للنظام الجنائي الجزائري نجده يقوم على الضرائب التي تعتمد على التصنيف القائم على أساس طبيعة الضريبة كالضرائب المباشرة وغير المباشرة.

وفرض الضريبة مهما كان نوعها دائما يختلف من دولة إلى أخرى، لأن ذلك يرتبط بسياسة الدولة وطبيعة نظامها الاقتصادي المعتمد عليه، فهناك من الدول التي تتخذ من الضريبة وسيلة لتحقيق التقدم الاقتصادي من خلال جذب المؤسسات والشركات العالمية للاستثمار وتشغيل رؤوس الأموال<sup>(3)</sup>. ونتيجة لتوسع وازدياد الضرائب مع زيادة التبادل التجاري، وتطوير التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، وكذا الترتيبات القانونية الأكثر تعقيدا وعدم وجود تنسيق حقيقي في إجراءات التحقيق الضريبي<sup>(4)</sup> وإيجاد سبل لتفادي الجرائم المالية المختلفة، ازدادت معه الجرائم الاقتصادية ذات الطابع المالي كتهريب الأموال والرشوة والفساد وجريمة الغش والتهرب الضريبي، التي أصبح لها الأثر الواسع في الانتشار والتداول في مختلف الدول. فما هو مفهوم هذا النوع من الجرائم وكيف يتم الحد منها أو على الأقل التقليل من انتشارها.

المبحث الأول: ماهية الغش الضريبي.

إن فعالية الضرائب في النظم الضريبية الحديثة تعتمد على نوعية الضوابط، وكذا تطبيق المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الضريبة، ومختلف إجراءات الرقابة من أجل السيطرة على مشكلة الغش التي ترتبط كثيرا بماهية الضريبة، لكون الغش الذي نحاول دراسته يتعلق بالضريبة التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تمس ميزانية الدولة، والتي من أهم نتائجها التخلص من العبء الضريبي الذي هو تمهيد لجريمة الغش التي نحاول تحديد مفهوم دقيق لها من جهة، ومن جهة أخرى تحديد الأثر الرادع لهذه الجريمة<sup>(5)</sup> التي أضحت أكثر انتشارا في الوقت الراهن بالنظر لامتداد آثارها الرقابية إلى اقتصاد الدولة والمجتمع، كجريمة اقتصادية وحتى دولية له مخاطره التي تعد هاجسا دوليا بسبب غياب أدوات التحليل المناسبة وعدم تفهم المختصين للمشكلة<sup>(6)</sup> وعمق آثارها وفداحتها على المستوى الداخلي والخارجي لأي دولة من بينها الجزائر.

## المطلب الأول: تعريف الغش الضريبي.

اختلفت التعاريف في تحديد هذا المفهوم ، وذلك بعدم وجود تعريف دقيق وشامل والذي يختلف حسب قانون كل دولة، وان كان ظاهرة عالمية تواجهها معظم الدول المتقدمة منها والمتخلفة، وذلك بحسب درجات متفاوتة، ومن تعاريفه :

- التعريف الكلاسيكي له نجم عن التمييز بينه وبين التهرب الضريبي كميزة مميزة للغش الغير قانوني، باعتبار أن القانون يحدد خطأ فاصلا بين ماهر قانوني وماهر ليس كذلك عندما يتم العمل في إطار ما يسمح به القانون (7)

- الغش الضريبي هو تلك السلوكيات والممارسات التي تتم بهدف التحايل وتجنب أداء الضريبة، وهذا خارج إطار القانون أي أنها ممارسات غير مشروعة، بحيث يفترض تحقق الواقعة المنشأة للضريبة بالفعل، إلا أن المكلف بها يتهرب من دفعها كليا أو جزئيا بالاستفادة من الإعفاءات الضريبية و ثغرات القانون وكذا النقص الذي يكتسي نصوصه. (8)

أما في التشريع الجزائري كرسست المادة "64" من الدستور " مبدأ مساواة المواطنين في دفع الحقوق الضريبية وعلى وجوب مشاركة كافة المواطنين في تمويل الأعباء العامة " (9)

\* المادة "36" من قانون الإجراءات الجبائية عرفت الغش الجبائي بـ :

- ممارسة نشاط غير مصرح به.

1/ إنجاز عمليات شراء وبيع البضائع دون فاتورة خاصة بالبضائع وذلك مهما يكن مكان حيازتها أو خزنها أو إستداعها.

2/ تسليم فواتير وسندات أو أي وثيقة لا تتعلق بعمليات حقيقية.

3/ نقل تقييدات حسابية خاطئة أو وهمية عمدا في الوثائق المحاسبية التي يكون سكها إجباريا بمقتضى القانون التجاري.

4/ كل مناورة تهدف إلى تنظيم إعساره من طرف مكلف بالضريبة متابع لدفع ضرائبه.

\* المادة: 533 من قانون الضريبة غير المباشرة عرفت الغش الضريبي: تعتبر طرقا احتيالية ..... ما يلي :

1/ الإخفاء أو محاول الإخفاء من قبل أي شخص لمبالغ أو منتجات تطبق عليها الضرائب أو الرسوم التي هي مفروضة عليه.

2/ تقديم الأوراق المزورة أو غير الصحيحة كدعم للطلبات التي ترمي إلى إما الحصول على تخفيف الضرائب أو الرسوم أو تخفيضات أو الإعفاء منها أو إرجاعها ، وإما على الاستفادة من المنافع الجبائية المقررة لصالح بعض الفئات من المكلفين بالضريبة.

3/ استعمال الطوابع المنفصلة أو الطوابع المميزة المزورة أو التي قد تم استعمالها بعد، من اجل دفع جميع الضرائب، وكذلك البيع أو محاولة بيع الطوابع المذكورة أو المنتجات التي تحمل تلك الطوابع.

4/ الإغفال عن قصد لنقل أو العمل على نقل الكتابات غير الصحيحة أو الصورية في دفتر اليومية أو في دفتر الجرود المنصوص عليها في المادتين 9 و10 من القانون التجاري أو في الوثائق التي تقوم مقامه . ولا يطبق هذا التدبير إلا بالنسبة لعدم صحة السنوات المالية التي اختتمت كتاباتها

5/ القيام بأي وسيلة كانت لجعل الأعدان المؤهلين لإثبات المخالفات للأحكام القانونية أو التنظيمية التي تضبط الضرائب غير المباشرة، غير قادرين على تأدية مهامهم.

6/ القيام من قبل مكلف بالضريبة بتنظيم أسعار أو رفع العراقيل بطرق أخرى لتحميل كل الضريبة أو الرسم الذي هو مكلف به.

\* المادة 119 من القانون التجاري عرفت لنا الغش الضريبي على أنه :

1/ كل من تملص أو حاول التملص كلياً أو جزئياً من وعاء الضريبة أو تصفيتها أو دفع الضرائب أو الرسوم التي هو خاضع لها باستعماله مناورات الغش، تطبق عليه غرامة مالية جزائية تتراوح من 5.000.00 دج إلى 20.000.00 دج، وحبس من سنة إلى خمسة سنوات ، أو بإحدى العقوبتين فقط، غير انه لا يطبق هذا التدبير في حالة الإخفاء إلا إذا كان هذا الإخفاء يفوق عشر المبلغ الخاضع للضريبة أو مبلغ يساوي أو يفوق 1.000.00 دج.

ومن أجل تطبيق الفقرتين السابقتين ، تعتبر على الخصوص كمناورات تدليسية كون المكلف بالضريبة ينظم إعساره أو يعمل بمناورات أخرى على عرقلة تحصيل أي نوع من الضرائب أو الرسوم التي هو مدين بها.

\* كما تناولته المادة 1741 من القانون العام الفرنسي للضرائب " أي شخص اختلس أو حاول التهرب عن طريق الاحتيال تقديم أو دفع كلي أو جزئي من الضرائب، إذا كان قد فشل عمداً لجعل بيانه في الوقت المناسب، أو انه أخفى عمداً جزء من موضوع مبلغ الضريبة " (10)

المطلب الثاني : أركان جريمة الغش الضريبي .

الجرائم الجبائية لها طابع مزدوج ، من ناحية هي جنح ضد المصلحة العامة لكون المجرمين يحاولون التملص من بعض أعبائهم اتجاه الدولة، ومن ناحية أخرى هي جرائم مالية مكنت منها نتائج عولمة الاقتصاد وخاصة الأسواق من تصدير النشاط الإجرامي وامتداده على المستويات العالمية، فتعتبر هذه الجريمة مشكلة تتطلب استجابة منسقة ومتعددة الأوجه، لكونها تحديات عالمية ينبغي التعاون في مجال معالجتها، ولقيام الغش يتوجب توفر ركنين أساسيين بحسب الماد "303" من قانون الضرائب المباشرة.

الفرع الأول : الركن المادي .

يأخذ أشكالاً مختلفة كالإخفاء المتعمد للمبالغ الخاضعة للضريبة، التحريض العلني على حجب أو تأخير دفع الضرائب، إصدار فواتير مزورة وغيرها<sup>(11)</sup> ، ومن خلال قانون الضرائب الجزائري نجد الركن المادي يقوم على ثلاث عناصر وهي :

## أولا : اللجوء إلى الطرق الاحتمالية .

أوردها المشرع الجزائري على سبيل المثال، على اعتبار أن كل فعل له صبغته الخاصة وذلك ما يستخلص من عبارة المادة السابقة ومن هذه الطرق الاحتمالية نجد التحايل المحاسبي من خلال تخفيض الإيرادات عن طريق الشراء بدون فواتير ونقدا ، والتحايل المادي الذي يكمن في الإخفاء الجزئي للبعض اللوازم والمشتريات، بإعلان قيمة أقل من الحقيقية للمادة الخاضعة للضريبة للتهرب من دفعها، وينتج عن ذلك ما يعرف بالسوق الموازية التي يتم فيها تبادل السلع بعيدا عن كل مراقبة من إدارة الضريبة، التحايل القانوني يتحقق بالتلاعب في تكييف الحالات القانونية الخاضعة للضريبة وتزييفها لتكون في وضعية معفاة من الضريبة<sup>(12)</sup> أو بأقل من الضريبة الخاضعة لها للوضعية الأصلية، واستعمال الفواتير المزورة والوهمية يساهم في خلق جرائم التزوير التي تعد غشا وتحايل على القانون.<sup>(13)</sup>

## ثانيا : التملص من الضريبة .

يقصد به امتناع المكلف عن أداء الدين الواجب عليه اتجاه إدارة الضرائب، أو يقوم بدفع جزء من الديون بعد حصوله على تسهيلات في الدفع دون إكمال دفع الجزء المتبقي، أي يقوم المكلف بالضريبة بإخفاء المادة الخاضعة للضريبة كلها أو جزء منها، من خلال تقديم اقرار غير صحيح أو مزور أو يقوم بدفع وثائق غير صحيحة أو غير دقيقة لإدارة الضرائب، والواقع أنه لا يشترط تحقق نتائج معينة عند استعمال الطرق الاحتمالية بغض النظر عن تمكن المكلف من التخلص من أداء الضريبة أم لا.<sup>(14)</sup>

## ثالثا : وجود علاقة سببية .

تكون العلاقة بين الطرق الاحتمالية والتملص من الضريبة، والواقع أن المتابعة من أجل جريمة الغش إن تمت بوصفها جريمة تامة فإنه يتعين لقيامها أن يتم التملص من الضريبة تحت تأثير طرق الاحتمال التي يستعملها الجاني، وكما اشرنا فإن محاولة الغش لا يشترط لقيامها نتيجة معينة أي أنه لا داعي للنظر في علاقة السببية من حيث توافرها أم لا. لكن ان قامت الضرائب بربط الضريبة ربطا خاطئا بعد الإطلاع على الوثائق المزورة التي أخفى فيها الجاني المبالغ التي تسري عليها الضريبة فإن علاقة السببية هنا تتوفر، وتنعدم إن تخلص الممول من الضريبة نتيجة لخطأ ارتكبه إدارة الضرائب.<sup>(15)</sup>

## الفرع الثاني : الركن المعنوي.

إن الغش الضريبي كثيرا ما ينطوي على تجاهل متعمد للقوانين الضريبية ، كما أنه عملية عكسية تتضمن إخفاء الأصول من الأموال المتأتية من مصدر قانوني في نظر السلطات الضريبية<sup>(16)</sup>، وحتى تكون الجريمة كاملة لا يكفي وجود العمل المادي المعاقب عليه بموجب القانون، بل ينبغي وجود الإرادة الأثمة لدى الجاني لوعيه وبقصد بالركن المعنوي في ارتكاب الغش اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة مع العلم بتوافر أركانها القانونية أي القصد الجنائي حسب المادة 118 من قانون الرسوم على الأعمال الجزائري، وينقسم هذا الركن إلى:

## أولا : القصد الجنائي العام.

يشترط وجوده في كل الجرائم العمدية دون تخصيص لنوعها، ونعني به اتجاه إرادة الجاني إلي القيام بالفعل المعاقب عليه قانونا، بعلم المكلف بالضريبة بالطابع غير الشرعي لسلوكه السلي واتجاه إرادته إلى الطرق الاحتمالية

يهدف التملص من تصفية الضريبة أو أدائها، وقد يكون مباشر أو غير مباشر يهتم فقط بتحقيق الغرض من الجريمة والبحث في الدافع والغاية التي يهدف إليها الجاني<sup>(17)</sup>

ثانيا : القصد الجنائي الخاص.

يعتبر العنصر الأهم يتمثل في الغاية التي يقصدها الجاني من سلوكه وان كان من الصعب إثبات قصد الشخص عند ارتكاب الجرم ، فالقصد الخاص هنا يكون بوعي وبقصد لغرض خداع السلطات الضريبية<sup>(18)</sup> ويقع عبئ إثبات الركن المعنوي على ادارة الضرائب والنيابة العامة، كما يتعين على قاضي الحكم في حالة الإدانة مجرمة الغش إبراز الركن المعنوي وإلا كان حكمه مشوبا بالقصور في التسبيب.<sup>(19)</sup>

المطلب الثالث : إجراءات مكافحة الغش الضريبي.

تعتبر الأزمة المالية والاقتصادية التي حدثت عام 2008، دفعت بالحكومات في معظم البلدان لتكثيف جهودها لمكافحة الغش للخروج من هذه الجريمة بتجنيد أفراد على نطاق واسع داخل ادارة الضريبية، وتتبع عالم الجريمة المالية من أجل تطبيق إصلاح حقيقي لمكافحتها.

الفرع الأول : الإجراءات الإدارية.<sup>(20)</sup>

حسب المادة " 187" من قانون الضرائب المباشرة يمنح الحق لأعوان إدارة الضرائب الإطلاع على الوثائق والمعلومات التي بحوزة الإدارة، وفي حالة رفضهم تقديم المعلومات يترتب على ذلك جزاءات، وتعتبر التحقيقات وطلب التبريرات التي تقوم بها إدارة الضرائب من الإجراءات الإدارية لمكافحة الغش، وفي حالة ثبوته تقوم إدارة الضرائب بتسجيل المكلف بالضريبة في قائمة المتهين جبائيا، ويرسل المحضر إلى المديرية المركزية لتدويله في سجل خاص. كما بينت الماد " 505 " من قانون الضرائب غير المباشرة أنه لإثبات الجرائم الضريبية يتم تحرير محضر إثبات المخالفة الضريبية من خلال إجراءات شكلية تستوجب احترامها عند تحرير المحاضر التي تكون لها حجة أمام القضاء.

الفرع الثاني : الإجراءات القضائية .

تختلف الإجراءات القضائية من حيث :

أولا/تحريك الدعوى العمومية.

تتميز الجرائم الضريبية بوحدة الدعوى العمومية والجبائية من حيث التحريك، وهي مخولة لإدارة الضرائب بحسب المادة " 305 " من قانون الضرائب المباشرة ، كما أنه لا يعتد بإجراء رفع الدعوى أمام القضاء قبل صدور الشكوى من الجهة المخول لها ذلك ( يكون باطلا )، لأنه من النظام العام. كما حددت الفقرة الثالثة من المادة السابقة وكذا المادة " 564/ف2" من قانون الضرائب غير المباشرة مدة تقادم الدعوى العمومية ب3 سنوات أما الدعوى الجبائية ب4 سنوات وفيما يتعلق بإدارة الضرائب نجد أنها ليست طرفا مدنيا أمام المحكمة، أي انه ليست لها أية صفة، على الرغم من أن المادة "307" من قانون الضرائب المباشرة أشارت إلى إمكانية تأسيسها طرف مدني في حالة فتح تحقيق قضائي بناء على شكوى إدارة الضرائب.



## ثانيا/ دراسة الدعوى أمام الجهة القضائية.

القاعدة العامة التي هو متعارف عليها أن الاختصاص المحلي يتحدد بمحل الجريمة، أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم ، لكن حسب القوانين الجبائية استثنت الجرائم الضريبية من هذه القاعدة وخولت سلطة الاختيار لإدارة الضرائب، فتكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الغرامة أو مكان الحجز أو مقر المؤسسة وذلك بحسب المادة "305" من قانون الضرائب المباشرة والمادة "534" من قانون الضرائب غير المباشرة.

## الفرع الثالث/ الجزاء المترتب على الغش الضريبي.

قبل تحديد العقوبات التي يمكن تطبيقها في جريمة الغش الضريبي ينبغي تحديد الأشخاص الذين تطبق عليهم العقوبة الجزائية و الجبائية<sup>(22)</sup>

أولا/ الأشخاص الخاضعون للجزاء : حسب المادة "303" من قانون الضرائب هم :

1/ الفاعل الأصلي : هو أول شخص يخضع للمساءلة الجزائية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، والشخص المعنوي يخضع بدوره الى المساءلة الجزائية عندما ترتكب المخالفة من قبل شركة أو شخص معنوي آخر تابع للقانون بصدر عقوبة الحبس ضد المتصرفين أو الممثلين الشرعيين أو القانونيين للمجموعة ، وأضافت المادة " يصدر الحكم بالغرامات الجزائية .....ضد الشخص المعنوي دون الإخلال بتطبيق الغرامات الجبائية عليه"

2/ الشريك : تناولته ف/2 من المادة السابقة، وكذا المادة "120" من قانون التسجيل، يدخل في حكم الشريك كل من قام :

- التدخل بصفة غير قانونية للإتجار في القيم المنقولة أو تحصيل قسائم في الخارج.

- قبض قسائم يملكها الغير بأسماء هؤلاء المالكين.

## ثانيا/ العقوبات الجزائية.

حسب المادة "303" من قانون الضرائب المباشرة والمادة "532" من قانون الضرائب غير المباشرة والمادة "119" من قانون التسجيل تضمنت العقوبات الجزائية مقسمة الى :

1/ الأصلية : توصف فيها جريمة الغش بلجنة عقوبتها الحبس والغرامة من سنة الى خمس سنوات، ورغم اتفاق مجمل النصوص الضريبية على هذه المدة إلا أنها تختلف من حيث التشديد في العقوبة.

2/ التكميلية : تتفرع منها العقوبة الإجبارية والاختيارية، الأولى تكون جريمة الغش جنائية متى كانت قيمة المبالغ المتملص منها تفوق 1000.000 دج، وتقرر لها عقوبات جنائية وبالتبعية لها تطبق عقوبات تكميلية إجبارية، أما الثانية وهي العقوبات الاختيارية المحددة في المادة "9" من قانون العقوبات حيث يجوز للقاضي أن يحكم بإحدى تلك العقوبات ومن بينها :

تحديد الإقامة، المنع من الإقامة، الحرمان من مباشرة بعض الحقوق، المصادرة الجزئية للأموال، نشر الحكم وتعليقه.

## ثالثا/ العقوبات الجبائية .

إن العقوبات الجبائية المقررة لمرتكبي الغش غالبا ما تكون مالية وأحيانا تنصب على الأشياء ووسائل ، بالنظر إلى جميع القوانين المتعلقة بالضريبة، ومن خلال المادة " 532 " من قانون الضرائب غير المباشرة نصت على غرامة جبائية ما بين 5000 دج إلى 25000 دج وهناك نصوص أخرى حددتها بضعف الحقوق المتملص منها على ألا تقل عن 50.000 دج، وتجدر الإشارة إلى أن الغرامات الجبائية لا يجوز الحكم بها إلا بناء على طلب إدارة الضرائب، كما يمنع على الأشخاص الذين تمت إدانتهم بصفة نهائية من ممارسة النشاط التجاري.

## المبحث الثاني : التهرب الضريبي.

تقوم الدولة الحديثة بإشباع الحاجات العامة لرعاياها بإنفاق ما تحصل عليه من إيرادات هذه الأخيرة التي تتعدد مصادرها وتتنوع والتي من أهمها الضريبة كما سبق الذكر، إذ تعتبر دعامة أساسية في النظام المالي للدولة الحديثة<sup>(23)</sup>، غير أن انخفاض الإيرادات الجبائية دائما نتيجة لزيادة حجم التهرب الضريبي الذي سببه ارتفاع أسعار الضرائب وحالة الكساد التي يعرفها اقتصاد الدولة، وكذا مشكلة الازدواج الضريبي التي تدفع بالمكلفين للميل إلى التهرب كما أن عدم كفاءة الإدارة الضريبية من حيث الكم والنوع ( من حيث انخفاض عدد العاملين وانخفاض أدائهم في مجال حصر المكلفين، هذه الأسباب وغيرها كثير ساعد في انتشار هذه الجريمة وتوسعها.

## المطلب الأول/ تعريف التهرب الضريبي.

إن فكرة التهرب الضريبي فكرة قديمة غير أن انتشارها في الوقت الحاضر ازداد بشكل ملحوظ نتيجة الانفتاح الاقتصادي واتساع التجارة الدولية واندماج اقتصاديات مختلف الدول في الاقتصاد العالمي(24) ويمكن تعريف التهرب :

1/التهرب الضريبي هو تخلص المكلف من دفع الضريبة المتوجبة عليه كليا أو جزئيا، ويكون ذلك قبل بدء فترة الدفع أو خلالها باستخدام وسائل معينة غير مشروعة(25).

2/ التهرب الضريبي حسب علم المالية العامة هو تخلص المكلف كليا أو جزئيا من أداء الضريبة، دون نقل عبئها إلى غيره، مما يؤثر في حصيلة الدولة من الضريبة ويضيع عليها حقا(26).

3/ التهرب الضريبي هو كل عملية استيراد أو تصدير مخالفة للقوانين والتنظيمات المعمول بها، دون أداء الحقوق والرسوم الجمركية المستحقة كليا أو جزئيا.

أما التهرب الضريبي في التشريع الجزائري تناولته المادة "324" من قانون الجمارك " لتطبيق الأحكام القمعية الموالية، يقصد بالتهرب ما يأتي \* استيراد البضائع أو تصديرها خارج المكاتب الجمركية.

\* خرق أحكام المواد : 226.225.225.223.222.221.64.62.60.51.25 من هذا القانون.

\* تفرغ وشحن البضائع غشا.

\* الإنقاص من البضائع الموضوعة تحت نظام العبور.

- وكذا قانون مكافحة التهريب رقم 17/05 المؤرخ في 2005/12/31 المتضمن للأمر رقم 06/05 المؤرخ في 2005/08/23 والمتعلق بمكافحة التهريب، من خلال المادة "02" منه يقصد ببعض أنواع التهريب في مفهوم هذا الأمر ما يأتي

1/ التهريب : الأفعال الموصوفة بالتهريب في التشريع والتنظيم الجمركيين المعمول بهما..

2/ البضائع : كل المنتجات والأشياء التجارية أو غير التجارية، وبصفة عامة جميع الأشياء القابلة للتداول والتملك.

3/ وسائل نقل البضائع المهربة : كل حيوان أو آلة أو مركبة أو أي وسيلة نقل أخرى استعملت بأي صفة لنقل البضائع المهربة أو كانت ستستعمل لهذا الغرض

4/ المعلومات : كل المعطيات المعالجة أو غير المعالجة، المحللة أو غير المحللة وكل وثيقة أو تقرير وكذا الاتصالات الأخرى بمختلف أشكالها بما فيها الإلكترونية ونسخها المحقق في صحتها والمصادق على مطابقتها

كما أضافت المادة "11" من قانون مكافحة التهريب صورة أخرى تعتبر من أفعال التهريب وهي :

1/ الحيازة داخل النطاق الجمركي لمخزن أو وسيلة نقل مهية خصيصا لغرض التهريب.

المطلب الثاني: أنواع التهريب الضريبي.

إن ما تقدمه إدارة الجمارك حول عمليات التهريب المحبطة تعتبر الوسيلة الوحيدة التي يمكن استغلالها لإجراء مختلف الدراسات والتحليلات حول هذه الجريمة، التي تتطلب فعلا اهتماما عميقا ومتواصلا من أجل محاولة الخروج منها وتفادي كل سلبياتها، ويعتمد المهربون على العديد من الطرق الاحتيالية لتهريب بضائعهم، وتنفيذها بواسطة تقنيات منظمة لحد ما، تختلف بحسب عدة عوامل كطبيعة البضاعة المهربة وحجمها وقيمتها ومن أهم أنواع التهريب نجد :

الفرع الأول/ التهريب المشروع وغير المشروع.

1/ التهريب المشروع : يعتمد في هذا النوع على الثغرات القانونية والغموض الذي قد يشوب النصوص الضريبية، أي يتم استخدام قانون الضرائب نفسه للتهرب عن طريق وسائل وآليات قانونية مختلفة (27)، فالشخص هنا يتمكن من التخلص من الالتزام بدفع الضريبة دون أن يضع نفسه في مركز المخالف للقانون (28)، ويتحقق التهريب المشروع عن طريق التجنب بالامتناع عن العمل أو الواقعة المنشئة للضريبة، وكذا الامتناع الكلي أو الجزئي عن استهلاك السلعة أو الخدمة التي تخضع لضريبة الامتلاك.

2/ التهريب غير المشروع : يقصد به التهريب العمدي الذي يقصد به المكلف الامتناع عمدا عن دفع الضريبة ومخالفته لقانون الجبائي، إما بالامتناع عن تقديم أي تصريح بأرباحه أو تقديم تصريحات ناقصة أو كاذبة، وكذا اعداد سجلات مزيفة.

فوسائل الهرب غير المشروع هي مخالفات للقانون، وفي اغلب الأحيان تكون هذه المخالفة صريحة ومقصودة، وقد تكون أحيانا نتيجة لعدم إدراك المكلف لمسؤولياته أو لجهله بالقانون، ويصعب تحديد الطرق التي يتبعها المكلف في سبيل ذلك (29).

### الفرع الثاني/ التهرب المحلي والتهرب الدولي.

1/ التهرب المحلي : هو التهرب الذي يرتبط بحدود إقليم الدولة، بمعنى لا يتعداه إلى دولة أخرى، وهو أكثر أنواع التهرب انتشارا إما باستغلال الثغرات الموجودة في نظامها الجبائي أو عن طريق امتناع الفرد عن القيام بالتصرف المنشئ للضريبة، حتى يتجنب دفعها كأن يرفض استيراد بعض السلع الأجنبية لتفادي الضرائب الجمركية (30)

2/ التهرب الدولي : وهذه الصورة من صور التهرب تتمثل في العمل على التخلص من دفع الضريبة في بلدها، عن طريق التهرب غير القانوني للمداخل والأرباح التي من المفروض أن تخضع لضريبة البلد التي حققت فيه إلى بلد آخر يتميز بضغطه الجبائي المنخفض (31).

### المطلب الثالث/ آثار التهرب الضريبي.

إن محاولة معالجة ظاهرة التهرب تقتضي العمل الدقيق في إعطاء المفهوم الشامل لها مع الوقوف على جل الأسباب التي تدفع إليها ، من أجل معالجتها لاعتبار أن جريمة التهرب الضريبي تترتب عليها آثار سلبية خاصة على مختلف الأصعدة، ويمكن القول أن نفسها الآثار التي تخلفها جريمة الغش الضريبي، وبصفة أساسية الإضرار بالخزينة العمومية التي تقل فيها حصيلة الضرائب فتعجز بذلك الدولة عن تنفيذ مشروعاتها المستقبلية (32)، ومن أهم الآثار المترتبة على التهرب والغش نجد :

### الفرع الأول/ الآثار المالية.

تؤثر هذه الجريمة على الدولة من خلال عجز ميزانيتها وما يترتب على ذلك من مشاكل مثل اللجوء إلى مصادر أخرى لتمويل المشاريع ، كالإصدار النقدي والاقتراض ما يترتب على ذلك من تراكم فوائد الديون بسبب الاقتراض.

العجز في ميزانية الدولة مما يصعب عليها التحكم في سياسة الإنفاق (33)، وعدم تحقق المشاريع المالية فتتأثر بذلك ميزانيات المجموعات المحلية ( البلدية والولاية) التي تعتمد في جزء كبير على الرسم في ميزانيتها ، حيث تعتبر الإيرادات الجبائية المحلية أكبر مصدر تمويلي للجماعات المحلية بالمقارنة مع الإجراءات الأخرى غير الجبائية.

### الفرع الثاني/ الآثار الاقتصادية.

تترتب على جريمة التهرب من الناحية الاقتصادية كبح روح المنافسة بين المؤسسات حيث يلاحظ أن درجة الامتياز عن المؤسسات المتهربة منها على حساب المؤسسات التي تقوم بواجباتها الضريبية التي تبحث عن تعظيم أرباحها باستعمال أنجع الطرق (34) من بينها التهرب، كذلك غياب التنمية والاستثمارات المالية من خلال عدم توازن ميزان المدفوعات هو ما يترتب عنه حرمان الخزينة العمومية من مواردها المشروعة (35). كذلك يؤثر التهرب على هيكله وتوازن الاقتصاد الوطني، وتثبط كل رغبة في العمل الاقتصادي المشروع لاسيما عن طريق التأثير على

المؤسسات الناشئة، والإخلال بشروط التبادل التجاري الحر والقواعد المنظمة للتجارة الخارجية، بالتأثير على ميزان المدفوعات وعلى الكتلة النقدية ومعدلات الصرف (36)

### الفرع الثالث/ الآثار الاجتماعية.

يترتب على التهرب آثار اجتماعية وخيمة من بينها إضعاف روح التضامن بين أفراد المجتمع، وعدم المساواة بين المكلفين في تحمل عبء الضريبة، إذ يتحملها الأشخاص الذين اختاروا العمل في القطاع الرسمي، بينما يتخلص منها أولئك الذين أفلحوا في التهرب منها. كما يساهم التهرب في ارتفاع معدلات البطالة، حيث ان استيراد البضائع عن طريق التهريب من شأنه أن يحول طلب المستهلكين من المنتج الوطني إلى المنتج الأجنبي المهرب المتميز بانخفاض سعره وجودته أحياناً، وهذا ما يؤثر على الإنتاج الوطني.

من جهة أخرى يؤثر التهرب على الصحة والأمن من خلال دخول بضائع مهربة مغشوشة أو فاسدة أو غير متطابقة مع المواصفات و المقاييس المطلوبة والمعتمدة لحماية المستهلك وأمنه، وهو ما يؤثر على المنتجين الشرعيين ويجرمهم من حقوقهم المشروعة، وحتى التأثير على الطاقة البشرية من خلال التهريب الذي يركز على الكتب والمنشورات والأشرطة والوثائق التي تمس الأمن العام والآداب العامة أو التي تشجع على العنف والإرهاب والاعتداء الجنسي (37).

### المطلب الرابع/ مكافحة التهرب الضريبي.

إضافة لما نصت عليه المادة "303" السابقة التي تحدد أشكال وحالات تجريم التهرب والغش الضريبي، والمادة "193" من قانون الضرائب والرسوم المماثلة نستنتج أن أهم مظاهر التهرب التي ينبغي معالجتها:

1/ إخفاء وتخفيض الإيرادات والتقليل من العمليات المفوترة، وبالتالي العمل على إخفاء جزء من نشاطه على الإدارة الضريبية.

2/ تقديم مبررات مزيفة وهي ثاني مظاهر الغش وأكثر استخداماً فيما يتعلق بالنفقات الوهمية والتي تخصم من الإيرادات للوصول إلى الدخل أو الربح الخاضع للضريبة.

ومن أجل الكشف عن هذه المظاهر في الجزائر من خلال عمليات الرقابة التي تقوم بها الإدارة الضريبية، وكذا الرقابة المحاسبية للوصول إلى الضريبة على الأرباح والدخل والضريبة على القيمة المضافة وحقوق التسجيل. تبنت الإدارة الضريبية آليات متعددة لمعالجة هذه الجريمة ورغم النتائج المالية التي حققتها هذه الآليات تبقى دون أثر حقيقي على الممارسات الاحتياالية التي هي في تطور مستمر نتيجة التطور الذي تعرفه الأساليب والطرق المستخدمة في التهرب الضريبي (38) وقبل معرفة هذه الآليات ينبغي إيضاح العقوبات المقررة لجريمة التهرب.

