

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

مخبر السيادة و العولمة

# مجلة

# الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة

صادرة عن مخبر السيادة و العولمة

جامعة يحيى فارس بالمدينة

المجلد الثالث (العدد الثاني / الجزء الثاني جوان 2017 م / رمضان 1438 هـ

ISSN 2437-0304

رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



مَجْمَع السيادة والعولمة

## مَجْمَع السيادة و العولمة

حي المصلى - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدينة ( الجزائر )

رقم الهاتف / الفاكس : 025.58.55.45

البريد الالكتروني : [LSMLAW213@yahoo.fr](mailto:LSMLAW213@yahoo.fr)

الإخراج والطبع : دار التل للطباعة-البلدية (الجزائر)



دار التل للطباعة

جميع حقوق الطبع محفوظة.

## هيئة التحرير

الرئيس الشرقي

الأستاذ الدكتور أحمد زغدار / رئيس جامعة المدينة

المدير العام مسؤول النشر

أ.د. سليمان ولد خسال / مدير مخبر السيادة و العولمة

رئيس التحرير

الدكتور : عمروش الحسين

أمانة المجلة

يوسف قسيس

## اللجنة العلمية للمجلة

- أ.د. سعيد يوسف محمد يوسف .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02 .  
أ.د. علي أبو هاني. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
أ.د. بلقاسم أحمد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02 .  
أ.د. محمودي مراد .كلية الحقوق ، المركز الجامعي، تيبازة.  
أ.د. العيد حداد، كلية الحقوق، المركز الجامعي تيبازة.  
أ.د. عمار جفال ، جامعة الجزائر 03 .  
أ.د. عمار مساعدي. كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر .  
أ.د. شرف الدين محمد كامل ، كلية الحقوق ، جامعة المنار(تونس).  
أ.د. سليمان ولد خسال، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.  
د. زكريا عايد الحباشنة، كلية المجتمع العربي، (المملكة الأردنية الهاشمية).  
د.محمد حميد ماضي الزمومي ، كلية الحقوق ، جامعة الملك عبد العزيز بجدة ( المملكة العربية السعودية).  
د.حسن زرداني، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش ( المملكة المغربية)  
د.ماغي عبيد.كلية الآداب والعلوم الانسانية، الجامعة اللبنانية.  
د. أحمد لكحل.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. توفيق شندارلي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. توفيق قادري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة.  
د. منصور مجاحي . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.  
د.رشيد شمشيم. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.  
د.عمروش الحسين . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. عبد الصديق شيخ .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. محمد مصطفىوي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د.بن يوسف القينعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدينة.  
د.هارون حسان أوران. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. أسامة غربي.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. يحيوي محمد.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. ذبيح زهيرة.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. جليل كريمة.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. توفيق بابا علي.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. بوشنافة جمال . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. مزعد إبراهيم .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. طبال إحسان .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د.بن تغري موسى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د.علياتي محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د.هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د.صفاي العيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د.جلالة دليلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د.جمال عياشي، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د.بوضياف مصطفى، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.  
د. أحسن عمروش، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.  
د. خالد بوشمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02 .  
د. خالد رمول. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02 .  
د. القروي بشير سرحان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.  
د. وسيلة بوحية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.  
د. مناد سعودي، جامعة الجزائر 01 .  
د. رابح عمورة، جامعة أحمد بوقرة بومرداس.  
د.مجاهدي إبراهيم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البليدة 02 .  
أ. بابا علي رضا، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.

## قواعد النشر في مجلة الدراسات القانونية عبر التسجيل في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP)

لإرسال مقال علمي لمجلة الدراسات القانونية التابعة لمخبر السيادة و العولمة بجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) حسب الإجراءات المعمول بها من قبل المديرية العامة للبحث العلمي و التطوير التكنولوجي (Dgrsdt) التابع لوزارة التعليم العالي و البحث العلمي الجزائرية في نطاق البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP) يستوجب أولاً إتباع الخطوات التالية:

1- الدخول لموقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (Algerian Scientific Journal Platforms):

[www.asjp.cerist.dz](http://www.asjp.cerist.dz)

2- إضغط على زر دخول في أعلى الصفحة ثم أكمل البيانات الخاصة بالبريد الإلكتروني +كلمة السر + تذكيري + أضغط على كلمة تسجيل .

3- تظهر بعد ذلك إستمارة تسجيل تتضمن بيانات شخصية يستوجب إكمالها من: إسم ولقب+ بريد إلكتروني+كلمة السر و تأكيدها+ البلد+ لغة التواصل+ إدخال الحروف التي يراها المعني، ثم إضغط على :أقبل شروط الإستخدام و قواعد الخصوصية + إرسال.

4- بعد ذلك تأتي للمعني رسالة من موقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية لبريده الإلكتروني بالتسجيل، بعدها يجب على المعني فتح الرسالة و الضغط على الرابط الإلكتروني المرفق ليتم تفعيل دخوله.

5- أعد الدخول لموقع البوابة الإلكترونية و حدد المجالات الموجودة على الجهة اليمنى ، ثم إختار (Social Sciences) ثم (Law) لتظهر قائمة المجالات المعتمدة من الوزارة، وإبحث عن مجلة الدراسات القانونية (صنف:NC/ الدور:نصف سنوية).

6- أدخل عن طريق: إنتقل للمجلة، بعدها توجه مباشرة للجانب الأيسر لإرسال مقال، ثم تظهر لك صفحة تحمل عنوان: تعليقات المستخدم تشتمل على: إسم المستخدم+ كلمة السر المحددة سابقاً، بعدها إضغط على تسجيل الدخول.

7- بعد دخول المستخدم تظهر صفحة أخرى تتضمن تقديم ورقة المقال (أكمل المعلومات ثم إضغط على إرسال مقال).

8- إفتح بريدك الإلكتروني ليأتي إشعار بالوصول من المجلة المعنية، و سيكون بإمكان صحاب المقال متابعة مراحل معالجة مقاله عبر و لوجه لحسابه في موقع البوابة.

## شروط النشر في مجلة الدراسات القانونية (مخبر السيادة والعولمة)

أولا - يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي :

- 1- أن تكون متسمة بالعمق والجدية، ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي.
  - 2- أن يكون البحث مكتوبا بالإعلام الآلي، مع الملخص باللغة العربية والإنجليزية، والكلمات المفتاحية.
  - 3- أن لا يزيد البحث عن 20 صفحة (A4) بخط 18. نوع الخط Traditional Arabic، إذا كان المقال باللغة العربية، أما إذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون بخط (14). نوع الخط Times New ROMAN.
  - 4- أن تكون الهوامش في أسفل كل صفحة وقائمة المراجع في آخر المقال، مع ضرورة إعطاء المعلومات السيليوغرافية كاملة (نوع الخط 12 Traditional Arabic باللغة العربية، أو (11 باللغة الأجنبية Times New ROMAN)
  - 5- أن لا يكون المقال قد نشر أو قد أرسل للنشر في مجلة أخرى وطنية كانت أو دولية.
  - 6- أن لا يكون المقال جزءا من مذكرة تخرج أو ماجستير أو ماستر أو أطروحة دكتوراه.
  - 7- أن لا يكون المقال قد أرسل للمشاركة أو تمت المشاركة به في ندوة وطنية أو دولية، مؤتمر إقليمي أو دولي، يوم دراسي، ملتقى وطني أو إقليمي أو دولي.
- ثانيا - تخضع الأبحاث المرسله إلى المجلة للتحكيم قبل نشرها.
- ثالثا - ترتب الموضوعات وفق اعتبارات موضوعية وفنية.
- رابعا - يحكم عضوان في كل مقال، وفي حالة الاختلاف يحكم عضو ثالث، وتقوم إدارة المجلة بإعلام أصحاب الأبحاث المرسله بقرار المحكمين بخصوص أبحاثهم.
- خامسا - لا يعاد نشر أي موضوع من موضوعات المجلة إلا بإذن كتابي من إدارتها.
- سادسا - لا يجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة التحرير إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير، وكان ذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر.
- سابعا - لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البحوث المنشورة، ما لم تكن بتكليف.
- ثامنا - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن آراء كتابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.

تاسعا- أي إستفسار يرجى الإتصال بمجلة الدراسات القانونية عبر :

LSMLAW213@yahoo.fr

# المحتوى

افتتاحية العدد

- 11 د. عبد العزيز برقوق  
المركز الجامعي مرسلبي عبد الله -  
تبيازة
- 24 د. جديلي نوال - كلية الحقوق و  
العلوم السياسية - جامعة المدية  
بموجب قانون 02 / 07
- 34 د. نادية بوخرص  
جامعة د. يحيى فارس - المدية
- 56 د. أحسن عمروش - كلية الحقوق  
والعلوم السياسية - جامعة خميس  
مليانة
- 80 د. حليس لخضر  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
جامعة يحيى فارس المدية (الجزائر)
- 93 د. العشايوي صباح  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة لونيبي علي - البليدة 2
- 108 مصطفىاوي عايده  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة لونيبي علي البليدة 02
- 123 د. يحيى شراد - كلية الحقوق والعلوم  
السياسية جامعة لونيبي علي (البليدة  
2)
- 141 د. عشير جيلالي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة الجيلالي بونعامه خميس مليانة
- 161 د. سي موسى عبد القادر  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
جامعة يحيى فارس بالمدية
- معيار اختصاص القاضي الإداري من النص إلى  
الاجتهاد: المقاربات القاصرة
- المنازعات الناتجة عن التحقيق العقاري المؤسس  
بموجب قانون 02 / 07
- التنظيم القانوني لأخلاقيات العمل  
الإعلامي في الجزائر
- حماية الممتلكات الثقافية في النزاع المسلح
- التأمين الإلزامي تَعَد على مبدأ الحرية التعاقدية
- التلوث وأثره على البيئة الاجتماعية
- المدن الجديدة آلية جديدة لتنظيم التوسع  
الحضري وتوجيهه
- المهلات وعلاقتها بحوادث المرور في المنظورين  
القانوني والشرعي
- رعاية الفقه الإسلامي حقوق السجين ومقارنتها بما  
جاء في المواثيق الدولية
- المعالجة التشريعية للنظام الانتخابي الجزائري

- 181 د. سردو محمود  
جامعة جيلالي بونعامة بخميس  
مليانة عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير  
المرافق العامة في الجزائر
- 197 أ. بن دعاس سهام  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2 نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية
- 214 د. عبد الرحمن بن جيلالي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة شرعية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية بين  
الأحياء في القانون الجزائري
- 233 أ. جبوري أحمد  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة يحيى فارس المدية الأملاك الوطنية العقارية الخاصة والتقدم المكسب في  
ظل المسح العام
- 244 أ.رشيدة مصباح  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة يحيى فارس - المدية دور الأمم المتحدة في حماية حقوق الإنسان  
في مجتمعات ما بعد النزاع
- 257 أ.محمد حسان كريم  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة خميس مليانة التعاون الدولي في مكافحة الاتجار غير  
المشروع في المخدرات
- 283 أ. كرليفة سامية  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة يحيى فارس المدية (الجزائر) استخدام القوة لتدابير إنسانية بين الاتجاهات  
الفقهية والممارسة الدولية
- 303 أ. بغدادي ليندة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة آكلي محمد أولحاج بالبويرة استخدام الخلايا الجذعية بين الحاجة العلمية  
والأطر القانونية - دراسة مقارنة-
- 321 أ. رضا قربة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة يحيى فارس المدية مدى حجية النكول عن اليمين أمام القاضي  
في الفقه الإسلامي
- 338 أ. بن عامر محمد  
كلية الحقوق - جامعة يحيى فارس  
بالمدينة عقد حفظ الحق كتقنية للترقية العقارية

## افتتاحية العدد

بسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه و من و الاله.

الحمد لله حمدا كثيرا، و الشكر له سبحانه شكرا جزيلا، يليق بنعمه التي لا تحصى، وفي مقدمتها أنه ارتضى لنا الإسلام دينا، و أكرمنا بأن بعث لنا رسولا كريما، محمد بن عبد الله الذي نصلي و نسلم عليه صلاة و سلاما دائمين إلى يوم الدين.

في إطار العمل المستمر للارتقاء بمركز مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة و العولة التابع لجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) كمجلة علمية دولية سداسية من خلال عددها السادس / الجزء 02 (جوان 2017)، و هي مصنفة ضمن المجلد الثالث (العدد الثاني / الجزء 02) وفقا لتصنيف البوابة الالكترونية للمجلات الوطنية الصادر عن المديرية العامة للبحث العلمي و التطوير التكنولوجي (Dgrsdt)، سيتم من خلال هذا العدد عرض مجموعة من البحوث الأكاديمية و المقالات العلمية المقدمة من السادة الأساتذة، و الباحثين، و طلبة الدكتوراه في كل فروع القانون و العلوم السياسية و الدراسات المقارنة، قصد تطوير البحث العلمي و الارتقاء بالعمل الأكاديمي المتخصص.

د.الحسين عمروش

رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية

Houcine16@gmail.com



## معيار اختصاص القاضي الإداري من النص إلى الاجتهاد: المقاربات القاصرة

د. عبد العزيز برقوق

أستاذ محاضر - ب -

المركز الجامعي مرسلي عبد الله - تيبازة

### ملخص

يفرض منطق نظام الازدواجية القضائية كما تأسس في فرنسا، أن يُعهد لجهات القضاء الإداري بالاختصاص الحصري في "المنازعة الإدارية" التي تتحدد بالمعيار المادي الكفيل بفرز علاقات القانون الإداري، ليكون القاضي الإداري في النهاية هو قاضي القانون الإداري غير أن النظام الجزائري الذي تبني الازدواجية القضائية منذ الاستقلال، بشكل مشوّه في البداية ثم بشكل مكتمل الخصائص في ظل دستور 1996، أخفق في ضمان منطق "نظام الازدواجية القضائية" وما يفرضه من نتائج على مستوى علاقة قواعد الاختصاص القضائي بقواعد الموضوع، أو علاقة القاضي بالقانون الذي يتولى تطبيقه. حصل هذا القصور نتيجة جعل معيار اختصاص القاضي الإداري "معياراً تشريعياً" يتحدد بالنص، الشيء الذي أفضى إلى نتائج شاذة في علاقة القاضي بالقانون، وبالمقابل وقع القضاء في مأزق تجاوز السلطة، عندما أراد تقويم الشذوذ الحاصل، بتعديل معيار اختصاص القاضي الإداري وردّه معياراً مادياً. الكلمات المفتاحية: القاضي الإداري، الازدواجية القضائية، المنازعة الإدارية، القانون الإداري، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

### Résumé

La logique de la Duplication de système judiciaire, ce système d'origine française, oblige les juridictions administratives de se charger exclusivement des «contentieux administratifs» définis par critère matériel qui engendre les relations de droit administrative en définissant le juge administratif comme un juge de droit administratif.

Néanmoins, le système algérien qui a mal adopté, en premier temps, depuis la décolonisation, la Duplication de système judiciaire, puis de façon complète dans le cadre de la constitution de 1996, a échoué de garantir la

logique de la Duplication de système judiciaire et ses conséquences sur les relations entre les règles de compétence et les règles de sujet ou bien entre le juge et le droit dont il se charge.

Cette imperfection est due au fait de rendre le critère de compétence de juge administratif « un critère législatif » défini du texte, en ce qui a engendré des résultats aberrants concernant la relation entre le juge et le droit, cependant, la jurisprudence, en voulant remédier à cette imperfection en rendant le critère de compétence de juge administratif un critère matériel, s'est retrouvé devant un dilemme de l'excès de pouvoir.

### مقدمة

الأصل أن اختصاص القاضي الإداري يرتبط بقواعد الموضوع التي تحكم النزاع، ومن ثم لا يكون القاضي الإداري مختصاً إلا حين يكون القانون الإداري واجب التطبيق، وذلك بغض النظر عن وجود الإدارة كطرف في النزاع، هكذا تُفسر قواعد الاختصاص القضائي في النظام الفرنسي، وهكذا تشكّلت عبر اجتهاد قضائي طويل منذ قرار " بلانكو " الشهير الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ 09 /02 /1873.

بيد أن الوضع في الجزائر يبدو مختلفاً، حيث لا يمكن تفسير كل حالات اختصاص القاضي الإداري بمبدأ ارتباط قواعد الاختصاص بقواعد الموضوع، غير أن الاجتهاد القضائي نزع نحو تصويب هذه المسألة، محاولاً الوصول إلى تأسيس مقبول لمعيار اختصاص القاضي الإداري، إن هكذا وضع، يفرض صبر منهج المشرع الجزائري في صياغة معيار اختصاص القاضي الإداري، ثم التساؤل عن مسألة حدود سلطة القاضي تجاه النصوص القانونية الخاصة بقواعد الاختصاص، من خلال مناقشة شرعية الاجتهاد القضائي الذي يعدّل هذه القواعد

تستدعي معالجة هذا السؤال، قراءة إجمالية لقواعد اختصاص القاضي الإداري كما سنّها المشرع، ومن ثم استخلاص المعيار المعتمد لإسناد الاختصاص ( أولاً ) ثم الوقوف على الاجتهاد القضائي المعدّل لهذا المعيار وتقييمه ( ثانياً )

أولاً- منهج المشرّع في تحديد معيار اختصاص القاضي الإداري: قصور التأسيس  
نظم المشرّع الجزائري قواعد اختصاص القاضي الإداري على أساس غير واضح في مجمله،  
يظهر هذا في إطار قانون الإجراءات المدنية القديم والنصوص المكتملة له (1) كما في إطار  
قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (2)

1- الأساس غير الواضح لاختصاص القاضي الإداري في قانون الإجراءات المدنية  
والنصوص المكتملة له

نستطيع القول أنّ اختصاص القاضي الإداري مجال محدد قانوناً (أ) على أساس غير واضح  
في مجمله (ب)

أ- تحديد مجال الاختصاص

ضبط المشرّع مسألة توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، بجملة من  
النصوص، أهمها قانون الإجراءات المدنية ومجموعة من النصوص الأخرى، من خلال قراءة  
هذه النصوص نخلص إلى أنّ معيار اختصاص القاضي الإداري تحكمه محددات ثلاث:

1- مبدأ عام: هو المعيار العضوي، حيث يستفاد من الفقرة الأولى من المادة 07 قانون  
إجراءات مدنية، أنّ النزاع الذي يكون أحد أطرافه الإدارة (الدولة، الولاية، البلدية،  
المؤسسة العمومية الإدارية)، هو نزاع من اختصاص القاضي الإداري (الغرفة  
الإدارية بالمجلس القضائي)، وتؤكد هذا المبدأ بموجب نصوص قانونية أخرى، تتعلق  
باختصاص مجلس الدولة والغرفة الإدارية بالمجلس القضائي، لكن المعيار العضوي  
لا يعتبر المحدد النهائي لاختصاص القاضي الإداري، لما ورد عليه من استثناءات  
تضيّق نطاقه، لصالح توظيف المعيار المادي.

2- استثناءات تقيّد المبدأ العام: يظهر هذا من خلال ما ورد في المادة 07 مكرر قانون  
إجراءات مدنية، وما ورد في عدة قوانين أخرى تتعلق بمجالات مختلفة، حيث أسند  
الاختصاص للقضاء العادي على الرغم من أنّ الإدارة طرفاً في النزاع، فنجد المعيار  
العضوي هنا يتآكل وينحصر في أضيق الحدود، لكنه لا يختفي تماماً.

من هذه الاستثناءات، وفقاً للمادة 7 مكرر ق إم: مخالفات الطرق، الايجارات الفلاحية  
والمدنية والتجارية، والمادة الاجتماعية والمادة التجارية، ودعاوى التعويض على الأضرار  
الناجمة عن مركبات الإدارة، ومن الاستثناءات في القوانين الخاصة: المنازعات الجمركية  
(قانون الجمارك 79-07 في 21/07/1979 المعدل بالقانون 98-09 في  
22/08/1998)، منازعات الجنسية (الأمر 70-86 في 15/12/1970 المعدل بالأمر

05-01 في 27/02/2005)، بعض المنازعات الانتخابية (وفقا للقوانين السابقة والقانون العضوي الأخير 16-10 في 25/08/2016)، بعض منازعات الأملاك الوطنية (القانون 90-30 في 01/12/1990 المعدل بالقانون 08-14 في 20/07/2008).. الخ<sup>1</sup> إن هذه الاستثناءات في مجملها، تعكس توظيف المعيار المادي، أي ربط اختصاص الجهة القضائية بطبيعة النزاع وموضوعه، بحيث كلما كان موضوع النزاع يدخل في نطاق القانون الخاص ويستوجب تطبيق هذا القانون، كان القضاء العادي هو المختص، حتى لو كان أحد أطراف النزاع جهة من جهات الإدارة، لكن يُلاحظ أن المعيار المادي لا يُفسر كل الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي، كما سوف يأتي بيانه.

3- توسيع الاختصاص خارج المبدأ العام: بموجب عدة قوانين يمتد اختصاص القاضي الإداري إلى نزاعات لا تكون الإدارة طرفاً فيها، ويتعلق الأمر هنا ببعض منازعات أشخاص القانون الخاص، كالمؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تستعمل وسائل السلطة العامة (القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، القانون رقم 88-01 في 12/01/1988: المادتين 55 و 56)، ومنازعات التعويض ضد مؤسسة سونلغاز - وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري - بخصوص الأضرار الناتجة عن توصيل الكهرباء وتميرر أنابيب الغاز (المادة 30 من القانون 85/07 في 06/08/1985 المتعلق بتوزيع الكهرباء والغاز).

ومن هذا التوسيع أيضاً، جانب من منازعات المنظمات المهنية الوطنية حيث يكون الطعن أمام مجلس الدولة في قرارات هذه المنظمات (المادة 9 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بتنظيم واختصاصات مجلس الدولة المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11-13 في 26/07/2011) وهو ما أكدته أيضاً بعض القوانين الخاصة، مثل قانون المحاماة 13-07 في 29/10/2013 المواد: 49، 96، 105، ونفس الوضع كان في القانون القديم 91/04، ومن جهة أخرى يختص مجلس الدولة بنظر الطعن في قرارات - التسيير الإداري - للهيئات العمومية الوطنية (المادة 9 من القانون العضوي 98-01).

إنّ توسيع اختصاص القاضي الإداري على هذا النحو، يمثل وجهاً آخرًا لتوظيف المعيار المادي.

<sup>1</sup> - أنظر التعليق ص 34 وما بعدها.

### ب - عدم وضوح أساس إسناد الاختصاص في مجمله

إن تحديد مجال اختصاص القاضي الإداري بالشكل السابق عرضه، يطرح سؤالاً ملحقاً حول خلاصة المعيار الذي اعتمده المشرع في هذا الشأن.

الشيء الأكيد أنّ خلاصة المعيار غير واضحة في مجملها، فالمشرع يقرر أولاً المعيار العضوي كمبدأ عام، ثم لا يلبث أن ينحته بعدة إستثناءات من خلال توظيف المعيار المادي ( عبر المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية ومجموعة من القوانين المتفرقة )، لكنّه لا يستمر حتى النهاية في توظيف هذا المعيار (الاكتفاء باستثناءات محددة).

ومن جهة ثانية، يعطي للقاضي الإداري الاختصاص في بعض منازعات أشخاص القانون الخاص، وهذا يعكس أيضاً جانباً من توظيف المعيار المادي، لكن المشرع في النهاية لا يقرر المعيار المادي كمبدأ عام<sup>1</sup>.

إنّ هذا الوضع يجعل المشرع غير منسجم وغير منطقي في خلاصة معيار إسناد الاختصاص، يمكن رصد هذه الملاحظة على مستويين اثنين:

**المستوى الأول:** استثناءات المعيار العضوي تعكس في مجملها توظيف المعيار المادي، لكن تبقى هناك استثناءات لا يُفسرها المعيار المادي، مثل منازعات الجمارك والجنسية وبعض المنازعات الانتخابية، فهذه المنازعات تخضع لولاية القاضي العادي، بالرغم من تعلّقها بعلاقات قانونية تدخل في مجال القانون العام وتظهر فيها امتيازات السلطة العامة، وبالتالي نكون هنا أمام اختصاص قضائي لا يُفسره المعيار العضوي ولا المعيار المادي.

**المستوى الثاني:** إذا كان أساس استثناءات المعيار العضوي هو خضوع المنازعة للقانون الخاص، فالمشرع لم يعمم هذا الحل على كل منازعات الإدارة، بحيث نجده يُبقي بعض منازعات القانون الخاص في دائرة اختصاص القاضي الإداري، مثل منازعات العقود المدنية للإدارة ومنازعات الملكية بشكل عام، فهي منازعات إدارية ( تطبيقاً للمعيار العضوي )، وعليه يكون القاضي الإداري مختصاً أحياناً ليُطبق القانون الخاص لا القانون الإداري.

<sup>1</sup> - يذهب الأستاذ "رشيد خلوفي" إلى أن المادة الأولى من القانون رقم 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية بنصّها أنّ المحاكم الإدارية جهة قضائية للقانون العام في المادة الإدارية، ، تكون قد فتحت المجال أمام تكريس المعيار المادي كمبدأ عام، إلاّ أننا نرى أن هذا التفسير في غير محله تماماً، لأنّ هذه العبارة لا تتضمن أي معيار وإنما تبحث عن معيار يحددها، شأنها شأن عبارة المادة التجارية أو المادة الجزائية. أنظر: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، الطبعة الرابعة 2008، ص 342 وما بعدها .

2- الأساس غير الواضح لاختصاص القاضي الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عكس ما كان متوقع منه، لم يأت قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (القانون 08-09 في 25/02/2008) بشيء جديد لجهة إصلاح قواعد اختصاص القاضي الإداري، بل أبقى على نص المادة 7 من القانون القديم التي تحولت إلى المادتين 800 و801 في القانون الجديد، وعدّل في نص المادة 7 مكرر قانون قديم التي تحولت إلى المادة 802، وذلك بتضييق استثناءات المعيار العضوي إلى منازعتين اثنتين فقط (أ)

ومن جهة ثانية، عدّل القانون الجديد عبر نص المادة 901، في اختصاصات مجلس الدولة المنصوص عليها في المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بتنظيم مجلس الدولة واختصاصاته، بحيث ضيّق في الجهات التي ينظر مجلس الدولة في الطعن في قراراتها كأول وآخر درجة، وبغض النظر هنا عن دلالة مضمون هذا التعديل، فإنه يتضمن مخالفة لمبدأ تدرج القواعد القانونية ومبدأ توازي الأشكال في تعديل القواعد القانونية، فنص قانون عادي لا يمكنه أن يعدّل نص قانون عضوي (ب)

وعلى هذا النحو، عمّق المشرع حالة الغموض في تأسيس معيار اختصاص القاضي الإداري بدلاً من تقويمها.

#### أ- التراجع عن توظيف المعيار المادي عبر المادة 802 ق إ م إد

ضيّقت المادة 802 ق إ م إد من استثناءات المعيار العضوي (وبالتالي من توظيف المعيار المادي) باقتصارها على منازعتي مخالفات الطرق ومنازعة التعويض عن الأضرار الناجمة عن المركبات التابعة للإدارة، وأبقت بالتالي منازعات الإيجارات الفلاحية والمدنية والتجارية، كما منازعات المادة الاجتماعية والمادة التجارية، في نطاق اختصاص القاضي الإداري وفقاً للمعيار العضوي.

السؤال الذي يطرح نفسه هنا، ما تأسيس هذا التغيير في إسناد الاختصاص؟ وما دلالة هذا التراجع عن توظيف المعيار المادي؟

لقد كانت تُفسر جملة استثناءات المعيار العضوي، بأن تلك المنازعات المستثناة هي منازعات قانون خاص - حتى وإن كانت الإدارة طرفاً فيها - وبالتالي من الطبيعي إسناد الاختصاص بنظرها للقاضي العادي، فهو الأولى بتطبيق قانونه.

فهل معنى هذا الإسناد الجديد، أنه سيكون مطلوب من القاضي الإداري أن يطبق على العلاقات التجارية للإدارة ( المدنية والفلاحية والتجارية) قانوناً متميزاً عن قانون الإيجار المدني والتجاري المطبق فيما بين أشخاص القانون الخاص، وتتحول بالتالي العقود التجارية

للإدارة إلى عقود إدارية لا عقود مدنية عادية؟ وما مصدر هذا القانون، أهو قانون يُكلّف المشرّع بإعداده، أم هو قانون قضائي يُكلّف القاضي الإداري بابتداعه ونسجه في ضوء قانون الإيجار المدني والتجاري؟ ونفس هذا السؤال يطرح بالنسبة لمنازعات المادة الاجتماعية والمادة التجارية.

كما يمكن التساؤل أيضا عن حذف إحالة الاختصاص للقاضي العادي فيما يخص منازعات محكمة مقر المجلس القضائي (الإحالة للمادة الأولى قانون إجراءات مدنية)، على الرغم أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد قد استبدل اختصاصات محكمة مقر المجلس باختصاصات محكمة القطب المتخصص (المادة 32 ق إم إد) انطلاقا من ذات الاعتبارات، فمبرر الإسناد للقاضي العادي على هذا المستوى مازال حاضرا في القانون الجديد، لكن المشرّع تراجع عنه، فبموجب أي تأسيس؟  
 مهما كانت الإجابة عن هذه الأسئلة، فإنّ الأمر الأكيد هو أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد عمّق حالة الغموض في تأسيس معيار اختصاص القاضي الإداري.

#### ب- تعديل معلق لاختصاص مجلس الدولة عبر المادة 901 ق إم إد

نصت المادة 9 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، على أنّ مجلس الدولة يختص بالفصل (ابتدائيا ونهائيا) في الطعون بالإلغاء (والتفسير وتقدير الشرعية) المتعلقة بالقرارات الإدارية (التنظيمية والفردية) الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية  
 غير أنّ المادة 901 ق إم إد قلّصت اختصاص مجلس الدولة إلى الفصل في طعون الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية الخاصة بالقرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، وأضافت فقرة ثانية: " كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

فحتى إن كان نص المادة 901 لا يمكنه أن يعدّل نص المادة 9 من القانون العضوي 98-01، باعتبار أنّ القانون الأدنى (القانون العادي) لا يعدل القانون الأعلى (قانون عضوي)، إلا أنّ التساؤل حول دلالة توجه المشرّع لتقليص اختصاص مجلس الدولة على هذا النحو، يبقى مهما، إنّ الفقرة الأخيرة من المادة 901 التي تحيل إلى النصوص الخاصة، لا تستوعب كل التقليص الذي أراد المشرّع إجراءه في نص المادة 9 من القانون العضوي 98-01، فضلا على أنّ جملة: " كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة" هي عبارة ميتة ولا تضيف شيئا.

إنّ حذف الاختصاص بنظر الطعون في قرارات المنظمات المهنية، يمكن أن تستوعبه النصوص القانونية الخاصة بكل منظمة مهنية، فهذه النصوص تتضمن الإحالة إلى اختصاص مجلس الدولة بشأن بعض النزاعات، إلا أنّ الإشكال يبقى يخص منازعات قرارات الهيئات العمومية الوطنية فيما يتعلق بتسيير شؤونها الإدارية، هل أراد المشرع - عبر قانون إم إد - تحييد مجلس الدولة عن نظر الطعن في قراراتها؟ وما دلالة ذلك؟<sup>1</sup>

لقد أكدّ تعديل القانون العضوي 98-01 بموجب القانون العضوي 11-13 الصادر في سنة 2011 الإبقاء على نص المادة 9 بنفس المحتوى<sup>2</sup>، مما قد يُحمل على معنى أنّ المشرع أراد استدراك الإغفال الحاصل في نص المادة 901 ق إم إد.

ثانيا- تعديل الاجتهاد القضائي لمعيار اختصاص القاضي الإداري: قصور الاجتهاد عبر أكثر من قرار نزع مجلس الدولة إلى تجاوز النصوص القانونية، وتوظيف المعيار المادي كضابط لإسناد الاختصاص القضائي، غير أنّ محكمة التنازع اعترضت على هذا الاجتهاد في بعض المرات، ووظفته بدورها في مرات أخرى (1) الأمر الذي يستدعي مناقشة هذا الاجتهاد القضائي وتقييم موقف محكمة التنازع بشأنه (2)

**1- توظيف المعيار المادي كضابط لإسناد الاختصاص: اجتهاد خارج النص**  
بدون الاستناد لنص، وظّف مجلس الدولة المعيار المادي ليقرر:

أنّ منازعة العقد التوثيقي التي تكون الإدارة طرفا فيها هي منازعة غير إدارية، تدخل في ولاية القضاء العادي (أ) كما أنّ المنازعة الداخلية للحزب السياسي هي منازعة إدارية تدخل في ولاية القضاء الإداري، حتى بدون وجود طرف إداري في المنازعة (ب)

وبدورها محكمة التنازع سارت في نفس الاتجاه، واعتبرت: أنّ منازعة الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بتمويل كلي أو جزئي من ميزانية الدولة، هي منازعة إدارية تدخل في ولاية القضاء الإداري (ج)

1- الهيئات العمومية الوطنية هي الهيئات العمومية المركزية من غير الإدارة المركزية، وهي تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة وتمارس اختصاصها على المستوى الوطني، مثل الهيئات الاستشارية كالمجلس الأعلى للشباب والمجلس الوطني لحقوق الإنسان، ومثل المؤسسات الدستورية من غير الحكومة كالمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والمجلس الدستوري ومجلس المحاسبة.

2- مع ضبط بسيط لبعض المصطلحات الواردة فيها (مثل استبدال عبارة " يفصل...ابتدائيا ونهايا " بعبارة " يختص.. كدرجة أولى وأخيرة".

أ- منازعة العقود التوثيقية التي تكون الإدارة طرفاً فيها: منازعة غير إدارية ( اجتهاد مجلس الدولة )

في أكثر من مرة اعتمد مجلس الدولة هذا الحل، من ذلك قراره الصادر عن الغرفة الرابعة بتاريخ 2002 /02 /11 .

يتعلق هذا القرار باستئناف رفعته بلدية سيدي معروف (ولاية جيجل) ضد قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء جيجل، القاضي برفض دعواها شكلاً، والتي موضوعها طلب إبطال عقدين توثيقيين ( عقد بيع وعقد شهرة) وإلزام أطرافهما بالتخلي.

حيث أثار مجلس الدولة عبر هذا القرار مسألة لم يثرها الأطراف، هي الاختصاص النوعي للجهة القضائية، وقرر إلغاء القرار المستأنف والقضاء من جديد بعدم الاختصاص النوعي للقضاء الإداري في نظر الدعوى، مؤسساً هذا الحل على ما يلي:

إنّ العقدين المطعون فيهما محرران من طرف موثق وأتمها وثيقتين لم تصدر عن سلطة إدارية ولا تشكلان قراراً إدارياً أو عقداً إدارياً، والواضح أنّ مجلس الدولة قد وظّف المعيار المادي بدون أن يستند إلى أي نص قانوني، ليضيف بذلك استثناءً جديداً للمعيار العضوي المكرّس في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية، وبالتالي فإنّ الحل الذي صاغه مجلس الدولة يشكل اجتهاداً خارج نصوص القانون.