### الفرع الأول/ العقوبات المقررة لجريمة التهرب الضريبي .

إن الإدارة الضريبية تمثل السلطة التنفيذية التي يقع على عاتقها عبء وضع القوانين موضع التنفيذ السليم بما يكفل حماية القانون وحسن تطبيقه، وهي مسؤولة عن اقتراح التعديلات والتشريعات الضريبية وذلك بحكم

اتصالها المباشر والعملي من الواقع الضريبي، فهي بذلك توائم بين الجانب التنفيذي والتشريعي (39) فالتهرب تطور مع تنفيذ الإصلاحات الاقتصادية وإلغاء احتكار الدولة مع تحرير التجارة الدولية.

### أولاً/ جنح التهرب الضريبي.

تختلف شدة العقوبات والجزاءات المقررة لجرائم التهرب بحسب درجتها، وفيما يخص الجنحة فقد مصت عليها المواد "13.12.11.10" من قانون الجمارك ويمكن تقسيمها إلى ثلاث درجات(40):

1/ الدرجة الأولى : تتعلق بالتهرب البسيط الذي لا يقع ضمن الحالات والأوصاف المذكورة في قانون مكافحة التهرب في الماد"10/ف/ التي تنص : " يعاقب على تهريب المحروقات أو الوقود أو الحبوب أو الدقيق أو المواد المطحونة المماثلة أو المواد الغذائية أو الماشية أو منتجات البحر أو الكحول أو التبغ أو المواد الصيدلانية أو الأسمدة التجارية أو التحف الفنية أو الممتلكات الأثرية أو المفرعات أو أي بضاعة أخرى بمفهوم المادة2 من هذا الأمر بالحبس من سنة 1 إلى خمس 5 سنوات وبغرامة تساوي خمس 5 مرات قيمة البضاعة المصادرة، إلى جانب إحدى العقوبات التكميلية المذكورة في المادة"19" من قانون مكافحة التهرب.

2/ الدرجة الثانية: تتعلق الجنح من الدرجة الثانية بإحدى الحالات التالية :

- عندما ترتكب أفعال التهرب من طرف ثلاثة 3 أشخاص فأكثر، تكون العقوبة الحبس من سنتين 2 إلى عشر 10 سنوات وغرامة تساوي عشر 10 مرات قيمة البضاعة المصادرة ( المادة 10/ف/2 من ق.م.ت )

- عندما تكتشف البضائع المهربة داخل مخابئ أو تجويفات أو أي أماكن أخرى مهيأة خصيصا لغرض التهرب، تكون العقوبة الحبس من سنتين 2 إلى عشر 10 سنوات وغرامة تساوي عشر 10 مرات قيمة البضاعة المصادرة (المادة 10/ف/3 من ق.م.ت )

3/ الدرجة الثالثة: تتعلق الجنح من الدرجة الثالثة بإحدى الحالات التالية.

- التهرب باستعمال أي وسيلة نقل، ويعاقب عليها بالحبس من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة وبغرامة تساوي عشر 10 مرات مجموع قيمتي البضاعة المصادرة ووسيلة النقل ( المادة 12 من ق.م.ت )

- التهرب باستعمال السلاح الناري وتكون العقوبة بالحبس من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة وبغرامة تساوي عشر 10 مرات قيمة البضاعة المصادرة ( المادة 13 من ق.م.ت )

### ثانيا/جنايات التهرب الضريبي.

إن جرائم التهرب التي يمكن إعطاؤها وصف الجنائية هي الجرائم التالية(41).

1/ تهريب الأسلحة : حسب المادة " 14 " من قانون مكافحة التهرب التي تعاقب على هذه الجريمة بالسجن المؤبد.

2/ التهرب الذي يشكل تهديدا خطيرا : حسب الماد " 15 " من قانون مكافحة التهرب التي نصت " عندما تكون أفعال التهرب على درجة من الخطورة تهدد الأمن الوطني أو الاقتصاد الوطني أو الصحة العمومية تكون العقوبة السجن المؤبد "

حددت هذه العقوبات في المادة "19" من قانون مكافحة التهريب وهي :

- تحديد الإقامة- المنع من الإقامة- المنع من مزاولة المهنة أو النشاط - إغلاق المؤسسة نهائيا أو مؤقتا- الإقصاء من الصفقات العمومية- سحب أو توقيف رخصة السياقة أو إلغائها مع المنع من استصدار رخصة جديدة- سحب جواز الصفر.

### الفرع الثاني/ إجراءات مكافحة التهريب الضريبي (43).

تتطلب دراسة هذه الإشكالية محاولة معمقة في معرفة التهريب من جوانب مختلفة حتى يتسنى للدارسين في هذا المجال محاولة الوقوف على الآليات أو الإجراءات التي يمكن من خلالها التقليل من الظاهرة في اطار قانوني أولا/ الإجراءات الإدارية: وهي التي تتم من طرف الإدارة الجبائية بالتدخل من خلال إجراءات هيكلية و تشريعية وتنظيمية وذلك بهدف التقليل من الآثار الضارة لجريمة التهريب.

#### 1/ الإجراءات الهيكلية.

تتجسد في إعادة تنظيم الهياكل المركزية للمديرية العامة للضرائب، على أساس النظام المحاسبي والمالي المعمول به في الجزائر، من خلال إنشاء مديريةية المؤسسات الكبرى، ويوفر النظام المحاسبي السابق المعلومات المفصلة والموثوقة، ويعكس الصورة المالية للمؤسسة إلى جانب أخذه للثغرات التي تعرفها المؤسسات الجزائرية في عين الاعتبار، والتحكم في التحصيل الضريبي لإضفاء فعالية أكثر على الجباية عن طريق خلق ثقافة جبائية للمؤسسات الكبرى، وهدف السلطات من إنشاء هذه المديرية إلى :

- التحكم وتسيير الملفات الضريبية للمؤسسات الكبرى.

- تبسيط وتسهيل اجراءات التصريح، والدفع باستعمال آليات جديدة وعصرية.

- تفعيل التحصيل الجبائي باعتبار أن هذه المؤسسات تساهم بنسبة كبيرة في الحصيلة الجبائية.

#### 2/ إنشاء مراكز الضرائب.

من أجل إعادة تنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وتقريب الإدارة من المكلفين بالضريبة ، الذين لا ينتمون الى مديريةية المؤسسات الكبرى، ونقصد بها نظام التصريح الحقيقي المبسط أي المكلفين المتوسطي الدخل وأصحاب المهن الحرة، وكذلك المكلفين الذين ينتمون الى نظام الضريبة الجزافية، ومن بين المهام التي تقوم بها هذه المراكز الضريبية بحسب ما خوله المشرع الضريبي :

- تسيير المنازعات الضريبية الخاصة بالمكلفين.

- متابعة عمليات التسوية الجبائية ومراقبة التصريحات.

-تحصيل الضرائب والرسوم الخاصة للمؤسسات و تسيير المنازعات الضريبية الخاصة بالمكلفين.

- البحث واستغلال المعلومات الجبائية ومراقبة التصريحات ونشر المعلومات الجبائية.
- تأمين استقبال وإعلام المكلفين بالضريبة .
- برمجة عمليات المراقبة والمتابعة وتقدير نتائج الرقابة.

### 3/ إنشاء مصلحة التحريات الضريبية.

حسب المادة "45" من قانون المالية لسنة 2009 مهمتها القيام بالتحقيقات قصد تحديد مصادر التهرب والغش، ولاسيما في مجال القضايا عالية المخاطر الضريبية وتقديم الدعم التقني لمجموع مصالح الرقابة، والسعي للعمل بالتعاون مع سائر الجهات الفاعلة ذات الصلة بمكافحة التهرب الضريبي من خلال استخدام مختلف الآليات الموضوعية تحت تصرف الإدارة الضريبية، والتي نذكر منها حق الإطلاع، حق الرقابة، حق المعاينة. ومن ابرز مهامها:

- البحث ومعاينة كل مخالفة للتشريع الضريبي والمساعدة في حال الاشتباه بممارسة الاحتيال.
- التحقيق ومعاينة المخالفات على المستوى الوطني من خلال أمر بالمهمة ممضي من طرف المدير العام للضرائب لتنفيذ حقوق الإدارة الممثلة في حق الإطلاع، حق إجراء تحقيقات، حق المعاينة.
- إنشاء قاعدة معلومات من شأنها المساعدة في الكشف عن جريمة الغش والتهرب الضريبي، والتنسيق من أجل جمع المعلومات لاستغلالها في عملية تقدير وتحصيل ومراقبة مختلف الضرائب والرسوم.
- إجراء تدخلات لأجل معاينة العنصر المادي المستخدم في التهرب الضريبي.
- تنفيذ جميع التحقيقات والمخالفات الضريبية بناء على طلب من طرف المدير العام للضرائب.
- إعداد ونشر لكافة المصالح الضريبية تقارير مناسبة والمتضمنة أشكال التهرب الضريبي.

### 4/ البحث والتحقيقات.

تكلف بهذه المهمة مصلحة التحريات الجبائية بتجميع المعلومات على المستوى المركزي والمحلي، كما هو الحال بالنسبة لمديرية البحث والتحقيق، وكذا مصالح فرق البحث المنبثقة عن مديرات الضرائب ومديرية المؤسسات الكبرى، مكاتب التحقيقات على مستوى المتفشيات وفرق البحث المختلفة للجمارك والضرائب والتجارة، فتعمل كل هذه المصالح على تجميع المعلومات من مختلف المؤسسات والهيئات لمعرفة حجم التحويلات البنكية.

وعملا بالمواد 20 و21 من قانون الإجراءات الجبائية نصت على إمكانية إجراء تحقيق مصوب في محاسبة المكلفين بالضريبة لنوع أو عدة أنواع من الضرائب، كما سمح المشرع الضريبي في المادة "21" من نفس القانون للإدارة الجبائية بالتحقيق المعمق في الوضعية الجبائية الشاملة .

### ثانيا/ الإجراءات الوقائية.

لغرض مكافحة التهرب تناول الفصل الثاني في المادة '3" من قانون مكافحة التهريب الإجراءات الوقائية منها(44) على الخصوص :



## 1/ المادة "03"

- مراقبة تدفق البضائع التي تكون عرضة للتهريب.

- إعلام وتوعية وتحسيس المستهلك حول مخاطر التهريب.

- وضع نظام للكشف عن مواصفات البضائع ومصدرها وتعميم استعمال وسائل الدفع الإلكتروني.

- دعم الترتيب الأمني للشريط الحدودي وبشكل خاص في المناطق البعيدة عن مراكز المراقبة.

- ترقية التعاون الدولي في مجال مكافحة التهريب، على المستويين القضائي والعملياتي.

- تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة، عند الاقتضاء، عن طريق التنظيم.

## 2/ المادة "04" يشارك المجتمع المدني في الوقاية من التهريب ومكافحته عن طريق :

- المساهمة في تعميم ونشر برامج تعليمية وتربوية تحسيسية حول مخاطر التهريب على الاقتصاد والصحة العمومية.

- إبلاغ السلطات العمومية عن أفعال التهريب وشبكات توزيع وبيع البضائع المهربة.

- المساهمة في فرض احترام أخلاقيات المعاملات التجارية.

3/ المادة "05" تحفيز الكشف عن أفعال التهريب من خلال تقديم تحفيزات مالية أو غيرها للأشخاص الذين يقدمون للسلطات المختصة معلومات من شأنها أن تفضي إلى القبض على المتهربين .

ثالثا/ رقابة الديوان الوطني واللجان المحلية لمكافحة التهريب.

ينشأ ديوان وطني لمكافحة التهريب يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي بحسب المادة "06" من قانون مكافحة التهريب، أما اللجان المحلية فتنشأ على مستوى كل ولاية تعمل تحت سلطة الوالي حسب المادة "09" من القانون السابق، وتتمثل إجراءات الرقابة التي يمارسها هذا الديوان في :

1/ رقابة الديوان الوطني: يكلف على الخصوص بما يلي بـ :

- إعداد برنامج عمل وطني لمكافحة التهريب و الوقاية منه.

- تنظيم جمع ومركزة المعلومات والمعطيات والدراسات ذات الصلة بظاهرة التهريب.

- ضمان تنسيق ومتابعة نشاطات مختلف المتدخلين في مجال الوقاية من التهريب ومكافحته.

- اقتراح تدابير ترمي إلى ترقية وتطوير التعاون الدولي في مجال مكافحة التهريب.

- وضع نظام إعلامي مركزي آلي مؤمن وتقييم الأخطار للوقاية من التهريب ومكافحته وكذا المساهمة في ضمان أمن الشبكة اللوجيستية الدولية.

- التقييم الدوري للأدوات والآليات القانونية وكذا الإجراءات الإدارية المعمول بها في مجال مكافحة التهريب.
- تقديم أي توصيات من شأنها المساهمة في مكافحة التهريب.
- إعادة برامج إعلامية وتحسيسية حول الآثار الضارة الناجمة عن التهريب.

## 2/ رقابة اللجان المحلية: تتولى اللجان المحلية :

- تنسيق نشاطات مختلف المصالح المكلفة بمكافحة التهريب.
- تخصيص البضائع المحجوزة أو المصادرة في إطار مكافحة التهريب.
- تقديم تقارير فصلية على نشاطاتها الى الديوان الوطني لمكافحة التهريب.

## خاتمة :

نخلص مما سبق أن جريمة الغش والتهرب تعتبر من أهم مخاطر الإجرام الضريبي، والتي تحرم القطاع العم وخزينة الدولة العمومية من الكثير من الفوائد المالية، تعود إلى الكثير من الأسباب التي لا يمكن حصرها لارتباطها باقتصاد الدولة ومختلف المتغيرات التي تتعرض لها بموجب الانفتاح على العالم التجاري الدولي، ومن بنها عدم وعي المجتمع والمكلفين بالعائد الذي تؤديه الضرائب على الدولة من فائدة وكذا بسبب ارتفاع معدل الضريبة الذي يؤدي في الغالب إلى الغش والتهرب الضريبي، خاصة في الأرباح الناتجة عن جهد شخصي، كذلك زيادة الأعباء الضريبية في إطار ارتفاع حاجة الدولة إلى الإيرادات لتأمين مبالغ مالية لتسديد الديون العامة، إلى جانب أهم الأسباب والمثلة في الثغرات القانونية التي تتيح التشريع في إطار قانوني مع ضعف أو غياب المراقبة والدقة والتطبيق الفعلي للعقوبات الرادعة للكف من هذه الجرائم وغيرها وما يستتبع من كل ذلك هو محاولة إعطاء جملة من الدراسات القيمة التي من شأنها العمل على المساعدة في الكف من جريمة الغش والتهرب الضريبي، بمحاولة الإعتماد على معطيات قانونية واقتصادية وسياسية وحتى اجتماعية للخروج من هذه الجرائم، كون امتداد آثارها خاصة السلبية الى غير الجانب الإقتصادي، وبالتالي تجنيد كل الأجهزة والهيئات على مختلف المستويات.

## قائمة الهوامش :

- 1/ د. طاهر الجنابي، علم المالية والتشريع المالي، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد، ص، 18.
- 2/ Raymond Muzelle, finances publique, 8<sup>ème</sup> édition, Dalloz, paris, 1993, p, 423
- 3/ patrick serlooten, droit fiscale des affaires, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, paris, 2006, p, 865
- 4/ fiscalité, fraude et évasion, site : www.presentation-lescbase.fr.
- 5/ Cécile Bazart, la fraude fiscale : Modelisation du face a face-contribuables, these pour le doctorat ès Sciences Economiques, p, 11. site : www.creden.univ-montp1.fr.

6/ مختار حسين شبيلي، الإجرام الإقتصادي والمالي الدولي وسبل مكافحته، جامعة نايف للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2008، ص، 3.

7/kalina kolvea,matisse, A la recherche de l'administration fiscale optimale, l'approche par les couts d'efficience, 2005, p, 16.site :www.hal-paris1.archives-ouvertes.fr.

9/ القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15/11/2008 المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية 2008، ج. ر، عدد 63، 2008.

10/ Marc,Dassesse et pascalle minne, droitfiscal principes généraux et impots sur le revenus, 4ème édition, bruxelles, bryant, 1996, p 69.

11/ Marc, Dassesses,op, cit, p, 4,5.

12/ د.أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجزائي الخاص والجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الموال، دار هومة، الطبعة السادسة، 2006، ص،425.

13Ducouloux-favard.chaude.fausses.factures,themexpreses,édition francais,lefebvere,paris, 2004, p, 11.

14/أردير منيرة، يوسف التومي أحمد، سواعدي عبد الكريم، جريمة الغش الضريبي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2004/2007. ص ص،14، 15.

15/ أردير منيرة، يوسف التومي أحمد، سواعدي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 16.

16/ Jean Spreutels, ya-t-il une infraction entre la lutte contre la fraude fiscale et la lutte contre le blanchiment en droit belge et droit international ? orgqnisation interne et internationale de la lutte contre le blanchiment, Centre de droit international de l'U.L.B,20-21 janvier 2000,p,2.

Site : [www.ctif-cfi.be/website/images/FR/pub\\_art/s7V10253.pdf](http://www.ctif-cfi.be/website/images/FR/pub_art/s7V10253.pdf).

17/ رحمانى منصور، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص، 112.

18/ Marc, Dassesses,op, cit, p,4.

19/ أردير منيرة، يوسف التومي أحمد، سواعدي عبد الكريم، مرجع سابق، ص 20.

20/ جبوري أحمد، بن حاوة جلول،الطابع الخاص للمنازعة الجبائية، مذكرة لنيل إجازة القضاء، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2005-2008، ص،15.

- 21/ جبوري أحمد، بن حاوة جلول، مرجع سابق، ص، 16.
- 22/ جبوري أحمد، بن حاوة جلول، مرجع سابق، ص، 17.
- 23/ د.عوف محمود الكفراوي، السياسة المالية والنقدية في ظل الإقتصاد الإسلامي، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة اولى، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص، 45.
- 24/ ناصر شارفي، التهرب الضريبي آثاره وسبل مكافحته، أطروحة دكتوراه في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية، جامعة الجزائر، 2011، 2012، ص، 53، 54.
- 25/ د.محمد طاقة، د.هدى العزاوي، لإقتصاديات المالية العامة، دار المسيرة للنشر، بيروت، طبعة 2010، ص، 47.
- 26/ لابد لزرق، ظاهرة التهرب الضريبي وإنعكاساتها على الإقتصاد الرسمي في الجزائر دراسة حالة - لاية تيارت - مذكرة ماجستير في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم القتصادية والتسيير والعلوم الإجتماعية، جامعة تلمسان، 2011، 2012.
- 27/ Evasion fiscale, la finance pour tous. Site :  
[www.france.attac.org/archives/spip.php%3Faction%3Dacceder\\_document%26arg%3D951%26cle%3D4b..](http://www.france.attac.org/archives/spip.php%3Faction%3Dacceder_document%26arg%3D951%26cle%3D4b..)
- 28/ لابد لزرق، مرجع سابق، ص، 49.
- 29/ لابد لزرق، مرجع سابق، ص، 51.
- 30/ لابد لزرق، مرجع سابق، ص، 55.
- [www.kenanonline.com](http://www.kenanonline.com) أنواع التهرب الضريبي، موقع: / 31
- 32/ د.عبد المنعم فوزي، المالية العامة والسياسة المالية، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص، 224.
- 33/ د.أحمد جامع، فن المالية العامة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1975، ص، 248.
- [www.univ.batna.dz.fac](http://www.univ.batna.dz.fac) / 34 د.كمال رزيق، الجباية المحلية كمورد لميزانية الجماعات المحلية،
- 35/ بوطالب إبراهيمي، مقارنة اقتصادية للتهرب بالجزائر، رسالة دكتوراه في العلوم الإقتصادية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، 2012، ص، 200.
- 36/ بوطالب إبراهيمي، مرجع سابق، ص، 201.
- 37/ بوطالب إبراهيمي، مرجع سابق، ص ص، 204، 207.
- 38/ ناصر شارفي، مرجع سابق، ص، 244.
- 39/ صالح حسن كاظم، مكافحة التهرب الضريبي... ضرورة ملحة في الحد من الفساد، موقع :

40/ بوطالب إبراهيمي / مرقع سابق/ص، 228.

41/ الأمر رقم 06/05 المؤرخ في 2005/08/32 المتعلق بمكافحة التهريب.

42/ ناصر شرفي، مرجع سابق، ص، 244.

43/ ناصر شرفي، مرجع سابق، ص، 250.

44/ الأمر رقم 06/05 المؤرخ في 2005/08/32 المتعلق بمكافحة التهريب.

## تعليق عن الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة حول رفض دعوى نفقي النسب عن طريق تصحيح سجلات الحالة المدنية



نادية شرود : باحثة بصف الدكتوراه في القانون الخاص

كلية العلوم القانونية جامعة محمد الأول - وجدة

تمهيد :

صدر عن المحكمة الابتدائية بوجدة بتاريخ 2005/11/29 في الملف رقم 05/2643 حكما يقضي برفض دعوى تتعلق بنفي النسب عن طريق تصحيح سجلات الحالة المدنية.

وقد أثار انتباهنا هذا الحكم بشدة لكونه تطرق لإشكالية مهمة طالما كانت محل جدال فقهي، وهي إشكالية تتعلق بمدى امكانية الاعتداد بوثائق الحالة المدنية في مجال النسب؟

فمما لا شك فيه أن سجلات الحالة المدنية تعد مرفقا هاما للتعريف بالأشخاص عن طريق ضبط هويتهم، ابتداء من تاريخ الولادة، الإسم، اسم الوالدين، مكان الإزدياد، وباقي البيانات الأخرى.

ولما كانت رابطة النسب هي تلك التي يتبع فيها الولد أبه في الإسم والدين والجنسية وما إلى ذلك من الآثار، كان من الطبيعي أن يكتسب الإبن اسم أبيه العائلي كأثر مباشر للنسب، إذ يفترض أن كل مولود يسجل في الحالة المدنية باسم أبيه.

فمن هذا المنطلق، وعلى ضوء وقائع الحكم، تطرح مجموعة من التساؤلات منها: ما مدى الحجية القانونية التي تتمتع بها وثائق الحالة المدنية في مجال النسب؟ وهل التسجيل في الحالة المدنية يقبل التصحيح إذا ثبت ما يخالفه؟ وإلى أي حد يمكن اعتبار سجلات الحالة المدنية منفصلة عن قواعد إثبات النسب ونفيه؟

قبل الإجابة على هذه التساؤلات سنقوم بداية بعرض أهم الوقائع والحجيات التي يتضمنها الحكم القضائي، ومن ثم سنقسم الموضوع إلى فرعين :

الفرع الأول: أهم وقائع وحيثيات الحكم .

الفرع الثاني: تقييم الحكم القضائي.

الفرع الأول: أهم وقائع الحكم وحيثياته :

تقدم المدعي بطلب مؤدى عنه الرسم القضائي بتاريخ 2005/10/12 وبطلب إصلاحي مؤرخ في 2005/10/20 يعرض فيهما أنه تبنى البنت المسماة (ب.د) المزدادة بتاريخ 1989/12/21 المسجلة بالكناش العام للحالة المدنية حسب رسم الولادة رقم (...). بلدية وجدة، وأن البنت المذكورة ليست ابنته وإنما تكفل بها منذ ولادتها إذ تسلمها من المساعدة الاجتماعية من مستشفى الفارابي بوجدة، ملتصقا نفي نسب البنت المذكورة عنه وعن زوجته (ز.س) والتصريح بعدم إلحاقها بنسبهما وبطلان كل ما يترتب عليها من حقوق وواجبات الأبوة والبنوة، وأرفق مقاله بموجب نفي النسب، بموجب تقديم وكالتين مؤرختين في 2005/2209 نسخة من رسم ولادة وكناش الحالة المدنية.

أدرجت القضية بعدة جلسات منها جلسة البحث المؤرخة في 2005/10/18 حضرها الطالب كما حضرت البنت (د.ب)، وصرح الطالب بأن البنت المذكورة ليست من صلبه وأنه تبناها وأعطاه اسمها، كما صرحت المسماة (ز.س) زوجة المدعي بأن البنت المذكورة ليست ابنتها وأنها لم تنجب من المدعي أي ولد وأنها تسلمتها من مستشفى الفارابي بوجدة وعمرها لا يتجاوز أسبوعا قصد تبنيها، ونظرا لجهلها بال مقتضيات الشرعية فقد جعلوها ابنتها واعطوها اسمها، وكانت آخر جلسة بتاريخ 2005/11/15 حضرتها المدعي والمدعى عليها، وأرفق بالملف مستنتجات النيابة العامة الرامية إلى تطبيق القانون فحجزت القضية للمداولة لجلسة 2005/11/25.

وبعد المداولة طبقا للقانون :

في الشكل : حيث إن الدعوى قدمت مستوفية لشروطها الشكلية فهي مقبولة.

في الموضوع : حيث يهدف المدعي في طلبه نفي نسب البنت (ب.د) عنه وعن زوجته (ز.س) باعتبارها ليست من صلبه وإنما تسلمها من مستشفى الفارابي بوجدة حسب الثابت من موجب التقديم عدد (...). كناش (...). بتاريخ 25 ماي 1989 توثيق وجدة.

وحيث إنه وإن تبين للمحكمة من خلال وثائق الملف وتصريحات المدعي وزوجته بأن البنت (ب.د) هي مجهولة الأب، وأنها سلمت للمدعي من طرف المساعدة الاجتماعية قصد كفالتها، فإن ذلك لا يتطلب من المدعي إقامة دعوى لنفي نسب البنت المذكورة عنه مجرد أنها تحمل اسمه في سجلات الحالة المدنية، فنسب البنت إليه لا يثبت بتسجيلها بسجلات الحالة المدنية وأن من شأن الاستجابة لطلب المدعي طمس هوية البنت (ب.د) مما قررت معه المحكمة رفض الطلب.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل صائرها.

## الفرع الثاني : تقييم الحكم القضائي :

من خلال وقائع الحكم التي تم سردها يمكن أن نقف عند إشكالية طالما كانت محل خلاف فقهي وقضائي، وتتجسد في مدى الحجية التي تتمتع بها وثائق الحالة المدنية في مجال النسب عموماً، وهي إشكالية أفرزها غياب نص قانوني صريح في الموضوع، ذلك أن المشرع لم يعتد برسوم الحالة المدنية في مجال إثبات النسب<sup>1</sup>، وهو ما جعل الاتجاهات الفقهية تتباين بين من يعتبر رسوم الحالة المدنية دليل على ثبوت النسب<sup>2</sup>، وبين من ينفي عنها هذه الصفة الثبوتية<sup>3</sup>.

إذا كان الأمر كذلك على مستوى قانون الأسرة المغربي الذي لم يشر صراحة إلى وثائق الحالة المدنية كوسيلة لإثبات النسب، فإنه بالرجوع إلى الفصل 21 من المرسوم التطبيقي لقانون الحالة المدنية، نجد أنه أعطى لكل شخص مسجل بالحالة المدنية إمكانية تغيير اسمه العائلي كما أن الفصل 219 من قانون المسطرة المدنية<sup>4</sup>، يعطي إمكانية لتصحيح رسوم الحالة المدنية متى كانت بياناتها غير مطابقة للواقع أو تتضمن بيانات ممنوعة قانوناً وهو ما ينطبق على وقائع القضية أعلاه.

ذلك أن المدعي - وكما يستنتج من وقائع الحكم - اعترف بأن الأمر يتعلق بحالة تبني، إضافة إلى اقتناع المحكمة بأن الابنة مجهولة النسب وليست من صلب المدعي، ورغم ذلك رفضت الاستجابة للطلب معتبرة وثائق الحالة المدنية منفصلة تماماً عن قواعد النسب، في حين أن هذه الوثائق هي أول ما يلجأ إليها للتعريف بهوية الشخص بما في ذلك اسم والديه الحقيقيين.

فالبيانات المضمنة في سجلات الحالة المدنية تقبل التصحيح دائماً متى ثبت ما يخالفها، خصوصاً وأن بعض حالات التبني تتم عن طريق التسجيل في الحالة المدنية، كما هو الشأن بالنسبة للواقعة التي يتضمنها الحكم محل التعليق، والمحكمة عندما لم تستجب لطلب المدعي تكون قد خالفت نصوص قانونية صريحة أعطت الإمكانية لذوي المصلحة للتقدم بطلب أمام القضاء لتصحيح بيانات الحالة المدنية.

ذلك أن المشرع المغربي نظم إجراءات خاصة بتصحيح وثائق الحالة المدنية من خلال الفصول 217 إلى 220 من قانون المسطرة المدنية وكذا إصلاح الأخطاء التي تشوبها، كما أن اتجاه المحكمة أعلاه فيه مخالفة أيضاً للمادة الثانية من قانون الحالة المدنية<sup>5</sup> التي أوجبت ألا تخالف تقييدات الحالة المدنية القواعد الشرعية في إثبات النسب وهو ما تعكسه وقائع القضية محل التعليق.

<sup>1</sup> - ويمكن أن نستشف ذلك من خلال الفصل 8 من ظهير 1950 (الملغى) والذي نص على ما يلي: "لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمس مقتضيات ظهيرنا الشريف هذا ما جرى به العمل من قواعد لدى المحاكم الراجع لها النظر في الأحوال الشخصية والميراث" ونفس الوضعية تم تكريرها من خلال مقتضيات المادة الثالثة من القانون رقم 37/99 التي تنص على أن: "تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب والأحوال الشخصية".

<sup>2</sup> - أحمد الخليلي، وجهة نظر، الجزء الثاني، طبعة 1998، دار النشر المعرفة، الرباط، ص: 80.

<sup>3</sup> - خالد نبيس، دعاوى الحالة المدنية، الطبعة الثانية، 1996، مطبعة الكاتب العربي، ص: 127.

- عبد المجيد غمبجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية الفقه والقانون في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، جامعة محمد الخامس، أكادال، السنة الجامعية، 1999-2000، ص: 484-485.

<sup>4</sup> - ظهير بمثابة قانون رقم 74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 الموافق ل 28 شتنبر 1974 يتعلق بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1974، ص: 1305 والمعدل بقانون 03.72 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 01.04.23 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص: 453.

<sup>5</sup> - مرسوم رقم 2.04.331 صادر بتاريخ 18 ربيع الأول 1425 الموافق ل 7 يونيو 2004 يتم بموجبه المرسوم رقم 2.99.665 بتاريخ 2 شعبان 1423 الموافق ل 9 أكتوبر 2002 بتطبيق القانون رقم 99.37 المتعلق بالحالة المدنية.



يضاف إلى ما سبق أن المحكمة عندما عللت موقفها بأن: "...نسب البنت لا يثبت بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية..."، تكون قد خالفت أيضا اجتهادات قضائية صريحة في الموضوع، فقد ذهب المجلس الأعلى في قرار حديث له إلى اعتبار وجود حكم سابق بتسجيل الطفل في الحالة المدنية حائزا للحجية الأمر المقضي به يمنع سماع دعوى النسب بالإعتماد على اختلال مدة الحمل<sup>1</sup>.

وما يمكن أن نستشفه من القرار أعلاه أن المجلس الأعلى يعتد صراحة بوثيقة الحالة المدنية كدليل على ثبوت النسب، وإن كان قد رفض بعدها سماع دعوى النسب اعتمادا على اختلال أمد الحمل، إلا أن هذا المقتضى الأخير لا يمكن القياس عليه في القضية محل التعليق على اعتبار أن دعوى نفي النسب ليست محل منازعة باعتراف الزوجين معا بأن الأمر يتعلق بحالة تبني واقتناع المحكمة بذلك.

وبذلك يمكن أن نخلص إلى أن المحكمة الابتدائية بوجدة عندما رفضت الاستجابة لطلب المدعي بنفي النسب - رغم اقتناعها بأن الأمر يتعلق بحالة تبني - عن طريق استصدار حكم يقضي بتشطيب البنت من سجلات الحالة المدنية<sup>2</sup>، تكون قد كرست وضعية غير مقبولة دينيا واجتماعيا مع ما يترتب عن ذلك من مشاكل لها صلة بالنسب كالميراث وموانع الزواج وغيرها ما دامت وثائق الحالة المدنية تعد مرجعا أساسيا للتعريف بهوية الأشخاص.

ولا يفوتني قبل أن أختتم أن أستحضر الجانب الإنساني في الموضوع، ذلك أن المحكمة وإن كانت قد استهدفت من خلال حكمها حفظ هوية البنت من الطمس والضياع، إلا أنه في منظومتنا القانونية ما يكفل إيجاد الحلول لمثل هذه الحالات، ويتعلق الأمر بمؤسسة الكفالة التي من شأنها أن تمكن الطفل مجهول الأبوين من نفس الحقوق المكفولة للطفل بشكل عام كالحق في العيش الكريم وفي حفظ كرامته الإنسانية لكن دون ان يسجل باسم المكفول عملا بالمادة 16 من الظهير المتعلق بالحالة المدنية التي أوجبت ضرورة اختيار اسم شخصي وعائلي مفترضين للمكفول، مع إشارة ضابطة الحالة المدنية إلى أن أسماء الأبوين أو اسم الأب في حالة ما إذا كانت الام معروفة اختيرت طبقا لأحكام قانون الحالة المدنية، وهو ما من شأنه أن يحفظ هوية الطفل الحقيقية لكي لا يتعرض مستقبلا لمشاكل نفسية واجتماعية.