غير أنّ محكمة التنازع رفضت هذا الحل، وقضت في أحد قراراتها: "إنّ الاستثناءات الوحيدة من القاعدة - المعيار العضوي - هي تلك المنصوص عليها في المادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، وإنّ الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة لا يُمكنه تعطيل مقتضيات القانون، ولا يجوز له بالتالي أن يخلق استثناءات جديدة على النص القانوني وأنّ القضاء الإداري هو وحده المختص للفصل في النزاع".<sup>2</sup>

1- قرار منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني لسنة 2002، ص 195

2- القرار الصادر في الملف 73 بتاريخ 2008/12/21، ورد في: حسن بن شيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء محكمة التنازع

ومجلس الدولة، دار هومة، طبعة 2014، ص 31

ب- المنازعة الداخلية للحزب السياسي: منازعة إدارية (اجتهاد مجلس الدولة) في قراره رقم 20431 الصادر في 03/03/2004 المتعلق بقضية " بن فليس علي" الأمين العام لحزب جبهة التحرير الوطني ضد " صديقي ومن معه"، قضى مجلس الدولة بما يلي:

« حيث يتجلى أيضا من زاوية المعيار المادي أنّ الحزب هو تنظيم أساسي في الحياة السياسية للدولة ويمارس نشاطات تتعلق بالمنفعة العامة ويستفيد من إعانات الدولة ويخضع بذلك للقانون الإداري في تأسيسه وعمله واختصاصه، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إخراجه من حقل القانون العام، حيث ما يدعم هذا المعيار المادي يكمن في أنّ جميع المنظمات والجمعيات التي تمارس نشاطات ذات منفعة عامة تخضع للقانون الإداري في تنظيمها الداخلي وعملها واختصاصها، وذلك كمنظمات الأطباء والمحاسبين والجمعيات الرياضية وتخضع نزاعاتها لاختصاص القضاء الإداري سواء كانت داخلية أو غيرها...».

الواضح أنّ مجلس الدولة هنا أيضا وظّف المعيار المادي (ولو بشكل معلول) دون أن يستند لنص قانوني، وبالتالي يكون قد اجتهد خارج النص.

مع العلم أنّ المفهوم السليم للمعيار المادي - لو افترضنا جدلاً شرعية توظيفه هنا- لا يسمح بجعل المنازعة الداخلية للحزب السياسي منازعة إدارية تستوجب تطبيق القانون الإداري، فمجلس الدولة جانب الصواب في توظيف المعيار المادي عندما ربط بشكل تعسفي بين النشاط السياسي (ومشاركة الدولة في تمويله) وبين فكرة المرفق العام كمعيار لتطبيق القانون الإداري.

ج- منازعة الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بتمويل من ميزانية الدولة: منازعة إدارية (اجتهاد محكمة التنازع)

عبر أكثر من قرار قضت محكمة التنازع بأنّ منازعة الصفقة العمومية التي تبرمها المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بتمويل من ميزانية الدولة تعتبر منازعة إدارية يختص بنظرها القضاء الإداري، كاستثناء من منازعات هذه المؤسسات العمومية التي تخضع كأصل عام لاختصاص القضاء العادي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - قرار غير منشور، ورد في: خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص 346-347

<sup>2</sup> - من هذه القرارات:- القرار غير المنشور الصادر في 04/07/2011، ورد في: بوحيدة عطا الله، الوجيز في القضاء الإداري، دار هومة، الطبعة الثانية 2013، ص 96 - القرار رقم 42 الصادر في 13/11/2007، مجلة مجلس الدولة، عدد 09 لسنة

والحال أنّ محكمة النزاع لم تستند هي الأخرى، في تقرير هذا الحل، لأي نص يتعلق بالاختصاص، بل استندت إلى مرسوم تنظيم الصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي 02-250 في 24/07/2002) الذي يفرض على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التعاقد عن طريق نظام الصفقات العمومية في حالة انجاز مشاريع ممولة جزئياً أو كلياً من ميزانية الدولة، ومن ثم استخلصت محكمة النزاع أنّ التعاقد بنظام الصفقات العمومية يفرض حتماً خضوع النزاع لولاية القضاء الإداري، على الرغم أنّ مرسوم الصفقات العمومية لا يتضمن أي حكم يتعلق بتحديد جهة الاختصاص القضائي<sup>1</sup>.

فالحاصل أنّ محكمة النزاع اجتهدت في توظيف المعيار المادي (صفقة عمومية / تمويل خزينة الدولة)، لتقرر اختصاص القضاء الإداري بمنازعة تخص أحد أشخاص القانون الخاص، هو المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

لقد رفضت محكمة النزاع هذا المنهج في وقت سابق، وعابت على مجلس الدولة أن يجتهد خارج النص، غير أنّها وقعت بدورها في هذه المخالفة، ونقضت بذلك منهجها في التأسيس والتأصيل

تجدر الإشارة في الأخير، أنّ الكثير من أساتذة القانون الإداري قد شايح هذا المذهب في الاجتهاد ولم يعترض عليه<sup>2</sup>، في حين تبني البعض الآخر منهم ذات الحل الذي يقرره الاجتهاد المذكور، لكنه يصل إليه من طريق آخر، هو التأسيس القانوني الذي يعتمد على نصي المادتين 55 و 56 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 88-01<sup>3</sup>.

غير أننا نرى أنّ هذا التأسيس فاسد ولا يستقيم، وكانت محكمة النزاع تستطيع الاستنجاد به، لكنها لم تفعل

1- وكذلك الأمر في كل المراسيم المتعاقبة الخاصة بالصفقات العمومية: المرسوم التنفيذي 91-434 في 9/11/1991، المرسوم الرئاسي 02-250 في 24/07/2002، المرسوم الرئاسي 10-236 في 7/10/2010، المرسوم الرئاسي 15-247 الحالي

2- أنظر مثلاً: - بوحيدة عطا الله، المرجع السابق، ص 95- لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 109 وما بعدها

3- أنظر مثلاً: - شيهوب مسعود، المبادئ العامة للمنازعات الادارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2005، ص 369 - بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، دار جصور، الطبعة الاولى 2007، ص 225- زروقي ليل وحمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 32

## 2- تقييم الاجتهاد القضائي: هل يملك القاضي سلطة تعديل قواعد الاختصاص؟

إنّ مجلس الدولة في الأمثلة المذكورة، بدلاً من الالتزام بالنصوص الصريحة التي تحدد مجال اختصاص القاضي الإداري، سار في اتجاه آخر، ووظّف المعيار المادي بشكل لم يقل به المشرّع، فاعتمد - في الحالة الأولى - على فحص طبيعة المحرر المطعون فيه، فيما إذا كان صادرًا من الإدارة، أو يشكل قرارًا أو عقدًا إداريًا، لينتهي إلى تقرير عدم اختصاص القاضي الإداري، ويُضيف بذلك استثناء آخرًا على نص المادة 7 قانون إجراءات مدنية.

واعتمد - في الحالة الثانية - على فحص طبيعة نشاط الشخص محل النزاع ( الحزب السياسي) وعلاقته بالدولة والنفع العام، لينتهي إلى مد اختصاص القاضي الإداري إلى نزاع لم تكن الإدارة أحد أطرافه

فمجلس الدولة على هذا النحو لم يلتزم بإرادة المشرّع، واجتهد ليجعل المعيار المادي مبدأً عامًا في تحديد اختصاص القاضي الإداري، ومن ثمّ يكون قد تجاوز سلطته، والأكثر من هذا، نجد محكمة التنازع قد سارت في ذات النهج (فيما يتعلق بالحالة الثالثة)، رغم اعتراضها عليه في وقت سابق!

إننا نرى أنّ مجلس الدولة ومحكمة التنازع لا يمكنهما أن يتجاوزا إرادة المشرّع الصريحة، ويبحثا عن حل خارج النصوص القانونية، وتأصيل ذلك:

- إنّ "معيار اختصاص القاضي الإداري" في النظام الجزائري هو معيار تشريعي، لا قضائي كما في النظام الفرنسي

- إنّ دور القضاء في مسألة قواعد الاختصاص بشكل خاص، هو دور كاشف لا منشئ، فدوره لا يتعد أعمال القواعد التي سنّها المشرّع، وتفسيرها عند الحاجة، ذلك أنّ المشرّع يكون قد أغلق الباب أمام القضاء عندما قنن قواعد الاختصاص بشكل مفصّل، وبالتالي فلا اجتهاد مع وجود النص.

### خاتمة : خلاصة الموضوع

إنّ المشرّع مدعو إلى إعادة النظر في تنظيم قواعد اختصاص القاضي الإداري، فمنهج لا يخلو من قصور على أكثر من مستوى، وفقًا لما بيّنا سابقًا

ولكن يبقى القضاء ملزمًا بتنفيذ إرادة المشرّع على ما فيها من علل وأوجه قصور، إلى حين تدخل هذا الأخير لتقويم الوضع

غير أنّ مجلس الدولة - وأحيانا محكمة التنازع - رأى غير ذلك، وأقحم نفسه في شأن تقويم قواعد الاختصاص، فاجتهد ليجعل مسألة معيار اختصاص القاضي الإداري أمرًا لا

يختلف عن مسألة معيار تطبيق القانون الإداري، ومن ثم انتهى إلى توظيف المعيار المادي كمبدأ عام، في حين أن منطق النصوص لا يوصل إلى هذه النتيجة بالضرورة، فالقاضي الإداري يمكن أن يطبق القانون الخاص مثلما يطبق القانون الإداري.

إذا كانت قواعد اختصاص القاضي الإداري - كما سنّها المشرّع - يعترها القصور، ولا تخدم الهدف من وجود قضاء إداري مستقل، فإن المشرّع هو المدعو وحده، لتصحيح هذا الوضع، ولا يجوز للقضاء (بما في ذلك محكمة النزاع) أن يُعقّب على إرادة المشرّع أو يتجاوزها، فيعدّل في قواعد الاختصاص من باب الاجتهاد، فلا اجتهاد مع النص. يجب على محكمة النزاع أن تضطلع بالدور الدستوري المنوط بها، في تفعيل قواعد الاختصاص الوظيفي بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وحراستها، ومن ثمّ يتوجب عليها الالتزام الصارم بمقتضيات النصوص القانونية في هذا الشأن.

## المنازعات الناتجة عن التحقيق العقاري المؤسس بموجب قانون 02/07

د. جديلي نوال - أستاذة محاضرة (ب)

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة المديّة

ملخص:

يعتبر التحقيق العقاري المؤسس بموجب قانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 آلية جديدة تهدف إلى تطهير الملكية العقارية الخاصة في المناطق غير المسووحة، وقد جاء لمعالجة السلبات التي خلفها التعامل بعقود الشهرة الملغاة بموجب القانون المذكور أعلاه، وبمقتضاه يتم تسليم الحائز بعد إجراء تحقيق ميداني سند ملكية قانوني يشهر في مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة، الذي يشكل نقطة الإنطلاق لحق الملكية التي يكرسها.

وعملية التحقيق بمختلف مراحلها قد تنشأ عنها منازعات يتعين الفصل فيها عن طريق الصلح أو باللجوء إلى القضاء، وقد تناول قانون التحقيق هاته المنازعات وكيفية حلها بالإضافة إلى مرسومه التنفيذي، وكذلك مختلف التعليقات الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية في هذا الشأن.

### Résumé:

L'enquête foncière est considérée en application de la loi 07/02 du 27/02/2007 comme nouveau mécanisme dont son but est l'assainissement de la propriété foncière privée dans les zones cadastrées. il a corrigé toutes les lacunes des actes notoriétés amandées par la loi cité ci haut. Cet effet il remit au propriétaire après une enquête sur place un acte officiel est publié dans les fiches personnelles ce qui est considéré comme un début pour précisé le droit de la propriété.

La procédure de l'enquête peut criée plusieurs conflit qui peuvent être régler par la médiation ou par voie judiciaire. la même loi a défini toute les étapes à suivre dans le domaine foncier ainsi que le décret exécutif et les diverses instructions émanant de la direction générale des domaines publics.

الكلمات المفتاحية: المنازعات العقارية، التحقيق العقاري، سندات الملكية، تطهير الملكية العقارية.

## مقدمة:

بموجب قانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 وضع المشرع آلية جديدة لتطهير الملكية العقارية الخاصة والمتمثلة في تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، وهذا الإجراء قد يباشر بصفة فردية وذلك بتقديم طلب من المدعي لحق الملكية كما قد يباشر بصفة جماعية بموجب قرار من الوالي، ويقوم به محقق عقاري يتم تعيينه من طرف المدير الولائي للحفظ العقاري حيث يتولى هذا الأخير الإشراف على العملية من بدايتها إلى نهايتها، وينتهي التحقيق في الأخير بتسليم المعنى بالأمر وهو طالب التحقيق مقرر التقييم العقاري الذي يتم إشهارة بالمحافظة العقارية المختصة، وذلك بالتأشير على مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة.

ويشكل الإجراء المنفذ هذا بمفهوم المادة 88 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 2 مارس 1976 نقطة الانطلاق لحق الملكية التي يكرسها، ويترتب على عملية التحقيق إثارة اعتراضات ومنازعات قضائية واسعة بين طالبي التحقيق وكل مدعي آخر بحقوق عينية عقارية على العقار المعنى بالتحقيق الميداني، ولكن بالرجوع إلى قانون التحقيق العقاري والمرسوم التنفيذي له يلاحظ أن المنازعة لا تنشأ فقط بين طالب التحقيق والجهة التي تشرف على عملية التحقيق وهي مدير الحفظ العقاري، كما يلاحظ أن المنازعة قد تكتسي الطابع الجزائي عندما يكتشف مدير الحفظ العقاري أن التقييم العقاري تم على أساس وثائق مزورة أو بناء على تصريحات كاذبة في بعض الحالات.

ولكن قبل اللجوء إلى القضاء يتعين النظر في هاته المنازعات أولاً على مستوى المصالح الولائية للحفظ العقاري عن طريق دراسة الاعتراضات المقدمة من ذوي المصلحة والفصل فيها بموجب محضر صلح.

وبناء على ما تقدم قسمت هذا البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: تسوية المنازعات أمام المديرية الولائية للحفظ العقاري.

المبحث الثاني: الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الناتجة عن عملية التحقيق العقاري.

المبحث الأول: تسوية المنازعات أمام المديرية الولائية للحفظ العقاري

بالرجوع إلى القانون 02/07<sup>1</sup> المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية والمرسوم التنفيذي له رقم 147/08<sup>2</sup> المؤرخ في 19/05/2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، وبتتبع المراحل

التي يمر بها التحقيق العقاري نلاحظ أن المنازعة في عملية التحقيق تكون على مرحلتين، فهناك منازعات تثور أثناء التحقيق العقاري، ومنازعات تنور بعد نهاية التحقيق.

### المطلب الأول: المنازعات الناتجة أثناء سير التحقيق العقاري

بعد تقديم طلب فتح التحقيق العقاري حسب الشروط التي نص عليها قانون التحقيق العقاري<sup>3</sup> والمرسوم التنفيذي له<sup>4</sup>، وصدور مقرر من مدير الحفظ العقاري بفتح التحقيق العقاري المتلمس بصفة فردية أو جماعية في أجل شهر من تاريخ استلام الطلب، والذي بموجبه يقوم بتعيين المحقق العقاري حيث يباشر عملية معاينة العقار بحضور المعني، ويقوم كذلك بالبحث والتحقيق في عناصر الحيازة وتدوين كل التصريحات المقدمة<sup>5</sup>.

و في الأخير يحرر محضرا مؤقتا للتحقيق العقاري خمسة عشر (15) يوما على الأكثر بعد تاريخ تنقله إلى عين المكان ويسجل فيه نتائج تحقيقه.

هذا المحضر يكون محل نشر عن طريق اللصق لمدة ثلاثين (30) يوما في مقر بلدية موقع العقار وخلال ثمانية (8) أيام على الأكثر، بعد تاريخ تحريره، لكي يطلع عليه الجمهور وذلك قصد تقديم الاحتجاجات والاعتراضات المحتملة.

و تبدأ المدة المفتوحة للاحتجاجات او الاعتراضات التي تساوي (30) يوما بعد ثمانية (8) أيام من بداية لصق المحضر المؤقت<sup>6</sup>.

تدون هذه الاحتجاجات والاعتراضات في السجل الخاص المفتوح لهذا العرض لدى مدير الحفظ العقاري الولائي<sup>7</sup>، هذا السجل الذي يختلف باختلاف ما إذا كان التحقيق ملتصق بصفة فردية أم بصفة جماعية، وبالتالي يوجد سجلين لتدوين الاعتراضات واحد خاص بالاعتراضات على عملية التحقيق الفردية وآخر مخصص للاعتراضات على عملية التحقيق الجماعية.

على المحقق أن يحدد جلسة صلح خلال ثمانية (8) أيام على الأكثر من بداية تاريخ إثارة الاحتجاج أو الاعتراض.

وعند الاقتضاء وقبل إجراء محاولة الصلح يقوم المحقق العقاري بتنقل ثان للميدان لدراسة الاحتجاجات أو الاعتراضات المثارة من طرف المالكين أو الحائزين المجاورين أو من طرف أي شخص يدعي بأحقية على حق عيني على العقار المعني<sup>8</sup>.

يقوم المحقق العقاري في التاريخ المحدد لجلسة الصلح بإجراء محاولة صلح بين الأطراف، ففي حالة حضور الأطراف إلى جلسة الصلح وكللت محاولة الصلح باتفاق، يعد المحقق العقاري محضر الصلح طبقا للنموذج المحدد في التعليمات المتعلقة بسر- عمليات التحقيق

العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية<sup>9</sup>، ويواصل الإجراء مع الأخذ بعين الاعتبار نتائج الإتفاق وفي هذه الحالة يقوم بإعداد المحضر النهائي للتحقيق.

أما إذا باءت محاولة الصلح بالفشل ولم يتفق الأطراف فإن المحقق العقاري يقوم بإعداد محضر عدم الصلح<sup>10</sup>، الذي يسلمه أثناء جلسة الصلح للأطراف ويبين في هذا المحضر- أن الإجراء موقف، وللطرف الذي أثار الإحتجاج أو الإعتراض في أجل شهرين (02) من تاريخ هذا المحضر الحق في رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة<sup>11</sup>.

أما في حالة عدم حضور الأطراف إلى جلسة الصلح المحددة خلال ثمانية (8) أيام من تاريخ إثارة الإحتجاج فلا قانون التحقيق العقاري ولا المرسوم التنفيذي له تكلمنا عن هذه الحالة لكن بالرجوع إلى التعليم رقم 7285 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية<sup>12</sup>، فإن هاته التعليمات ميزت بين حالتين:

الحالة الأولى: في حالة غياب المعارض وهو الشخص الذي يعترض على عملية معاينة حق الملكية العقارية ففي هذه الحالة على المحقق العقاري تخصيص جلسة صلح ثانية على أن لا يتعدى تاريخ انعقادها مدة شهر بعد إرسال الإستدعاءات لكل الطرفين.

وفي غياب المعارض في الجلسة الثانية يقوم المحقق العقاري بإعداد محضر- عدم جدوى جلسة الصلح (PV de Carence) ومن ثم يعتبر الإعتراض بدون أثر مع إخطار المعارض بذلك، ويتم مواصلة إجراءات التحقيق بصفة عادية كما أشرنا أعلاه.

الحالة الثانية: وهي حالة غياب المعارض ضده وهو الشخص الذي طالب بالحصول على سند ملكية في إطار قانون التحقيق العقاري ففي هذه الحالة كذلك تخصيص جلسة صلح ثانية على أن لا يتعدى تاريخ انعقادها مدة شهر المحددة أعلاه بعد إرسال الإستدعاءات لكلا الطرفين.

و في حالة غياب المعارض ضده أثناء الجلسة الثانية يتعين على المحقق العقاري إعداد محضر عدم صلح مع احترام أحكام المادة 12 من قانون 02 /07 (قانون التحقيق العقاري) أي أنه يكون للمعارض في هذه الحالة حق اللجوء إلى القضاء خلال مهلة شهرين اثنين.

**المطلب الثاني: المنازعات الناتجة بعد انتهاء التحقيق**

تنص المادة 17 من قانون التحقيق العقاري على ما يلي: "إذا لم يفض التحقيق العقاري إلى نتيجة، يعد مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي مقرا مسببا يتضمن رفض التقييم العقاري، و يكون المقرر المذكور أعلاه قابلا للطعن أمام الجهة القضائية المختصة خلال الآجال المقررة قانونا.

يبلغ مقرر الرفض حسب الحالة إلى المعني أو الوالي في أجل أقصاه ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ الطلب المنصوص عليه في المادة 4 أعلاه".

بموجب هاته المادة فإن التحقيق العقاري إذا لم يؤدي إلى أي نتيجة فإن المدير الولائي للحفظ العقاري يصدر مقررًا مسببًا برفض التقييم العقاري، ويلاحظ في هذه الحالة أن المعني بالأمر لا يستطيع أن يتظلم أمام الجهة مصدرة القرار وإنما طبقًا للمادة 17 أعلاه، فإنه يطعن في المقرر مباشرة أمام الجهة القضائية المختصة كما أنه في حالة انتهاء التحقيق العقاري، وقيام مدير الحفظ العقاري بتسليم مقرر التقييم الذي يجب أن يشهر في البطاقات العقارية المؤقتة.

كما يقوم المحافظ العقاري على إثر ذلك بتسليم المعني سند ملكية يكون مطابقًا للنموذج المحدد بموجب المرسوم 148/07<sup>14</sup>.

وفي حالة اكتشاف أن التقييم كان على أساس تصريحات غير صحيحة وبموجب وثائق مزورة هنا يقوم المدير الولائي للحفظ العقاري برفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة للمطالبة بإلغاء التقييم العقاري المعني، كما عليه أن يقدم شكوى أمام وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني.

**المبحث الثاني: الجهات القضائية المختصة بالنظر في المنازعات الناتجة عن عملية التحقيق العقاري.**

يترتب على الاعتراضات التي تثار أثناء عملية التحقيق العقاري منازعات يتعين عرضها على الجهات القضائية المختصة، طبقًا لمعايير وضوابط موضوعية وشكلية حددتها القواعد العامة<sup>15</sup> وتختلف الجهة القضائية المختصة باختلاف طبيعة النزاع أو إذا ما كان أحد طرفي النزاع جهة يحكمها القانون العام، مما يستدعي تدخل القضاء العقاري أو القضاء الإداري بحسب كل حالة، كما هناك حالات أخرى يتدخل فيها القضاء الجزائي كما سيأتي بيانه.

**المطلب الأول: المنازعات التي يختص بها القضاء العقاري**

بما أن قانون التحقيق العقاري يتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية الخاصة في المناطق غير المسوَّحة فهو يعد على أساس قواعد الحيازة و التقادم المكسب، ولذلك تقضى أحكام قانون التحقيق العقاري بضرورة تنقل العون المحقق إلى الميدان لمعينة توافر شروط الحيازة القانونية الصحيحة للحائز صاحب الطلب<sup>16</sup> بحيث يقوم المحقق العقاري بمجرد الأملاك التي ليس لها سند ويسجل وقائع الحيازة التي يصرح بها صاحب الطلب أو المعني التي تمت معاينتها من قبله.

كما يبحث لدى المالكين أو الحائزين للعقارات المجاورة أو لدى أي أشخاص آخرين لديهم معلومات مفيدة بشأن الوضعية القانونية والمحتوى المادي للعقار موضوع التحقيق<sup>17</sup>. وقد تطرأ نزاعات في هذا الشأن بين الملاك أو الحائزين المجاورين الذين يمكن لهم تقديم اعتراضات أو احتجاجات أمام العون أو بالسجل الخاص بذلك على مستوى المصالح الولاية للحفاظ العقاري كما أشرنا سابقا.

في حالة فشل محاولة الصلح التي يقوم بها المحقق العقاري وتحريره لمحضر عدم الصلح يبين فيه أن الاجراءات قد توقفت إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي . وهنا يجوز للمعترض إبتداء من تاريخ تسلمه للمحضر المذكور أعلاه خلال مدة شهرين اثنين (2) أن يرفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة<sup>18</sup>.

ويكون القضاء العقاري هو المختص في هذه الحالة لأن الطعن سينصب على أركان وشروط وصفة الحياةز للحائز صاحب الطلب المعنى بإجراءات التحقيق، والتي تثبت أن الحائز يمارس حيازة على ملك الغير بسند ملكية صحيح، أو أن الحيازة كانت بصفة عرضية أو معيبة بعيب الإكراه أو اللبس والخفاء<sup>19</sup>.

ويجب أن ترفع الدعوى أمام القسم العقاري للمحكمة الواقع بدائرة اختصاصها العقار محل التحقيق خلال شهرين مع وجوب شهر هذه الدعوى بالمحافظة العقارية المختصة، خلال مدة ثمانية أيام على الأكثر التي تلي نهاية مدة شهرين في مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة<sup>20</sup>، كما يشترط كذلك تقديم محضر عدم الصلح المحرر من طرف المحقق العقاري تحت طائلة رفض الدعوى في الشكل، ويتجدر الملاحظة في هذا المجال أنه من الناحية العملية في بعض الأحيان يتم إدخال مديرية الحفظ العقاري في الخصام، لكن هذا لا يجعل من المنازعات من اختصاص القضاء الإداري، وهو ما أقرته المحكمة العليا حيث أن مجرد حضور جهة إدارية في نزاع قضائي قائم بين شخصين خاضعين للقانون الخاص لا يجعل القضاء الإداري مختصا نوعيا بالفصل فيه.<sup>21</sup>

**المطلب الثاني: المنازعات التي يختص بها القضاء الإداري**

بالإستناد المعيار العضوي الذي كرسه المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أن "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

يفهم من خلال هاته المادة أن كل نزاع تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيه يكون من اختصاص القاضي الإداري، وبالتالي وباعتبار مديرية الحفظ العقاري مصلحة إدارية غير مركزية، فإن القرارات الصادرة عن المدير الولائي للحفظ العقاري بشأن عملية التحقيق تكون قابلة للطعن فيها بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية وذلك في الحالات التالية:

**الحالة الأولى:** في حالة عدم قبول طلب التحقيق، فبعد قيام طالب التحقيق بتسجيله لطلبه بمديرية الحفظ العقاري، يقوم هذا الأخير بدراسة الطلب وفي حالة عدم قبوله لطلب فتح التحقيق يصدر مذكرة بذلك وتبلغ مذكرة رفض طلب التحقيق إلى المعنى بالأمر<sup>22</sup>، ويجوز لطالب التحقيق أن يلجأ إلى المحكمة الإدارية يطلب فيها إلغاء قرار المدير الولائي للحفظ العقاري برفض فتح التحقيق إذا كان غير مشروع وإن كانت هاته الحالة لم ينص عليها قانون التحقيق العقاري، ولكنها تجب أساسها بالرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بخضوع كافة القرارات الإدارية لرقابة القضاء تطبيقاً لمبدأ المشروعية.

وترفع هذه الدعوى أمام المحكمة الإدارية الواقع بدائرة اختصاصها العقار محل التحقيق، في أجل أربعة 4 أشهر من تاريخ تبليغ المعنى بمذكرة الرفض طبقاً لنص المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ويكون موضوعها هو إلغاء مذكرة رفض طلب التحقيق العقاري، وإلزام مديرية الحفظ العقاري بمواصلة التحقيق العقاري.

**الحالة الثانية:** حالة رفض التقييم العقاري، بحيث إذا انتهى التحقيق العقاري، دون تحقيق نتيجة تثبت حق المعنى (طالب التحقيق) في التقييم العقاري، يحرر مدير الحفظ العقاري الولائي مقررًا مسببًا يتضمن رفض التقييم العقاري ويبلغ مقرر الرفض حسب الحالة إلى المعنى أو الوالي (في حالة التحقيق الجماعي) وفي أجل أقصاه ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ إيداع الطلب<sup>23</sup>، وفي هذه الحالة يحق للمعنى الطعن بالإلغاء في قرار مدير الحفظ العقاري في أجل أربعة (4) أشهر ابتداء من تاريخ تبليغه بالمقرر أمام المحكمة الإدارية الواقع بدائرتها العقار محل التحقيق<sup>24</sup>.

**الحالة الثالثة:** في حالة اكتشاف تقييم تم على أساس تصريحات غير صحيحة أو بناء على وثائق مزورة، يقوم مسؤول مصالح الحفظ العقاري برفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء التقييم العقاري للمعنى.

ويقدم شكوى أمام وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية وهو ما جاءت به المادة 18 من قانون التحقيق العقاري وترفع هذه الدعوى -دعوى إلغاء التقييم- باسم وزير المالية مثلا من طرف مدير الحفظ العقاري الولائي<sup>25</sup> أمام المحكمة الإدارية المختصة، وتجدر الإشارة أن دعوى إلغاء التقييم لا ترفع فقط من قبل مدير الحفظ، وإنما قد يكون مقرر التقييم العقاري قابلا للطعن فيه بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري من طرف صاحب الطلب نفسه، وهذا في حالة اكتشافه لخطأ في المساحة أو في الحدود<sup>26</sup>، كما يحق للغير أن يرفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء مقرر التقييم العقاري إذا تم التقييم العقاري على عقار مملوك له أو في حيازته أو يملك فيه حقوق عقارية.

وتجدر الإشارة أنه في حالة صدور قرار من المحكمة الإدارية بإلغاء مقرر التقييم فإنه يترتب عليه إلغاء آثاره والمتمثلة في سند الملكية الذي يعده المحافظ العقاري بناء على مقرر التقييم<sup>27</sup>، وهذا تطبيقا للقاعدة التي تقتضي بأنه ما بني على باطل فهو باطل.

#### المطلب الثالث: المنازعات التي يخص بها القضاء الجزائري

تنص المادة 3 من قانون التحقيق العقاري على وجوب رفع دعوى إلغاء التقييم العقاري وتقديم شكوى أمام وكيل الجمهورية وذلك في حالة اكتشاف ترقيم عقاري تم بناء على وثائق مزورة أو تصريحات أو شهادات كاذبة، فهنا على مدير الحفظ العقاري أن يقوم بتقديم شكوى أمام وكيل الجمهورية المختص من أجل تحريك الدعوى العمومية وكذلك رفع دعوى أمام القضاء الإداري للمطالبة بإلغاء مقرر التقييم العقاري كما أشرنا سابقا على أساس أنه مضي على معلومات ومعطيات خاطئة وغير صحيحة.

وفي حالة تم رفع الدعويين في آن واحد فإنه في الغالب تتوقف الدعوى القضائية المرفوعة أمام القضاء الإداري إلى غاية الفصل في الدعوى الجزائية، وقد يقتضي -إثبات هذه الوقائع ذات الوصف الجزائي ضرورة الحصول على حكم جزائي نهائي، يقضي بإدانة صاحب الطلب بتهمة التصريح الكاذب أو التزوير أو استعمال المزور، للاستناد عليها في رفع دعوى إلغاء التقييم العقاري أمام المحكمة الإدارية المختصة<sup>28</sup>.

خاتمة:

وختاما لما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قانون 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري والمرسوم التنفيذي له، قد حاول التطرق لكل تفاصيل العملية من بدايتها إلى نهايتها، وخصوصا فيما يتعلق بموضوع المنازعات التي تنشأ عن هاته العملية وهذا لتدارك السلبيات

والمشاكل التي خلفها العمل بعقود الشهرة الملقاة والتي أدت إلى ظهور نزاعات معقدة أمام القضاء، باعتبار أن التحقيق العقاري آلية جديدة من آليات تطهير الملكية العقارية في التشريع الجزائري خلفا لعقود الشهرة، فقد فتح المشرع المجال للمنازعة في العملية عن طريق تقديم الاعتراضات والإحتجاجات سواء على مستوى المديرية الولائية للحفاظ العقاري أو عن طريق رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة، وبين طريقة تسويتها وبذلك فهو يعطي للسند الذي يتحصل عليه طالب التحقيق في آخر العملية القوة الشبوتية الضرورية لتطهير الملكية العقارية وجعل حقه ثابت إلى حين مرور فرق المسح وتسليمه الدفتر العقاري.

#### قائمة المصادر و المراجع و الهوامش:

- 1- قانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس لجراء معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 28/02/2007 المسمى قانون التحقيق العقاري.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 19/05/2005 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، الجريدة الرسمية رقم 26 المؤرخة في 25 ماي 2008.
- 3- المادة 04 من قانون التحقيق العقاري المرجع السابق.
- 4- المادة 03 من المرسوم التنفيذي 147/08، المرجع السابق.
- 5- المادة 11 من المرسوم 147/08، المرجع السابق.
- 6- المادة 12 من المرسوم التنفيذي 147/08 المرجع السابق.
- 7- التعليم (03) المؤرخة في 27/09/2008 المتعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، ص 13.
- 8- المادة 14 من المرسوم 147/08 المرجع السابق.
- 9- الملحق رقم 17 من التعليم (03) المرجع السابق.
- 10- الملحق رقم 18 من التعليم (03) المرجع السابق.
- 11- المادة 16 من المرسوم 147/08 المرجع السابق.
- 12- التعليم رقم 7285 المتعلقة بكيفية معالجة غياب المعارض أو المعارض ضده أثناء جلسة الصلح الصادرة في 15/07/2014 عن مديرية العامة للأموال الوطنية.
- 13- المادة 20 من المرسوم 148/07 المرجع السابق.
- 14- المادة 21 من المرسوم 148/07 المرجع السابق.
- 15- محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، منشورات البغدادى، 2009، ص 335، المرجع السابق.
- 16- المادة 10 من قانون التحقيق العقاري المرجع السابق.
- 17- المادة 11 من المرسوم 147/08، المرجع السابق.
- 18- المادة 12 من قانون التحقيق العقاري، المرجع السابق
- 19- محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 340.

- <sup>20</sup> - المادة 17 من المرسوم التنفيذي 147/08 المرجع السابق.
- <sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 621245 المؤرخ في 14/10/2010 مجلة المحكمة العليا عدد 01 سنة 2011 ص 137.
- <sup>22</sup> - التعليم رقم (3) المرجع السابق ص 05.
- <sup>23</sup> - المادة 17 من قانون التحقيق العقاري، المرجع السابق.
- <sup>24</sup> - المادة 829 من قانون 09/08 المؤرخ في 21/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر رقم 21 مؤرخة في 23/04/2008.
- <sup>25</sup> - التعليم 6508 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية الصادرة بتاريخ 21 أوت 2007.
- <sup>26</sup> - أحمد مقدم، التحقيق العقاري كآلية للتطهير العقاري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2015 ص 108.
- <sup>27</sup> - المادة 21 من المرسوم 147/08 المرجع السابق.
- <sup>28</sup> - محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، منشورات البغدادي 2009، المرجع السابق ص 339.

## التنظيم القانوني لأخلاقيات العمل الإعلامي في الجزائر

د/ نادية بوخرص

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

جامعة د. يحي فارس-المدينة

ملخص:

إن الثورة التكنولوجية في عالم الاتصالات أدت إلى تغير المشهد الإعلامي بالكامل وظهور مشاكل أخلاقية جديدة أضيفت إلى المشاكل الموجودة من قبل كالمنافسة القوية بين وسائل الإعلام، والتي تضع ضغوطا على المؤسسة الإعلامية للحصول على معلومات بأي وسيلة ممكنة وكذا تغير الجمهور الذي أصبح أكثر سعيا ورغبة في أخبار أكثر سرعة ومن أكثر من مصدر.

وتنصب مشكلة هذه الدراسة في بحث الأطر والضوابط الأخلاقية للعمل الإعلامي في الجزائر سواء الواردة في ميثاق الشرف الإعلامي أو في التشريعات الإعلامية، وتوضيح المسؤولية المترتبة على مخالفتها.

الكلمات المفتاحية: أخلاقيات مهنة الصحافة، ميثاق الشرف الإعلامي، التشريعات الإعلامية مسؤولية الصحافة.

### Résume :

La révolution technologique dans le monde des communications a conduit à un changement dans le paysage médiatique complètement et l'émergence de nouveaux problèmes éthiques ont été ajoutés aux problèmes existants par une forte tels que la concurrence entre les médias, qui a mis la pression sur l'organisation des médias pour obtenir des informations de quelque manière que possible, ainsi que le changement du public, qui est devenu plus à la poursuite du désir Nouvelles plus de vitesse et plus d'une source.

L'objectif du problème de cette étude est d'examiner les cadres éthiques et contrôle le travail des médias en Algérie, à la fois dans la Charte des médias ou en l'honneur de la législation sur les médias, et de clarifier la responsabilité de la violation.