<sup>1</sup> -قرار عدد 14 المؤرخ في 18 يناير 2006 في الملف الشرعي 2006/1/2/535، مجلة المناهج عدد مزدوج 10/9، 2006، ص:241.  
<sup>2</sup> -بالإضافة إلى مخالفة هذا الاتجاه القضائي لنصوص قانونية صريحة في الموضوع تتيح إمكانية تصحيح البيانات المضمنة في وثائق الحالة المدنية كما أشرنا إلى ذلك سابقا.

## الإجراءات الرقابية على التسريح من العمل ودورها في الحفاظ على الشغل



دراسة من إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور بشير هادي

أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة تبسة

ملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الإجراءات الرقابية على التسريح من العمل سواء لأسباب شخصية خاصة بالعامل أو لأسباب اقتصادية مرتبطة بصاحب العمل ، و بالتالي قياس مدى فعاليتها في تحقيق الاستقرار المهني . فهي تطرح مشكلة التناقض بين طرفي علاقة العمل ، مصلحة المؤسسة في تحقيق أهدافها الاقتصادية ، مقابل تحقيق مصلحة العامل و حمايته مهنيا ، و بالتبعية تحقيق الاستقرار الاجتماعي .

### Résumé:

Cet étude a pour but d'éclairer la lumière sur une question importante relative à la protection du travailleur contre le licenciement soit pour cause personnelle ou bien pour cause économique reliev à l'entreprise .Donc est ainsi posée la délicate question sur la contradiction entre l'intérêt de l'entreprise afin de conquérir leur but économique en face l'intérêt du travailleur et leur protection professionnelle et par la suite arriver à la stabilité sociale.

المقدمة :

إن التطورات التي حدثت في الجزائر على المستوى السياسي من خلال التوجه الرأسمالي للدولة و الذي انعكس على الوضع الاقتصادي حيث أدى ذلك إلى انتهاج أساليب مرنة في تسيير المؤسسات وفقا لآليات اقتصاد السوق . هذا الواقع الجديد تميز بتراجع موازين المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية و تهديد الاستقرار المهني للعمال ، مما دفع المشرع بالتصدي لها في الواقع بعدد الطرق ظهرت على مستوى الشروط و الإجراءات الرقابية للحد من التسريح.

وتبعاً لذلك تركز نظرياً وعملياً محاولة تعديل كفة التوازن بين طرفي علاقة العمل من خلال مراقبة عمليات الإنهاء الانفرادي والتقليص منها إلى ابعدها الحدود . وقد شمل هذا التدخل الذي تجسد بشكل أساسي ضمن أحكام القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل ، سواء كان التسريح مرتبطاً بأسباب شخصية خاصة بالعمال كما هو الشأن بالنسبة للتسريح بسبب ضعف الكفاءة المهنية أو بسبب المتابعة الجزائية الغير مرتبطة بأسباب تأديبية، أو كان مرتبطاً بأسباب وظروف اقتصادية خاصة بالمؤسسة المستخدمة كما هو الحال بالنسبة للتسريح لأسباب اقتصادية أو حل المؤسسة و إنهاء نشاطها القانوني .

وتبعاً لأهمية دراسة مجال الرقابة على التسريح و انعكاسه بعد إنهاء علاقة العمل ، من حيث تحقيق الأمن الإقتصادي للعمال ، يظهر مستوى البحث من الجانب النظري حول حقيقة التوجه التشريعي في تحقيق أمنه و استقراره المهني ، ثم على المستوى العملي من حيث القدرة على توفير هذا الاستقرار المهني لمواجهة المرونة في التشغيل التي أملتتها التطورات الاقتصادية .

ومن هذا المنطلق فإن الرقابة التي أقرها المشرع على التسريح لتأمين استقرار العامل في عمله ، ظلت مهددة بالمرونة التي يتميز بها واقع العمل و التشغيل ، وهو ما دفعني إلى البحث عن إشكالية النجاعة التي يمكن أن تحققها الرقابة و بعدها العملي أمام الواقع الاقتصادي المتقلب ؟

ومن أجل الإجابة عن الإشكال السابق عمدت إلى استخدام المنهج التحليلي بغرض تحليل الأحكام و النصوص القانونية المجسدة للرقابة على التسريح والوقوف على أبعادها المجسدة أيضاً للاستقرار الوظيفي للعمال ، و معالجة المشكلات التي تطرحها واقترح البدائل المناسبة .

و عليه ارتأيت تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين كالتالي :

- المبحث الأول : الإجراءات الرقابية المرتبطة بالتسريح لأسباب شخصية .

- المبحث الثاني : الإجراءات الرقابية المرتبطة بالتسريح لأسباب اقتصادية .

المبحث الأول : الإجراءات الرقابية المرتبطة بالتسريح لأسباب شخصية :

تمهيد :

تمثل أنظمة و أحكام العمل المتعلقة بالتسريح و إنهاء علاقة العمل، قواعد لا يجوز الاتفاق على مخالفتها إلا إذا كان الاتفاق يوفر شروطاً أكثر نفعاً للعمال، فهي تعكس شروطاً تسعى إلى تحقيق استقرار وظيفي من شأنه تقييد سلطة صاحب العمل في إنهاء العقد غير أن تطبيق هذه الإجراءات الرقابية يثير عديد التساؤلات لا سيما في حالات التسريح المرتبطة بأسباب شخصية، وذلك لقيام عقد العمل على الحرية في الإنهاء، سواء ارتبط هذا الإنهاء بسبب ضعف الكفاءة المهنية، أو لأسباب المتابعة الجزائية غير التأديبية، أو بسبب ارتكاب الخطأ الجسيم.

## المطلب الأول: الرقابة على التسريح بسبب ضعف الكفاءة المهنية:

إن ضعف القدرات المهنية للعامل، أو كما عبرت عنه المادة 66 من قانون علاقات العمل لسنة 1990 (1)، بالعجز الكامل عن العمل يسمح لصاحب العمل بإنهاء علاقة العمل، سواء كان الإنهاء لأسباب مهنية أو لأسباب صحية:

## 1. ضعف الكفاءة لأسباب مهنية:

يعني ضعف الكفاءة لأسباب مهنية، عدم القدرة على تنفيذ العمل المسند للعامل بالشكل المطلوب منه، وذلك لأسباب غير مرتبطة بالحالة الصحية. هذا التراجع في المقدرة المهنية يمثل سببا مشروعاً للتسريح بالنظر لعدم الوفاء بالالتزامات الوظيفية المرتبطة بمنصب العمل في إطار تنظيم العمل الذي يضعه صاحب العمل (2). لذلك فإن السلطة التي يتمتع بها صاحب العمل في تنظيم و تسيير المؤسسة تسمح له بإمكانية المبادرة بالتسريح عندما تصبح عدم الكفاءة المهنية ثابتة (3)، وهو وحده من يملك سلطة التقدير.

و يعود ضعف الكفاءة المهنية للعامل إلى عاملين، الأول يتعلق بالتطور التكنولوجي و الفني و ما ينتج عنه من تحديث مستمر للآلات و المعدات التكنولوجية، تستوجب الاستغناء عن العامل بسبب ضعف كفاءته المهنية. أما العامل الثاني فهو يتعلق بتعديل في المهام المسندة للعامل و التي ينتج عنها ضعف في الكفاءة المهنية، و هو ما يلجأ إليه أحيانا صاحب العمل بسوء نية للتخلص من العامل. هذا التعديل يستوجب من قاضي الموضوع التحقق من انه يرتبط فعلا بضرورات المصلحة، و لا يشمل تعديلا جوهريا غرضه إنهاء علاقة العمل بناء على مبرر و غير واقعي وهمي.

غير أن الحالات السابقة، و إن كانت مشروعة لتقرير التسريح تحقيقا لمصلحة المؤسسة، إلا أنها مقيدة بالكيفية التي تحقق التوازن بين مصلحة المؤسسة و مصلحة العامل، و بالتالي تجسيد المصلحة المشتركة للطرفين، من خلال احتفاظ العامل بمنصب عمله، أو إعادة إدماجه في منصب عمل جديد يتلاءم مع قدراته المهنية الحالية، و هو ما يتحقق بفعل وسائل الرقابة، التي تميز التسريح في الحالات التالية:

- عدم إمكانية إجراء فترة تكوين تكميلي للعامل.
- عدم وجود منصب عمل يتلاءم مع القدرات المهنية الحالية.
- أن يكون عدم الكفاءة المهنية على درجة كبيرة من الجسامة لا تسمح بالاستمرار في العمل دون إلحاق أضرار بالمؤسسة.

## 2. ضعف الكفاءة المهنية لأسباب صحية:

يمكن الانطلاق في هذا الإطار من الحكم الوارد في المادة 66 فقرة 05 من القانون 11/90 المشار إليه، حيث أشار إلى العجز الكامل عن العمل باعتباره سببا للتسريح مع احترام الإجراءات الواجبة. فقد ورد النص في قانون التأمينات الاجتماعية (4) على إمكانية التأهيل المهني للعامل المصاب بعجز نسبي عن العمل لشغل وظيفة أو منصب عمل يتناسب مع القدرات الصحية الحالية.

و عليه فان التمييز بين العجز الكلي و العجز النسبي عن العمل، يمثل معيارا موضوعيا يبرر التسريح. فإذا كانت الغيابات بسبب المرض قصيرة المدى و المتباعدة نسبيا لا تؤثر بشكل كبير على نشاط المؤسسة و قدراتها الإنتاجية، فان الغيابات الطويلة و المتكررة تؤدي إلى قيام السبب الحقيقي و الجدي، ذلك أن تنفيذ العمل لم يعد مستمرا أو ناجعا (5)، بالشكل المطلوب و المتفق عليه في عقد العمل.

و تبعا لذلك فان العجز الكلي عن العمل المثلث طيبا يبرر التسريح أي كان سبب العجز (6). أما العجز الجزئي فانه لا يبرر التسريح إلا إذا ثبت عدم وجود منصب عمل آخر يستطيع العامل القيام به. و بالتالي فان العجز الجزئي عن العمل المثلث بواسطة تقرير الخبرة الطبية يلزم صاحب العمل باقتراح وظيفة جديدة تتناسب مع القدرات المهنية الجديدة للعامل و تسريجه مع استفادته من التعويضات المستحقة لا سيما العجز وفقا لما تحدده قوانين الضمان الاجتماعي (7).

### المطالب الثاني: التسريح بسبب المتابعة الجزائية غير التأديبية :

تتعلق المتابعة الجزائية مجرمة ارتكبتها العامل غير مرتبطة بالعمل، يمكن أن تكون سببا في التسريح. و يمكن طرح هذا الإشكال من حيث البحث عن مدى سلطة صاحب العمل في التسريح طالما لا يوجد نص تنظيمي واضح ينظم كيفية تفعيل الرقابة في هذا المجال، سواء تعلقت سلطة التسريح أثناء التوقيف التحفظي و قبل صدور الحكم الجزائي النهائي، أو بعد صدور الحكم الجزائي النهائي:

#### أ- الرقابة على التسريح قبل صدور الحكم النهائي :

الأصل أن المتابعة الجزائية غير المرتبطة بالعمل لا تبرر في حد ذاتها التسريح وفقا لما يقره جانب من الفقه (8) و بالتالي يمكن لصاحب العمل المبادرة بالتعليق المؤقت لعلاقة العمل. و لتطبيق هذا الموقف على التشريع الجزائري يمكن الرجوع إلى ثلاثة أسس كالتالي :

(1) الأساس الدستوري لقرينة البراءة (9)، يمنع التسريح الفوري بسبب غيابه عن العمل نتيجة المتابعة الجزائية، و ذلك لأنه لا يصنف ضمن الأخطاء الجسيمة ذات الصلة المباشرة بالعمل، إضافة إلى انه يدخل ضمن الأخطاء الجسيمة ذات الصلة المباشرة بالعمل، إضافة لكونه يدخل أيضا ضمن جرائم القانون العام، مما يستوجب التعليق المؤقت لعلاقة العمل (10) و هو الموقف الذي اعتمده قضاء المحكمة العليا (11) .

(2) إن عدم تنفيذ العمل المنوط بالعامل خلال فترة المتابعة الجزائية يمثل حادثا طارئا يؤدي إلى قيام استحالة مؤقتة في التنفيذ تستوجب بدورها التوقيف المؤقت لعلاقة العمل .

(3) أن طول مدة غياب العامل عن العمل بسبب المتابعة الجزائية و حسب احتياطها، لا يبرر التسريح، و أن طول المدة لا يستند بدوره على أساس قانوني (12) تحدد المدة الواجبة في هذه الحالة، و هو ما يؤدي إلى الأخذ بتقنية تعليق علاقة العمل و اللجوء إلى التعويض المؤقت إلى العامل المعني.

و عليه فان التوجه التشريعي و القضائي يقر برقابة تنظيمية عن التسريح في هذا المجال، تتمثل في اللجوء إلى تقنية التعليق بدلا من التسريح.

#### ب- الرقابة على التسريح بعد صدور الحكم النهائي:

يمكن التخصيص في هذا الإطار من خلال طرح فرضية صدور حكم جزائي نهائي بالإدانة مع التنفيذ أو بوقف التنفيذ؟ و الظاهر أن الإدانة تبرر من حيث المبدأ تسريح العامل بقرار منفرد من صاحب العمل دون الإحالة على مجلس التأديب لكون تنفيذ الالتزام بأداء العمل أصبح مستحيلا، وهو ما يستنتج بمنهج المخالفة من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل(13).

و عليه إذا كانت حالات الحكم على العامل في جناية أو جنحة تتعلق بالسرقة أو النصب أو الاحتيال أو خيانة الأمانة تجيز التسريح بسبب فقدان الثقة، فإن حالات الجرح الأخرى الصادرة بشأنها أحكاما مشمولة بوقف التنفيذ. يمكن أن تبرر عدم اللجوء إلى إنهاء علاقة العمل، و استبدال ذلك بعقوبة تأديبية اخف\*

### المبحث الثاني : الإجراءات الرقابية المرتبطة بالتسريح للأسباب الاقتصادية.

ترتبط الإجراءات الرقابية على التسريح لأسباب اقتصادية، بحق صاحب العمل في اللجوء إلى إعادة تنظيم المؤسسة بغرض إنعاشها أو إلى حل المؤسسة و إعلان إفلاسها، مما يستوجب معه تسريح بعض العمل أو كلهم في حالة الإفلاس، إلا أن هذا الحق الممنوح لصاحب العمل ترد عليه بعض القيود، تضمنت مجموعة من الإجراءات تهدف إلى الحد من التسريح حماية للعمال من الإحالة على البطالة، وهي تنفرع إلى ثلاث أنواع من الإجراءات تتعلق الأولى برقابة لجنة المؤسسة، والثانية برقابة الجهات القضائية، أما الثالثة فهي تخص حل المؤسسات و الشركات التجارية وإعلان إفلاسها.

#### المطلب الأول : الرقابة الداخلية للجنة المؤسسة.

لقد وضع المشرع ، سلسلة من الإجراءات الرقابية على التسريح لعدد العمال الذين يلجأ إليه صاحب العمل عادة عند تعرض المؤسسة إلى صعوبات اقتصادية، ومن بين هذه الإجراءات إلزام صاحب العمل بعرض البرنامج الإجتماعي المتضمن جميع البيانات والخاصة بالتسريح، على لجنة المؤسسة أو لجنة المساهمة كما سماها المشرع الجزائري لإبداء الرأي، ثم الممثلين النقابيين للتفاوض حول مضمونه..

#### 1- استشارة لجنة المؤسسة :

حيث يوجه وجوبا إلى أعضاء لجنة المؤسسة استدعاءات مرفقة بالوثيقة التي تتضمن محتوى الجانب الإجتماعي (14)، والذي يهدف إلى التقليل من عدد التسريحات من خلال اللجوء إلى وسائل أخرى بديلة كالإحالة على التقاعد والعمل بالتوقيت الجزئي وغيرها.

فالعبارة إذن بالإجراء في حد ذاته، إذ لا يجوز إحالة التقرير على الممثلين النقابيين حول مضمونه إلا بعد الحصول على رأي اللجنة والذي من شأنه تنوير الهيئة التفاوضية بالملاحظات المقدمة والتي تفيد بدورها في عملية إيجاد الحلول للتقليل من عدد التسريحات.

#### 2- التفاوض مع الهيئات النقابية :

وتعتبر أهم مرحلة إجرائية رقابية على تسريح، إذ يلزم كل صاحب عمل بالتفاوض مع الممثلين النقابيين حول مضمون الجانب الإجتماعي بهدف تجنب التسريح أو التقليل من عدد التسريحات. ويترتب عن إجراء المفاوضات

التي تتم في اجتماعات منفصلة تحرير محضر جلسة يعد بمثابة اتفاق يوع عليه الطرفان ويثبت نقاط الاتفاق وعند الإقتضاء المسائل محل الاختلاف. (15) وبالتالي فإن دور الممثلين النقابيين تقديري يظهر من خلال سلطة التفاوض وما يترتب عنها من تحرير بمحضر الاتفاق والتوقيع عليه.

هذا وقد أيد اجتهاد المحكمة العليا هذا التحليل إذ اعتبر (16)، (أن استناد قضاة الموضوع على محضر لجنة المشاركة من إحالة العامل على التقاعد المسبق يخالف القانون لأنه لا يرقى إلى درجة الاتفاق، فكان من الأولى أن يتعرضوا وبناقشوا الاتفاق الحقيقي المبرم بين المؤسسة والنقابة طبقا لما توجبه المادة 13 من القانون 09/94...). ومن ثم قلص القضاء من فرص التسريح لأسباب اقتصادية من خلال الإقرار بإلزامية التفاوض مع الممثلين النقابيين كما ينص عليه القانون.

### المطلب الثاني : الرقابة القضائية على التسريح لأسباب اقتصادية.

لقد منح المشرع فرصة الحوار والتشاور بين ممثلي العمال وصاحب العمل من خلال إقرار البرنامج الإجتماعي، ثم إلزام الأطراف باللجوء إلى أسلوب المصالحة أو التحكيم عند استمرار الخلاف حول عنصر أو عدة عناصر من الجانب الإجتماعي (17)، وهو ما يعتبر من اختصاص الممثلين النقابيين أو ممثلي العمال من حيث مدى مراقبة احترام صاحب العمل لهذه الأولوية.

وعليه فإن الإجراءات السابقة تكتسي صبغة جوهرية يلتزم صاحب العمل بإيداعها، حيث يتقرر بطلانها حين نكون مخالفة لهذه الإجراءات، وذلك من خلال دعوة قضائية يرفعها العامل المعني طالبا إلغاء قرار التسريح والحكم بإعادة الإدماج. ومن ثم فإن قاضي الموضوع ملزم بالتحقق في مدى توفر السبب الحقيقي والجدلي للتسريح عن طريق تحليل الوقائع المدرجة ضمن البرنامج الاجتماعي، ثم فحص مدى الأخذ بالإجراءات المسطرة بموجب الأحكام القانونية والتنظيمية. لذلك فإن مقتضيات الحماية من التسريح تستوجب امتداد الرقابة اللاحقة للقضاء المختص من الماحيتين الإجرائية والموضوعية. وقد اعتبر اجتهاد المحكمة العليا بهذا الخصوص (18) أن (عملية التقليل لا تختلف في جوهرها عن عملية التسريح لأنها تمثل فك العلاقة التعاقدية بالإرادة المنفردة للمستخدم وليس لها طابعا قانونيا متميزا إذ أنها تخضع للقواعد المنصوص عليها في القانون 11/90 والمرسوم 09/94. فاعتماد القضاء على المواد 96،80،71 من القانون 11/90 لتقدير شرعية اجراء التقليل هو قضاء مؤسس قانوني).

هذا وقد أقرت المحكمة العليا في اجتهاد آخر (19) إلزامية احترام الإجراءات المنصوص عليها قانونا عند أو قيام بالتسريح لأسباب اقتصادية حيث أيدت حكم المحكمة الابتدائية لما اعتبرت التقليل " الذي قام به صاحب العمل قد أحترم نصوص القانون 09/94، وأن الاتفاقية الجماعية المتضمنة التقليل مستكملة للإجراءات المسبقة المطلوبة، وأنه تم التفاوض مع ممثلي العمال، وحررت قرارات فردية بأسماء العمال الذين شملهم إجراء التقليل.

ومن هنا فإن ظهور مفهوم مصلحة المؤسسة كأساس عملي لتبرير التسريح بغرض إنقاذ المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية، أصبح يمثل عنصر توازن مع مصلحة العمال بغرض تحقيق المصلحة المشتركة للطرفين.

## المطلب الثالث : الرقابة المتعلقة بمحل الشركات التجارية.

لقد نص المشرع ضمن أحكام القانون التجاري على صيغ انحلال الشركة سواء قبل الأجل المحدد في العقد التأسيسي أو بعد انتهاء الأجل القانوني للشركة (20). وقد نص أيضا على نظام رقابة داخلي يمثل في جوهره إشعار مبكر بالصعوبات الاقتصادية التي تعترض المؤسسة، يخص شركات المساهمة، حيث يتكلف مراقب الحسابات في شركة المساهمة بمراقبة حسابات الشركة لحصر الأعمال التي تهدد نشاطها بالتوقف.

هذا وقد تناول بالتنظيم أيضا عملية الإفلاس والتسوية القضائية وما يمكن أن يسبقها من إجراءات وقائية لتفاديا لإنقضاء وزوال المؤسسة المعنية بالإفلاس. وبالمقابل لم يتضمن القانون 11/90 المشار إليه النص على مصير العمال في حالة شهر الإفلاس، وهو ما يحيل إلى المبادئ العامة في القانون المدني التي تقرر توفر القوة القاهرة أو استحالة التنفيذ لسبب أجنبي حتى ينتهي العقد. (21)

و عليه تقضي الأحكام و القواعد المتعلقة بالإفلاس الواردة في القانون التجاري، بشأن آثار الحكم بشهر الإفلاس بمنع المدين من إدارة أمواله و التصرف فيها، حيث يحل وكيل التفليسة محله في إجراء التصرفات القانونية اللازمة لتصفية التفليسة من خلال القيام بجميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة. و بالتالي يتوقف مصير علاقات العمل التي كانت سارية على القرار الذي يصدر عن وكيل التفليسة (22).

و من ثم يمكن للمدين المفلس بمساعدة وكيل التفليسة وإذن القاضي المنتدب أن يقرر استمرار النشاط في أحيان معينة (23)، إذ تبقى عقود العمل قائمة طالما بقى النشاط مستمرا. و بخلاف ذلك إذا قرر وكيل التفليسة عدم الاستمرار لتجارة المفلس، حينما يتبين له أن المؤسسة لم تعد صالحة لمواصلة نشاطها بسبب عدم تمكنها من تنفيذ التزاماتها و خلاص ديونها بحيث يتم تصفيتها و بيع و موجوداتها فتنتهي نهائيا.

و من هنا إذا كان قد أقر نظام الإفلاس و ما يترتب عليه من إبقاء لعقد الصلح و قبول المدين بالتسوية القضائية بغرض تسديد الديون، فانه بالمقابل قد اهتم بحماية العمال من خلال الإقرار بنظام إنقاذ المؤسسات المارة بصعوبات اقتصادية و إمكانية تخفيض عدد عمالها وفقا للإجراءات السابقة الإشارة إليها فترك مصير المدين بين أيدي الدائنين ينتهي في جميع الحالات بالإعلان عن إفلاس المؤسسة و تصفية أموال المدين.

و تأسيسا على ما سبق فان تكفل المشرع ضمن أحكام القانون التجاري بوضع آليات إنقاذ المؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية و بالتالي تكريس نوع من الحماية للعامل و ضمان استمراره في العمل، و هو ما يؤدي إلى استخلاص النتائج التالية:

1- أن فعالية الإشعار المبكر لصعوبات الاقتصادية يكمن في حصوله ضمن أجل مبكرة ، مما يؤدي إلى ضمان إنعاش المؤسسة و المحافظة على استمرار علاقات العمل بها.

2- أن تدخل المشرع في إطار التسوية القضائية للمؤسسة التي تمر بصعوبات اقتصادية يتسم بطبيعة العلاجية طالما هو مرتبط بشرط التوقف عن الدفع. ويعتبر هذا المنحة تكريسا لما جاء ضمن أحكام قانون علاقات العمل بنص المادة 74 منه ، إذ تفضل علاقات العمل قائمة بجميع عناصرها في حالة الإحالة للغير .



3- أن سكوت المشرع ضمن أحكام قانون التجاري بخصوص مصير علاقات العمل المنتهية بسبب انحلال المؤسسة تحيلونا بالضرورة إلى أحكام القانون المتعلق بالتأمين عن البطالة لفائدة الإجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية (24) ، طالما أن التسريح حدث لأسباب اقتصادية.

#### الخلاصة :

هكذا يتبين من خلال هذه الدراسة أن المشرع حاول تجسيد الحماية للعامل من خلال إقرار الرقابة القانونية و القضائية ، للحد من الطبيعة المرنة التي تتميز بها العلاقات التعاقدية و السلطة الواسعة لصاحب العمل على المؤسسة . فقد اقر من حيث المبدأ عملية التوفيق بين مقتضيات النظام العام المقرر بموجب قواعد أمر لا يجوز مخالفتها لتحقيق الأمن و الاستقرار الوظيفي للعامل و بين المقتضيات الاقتصادية المرتبطة بحسن سير المؤسسة و تحقيق أهدافها في الإنتاج . هذا التوجه الذي يرمي في جوهره إلى التقليل من عدد التسريحات و تجنب الإحالة على البطالة من خلال شمول الرقابة المقررة لجميع الوضعيات التي تسمح باستمرار علاقة العمل في المنصب الحالي أو في منصب اقل درجة أو إعادة إدماجه في حالة ما إذا كان التسريح غير مشروع .

وقد خلصت من خلال عرض المعايير الرقابية أن الغرض من إقرارها لا يقتصر فقط على تنظيم عملية التسريح و التقليل منها ، بل ويشمل أيضا تنظيم عمليات إعادة الهيكلة و الإنعاش الاقتصادي للمؤسسات الاقتصادية و الشركات بغرض تحقيق المصلحة المشتركة لطرفي العلاقة التعاقدية. وقد سجلت في هذا الإطار بعض الملاحظات شمل أبرزها الآتي:

- أن المشرع اعتبر في ما يخص التسريح بسبب ضعف الكفاءة المهنية أن العجز الكلي عن العمل يبرر تسريح العامل دون العجز الجزئي إلا إذا ثبت عدم وجود منصب آخر يستطيع العامل القيام بمهامه بحالته الصحية الجديدة.
- أن تعذر تنفيذ العمل المنوط بالعامل أثناء فترة المتابعة الجزائية يمثل حادث طارئ يؤدي إلى استحالة مؤقتة للتنفيذ .
- أن طول غياب العامل بسبب حبسه احتياطيا لا يمثل مبرر للإنتهاء طالما أن طول المدة لا تستند على أي أساس قانوني يحدد المدة الواجبة للمبادرة بإنهاء علاقة العمل .
- أن فعالية الإشعار المبكر بالصعوبات الاقتصادية يرتبط بحصوله ضمن أجل مبكرة وذلك لإمكانية ضمان إنعاش المؤسسة .
- أن سكوت المشرع ضمن أحكام القانون التجاري عن مصير علاقات العمل المنتهية بسبب انحلال المؤسسة أو إفلاسها، يمثل إحالة آلية إلى قانون التأمين عن البطالة طالما أن التسريح حدث لأسباب و ظروف اقتصادية.

وقد قدمت في هذا الإطار بعض الاقتراحات لتصويب بعض النصوص و الأحكام القانونية تمثلت في الآتي :

- التنصيص على إمكانية استبدال عقوبة التسريح أو العزل كما عبر عنها المشرع بعقوبة تأديبية أخف حين ارتكاب العامل لجنحة غير مرتبطة بالعمل و مشمولة بوقف التنفيذ .
- التنصيص صراحة على إعادة التصنيف المهني للعامل المعاق الذي لم يستطع إثبات كفاءته المهنية أثناء فترة التجربة .
- تعديل الحكم الذي يدمج حالة الذهاب الإرادي ضمن الأحكام المتعلقة بأسباب اقتصادية واعتباره بذلك حالة خاصة متميزة في شروطها و أثارها لتمكين العامل من الاستفادة من التأمين عن البطالة .
- التنصيص صراحة ضمن أحكام القانون التجاري على إحالة العمال المسرحين بسبب حل الشركة أو إعلان إفلاسها على صندوق التأمين عن البطالة إذا ما توفرت فيهم الشروط المطلوبة قانونا .

الهوامش :

- (1)- الصادر بالقانون 11/90 المؤرخ في 11 أفريل 1990 المعدل و المتمم.
- (2)- المادة 7 فقرة 1 من القانون 11/90 ج.ر.
- (3)- و هو ما استقر عليه القضاء الفرنسي في عديد الاجتهادات .
- انظر في ذلك: محمد حماد محمد الأحمر اثر انتهاء عقد العمل، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1990 ص 200.
- (4)- انظر المادة 17 فقرة 3 من القانون 83/11 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل و المتمم ج.ر 28.
- (5)- انظر P194, 1980, Sirey Paris, Le nouveau droit de licenciement, Jean Pellissier.
- (6)- ألزمت المادة 65 من القانون 11/90 المشار إليه، صاحب العمل بإعادة إدماج العامل الذي علقت علاقة عمله طبقا للحالات المنصوص عليها في المادة 64 سواء في منصب عمله او في منصب ذو اجر مماثل بعد انقضاء الفترات التي تسببت في التعليق.
- (7)-: راجع المادة 38 من القانون 11/83.
- (8)- Jean Sauvitier, Le licenciement pour des faits ca pualatifes d'un crimiation Pénale Rev Dr , soc N 8 1991 P 626
- (9)- المادة 45 من الدستور الجزائري لسنة 1996
- (10)- المادة 64 فقرة 5 من القانون 11/90

- (11)- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا رقم 2116129 بتاريخ 2002/01/07 م.ق عدد 1 سنة 2002 ص 173
- (12)- د. نوري فريد، أثار التبع الجزائي ضد الأجير على العلاقة الشغلية ، مجلة دراسات قانونية ، كلية الحقوق، جامعة صفاقس عدد 12 سنة 2005، ص:132,133.
- (13)- المادة 73 مكرر4 من القانون 11/90
- (14)- المادة من 10 من المرسوم التشريعي 94/09 المؤرخ في 26 مايو 1994 المتعلق بالحفاظ على الشغل ، حماية الأجراء الذين يفقدون عملهم لأسباب اقتصادية
- (15)- المادتين 12 و 13 من المرسوم التشريعي 94/09
- (16)- القرار رقم 184/222 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 16- 04 - 2001 ، مجلة قضائية عدد 02 سنة 2002 صفحة 287
- (17)- المادة 14 من المرسوم 09/94
- (18)- قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا رقم 19272 بتاريخ 17 مارس 2000 ، مجلة قضائية عدد 2 سنة 2001
- (19)- المواد 715 مكرر 4 و 715 مكرر 10 و 715 مكرر 18 من الامر 59/75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم
- (20)- د.حسن كيرة، عقد العمل، الجزء الأول، منشأة المعارف الإسكندرية سنة 1969 ص 679
- (21)- د.حسن كيرة المرجع السابق ص 280
- (22)- انظر المادة 246 من الأمر 59/75
- (23)- المادة 279 من الأمر 59/75
- (24)- المادة 2 من المرسوم التشريعي 11/94 المؤرخ في 26 مايو 1994 ، المتعلق بالتأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب لا إرادية

## نسوية الملكية العقارية في الجزائر بموجب قانون التحقيد العقاري



إعداد الأستاذ : حيرش نورالدين طالب السنة الثالثة دكتوراه

تخصص القانون الإجرائي قسم القانون الخاص كلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم

العنوان الإلكتروني : nhairech94@gmail.com

الملخص :

نظرا لمشاكل العقار التي تتخبط فيها الجزائر منذ الاستقلال وذلك بعد الوضعية الكارثية والمتشعبة للملكية العقارية التي ورثتها الجزائر عن المستعمر الفرنسي ، إضافة إلى النصوص القانونية التي أصدرها المشرع الجزائري في هذا المجال والتي خلقت بعضها مشاكل كثيرة ، مثل عقد الشهرة ، لهذا تدخل المشرع مرة أخرى وأصدر القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، وهذا بهدف وضع حد لهذه المشاكل من أجل تسوية سندات الملكية ومسايرة وتيرة الإصلاحات الاقتصادية ، لاسيما تمويل المشاريع الاستثمارية عن طريق الرهن العقاري لأن عملية المسح العام للأراضي في الوقت الراهن تسير بطريقة بطيئة جدا ولا يمكنها تحقيق الأهداف المسطرة في الوقت المحدد لها لذلك جاء هذا الإجراء ليسير بالتوازي مع هذه العملية لكن مستقل عنها ، كما أصدر المشرع المرسوم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 ، من أجل توضيح كيفية تطبيق القانون 02/07 إضافة إلى مجموعة هائلة من التعليمات والمذكرات الصادرة عن وزارة المالية.