**Mots-clés:** l'éthique du journalisme, charte des médias d'honneur, la législation sur les médias, la responsabilité des médias

مقدمة:

ترتبط أخلاقيات الممارسة الإعلامية في دول عديدة بالتقاليد والأعراف أكثر من ارتباطها بالقوانين، لذا اهتمت العديد من الدول بإصدار ميثاق شرف إعلامية تحوي المعايير الأخلاقية التي يجب أن يسير على نهجها العام الصحفيين لتحقيق أكبر قدر من الأمانة والصدق في نقل المعلومات.

ولاشك أن مجتمع المعلومات اليوم وفي ظل البث الفضائي من خلال الأقمار الصناعية واستخداماتها الواسعة، قد تجاوز الحدود الجغرافية للدول ذات الثقافات والتوجهات المختلفة، ومن خلال الرسائل الإعلامية يمكن التأثير على القيم والاتجاهات والعادات والمفاهيم والسياسات، وهذا ما يتطلب كفاءات معرفية عالية.

ولعل أهمية تناول موضوع الإعلام والأخلاق تكمن في كونه موضوعا ملحا تضافر عليه صفة الراهنية، فالطفرة التكنولوجية التي طالت تكنولوجيا الإعلام والاتصال والمعلومات بجانب انفجار عدد السواتل والكوابل والفضائيات ذات البث العابر للحدود وكذلك المتعدد الأقطاب والإنترنت بأجياله المختلفة، م تترك للدولة أو للقانون الوطني الدور المركزي الذي كان يميزها في حماية منظومة الأخلاق والقيم بوجه ما تأتي به الفضائيات أو يروج بشبكة الإنترنت، فالكل أضحي بمقدوره بث ما يريد ونشر ما يريد بصرف النظر عما تعارف عليه الناس وما نصت عليه القوانين.

ويقصد بأخلاقيات المهنة الإعلامية: " مجموعة القواعد المتعلقة بالسلوك المهني والتي وضعتها هيئة منظمة لكافة أعضائها، حيث تحدد هذه القواعد وتراقب تطبيقها وتسهر على احترامها، وهي أخلاق وآداب جماعية وواجبات مكملة أو معوضة للتشريع وتطبيقاته من قبل القضاة"<sup>1</sup>.

والإشكالية التي يعالجها هذا الموضوع تتمثل في: ما مدى تأثير الإخلال بأخلاقيات المهنة الواردة في الميثاق والتشريعات على الالتزام بالمسؤولية الإعلامية؟ .

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الموضوع إلى مبحثين، يتناول الأول: الإطار القانوني لأخلاقيات العمل الإعلامي، ويتعلق الثاني بنطاق القوة الإلزامية لأخلاقيات العمل

<sup>1</sup> عبد اللطيف حمزة ، أزمة الضمير الخلفي، ط 4 ، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1996 ، ص 170.

الإعلامي، وقد اعتمدنا في ذلك المنهج الوصفي في صورة تحليل المضمون لرصد النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع ومحاولة تحليلها للوصول إلى نتائج واقتراح توصيات.

### المبحث الأول: الإطار القانوني لأخلاقيات العمل الإعلامي

لأجل تنظيم مهنة الإعلام ووضعها أمام مسؤوليتها الاجتماعية صدرت عدة تشريعات إعلامية جزائرية تزامنت مع التطور الحاصل في وسائل الإعلام والاتصال، وقد تناولت في مجملها أخلاقيات العمل الإعلامي وبينت ضرورة الالتزام بها حتى ترتقي بمضمون الرسالة الإعلامية وترفع من درجة مصداقية الوسيلة الإعلامية لدى الجمهور.

### المطلب الأول: أخلاقيات العمل الإعلامي على ضوء قانون الإعلام

يقصد بقانون الإعلام: مجموعة القواعد القانونية الناظمة للعملية الإعلامية ووسائلها ونشاطاتها كافة، حيث تبين هذه القواعد ضوابط النشاط الإعلامي والمسؤولية الناجمة عن خرقها ومن هذه الضوابط نجد أخلاقيات المهنة التي تناولتها مختلف قوانين الإعلام الجزائرية.

### الفرع الأول: أخلاقيات المهنة من خلال القانون رقم 01-82 والقانون رقم 07-90 المتعلقان بالإعلام

نتناول في هذا الفرع أخلاقيات العمل الإعلامي التي وردت في القانونين رقم 01-82 ورقم 07-90 المتعلقين بالإعلام رغم إلغائهما، وذلك بهدف الإحاطة بالتنظيم القانوني لتلك الأخلاقيات منذ الاستقلال.

#### أولاً: أخلاقيات المهنة من خلال القانون رقم 01-82:

يعتبر القانون رقم 82- 01 المؤرخ في 06/02/1982 المتعلق بالإعلام<sup>1</sup> أول قانون إعلام في الجزائر، حيث تناول بعض حقوق وواجبات الصحفي، إذ تنص المادة 43 منه على أن: " يجب على الصحفي المحترف، زيادة على احترام مبادئ الأخلاق المهنية والمسؤولية الاجتماعية الواردة في المادة 48 أدناه، أن يجعل عمله مندرجا في إطار السموم بالمثل العليا لتحرير الإنسان والسلام والتعاون ضمن روح العدالة والمساواة بين الشعوب"، وبالرجوع للمادة 48 من نفس القانون التي تنص على أن: " سر المهنة حق و واجب معترف به للصحفيين الذين تسري عليهم أحكام هذا القانون"، يلاحظ أن المشرع حصر أخلاقيات المهنة في حدود السر المهني.

<sup>1</sup> القانون رقم 82- 01 المؤرخ في 06/02/1982 المتعلق بالإعلام

كما تطرق هذا القانون إلى بعض الأخلاقيات من خلال المادة 42 منه التي تنص على أن: " يجب على الصحفي المحترف كما يحدده هذا القانون:

• أن يمارس مهنته ضمن منظور عمل نظامي في خدمة الاختيارات التي تتضمنها النصوص الأساسية للبلاد،

- أن يجتنب من إدخال أخبار خاطئة أو غير ثابتة ومن نشرها أو السماح بنشرها،
- أن يجتنب من استعمال الامتيازات المرتبطة بمهنته في أغراض شخصية،
- أن يجتنب من تقديم أي عمل يمجد مزايا مؤسسة أو مادة يعود بيعها أو نجاحها عليه بفائدة مادية بصورة مباشرة أو غير مباشرة".

يلاحظ أن القانون 82-05 لم ينظم أخلاقيات المهنة بشكل دقيق وإنما أشار إليها في نصوص متفرقة تضمنت بعض واجبات الصحفي المهنية.

#### ثانيا: أخلاقيات المهنة من خلال القانون رقم 90-07

يعتبر القانون العضوي رقم 90-07 المؤرخ في 03/04/1990 المتعلق بالإعلام<sup>1</sup> من بين أهم المكتسبات التي حققتها الجزائر بعد أحداث أكتوبر 1988 ودستور 1989، حيث فتح هذا القانون أبواب الممارسة الديمقراطية والتعددية الإعلامية ورفع احتكار الدولة للملكية الصحف، كما نظم مقاييس أخلاقيات المهنة الصحفية وآدابها على النحو التالي:

- يمارس حق الإعلام بحرية مع احترام كرامة الشخصية الإنسانية ومقتضيات السياسة الخارجية والدفاع الوطني<sup>2</sup>.

- يجب أن لا تشمل النشرية الدورية والمتخصصة الوطنية والأجنبية كيفما كان نوعها ومقصدها على كل ما يخالف الخلق الإسلامي والقيم الوطنية وحقوق الإنسان أو يدعو إلى العنصرية والتعصب والخيانة سواء كان ذلك رسما أو صورة أو حكاية أو خبرا أو بلاغا، كما يجب ألا تشمل هذه النشريات على أي إشهار أو إعلان من شأنه أن يشجع العنف والجروح<sup>3</sup> - للصحفيين المحترفين الحق في الوصول إلى مصادر الخبر، وهذا الحق لا يميز للصحفي أن ينشر أو يفضي بالمعلومات التي من طبيعتها ما يلي<sup>4</sup>:

أن تمس أو تهدد الأمن الوطني أو الوحدة الوطنية أو أمن الدولة، أن تكشف سرا من أسرار

<sup>1</sup> القانون العضوي رقم 90-07 المؤرخ في 03/04/1990 المتعلق بالإعلام، ج ر عدد 14.

<sup>2</sup> المادة 03 من القانون 90-07.

<sup>3</sup> المادة 26 من القانون 90-07.

<sup>4</sup> المادتان 35 و36 من القانون 90-07.

الدفاع الوطني أو سرا اقتصاديا أو استراتيجيا، أن تمس بحقوق المواطن وحرية الدستورية، أن تمس بسمعة التحقيق القضائي.

- السر المهني هو حق للصحفيين الخاضعين لأحكام هذا القانون وواجب عليهم، ولا يمكن أن يتذرع بالسر المهني على السلطة القضائية المختصة في الحالات التالية: مجال سر الدفاع الوطني كما هو محدد في التشريع المعمول به، الإعلام الذي يعني الأطفال والمراهقين، الإعلام الذي يمس امن الدولة مساسا واضحا، والإعلام الذي يمتد إلى التحقيق والبحث القضائيين.

كما أن القانون 90-07 استعرض أخلاق وآداب المهنة بشكل مستقل من خلال المادة 40 التي نصت على ما يلي: "يتعين على الصحفي المحترف أن يحترم بكل صرامة أخلاق وآداب المهنة أثناء ممارسته لمهنته، ويجب عليه خصوصا أن يقوم بما يأتي:

- احترام حقوق المواطنين الدستورية وحياتهم الفردية،
  - الحرص الدائم على تقديم إعلام كامل وموضوعي،
  - تصحيح أي خبر يتبين انه غير صحيح،
  - التحلي بالنزاهة و الموضوعية والصدق في التعليق على الوقائع والأحداث،
  - الامتناع عن التنويه المباشر وغير المباشر بالعرقية وعدم التسامح والعنف،
  - الامتناع عن الانتحال، والافتراء، والقذف، والشائعات،
  - الامتناع عن استغلال السمعة المرتبطة بالمهنة في أغراض شخصية أو مادية،
  - يحق للصحفي أن يرفض أي تعليمة تحليلية آتية من مصدر آخر غير مسؤولي التحرير".
- كما خصص الباب السادس من القانون هيئة جديدة على الساحة الإعلامية وهي المجلس الأعلى للإعلام الذي حل محل وزارة الاتصال، وهو سلطة إدارية مستقلة تتمتع بعدة صلاحيات من شأنها الرقي بالمهنة، كما انه يهتم بمسائل الأخلاقيات المهنية، فقد شكل لجان الأولى خاصة بأخلاقيات المهنة والثانية خاصة بالتنظيم المهني و اللتان تهدفان إلى تنظيم الممارسة الإعلامية وتحديد الأخلاقيات والقواعد المهنية وكذا السهر على الالتزام بها، وقد تم إلغاء المجلس الأعلى للإعلام<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 37 من القانون 90-07.

<sup>2</sup> الغي بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-93 المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، يخص بعض أحكام القانون رقم 90-07 المؤرخ في 03/04/1990 المتعلق بالإعلام، ج ر عدد 69.

يلاحظ أن القانون 90-07 قد تناول أخلاقيات المهنة بنوع من التفصيل، إلا أن تجميده سنة 1992 بموجب إعلان حالة الطوارئ وإلغاء المجلس الأعلى للإعلام حال دون تطبيقه على أرض الواقع.

الفرع الثاني: أخلاقيات المهنة من خلال القانون رقم 12-05 المتعلق بالإعلام

نتيجة الإصلاحات التي وعد بها رئيس الجمهورية في افريل 2011، صدر القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالإعلام، الذي تضمن 133 مادة موزعة على 12 باب، حيث يهدف هذا القانون إلى تحديد المبادئ والقواعد التي تحكم ممارسة الحق في الإعلام وحرية الصحافة.

إن ممارسة أنشطة الإعلام\* بحرية مضمون، مع ضرورة عدم الخروج عن ضوابط الممارسة الإعلامية التي بيّنتها المادة 02 من خلال احترام:

الدستور وقوانين الجمهورية، الدين الإسلامي وباقي الأديان، الهوية الوطنية والقيم الثقافية للمجتمع، السيادة الوطنية والوحدة الوطنية، متطلبات أمن الدولة والدفاع الوطني، متطلبات النظام العام، المصالح الاقتصادية للبلاد، مهام والتزامات الخدمة العمومية، حق المواطن في إعلام كامل وموضوعي، سرية التحقيق القضائي، الطابع التعددي للآراء والأفكار، كرامة الإنسان والحريات الفردية والجماعية.

وتطرق المشرع في الباب السادس من القانون 12-05 لكل ما يتعلق بممارسة مهنة الصحفي بعنوان: " مهنة الصحفي وآداب وأخلاقيات المهنة"، حيث وعلى خلاف قوانين الإعلام السابقة (الملغاة) فقد أدرج قانون 2012 أخلاقيات المهنة في الفصل الثاني من الباب السادس بعنوان: " آداب وأخلاقيات المهنة"، ونظمها من خلال المواد من: 92 إلى 99 منه. وتنص المادة 92 على أن: " يجب على الصحفي أن يسهر على الاحترام الكامل لآداب وأخلاقيات المهنة خلال ممارسته للنشاط الصحفي.

زيادة على الأحكام الواردة في المادة 02 من هذا القانون العضوي، يجب على الصحفي على الخصوص:

- احترام شعارات الدولة ورموزها،

<sup>1</sup> القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالإعلام، ج ر عدد 02.

\* يقصد بالأنشطة الإعلامية: كل نشر أو بث لوقائع، أحداث أو رسائل أو آراء أو أفكار أو معارف، عبر أية وسيلة مكتوبة أو مسموعة أو متلفزة أو الكترونية، وتكون موجهة للجمهور أو لفئة منه، المادة 03 من القانون 12-05.

- التحلي بالاهتمام الدائم لإعداد خبر كامل وموضوعي،
  - نقل الوقائع والأحداث بنزاهة وموضوعية،
  - تصحيح كل خبر غير صحيح،
  - الامتناع عن تعريض الأشخاص للخطر،
  - الامتناع عن المساس بالتاريخ الوطني،
  - الامتناع عن تمجيد الاستعمار،
  - الامتناع عن الإشادة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالعنصرية وعدم التسامح والعنف،
  - الامتناع عن السرقة الأدبية والشاوية والقذف،
  - الامتناع عن استعمال الخطوة المهنية لأغراض شخصية أو مادية،
  - الامتناع عن نشر أو بث صور أو أقوال تمس بالخلق العام أو تستفز مشاعر المواطن".
- بالإضافة إلى أخلاقيات أخرى وردت في نصوص متفرقة منها:
- امتناع الصحفي عن انتهاك الحياة الخاصة للأشخاص وشرفهم واعتبارهم، و امتناعه عن انتهاك الحياة الخاصة للشخصيات العمومية بصفة مباشرة أو غير مباشرة<sup>1</sup>
  - السر المهني الذي يعد حقا وواجبا بالنسبة للصحفي والمدير مسؤول كل وسيلة إعلام<sup>2</sup> ويقصد به حق الصحفي في الوصول إلى مصادر الخبر، وعدم الإدلاء بها.
  - ويجب على كل الهيئات والإدارات و المؤسسات أن تزود الصحفي بالأخبار والمعلومات التي يطلبها بما يكفل حق المواطن في الإعلام، ما عدا في الحالات التالية<sup>3</sup>:
  - عندما يتعلق الخبر بسر الدفاع الوطني كما هو محدد في التشريع المعمول به.
  - عندما يمس الخبر بأمن الدولة أو السيادة الوطنية مساسا واضحا.
  - عندما يتعلق الخبر بسر البحث والتحقيق القضائي.
  - عندما يتعلق الخبر بسر اقتصادي استراتيجي، و عندما يكون من شأن الخبر المساس بالسياسة الخارجية والمصالح الاقتصادية للبلاد.
- وتجدر الإشارة إلى أن القانون 05-12 أكد ولأول مرة على إمكانية فتح قطاع السمعي البصري الذي ظل محتكرا لسنوات، وهو ما تضمنه الباب الرابع منه والذي جاء بعنوان: " النشاط السمعي البصري"، حيث نصت المادة 61 على أن: " يارس النشاط السمعي

<sup>1</sup> المادة 93 من القانون 05-12.

<sup>2</sup> المادة 85 من القانون 05-12.

<sup>3</sup> المادتان 83 و 84 من القانون 05-12.

البصري من قبل: هيآت عمومية، مؤسسات وأجهزة القطاع العمومي، المؤسسات أو الشركات التي تخضع للقانون الجزائري".

**المطلب الثاني: أخلاقيات العمل الإعلامي على ضوء قانون السمععي البصري**

تطبيقا للمادة 65 من القانون 12-05 المتعلق بالإعلام، صدر القانون رقم 14-04 المؤرخ في 24/02/2014 المتعلق بالنشاط السمععي البصري<sup>1</sup>، والذي تضمن 113 مادة موزعة على سبعة أبواب.

وقد تناول هذا القانون موضوع أخلاقيات العمل الإعلامي من خلال الإشارة إلى أن القواعد العامة المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني أو للبث الإذاعي تحدد بدفتر الشروط العامة الذي يتضمن عدة التزامات تصب في إطار أخلاقيات العمل الإعلامي ومنها<sup>2</sup>:

- احترام متطلبات الوحدة الوطنية والأمن والدفاع الوطنيين والمصالح الاقتصادية والدبلوماسية للبلاد.

- احترام سرية التحقيق القضائي.

- الالتزام بالمرجعية الدينية الوطنية واحترام المرجعيات الدينية الأخرى وعدم المساس بالمقدسات والديانات الأخرى.

- احترام مقومات ومبادئ المجتمع، واحترام متطلبات الآداب العامة والنظام العام.

- الامتثال للقواعد المهنية وآداب وأخلاقيات المهنة عند ممارسة النشاط السمععي البصري مهما كانت طبيعته ووسيلة وكيفية بثه.

- التزام الحياد والموضوعية والامتناع عن خدمة مآرب وأغراض مجموعات مصلحة سواء كانت سياسية أو عرقية أو اقتصادية أو مالية أو دينية أو إيديولوجية.

- السهر على احترام حقوق المؤلف والحقوق المجاورة أثناء بث الإنتاج الثقافي والفني.

- الامتناع عن توظيف الدين لأغراض حزبية ولغايات منافية لقيم التسامح.

- عدم المساس بالحياة الخاصة وشرف وسمعة الأشخاص، وعدم المساس بالحياة الخاصة للشخصيات العمومية.

وتطبيقا للمادة 47 من القانون 14-04 صدر المرسوم التنفيذي رقم 16-222 المؤرخ في 11/08/2016 المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة

<sup>1</sup> القانون رقم 14-04 المؤرخ في 24/02/2014 المتعلق بالنشاط السمععي البصري، ج ر عدد 16.

<sup>2</sup> المادة 48 من القانون 14-04.

للبث التلفزيوني أو للبث الإذاعي<sup>1</sup>، وقد تضمن هذا المرسوم احد عشر فصلا، خصص الفصل الثاني منه لأحكام تتعلق بالأخلاقيات والآداب من خلال المواد من 10 إلى 19 على النحو الآتي: - احترام مبدأ المساواة في المعاملة والنزاهة والاستقلالية، حيث يسهر مسؤولي خدمات الاتصال السمعي البصري على ضمان التعبير التعددي لتيارات الفكر والرأي في مضمون البرامج المثبوتة.

- عند بث الحصص الإعلامية السياسية والعامة، ضرورة الالتزام بالحياد الموضوعية وعدم خدمة مصالح وأغراض مجموعات سياسية أو عرقية أو اقتصادية أو مالية أو دينية أو إيديولوجية، وعدم استعمال الدين لأغراض حزبية أو منافية لقيم التسامح.

- الامتناع عن الإشادة بالعنف والتحريض على التمييز العنصري أو الإرهاب أو العنف ضد أي شخص بسبب أصله أو جنسه أو انتحائه لعرق أو ديانة معينة وعدم المساس بالسلامة المعنوية للأشخاص، سواء كانوا أحياء أو أمواتا.

- احترام مقررات سلطة ضبط السمعي البصري وتطبيقها، وكذا توصيات هيئات مراقبة الانتخابات خلال الاستحقاقات الانتخابية.

- وجوب استجابة البرامج الإعلامية المثبوتة للمتطلبات الآتية:

\* التأكد من صحة المعلومة، لا سيما عبر اللجوء إلى مصادر متنوعة وذات مصداقية مع الإشارة إلى مصدرها.

\* الموضوعية والخلو من أي مبالغة أو استخفاف بالتعليق المرتبط بالوقائع والأحداث العامة.

\* تطبيق المعايير المتعلقة بالنقاش المتعارض، ومنها التوازن والصرامة عند اخذ الكلمة، في ظل احترام التعبير التعددي لتيارات الفكر والرأي المتعددة.

\* عدم اعتبار إشراك الجمهور بكل الطرق ومنها استطلاعات الشارع تصويتا يمثل الرأي العام أو مجموعة بعينها، كما يجب ألا يخادع المشاهد والمستمع بشأن كفاءة أو سلطة الأشخاص المستجوبين.

- الالتزام بالاعتدال والحياد في عرض حدث نظمه حزب سياسي أو جمعية معتمدة، بحيث يكتسي هذا العرض طابعا إعلاميا بحثا، مع مراعاة احترام مبدأ المساواة في البث على الهواء.

- التزام مسؤولي خدمات الاتصال السمعي البصري بعدم تغيير معنى ومضمون الصور في الحصص والومضات الإعلامية باللجوء إلى طرق تكنولوجية.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 16-222 المؤرخ في 11/08/2016 المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني أو للبث الإذاعي، ج ر عدد 48.

- التزام مسؤولي خدمات الاتصال السمعي البصري بعدم استغلال الصحفيين المتدخلين في الحصاص الإعلامية مكانتهم قصد التعبير عن أفكار حزبية أو تيارات فكرية، إذ يجب التمييز بين سرد الوقائع والتعليق.

- التزام مسؤولي خدمات الاتصال السمعي البصري بتفادي كل لبس بين الإعلام والترفيه وعندما تتضمن الحصة هذين الصنفين، فيجب التمييز بينهما بوضوح.

- التزام مسؤولي خدمات الاتصال السمعي البصري بالتأكد من كفاءة ومصداقية المستشارين والخبراء الخارجيين الذين يشاركون في الحصاص، مع وجوب التعريف بأسمائهم وصفاتهم خلال ظهورهم في الحصاص قصد السماح للجمهور بتقييم الآراء المعبر عنها.

- التزام مسؤولي خدمات الاتصال السمعي البصري بالسهر على أن تجري عروض المتدخلين الخارجيين مهما تكن صفتهم وموضوع تدخلهم في مناخ يسوده الاحترام والهدوء، و منع كل عبارات السب والاهانة والابتدال بالنظر إلى القيم الراسخة في المجتمع الجزائري، مع احتفاظ المنشط بحق طرد أي شخص يخالف هذه القواعد .

- ممارسة الجمهور حقه في الرد والتصحيح حسب التشريع الساري المفعول<sup>1</sup>.

- التزام مسؤولي خدمات الاتصال السمعي البصري بالسهر على احترام القيم الوطنية ورموز الدولة التي يحددها الدستور، ومتطلبات الوحدة الوطنية والأمن والدفاع الوطني والنظام العام وكذا المصالح الاقتصادية والدبلوماسية للوطن، بالإضافة احترام المبادئ والقيم الدينية والأخلاقية والثقافية للوطن والمرجعيات الدينية والمعتقدات و الديانات الأخرى، واحترام حق الشرف والحياة الخاصة للمواطن وحماية الأسرة، وكذا حماية الفئات الضعيفة<sup>2</sup>.

-الالتزام مسؤولي خدمات الاتصال السمعي البصري بالسهر على حظر كل اهانة أو خطاب فيه إساءة أو شتم أو قذف ضد شخص رئيس الجمهورية أو الهيئة التي يمثلها<sup>3</sup>.

وبالتالي إضافة إلى الأخلاقيات المهنية الواردة في القانون رقم 12-05 المتعلق بالإعلام، يلتزم الصحفي العامل في قطاع السمعي البصري والمدير مسؤول خدمات الاتصال السمعي البصري بأداب وأخلاقيات المهنة الواردة في القانون رقم 14-04 المتعلق بالنشاط السمعي البصري والمرسوم التنفيذي رقم 16-222 المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد

<sup>1</sup> المواد من 100 إلى المادة 114 من القانون 12-05.

<sup>2</sup> المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 16-222.

<sup>3</sup> المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 16-222.

المفروضة على كل خدمة للبث التلفزيوني أو للبث الإذاعي، ولعل زيادة الالتزامات الأخلاقية للعاملين في قطاع السمعي البصري بالمقارنة مع الصحافة المكتوبة يعود إلى حداثة خصوصية قطاع السمعي البصري وسعي المشرع إلى ضبطه منذ البداية حتى يرتقي بمضمون الرسالة الإعلامية ويرفع من درجة مصداقية هذا القطاع الثقيل لدى الجمهور.

### المبحث الثاني: نطاق القوة الإلزامية لقواعد أخلاقيات العمل الإعلامي

لكل مهنة في المجتمع أخلاقيات وسلوكيات تعبر في مضمونها عن العلاقات بين ممارسيها من ناحية و العلاقات بينهم و بين عملائهم من ناحية ثانية، وبينهم وبين المجتمع الذي ينتمون إليه من ناحية أخرى، والأخلاقيات الإعلامية قد تكون مبادئ ومعايير يضعها التنظيم المهني للمهنة، كما قد ترد في شكل نصوص قانونية ضمن التشريعات الإعلامية، وتبعاً لذلك تتحدد طبيعة مسؤولية الصحفي عن مخالفتها.

### المطلب الأول: المسؤولية التأديبية المترتبة عن مخالفة أخلاقيات العمل الإعلامي

يقصد بالمسؤولية التأديبية: أن يكون المهني قد اخل بواجب من واجبات المهنة التي ينتسب إليها، ويكون جزاؤه عقوبة تأديبية توقعها الهيئة المختصة، وبالنسبة للعمل الإعلامي فان الواجبات الأخلاقية ترد في ميثاق الشرف الإعلامي، ويسهر على تنفيذها واحترامها مجلس أعلى لأخلاقيات مهنة الصحافة، الذي يوقع على المخالفين عقوبات تأديبية.

### الفرع الأول: ميثاق الشرف الإعلامي

الأخلاقيات المهنية هي مجموعة القيم والمعايير المرتبطة بمهنة الصحافة التي يلتزم بها الصحفي أثناء أداء مهامه، وقد فرض تطور المهنة وضع دليل يتضمن هذه المبادئ وقواعد السلوك والممارسة يعرف بميثاق الشرف الإعلامي.

ويتكون ميثاق الشرف الإعلامي من مجموعة من المبادئ والقيم التي يتفق عليها المهنيون في حقل الإعلام حتى يحموا أنفسهم ومهنتهم وعملهم من أي مشكلات أخلاقية وأي انزلاقات من شأنها أن تسيء للصحفي ولمهنة الصحافة، فالأمر هنا يتعلق بأهمية مهنة الصحافة ودورها الاستراتيجي والحساس في المجتمع، فالصحفي بعمله اليومي يقوم بإخبار وإبلاغ المجتمع بما يحدث وبذلك فإنه يساهم في تشكيل الرأي العام وتقديم الصورة الحقيقية عن المجتمع، وهذا يعني أن على الصحفي أن يلتزم بأخلاقيات المهنة وأن يلتزم بالحرفية

<sup>1</sup> جابر محبوب علي، قواعد أخلاقيات المهنة، مجلة الحقوق، العدد2، جامعة الكويت، جويلية 1998، ص

اللازمة لمراقبة الهيئة التنفيذية في المجتمع وباقي المؤسسات في القيام بعملها وأدائها لمهامها وواجباتها حسب القانون والقيم والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع.

وتأتي أهمية ميثاق الشرف الصحفي وأخلاقيات المهنة لضمان التزام الصحفي بمسؤوليته ورسالته أمام المجتمع دون أن ينحاز لطرف ضد طرف آخر وبدون أن يتجاهل أو يغيب الحقيقة على الرأي العام، فالهدف الأسمى للصحفي هو أن ينحاز إلى الحقيقة لا غير وأن يعمل في إطار القانون وأخلاقيات المهنة للوصول إلى الحقيقة وتقديمها لأفراد المجتمع.

وفي الجزائر أثبتت الممارسة الإعلامية انه ينبغي وضع ميثاق وطني لأخلاقيات المهنة للحد من أخطاء الصحفيين، وإلا أصبحت الأخطاء تجاوزات قانونية وقاعدة للممارسة الإعلامية، وقد وضعت النقابة الوطنية للصحفيين الأرضية لميثاق أخلاقي وطني للصحافة من خلال يوم دراسي نظم في قصر الثقافة ( مفدي زكريا) بالعاصمة يوم 22/02/1999، حيث خلص المشاركون إلى ضرورة الاعتماد على التجربة الأوربية في هذا المجال وتكييفها مع المعطيات الاجتماعية والسياسية والثقافية الجزائرية مع ضرورة إنشاء مجلس أعلى لأخلاقيات المهنة، مهامه تكمن في السهر على مراقبة مدى امتثال الصحفيين للميثاق الذي تمت المصادقة عليه بتاريخ 13 أفريل 2000<sup>1</sup>، ووضع هذا الميثاق قائمة من الواجبات التي يتعين على الصحفي القيام بها ضمانا لخدمة إعلامية صادقة وموضوعية، وفي المقابل ورد في هذه الوثيقة أيضا بيانا لحقوق الصحفي ومما جاء فيه :

- الصحفي المحترف - مهما كان وضعه - هو من يمارس بصفة أساسية مهنته بطريقة منتظمة ومقابل اجر في وسيلة أو عدة وسائل إعلامية، ومنها يستمد موارده الأساسية.

- إن الحق في الإعلام، وحرية التعبير، والنقد، هو من الحريات الأساسية التي تساهم في الدفاع عن الديمقراطية والتعددية، ومن هذا الحق في معرفة الوقائع والأحداث، والتعريف بها، تنبثق مجموعة واجبات وحقوق الصحفيين.

- إن مسؤولية الصحفي إزاء الجمهور تعلق على كل مسؤولية أخرى وخاصة إزاء مستخدميه وإزاء السلطات العمومية.

- تتضمن مهمة الإعلام بالضرورة حدودا يفرضها الصحفيون على أنفسهم و يطبقونها بحرية وهذا هو موضوع بيان الواجبات المصاغ هنا.

- لكن الواجبات لا يمكن أن تحترم فعليا أثناء ممارسة المهنة إلا إذا توافرت الظروف العملية لاستقلالية الصحفي، وهذا هو موضوع بيان الحقوق.

<sup>1</sup> نور الدين تواتي، الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية في الجزائر، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 44.

- إن هذا الميثاق ليس بالقانون المسلط والرادع، ولا بالنظام الذي يفرض ويجبر، وإنما هو ميثاق أخلاقيات يحدد مجموع قواعد السلوك القائمة على المبادئ المعمول بها عالميا لضبط علاقة الصحفيين فيما بينهم، وعلاقتهم بالجمهور.
- وينبغي أن تتخذ هذه القواعد المتبناة بحرية والمصادق عليها ديمقراطيا كدليل سلوك في ممارسة مهنة الصحافة .
- إن المجلس الأعلى لأخلاقيات المهنة الذي يتشكل من الزملاء يسهر على احترام هذه المبادئ.

\* بيان الواجبات : يلتزم الصحفي بواجب:

- 1- احترام الحقيقة مهما كانت التبعات التي تلحق به، بسبب ما يمليه حق الجمهور في المعرفة.
- 2- الدفاع عن حرية الإعلام، والرأي، والتعليق، والنقد.
- 3- الفصل بين الخبر والتعليق.
- 4- احترام الحياة الخاصة للأشخاص، وحقهم في رفض التشهير بهم عن طريق الصورة.
- 5- نشر المعلومات المتحقق منها فقط، والامتناع عن تحريف المعلومات والحرص على سرد الوقائع ضمن سياقها.
- 6- الامتناع عن نشر الإشاعات
- 7- تصحيح كل معلومة يتبين بعد نشرها أنها خاطئة،
- 8- الحفاظ على السر المهني وعدم الإفشاء بالمصادر،
- 9- الامتناع عن الانتحال والافتراء، والقذف والاتهامات غير المؤسسة.

\* بيان الحقوق: من حق الصحفي:

- 1- الوصول إلى كل مصادر الخبر، والحق في التحقيق الحر في كل الوقائع التي تتعلق بالحياة العامة ولا يمكن أن يمنع من الوصول إلى المصادر إلا استثناء، 2- التحلي بوازع الضمير، 3- الإبلاغ بكل قرار هام من شأنه الإضرار بحياة المؤسسة، 4- التمتع بقانون أساسي مهني، 5- الاستفادة من تكوين متواصل وتحسين مؤهلاته المهنية، 6- التمتع بالشروط الاجتماعية والمهنية الضرورية لممارسة مهنته، 7- الاعتراف له بحقوق التأليف والاستفادة منها،

الفرع الثاني: المجلس الأعلى لأداب وأخلاقيات مهنة الصحافة

لقد انتخب أول مجلس أعلى لأخلاقيات مهنة الصحافة في 11 ماي 2000 ويضم هذا المجلس 11 عضوا يمثلون مختلف وسائل الإعلام عمومية وخاصة وتم انتخابهم من بين 18 عضو مترشح لمدة 4 سنوات غير قابلة للتجديد، وقد اشترط في أعضائه أن يكونوا ذوي خبرة

لا تقل عن 10 سنوات وأن يحترموا ميثاق أخلاقيات المهنة باعتباره قاعدة العمل في المجلس وأن يساهموا في ترقية التعددية الإعلامية و حرية التعبير، وهذا المجلس هو هيئة مستقلة تنظيميا ويعمل من أجل غرس القيم النبيلة للعمل الصحفي، وصون مهنة الإعلام من الاستغلال والتلاعب بمقوماتها.

وبصدور القانون رقم 12-05 المتعلق بالإعلام، بين كيفية إنشاء وتشكيله ودور المجلس الأعلى لآداب وأخلاقيات مهنة الصحافة من خلال المواد من 94 إلى 99، حيث ينشأ المجلس الأعلى لآداب وأخلاقيات مهنة الصحافة وينتخب أعضاؤه من قبل الصحفيين المحترفين، وتحدد تشكيلته وتنظيمه وسيره من قبل جمعياته العامة التأسيسية، ويستفيد هذا المجلس من دعم عمومي لتمويله.

يتمثل دور المجلس الأعلى لآداب وأخلاقيات مهنة الصحافة في إعداد ميثاق شرف مهنة الصحافة والمصادقة عليه، وفي حالة خرق الصحفي لقواعد آداب وأخلاقيات مهنة الصحافة للمجلس أن يأمر بعقوبات يحدد هو طبيعتها وكيفيات الطعن فيها. هذا وقد أشارت المادة 99 إلى أنه ينصب المجلس الأعلى لآداب وأخلاقيات مهنة الصحافة في أجل أقصاه سنة ابتداء من تاريخ صدور هذا القانون، ورغم دعوات الصحفيين المستمرة إلى ضرورة تنصيبه إلا أنه لم يتم تأسيسه إلى غاية اليوم. وبذلك فإن الإخلال بأخلاقيات المهنة يرتب الالتزام بالمسؤولية الإعلامية في جانبها التأديبي.

#### المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية المترتبة عن مخالفة أخلاقيات العمل الإعلامي

بالرجوع إلى القانون 12-05 المتعلق بالإعلام نجد المادة 115 منه تنص على أن : "يتحمل المدير مسؤول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الالكترونية، وكذا صاحب الكتابة أو الرسم مسؤولية كل كتابة أو رسم يتم نشرهما من طرف نشرية دورية أو صحيفة الكترونية. ويتحمل مدير خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر الانترنت، و صاحب الخبر الذي تم بثه المسؤولية عن الخبر السمعي و/ أو البصري المبتث من قبل خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر الانترنت".