### Résumé :

En raison de problèmes avec la propriété que l'errance où l'Algérie depuis l'indépendance, après la situation catastrophique et complexe pour la propriété d'un bien immobilier hérité par l'Algérie pour les occupants français, en plus de textes juridiques émis par le législateur algérien dans ce domaine et qui a créé quelques-uns des nombreux problèmes, tels que la tenue de la renommée, ce législateur d'intervention encore et publié loi 02/07 en date du 27/02/2007

inclus l'établissement d'une procédure pour obtenir un aperçu du droit de propriété immobilière et la livraison des titres de propriété à travers la réalisation d'un bien immobilier, et ce afin de mettre un terme à ces problèmes pour le règlement des titres de propriété et suivre le rythme des réformes économiques, en particulier le financement des projets d'investissement par une hypothèque parce que le processus d'enquête sur les terres publiques va actuellement beaucoup trop lent et ne peut pas atteindre les objectifs soulignés dans son temps, donc c'était la procédure à suivre en parallèle avec ce processus, mais indépendante de, le législateur a également publié le décret n ° 08/147, en date du 19/05/2008, à partir de afin de préciser les modalités d'application de la loi 02/07 en plus d'un vaste ensemble d'instructions et les notes émises par le ministère des Finances.

#### مقدمة :

نظرا لمشاكل العقار التي تتخبط فيها الجزائر منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، وذلك من خلال الوضعية الكارثية و المتشعبة للملكية العقارية الموروثة عن المستعمر الفرنسي، أصدر المشرع الجزائري مجموعة كبيرة من النصوص القانونية لتنظيم هذا المجال و السيطرة عليه و كذلك التحكم في المعاملات العقارية، لكن بعض هذه النصوص القانونية لم يطبق على أرض الواقع كما أراد المشرع و لم يحل المشاكل التي جاء من أجل حلها<sup>1</sup>، بل على العكس من ذلك خلق مشاكل أخرى عقدت أكثر وضعية العقار منها عقد الشهرة الصادر بالمرسوم 352/83 المؤرخ في 21 مايو 1983<sup>2</sup>، مما دفع المشرع سنة 2007 إلى إصدار القانون 02/07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري<sup>3</sup>، و المرسوم التنفيذي له رقم 147/08 المؤرخ في 19 مايو 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية<sup>4</sup>، كرد فعل على المشاكل الناجمة عن عقد الشهرة بهدف وضع حد لها من أجل تسوية سندات الملكية و مسايرة وتيرة الإصلاحات الاقتصادية التي باشرتها الحكومة الجزائرية في الآونة الأخيرة لاسيما تمويل المشاريع الاستثمارية عن طريق الرهن العقاري و توفير العقار الفلاحي و الصناعي للمستثمرين ، و كأن المشرع الجزائري بعد إصداره لهذا القانون (02/07) و المرسوم التنفيذي له 147/08 والكم الهائل من التعليمات و المذكرات الصادرة عن وزارة المالية في هذا المجال) يعلق آمال كبيرة عليه من أجل تسوية الوضعية العقارية في المناطق التي لم يصل إليها مسح الأراضي بعد، مما يجعلنا نتساءل عن مدى اعتبار التحقيق العقاري كإجراء يمكن الاعتماد عليه في معالجة الآثار السلبية الناتجة عن العمل بعقد الشهرة في إطار تطهير الملكية العقارية؟.

<sup>1</sup> الأستاذ حمدي باشا عمر/ مجمع النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالعقار ، طبعة جديدة مزينة بأحدث النصوص إلى غاية 2011 ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 ، ص 85 ، المرسوم 352/83 المؤرخ في 21/05/1983 يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 19/05/2008 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية، جريدة رسمية، عدد 26 المؤرخة في 25/05/2008.

<sup>2</sup> القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، جريدة رسمية، عدد 15، المؤرخة في 28/02/2007.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي 147/08 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري، المرجع السابق.

<sup>4</sup> الدكتور مزيان محمد أمين / التحقيق العقاري كسبب من أسباب كسب الملكية وفقا لقانون 02/07، مقال منشور في مجلة الراشدية ، منشورات المركز الجامعي مصطفى اسطنبولي، دار الغرب، العدد الأول، معسكر، 2008.

وهذا ما سنحاول التعرض له في هذا العمل، في مبحثين، تناولنا في المبحث الأول: إجراءات التحقيق العقاري، وخصصنا المبحث الثاني لتكريس نتائج التحقيق العقاري.

### المبحث الأول: إجراءات التحقيق العقاري :

سننتقل في هذا إلى مجال تطبيق التحقيق العقاري في المطلب الأول، و إلى إدارة التحقيق العقاري في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: مجال تطبيق التحقيق العقاري :

قبل التطرق إلى مجال تطبيق التحقيق العقاري سنتعرض لعقد الشهرة الذي بناء على سلبياته صدر قانون التحقيق العقاري.

يبقى المسح العام للأراضي هدفا استراتيجيا و المجازة النهائي لا يمكن تحقيقه إلا بعد عدة سنوات التي قدرتها آخر الإحصائيات بأكثر من (50) خمسين سنة، نظرا لعدة مشاكل و عراقيل تواجهها هذه العملية على أرض الواقع منها الطبيعية و الاجتماعية و الاقتصادية، وفي بعض الأحيان الأمنية، مما جعل اللجوء إلى التحقيق العقاري ضرورة حتمية نظرا للنتائج السلبية المترتبة عن إعداد عقود الشهرة<sup>1</sup>، التي هي عبارة عن "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه، يتضمن إشهار الملكية العقارية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد"<sup>2</sup>، حيث بدأ العمل به في فترة كانت عملية إعداد هذه العقود تتم بسهولة و سرعة و بطريقة غير معمقة من طرف الموثقين، إذ أنه لم يكن لأي ممثل للسلطات العمومية دور في مراقبة هذه العملية ميدانيا في المناطق التي لم تتم فيها عملية المسح، خاصة و أن المستعمر الفرنسي خلف تركة ثقيلة من الملكيات التي ليس لها سندات ملكية<sup>3</sup>، إذ تتم هذه العملية حسب تعريف عقد الشهرة عن طريق تصريح بسيط معد من طرف طالب حق الملكية ومدعم بشهادة شخصين و موجه إلى الموثق المطلوب منه تحرير عقد الشهرة، الذي له صلاحية نشره في جريدة يومية وطنية و جهوية من اختياره قصد إعلام الغير بهذه العملية<sup>4</sup>، لكن من الناحية العملية منحت بعض الجهات القضائية عقد الشهرة حجة أكبر من تلك التي منحها له القانون، إذ اعتبرت أن الطعن فيه لا يكون إلا بالتزوير، وهو ما تصدت له الغرفة العقارية بالمحكمة العليا و اعتبرته أمر غير مؤسس قانونا لأنه من العقود التقريرية وليست له حجة غير تلك التي منحها له القانون في قرار لها رقم 190541 المؤرخ في 29 مارس 2000<sup>5</sup>، مما أدى إلى استغلال هذه العقود بطرق تعسفية و غير شرعية من طرف بعض الأشخاص و بتواطؤ من بعض الموثقين لتسوية

<sup>1</sup> الأستاذ حمدي باشا عمر/ حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 32، راجع في هذا الصدد لنفس الأستاذ / محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 17.

<sup>2</sup> الأستاذ حمدي باشا عمر/ حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص33.

<sup>3</sup> أنظر المواد 2 و 4 من المرسوم 352/83 المتعلق بعقد بسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

<sup>4</sup> الأستاذ حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 208، الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم /الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات كليك، الجزائر، 2013، قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 190541 المؤرخ في 29/02/2000، مجلة قضائية، عدد 1، لسنة 2000، ص151.

<sup>5</sup> الدكتور مزيان محمد أمين، المرجع السابق، ص 108.

عمليات غير قانونية<sup>1</sup>، منها الاستيلاء على عقارات مشهورة رغم وجود سند رسمي لها مشهر بالمحافظة العقارية، وهو ما يتعارض مع مبدأ القوة التبوئية المطلقة للشهر، لأن الحيابة تعتبر قرينة على الملكية وهذه الأخيرة ثابتة هنا بالشهر، لذلك لا يمكن تحرير عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية على عقارات لها سندات مشهورة وهو ما جاء في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 129947 المؤرخ في 09 مارس 1998<sup>2</sup>، وقد تم كذلك الاستيلاء على أملاك وقفية رغم أنه من المقرر شرعا و قانونا أن الأملاك الوقفية لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية بالبيع أو الهبة أو بغيرهما، وعليه لا يجوز التمسك بالتقدم المكسب في استغلال الأملاك الوقفية لانعدام نية التملك، وهو ما نص عليه قرار المحكمة العليا رقم 39360 المؤرخ في 13 جانفي 1986<sup>3</sup>، إضافة إلى ذلك تم الاستيلاء على أملاك عمومية منها أراض تابعة للاحتياطات العقارية للبلدية، التي تعتبر ملك عام لا يمكن تملكه أو التصرف فيه، وهو ما تصدت له الغرف الثالثة بمجلس الدولة في قرار لها رقم 193900 المؤرخ في 24 أبريل 2000<sup>4</sup>.

وعليه فإن كثرة المشاكل الناجمة عن سوء استعمال عقود الشهرة و كثرة القضايا المطروحة أمام القضاء في هذا المجال، دفعت المشرع إلى إلغاء العمل بالمرسوم 352/83 بموجب المادة 24 من المرسوم 147/08<sup>5</sup>، باستثناء الملفات المودعة لدى الموثقين قبل نشر القانون 02/07<sup>6</sup>.

وعليه فإن إجراء التحقيق العقاري يطبق على كل عقار وفق مجموعة من الشروط جاءت في المادتين 2 و 4 من القانون رقم 02/07، وهذه الشروط هي:

أولا: أن لا يكون العقار المعني قد شملته عملية المسح :

يطبق إجراء التحقيق على العقارات التي لم تخضع لعملية المسح العام للأراضي وهذا ما نصت عليه المادة الثانية فقرة أولى من القانون رقم 02/07 وذلك من اجل تسهيل عملية المسح وكذا تسوية العقارات التي لم يمسه المسح<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> الأستاذ حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 278، الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم، المرجع السابق، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ص 1155، قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم 129947 المؤرخ في 09/03/1998.

<sup>2</sup> الأستاذ حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 281، الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم، المرجع السابق، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ص 1157.

<sup>3</sup> الأستاذ حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 278، الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم، المرجع السابق، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ص 1155.

<sup>4</sup> تنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي 147/08 على مايلي: "دون الإخلال بأحكام المادة 19 من القانون 02/07 27 فبراير 2007 و المذكور أعلاه، يلغى المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 مايو 1983 الذي بسن إجراء لإثبات التقدم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية".

<sup>5</sup> تنص المادة 19 من القانون 02/07 على مايلي: "يستمر تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 352/83 المؤرخ في 21 مايو 1983 و المتعلق بسن إجراء لإثبات التقدم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية. على الملفات المودعة لدى الموثقين قبل نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

<sup>6</sup> راجع في هذا الصدد الأستاذ عمار علوي/ الملكية و النظام العقاري في الجزائر - العقار، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006.

<sup>7</sup> تنص المادة 1/2 من القانون 02/07 على مايلي: "... يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية".

ثانيا: أن لا يكون لصاحب العقار المعني سند الملكية أو له سند محرر قبل 1961/03/01 :

إن هذا الإجراء يطبق على العقارات التي لا يجوز أصحابها على سند ملكية مشهر وذلك لأن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر أو يطبق على العقارات التي لها سند ملكية ولكن هذا السند حرر قبل 1961/03/01 وذلك بسبب أن هذه السندات لا تتمتع بالحجية المطلقة للإثبات وإنما هي تعتبر كمحررات عرفية<sup>1</sup>.

ثالثا: أن يكون العقار المعني تابعا للأملك العقارية الخاصة :

هذا ما نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 02/07 المتضمن التحقيق العقاري، وبذلك تستبعد كل من الأملك العقارية الوطنية والأملك العقارية الوقفية<sup>2</sup>.

رابعا: أن تكون حيازة العقار المعني حيازة قانونية وصحيحة :

حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 4 فقرة 2 من القانون 02/07 نجد أن المشرع يشترط أن تكون الحيازة قانونية بركنيها المادي والمعنوي بمعنى أن تكون هادئة وعلنية ومستمرة ومستوفية للمدة القانونية<sup>3</sup>.

المطلب الثاني: إدارة التحقيق العقاري :

بما أن إجراء التحقيق العقاري يطبق على العقارات التي لم تخضع بعد لعمليات المسح المنصوص عليه في الأمر 74/75، حيث تستثنى من مجال تطبيق هذا الإجراء كل عقارات الأملك الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا "عرش" والأملك الوقفية<sup>4</sup>، فإن المدير الولائي للحفاظ العقاري هو المسؤول الأول عن عملية التحقيق العقاري وهذا ما يشترط عليه السهر على توفير كل الشروط اللازمة والضرورية لانطلاق هذه العملية وكذلك السهر على حسن سيرها، وذلك بالاعتماد على خلية دائمة ينصبها على مستوى مديرية الحفاظ العقاري في الولاية حيث يجب عليه الحرص على توفير ما يلي<sup>5</sup>:

- وضع في متناول أعوانها المكلفين بإجراء التحقيق جميع النصوص القانونية المنظمة لهذه العملية كالقانون رقم 02/07 والمرسوم 147/08، بالإضافة إلى دليل التحقيق العقاري وكذا توفير جميع السجلات والمطبوعات الضرورية لسير العملية

<sup>1</sup> عدت المادة 23 من القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري للأملك العقارية في ثلاث أصناف هي: الأملك الوطنية ، أملك الخواص أو الأملك الخاصة، الأملك الوقفية.

<sup>2</sup> تقدر المدة القانونية بـ 10 سنوات بوجود السند الصحيح حسب المادة 1/828 من القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، و15 سنة في حالة التقادم الطويل حسب المادة 827 من نفس القانون.

<sup>3</sup> تنص المادة 3 من القانون 02/07 على مايلي: " لا تطبق أحكام هذا القانون على الأملك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش و الأملك الوقفية." <sup>4</sup> التعليم رقم 8863 مؤرخة في 29/09/2008 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.

<sup>5</sup> التعليم رقم 03 مؤرخة في 27/09/2008 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.



- تثبيت برنامج الإعلام الآلي المخصص لهذا الإجراء مع توفير الدعم اللازم للأعوان المكلفين بهذه العملية من أجل مساعدتهم وتسهيل مهامهم .

أولا : فتح تحقيق عقاري :

عكس عملية المسح العام للأراضي فإن التحقيق العقاري هو إجراء اختياري جوازي وهذا ما نص عليه قانون 02/07 في مادته الرابعة، حيث يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي تقديم طلب فتح تحقيق عقاري من أجل الحصول على سند الملكية، وهذا التحقيق العقاري قد يكون بصفة فردية أو جماعية.

أ/التحقيق العقاري الملتمس بصفة فردية :

حسب القانون رقم 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري فإنه يحق لكل شخص حائز أن يقدم طلب تحقيق عقاري إلى مدير الحفظ العقاري بالولاية<sup>2</sup>، يجرى الطلب في استمارة تقدمها مديرية الحفظ العقاري ويكون هذا الأخير مرفقا بما يلي :

- 1- مستخرج من شهادة ميلاد الحائز لتحديد هويته ونسخة من بطاقة التعريف الوطنية لمعرفة جنسيته وعنوانه.
  - 2- تحديد الصفة التي يتصرف بها الشخص المعني إن كان في صفة الحائز أو المالك الفردي أو المالك في الشروع<sup>3</sup>.
  - 3- إعداد مخطط طبوغورافي للعقار المعني من خلال الاستعانة بمهندس خبير عقاري، وذلك يكون على نفقة صاحب الطلب<sup>4</sup>.
  - 4- تقديم كشف وصفي للعقار يعده كذلك مهندس الخبير العقاري يتضمن كافة البيانات المتعلقة بالعقار المعني من حدود ومساحة وغيرها، وكذا الأعباء والارتفاعات السلبية والايجابية المتعلقة به وحتى أسماء المالكين أو الشاغلين المجاورين<sup>5</sup>.
  - 5- إحضار كافة المستندات والوثائق التي من شأنها أن تثبت حق الشخص في ذلك العقار وهذا في إطار دعم طلبه والتمسك بحق الملكية العقارية كشهادة الحياة أو العقد العرفي.
- وفي الأخير يتم إيداع الطلب مرفقا بجميع الوثائق بالمصلحة المختصة حيث تقوم هذه الأخيرة بترقيمه وتسجيله في سجل خاص مختوم من طرف المدير الولائي للحفظ العقاري وهذا مقابل وصل إيداع<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 1/6 من القانون رقم 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري على مايلي: " يتم فتح تحقيق عقاري بصفة فردية في أي وقت...."

<sup>2</sup> راجع المادة 3 من المرسوم التنفيذي 147/08، المرجع السابق.

<sup>3</sup> راجع المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

<sup>4</sup> التعليم رقم 03 مؤرخة في 2008/09/27 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008، ص 4.

<sup>5</sup> راجع المادة 17 من القانون رقم 02/07، المرجع السابق.

<sup>6</sup> راجع المادة 17 من القانون رقم 02/07، المرجع السابق.

## ب / التحقيق العقاري الملتمس بصفة جماعية :

يتم فتح تحقيق عقاري بصفة جماعية في إطار الحجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ريفية أو حضرية<sup>1</sup>، وهذا بناء على قرار صادر عن الوالي بمبادرته أو بمبادرة رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا مع أخذ رأي مدير الحفظ العقاري ورأي مدير المصالح الفلاحية ومدير التعمير والبناء، وذلك كله من أجل تحديد قابلية الأراضي للبناء أو كونها أراض فلاحية غير صالحة للبناء، وبعد ذلك ينشر هذا القرار في سجل العقود الإدارية للولاية<sup>2</sup>، على أن يقدم هذا الطلب لمديرية الحفظ العقاري في أجل 15 يوما على الأقل مرفوقا بنفس الوثائق المتعلقة بالتحقيق الفردي والمشار إليها أعلاه.

## ثانيا : سير التحقيق العقاري :

بمجرد تبليغ المحقق العقاري بمقرر تعيينه يبدأ بالتحقيق مع السهر على تطبيق جميع القوانين والتنظيمات ذات الصلة ، غير انه وقبل تنقله إلى عين المكان يقوم بما يسمى بالأعمال التحضيرية<sup>3</sup>.

## أ- الأعمال التحضيرية :

تتمثل هذه الأعمال في جمع كل الوثائق المرسومة والمكتوبة التي تسمح بتعيين العقار المعني بالتحقيق وكذا الإطلاع على كل من :

- مخطط البلدية ومحضر وضع المعالم المعدان في إطار القانون رقم 409/84.

- المخططات الخاصة المعدة من طرف مسح الأراضي<sup>5</sup>.

## ب- المعاينة الميدانية :

بمجرد وصول المحقق العقاري إلى عين المكان يقوم بالتحقق من هوية الأشخاص وكذا التعرف على العقار ومطابقة الجدول الوصفي الذي أعده المهندس الخبير العقاري مع الواقع في الميدان للتأكد من طبيعة العقار ومحتواه.

بعد التحقيق الميداني وخلال 15 يوما ابتداء من تاريخ الانتقال إلى مكان وجود العقار، يحرر المحقق العقاري محضر مؤقت للتحقيق العقاري يذكر فيه بالتفصيل سير العمليات ومختلف الأحداث التي تكون قد وقعت ونتائج التحريات<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 2/6 من القانون 02/07 على مايلي: " غير انه يمكن فتح تحقيق عقاري بصفة جماعية في إطار انجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ريفية أو حضرية."

<sup>2</sup> راجع المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

<sup>3</sup> الدكتور رمول خالد / المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2000 ، ص ص 71 -80.

<sup>4</sup> القانون رقم 09/84 المؤرخ في 04/02/1984 المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد متواجد على مستوى المجلس الشعبي البلدي ومصالح مسح الأراضي.

<sup>5</sup> التعليم رقم 03 مؤرخة في 27/09/2008 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008، ص 6.

<sup>6</sup> راجع المادة 10 من القانون رقم 02/07، المرجع السابق.

يخضع هذا المحضر للإشهار عن طريق تعليقه لمدة 30 يوماً بمقر البلدية وهذا قصد تمكين الجمهور من الإطلاع عليه وبذلك المطالبة بحقوقهم عن طريق تقديم الاحتجاجات والاعتراضات المحتملة<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة أن منح المشرع لأجل شهر واحد للاحتجاج و الاعتراض على نتائج التحقيق العقاري بعد نشرها من طرف المحقق العقاري على مستوى لوحة الإعلانات بالبلدية المعنية في المادة 12 من المرسوم 147/08 ، يعتبر خطراً كبيراً على أصحاب الحقوق ، لأنه من الناحية العملية هذه المدة تعتبر قصيرة جداً نظراً للمشاكل التي تواجه المواطن خصوصاً عند اللجوء إلى البلدية لاقتناء حاجياته من الوثائق.

و الخطير جداً في الأمر هو نص المشرع على أنه يجب على المحقق العقاري في حالة عدم التوصل إلى صلح تحرير محضر عدم الصلح في نفس الجلسة و تسليم نسخة منه إلى الأطراف كذلك في نفس الجلسة ، لكن في حالة تماطل المحقق العقاري في منح هذا المحضر للأطراف في نفس الجلسة من أجل اللجوء إلى القضاء ، فإنه لم يوضح كيفية إثبات ذلك التماطل من طرفه في حالة فوات آجال الجوء إلى القضاء ، و بالتالي ضياع الحق في ذلك ، و كذا الحق في الدفاع عن حقوقهم الضائعة أصلاً من قبل .

كما أن منح إجراء الصلح للمحقق العقاري الذي هو في حقيقة الأمر عبارة عن موظف عادي كان خطأً من طرف المشرع ، لأنه يكون قد نزع هذا الاختصاص من أصحابه الذين هم القضاة ، لأن المحقق ليست لديه المؤهلات الكافية لإدارة عملية الصلح ، بالإضافة إلى افتقاره للتكوين الجيد في القيام بذلك .

كما أن المشرع لما نزع صلاحيات التحقيق العقاري من الموثقين الذين كانوا يمارسونه بطريقة غير مباشرة في إطار عقود الشهرة ، و منحها للمحقق العقاري الذي يعين بموجب مقرر من المدير الولائي للحفاظ العقاري ، يدفع إلى طرح التساؤل التالي : كيف يمكن لموظف إداري عادي واحد أن يعوض العدد الكبير من الموثقين الذين كانوا يشرفون على هذه العملية و لم ينجحوا في تحقيق الأهداف المرجوة منها ؟ و كيف يمكن لهذا الموظف الذي لربما يكون تكوينه الدراسي و العملي إدارياً أكثر منه قانونياً - خاصة في المجال العقاري - أن يشرف على مثل هذه العملية ؟ لأنه بطبيعة الحال ليست لديه مهمة واحد محصورة في التحقيق العقاري ، بل إنه موظف لدى المحافظة العقارية ، و كما نعلم أن هذه الأخيرة لديها مهام كثيرة متعلقة بنشر كل التصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات ، بالإضافة إلى النقص الذي تعانيه في عدد الموظفين لديها ، كما أن عملة التحقيق العقاري تتعلق بحقوق أشخاص على عقارات ، لذلك كان لا بد من إسنادها لأشخاص لديهم مؤهلات و معارف في هذا المجال.

### ج- النزاعات المثارة في هذا المجال :

يمكن أن تحدث نزاعات أثناء تنفيذ إجراء التحقيق العقاري وهذا من خلال إثارة احتجاجات و اعتراضات، غير أنه ومن أجل تسويتها يقوم المحقق العقاري بعقد محاولة الصلح<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> راجع المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 ، المرجع السابق.

<sup>2</sup> تحدد جلسة محاولة الصلح بأجل 08 أيام ابتداء من تاريخ الاحتجاج أو الاعتراض.

في حالة نجاح محاولة الصلح يعد المحقق محضر الصلح ويستأنف إجراء التحقيق العقاري مع الأخذ بعين الاعتبار نتائج الاتفاق وهذا بإعداد المحضر النهائي<sup>1</sup>، أما إذا باءت محاولة الصلح بالفشل فهنا يجرى محضر عدم الصلح ويبلغه للأطراف، وللطرف الذي أثار الاحتجاج مهلة شهرين من تاريخ تحرير المحضر لرفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة<sup>2</sup>.

بعد انتهاء الأجل الممنوح لتقديم الاحتجاجات والاعتراضات دون تقديم ذلك يجرى المحقق العقاري المحضر النهائي الذي يقر حق الملكية للمطالب به ما لم يثبت خلاف ذلك، وبالتالي يشرع في وضع معالم حدود العقار من طرف مهندس خبير عقاري على نفقة صاحب طلب التحقيق وبحضور المحقق العقاري<sup>3</sup>، وإعداد المحضر النهائي تبدأ عملية تكريس نتائج التحقيق بإقرار حق الملكية من خلال إصدار مقرر التقييم وتسليم سند الملكية.

### المبحث الثاني: تكريس نتائج التحقيق العقاري:

بعد تسليم المحقق العقاري الملف المتضمن الطلب والوثائق المرفقة به والمحضر المؤقت والمحضر النهائي إلى المدير الولائي للحفظ العقاري، يقوم هذا الأخير بإصدار مقرر التقييم الذي يكرس بصفة نهائية حق الملكية ويرسله إلى المحافظ العقاري قصد تنفيذ إجراء الإشهار وإعداد سند الملكية<sup>4</sup>.

#### المطلب الأول: إصدار سند الملكية:

تنتهي مهمة المحقق العقاري بمجرد إعداد المحضر النهائي والتأكد من عدم تقديم أي اعتراض، وتسليمه للمدير الولائي للحفظ العقاري الذي يبدأ بتكريس نتائج هذا التحقيق من خلال إصدار مقرر التقييم وإرساله إلى المحافظ العقاري بهدف إشهار الحقوق المعترف بها وتسليم سند الملكية<sup>5</sup>، وإذا لم تصل نتائج التحقيق إلى الاعتراف بأي حق يصدر مقرر رفض التقييم<sup>6</sup>.

#### أ- إصدار مقرر التقييم:

يختص المدير الولائي للحفظ العقاري بإصدار مقرر الاعتراف بحق الملكية وهذا بعد إطلاعه على نتائج المحضر النهائي ودراسته للملف المقدم له من طرف المحقق العقاري، فإذا كانت نتائج هذه الدراسة تمكن من الاعتراف بحق الملتمس في الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقاً للقانون المدني بفضل ممارسة الحياة، يصدر المدير الولائي للحفظ العقاري مقرر تقييم عقاري باسم الملتمس ويرسله إلى المحافظ العقاري المختص محلياً لتنفيذه، أما إذا لم تكن الدراسة من الاعتراف بحق الملتمس في الملكية فهنا يصدر المدير مقرر رفض التقييم والذي يستوجب تسببه مع

<sup>1</sup> تنص المادة 15 من المرسوم 147/08 على ما يلي: "يحرر المحقق العقاري إذا ما أفضت محاولة الصلح إلى اتفاق في الحين، محضراً للصلح وفي هذه الحالة يستأنف إجراء التحقيق العقاري وفقاً لأحكام المادة 13 أعلاه أخذاً بعين الاعتبار الاتفاق الذي أدى إلى الصلح."

<sup>2</sup> راجع المادة 2/12 من القانون 02/07، والمرجع السابق، والمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

<sup>3</sup> راجع المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

<sup>4</sup> مطبوعة/ تقنيات التحقيق العقاري، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سبتمبر، 2007، ص 56.

<sup>5</sup> راجع المادة 15 من القانون رقم 02/07، المرجع السابق.

<sup>6</sup> راجع المادة 17 من القانون رقم 02/07، المرجع السابق.

تبلغه لصاحب الطلب وكذا للوالي في حالة التحقيق الملتمس بصفة جماعية، ويكون هذا المقرر قابلاً للطعن أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة (المحكمة الإدارية) في أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ المقرر<sup>1</sup>.

#### ب- إعداد سند الملكية :

بمجرد إرسال المدير الولائي للحفظ العقاري مقرر التقييم للمحافظ العقاري، يقوم هذا الأخير بتنفيذه وهذا من خلال إشهار الحقوق الناجمة عن التحقيق العقاري وذلك بالتأشير على البطاقة العقارية بالسجل العقاري، حيث أنه بعد أن ينفذ المحافظ العقاري هذا الإشهار يقوم بإعداد سند الملكية ويرسله للمدير الولائي للحفظ العقاري الذي يتولى بدوره تسليمه لصاحب الطلب مع إثبات التسليم بموجب محضر، أما في حالة الملكية المشاعة فيسلم السند لأحد المالكين مقابل إما: تصريح خطي من طرف باقي المالكين في الشيوخ يحرق أمام المدير الولائي للحفظ العقاري، وإما بموجب وكالة موثقة<sup>2</sup>.

وتجدر الملاحظة بمناسبة هذا الإشهار، أنه في حالة ما إذا تعلق الأمر بعقار كان موضوع سند مشهر قبل 1961/03/01 لكن فقد حدثته بعد ذلك، يجب شطب الإجراء المناسب المنفذ في ذلك الوقت، أما في حالة ما إذا كان هذا السند مشهر بمحافظة عقارية أخرى غير تلك التي هي مختصة إقليمياً، هنا يتصل المحافظ العقاري بالمدير الولائي للحفظ العقاري ليقوم هذا الأخير بما يلي :

إذا تم إشهار السند الذي فقد حدثته بمحافظة عقارية تنتمي إلى نفس الولاية يوجه المدير الولائي للحفظ العقاري تعليمات للمحافظ العقاري قصد شطب الإجراء أصل الملكية، أما إذا أشهر السند بمحافظة عقارية تابعة لولاية أخرى، يعلم المدير الولائي للحفظ العقاري زميله في الولاية المختصة ليوجه هذا الأخير التعليمات المناسبة للمحافظ العقاري المعني<sup>3</sup>.

وتجدر الملاحظة إلى أن الوثائق التي تم جمعها والتي أعدت أثناء التحقيق العقاري تعتبر دعامة للحقوق المشهورة، وعليه يجب أن تحفظ بطريقة سليمة على مستوى المديرية الولائية للحفظ العقاري<sup>4</sup>، حيث أنه يتم مسك ملف لكل تحقيق عقاري منجز ومنتهي يحتوي على الوثائق السالفة الذكر حسب الحالة سواء نسخة من سند الملكية المتضمن تأشيرة الشهر العقاري أو نسخة من مقرر رفض التقييم، حيث يتم تصنيف وترتيب هذه الملفات حسب كل بلدية بالترتيب الأبجدي للملتمسين وتسلم إلى مصلحة مسح الأراضي أثناء القيام بالأشغال التحضيرية لعمليات المسح العام للأراضي في البلدية المعنية، وهذا ما يدل على أن الملفات المعدة في إطار إجراء التحقيق العقاري ستمهد و تدعم لعملية المسح، وبالتالي ستوفر وقت معتبر ومن ثم تسريع هذه العملية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> راجع المادة 829 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، المؤرخة في 2008/04/23.

<sup>2</sup> تنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 على ما يلي: "يسلم مدير الحفظ العقاري في حالة الشيوخ سند الملكية إلى احد المالكين في الشيوخ إما على أساس تصريح كتابي يقوم به المالكون في الشيوخ أمامه وإما على أساس وكالة موثقة".

<sup>3</sup> التعليمات رقم 03 مؤرخة في 2008/09/27 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.

<sup>4</sup> راجع المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المرجع السابق.

<sup>5</sup> أنظر التعليمات رقم 03 مؤرخة في 2008/09/27 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.

## المطلب الثاني: علاقة التحقيق العقاري بمسح الأراضي:

منح القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، صلاحيات واسعة للمدراء الولائيين للحفاظ العقاري في تسيير ورقابة التحقيق العقاري وإعداد وتسليم سند الملكية، الذي يمكن أن يترتب على العملية إثارة منازعات قضائية واسعة بين الملاك والحائزين والمجاورين أو الدولة وجماعتها الإقليمية، وكل مدعي آخر بحقوق عينية عقارية على العقار المعني بالتحقيق الميداني.

إن ارتباط التطهير العقاري الشامل باستكمال أعمال مسح الأراضي على كامل التراب الوطني واستخدام أكثر لكل الهيئات والمؤسسات ذات الصلة بالتنظيم العقاري، يعني عدم كفاية هذا القانون الجديد لوحده وضرورة خلق آليات أكثر انسجاماً وتنظيماً تعمل بالتوازي مع هذا القانون لتحقيق العملية التطهيرية الشاملة للأفاق المتوقعة بعد سنة 2008<sup>1</sup>، والتحقيق العقاري يقوم على اطر وبيانات تطبق على سائر العقارات محل إعداد مسح الأراضي مهما كانت طبيعتها القانونية أو المركز القانوني لملاكها بحيث يجب على المحققين التمتع بقدرة عالية لاستخلاص النتائج، نظراً لأثرها القانوني الخطير أثناء سير عملية المسح من الفحص أو طلب العقود أثناء الإجراءات الأولية للسجل العقاري ومباشرة التقييم العقاري على أساس ما ورد في وثائق المسح بعد إيداعها لدى المحافظة العقارية بحيث يكلف المحققون عند مباشرة أعمالهم الميدانية في مرحلة التحديد والتحقيق العقاريين بمهام عديدة<sup>2</sup>.

لاشك أن عملية المسح العام للأراضي من العمليات الضخمة والمكلفة ماليا استدعت المعطيات السياسية والاقتصادية للسنوات 1988-1992، اللجوء إلى الاقتراض من المؤسسات الدولية لتفعيل هذه العملية مقارنة بالوضع المالي الحالي الذي يسمح بتدعيم الوكالة الوطنية لمسح الأراضي ودعم عمليات المسح المبدئي في شكل قروض بدون فائدة بالنسبة للعمليات التي سيشرع فيها عند تنفيذ تدابير قانون معاينة الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري لاسيما عند الملاك والحائزين للأراضي الفلاحية الشاسعة بالأرياف، وقلة الموارد البشرية من شأنه إضعاف الأداء المنوط بأعوان أملاك الدولة في عملية التحقيق العقاري عند المسح أو عند تنفيذ تدابير القانون الجديد المتعلق بمعاينة الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

كما أن الجرد العام يسمح للدولة وهيئاتها العمومية من إحصاء دقيق لأملاكها العقارية واستغلالها كما يجب، والمسح العام يساهم في ضبط الأملاك العقارية الخاصة وتسليم الدفاتر العقارية للمالكين، وعدم إدراج المسح في أي برنامج للحكومة، جعل المسؤولين المحليين وعلى رأسهم الولاة ورؤساء الدوائر والبلديات غير معينين بمتابعة العملية، والاكتفاء فقط بالإشراف دون أي مساهمة ميدانية لها، وإنشاء وكالة وطنية لمسح الأراضي كان دليل واضح عن تخلي الدولة عن التمويل المباشر لعملية المسح واتضح الأمر أكثر بصدور الامر 95/98 المؤرخ في 1995/02/01 المتضمن مهنة الخبير المهندس العقاري، ليسمح للمتعاملين الوطنيين والجانب في الشروع في أعمال المسح، وتقتضي عملية تفعيل القانون الجديد 02/07 المذكور أعلاه، إعطاء دور أكبر لهذه الآليات والاعتماد على

<sup>1</sup> الدكتور محمودي عبد العزيز / آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، طبعة ثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص 282.

<sup>2</sup> الدكتور محمودي عبد العزيز والأستاذ حاج علي سعيد / إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2012، ص 115.

المسح المباشر من الخواص على نفقة طالب التحقيق والمعاينة<sup>1</sup>، فرغم مضاعفة وعاء المسح السنوي يظل مؤشر مسح غير كاف و يحتاج إلى الإسراع في الانتهاء من العملية وتحضير الوسائل المادية والبشرية الكفيلة لرفع سعة المسح في السنوات القادمة، والاستفادة من المسح المبدي الذي يحققه العمل بالقانون 02/07 المذكور أنفا، بحيث يضمن هذا الأخير تلافي عيوب المرسوم 352/83 إذ يؤدي في أجل قصيرة إلى إثبات وتسليم سندات الملكية العقارية الخاصة إلا أنه لا يمكن اعتبار قانون التحقيق العقاري الآلية الوحيدة في إطار سياسة التطهير العقاري بل بتفعيل التعاون مع وكالات ومصالح المسح الأجنبية والتركيز على الإحصائيات المحققة لإنجاح برنامج المسح المزمع القيام به في غضون 15 سنة القادمة واخذ بعين الاعتبار الجانب الأمني والسيادي وفتح المجال للقطاع الخاص للمشاركة في أعمال المسح باعتباره أساس التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة للمرحلة المستقبلية بتوفير الوسائل البشرية والمادية وتكنولوجيا كالإعلام الآلي لسير عمليات التحقيق وتسليم سندات الملكية ووضع شبكة برمجة عالية تسمح بالاتصال المباشر مع مكاتب التوثيق وإدارات المسح التي تشارك في عملية التحقيق العقاري، بحيث لا يمكن توقع تحقيق عقاري شامل بالاعتماد على تدابير القانون 02/07 طالما أنه يتم بصفة اختيارية بمعزل عن فرض سياسات مستقبلية لضبط وإعداد سندات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي غير ممسوحة وذلك لإيجاد طرق أكثر فعالية للتطهير العقاري و تفعيل المسح العام للأراضي بالتزامن مع تطبيق قانون التحقيق العقاري 02/07<sup>2</sup>.

خاتمة :

إن استحداث القانون رقم 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري هو من أجل تسريع عملية المسح المتأخرة، إلا أن العمل به لم يتم بنفس الشكل في جميع أنحاء الوطن فبالنسبة لولاية مستغانم قد أكد المحافظ العقاري أنه لا يزال العمل بالمرسوم 352/83 المتضمن عقد الشهرة والعلة في ذلك هو كثرة العقود الموضوعة لدى الموثقين، هذا ناهيك عن تعقد الوضعية العقارية، أما في ولايات أخرى فقد اختلف الأمر ومنها ولاية وهران حيث كشف مدير أملاك الدولة أنه بسبب العديد من المشاكل المتعلقة بتداخل الصلاحيات تم تجميد العمل بالقانون رقم 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري وهو ما جعل أكثر من 700 ملف متعلق بطلب تسوية الوضعيات تبقى حبسة أدراج الإدارة، وهذا كاف ليظهر تعقد الوضع بسبب هذا الأخير وقد يرجع البعض ذلك نتيجة غموض نصوصه، حيث أنه وبالرغم من جود مرسوم يحدد كفاءات تطبيقه إلا أنه لم يكن أكثر وضوحا ودقة إن صح التعبير، لذا كان على المشرع لزوما تدارك الوضع وإعادة ترتيبه من خلال إصدار نصوص أكثر دقة ووضوح لمعالجة الوضع والقضاء على الإشكال. و الدليل على أن القانون 02/07 لم يطبق بالكفاءات التي أرادها المشرع، هو أنه لم يصدر حتى اليوم سند ملكية بناء على التحقيق العقاري.

و عليه نقترح ما يلي :

\* إنشاء هيئة مختصة على مستوى كل محافظة عقارية، متكونة من مختصين في المجال العقارية لدراسة ملفات التحقيق العقاري.

<sup>1</sup> الدكتور محمودي عبد العزيز / آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 292-294.

<sup>2</sup> الدكتور محمودي عبد العزيز / آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 297.

\* إنشاء هيئة وطنية مختصة متكونة من رجال القانون المختصين في المجال العقاري و إطارات تقنية لدراسة معوقات المسح و التحقيق العقاري من كل الجوانب القانونية التقنية.

\* تمديد أجل الاعتراض على المحضر المؤقت للتحقيق العقاري المعد من طرف المحقق العقاري إلى أكثر من 30 يوما .

\* تحديد الجزاء المترتب على تماطل المحقق العقاري في منح محضر عدم الصلح في حالة عدم الإنفاق على الصلح ، و توضيح كيفية إثبات ذلك التماطل في حالة حصوله .

\* تكوين إطارات و أعوان المحافظة العقارية تكويننا متخصصا في المجال العقاري و خصوصا في مجال التحقيق العقاري بالنسبة للأشخاص المكلفين بعمليات التحقيق العقاري .

\* إعادة النظر في القوانين و المراسيم المتعلقة بعملية مسح الأراضي و التحقيق العقاري و مدى توافقها مع بقية القوانين الأخرى خاصة القانون المدني .

المراجع المعتمد عليها :

أولاً: المراجع باللغة العربية :

أ/ المراجع :

الأستاذ حمدي باشا عمر :

1- / حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2002..

2- / محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 17..

3- / القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2003..

4- / مجمع النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالعقار، طبعة جديدة مزيدة بأحدث النصوص إلى غاية 2011، دار هومة، الجزائر، 2011..

5- الدكتور رمول خالد/ المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار هومة الجزائر، سنة 2000.

6- الأستاذ سايس جمال و سعيد مقدم/ الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

7- الأستاذ عمار علوي/ الملكية و النظام العقاري في الجزائر - العقار، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006.

8- الدكتور محمودي عبد العزيز/ آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، طبعة ثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010.

9- الدكتور محمودي عبد العزيز والأستاذ حاج علي سعيد/ إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر، 2012.

ب/ مذكرات ورسائل :

10- الأستاذ حيرش نورالدين/ شهر التصرفات العقارية في النظام القانوني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة

الماستر في الحقوق، تخصص إدارة عامة، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة مستغانم، 2010/2011.



## ج/ بحوث و مقالات :

11- الدكتور مزيان محمد أمين/ التحقيق العقاري كسب من أسباب كسب الملكية وفقا لقانون 02/07، مقال منشور في مجلة الراشدية، منشورات المركز الجامعي مصطفى اسطنبولي، دار الغرب، العدد الأول، معسكر، 2008.

## د/ النصوص القانونية المعتمد عليها :

- 1- القانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 2- القانون رقم 09/84 المؤرخ في 1984/02/04 المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد.
- 3- القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري.
- 4- القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، جريدة رسمية، عدد 15، المؤرخة في 2007/02/28.
- 5- المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية، جريدة رسمية، عدد 26 المؤرخة في 2008/05/25.
- 6- المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية، جريدة رسمية، عدد 26 المؤرخة في 2008/05/25.
- 7- مطبوعة/ تقنيات التحقيق العقاري، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سبتمبر، 2007.
- 8- التعليم رقم 03 مؤرخة في 2008/09/27 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسلم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.
- 9- التعليم رقم 8863 مؤرخة في 2008/09/29 متعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسلم سندات الملكية، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، سنة 2008.

## ه/المجلات القضائية :

- 1- المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2000.

## صلاحيات صاحب العمل في المجال النقابي (دراسة على ضوء المادة 73 من تشريع العمل الجزائري)



موكه عبد الكريم أستاذ لدى كلية الحقوق جامعة محمد الصديق بن يحيى

جيجل، باحث بصف الدكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو- الجزائر

مقدمة :

إن أهم ما يشغل بال المشرع في أية دولة، هو تحقيق أفضل استقرار داخل المجتمع من خلال صياغة نصوص قانونية تجسد العدالة الاجتماعية و الاستقرار في المعاملات والعلاقات التعاقدية، ولعل المجال الحساس الذي يسعى إلى تنظيمه بشكل دقيق يشمل علاقات العمل التي تحرص كافة الدول على بلوغها من خلال إيجاد الحلول الناجعة والكفيلة بالحماية لمشكلة تسريح العمال ولما لذلك من عواقب وخيمة على الاقتصاد والمجتمع<sup>(1)</sup>.

وما دام أن سريان علاقات العمل يكون لمدة زمنية قد تكون محددة أو غير محددة، على هذا الأساس قد تتعقبها بعض الممارسات والأخطاء التي تصدر من العامل أثناء قيامه بمهامه داخل المؤسسة المستخدمة أو خارجها والتي تمس بالمؤسسة المستخدمة أو بصاحب العمل، والتي قد تصنف من قبيل الأخطاء المهنية التي تستوجب توقيع الجزاء التأديبي على مرتكبها - بعض الممارسات والسلوكات التي الخارقة للنظام الداخلي للمؤسسة المستخدمة أو النصوص التنظيمية والاتفاقية - والتي تصل إلى درجة من الجسام، ومن ثم يتدخل صاحب العمل لتوقيع العقوبات التأديبية بمناسبة ممارسته للسلطة التأديبية التي تعتبر سلطة تكميلية لسلطة الإدارة والإشراف، وقد يصل الأمر إلى توقيع الجزاء التأديبي المتمثل في قطع علاقة العمل نهائيا على أساس عقوبة التسريح التأديبي، لارتكاب العامل للخطأ الجسيم<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - على عوض حسن، الفصل التأديبي في قانون العمل، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والتوزيع والطباعة، القاهرة،

1975، ص ص 23-24.

<sup>2</sup> - voir, FRANCOIS Sellier et TIANO André, Economie du travail, 2<sup>eme</sup> éditions, PUF, Paris, 1970, p 396

لكن الإشكال المطروح في هذه الحالة ليس في توقيع الجزاءات التأديبية في حد ذاتها وإنما في تحديد الأخطاء الجسيمة التي تؤدي إلى التسريح وقطع علاقة العمل بصفة نهائية، هل هي من اختصاص المشرع من خلال تنظيمه لعلاقات العمل أم هي من اختصاص صاحب العمل وفقا للنظام الداخلي للمؤسسة التي يقوم بإدارة أعمالها؟.

لكن قبل ذلك يجب التطرق إلى مفهوم السلطة التأديبية وتحديد مصدر تنظيمها، ثم تحديد أسباب التسريح التأديبي وصلاحيات صاحب العمل في ذلك.

### المبحث الأول: مفهوم السلطة التأديبية في علاقات العمل.

يعد إخلال العامل بالتزاماته التعاقدية عند ممارسته للعمل داخل المؤسسة المستخدمة وكذا قيامه بتصرفات مخالفة للأحكام القانونية والتنظيمية محلا للمساءلة من قبل صاحب العمل الذي يسهر على حسن سير المؤسسة وتحقيق أهدافها المشروعة، ومن ثم يجب تحديد هذا التدخل من صاحب العمل من خلال تعريف هذه السلطة التي يمارسها وكذا تحديد مصدر تنظيمها.

### المطلب الأول: ضبط مفهوم السلطة التأديبية والتسريح التأديبي.

يحق لصاحب العمل توقيع الجزاءات عند الإخلال بالنظام الداخلي أو النصوص القانونية والتنظيمية، ويتجسد ذلك من خلال الجزاء الأقصى على العامل و المتمثل في التسريح التأديبي، وذلك بمناسبة ممارسة صاحب العمل للسلطة التأديبية خاصة إذا ما أقدم العامل على ارتكاب الخطأ الجسيم وذلك دون إنذار أو إشعار ودون تعويض، ولقد ضبط الفقه مفاهيم كل من السلطة التأديبية والتسريح التأديبي الذي يعتبر تجسيدا لها كالاتي.

### الفرع الأول: تعريف السلطة التأديبية.

لقد عالج الفقه من مقارباته ضبط مفهوم السلطة التأديبية من خلال تعريفها بأنها « هي السلطة التي تحول للمستخدم حق توقيع الجزاءات التأديبية على العامل عند ارتكابه الخطأ، بغنى مخالفة النظام الداخلي أو التقصير في الانضباط في المؤسسة المستخدمة»<sup>(1)</sup>. وتعتبر السلطة التأديبية من اخطر السلطات الممنوحة والمعترف بها لصاحب العمل، إذ تجعل منه خصما وحكما في الوقت نفسه، على أساس أنها تمنح له صلاحيات الاتهام والتحقيق في الأعمال وممارسات العمال داخل المؤسسة المستخدمة.

### الفرع الثاني: تجسيد السلطة التأديبية في عقوبة التسريح التأديبي.

يعد التسريح التأديبي اخطر العقوبات التي قد يلجأ إليها صاحب العمل عند ممارسته للسلطة التأديبية، وهو من الحالات التي يجمع على شرعيتها كل من الفقه والقضاء والتشريع ما اذا تم احترام الشروط القانونية والإجرائية لتوقيعها، إذ يحق لصاحب العمل إيقاف العامل من ممارسة نشاطه داخل المؤسسة وفصله بصفة نهائية الذي يثبت في حقه ارتكاب خطأ جسيما أثناء تأدية التزاماته التعاقدية أو بمناسبة ذلك، بالتالي تدخل صاحب العمل كان من اجل حماية مصالحه وضمان استقرار وفعالية النظام في المؤسسة المستخدمة، وفي هذه الحالة يمكن تشبه ذلك بحالة الشخص

<sup>1</sup> - طريبت سعيد، التسريح التأديبي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المؤسسات، الجزائر، 1997، ص 30.

الذي يخالف قواعد النظام العام والآداب العامة فيستحق العقوبة الأشد، ويمكن تعريف التسريح التأديبي من خلال ما سبق بأنه: « الفصل الذي يحدث إن خالف العامل التزام مهني شرعي »<sup>(1)</sup>. لكن الإشكال ليس في الجزاء التأديبي في حد ذاته وإنما في تقدير الخطأ أو الفعل المرتكب من قبل العامل ومدى تجسيد مبدأ التناسب بين الفعل المرتكب والعقوبة المقررة.

### المطلب الثاني : مصدر تنظيم السلطة التأديبية.

لقد ثار جدال فقهي حول أساس ومصدر تنظيم السلطة التأديبية التي يمارسها صاحب العمل، ومن ثم ظهرت العديد من النظريات التي يمكن إيجازها في ما يلي مع تحديد موقف المشرع الجزائري منها.

#### الفرع الأول : النظرية التعاقدية أو الفردية.

تقوم هذه النظرية على أساس مفاده أن مصدر تنظيم السلطة التأديبية هو العقد الذي يربط بين صاحب العمل والعمال، وهذه العلاقة الناتجة عن العقد حولت لصاحب العمل بعض المزايا على العمال، فالعقد هو المؤسس لحالة التبعية القانونية التي تفرض على العامل الخضوع لأوامر صاحب العمل سواء كانت صادرة منه أو مستقاة من التنظيم الداخلي أو لوائح وتعليمات وزارية، وعليه فإن المركز القانوني لصاحب العمل الناتج عن هذه التبعية هو الذي يمنح له سلطة إصدار وتحديد الجزاءات التأديبية على الأخطاء والتي قد تصل إلى التسريح لأسباب تأديبية<sup>(2)</sup>.

وجهت العديد من الانتقادات إلى هذه النظرية وتتمثل أهمها في كون انه ليس دائما العقد شرطا لقيام حالة التبعية إذ قد تكون تبعية من دون عقد، كما أن أصحاب النظرية التعاقدية اخطئوا عند اعتبارهم أن لائحة العمل قواعد مكملة أو ملاحق لعقد العمل، لان هذه اللائحة لا يتم تطبيقها على الأشخاص الذين التحقوا بالمشروع بدون عقد العمل، كما أنها تبادت في مسألة اعتبار صاحب العمل له من الامتيازات التي تجل له سلطة كاملة في تنظيم وتحديد الأخطاء والعقوبات المقررة لها.

#### الفرع الثاني : النظرية اللائحية.

يرى أصحاب هذه النظرية ان مصدر تنظيم السلطة التأديبية تنبع من طبيعة المؤسسة المستخدمة، فكل مؤسسة تقوم من اجل تحقيق مشروع معين، ويفترض ضمنا حق رئيسها في ممارسة نوع من الامتياز على المستخدمين بغية تحقيق هدفه المحدد ولا يتحقق ذلك إلا في ظل التهديد بتوقيع الجزاءات التأديبية على كل من يخرج عن هذا الهدف، ومن ثم فأساس هذه النظرية يقوم على وجود قانون حقيقي للتأديب يحدد ويبرز الأخطاء التأديبية ودرجاتها والعقوبات المقررة لها في إطار تنظيمي قائم يتمثل في النظام الداخلي للمؤسسة المستخدمة.

كذلك تم توجيه انتقادات لهذه النظرية من خلال اقتصار تحليلهم على بيان ضرورة السلطة التأديبية في كل مؤسسة منظم بها في ذلك المشروع أو المؤسسة، لكنها لا تحدد أساس ومصدر تنظيم السلطة التأديبية، هل القانون أم العقد

<sup>1</sup> - ذيب عبد السلام، "علاقة العمل في التشريع الجديد"، عدد خاص، منازعات العمل والأمراض المهنية، الجزء الثاني، قسم المستندات والنشر، الجزائر، 1997، ص 21-22.

<sup>2</sup> - علي عوض حسن، المرجع السابق، ص 28.

أو التنظيم الداخلي للمؤسسة، كما أنها ليست إلا تطبيقاً لنظرية المشروع التي تحاول أن تستبعد العقد كلية كأساس لتنظيم روابط علاقات العمل الفردية ومنها تنظيم السلطة التأديبية<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث : نظرية الإدارة والإشراف.

يرى أصحاب هذه النظرية أن حق الإدارة والإشراف المعترف لصاحب العمل هو الذي يجعله من الناحية القانونية رئيساً للمؤسسة المستخدمة وهو الذي يبرر اختصاصه في تنظيم اختصاصاته في المجال التأديبي، إذن سلطة صاحب العمل في إصدار اللوائح وخضوع العمال لها هو ان رابطة التبعية التي تتولد عن عقد العمل الذي يجمع بين العامل وصاحب العمل تجعل العامل ملزماً بالخضوع لإدارة وإشراف صاحب العمل عليه واحترام أوامره<sup>(2)</sup>، وحق الإدارة هو الذي يمنح لصاحب العمل سلطة إصدارها حتى لو لم يلزمه القانون، وعليه فان السلطة التأديبية ما هي إلا نتيجة عن سلطة الإدارة والإشراف المقررة لصاحب العمل وله أن ينظمها وفقاً لما يحقق له استمرار المؤسسة في تحقيق أهدافها المشروعة<sup>(3)</sup>.

أراد بعض الفقه التقدم بانتقاداتهم لمضمون هذه النظرية إلا أنهم أقاموا انتقادهم الوحيدة على أساس انه، إذا كان لصاحب العمل باستثائه لعلاقة التبعية وحق الإشراف والإدارة، فان الحق لا يشمل التأديب لأنه يكفي تطبيق الفسخ أو إنهاء علاقة العمل بطريقة التراضي<sup>(4)</sup>، كذلك لو كانت سلطة الإدارة والإشراف هي الأساس لما أقرت اغلب التشريعات في مجال تنظيم علاقات العمل إلى إلقاء عبء الإثبات لمشروعية الفصل أو التسريح التأديبي أو تناسبه مع المخالفة المرتكبة على صاحب العمل<sup>(5)</sup>.

### المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري من مصدر تنظيم السلطة التأديبية.

على غرار التشريعات الدولية في مجال تنظيم علاقات العمل، فان المشرع الجزائري أراد مساندة التطورات والتغيرات التي ساربت التوجه الاقتصادي للدولة، باعتبار أن هذه الأخيرة لها تأثير على تحديد طبيعة القواعد القانونية التي تنظم المجال الحساس الذي له علاقة وطيدة بأفراد المجتمع إلى وهو مجال الشغل، لذلك فان موقفه كان متردداً في شأن مصدر تنظيم السلطة التأديبية بين القانون والتنظيم الداخلي للمؤسسة المستخدمة أو إرادة صاحب العمل.

### الفرع الأول : القانون مصدر تنظيم السلطة التأديبية.

اعتماداً على المبدأ المعروف في القانون الجنائي المتعلق بشرعية الجريمة والعقوبة، كذلك تم إقرار هذا الأخير في قانون علاقات العمل الجزائري<sup>(6)</sup>، اذ انه لا يمكن لصاحب العمل ان يقوم بممارسة السلطة التأديبية على العمال من خلال

<sup>1</sup> - فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، دار النهضة العربية لطباعة والنشر، القاهرة، 1985، ص 15.

<sup>2</sup> - كيرة حسين، أصول قانون العمل، الجزء الأول : عقد العمل، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969، ص 244. على حسين عوض، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> - Voir, CHENEDE Olivier et JOURDAN Dominique : Contrat de travail : Du recrutement à la rupture, 5<sup>ème</sup> édition, DELMAS, Paris, 2003, p22

<sup>4</sup> - Voir, FRANCOIS Sellier et TIANO André, op cit, p 397.

<sup>5</sup> - كيرة حسين، المرجع السابق، ص 244.

<sup>6</sup> - انظر المادتين 73 و 77/2 من قانون 11/90، يتعلق بعلاقات العمل، مؤرخ في 21 افريل 1990، ج ر عدد 17 لسنة 1990.

مسئلتهم تأديبيا الا اذا تم تجريم الفعل او الخطأ المرتكب، والنتيجة من ذلك انه لا توقع عقوبة تأديبية على العامل الا ما هو منصوص عليه في القانون او النظام الداخلي للمؤسسة المصادق عليه من قبل مفتشية العمل للنظر فمدى تطابق الأحكام الواردة في التنظيم الداخلي والقانون، هذا ما انتهجه المشرع الجزائري في ظل التوجه الاشتراكي، اذ كان هو المنظم للسلطة التأديبية من خلال تبيان الاخطاء المهنية ودرجاتها والعقوبات المقررة لذلك، بالتالي فبالإضافة الى النظام الداخلي للمؤسسة يجب احترام ما نص عليه التشريع المتعلق بتنظيم علاقات العمل في المجال المحدد<sup>(1)</sup>.

لما كان المشرع الجزائري هو المصدر في تنظيم السلطة التأديبية في ظل التوجه الاشتراكي، انتقد على اساس انه انتزع سلطة التسيير من قبل مسيري المؤسسات المستخدمة باعتبارهم هم الذين يقومون بتسيير نشاط المؤسسات من خلال مراقبة النشاط والعمل على حد سواء، بالتالي فانهم الاقرب الى تحديد الافعال المستحقة للجزاء التأديبي وخاصة الاخطاء الجسيمة التي تؤدي الى التسريح التأديبي.

### الفرع الثاني : مسيرو المؤسسات المستخدمة (صاحب العمل) مصدر تنظيم السلطة التأديبية.

بصدور قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل، اقر المشرع عن منحه السلطة الكاملة لمسيري المؤسسات الاقتصادية في تحديد معالم السلطة التأديبية، وكان ذلك خاصة بعد التحول الذي عرفته الجزائر في الميدان الاقتصادي وانتهاجها نمط اقتصاد السوق الذي اثر على علاقات العمل، اذ تركت المبادرة لصاحب العمل للقيام بتنظيم السلطة التأديبية في اطار النظام الداخلي للمؤسسة الاقتصادية التي يشرف عليها وبصفة انفرادية وخاصة تحديد الاخطاء المهنية والعقوبات المقررة لها، اذ نص صراحة المشرع في نص المادة 73 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل على انه " يتم العزل في حالة ارتكاب العامل اخطاء جسيمة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي"، بالتالي من خلال هذه المادة يتبين ان المشرع من خلال هذا القانون لم يتطرق الى تعداد وتعريف الاخطاء المهنية وتحديد درجاتها وانما اوكل المهمة الى صاحب العمل للقيام بذلك في النظام الداخلي لكل مؤسسة من خلال اقراره لذلك عند تعرضه لعقوبة العزل، بالتالي يعتبر التسريح التأديبي على اساس ارتكاب الخطأ الجسيم تعسفيا ما لم يتم النص على ذلك الخطأ في والعقوبة في النظام الداخلي للمؤسسة (خطأ غير منصوص عليه في النظام الداخلي او غير مصنف في مجموعة الاخطاء الجسيمة)<sup>(2)</sup>.

لكن سرعان ما تدارك المشرع خطورة هذا الوضع، على اعتبار انه انتهاك وصرخ صارح لحقوق العمال واعتراف لمسيري المؤسسات الاقتصادية في سلط سيطرتهم على العمال وتعريضهم للتسريح التأديبي وفقا للنظام الداخلي الذي تم اعداده من قبل صاحب العمل وليس القانون، فهذا الوضع انتهاك لحقوق العمال ويؤثر على استقرار العلاقات الاجتماعية، بالتالي قام المشرع بتعديل نص المادة 73 السالفة الذكر بموجب المادة الثانية من قانون 29/91<sup>(3)</sup>، ومن ثم استرجع سلطته في تنظيم السلطة التأديبية في جزئها الخاص بتصنيف الاخطاء المهنية الجسيمة التي تؤدي الى عتوقيع عقوبة التسريح التأديبي.

<sup>1</sup>- انظر المادة 202 من قانون 12/78، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 32، سنة 1987، ملغى بموجب قانون 11/90، المرجع السابق.

<sup>2</sup>- ناصري عزوز، موقف المحكمة العليا من المسائل القانونية، المجلة القضائية، عدد خاص بموضوع علاقات العمل والأمراض المهنية، الجزء الثاني، قسم المستندات والنشر، الجزائر 1997، ص ص 18-19.

<sup>3</sup>- قانون رقم 29/91، مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، يعدل ويتم القانون 11/90، ج ر عدد 68 لسنة 1991.

لكن عدم استقرار المواقف الخاصة بالمشرع الجزائري في مجال تنظيم السلطة التأديبية بصفة عامة والتسريح التأديبي بصفة خاصة، وبالنظر الى اجتهادات القضاء في مجال توقيع عقوبة التسريح التأديبي على ضوء المادتين 73 من قانون 11/90، والمادة 02 من قانون 29/91 جعل سلطة تنظيم الاخطاء المهنية وتحديداتها خاصة الجسيمة منها التي تؤدي الى التسريح التأديبي منقسمة بين صاحب العمل والمشرع، وهو ما يتم تناوله في المبحث الثاني.

### المبحث الثاني: التسريح التأديبي بين صلاحيات صاحب العمل والمشرع.

يعتبر التسريح التأديبي من الجزاءات التي اجمع الفقه والقضاء والتشريع على اعتبارها التكريس الحقيقي للسلطة التأديبية لصاحب العمل بحق فصل العامل الذي يثبت في حقه ارتكاب خطأ جسيم أثناء قيامه بالعمل أو بمناسبة ذلك، إذ نص المشرع على ذلك في نص المادة 66 من قانون 11/90<sup>(1)</sup>، وأكد على ذلك في المادة 73 من القانون نفسه التي نصت على انه يتم العزل في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي، وهذا إقرار صريح على جعل مسالة تصنيف وتحديد الأخطاء التأديبية المستوجبة لجزاء التسريح التأديبي من صلاحيات صاحب العمل<sup>(2)</sup>. لكن بعد تعديل قانون 11/90 خاصة بالقانون 29/91 الذي عدل بصفة خاصة المادة 73 استرجع المشرع سلطته في تنظيم الجزاء التأديبي من خلال تحديده للأخطاء الجسيمة المستوجبة للتسريح التأديبي.

### المطلب الأول: التسريح التأديبي من صلاحيات صاحب العمل.

بتأكيد نص المادة 73 من قانون 11/90 أن التسريح التأديبي يكون وفقا للأخطاء المحددة في النظام الداخلي للمؤسسة، يتبين أن لصاحب العمل صلاحيات إعداد نظام داخلي يتماشى والهدف المشروع المراد تحقيقه وحماية لمصلح المؤسسة، أكثر من ذلك فله سلطة تحديد الأخطاء الجسيمة التي يكون جزاؤها التسريح التأديبي وفقا لتقديره.

الفرع الأول: صلاحيات صاحب العمل في التنظيم الداخلي للمؤسسة: تنص المادة 75 من قانون 11/90 على انه يجب على المستخدم في المؤسسات التي تشغل 20 عاملا فأكثر أن يعد نظاما داخلياً، وان تعرضه على الأجهزة المشاركة أو ممثلي العمال في حالة عدم وجود هذه الأخيرة لإبداء الرأي فيه قبل تطبيقه، كما يمكن للمستخدم أو صاحب العمل في المؤسسات التي تشغل اقل من 20 عاملا أن يعد نظاما داخليا حسب خصوصية النشاط الممارس<sup>(3)</sup>، وحتى يكون للنظام الداخلي حجية قانونية ومشروعية من اجل تطبيق أحكامه على العمال، فان المشرع ألزم صاحب العمل على إيداع النظام الداخلي لدى مفتشية العمل المختصة إقليميا للمصادقة على مطابقته للتشريع والتنظيم المتعلقين بعلاقات العمل في اجل ثمانية أيام، ويكون النظام الداخلي ساري المفعول فور إيداعه كتابة ضبط المحكمة المختصة إقليميا، ويعمل صاحب العمل على إشهار مضمون النظام الداخلي بين العمال حتى يتسنى لهم معرفة مضمونه والأخطاء المهنية خاصة ودرجة العقوبات المقررة لها<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup>- تنص المادة 66 من قانون 11/90 على انه: "تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية: ....العزل....."، المرجع السابق.

<sup>2</sup>- Voir, BALLOULA Tayeb, « il y a précipitation dans le licenciement », Quotidien EL Watan, supplément économie, n° 69 du 19 au 25/03/2007, p05.

<sup>3</sup>- المادة 76 من قانون 11/90، المرجع السابق.

<sup>4</sup>- كريم غانية، النظام القانوني لعقد العمل غير المحدد المدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2007، ص 101.

إذن من خلال ما تقدم في نقطة صلاحيات صاحب العمل في المجال التنظيمي على مستوى مؤسسته في تحديد لزوما القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط، ومن ثم لصاحب العمل من السلطة في تحديد النظام التأديبي من خلال تحديد طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات المقررة والإجراءات المتبعة في تنفيذها على المخالف هذه القواعد<sup>(1)</sup>، إذن صاحب العمل عند تطبيقه للسلطة التأديبية يستمدّها من النظام الداخلي للمؤسسة وليس من إرادة المشرع لان هذا الأخير لم يحدد الأخطاء التأديبية أكثر من ذلك لم يتطرق إلى تعريف الخطأ الجسيم الذي يكون محلاً لتوقيع الجزاء التأديبي المتعلق بالتسريح التأديبي.