يلاحظ أن المشرع لم يحدد طبيعة هذه المسؤولية مدنية أم جزائية، وإنما هي مسؤولية مشتركة تضامنية بين كل من المدير (مسئول النشرية أو مدير جهاز الصحافة الالكترونية، أو مدير خدمة الاتصال السمعي البصري أو عبر الانترنت) والكاتب أو صاحب الخبر، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 92 من القانون 12-05 بنصها: "يجب على الصحفي أن يسهر

على الاحترام الكامل لآداب وأخلاقيات المهنة خلال ممارسته للنشاط الصحفي"، حيث أن المسؤول عن احترام آداب وأخلاقيات المهنة هو الصحفي، وبالنسبة للمدير مسؤول خدمات الاتصال السمعي البصري فهو الملزم بالسهر على تنفيذ الأحكام المتعلقة بآداب وأخلاقيات المهنة حسب المواد من 10 إلى 19 من المرسوم التنفيذي رقم 16-222

إن النصوص القانونية الخاصة بأخلاقيات العمل الإعلامي هي نصوص ترسم السلوك القويم الذي يجب أن يلتزمه الصحفي في القيام بمهنته، وليست نصوص تجريم، وبما أن أساس المسؤولية الجزائية هو مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير امن بغير قانون"، فإنه لا يمكن للقضاء الجزائي الرجوع إلى أخلاقيات العمل الإعلامي إلا عندما تكون مرجعا لتحديد احد عناصر جريمة ورد النص عليها في قانون العقوبات، وتظهر مخالفة هذه الأخلاقيات في عدة جرائم نذكر منها على سبيل المثال :

#### الفرع الأول: انتهاك حرمة الحياة الخاصة

يُعد الحق في حرمة الحياة الخاصة عصب الحرية الشخصية، وركيزة أساسية لحقوق الإنسان والحريات العامة، وتبعاً لذلك يقتضي هذا الحق الاحترام من قبل السلطة والأفراد، كما يقتضى في ذات الوقت أن تكفل له السلطات الحماية الدستورية والقانونية ضد الانتهاك غير المشروع، وهو ما أكدته المادة 46 من الدستور الجزائري المعدل<sup>1</sup> والتي تنص على أن: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون.

- سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة.
- لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية، ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم.
- حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه".

ومع التسليم بكفالة حرية الصحافة كأحد المبادئ الأساسية التي تحرص عليها المجتمعات المتمدنة والتي تؤكدتها الدساتير والقوانين، إلا أن تلك الحرية ليست حرية مطلقة وإنما مُقيدة بضرورة احترام الحق في الخصوصية، وكلاهما مُقيد بما تقتضيه مصلحة المجتمع من الموازنة بين الحقين المشار إليهما، وهو ما تؤكدته المادة 50 من الدستور المعدل والتي تنص: "حرية الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية وعلى الشبكات الإعلامية مضمونة، ولا تُقيد بأي شكل

<sup>1</sup> المادة 01 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج. ر عدد 49.

2 القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14.

من أشكال الرقابة القبلية.

- لا يمكن استعمال هذه الحرية للمساس بكرامة الغير وحياتهم وحقوقهم.
- نشر المعلومات والأفكار والصور والآراء بكل حرية مضمون في إطار القانون واحترام ثوابت الأمة وقيمها الدينية والأخلاقية والثقافية"، والمادة 51 منه حيث تنص على أن: " الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها مضمونان للمواطن.
- لا يمكن أن تمس ممارسة هذا الحق بحياة الغير الخاصة وبحقوقهم وبالمصالح المشروعة للمؤسسات وبمقتضيات الأمن الوطني.
- يحدد القانون كيفية ممارسة هذا الحق".

وإذا كان الاعتبار الأخلاقي نفسه يوجب الطعن أحياناً في أعمال الشخصيات العمومية عند فحص مدى مصداقيتهم ومدى تأهيلهم للعمل العام، إلا أن ذلك لا يعني أن تصبح حياتهم الخاصة كتاباً مفتوحاً للجمهور بدون إذنهم، وإلا وقع التصادم المحظور بين الحق في تدفق المعلومات والحق في حرمة الحياة الخاصة، حيث تنص المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم 16-222 على أن: " طالما لم يوافق المشارك في حصة ما صراحة على الكشف عن هويته والتطرق إلى حياته الخاصة، فإنه يمنع إعطاء إشارات من شأنها التعريف بهذا الشخص، ولا سيما منهم الاسم أو العنوان أو رقم الهاتف أو علامة مميزة أو إفشاء عناصر شخصية قد يكون على دراية بها.

كما يسهر منشط الحصة المعنية على أن لا تسمح التصريحات بالكشف عن هوية الغير باستثناء الإشارة إلى شخصيات الحياة العامة وهو مرخص به وذلك مع مراعاة التنظيم الساري المفعول.

يتلقى المشاركون نفس التعليمات قبل المشاركة في البرنامج، وفي حال تجاهلها يجب على المنشط مقاطعتهم فوراً".

ويترتب على عدم احترام الحق في الخصوصية مسؤولية الصحفي و وسيلة الإعلام المعنية عن الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء عدم احترام هذا الحق، ويتضح ذلك من خلال المادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 16-222 التي تقضي بأنه يمكن أن يؤدي عدم احترام أحكام المادة 50 من نفس المرسوم التنفيذي السالفة الذكر إلى متابعات قضائية، وبذلك يمكن أن يتابع المعني بموجب نص المادة 303 مكرر من قانون العقوبات التي تنص على أن: "يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 30.000 دج

كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك : 1 بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه.

2. بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه.

يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية"، كما تنص المادة 303 مكررا 1 على أن: " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير أو استخدم بأي وسيلة كانت التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة احد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون.

عندما ترتكب الجنحة المنصوص عليها في الفقرة السابقة عن طريق الصحافة، تطبق الأحكام الخاصة المنصوص عليها في القوانين ذات العلاقة لتحديد الأشخاص المسؤولين".

يلاحظ على هذا النص في فقرته الثانية انه أحال تحديد المسؤول عن جنحة المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص عند ارتكابها عن طريق الصحافة إلى القوانين ذات العلاقة أي قانون الإعلام 5-12، حيث حدد هذا الأخير في المادة 115 منه المسؤول عن جنح الصحافة وهو كل من مدير المؤسسة الإعلامية والصحفي .

وبلاحظ أن العقوبات المفروضة على جنحة المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص هي عقوبة الحبس والغرامة حتى ولو ارتكبت عن طريق الصحافة، وهو ما يتعارض مع المادة 4/50 من الدستور المعدل التي تقضي بأنه لا يمكن أن تخضع جنح الصحافة لعقوبة سالبة للحرية، الأمر الذي يستدعي تعديل النصوص المنظمة لجنح الصحافة حتى تتوافق مع النص الدستوري.

#### الفرع الثاني: جنح القذف والسب والاهانة

إن عدم التزام الصحفي بأخلاقيات المهنة والتي من بينها الامتناع عن القذف والسب والاهانة قد يشكل جريمة يعاقب عليها القانون إذا توافرت أركانها كاملة.

فبالنسبة للقذف عرفه المشرع في المادة 296 من قانون العقوبات على انه: " يعد قذفا كل ادعاء بواقعة تمس بشرف واعتبار الأشخاص، أو الهيئة المدعى عليها به أو إسنادها إليهم، أو إلى تلك الهيئة ".

ويعاقب على نشر هذا الادعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك، أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم صراحة، لكن من

الممكن تحديدهما من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة".

وتقوم جريمة القذف على ركن مادي وركن معنوي، يتمثل الركن المادي في الادعاء بواقعة شائنة أو إسنادها للغير من شأنها المساس بالشرف أو الاعتبار بشكل علني، حيث تتحقق العلانية في جريمة القذف بعدة طرق كالكتابة والرسوم والصور والبيع والعرض للبيع في مكان عام، أما الركن المعنوي فيتمثل في القصد الجنائي حيث لم يتطلب القانون في جريمة القذف قصدا جنائيا خاصا بل اكتفى بتوافر القصد الجنائي العام الذي يتحقق متى نشر القاذف أو بث أو أذاع الأمور المتضمنة للقذف وهو يعلم أنها تمس المقذوف في شرفه أو اعتباره، ولا يؤثر في توافر هذا القصد أن يكون القاذف حسن النية، أي معتقدا صحة ما رمى المجني عليه به من وقائع القذف، فالصحفي ملزم بالحذر والموضوعية والصدق في التعبير عن أفكاره، و من واجبه إقامة توازن بين واجب إعلام الجمهور و واجب احترام حقوق الغير.

وبالنسبة لجنحة السب فهو الفعل المجرم بنص المادة 297 من قانون العقوبات وتعرفه على النحو الآتي: "يعد سبا كل تعبير مشين، أو عبارة تتضمن تحقيرا، أو قدحا لا ينطوي على إسناد أية واقعة".

وجنحة السب قد تشكل جريمة إعلامية إذا توافرت على ركن مادي يتمثل في التعبير المشين أو البذيء ولا يتضمن إسناد واقعة محددة للمجني عليه بشكل وتتحقق العلانية بالكتابة أو الصور أو بالوسائل السمعية البصرية أو بأية وسيلة إلكترونية أو معلوماتية أو إعلامية أخرى .

كما يجب أن تتوافر جريمة السب على ركن معنوي يتمثل في القصد الجنائي العام، ويتوافر القصد متى كان الجاني قد وجه عبارات السب علما بأنها تشمل على ما يחדش شرف المجني عليه أو اعتباره<sup>2</sup>.

أما جنحة الإهانة فهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 144 من قانون العقوبات حيث تنص على أن: "كل من أهان قاضيا أو موظفا أو قائدا أو ضابطا عموميا أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد أو إرسال أو تسليم أي شيء إليه بالكتابة أو بالرسم غير العلنيين أثناء تأدية وظائفهم أو بمناسبة تأديتها، وذلك بقصد المساس بشرفهم أو

<sup>1</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في جنح الصحافة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 25 وما بعدها.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 142-149.

اعتبارهم أو الاحترام الواجب لسלטهم"، ومن هذا النص يتضح أن أركان الجريمة هي: الركن المادي المتمثل في تحقق صفة الضحية الواردة في المادة 144، لكن منذ تعديل قانون العقوبات بالقانون 01-09 المؤرخ في 26/06/2001<sup>1</sup> أضاف المشرع إلى قائمة المحميين من الإهانة:

- رئيس الجمهورية ( المادة 144 مكرر )، - البرلمان، المجالس القضائية والمحاكم، والجيش الوطني الشعبي، والهيئات العمومية بوجه عام ( المادة 146 من قانون العقوبات ).  
كما تقضي جريمة الإهانة أن تتم بوسائل معينة، لكن منذ تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 01-09 أصبحت الوسيلة تختلف حسب صفة الشخص أو الهيئة المحمية، فبالنسبة للأشخاص المذكورين في المادة 144 من قانون العقوبات لا يمكن أن نتصور وقوع جريمة في حقهم بواسطة الصحافة المكتوبة وما تكتبه على صفحات جرائدها لأنها تقتضي العلانية، الأمر الذي يحول الفعل إلى قذف أو سب حسب الحالة، فالعلانية في هذه الحالة ليست ركنا أما الإهانة الموجهة للأشخاص والهيئات المذكورين في المادتين 144 مكرر، والمادة 146 فيمكن أن تتم بإحدى الوسائل التي تتحقق معها العلانية، حيث نصت المادة 144 مكرر قانون العقوبات: " كل من أساء لرئيس الجمهورية بعبارات تتضمن إهانة ... وكان ذلك عن طريق الكتابة أو الرسم أو التصريح أو آليات بث الصوت أو الصورة أو بأية وسيلة إلكترونية أو معلوماتية أو إعلامية أخرى"، وعلى هذا الأساس تقع جناحة الإهانة بواسطة الصحافة على الأشخاص الوارد ذكرهم في المادتين 144 مكرر و 146 من قانون العقوبات .  
وبالنسبة للركن المعنوي فإن الإهانة من الجرائم العمدية، التي تقتضي لقيامها توافر القصد العام وهو توافر علم الجاني بصفة الضحية، واستهدافها اعتبارا لتلك الصفة، وقصد خاص يتمثل في نية المساس بشرف واعتبار الضحية وبالاحترام الواجب له.

ونتيجة الإصلاحات التي وعد بها رئيس الجمهورية في افريل 2011، عدل المشرع قانون العقوبات بموجب القانون رقم 11-14 المؤرخ في 02/08/2011<sup>2</sup>، أين قام بإلغاء المادة 144 مكرر 1 من قانون العقوبات 01-09 المتعلقة بالمتابعة الجزائية ضد مرتكب الإساءة ومدير النشرية ورئيس تحريرها، وكذا ضد النشرية نفسها، وبالتالي أصبحت المتابعة مقتصرة على مرتكب الإساءة أي الصحفي، ومدير وسيلة الإعلام باعتباره مشاركا في الجناحة.

<sup>1</sup> القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26/06/2001، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 34.

<sup>2</sup> القانون رقم 11-14 المؤرخ في 02/08/2011، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 44.

وبصدور هذا التعديل حذفت عقوبة الحبس، و بالتالي وطبقا للمادتين 144 مكرر و146 المعدلتين، يعاقب كل من أساء إلى رئيس الجمهورية أو إحدى الهيئات عبارات تتضمن اهانة أو قذفا أو سبا، بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

أما عقوبة الإساءة إلى الرسول (ص) وبقية الأنبياء أو الاستهزاء بالمعلوم من الدين من الضرورة أو بأية شعيرة من شعائر الدين الإسلامي، فأصبحت بعد التعديل الأخير الحبس من 03 سنوات إلى 05 سنوات وغرامة من 50.000 إلى 100.000 دج حسب المادة 144 مكرر 2، وهي العقوبة نفسها سواء ارتكبت الجنحة من طرف شخص عادي أو بواسطة الصحافة وهو ما يتعارض كذلك مع الفقرة الرابعة من المادة 50 من الدستور.

كما أشارت المادة 123 من القانون 12-05 إلى جنحة إهانة رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء البعثات الدبلوماسية المعتمدين لدى الحكومة الجزائرية بأية وسيلة من وسائل الإعلام، حيث حددت العقوبة بغرامة مالية من 25.000 إلى 100.000 دج.

وتجدر الإشارة إلى أن كل من الدعوى المدنية والدعوى العمومية المتعلقةان بجرح الصحافة تتقدم بعد ستة أشهر<sup>1</sup> (6) كاملة ابتداء من تاريخ ارتكابها

### خاتمة:

وفي الأخير نخلص إلى القول أن قواعد أخلاقيات العمل الإعلامي تعد مصدرا للحقوق والواجبات المهنية التي يتعين على الصحفي مراعاتها في علاقته بزملائه وبجمهوره، ومخالفتها قد تؤدي إلى قيام مسؤوليته التأديبية أو الجزائية.

ورغم التنظيم القانوني المميز لقواعد أخلاقيات العمل الإعلامي من خلال مختلف التشريعات الإعلامية، إلا أن تنفيذها يشوبه القصور في ظل عدم تنصيب المجلس الأعلى لآداب و أخلاقيات مهنة الصحافة، لأجل ذلك نقترح بعض التوصيات:

- تأسيس المجلس الأعلى لآداب و أخلاقيات مهنة الصحافة ليكون سلطة معنوية لتقويم الانحرافات الموجودة في الساحة الإعلامية.
- ضرورة تكوين الصحفي في جانب أخلاقيات المهنة لتطوير كفاءاته وتحسين أداء وسائل الإعلام.

<sup>1</sup> المادة 124 من القانون 12-05.

- ضرورة إدراك الصحفي لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه لتقديم إعلام صادق في إطار الالتزام بأخلاقيات المهنة.
- ضرورة تعديل المواد المتعلقة بجنح الصحافة الواردة في قانون العقوبات ومراعاة توافقها مع التعديل الدستوري الأخير 2016 من خلال حذف العقوبات السالبة للحرية.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

- 1- آث ملويا حسين بن شيخ، رسالة في جنح الصحافة، دار هومة، الجزائر، 2012.
  - 2- تواتي نور الدين، الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية في الجزائر، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
  - 3- حمزة عبد اللطيف، أزمة الضمير الخلقى، ط 4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- ثانياً: المقالات العلمية

- 1- جابر محبوب علي، قواعد أخلاقيات المهنة، مجلة الحقوق، العدد 2، جامعة الكويت، 1998.

ثالثاً: النصوص التشريعية والتنظيمية

- الأمر 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج. ر. 49
- القانون رقم 82-01 المؤرخ في 06/02/1982 المتعلق بالإعلام.
- القانون العضوي رقم 90-07 المؤرخ في 03/04/1990 المتعلق بالإعلام، ج ر عدد 14.
- القانون 01-09 المؤرخ في 26/06/2001، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 34
- القانون 11-14 المؤرخ في 02/08/2011، المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج ر عدد 44.
- القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالإعلام، ج ر عدد 02.
- القانون 14-04 المؤرخ في 24/02/2014 المتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج ر عدد 16.

- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14.
- المرسوم التشريعي رقم 93-13 المؤرخ في 26 أكتوبر 1993، ينص بعض أحكام القانون رقم 90-07 المؤرخ في 03/04/1990 المتعلق بالإعلام، ج ر عدد 69.
- المرسوم التنفيذي رقم 222-16 المؤرخ في 11/08/2016 المتضمن دفتر الشروط العامة الذي يحدد القواعد المفروضة على كل خدمة للبريد التلفزيوني أو للبريد الإذاعي، ج ر عدد 48.