### الفرع الثاني: سلطة صاحب العمل في تحديد الأخطاء المهنية الجسيمة.

التسريح لأسباب تأديبية يكون لسبب ارتكاب العامل خطأ مهني من شأنه أن صاحب العمل تم تصنيفه من قبل ذلك في النظام الداخلي للمؤسسة، فأساس توقيع الجزاء هو ارتكاب العامل للخطأ الجسيم، لكن بالعودة إلى قانون 11/90 نجد أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف الأخطاء المهنية ولا تحديد درجة خطورتها وإنما أوكل المهمة إلى صاحب العمل عند إعداد النظام الداخلي للمؤسسة، وهذا ما أكدته المادة 73 منه.

ولقد قررت المحكمة العليا عند نظرها في قضية التسريح التأديبي بان كل طرد على أساس خطأ غير منصوص عليه في القانون الداخلي للمؤسسة أو غير مصنف كخطأ جسيم متخذ مخالفة للإجراءات المنصوص عليها في النظام الداخلي ومن ثم هو مخالفة لمقتضيات نص المادة 79 من قانون 11/90، ومن ثم اعتبار التسريح تعسفياً ويترتب عليه الأمر بإلغائه وبإعادة العامل إلى منصبه إذا ما طلب ذلك مع التعويض<sup>(2)</sup>. في حين تعرض التشريع القديم إلى تعريف الأخطاء المهنية وإلى العقوبات التأديبية المسلطة عليها وذلك في بموجب المرسوم التنفيذي 302/82 في المواد 61 إلى 76 والذي تم إلغاؤه بمجرد صدور القانون 11/90، بالتالي يتبين انه في مرحلة قانون علاقات العمل 11/90 صلاحيات تنظيم السلطة التأديبية معترفة لصاحب العمل في النظام الداخلي للمؤسسة، إذ نص صراحة على ذلك في المادة 73 على انه : " يتم العزل في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي"، بالتالي من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع لم يتطرق إلى تعريف الأخطاء المهنية وتحديد درجتها وإنما اعترف صراحة بأنها سلطة لصاحب العمل في النظام الداخلي عند إقراره لعقوبة العزل<sup>(3)</sup>. بالتالي يعتبر التسريح على أساس الخطأ الجسيم تعسفياً ما لم يتم النص عليه في النظام الداخلي للمؤسسة ( خطأ غير منصوص عليه في القانون الداخلي أو غير مصنف في خانة الأخطاء الجسيمة)<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - نعرورة عمارة "الجديد في علاقات العمل الفردية"، المجلة القضائية، عدد 02، الجزائر، 1993، ص 217.

<sup>2</sup> - نصري عزوز، موقف المحكمة العليا من المسائل القانونية، المرجع السابق، ص 18. كذلك موقف المحكمة العليا في قضية (م.ع) ضد المؤسسة الوطنية للهندسة والبناء بارزيو حيث أن :

" من المقرر قانوناً أن يعزل العامل في حالة ارتكاب أخطاء جسيمة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي، ولما ثبت أن قضاة الموضوع هم الذين صنفوا -رفض العمل- على أساس انه خطأ جسيم يؤدي إلى العزل، فإنهم اخطئوا في تفسير نص المادة 73 وافقدوا قرارهم الأساس القانوني مما يستوجب نقضه" قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/12/8، ملف رقم 104599، المجلة القضائية العدد 02، الجزائر، 1995، ص 125.

<sup>3</sup> - Voir, KORICHE M<sup>nasr-eddine</sup>, « la détermination des fautes graves dans le droit du licenciement disciplinaire », revue de la cour suprême Dirassat, no, 01, Alger, 2005, p 52.

<sup>4</sup> - نصري عزوز، " موقف المحكمة العليا من المسائل القانونية"، المرجع السابق، ص 18-19.



لكن سرعان ما تدارك المشرع خطورة هذا الوضع، على اعتبار أن انه صرخ صراح واعتراف لمسيرى المؤسسات الاقتصادية في سلط سيطرتهم على العمل وتعريضهم إلى التسريح التأديبي وفقا للنظام الداخلي وليس التشريع، فهذا الوضع يؤثر على استقرار العلاقات الاجتماعية بالتالي قام المشرع بتعديل نص المادة 73 من قانون 11/90 بموجب المادة 2 من قانون 29/91<sup>(1)</sup>، فاسترجع المشرع سلطته في تنظيم السلطة التأديبية في جزئها الخاص بتصنيف الأخطاء المهنية الجسيمة، لكن عدم الاستقرار في المواقف وبالنظر إلى اجتهادات القضاء على ضوء المادة 73 من قانون 11/90 و المادة 02 من قانون 29/91 جعل سلطة تنظيم الأخطاء المهنية وتحديدتها خاصة الجسيمة منها التي تؤدي إلى التسريح التأديبي متأرجحة بين صاحب العمل والمشرع.

من خلال تحديد الأخطاء المهنية وكذا الجسيمة منها ومسألة تحديد الجزاءات خاصة التسريح التأديبي الذي يكون عند ارتكاب العامل للخطأ الجسيم، هذه السلطة يتمتع بها بصفة قانونية وحصرية صاحب العمل داخل مؤسسته، وواضح انه من خلال المادة 73 أن المشرع تخلى نهائيا على تنظيم السلطة التأديبية وفسح المجال كلياً لصاحب العمل لتنظيمها، فالقانون 11/90 لم يبين لا الآثار ولا الحقوق المترتبة عن التسريح، لكن هذه المرحلة لم تدم سوى 18 شهرا نظرا للفتاوت الملاحظ في وصف الأخطاء المهنية الجسيمة المؤدية إلى التسريح<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: سلطة التسريح التأديبي من صلاحيات المشرع.

بصدور القانون 29/91 الذي يعدل القانون 11/90 لاسيما المادة 73 منه، والذي احدث تغييرا جذريا حيث استرجع المشرع تنظيم السلطة التأديبية في جانب الأخطاء المهنية الجسيمة التي تؤدي إلى التسريح التأديبي، ويفهم ضمنا أن الأخطاء المهنية التي لا تؤدي إلى التسريح التأديبي يتم تنظيمها بموجب النظام الداخلي للمؤسسة، ومن استقراء نص المادة 73 بعد تعديلها يتضح أن الأخطاء المؤدية إلى توقيع جزاء التسريح هي نوعين: الأخطاء المنصوص عليها في التشريع الجزائي ثم الأخطاء المرتكبة من العامل تلك المحددة في المادة 73.

### الفرع الأول: الأخطاء المعاقب عليها في التشريع الجزائي.

هي الأخطاء المرتكبة من العامل المكيفة في خانة الجنايات والجرح والتي يعاقب عليها التشريع الجزائي مثل جنحة السرقة، فان تمت هذه الأفعال المنسوبة للعامل في أماكن العمل أو بمناسبة ذلك رغم أن المشرع لم يحددها في المادة 73 لكن يمكن أن تؤدي إلى التسريح التأديبي بشرط احترام مبدأ أساسي هو أن تثبت الجريمة على العامل بحكم جزائي نهائي، ثم يمكن لصاحب العمل إصدار عقوبة التسريح التأديبي في حق العامل<sup>(3)</sup>.

هذا الموقف سارت عليه المحكمة العليا في العديد من أحكامها، فلا يطرد العامل من عمله على جنحة ارتكبتها داخل المؤسسة إلا بصدور حكم جزائي نهائي يدينه، وفي غياب ذلك لا يصح لصاحب العمل أن يعزل العامل،

<sup>1</sup>- قانون رقم 29/91، مؤرخ في 1991/12/21، يعدل ويتم القانون 11/90، ج ر عدد 68، لسنة 1991.

<sup>2</sup>- نيب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتغيرات الاقتصادية، دار القصة للنشر، الجزائر، 2003، 427.

<sup>3</sup>- احتراماً وتطبيقاً للمبدأ الدستوري الذي يقضي بان السلطة القضائية لها وحدها السلطة في إصدار الأحكام الجزائية، كذلك في نفس النقطة راجع: كريم غانية، النظام القانوني لعقد العمل غير محدد المدة، المرجع السابق، ص 144.

كذلك أن يشارك العامل في إضراب وصف من صاحب العمل انه غير شرعي فانه يجب إثبات الطابع غير الشرعي للإضراب بواسطة حكم قضائي نهائي ولا كان التسريح تعسفياً<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تحديد المسرع للأخطاء المهنية الجسيمة.

بالإضافة إلى الأخطاء المعقبة عليها في التشريع الجزائري، فان المشرع عند تعديله لنص المادة 73 من قانون علاقات العمل عمد إلى تحديد مجموعة من الأخطاء المهنية التي يعتبرها جسيمة، بالتالي تكون محلاً لتوقيع عقوبة التسريح<sup>(2)</sup>. بالتالي المشرع استرجع سلطته في التنظيم من خلال تحديده للأخطاء الجسيمة ومن ثم لم تعد مسألة تحديد الأخطاء الجسيمة وعقوبة التسريح المقررة لها من صلاحيات صاحب العمل، أكثر من ذلك إنما قرر المشرع حماية أكثر بالنسبة للعامل من استبداد صاحب العمل التي يجسدها النظام الداخلي، وعلى هذا الأساس فان قضاة الموضوع إنما يعتمدون على هذه الأخطاء المحددة لتقدير مدى مشروعية التسريح، كذلك مدى إتباع صاحب العمل الإجراءات والشكليات التي يقررها النظام الداخلي وخاصة تلك المقررة في التعديل الذي لحق المادة 73 من قانون علاقات العمل<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في القضية رقم 149039 الصادر بتاريخ، 10/02/1998، " حيث أن ما يعتمد عليه الطاعن في هذا الوجه شديد ذلك أن قاضي المحكمة اعتبر العامل قد ارتكب خطأ جسيم دون إثبات أو تحقيق وان الأخطاء الجسيمة التي تترتب عنها التسريح التأديبي محددة على سبيل الحصر ومن ضمنها الأخطاء التي يعاقب عليها التشريع الجزائري والتي ترتكب أثناء العمل، ففي هذه الحالة فان التسريح لا يتخذ من صاحب العمل الا بعد ثبوت الخطأ الجزائي من لدى الجهة القضائية...".

<sup>2</sup>- تنص المادة 2 من القانون 29/91 المعدلة للمادة 73 من قانون 11/90، على انه: يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة، وعلاوة على الأخطاء الجسيمة المعاقب عليها في التشريع الجزائري والتي ترتكب أثناء العمل، تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة يحتمل أن ينجر عنها التسريح التأديبي بدون مهلة العطلة وبدون علاوات، الأفعال التالية:

- إذا رفض العامل، بدون عذر غير مقبول تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي قد تلحق أضرار بالمؤسسة، والصادرة من السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء الممارسة العادية لسلطاته.
- إذا أفضى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو داخلية للهيئة المستخدمة، إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون.
- إذا شارك في توقف جماعي وتشاوري عن العمل خرقاً للأحكام التشريعية الجاري بها العمل في هذا المجال.
- إذا قام بأعمال عنف.
- إذا تسبب عمداً في أضرار مادية تصيب البنايات والمنشآت والآلات والأدوات والمواد الأولية والأشياء الأخرى التي لها علاقة بالعمل.
- إذا رفض تنفيذ أمر التسخير الذي تم تبليغه وفقاً لأحكام التشريع المعمول به.
- إذا تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل.

<sup>3</sup>- إذ تنص المادة 73-2 على انه : يعلن عن التسريح المنصوص عليه في المادة 73 أعلاه ضمن احترام الإجراءات المحددة في النظام الداخلي، ويجب أن ينص النظام الداخلي على التبليغ الكتابي لقرار التسريح والاستماع للعامل المعني، الذي يمكنه في هذه الحالة إن يختار عاملاً تابعاً للهيئة المستخدمة ليصطحبه" كما تضيف المادة 73-3 على انه : كل تسريح فردي يتم خرقاً لأحكام هذا القانون، يعتبر تعسفياً وعلى المستخدم أن يثبت العكس.

لكن التعديل الخاص بالمادة 73 أثار إشكالا آخر يتمثل في تلك الأخطاء الجسيمة التي عددها المشرع<sup>(1)</sup>، هل هي محددة على سبيل المثال أو على سبيل الحصر؟.

1. الأخطاء الواردة في المادة 73 المعدلة جاءت على سبيل المثال، وذلك يتضح من خلال الصياغة اللفظية لنص المادة خاصة باستعمال المشرع لعبارة "على الخصوص" والتي تفيد دون شك المثال لا الحصر<sup>(2)</sup>.
  2. الأخطاء الواردة في المادة 73 المعدلة جاءت على سبيل الحصر، بالرغم من العبارات اللغوية التي تفيد على سبيل المثال إلا أن أغلبية الكتاب والفقهاء في مجال قانون العمل الجزائري بحثوا حول المغزى من التعديل، أي لماذا المشرع بعد مرور 18 شهرا تدخل وقام بالتعديل، فان الغاية من التعديل الحاصل لا يكون إلا ليحصر حالات التسريح التأديبي دون أن يحدد الأخطاء المهنية البسيطة، بالتالي فهو حصر وتحديد بصفة نهائية.
- المطلب الثالث : موقف القضاء الجزائري من المادة 73 من قانون 11/90.

من خلال التحليل لمختلف المواقف خاصة موقف الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، نجد أن القضاء الجزائري غير مستقر على رأي واحد بشأن عقوبة التسريح التأديبي لارتكاب العامل أخطاء جسيمة.

#### الفرع الأول : مسaire القضاء للاتجاه الغالب حول تفسير المادة 73 المعدلة.

من خلال تحديد المشرع للأخطاء الجسيمة أصبحت تطبيقات القضاء في مجال النزاعات المطروحة عليه مطابقة لأحكام المادة 73 المعدلة، بالتالي القاضي يبحث مباشرة في مدى توافر الخطأ الصادر من العامل في التعداد المحدد في المادة السابقة، وفي حالة ما إذا لم ينص المشرع على ذلك وصاحب العمل اعتبره خطأ جسيم وفقا للنظام الداخلي نطق القاضي كون التسريح تعسفي ومن ثم إقرار إعادة العامل مع التعويض<sup>(3)</sup>.

لكن بالعودة إلى التشريع الفرنسي نجد انه كان أكثر دقة وفصل في الجوانب المتعلقة بالتسريح التأديبي، إذ للقاضي الفرنسي دور أساسي وفعال خاصة أثناء عملية إنهاء عقد العمل، بالإضافة إلى للأخطاء المحددة يجب أن يكون التسريح لسبب حقيقي وجدي طبقا لما ورد في المواد L122-4-3 et L122-14-4 من قانون العمل الفرنسي، وفي حالة ما إذا تم التسريح لسبب غير حقيقي أو غير جدي يمكن للمحكمة اقتراح إعادة إدماج العامل مع احتفاظه بامتيازاته المكتسبة<sup>(4)</sup>، وهذا ما يفتقده القاضي الجزائري في هذه الحالة على اعتبار انه يكتفي بمدى وجود الخطأ من عدمه في المادة 73 المعدلة.

<sup>1</sup>- نيب عبد السلام، علاقة العمل في التشريع الجديد، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup>- Voir, KORICHE M<sup>mad</sup> nasr-eddine, op cit, p 50.

<sup>3</sup>- " لما ثبت في قضية الحال أن الخطأ الذي بني عليه التسريح التأديبي للعامل وارد في النظام الداخلي، وغير وارد في المادة 73-ف1 من القانون 11/90 المعدل، هو تسريح تعسفي، وهذا ما قيد قضاء المحكمة بإلغائه، قضاء موافق للقاعدة المذكورة"، قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، الصادر في تاريخ 1996/6/4، في ملف القضية رقم 135452، المجلة القضائية، عدد خاص منازعات العمل والأمراض المهنية، الجزائر، 1997، ص 195.

<sup>4</sup>- Voir, BERAUD Jean-Marc, Manuel de droit du travail et de droit social, 4<sup>ème</sup> édition, éditions Litec, Paris, 1994, p275

## الفرع الثاني : تراجع القضاء عن موقفه.

تم اعتبار تعديل المادة 73 وتحديد الأخطاء المهنية الجسيمة المستوجبة للتسريح التأديبي من قبيل استرجاع المشرع لسلطته الحقيقية المكرسة في التنظيم الخاص في علاقات العمل خاصة في المرسوم التنفيذي 302/82، وهذا الأخير أكثر وضوحاً على أساس انه صنف الأخطاء المهنية إلى ثلاث درجات تختلف العقوبة باختلاف درجة الخطأ المرتكب من العامل، بينما المادة 73 المعدلة المشرع فيها نظم فقط الأخطاء المهنية الجسيمة المؤدية إلى توقيع عقوبة التسريح<sup>(1)</sup>. ومن ثم فإن القضاء عمد على احترام ما قرره المشرع من أخطاء جسيمة.

لكن في 15 ديسمبر 2004 صدر قرار عن أقسام الغرفة الاجتماعية مجمعة وغيروا من موقفهم ومن هذا التاريخ أصبحوا يأخذون هذا التحديد للأخطاء الجسيمة على أساس انه وارد على سبيل الحصر لا المثال، ولكن هل ارتكاب العامل لأحد الأخطاء المحددة في المادة المذكورة يؤدي إلى التسريح التأديبي؟، بل يمكن أن تكون العقوبة اقل، إذ تنص المادة 73 مكرر 1 من قانون 11/90 على مراعاة المستخدم بالخصوص تحديد وصف الخطأ الجسم الذي يرتكبه العامل والظروف التي ارتكب فيها الخطأ ومدى اتساعه ودرجة خطورته والضرر الذي ألحقه، لكن بالإضافة إلى ذلك فإن الغرفة الاجتماعية وبالنظر إلى الانتقادات المقدمة لاجتهادها في مجال التسريح التأديبي في القرار الصادر في 2004، أقرت على قضاة الموضوع تفسير المادة 73 المعدلة على أساس المادة 77 فقرة ثانية من قانون 11/90 المتعلقة بالنظام الداخلي للمؤسسة المستخدمة، ومن ثم لا يجب تطبيق المادة 73 المعدلة تطبيقاً آلياً<sup>(2)</sup>، بالتالي هو إقرار بان الأخطاء المذكورة من المشرع ليست على سبيل الحصر واعتراف آخر بعودة صلاحيات صاحب العمل في تحديد الأخطاء الجسيمة وتكييفها كذلك وفقاً للنظام الداخلي وذلك على أساس المادة 77 من قانون 11/90.

غير انه، إذا كان لصاحب العمل إمكانية تحديد الأخطاء المهنية الجسيمة وتكييفها من الدرجة الثالثة المستوجبة للتسريح التأديبي وفقاً لما ورد في المادة 77، فانه مقيد بالمادة 73 مكرر 1 أين تستوجب عليه مراعاة الشروط المحددة المتعلقة بتكييف الخطأ والظروف التي ارتكب فيها ودرجة الخطورة والضرر الحاصل و الأخذ بعين الاعتبار سيرة العامل إلى غاية تاريخ ارتكاب العامل للخطأ.

## الخاتمة :

يعتبر التسريح التأديبي من قبيل الجزاءات التي تثير الإشكال الكبير في علاقات العمل على اعتبار انه يؤدي إلى انقطاع العلاقة التعاقدية بصفة نهائية وما ينجر عنها من مساس بالحقوق أو بالعلاقات الاجتماعية، بالتالي فإن أولوية حماية العامل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من المسائل الواجب تقديرها وتعزيزها بالنصوص القانونية، وهو ما كان مغايراً تماماً لموقف المشرع في القانون 11/90 خاصة المادة 73 منه التي جسدت واعترفت لصاحب العمل بسلطة تنظيم هذا الجزاء، وهذه الوضعية أدت إلى التعسف من أصحاب العمل من خلال النظام الداخلي للمؤسسات الاقتصادية، غير انه تدخل المشرع بموجب القانون 29/91 والذي من خلال قام بتعديل المادة 73 واقر حماية للعامل من تسلط أصحاب العمل من جهة، لكن جهة أخرى تناسى أن القانون 11/90 كان وليد التغيرات الاقتصادية وإلحاق ممثلي المؤسسات الاقتصادية على الاعتراف لهم بسلة التنظيم والإشراف والتسيير الذي كان نتيجة حتمية لذلك.

<sup>1</sup> - BELLOULA Tayeb, op cit, p 05.

<sup>2</sup> - Voir, KORICHE M<sup>mad</sup> nasr-eddine, op cit, p 49.

بالتالي فان القول أن الأخطاء الواردة في المادة 73 المعدلة جاءت على سبيل الحصر هو موقف مناقض لأحكام المادة 77 التي تؤكد أن سلطة صاحب العمل قائمة في مسألة تكييف الأفعال والأخطاء بأنها جسيمة وفقا للنظام الداخلي للمؤسسة ولإجراءات تنفيذها، غير أن المشرع اقر حماية للعامل من خلال التعديل وخاصة عند تأكيده في المادة 73 مكرر 1، 2، 3، 4، 5 و6، إذ يتم الإعلان عن التسريح من قبل صاحب العمل مع احترام الإجراءات والشكليات المحددة في النظام الداخلي، ويجب أن تنص هذه الإجراءات على التبليغ الكتابي لقرار التسريح واستماع المستخدم للعامل المعني الذي يمكنه في هذه الحالة أن يختار عاملا تابعا للمؤسسة المستخدمة ليصطحبه، ومن ثم فغياب احد الإجراءات السابقة يتم اعتبار التسريح تعسفيا ويقع عبأ إثبات العكس على صاحب العمل، وهذا ما يعبر على أن المشرع اخذ بالسبب الجدي والحقيقي الذي يجب على المستخدم إثباته في قرار التسريح، ومن ثم يخضع إلى تقدير القاضي الفاصل في النزاع.

كما انه إذا تم مقارنة المادة 73 بعد تعديلها والمادة 77 من قانون علاقات العمل 11/90، نجد أن سلطة تنظيم السلطة التأديبية أصلا هي لصاحب العمل من خلال النظام الداخلي للمؤسسة وبصفة استثنائية للمشرع الذي حدد الأخطاء الجسيمة على سبيل المثال من خلال استعماله لمصطلح بالخصوص، بالتالي على المشرع أن حذف هذا المصطلح والتوسيع من دائرة الأخطاء الجسيمة حتى تتلاءم وطبيعة النشاط الممارس في كل مؤسسة على حده أو ترك المجال مفتوحا أمام صاحب العمل ولكن مع تقسيم الأخطاء إلى درجات وتحديد العقوبات لكل درجة حتى يتسنى لقضاة الموضوع تقدير تعسف صاحب العمل عند ممارسته للسلطة التأديبية داخل المؤسسة الاقتصادية واحترام مبدأ التناسب.

قائمة المراجع :

أ/ بالغة العربية :

\* الكتب .

- على عوض حسن، الفصل التأديبي في قانون العمل، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والتوزيع والطباعة، القاهرة، 1975.
  - كيرة حسين، أصول قانون العمل، الجزء الأول : عقد العمل، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969.
  - ذيب عبد السلام، قانون العمل الجزائري والتغيرات الاقتصادية، دار القصبه للنشر، الجزائر، 2003.
  - فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، دار النهضة العربية لطباعة والنشر، القاهرة، 1985.
- \* الرسائل الجامعية .

- كريم غانية، النظام القانوني لعقد العمل غير المحدد المدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2007.
- طربيت سعيد، التسريح التأديبي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المؤسسات، الجزائر، 1997.

## \* المقالات .

- ذيب عبد السلام، "علاقة العمل في التشريع الجديد"، عدد خاص، منازعات العمل والأمراض المهنية، الجزء الثاني، قسم المستندات والنشر، الجزائر، 1997، ص ص 21-42.
  - نصري عزوز، موقف المحكمة العليا من المسائل القانونية، المجلة القضائية، عدد خاص بموضوع علاقات العمل والأمراض المهنية، الجزء الثاني، قسم المستندات والنشر، الجزائر 1997، ص ص 18-19.
- \* النصوص القانونية .
- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17 لسنة 1990، معدل ومتمم بالقانون رقم 91-29 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68 لسنة 1991، والأمر رقم 96-21 مؤرخ في 9 جويلية 1996، ج ر عدد 43 لسنة 1996، والأمر رقم 97-02 مؤرخ في 11 جانفي 1997، ج ر عدد 3 لسنة 1997، والأمر رقم 97-03 مؤرخ في 11 جانفي 1997، ج ر عدد 3 لسنة 1997.
  - مرسوم تنفيذي رقم 82-302 مؤرخ في 11 سبتمبر 1982، يتعلق بكيفية تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية، ج ر عدد 37 لسنة 1982، الملغى بقانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.
- \* قرارات الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا.
- قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/12/8، ملف رقم 104599، المجلة القضائية العدد 02، الجزائر، 1995.
  - قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، الصادر في تاريخ 1996/6/4، في ملف القضية رقم 135452، المجلة القضائية، عدد خاص منازعات العمل والأمراض المهنية، الجزائر، 1997.
  - قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في القضية رقم 149039 الصادر بتاريخ، 1998/02/10.
- ب/ باللغة الفرنسية :

## Ouvrages.

- BERAUD Jean-Marc, Manuel de droit du travail et de droit social, 4<sup>ème</sup> édition, éditions Litec, Paris, 1994.
- CHENEDE Olivier et JOURDAN Dominique : Contrat de travail : Du recrutement à la rupture, 5<sup>ème</sup> édition, DELMAS, Paris, 2003.
- FRANCOIS Sellier et TIANO André, Economie du travail, 2<sup>ème</sup> éditions, PUF, Paris, 1970.

## Articles.

- BALLOULA Tayeb, « il y a précipitation dans le licenciement », Quotidien EL Watan, supplément économie, n° 69 du 19 au 25/03/2007 ? PP 5-6.
- KORICHE M<sup>mad</sup> nasr-eddine, « la détermination des fautes graves dans le droit du licenciement disciplinaire », revue de la cour suprême Dirassat, no, 01, Alger, 2005 ? PP 46-55.

# دراسات وأبحاث بالفرنسية :

## **La progression du statut juridique des pays en développement dans le système régissant le commerce international : Du G.A.T.T. à l'O.M.C.**



Mme Saadi Wassila Amel

Doctorante à l'école doctorale " droit comparé des affaires"

Faculté de droit. Université Belgaid - Oran

### **Plan :**

#### **Introduction**

**L'adaptation des règles du G.A.T.T. à la situation particulière des P.E.D.**

#### **I- L'inclusion de la partie IV : une reconnaissance juridique de principe**

**A- Le processus d'éclosion de la partie IV**

**B- Le contenu de la partie IV**

#### **II- Les conséquences de la partie IV : l'apport juridique**

**A - L'introduction de la dualité des normes**

**B- La partie IV : Une réglementation à faible portée juridique**

**L'émergence d'un statut juridique permanent en faveur des P.E.D**

#### **I - Le Traitement Spécial et Différencié, un tournant décisif dans l'intégration progressive des P.E.D au système commercial multilatéral.**

**A- Le Système Généralisé de Préférence**

**B- Le traitement spécial et différencié, participation plus complète des P.E.D.**

#### **II - La décision de 1979 sur le Traitement Spécial et Différencié : Un système juridique limité**

**A - une efficacité incertaine**



## **B - Le traitement différencié et plus favorable : Une mise en œuvre incertaine**

### **Liste des principales abréviations**

AFDI : Annuaire Français de droit international.

CNUCED : Conférence des nations unies pour le commerce et le développement.

CNPF/ PNPf: Clause de la nation la plus favorisée / Principe de la nation la plus favorisée

FMI : Fonds monétaire international.

GATT : General agreement on tariffs and trade (Accord general sur les tarifs douaniers et le commerce)

NOEI : Nouvel ordre économique international

OIC : Organisation internationale du commerce.

OMC (WTO) : Organisation mondiale du commerce (World trade organization)

ONU : Organisation des nations unies.

OPU : Office des publications universitaires

PED : Pays en développement.

PMA : Pays moins avancés.

RBDI : Revue belge de droit international.

RGDIP : Revue générale de droit international public.

SGP : Système généralisé des préférences.

TSD : Traitement spécial et différencié.

### **Introduction :**

Le commerce est de tout temps un facteur favorisant les relations économiques, aussi bien à l'intérieur d'un pays qu'à l'international. Il participe à la croissance du développement économique des Etats et à la réduction de la pauvreté.

Le commerce international n'est pas seulement une matière technique soumise à des règles préalablement établies, c'est aussi un domaine où les idéologies sont variées et souvent antagonistes ce qui amène à opposer le libre échangisme des pays développés (occidentaux pour la plupart) au protectionnisme des pays pauvres<sup>1</sup>.

Au sortir de la deuxième guerre mondiale, le monde encore sous le choc et le souvenir de la grande crise économique des années 1929-1930 et des destructions de l'appareil de production par la guerre, l'apparition du péril nucléaire et ses conséquences sur l'humanité. La paix

<sup>1</sup> F. A. KHAVAND, *le nouvel ordre commercial mondial : du GATT à l'O.M.C.*, Paris, Nathan, 1995, pp. 51 et s ; M. RAINELLI, *L'O.M.C.*, Paris, la découverte, 2004, pp. 06 et S.

devient une aspiration au sein des pays industrialisés, la psychose de la guerre va concourir à l'institutionnalisation des relations économiques internationales<sup>1</sup>.

Le double constat de protectionnisme nuisible à la croissance économique et l'absence d'instance internationale de régulation dotée d'une réglementation applicable aux échanges commerciaux internationaux vont amener la communauté internationale, sous l'initiative et l'influence de la toute puissance économique du moment, que sont les Etats Unis d'Amérique, à organiser un certain nombre de conférences d'où naîtra un nouveau système économique multilatéral :

La conférence de Bretton Woods aux Etats Unis, a donné naissance en vertu des accords « de Bretton Woods » signés en juillet 1944 par 44 pays à la création du Fond Monétaire International (F.M.I) et de la banque internationale pour la reconstruction et le développement (B.I.R.D ou banque mondiale), et ce dans l'attente de l'instauration d'une troisième institution pour l'organisation internationale du commerce (O.I.C.)<sup>2</sup>

Lors d'une conférence tenue à Genève, 23 nations ont signé le 30 octobre 1947 un accord portant sur la réduction des barrières tarifaires qui a pris le nom de G.A.T.T. (General agreement on tariffs and trade) en français accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, couramment appelé accord général<sup>3</sup>. Ce traité, au demeurant provisoire et qui en raison de l'échec de la création d'une organisation internationale du commerce, va devenir le seul instrument régissant le commerce multilatéral de 1948 à 1995 date de la création de l'organisation mondial du commerce<sup>4</sup>.

L'objectif principal du GATT est de libéraliser et de développer les échanges commerciaux internationaux par l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires. Pour atteindre ce but, l'accord a fixé des principes fondamentaux dont les plus importants sont :

Le principe de non discrimination entre partenaires commerciaux qui entraîne l'application de la clause de la nation la plus favorisée et la clause du traitement national ;

Le principe de réciprocité selon lequel, chaque pays s'engage à accorder des avantages commerciaux équivalents à ceux que lui consent un autre partenaire<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> A. BEITONE, Ph. GILLES et M. PARODI, *Histoire des faits économiques et sociaux de 1945 à nos jours*, Dalloz, 2006, pp 7 et s.

<sup>2</sup> Riche documentation en ce sens, voir site internet de l'OMC ; [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>3</sup> D. JOUANEAU, *L'O.M.C.*, Puf, collection que sais-je ?, 2003, p.09 ; F.A. KHAVANDE, *op.cit*, p 17 ; voir aussi site de l'O.M.C. [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>4</sup> M-P. ROY, *L'organisation mondiale du commerce*, RRJDP, 1995-3, p. 764.

<sup>5</sup> J-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007, p. 105 ; Voir sur la réciprocité, E. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980.

Arrivés dans un système déjà organisé, les P.E.D. nouvellement indépendants, constateront le déséquilibre de l'Accord Général qui selon eux, ne peut reposer sur le principe de l'égalité des Etats qui impose l'application des règles juridiques du G.A.T.T. à « ...tous les Etats souverains de la communauté internationale, quel que soit leur régime politique, économique, social ou leur niveau de développement »<sup>1</sup>. Les pays en développement étaient assujettis aux mêmes règles que les autres pays développés et se sont retrouvés à concurrencer sur le même pied d'égalité les autres parties bien plus développés.

Cette situation a amené, les P.E.D. à réclamer un ordre juridique plus égalitaire qui repose sur des fondements qui puissent prendre en compte les différences et les écarts de développement qui existent entre ces pays pauvres et les pays développés autrement dit un nouvel ordre économique qui tienne compte du niveau de développement de chaque pays.

C'est au cours de la période allant de 1964 à 1979 que le statut juridique des pays en développement va se préciser progressivement et prendre place dans la sphère économique internationale et connaître un essor nouveau dont les jalons vont être posés tout au long des différents « round » ou cycles de négociations du GATT à l'OMC.

Qui sont ces pays en développement ?

Plusieurs terminologies ont été utilisées pour déterminer ces pays, différents les uns des autres, qui n'ont pas connu la révolution industrielle ; tout d'abord le terme tiers-monde a été utilisé pour la première fois par Alfred Sauvy<sup>2</sup>, formalisée par la conférence de Bandung en 1955, puis appelés « quart monde » pour prendre, par la suite le terme de « Pays en voie de développement » puis « pays en développement ».<sup>3</sup>

On constatera que malgré l'évolution de la terminologie utilisée jusque-là, il n'existe pas de définition officielle, du moins pour l'O.M.C, permettant l'identification de la qualité de pays en développement et qui selon la formule consacrée reste du libre choix du pays concerné « l'auto proclamation ».

L'examen du processus d'évolution du statut juridique des pays en développement dans le G.A.T.T. s'est faite en deux étapes, d'abord, il y'a eu la reconnaissance des principes revendiqués par les pays en développement notamment celle exprimées par « l'inégalité

<sup>1</sup> Maria CASTILLO, *Les grandes étapes de l'évolution de l'ordre économique international*, in droit de l'économie internationale, Paris, Pedone, 2004, p. 14.

<sup>2</sup> Cette terminologie est sous la plume d'Alfred Sauvy le 14 aout 1951 dans la revue « l'observateur politique, économique et littéraire »

<sup>3</sup> P. ROSIAK, *les transformations du droit international économique : les États et la société civile face à la mondialisation économique*, l'Harmattan, 2003, p. 42.

compensatrice ». Puis la reconnaissance juridique concrète, par l'adoption des techniques préférentielles.

**- L'adaptation des règles du G.A.T.T. à la situation particulière des P.E.D.**

Bien que l'accord général du GATT 1947 reconnaît dans son article 18 la faculté pour les P.E.D. de conserver les droits de douanes élevés, de subventionner les exportations de tout produit et d'instituer des restrictions quantitatives en vue de protéger leurs industries naissantes<sup>1</sup>, il n'en demeure pas moins que ces dispositions sont possibles pour toutes les parties adhérentes aux G.A.T.T. y compris les pays les plus riches d'entre- eux.

Quoique, ces mesures doivent recevoir au préalable l'approbation du G.A.T.T ; " Elles restent soumises à une surveillance annuelle et doivent faire l'objet de compensation"<sup>2</sup>.

Des lors, on constate que ces aménagements n'accordent pas d'autres avantages que ceux dont bénéficient déjà les pays industrialisés, d'où l'insatisfaction des P.E.D. qui revendiquent une modification des règles du G.A.T.T qui puissent tenir compte de leur situation et des inégalités de développement économique.

Ces revendications développées puis encouragées au sein de la C.N.U.C.E.D. aboutissent en fin de compte à l'introduction dans l'accord général du GATT d'une quatrième partie appelée " commerce et développement".

L'adoption de la partie IV a constitué un revirement idéologique conséquent, car pour la première fois dans l'histoire du Gatt des dispositions juridiques ont été conçues dans l'optique de lier le développement des P.E.D. au commerce.

Toutefois, cette partie constitue une reconnaissance juridique de principe de la situation particulière de l'économie des pays en développement (I) dont les conséquences juridiques n'avaient pas satisfait les P.E.D. (II)

**I- L'inclusion de la partie IV : Une reconnaissance juridique de principe :**

L'étude sera consacrée, ici et en premier lieu, à la présentation de la partie IV qui de par le processus de son apparition démontre les efforts fournis tant à titre individuel qu'à titre collectif par les parties contractantes pour améliorer la situation économique des P.E.D.

Une présentation du contenu de cette partie est nécessaire pour démontrer qu'il s'agit plus de dispositions qui consacrent une reconnaissance juridique de principe de la situation particulière des P.E.D.

<sup>1</sup> Voir, textes juridique sur site de l'O.M.C, [www.wto.org](http://www.wto.org)

<sup>2</sup> Ph. Vincent, *L'Uruguay round et les pays en développement*, RBDI, 1995-2, p. 489.

## A- Le processus d'éclosion de la partie IV :

L'adoption de la partie IV a été le résultat d'un long processus de négociations et de travail poussé par des réclamations faites par les P.E.D. dénonçant d'une part, l'inefficacité de l'accord général qui, ainsi établi, ne peut garantir un accès facile aux marchés des pays industrialisés. D'autre part, ils critiquent l'insuffisance des mesures d'assouplissement prévues pour modérer l'application du P.N.P.F. l'épine dorsale du G.A.T.T.

Ces assouplissements à savoir celles qui sont prévues par les dispositions des articles 12, 18 et 24 de l'accord général<sup>1</sup> sont prévues, d'une manière dérogatoire, ce qui implique pour pouvoir en bénéficier, le respect des mesures et des procédures qui sont non seulement longues mais très complexes.

Face à l'inquiétude des P.E.D. qui voyaient le rythme de développement de leur commerce international s'affaiblir par rapport à celui des pays développés, il a été confié par les pays développés parties contractantes du G.A.T.T, à un groupe d'experts la mission d'examiner les problèmes du commerce des P.E.D. Cette commission a abouti à l'élaboration d'un rapport qui reprend plusieurs propositions émises par les P.E.D.<sup>2</sup>

Ces résolutions bien qu'importantes pour les P.E.D. n'ont pas eu la portée voulue en raison de la démarche prudente tenue par les Pays développés ; tout en considérant positivement ces résolutions, ils ont admis des clauses échappatoires ce qui les a considérablement affaiblies<sup>3</sup>.

C'est dans le cadre de la C.N.U.C.E.D.<sup>4</sup> que les P.E.D ont préféré continuer leur démarche d'établir « un statut juridique qui leur soit applicable et qui ne soit plus conçu sous une forme dérogatoire »<sup>5</sup>

En conséquence, la C.N.U.C.E.D a joué un rôle déterminant dans la réorientation des intérêts économiques des P.E.D et dans le revirement doctrinal du G.A.T.T grâce aux débats et aux délibérations qui se sont déroulés en son sein.

C'est lors de sa première réunion qui s'est tenue à Genève en 1964 qu'une importante déclaration a été faite par le secrétaire général de la C.N.U.C.E.D, Mr Raoul Prebisch, comme suit :

<sup>1</sup> Textes juridiques sur le site internet de l'O.M.C., *op.cit.*

<sup>2</sup> H. CASSAN, G.FEUER, *Droit international du développement*, Dalloz, 1991, p. 489.

<sup>3</sup> M.L. M'RINI, *De la Havane à Doha : Bilan juridique et commercial de l'intégration des PED dans le système commercial multilatéral*, les presses de l'Université Laval, 2005, pp. 116-117. ; Pour le rapport V. document du GATT, IBDD, S/12, juin 1964.

<sup>4</sup> La conférence des nations unies sur le commerce et le développement est un Organe subsidiaire de l'assemblée générale de l'O.N.U, créé par 77 P.E.D, comme un contre poids au pouvoir du GATT, et présenter les idées du tiers monde ; B. BENAMAR, *La CNUCED Et le nouvel ordre économique international*, OPU ENAL, 1987 ; C.A COLLIARD, L. DUBOUIS, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 10ème édition, 1995, pp. 429-438.

<sup>5</sup> Th. FLORY, *Le GATT, droit international et commerce mondial*, Paris, L.G.D.J. , 1968, p. 174.

« ... Si valable que soit le principe de la nation la plus favorisée, dans les relations commerciales entre égaux, ce n'est pas là un concept acceptable et adéquat pour un commerce entre pays de puissance économique inégale »<sup>1</sup>

C'est ainsi que le principe de l'inégalité compensatrice a été soulevé et que la nécessité d'établir un lien entre le commerce et le développement s'est fait imposer « non pas dans une perspective globale comme c'est l'objectif premier de l'accord général, mais de façon différencié pour que le commerce devienne un moyen de promouvoir plus particulièrement le développement »<sup>2</sup>

C'est au cours de la première C.N.U.C.E.D que le principe N.P.F a été remis en question et où les P.E.D. ont exprimé clairement le besoin de modifier les règles de réciprocité afin de tenir compte de l'inégalité économique. Mais, comme la C.N.U.C.E.D n'a pas de pouvoir de décision tangible pour mettre en application les revendications des P.E.D, ces derniers devaient négocier au sein du G.A.T.T, qui de par leur nombre et leur unité ont conduit ce dernier à modérer ses règles.

Le premier pas de ce mouvement a été la modification la plus substantielle du GATT 1947 par l'introduction de la partie IV spécifiquement consacrée au « commerce et le développement » qui a été adoptée le 26 novembre 1964 et entrée officiellement en vigueur le 27 juin 1966<sup>3</sup>.

## **B- Le contenu de la partie IV**

La partie IV comprend trois articles : 36, 37, 38 qui fixent les principes à faire valoir et les objectifs à atteindre.

L'objectif principal de la partie IV est l'élaboration d'un régime spécial qui permet de promouvoir le commerce des pays peu développés et d'élargir les débouchés ouverts à leurs produits sur les marchés mondiaux<sup>4</sup>. C'est ce qui est énoncé expressément à l'article 36 de la partie IV intitulé « principes et objectifs » qui souligne la nécessité d'efforts positifs pour faciliter l'accès aux marchés mondiaux des produits primaires, transformés et manufacturés présentant un intérêt particulier pour les PED »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> R. PRÉBISCH, Vers une nouvelle politique commerciale en vue du développement économique, rapport du secrétaire général de la CNUCED, nations unies, Paris, 1964, p. 05.

<sup>2</sup> O.LONG, *Place du droit dans le système commercial du GATT*, 1983, 9, RCADI, p. 110.

<sup>3</sup> L.ESKENAZI, *Les PED et les Etats en transition vers l'économie de marché*, in droit de l'économie internationale, Paris, Pedone, 2004, p. 505.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 506.

<sup>5</sup> GATT, protocole modifiant l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce par l'insertion d'une partie IV relative au commerce et au développement, B, Ad, art 36, IBDD, S/13, juillet 1965, document consultable sur le site internet de l'OMC, *op.cit.*

Pour se faire, les articles 37 et 38 incitent les pays développés à prendre des engagements à titre individuel, visant à réduire les obstacles aux exportations présentant un intérêt pour les P.E.D, et des engagements collectifs qui se manifestent d'une part, dans la conclusion d'arrangements internationaux sur les produits de base dont, souvent, dépendent les P.E.D. et d'autre part, dans « la collaboration en matière de conseil pour procéder périodiquement à l'examen de la situation du commerce mondial, rechercher les méthodes pratiques en vue d'accroître l'échange mondial dans le sens des objectifs tracés par l'article 36 et analyser les plans de développement des PED »<sup>1</sup>

Par ailleurs, afin d'assurer l'application de la partie IV, l'article 38 § 2 F, prévoit la création d'un organe permanent appelé « comité du commerce et du développement » chargé de suivre l'application des dispositions de cette partie IV en même temps que toutes les activités du G.A.T.T en veillant à ce que les problèmes des P.E.D retiennent l'attention en priorité<sup>2</sup>.

Selon B.Stern, l'adoption de la partie IV a permis au commerce international de franchir une étape importante vers un certain rééquilibrage des relations économiques internationales.<sup>3</sup> Cette position est également soutenue par Feuer et Cassan qui affirment que la partie IV du G.A.T.T, à savoir les articles 36, 37, 38 donne une base contractuelle et légale à l'action des parties contractantes en matière de développement<sup>4</sup>.

Ce qui est exact, car c'est pour la première fois depuis la création du G.A.T.T, qu'un cadre juridique et institutionnel a été élaboré dans l'optique de permettre aux parties contractantes de s'acquitter de leurs responsabilités dans le domaine de l'expansion des échanges des pays peu développés.

Pour finir, on peut relever que l'approche de cette nouvelle partie renoue avec l'idéologie de la charte de la Havane, en ce qui est de la soumission des politiques et pratiques commerciales et économiques à l'impératif social de l'amélioration du niveau de vie<sup>5</sup>. Cela implique la remise en cause de la clé de voute qu'est la clause de la nation la plus favorisée.

La portée de la partie IV ne peut être perçue, réellement, qu'au travers de l'examen de ses effets, qu'en abordera comme suit.

<sup>1</sup> T.FLORY, *Le GATT, le commerce...*, op. cit., p. 180.

<sup>2</sup> M.L.M'RINI, op. cit., pp. 119-120.

<sup>3</sup> B.STERN, *un nouvel ordre économique international ?*, paris, Economica, 1983, p. 31.

<sup>4</sup> H.CASSAN, G.FUERE, op. cit., p. 491. Voir aussi O. Long, op. cit., p.120.

<sup>5</sup> V. préambule de la charte de la Havane, disponible sur le site internet de l'OMC, op.cit ; voir aussi, M.L.M'rini, op.cit.

## II - Les conséquences de la partie IV : l'apport juridique

En adoptant la partie IV, les pays contractants du G.A.T.T ont dû faire une considérable concession sur l'application du principe de la nation la plus favorisée, clé de voute de l'accord général, en reconnaissant la nécessité d'appliquer le principe de non réciprocité dans les relations commerciales avec les pays peu développés.

Le principe de non réciprocité, concrétise ainsi au plan juridique, l'introduction du concept de la dualité des normes tant revendiqué par les P.E.D (A), mais sur le plan pratique, la mise en œuvre des dispositions de la partie IV n'a pas reçu l'application souhaitée en raison de leur faible portée juridique (B).

### A - L'introduction de la dualité des normes

A l'égard de l'ensemble des règles constituant l'accord général, la partie IV apparaît, certes, comme un assouplissement des règles du G.A.T.T mais surtout comme un contrecourant des principes sur lesquels se fonde cet accord.

Rappelons que pour régir les échanges commerciaux multilatéraux, le commerce international repose sur un principe fondamental qui est celui « de la non discrimination » qui exige un traitement similaire entre les partenaires commerciaux dans le but d'assurer une concurrence équitable. Cette exigence de non discrimination est prévue par les articles 01 et 03 de l'Accord général qui posent le Principe de la N.P.F. et le traitement national :

**Le principe de la nation la plus favorisée**, impose l'obligation d'étendre les avantages accordés à un membre à tous les autres, ce qui exclut la possibilité de traitements préférentiels ou de rapports bilatéraux discriminatoires.

**Le traitement national**, conduit à l'interdiction de réserver un traitement moins favorable aux produits étrangers par rapport aux produits nationaux notamment en matière d'imposition et de règlement intérieur<sup>1</sup>.

Avec l'adoption de la partie IV, les parties contractantes au G.A.T.T ont renoncé à l'application du principe de non discrimination aux échanges commerciaux entre pays ayant un niveau de développement différent.

L'originalité de la partie IV réside dans l'introduction du « principe de non réciprocité » énoncé dans le §8 de l'article 36<sup>2</sup> qui permet d'appliquer des mesures discriminatoires dans les relations commerciales qui lient les pays développés et les pays en développement.

<sup>1</sup> Sur la clause de la nation la plus favorisée, Voir la thèse, E. SAUVIGNON, La clause de la nation la plus favorisée, presse universitaire de Grenoble, 1972.

<sup>2</sup> Protocole modifiant l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce par l'insertion d'une partie IV relative au commerce et au développement, B, Ad, art 36 § 8, IBDD, S/13, juillet 1965 P 9, disponible sur le site internet de l'OMC, *op.cit.*



Selon Les dispositions de cet article les pays en développement ne sont pas tenus de faire des concessions en échange d'avantages offerts par les pays développés en matière de réduction ou d'élimination des droits de douane et autres obligations au commerce qui seraient incompatibles avec les besoins de leur développement, de leurs finances et de leur commerce.<sup>1</sup>

Cette réforme est venue perturber l'unité de la réglementation en vigueur au G.A.T.T, parce qu'elle concrétise, au plan juridique, le concept de « la dualité des normes » qui reconnaît le traitement différentiel dans les relations commerciales selon le niveau de développement atteint.<sup>2</sup>

**La dualité des normes** est une théorie qui signifie l'existence de deux régimes juridiques distincts, le premier, l'originel, qui devrait s'appliquer dans les relations commerciales entre deux partenaires économiques de niveau de développement plus ou moins égal, et le second édicté par la partie IV concerne les échanges commerciaux entre les pays développés et les pays en développement.

Il ressort donc, de la lecture des articles 36, 37 et 38 que toute décision prise dans le cadre du G .A.T.T doit prendre en considération les intérêts commerciaux présent et à venir des P.E.D. et par ailleurs, en cas de litige toute interprétation des dispositions du G.A.T.T devrait se faire dans cette optique<sup>3</sup>.

Ce qui conduit à se poser la question de savoir si la partie IV et plus particulièrement le paragraphe 8 de l'article 36, constitue une dérogation au principe fondamental de l'accord général qu'est celui de la réciprocité des concessions ?

Selon la Doctrine, pour H.Cassan et G.Feuer

« L'originalité de l'introduction de la règle de la non réciprocité est dans le fait qu'elle est en contradiction avec les principes fondamentaux du G.A.T.T. qui repose sur la non discrimination. Toutefois, cette contradiction n'est qu'apparente et elle se résout par l'application de la dualité des normes »<sup>4</sup>

Donc, la C.N.P.F garde toujours son importance dans les relations commerciales multilatérales et n'est pas pour autant atteinte. « Cette forme de non réciprocité n'est pas incompatible avec un respect général de la non discrimination dans la mesure où la partie IV n'a pas elle-même autorisée l'application de traitements préférentiels ; un pays développé ne pouvait pas privilégier un P.E.D. parmi d'autre et d'autre part, l'avantage accordé à un pays en

<sup>1</sup> Th.FLORY, *op.cit.* p. 186.

<sup>2</sup> L.ESKINAZI, *op.cit.*, pp. 505 et s.

<sup>3</sup> M.L.M'RINI, *op. cit.*, p. 149.

<sup>4</sup> H.CASSAN et G.FEUER, *op.cit.*, p. 491.

développement devait être accordé également à l'ensemble des pays développés, la CNPF continuait donc à s'appliquer»<sup>1</sup>

Ainsi, La partie IV ne constitue pas une dérogation à la clause N.P.F. en raison de l'acceptation limitée de la dualité des normes car à l'époque le concept de préférence pour les P.E.D. est inconcevable<sup>2</sup>.

### **B- La partie IV : Une réglementation à faible portée juridique**

Il est à reconnaître que la partie IV représente une phase importante dans l'évolution du statut juridique des P.E.D dans le GATT/OMC, mais elle n'a pas pour autant convenue aux parties contractantes en développement.

Malgré l'importance que véhicule l'adoption de la partie IV, elle n'a pas réalisé les effets escomptés et ce pour des raisons qui tiennent d'une part, à la formulation des dispositions et d'autre part, à l'absence de toute force obligatoire qui contraint les parties contractantes à les appliquer.

Pour ce qui est de la formulation de la partie IV, cette dernière a privilégié des formulations générales et sans précision qui apparaît clairement à la lecture des articles formant cette partie : exemple, quand le §1 de l'article 37 exhorte les parties contractantes développés de donner effet aux dispositions relatives aux engagements individuels « dans la mesure du possible sauf lorsque les empêcheraient des raisons impérieuses comprenant éventuellement des raisons d'ordre juridique ».

Ou encore, lorsque l'article 38 : 2 a) invite les pays développés d'agir « dans les cas appropriés afin d'assurer des conditions meilleures d'accès aux marchés mondiaux pour les produits primaires qui présentent un intérêt pour les parties contractantes peu développés », sans donner de précisions sur ce qui peut être de l'ordre du possible ou de ce qui ne l'est pas et sans définir les cas appropriés qui pourraient faciliter l'accès des produits des P.E.D. aux marchés des pays développés, ceci attribue à cette partie un caractère lacunaire et ambigu qui laisse aux pays développés une grande marge d'appréciation qui privilégiera, nul doute, les intérêts de ces pays développés.

Cette liberté mise à la disposition des pays développés est consolidée par l'absence de formulations obligatoires qui offrent à ces pays une porte de sortie pour motiver la non exécution des dispositions de la partie IV<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> E.ESKÉNAZI, *op.cit.*, p. 506.

<sup>2</sup> T.BÉRANGERE, *op.cit.*, p. 19.

<sup>3</sup> D. CARREAU, P.JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 2007, p.244.

Ainsi, la partie IV est considérée comme une promesse très souple qui permet aux pays développés de donner effet à ces dispositions que dans la mesure du possible<sup>1</sup>.

Par ailleurs, l'efficacité de la partie IV a été mise en doute par la jurisprudence dans bien des cas : « ... dans le différend qui a opposé la C.E.E. au Chili relatif à l'importation des pommes Chiliennes, où Le groupe spécial chargé de résoudre le différend n'a pas suivi les allégations du Chili qui a reproché à la C.E.E., de ne pas faire un effort conscient et résolu pour assurer au Chili une part de la croissance du commerce international des pommes qui corresponde aux nécessités de son développement économique et qu'elle n'a pas assuré pour ces produits...des conditions favorables et acceptables d'accès aux marchés mondiaux, comme le stipule l'art 36... »<sup>2</sup>

Dans cette affaire, le groupe spécial n'a pas jugé nécessaire de poursuivre l'examen de la question au titre de l'article 37 et a préféré adopter les avances de la C.E.E. qui a rapporté qu'elle ne pouvait renoncer à ses obligations souscrites au titre de la partie I et II de l'accord général.

La position du panel permet de dire qu'il existe deux types d'obligations ; des obligations principales correspondant à celles édictées dans les trois premières parties de l'accord général et des obligations subsidiaires énoncées dans la partie IV<sup>3</sup>.

Le caractère subsidiaire des dispositions de la partie IV a forcément une relation avec l'absence de force obligatoire formelle qui découle de la nature conventionnelle de cette partie<sup>4</sup>.

C'est pourquoi dès le début du Tokyo round en 1973, les P.E.D. ont demandé à réformer le système juridique du G.A.T.T. conformément à leurs besoins de développement financiers et commerciaux et ce en revendiquant la légalisation permanente du statut préférentiel à leur profit.

#### - **L'émergence d'un statut juridique permanent en faveur des P.E.D**

L'évolution du statut juridique des P.E.D. ne se limite pas seulement à l'adoption de la partie IV. Le Tokyo round constitue un tournant décisif dans l'intégration progressive des P.E.D. au système commercial multilatéral dans la mesure où les négociateurs à ce round ont

<sup>1</sup> G. FEUER, *Les principes fondamentaux dans le droit international du développement*, in colloque d'Aix-en-Provence, SFDI, Paris, Pédone, 1974, p. 228. ; Voir aussi. Thèse, J.LEBULLENGER, *Les systèmes de préférences tarifaires* (contribution au N.O.E.I), Université de Rennes I, 1980, p. 27.

<sup>2</sup> GATT, CEE-restrictions à l'importation de pommes de tables- plainte du Chili ; rapport du groupe spécial adopté le 22 juin 1989 (L/6491), IBDD, S/36, juillet 1990 note 93 § 8.4, p. 129.

<sup>3</sup> Cette position a été confirmée aussi dans l'affaire qui a opposé les Etats unis au Nicaragua à propos de la réduction du contingent de sucre par les Etats unis pour des considérations de politique extérieure et de sécurité. V. GATT, Etats Unis – importation du sucre en provenance de Nicaragua. Rapport du groupe spécial adopté le 13 mars 1984 (L/5607), IBDD, S/31, mars 1985, p. 81.

<sup>4</sup> M.L.M'RINI, *op.cit.*, p 159.

réussi à élaborer un texte juridique intitulé « traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement »<sup>1</sup>.

Cette décision est en soit un évènement historique dans les relations commerciales internationales, car il fait du traitement préférentiel en faveur des P.E.D. un élément légal et permanent du système commercial mondial<sup>2</sup> (I)

Néanmoins, ce statut juridique qui s'intègre dans un système établi à la base pour le commerce des pays développés va connaître une application limitée (II)

### **I - Le Traitement Spécial et Différencié, un tournant décisif dans l'intégration progressive des P.E.D au système commercial multilatéral.**

Certes, l'apport juridique le plus considérable de la partie IV est l'introduction du principe de la non réciprocité mais comme il s'agit de dispositions générales et d'engagements vagues et flous, n'ayant pas de pouvoir contraignant, elle ne pouvait constituer une base juridique solide sur laquelle les P.E.D. peuvent se fonder. Déçus, ces pays n'ont cessé de revendiquer la possibilité de bénéficier de traitement préférentiel en plus du principe de non réciprocité<sup>3</sup>.

Un système préférentiel plus concret fut adopté par le G.A.T.T. qu'est le système généralisé de préférence qui marque ainsi une autre étape dans l'évolution de l'intégration des P.E.D. dans le GATT/OMC.

A la différence du principe de non réciprocité reconnue dans la partie IV, et qui consiste à ce que les pays développés s'engagent simplement à ne pas recevoir de réciprocité de la part des pays en développement, le concept de préférence a, quant à lui, une portée positive puisque selon ce concept les pays développés accordent un certain nombre d'avantages aux P.E.D. ou seulement à quelques-uns d'entre eux<sup>4</sup>.

Mais, comme il s'agit d'un système dérogatoire, il fallait trouver une base juridique plus solide et c'est ce qui a été réalisée avec l'adoption de la décision intitulée « traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement » qui sera partie intégrante dans le système du G.A.T.T<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> D. CARREAU, *Les négociations commerciales multilatérales au sein du G.A.T.T. : le Tokyo round (1973-1979)*, cahier de droit européen, 1980, pp 145 et s ; Voir aussi « rapport du D.G. du GATT sur les négociations commerciales du Tokyo round », Genève, Avril 1979.

<sup>2</sup> J. LEBULLENGERE, *Le système de préférences généralisées...*, op. cit. , pp. 746-747.

<sup>3</sup> D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, op.cit., p. 244.

<sup>4</sup> P. B.MAURAU, *La participation du tiers monde...*, op. cit. , p. 164.

<sup>5</sup> Abdulquawi A. Yusuf."Differential and more favorable Treatment: The Gatt Enabling Clause", JWT law. Vol 14 N° 6, nov, Dec, 1980, pp. 488 et s

## A- Le Système Généralisé de Préférence

C'est au sein du groupe des 77 lors de leur réunion tenue à Alger en 1967, qu'a été lancé l'idée du principe de préférences commerciales généralisées en faveur des P.E.D.<sup>1</sup>, et a été affirmé, la non amélioration de la situation en ce qui concerne l'assouplissement des restrictions contingentaires applicables aux produits industriels provenant des PED et de là, la nécessité de définir les principes d'un système général de préférences devant favoriser l'expansion de leurs exportations .

C'est au cours de la 2ème conférence des nations unies sur le commerce et le développement (C.N.U.C.E.D.) qui a eu lieu à New Delhi en février-mars 1968, que fut adopté à l'unanimité à travers la résolution 21 II, le système de préférence généralisé par abréviation (S.G.P.)

Ses objectifs visent à accroître les revenus que les P.E.D. pourraient tirer du commerce international, de faciliter leur industrialisation et par là d'accélérer leur croissance<sup>2</sup>

Les grandes lignes de ce système de préférence ont été précisées en 1970, pour être consacré par la suite par le G.A.T.T. le 25 juin 1971 par une décision accordant une dérogation générale pour l'entrée en vigueur du système.<sup>3</sup>

Par la résolution du 21 II, les pays développés s'engagent à appliquer une suspension totale ou partielle des droits de douane applicables aux importations des P.E.D. bénéficiaires du système pour un ensemble déterminé de produits manufacturés et agricoles et cela pour une durée de dix ans<sup>4</sup>.

Les PMA bénéficient d'un traitement plus avantageux puisqu'ils sont concernés par une plus large gamme de produits ainsi que de réductions tarifaires plus importantes.<sup>5</sup>

Mais, les pays développés n'ont pas voulu faire des préférences commerciales un système contraignant, ni lui accorder une base juridique légale ; attachés au principe fondamental du G.A.T.T. qu'est la C.N.P.F., les parties contractantes donneurs ont décidé d'autoriser l'octroi

<sup>1</sup> Charte d'Alger, 24 octobre 1967, le but de cette réunion est d'harmoniser leurs positions en vue de la CNUCED II « new Delhi 1968»

<sup>2</sup> sur le S.G.P. Voir, Georges et Anne MERLOZ, Le système généralisé des préférences en faveur des pays en voie de développement , revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 1976, pp. 801-842 ; CNUCED, examen d'ensemble du système généralisé des préférences ; TD/B/C-5/63 du 9 avril 1979.

<sup>3</sup> D .CARREAU, *Les négociations commerciales multilatérales au sein du GATT : « le Tokyo round»(1973-1979)* , *Op.cit.* , pp. 165 ; voir aussi, L.ESKENAZI, *op.cit.* , p. 506.

<sup>4</sup> J. LEBBULENGER, *Le système communautaire de préférences tarifaires généralisées (SPG)*, J.C.P- Europe traité, 3- 2007, Fasc. 2350, p 3.

<sup>5</sup> Voir document de la CNUCED sur le S.G.P., UNCTAD/TAP/133/Rev.7, février 1999, document disponible sur le site internet de la CNUCED, <http://www.unctad.org>

d'un traitement préférentiel aux produits originaires des P.E.D, sur une base dérogatoire aux titre de l'article 25 § 5 de l'accord général.

Selon cet art, la dérogation doit être accordée par une majorité des deux tiers des votes émis et comprendre plus de la moitié des parties contractantes. Cette exigence rend difficile la mise en application de cette dérogation. De plus, elle est un cas particulier parce qu'elle ne concerne que le ou les pays autorisé (s) et son caractère est purement exceptionnel<sup>1</sup>.

Il est à souligner que l'application du S.G.P. est laissé à la discrétion des parties contractantes développés qui pourraient ainsi, choisir les Etats bénéficiaires<sup>2</sup> et même retirer ces préférences en tout ou en partie puisqu'il s'agit d'actes unilatéraux des pays donneurs.

Le caractère dérogatoire temporaire et non contraignant du S.G.P. a affaibli sa portée et a réduit considérablement son application, ceci laisse entendre clairement la volonté des pays industrialisés donneurs de préférence à limiter la mise en œuvre du S.G.P.<sup>3</sup>

Aussi, depuis la mise en œuvre des premiers S.G.P., les pays membres du groupe des 77 ne cessent de réclamer la reconnaissance juridique de plein droit des préférences comme moyen de promouvoir leur commerce d'exportation et de leur développement économique.

Pour ces pays le but était « d'introduire très nettement des aspects qui ont été considérés jusqu'à présent comme de nature conceptuelle en vue de leur conférer la valeur juridique nécessaire pour qu'ils servent de base et de soutien aux actions concrètes qui ont pour objet d'accorder un traitement différencié et plus favorable aux P.E.D. »<sup>4</sup>

Autrement dit, pour les P.E.D. il fallait intégrer dans l'accord général un statut légal et permanent qui reconnaît la licéité des traitements préférentiels en faveur des P.E.D. sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une dérogation à la C.N.P.F.

Il fallait attendre l'année 1979, au cours des négociations du Tokyo round, pour que les traitements préférentiels soient légalisés avec l'adoption d'une décision intitulée « traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des P.E.D ».

<sup>1</sup> A. PRASIT, *Le GATT et les pays en voie de développement dans le cadre du Tokyo round*, Thèse, 1984, p. 59

<sup>2</sup> La détermination des pays bénéficiaires est fondée sur le principe de l'auto-élection, c'est-à-dire que les préférences sont accordées aux pays qui se déclarent eux-mêmes en développement

<sup>3</sup> J.LEBULLENGER, *Le système de préférences généralisés ...*, *op.cit.*, pp. 43.

<sup>4</sup> Déclaration faite par le représentant du Mexique aux réunions du groupe « cadre juridique » des N.C.M., tenues les 30 juin et 1<sup>er</sup> juillet 1977, Doc, M.T.N./F.R./W/14 du 13 octobre 1977, p. 2.

## **B - Le traitement spécial et différencié, participation plus complète des P.E.D.**

Un des résultats les plus importants des négociations du Tokyo round est l'adoption par consensus des parties contractantes, le 28 novembre 1979, d'une décision intitulée « Le traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des PED » Il s'agit de l'une des principales décisions relatives à la réforme du cadre juridique du commerce des P.E.D.

Cette décision comprend deux parties que la terminologie du G.A.T.T. désigne par les expressions de « clause d'habilitation » et « clause évolutive »

### **1- La Clause d'habilitation ou l'officialisation des préférences**

Avec cette décision, les avantages commerciaux accordés en faveur des P.E.D. sont, désormais, licites et de plein droit ; en effet, rappelons qu'avant l'adoption de cette décision les préférences commerciales octroyées aux P.E.D. n'étaient pas licites au regard de l'accord général dans la mesure où elles étaient contraires aux recommandations de l'art 1 de l'accord général concernant la clause de la nation la plus favorisée.

Désormais, le recours aux procédures de dérogations au titre de l'article 25 n'est plus un impératif pour la validation des préférences commerciales accordées aux P.E.D.<sup>1</sup> Car, cette décision offre une base juridique et permanente non seulement aux préférences commerciales accordées aux P.E.D. par les pays développés au titre du S.G.P., mais aussi aux traitements différenciés et préférentiels accordés dans le cadre des mesures non tarifaires négociées au sein du G.A.T.T. et aux préférences que les P.E.D. s'accordent entre eux, de plus cette décision accorde une attention particulière aux P.M.A. en identifiant ces pays comme une catégorie distincte des parties du G.A.T.T. méritant un traitement plus favorable que les autres pays en développement.<sup>2</sup>

Ainsi, **la clause d'habilitation** peut être définie comme suit : « expression d'usage courant désignant le principe consacré dans la décision adoptée le 28 novembre 1979 par les parties contractantes du GATT à l'issue du Tokyo round, selon laquelle les P.E.D. sont habilités à bénéficier de plein droit d'un traitement différencié et plus favorable, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une dérogation à l'art 1 de l'accord général, conformément à la procédure de l'art 25§5 »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> D. CARREAU, *Les négociations commerciales...*, *op.cit.*, p. 164.

<sup>2</sup> Voir Décision du 28 novembre 1979, sur le site internet de l'OMC, *op.cit.*

<sup>3</sup> Dictionnaire de droit international public, sous la direction de Jean Salmon, Bruylant, 2001 ; Voir aussi, M.F.VALETTE, *La résurgence des dissonances nord-sud relative à la clause d'habilitation*, RBDI, 2005, pp. 635-636.

Ce qui implique, la licéité du traitement préférentiel en faveur des P.E.D. dans l'ordre juridique du G.A.T.T., et par voie de conséquence conforte et enrichit la dualité des normes.<sup>1</sup>

Ce revirement doctrinal de l'accord général est sans conteste le plus important pour les P.E.D. puisque pour la première fois dans l'histoire du G.A.T.T., les préférences commerciales accordées en raison du degré de développement avaient trouvé une assise légale dans l'ordre juridique de cette institution.

Toutefois, il faut savoir que l'introduction du traitement de faveur accordé aux P.E.D. est liée à l'application d'un autre principe qui figure dans le deuxième volet de la décision du 28 novembre 1979 et qui consiste en « la réciprocité et participation plus complète des P.E.D. » dite « clause évolutive » du G.A.T.T.

Ainsi, la réciprocité surgit comme une balise ou un rappel fait aux parties contractantes du G.A.T.T., que la réciprocité demeure le principe de base qui régit les relations commerciales entre les Etats.

## 2- La clause évolutive ou le prix du compromis

La clause évolutive, ou « clause de gradation ou graduelle » ou encore « principe de l'application graduée », sont des dénominations données à la notion de « la réciprocité et participation plus complète des P.E.D. » qui traduit l'aspect transitoire de la clause d'habilitation ; les pays développés ont toujours refusé de considérer les problèmes liés au développement comme une donnée homogène et permanente<sup>2</sup> C'est pourquoi, elle invite les P.E.D. bénéficiaires de traitement préférentiel à se conformer aux règles et disciplines générales du G.A.T.T.

Cette clause trouve son fondement juridique dans le § 7 de la décision du 28 novembre 1979 qui prévoit le retour graduel des P.E.D. au respect des obligations de droit commun de l'accord général, à savoir la C.N.P.F., au fur et à mesure que leur situation économique s'améliore<sup>3</sup>.

Selon les pays développés dispensateurs de préférences commerciales, le retour au respect des règles de base du G.A.T.T. trouve son explication dans la notion d'équité et celle du bon sens ; ces pays estiment qu'il n'est plus indispensable d'accorder des préférences commerciales à des pays qui ont atteint un certain niveau de développement et sont devenus ainsi compétitifs

<sup>1</sup> A. BENHAMOU, *A propos de l'avenir du droit international de développement*, ouvrages collectif sur une décennie de relations internationales 1990 – 2000, publication du centre de documentation et de recherche administrative, Alger, 2001, p. 226

<sup>2</sup> M-F. VALETTE, *La résurgence des dissonances...*, *op. cit.*, R.B.D.I. 2005/1- 2, p. 650

<sup>3</sup> A. BENHAMOU, *op.cit.*, p. 228. ; Le § 7 stipule que « les parties contractantes peu développés s'attendent que leur capacité d'apporter des contributions ou d'accorder des concessions négociées ou d'entreprendre toute action mutuellement convenue, dans le cadre des dispositions et des procédures de l'accord général s'améliorerait avec le développement progressif de leurs économies et l'amélioration de leur situation commerciale, et elles s'attendraient, en conséquence, à prendre plus pleinement leur part dans l'ensemble des droits et obligations découlant de l'accord général », Voir, OMC, textes juridiques, *op.cit.*



ce qui conviendrait par voie de conséquence à ces pays de participer au commerce international conformément aux règles originelles du G.A.T.T. qui sont régies par le principe de la nation la plus favorisée<sup>1</sup>.

Ainsi, la clause évolutive paraît être comme la contrepartie de la clause d'habilitation, ce qui permet de dire que le traitement différencié accordé aux P.E.D. n'est pas permanent et c'est ce qui ressort des écrits d'Olivier long :

*« Le traitement différencié des P.V.D. n'est pas une fin en soi. C'est un moyen de faciliter leur développement économique. Il est, en effet, permis d'espérer qu'avec le temps les efforts de ces pays et les moyens de toutes sortes...mis en œuvre pour les aider produiront les résultats qu'on en attend, à savoir le développement de leur économie et l'amélioration de leur situation commerciale »<sup>2</sup>*

A cet effet, La question posée est celle de savoir en quoi consiste « la participation plus complète des P.E.D » ?

Selon Mr Olivier Long, l' ex- directeur du G.A.T.T. cette participation des P.E.D. peut être effectuée par « l'octroi des concessions au cours des négociations qui se déroulent dans le cadre du GATT, renoncer à certains aspects du traitement spécial et différencié dont ils bénéficient soit sur la base de dispositions juridiques, soit de facto par l'assouplissement des règles qui est toléré en leur faveur par les parties contractantes <sup>3</sup>»

Autrement dit, les P.E.D. qui ont pu faire décoller leur économie, peuvent par exemple réduire ou supprimer les mesures qui affectent leurs importations, baisser leurs tarifs, ou encore se conformer aux règles multilatérales concernant les subventions, les mesures de sauvegardes, des normes techniques...etc.

Il est vrai que le bon sens veut que ces concessions de la part des P.E.D.avancés soient la contre -partie des concessions antérieures des pays développés afin que ces derniers puissent en retours bénéficier des résultats de la croissance économique atteint par les P.E.D.grâce aux préférences commerciales.

Par ailleurs, Joël Lebullenger, suscite l'attention lorsqu'il dit que :

*« ...la clause du retour graduelle, n'est sans doute pas entièrement dénuée d'arrière pensée de nature défensive. En prévoyant de soumettre graduellement les PVD en voie d'industrialisations aux « lois » communes de l'accord général, les parties contractantes*

<sup>1</sup> J. LEBULLENGER, *La portée des nouvelles règles du GATT en faveur des parties contractantes en voie de développement*, RGDIP, 1982, 1-2, p. 292.

<sup>2</sup> O. LONG, *op.cit.*, p. 112

<sup>3</sup> *Idem.*, p. 124

*développées du GATT disposeront en effet de moyens juridiques accrus pour contrer dans leur marché la pression concurrentielle exercée par certains pays membres du groupe des 77 »<sup>1</sup>*

En effet, il est fort probable que les préférences commerciales accordées aux P.E.D. peuvent les aider à développer leur économie et à devenir des partenaires économiques aptes d'offrir des contreparties égales aux engagements consentis par leurs partenaires développés conformément au principe d'égalité des droits et des obligations sur lequel se fonde le système commercial du G.A.T.T, ceci pourrait leur offrir les moyens d'exercer une influence sur les politiques commerciales de ses partenaires<sup>2</sup>. Mais, il est à souligner que l'application de la clause d'habilitation ainsi que la clause évolutive, rencontre des difficultés relatives à l'imprécision et l'absence de définitions des critères et modalités de son application.

## **II - La décision de 1979 sur le Traitement Spécial et Différencié : Un système juridique limité**

Certes, la reconnaissance juridique des préférences commerciales accordées aux P.E.D. marque une avancée théorique indéniable pour l'intégration de ces pays dans le commerce multilatéral. Seulement, ces derniers ont vite constaté que le régime juridique tel qu'il leur a été réservé dans le cadre du G.A.T.T, ne peut garantir leur intégration au commerce mondial ; le caractère précaire des règles juridiques qu'ils leurs sont favorables et l'inefficacité quant à leur mise en application, limite fortement la portée de la décision du 28 novembre 1979.

### **A - une efficience incertaine**

Comme le titre de la décision « traitement différencié et plus favorable » l'indique, les préférences commerciales sont accordées de façon différenciée sans pouvoir s'étendre automatiquement à l'ensemble des P.E.D. cette approche est renforcée par la clause évolutive qui prévoit l'extinction graduelle du traitement préférentiel à l'égard du pays en développement le plus avancé autrement dit, les préférences commerciales seront accordées ou retirées à certains bénéficiaires sans que les autres P.E.D. soient concernés. Ce qui incite à se demander quels sont les bénéficiaires des préférences commerciales ?

Il est à remarquer, que la décision de 1979 n'apporte aucune réponse précise sur cette question, et ne fixe aucun critère pouvant orienter et harmoniser la pratique des pays donneurs en matière d'application différencié des préférences commerciales, ce qui a conduit ces pays à se référer à la méthode de « l'auto sélection » qui permet aux pays bénéficiaires de se proclamer pays en développement<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> J.LEBULLENGER, *Le système de préférences...*, op.cit., p. 767

<sup>2</sup> Emmanuel Camara, *Les pays en développement face au GATT : Du Tokyo Round à nos jours*, thèse Université Paris X – Nanterre, 1986, p. 311

<sup>3</sup> J. LEBULLENGER, op. cit., pp. 774, 777.

Mais il faut savoir aussi, «qu'en matière de droit international, la prétention qui a été émise par chaque Etat doit faire l'objet d'une reconnaissance de la part de ceux à qui on veut l'opposer»<sup>1</sup> ce qui permet ainsi, aux pays donateurs de rediscuter d'une manière unilatérale le choix de certains bénéficiaires.

Pour les P.E.D, cette situation risque de disséquer l'unicité du groupe en introduisant une discrimination entre eux ; en effet, l'absence de critères objectifs, notamment en matière du S.G.P., permet aux pays donateurs de préférences de prendre des décisions arbitraires et aléatoires qui peuvent être en contradiction avec l'objectif de développement économique des P.E.D.

Concernant la clause évolutive, Monsieur T. Flory a fait remarquer que « pour qu'une telle clause puisse réellement prendre corps dans le système commercial international, ses modalités d'application devront être définies et précisées »<sup>2</sup>

Ainsi, on pourrait se demander si l'absence de définition de critères d'application de la clause d'habilitation et de la clause évolutive, n'est qu'une interprétation de la profonde divergence des intérêts qui opposent pays développés et pays en développement.

Selon Marie-Françoise Valette l'absence de critères rigoureux pour définir les bénéficiaires potentiels à pu être interprétée comme une façon d'éviter de reconnaître un véritable droit au bénéfice d'un traitement différencié et qu'en l'occurrence l'application de la clause graduel qui se trouve ainsi mal encadrée, risque un véritable glissement de la différenciation à la discrimination<sup>3</sup>

### **B - Le traitement différencié et plus favorable : Une mise en œuvre incertaine**

Contrairement aux vœux des P.E.D. de faire de la décision sur le traitement différencié et plus favorable une clause impérative à la charge des P.D,<sup>4</sup> il n'a été prévue aucune obligation qui contraindrait les parties contractantes développés, dans les limites du champ d'application de la clause d'habilitation, d'octroyer des préférences aux parties contractantes en développement, c'est ce qui a été exprimé par les négociateurs, lors du Tokyo round, qui ont

<sup>1</sup> V.VIRALLY, Débats, in colloque de la S.F.D.I. sur « les pays en voie de développement... », *op. cit.*, p 85.

<sup>2</sup> T. FLORY, *Chronique de droit international économique*, AFDI, 1979, p.598

<sup>3</sup> M-F.VALETTE, *La résurgence des dissonances...*, *op.cit.*, RBDI, 2005/1-2, pp. 645, 651.

<sup>4</sup> Voir. Programme de Manille des 77 du conseil économique et social de la CNUCED, E/CN.14/UNCTAD IV/ 4, 21 juin 1976, section III, § 7, pp. 20-21.

La délégation du Mexique a soulevé, lors de cette session l'argument suivant : « ... si l'on établit des obligations, des « contributions », pour les pays en voie de développement, on doit aussi leur donner des droits en faisant obligations aux pays développés de leur accorder des traitements différenciés et spéciaux »

considéré que l'octroi de préférences aux P.E.D. comme un acte unilatéral et non pas un engagement contraignant.<sup>1</sup>

De plus, il a été décidé que les préférences commerciales légitimées par la clause d'habilitation ne soient pas consolidées c'est-à-dire que rien ne peut empêcher les pays donateurs de préférence de restreindre la portée du traitement préférentiel accordé à des P.E.D, sans pour autant faire objet de mesures compensatoires car la décision de 1979 ne prévoit aucune procédure de compensation au bénéfice des P.E.D en cas où un pays donneur décide unilatéralement de modifier ou encore de retirer les préférences consenties sans préavis.<sup>2</sup>

Que reste-t-il, donc, des vœux des pays en développement ?

Le traitement de faveur reconnu aux P.E.D. demeure jusqu'à nos jours un simple acte permissif dénué de toute force obligatoire, et c'est ce qu'a fait rappeler l'organe de règlement des différends dans son rapport du 7 avril 2004 en soulignant que « la clause d'habilitation ne pourrait être une règle positive énonçant des obligations »<sup>3</sup>

On pourrait se demander, enfin, si le statut juridique des P.E.D. n'est finalement qu'un outil juridique bien aménagé répondant au choix politique des pays développés.

En somme, le G.A.T.T. a subi plusieurs critiques, il ne satisfait ni les P.E.D. qui pensent que c'est un accord conçu par et pour les pays développés, ni ces derniers qui de leur côté estiment que l'Accord Général de 1947 était dépassé et qu'il fallait l'adapter à l'évolution des échanges internationaux qui connaissent une extension vers d'autres secteurs que celui des marchandises auxquels le G.A.T.T. s'est limité<sup>4</sup>.

Ces préoccupations vont faire l'objet de négociations aux cours de l'Uruguay round qui va tenter de préciser le contenu du principe du traitement différencié et plus favorable dans le but d'assurer une intégration plus effective dans une nouvelle structure plus adaptée à l'évolution du commerce et qui sera l'O.M.C. ( **sujet de notre prochain article**

### **Bibliographie:**

BEITONE (A.), GILLES, (P.) et PARODI (M.), *Histoire des faits économiques et sociaux de 1945 à nos jours*, Dalloz, 2006, 503 pages

BENHAMOU ( A.), *A propos de l'avenir du droit international de développement*, ouvrages collectif sur une décennie de relations internationales 1990 – 2000, publication du centre de documentation et de recherche administrative, Alger, 2001, p. 226

<sup>1</sup> J.LEBULLENGER, *La portée des...*, *op. cit.*, p. 290

<sup>2</sup> O. LONG, *op. cit.*, p. 126.

<sup>3</sup> Le rapport de l'organe d'appel WT/DS/246/AB/R, communauté européenne- conditions d'octroi des préférences tarifaires aux P.E.D. ; D. CARREAU, P. JULLIARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2007, p. 246.

<sup>4</sup> T. BÉRANGÈRE, *op. cit.*, p. 24.

- BOUALIA (B.), *La CNUCED et le nouvel ordre économique international*, Alger, OPU, 1987, 550 pages
- BUIRETTE-MAURAU (P.), *La participation du Tiers -monde à l'élaboration du droit international, essai de qualification*, Paris, L.G.D.J., 1983, 242 pages.
- BRASSEUL (J.), *Histoire des faits économiques de la grande guerre au 11 septembre*, Paris, Armand Collins, 2003, 203 pages.
- Camara (E.), *Les pays en développement face au GATT : Du Tokyo Round à nos jours*, thèse Université Paris X – Nanterre, 1986, p. 311
- CARREAU (D.), *Les négociations commerciales multilatérales au sein du GATT : « le Tokyo round » (1973- 1979), cahier de droit européen, 1980, pages 145-176.*
- DECAUX (E.), *La réciprocité en droit international*, Paris, LGDJ, 1980, 374 pages.
- ESKENAZI (L.), « La spécificité à raison du niveau de développement économique : Les P.E.D. et les États en transition vers l'économie de marché », in DAILLIER (P.), DE LA PRADELLE (G.), GHERARI (H.), (dir.), *Droit de l'économie internationale*, éd. Pedone, Paris, 2004, pp. 505-511
- FEUER (G.), CASSAN (H.), *Droit international du développement*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 1991, 607 pages.
- FLORY (T.), *Le GATT, droit international et commerce mondial*, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 174.
- JOUANNEAU (D.), *L'Organisation mondiale du commerce*, Paris, PUF, collection que sais-je ?, 2003, 127 pages.
- JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2007, 851 pages.
- KHAVAND (F-A.), *Le nouvel ordre commercial mondial du GATT à l'OMC*, Paris, Nathan 1995, 192 pages.
- LEBULLENGER (J.), *La portée des nouvelles règles du GATT en faveur des parties contractantes en voie de développement*, RGDIP, 1982, 1-2, p. 292.
- LONG Olivier, *Place du droit dans le système commercial du GATT*, 1983, 9, RCADI, p. 110.
- M'RINI Mohamed Lotfi, *De la Havane à Doha : Bilan juridique et commercial de l'intégration des PED dans le système commercial multilatéral*, les presses de l'Université Laval, 2005
- Maria CASTILLO, *Les grandes étapes de l'évolution de l'ordre économique international*, in droit de l'économie internationale, Paris, Pedone, 2004.

PRASIT (A.), *Le GATT et les pays en voie de développement dans le cadre du Tokyo round*, Thèse de doctorat, Paris II, 1986.

PRÉBISCH (R.), *Vers une nouvelle politique commerciale en vue du développement économique*, rapport du secrétaire général de la CNUCED, nations unies, Paris, 1964.

RAINELLI Michel, *L'Organisation mondiale du commerce*, Paris, La Découverte, collection Repères, 8ème édition, 2007, 113 pages.

ROSIK Patricia, *les transformations du droit international économique : les États et la société civile face à la mondialisation économique*, l'Harmattan, 2003, 330 pages.

ROY Maurice Pierre, *L'organisation mondiale du commerce*, RRJDP, 1995-3, p. 764.

SAUVIGNON(E), *La clause de la nation la plus favorisée*, presse universitaire de Grenoble, 1972.

STERN (B.), *un nouvel ordre économique international ?*, paris, Economica, 1983

Vincent ( P.), *L'Uruguay round et les pays en développement*, RBDI, 1995-2, p. 489

#### - **Consultation internet**

Le site officiel de l'O.M.C offre une riche documentation, [http:// www.wto.org](http://www.wto.org)

[www.unctad.org](http://www.unctad.org)

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

## Les sanctions en matière des pratiques anticoncurrentielles



**Nadia Lakli**

**Diplôme : -magistère en droit des affaires comparé.**

**En préparation d'un doctorat en droit des affaires comparé.**

**-Chercheur au sein de : « laboratoire droit économique et environnement » à l'université d'oran « Algérie ».**

**Adresse électronique : lakli.nadia@gmail.com**

Introduction :

I-les sanctions prononcées par le conseil de la concurrence

1. les injonctions

A-la variété des injonctions

B-limites au pouvoir d'injonction

2. les amendes

A.les critères de fixation de l'amende

B. la procédure de « clémence »

II-les sanctions prononcées par les juridictions judiciaires

1. les sanctions civiles

A-la nullité

B-la réparation du préjudice concurrentiel

2. les sanctions pénales

A-les personnes concernées

B-les condition de l’incrimination / Conclusion

### **Introduction :**

Le droit de la concurrence cherche à protéger le marché des pratiques qui portent atteinte à la concurrence en limitant l’efficacité économique. Cette protection se manifeste par le biais de prohibition des pratiques anticoncurrentielles, qui sont des comportements collectifs ou individuels d’entreprises sur un marché pertinent, tendant à limiter la concurrence.

Les pratiques anticoncurrentielles recouvrent un large éventail de pratiques de gravités diverses, (abus de position dominante, ententes verticales ou horizontales...). Et puisque le droit de la concurrence est un droit répressif, de nombreuses sanctions sont donc attachées à sa violation.

On peut distinguer deux grands types de sanctions pouvant être utilisées distinctement ou conjointement : les sanctions administratives prononcées par l’autorité de la concurrence, et les sanctions judiciaires prononcées soit par les juridictions civiles soit par les juridictions pénales.

Cette dualité de sanction vise le même objectif – remédier au trouble concurrentiel- sans utilise le même moyen .

### **I-les sanctions prononcées par le conseil de la concurrence :**

Le conseil de la concurrence est une autorité administrative- indépendante- et non pas une juridiction, il ne peut donc prononcer que les sanctions administratives.

Ces sanctions administratives sont : les injonctions et les amendes.

1.les injonctions :



Le pouvoir d'injonction est le premier mode d'intervenir du conseil<sup>1</sup>. Cette sanction s'avère très utile lorsqu'il ne s'agit pas d'une entreprise mais une association ou une organisation professionnelle qui dispose de ressources limitées.

Elle est aussi efficace quand l'atteinte à la concurrence résulte d'une disposition contractuelle, car elle est considérée comme étant une « technique de remodelage » du contrat<sup>2</sup>.

Le conseil de la concurrence dispose d'un pouvoir très large en matière d'injonction. Il peut ordonner aux opérateurs intéressés de mettre fin aux pratiques, dans le délai qu'il détermine, ou il impose des conditions particulières. Il s'agit donc d'un véritable moyen de rétablissement de la concurrence entre les mains du conseil de la concurrence qui présente un caractère de « réparation et de prévention »<sup>3</sup>, les injonctions peuvent d'ailleurs intervenir avant toute décision.

#### **A.variété des injonctions :**

Des injonctions très variées peuvent être prononcées par le conseil de la concurrence : injonction de cesser la pratique anticoncurrentielle dans un délai déterminé, injonction de suspendre une pratique, injonction de modifier une clause contractuelle, injonction de communiquer des informations...ect...

Dès lors que la pratique prohibée n'est pas terminée, le conseil de la concurrence ordonne les opérateurs concernés d'y mettre fin. On constate généralement ce genre d'injonctions dans le domaine des ententes où le conseil peut ordonner aux parties de modifier leur contrat de distribution afin de supprimer les clauses litigieuses.

Le conseil de la concurrence peut également ordonner aux parties concernées de prendre certaines mesures afin de protéger la concurrence sur le marché.

Les injonctions doivent être formulées en des termes clairs et précis, le conseil de la concurrence doit déterminer d'une façon détaillée son injonction<sup>4</sup>. En cas de doute sur le sens de l'injonction, il appartient à l'entreprise concernée de saisir l'institution ayant prononcé l'injonction pour s'en faire préciser les termes.

#### **B-limites au pouvoir d'injonction :**

Les injonctions prononcées par le conseil de la concurrence ne doivent pas dépasser le but recherché, c'est-à-dire le rétablissement de la légalité et de la libre concurrence. Donc, le

<sup>1</sup> M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J.2008, p.482.

<sup>2</sup> M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz 2004, p.414.

<sup>3</sup> L. Arcelin, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, P.U.R. 2009, p.213.

<sup>4</sup> M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *pré.cit.*, p.486

conseil de la concurrence ne peut prendre que les mesures nécessaires pour faire face à l'urgence.

En cas d'irrespect des injonctions, le conseil de la concurrence peut prononcer des sanctions pécuniaires<sup>1</sup>.

## **2.les amendes :**

Dotée bien évidemment d'un aspect punitif, l'amende présente un fort caractère dissuasif<sup>2</sup>. Plus le montant de l'amende est élevé, moins les agents économiques sont enclins à porter atteinte à la concurrence.

Selon le conseil de la concurrence français<sup>3</sup>, la sanction pécuniaire a une double nature : punitive et préventive. C'est pour cela, l'amende doit être fixée à un montant suffisamment dissuasif.

### **A-les critères de fixation de l'amende :**

Quelques critères doivent être pris en considération par le conseil de la concurrence pour fixer le montant de l'amende. L'appréciation du montant de l'amende se fait en fonction de la gravité des faits reprochés, c'est-à-dire de l'importance du dommage concurrentiel, ou de la situation de l'entreprise sanctionnée.

Quant à la gravité des pratiques, le conseil de la concurrence prends en considération l'importance du dommage causé à l'économie. On entend par « dommage à l'économie », la gravité de l'atteinte à la concurrence par les pratiques prohibées.

L'autorité de la concurrence française considère que ce dommage « *peut s'analyser théoriquement comme la conséquence d'une allocation sous optimale des ressources et un détournement de tout ou partie d'un surplus collectif au profit des auteurs des pratiques anticoncurrentielles.* »<sup>4</sup>.

La situation de l'entreprise concernée peut être prise en considération par le conseil de la concurrence pour déterminer l'amende. Et pour apprécier cette situation, le conseil tiens compte de la taille de l'entreprise<sup>5</sup> et de sa situation financière.

La situation financière de l'entreprise peut justifier l'absence de sanction, il en est ainsi par exemple lorsque la société concernée est en redressement ou en liquidation judiciaire<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Art L.464-3 c.com.fr. et art.

<sup>2</sup> L. Arcelin, *pré. cit.* p. 216.

<sup>3</sup> V. rapport du conseil pour 2005, *Etude thématique consacrée aux sanctions pécuniaires et aux injonctions*, p. 102.

<sup>4</sup> Rapport 1997

<sup>5</sup> Le facteur le plus représentatif étant son chiffre d'affaires.

<sup>6</sup> M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *pré.cit.*, p.512.

**B-la procédure de « clémence » :**

Les difficultés à détecter et à prouver les pratiques anticoncurrentielles ont conduit les autorités de la concurrence<sup>1</sup> à encourager les entreprises- parties à la pratique prohibée- à dénoncer cette dernière, par le biais de « la clémence ».

La procédure de clémence tend à accroître l'efficacité du droit de la concurrence<sup>2</sup>, car elle encourage à dénoncer la pratique prohibée par l'entreprise- partie de cette pratique- en lui exemptant, totalement ou partiellement, de la sanction pécuniaire.

Pour que l'entreprise bénéficie de cette procédure, il faut qu'elle soit la première à dénoncer l'infraction, et que les autorités de concurrence n'aient pas antérieurement disposé d'information et d'élément de preuve concernant la pratique anticoncurrentielle.

**II-les sanctions prononcées par les juridictions judiciaires :**

On entend par les sanctions prononcées par les juridictions judiciaires, la mise en œuvre du droit de la concurrence par les juridictions, soit par les juridictions civiles soit par les juridictions pénales.

**1.les sanctions civiles :**

Les textes de droit de la concurrence accordent peu de place aux sanctions civiles en matière des pratiques anticoncurrentielles. Ces textes<sup>3</sup> se contentant de faire référence à deux types de sanctions civiles : la nullité et la réparation du préjudice concurrentiel.

**A-la nullité :**

La nullité est une sanction ressortissant de la compétence des juridictions et non pas du conseil de la concurrence à cause de la nature administrative de ce dernier.

La nullité frappe tout engagement vise à porter atteinte à la concurrence. Quant à la nature de cette nullité, il s'agit d'une nullité absolue car elle sanctionne une infraction qui touche l'ordre public. En conséquence, toute personne qui a un intérêt légitime peut demander la nullité.

Les textes ne proposent aucune directive concernant l'étendue de la nullité, il appartient donc aux juges du fond de la déterminer<sup>4</sup>.

Mais on se demande sur la nullité concernant les clauses contractuelles insérées dans contrat portant atteinte à la concurrence ?

<sup>1</sup> Les autorités américaines puis françaises et nationales.

<sup>2</sup> Rapport du conseil de la concurrence français pour 2005, p. 142.

<sup>3</sup> Art. 101§2 du T.U.E, art. L.420-3 du code de com. Fr. et art. 13 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence (dr.algérien) .

<sup>4</sup> M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *pré.cit.,p.581*.

La nullité d'une clause contractuelle n'entraîne la nullité de la convention que si elle en constitue la clause impulsive et déterminante. Donc, la nullité peut être totale ou partielle selon la nature de la convention.

Il faut prendre en considération le principe de la « rétroactivité » de la nullité, car la nullité d'une convention a pour conséquence de la priver rétroactivement de tout effet, ce qui entraîne la restitution réciproque, en nature ou en valeur.

On constate que la sanction de nullité est considéré en matière des pratiques anticoncurrentielles comme étant un « mal nécessaire »<sup>1</sup>.

### **B-la réparation du préjudice concurrentiel :**

On entend par préjudice concurrentiel, toute atteinte à la concurrence sur un marché pertinent. Et les conditions de la réparation en matière des pratiques anticoncurrentielles sont les conditions classiques citées dans le droit commun.

La victime doit prouver : la faute, le préjudice et le lien de causalité entre eux.

Le demandeur de l'action en réparation doit prouver la faute de l'auteur de l'infraction, tel est le cas d'éviction causé par les ententes anticoncurrentielles.

Et pour évaluer le préjudice causé par la pratique anticoncurrentielle, la victime de cette pratique doit calculer sa situation financière pendant la période litigieuse et celle qui aurait prévalu en situation de concurrence<sup>2</sup>.

### **2.les sanctions pénales :**

#### **A-les personnes concernées :**

Les sanctions pénales sont adressées principalement aux personnes physiques. Ces sanctions portent essentiellement sur les dirigeants de l'entreprise concernée, sauf si le dirigeant prouve qu'il a procuré ses pouvoirs à une autre personne.

Les salariés de l'entreprise contrevenante sont également concernés, comme le directeur commercial, le directeur des ventes, l'ingénieur ou simplement le secrétaire si les conditions de l'incrimination sont réunies à leur rencontre.

Mais quelles sont les conditions de l'incrimination pour prononcer une sanction pénale ?

#### **B-les conditions de l'incrimination :**

##### -la participation personnelle :

Cette condition est la conséquence directe du principe de « personnalité des délits et des peines », pour que la sanction pénale soit valable, la personne concernée doit participer personnellement aux pratiques prohibées.

<sup>1</sup> M. Chagny, *préc. cité.*, p.65.

<sup>2</sup> M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *préc.cit.*, p.594.

Cette participation peut être constatée par plusieurs éléments : participation à des réunions portant des points anticoncurrentiels, coups téléphoniques, signature d'un document, transmission d'informations sur les prix,...ect...

-la participation déterminante :

Cette condition est difficile à apprécier par les juges, car elle dépend du degré de l'atteinte à la concurrence, autrement dit, du préjudice concurrentiel.

Selon un auteur, cette condition peut être appréciée en calculant « l'efficacité économique », c'est-à-dire « sans l'intervention de la personne incriminée, l'entente n'aurait pu être réalisée »<sup>1</sup>.

-la participation frauduleuse :

Cette condition est certainement « la clé de l'incrimination », c'est le caractère frauduleux de la pratique qui justifie la sanction pénale<sup>2</sup>.

Cette condition permet d'exclure la simple négligence de la personne incriminée, quant à la détermination du sens exact de cette condition reste un point de vue. Cette condition doit donc être appréciée par le juge lui-même. Mais on peut citer un exemple très courant en matière des ententes anticoncurrentielles celui de « parallélisme de comportements », où les auteurs de l'entente essaient de dissimuler leur pratique prohibée par le biais de comportements similaires sans conclure aucune convention. C'est le cas de pratiques concertées.

**Conclusion :**

Que se soit les sanctions administratives prononcées par le conseil de la concurrence, ou bien les sanctions judiciaires prononcées par le juge civil ou pénal, les juridictions spécialisées visent à protéger la concurrence sur le marché.

Nous avons constaté que la nature de la sanction dépend de la nature de la juridiction spécialisée. Le conseil de la concurrence a des attributions limitées vis-à-vis sa nature administrative, c'est sa nature d'ailleurs qui le rend « rigide » par rapport aux attributions autorisées aux juridictions judiciaires.

N'empêche que le rôle de l'autorité de la concurrence reste incontestable en matière des pratiques anticoncurrentielles.

Mais la prohibition des pratiques anticoncurrentielles n'est pas absolue, car il existe en droit de la concurrence des causes d'exemption qui entraînent la justification de ces pratiques.

Les textes disposent clairement que certaines pratiques ne sont pas soumises à la prohibition lorsqu'elles résultent d'un texte législatif ou d'un décret pris pour les pratiques ; et si ces pratiques contribuent au progrès économique.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> M. Pédaman, Droit commercial, Dalloz, 2000, p. 465.

<sup>2</sup> M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *pré.cit.*, p.618.

## Les ouvrages :

- L. Arcelin, *Droit de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, P.U.R. 2009.
- M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, L.G.D.J. 2008.
- M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz 2004.
- M. Pédaman, *Droit commercial*, Dalloz, 2000.

مجلة الفقه والقانون

[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

[www.majalah-droit.ici.st](http://www.majalah-droit.ici.st)

ردمد : 2336-0615

<sup>1</sup> Art 101§3 du T.U.E, art L.420.4 du c.com.fr. et art. 9 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence «( dr. Algérien).