## حماية الممتلكات الثقافية في النزاع المسلح

د. أحسن عمروش - أستاذ محاضر " أ "

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة خميس مليانة

الملخص :

تعتبر الممتلكات الثقافية من أهم اشكال التراث الثقافي العالمي للشعوب وهي ركائز الحضارة المدنية ومصادر المعرفة الإنسانية و التي يقصد بها جميع أنواع المنقولات والعقارات وكذا الأماكن المخصصة لحمايتها وحفظها، وهذه الممتلكات الثقافية تكون مكفولة بنظام قانوني دولي لحمايتها في زمن السلم والحرب، لأنها تمثل ماضي الشعوب وحاضرها ومستقبلها، ويتمثل هذا النظام في احكام القانون الدولي الإنساني الذي هو مجموعة القواعد العرفية الاتفاقية التي تقرر الحماية الدولية الخاصة المكفولة للممتلكات الثقافية في ظل النزاعات المسلحة .

الكلمات المفتاحية: الممتلكات الثقافية، التراث الثقافي العالمي، الحضارة المدنية، المعرفة الإنسانية، زمن السلم والحرب.

### Summary:

Cultural property is one of the most important forms of the world's cultural heritage of peoples. It is the cornerstone of civil civilization and the sources of human knowledge, which are meant for all types of movables and real estate as well as the places reserved for their protection and preservation. These cultural properties are guaranteed by an international legal system to protect them in times of peace and war. And its future, and this system is the provisions of international humanitarian law, which is a set of customary rules Convention that decides the special international protection of cultural property in armed conflict

## مقدمة:

لقد رأينا أن القانون الدولي الإنساني هو مجموعة القواعد العرفية الاتفاقية التي تقرر الحماية المكفولة أثناء الحروب سواء كانت الحماية عامة للجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة البرية والبحرية، وأسرى الحرب وحماية المدنيين، وكذا الحماية الخاصة للفئات الضعيفة وكذا الحماية الوظيفية، وحماية البيئة من آثار العمليات العدائية، وحماية الممتلكات الثقافية والمقدسات الدينية من الهجمات العسكرية، ورغم محاولة المجتمع الدولي بتنظيماته العالمية والإقليمية الحد وتوقيع الحظر على استعمال القوة في علاقات الدولية، لكننا نجد أن هذا الحظر نسبي، إذ خصص القانون الدولي مجموعة من التراخيص لاستخدام القوة، أو يتم استخدامها بالتطاول على الشرعية الدولية .

ومن هنا كان من المهم والأجدر وضع في جميع الأحوال قواعد تنظم هذه النزاعات كمحاولة للتخفيف من الآلام والآثار السلبية الملازمة للنزاع المسلح والعمل على الابتعاد عن مظاهر العنف المتعسف فيه في الحروب، ومن أهم هذه الأوامر والمحظورات مبدأ حظر استخدام القوة والأسلحة التي تحدث آلام مفرطة في جميع الميادين والتي لا داعي لها، وهذا يؤدي بالتبعية للتكلم على مبدأ تقييد حرية مهاجمة الأماكن وعدم جعلها محلاً للأهداف العسكرية وهذا باعتبارها مجردة من وسائل الدفاع، ومن تلك الأماكن المكفولة بالحماية هي الممتلكات الثقافية بأنواعها باعتبارها ليس لها أي مساهمة في الجهود العسكرية ولأنها تمثل تراثاً إنسانياً مشتركاً، فكيف عالج القانون الدولي الإنساني حماية الممتلكات الثقافية؟ وما هي أنواع الحماية المقررة لها؟ وما هو الأساس القانوني الذي يحكمها؟ وسنجيب عن كل هذه الأسئلة وغيرها وهذا بالتطرق إلى العناصر التالية:

- 1) تعريف الممتلكات الثقافية؟ وأنواعها؟ وأهم المعايير المحددة لحمايتها؟
- 2) التطرق إلى أهم أنماط الحماية المقررة للممتلكات الثقافية.
- 3) معرفة الأساس القانوني الذي يحكمها وكذا أهم أحكام القانون الدولي الإنساني الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية (دراسة مراحل تطور الحماية وخصائص كل مرحلة في تطوير الحماية).
- 4) هل الحماية المقررة للممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة الدولية هي نفسها الحماية المقررة في النزاعات المسلحة غير الدولية؟
- 5) معرفة أهم الالتزامات الدولية وكذا أهم المحظورات الدولية المقررة لحماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة.

(6) التطرق إلى بعض النماذج للانتهاكات للحماية المقررة للممتلكات الثقافية.  
(7) نتائج واقتراحات.

### 1) تعريف الممتلكات الثقافية وأنواعها وأهم المعايير المحددة لحمايتها

تعريف الممتلكات الثقافية: الممتلكات الثقافية هي التراث الثقافي الروحي للشعوب وهي ركائز الحضارة المدنية ومصادر المعرفة الإنسانية ويقصد منها جميع أنواع المنقولات والعقارات وكذا الأماكن المخصصة لحمايتها وحفظها، وهذه الممتلكات الثقافية تكون مكفولة بنظام قانوني لحمايتها في زمن السلم والحرب، لأنها تمثل ما في الشعوب وحاضرها ومستقبلها، وتمثل هذه الممتلكات الثقافية والحماية المخصصة لها في إطار معاملة الممتلكات في الإقليم المحتل والتي تمثل المبادئ الاقتصادية العامة في القانون احتلال الحربي، بالإضافة إلى ما تكتسبه من قيمة إنسانية واقتصادية كبيرة ومن أمثلة الممتلكات الثقافية الجامعات والمتاحف ودور العبادة والأضرحة الدينية والأنصب التذكارية ومواقع الآثار وأماكن حفظ الآثار والأعمال الفنية والكتب والمخطوطات...، وهذا ما أكدته المادة الأولى من اتفاقية لاهاي 14 مايو أيار 1954 حين عرفت الممتلكات الثقافية وهذا ما سنراه بالتفصيل في أنواع الممتلكات الثقافية.

- أنواع الممتلكات الثقافية: لقد أفرزت الاتفاقية على خطوة عامة وهامة بتحديد مفهوم الممتلكات الثقافية وأوردت ثلاثة أنواع من الممتلكات الثقافية وقضت أن مفهوم الممتلكات الثقافية ينطبق عليها ومنها تكون مشمولة بالحماية وهي:

\* الممتلكات المنقولة والعقارية التي تمثل أهمية كبيرة بالنسبة للتراث الثقافي للشعوب، كمعالم الفنون المعمارية أو الفنية أو التاريخية، دينية كانت أو غير دينية، وكذلك الأماكن الأثرية ومجموعات المباني التي تكتسب أهمية كبيرة من الناحية التاريخية في حد ذاتها والأعمال الفنية والمخطوطات وغيرها من الأشياء التي لها أهمية فنية أو تاريخية أو أثرية والمجموعات العلمية ومجموعة الكتب والوثائق ومنه نرى أن المعيار المأخوذ به هنا ليس معيار شخصية المالك أو معيار الهدف المخصصة له وإنما المميزات الخاصة بالشيء (1)

\* ومن الممتلكات الثقافية أيضا المباني التي تحفظ أو تعرض فيها هذه الممتلكات، كالمتاحف والمكتبات ومستودعات الوثائق وكذلك المخابئ المخصصة لحفظ وصيانة هذه الأشياء في حالة قيام النزاعات المسلحة ويطلق عليها المراكز الثقافية بالتخصيص وهذا ما أقرته المادة 1/ب من اتفاقية لاهاي 1954 (2)

\* ومن الممتلكات الثقافية هو مفهوم الممتلكات الثقافية، المراكز، التي تحوي على عدد هائل من الممتلكات الثقافية مثل الأحياء التاريخية في بعض المدن الكبرى وحتى أن مفهوم من أقر اعتبار مدن بأكملها مراكز ممتلكات ثقافية مثل فلورانس، البندقية (venise)، القدس وبعض المدن اليونانية...

معايير حماية الممتلكات الثقافية: أخذت اتفاقية لاهاي بثلاثة معايير على أساسها تقوم حصانة أو حماية الممتلكات الثقافية وهي:

المعيار (1): الممتلكات الثقافية المحمية لذاتها، وذلك مثل الآثار التاريخية والأعمال الفنية والعلمية وهذا المعيار يطبق في حالة أعمال القتال وحالة الاحتلال الحربي.

المعيار (2): الممتلكات الثقافية المحمية بالنظر إلى الأغراض المخصصة لها أو بتعبير آخر المحمية بالتخصيص وذلك مثل المباني المخصصة لدور العبادة والفنون والعلوم.

المعيار (3): الممتلكات الثقافية المحمية بالنظر إلى مالكيها وذلك مثل التي هي تابعة للبلديات وأخرى تابعة للعائلات الثرية (بريطانيا).

(2) أنواع الحماية المقررة للممتلكات الثقافية: إن الحماية التي أوجدتها اتفاقية لاهاي الخاصة بالممتلكات الثقافية 1954 هي ليست نوعا واحدا بل نوعان:

1/ الحماية العامة للممتلكات الثقافية: نصت الاتفاقية على ضرورة رعاية ووقاية واحترام الممتلكات الثقافية (أي تحقيق مجموعة من التدابير الإيجابية التي وضعتها الاتفاقية من أجل ضمان سلامة هذه الممتلكات فالرعاية تعني الوقاية السابقة وتحقيق تدابير سابقة للحماية اللاحقة، أما احترام الممتلكات الثقافية فيقصد به مجموع الواجبات السلبية الملقاة على عاتق كل أطراف النزاع، حيث يجب على الدولة صاحبة الممتلكات استخدامها في الأغراض الثقافية فقط وعدم استخدامها في الأغراض العسكرية أو في أية أغراض أخرى تعرضها للأخطار والأضرار والتخريب في حالة قيام نزاع مسلح وذلك حتى يتسنى إلزام الأطراف المعادية الامتناع عن كل عمل عدواني تجاه الممتلكات الثقافية أثناء العمليات الحربية خاصة القصف الجوي، أما الحماية العامة الفعلية التي أضفتها الاتفاقية على الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح فقد أوجبت الاتفاقية إيقاف كل أعمال السرقة والنهب والتحويل للممتلكات الثقافية وكل تخريب أو أي أعمال انتقامية أو قمعية لها ويجب عدم إخضاع الممتلكات الثقافية لطلبات ولوازم واحتياجات قوات الاحتلال وهذا ما نصت عليه المادة 2 من اتفاقية لاهاي 1954 (3) الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية.

**2/ الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية:** أقرت اتفاقية لاهاي 1954 حماية خاصة لعدد محدود من المبادئ المخصصة لإيواء وحماية الممتلكات الثقافية المنقولة في حالة النزاع المسلح وكذلك للمراكز الأثرية وغيرها من الممتلكات الثقافية العقارية ذات القيمة الرفيعة وذلك بشرطين: **\* الشرط (1):** بعد هذه المخابىء والمراكز بعدا كافيا عن المراكز الصناعية الهامة والأهداف العسكرية الهامة مثل المطارات ومحطات الإذاعة والموانىء ومؤسسات الدفاع الوطني وطرق المواصلات الرئيسية ومحطات السكك الحديدية الهامة (4)

**\* الشرط (2):** عدم استخدام هذه المخابىء والمراكز في الأغراض العسكرية، على أنه في حالة ما إذا تواجدت الممتلكات الثقافية قرب الأهداف العسكرية أو الصناعية ذات الخطورة فإن هذه الممتلكات يمكن أن تتمتع بأحكام الحماية الخاصة إذا ما التزمت الدولة المعنية بأمر عدم استخدام هذه الأهداف لأي غرض ما، وهذا حسب المادة 8 (1974) منح الحماية الخاصة (5)

**(3) الأساس القانوني الذي يحكم الممتلكات الثقافية وكذا أهم أحكام القانون الدولي الإنساني الخاص بحماية الممتلكات الثقافية**

**1/ الأساس القانوني الذي يحكم الممتلكات الثقافية:** بصفة عامة ومختصرة، فإن الأساس القانوني الذي يحكم الحماية المقررة للممتلكات الثقافية هو الأساس الاتفاقي المحدد في مجموعة من المعاهدات والاتفاقيات التي تتكلم على نفس الموضوع ولو أن الحماية المقررة كانت ضعيفة في البداية وأخذت تتطور نتيجة الأهمية البالغة والحماية للممتلكات الثقافية، ومن بين هذه الأسس القانونية لائحة لاهاي 1954 وكذلك المعاهدة الخاصة بحماية المؤسسة الفنية والعلمية والآثار التاريخية (ميثاق زيورخ) واشنتن 15 أبريل/ نيسان 1935 وكذا الاتفاقية الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح (لاهاي 14 مايو/ أيار 1954)، بالإضافة إلى اللائحة التنفيذية والبروتوكول الخاصين بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح (لاهاي 14 مايو/ أيار 1954) وسنعمل هذا في ما يلي.

**2/ أحكام القانون الدولي الإنساني الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية**

**(1) اتفاقية لاهاي الرابعة 1907**

لقد بدأ الاهتمام بحماية الأعيان الثقافية أولا في قانون لاهاي، وبالتحديد إلى اتفاقية لاهاي الرابعة 1907، حيث أتت بقاعدة عامة لحماية الممتلكات الثقافية في الإقليم المحتل وهذا في المادة 56 في لائحة لاهاي 1907 حيث ورد فيها: (إن أملاك البلديات والمنشآت المخصصة لممارسة العبادة و لأعمال البر والتعليم والفنون والعلوم حتى تلك التي تقود ملكيتها إلى

الدولة يجب اعتبارها كالممتلكات الخاصة وأن كل حجز أو تدمير أو تحقير متعمد لمثل هذه المنشآت والأوابد التاريخية والأعمال الفنية والأدبية والعلمية هي أمور ممنوعة ويجب ملاحظتها) والواقع أن هذا النص محل انتقادات كبيرة وأول ما يوجه إليه هو الحماية التي قررتها الاتفاقية هي حماية محدودة وهي نفس الحماية التي قررتها الاتفاقية للممتلكات الثقافية ويعني هذا خضوعها للسلطات الاستثنائية التي يارسها المحتل بالنسبة للممتلكات الخاصة كخضوعها لطلبات المحتل وللمساهمات الإجبارية وما إلى ذلك، ومع ذلك يمكن القول أن الأساتذة ومن بينهم الأستاذ Debbast أقرت أنه يجب إنشاء نظام يضمن الحماية المتزايدة للأماكن التاريخية والثقافية التي يصعب في غالب الأحيان إصلاحها بعد التخريب.

**(2) المعاهدة الخاصة بحماية المؤسسات الفنية والعلمية والآثار التاريخية (ميثاق زيورخ) واشنطن أبريل/ نيسان 1935**

وهي من أولى الصكوك في هذا التي حاولت إضفاء طابع اتفاقي على بنود القرار المعتمد من قبل المؤتمر الدولي السابع لدول أمريكا المنعقد عام 1933 في مونتيفيديو، والذي أوصى بأن توقع حكومات أمريكا في حالة قدم قيامها بذلك بعد على (ميثاق زيورخ) الذي أقر برعاية (متحف زيورخ) في الولايات المتحدة ويهدف إلى تحقيق اتفاق عالمي بشأن علم قد سبق تصميمه وهو معروف بشكل عام، بغية توفير الحماية في حالات الخطر لجميع الآثار الثابتة، سواء كانت ملكا وطنيا أم شخصيا والتي تشكل التراث الثقافي للشعوب، كما قررت إبرام معاهدة ترمي إلى احترام التراث الثقافي وحمايته في وقت الحرب والسلم.

ونصت في مادتها (1) على اعتبار الآثار التاريخية والمتاحف والمؤسسات الثقافية والتربوية والفنية والعلمية أماكن محايدة، وينبغي على أطراف النزاع احترامها وحمايتها بتلك الصفة، يجب أن يحظى الأفراد العاملون في المؤسسات المشار إليها آنفا بالاحترام والحماية، كما يجب إعطاء الاحترام والحماية ذاتها للآثار التاريخية والمتاحف والمؤسسات الثقافية والتربوية والفنية والعلمية في زمن السلم والحرب (6)

كما نصت في مادة 2 على تمتع الآثار والمؤسسات المذكورة في المادة السالفة بالحياذ والحماية والاحترام في جميع الأراضي الخاضعة لسيادة كل دولة من الدول التي وقعت على المعاهدة أو انضمت إليها ولكل تمييز يقوم على الانتفاء الوطني لهذه الآثار والمؤسسات وتتعهد الحكومات باتخاذ ما يلزم من الإجراءات التشريعية الداخلية لضمان الحماية والاحترام المشار إليهما.

ونصت المادة 3 على أنه يمكن تحديد الآثار والمؤسسات المشار إليها في المادة 1 باستخدام علم مميز (دائرة حمراء في وسطها ثلاث نقاط دائرية حمراء في شكل مثلث على أرضية بيضاء) أما المادة 4 : أقرت على الحكومة الموقعة والتي تقرر الانضمام إلى هذه المعاهدة أن ترسل إلى اتحاد دول أمريكا عند التوقيع أو الانضمام أو في أي وقت يعقب ذلك، لائحة تضم الآثار والمؤسسات التي ترغب في تأمين الحماية لها بموجب هذه المعاهدة وعند إخطار الحكومات بوثائق التوقيع أو الانضمام يقوم اتحاد دول أمريكا بإبلاغ تلك الحكومة لائحة الآثار والمؤسسات المشار إليها في هذه المادة كما يقوم بإطلاع الحكومات على أي تعديل قد يطرأ على هذه اللائحة.

كما أقرت المادة 5 : يتم تجريد الآثار والمؤسسات المشار إليها فقرة (1) من الامتيازات التي تكفلها هذه المعاهدة في حالة استخدامها لأغراض عسكرية، أما المادة 6 فأقرت على أنه يجوز للدول التي لم توقع على هذه المعاهدة أثناء عرضها للتوقيع أن توقع عليها أو تنظم إليها في أي وقت، كما أقرت في المادة 7 : تودع الوثائق الخاصة بالانضمام إلى هذه المعاهدة والتصديق عليها ونقضها لدى اتحاد دول أمريكا الذي يقوم بإرسال وثيقة الإبداع إلى باقي الدول الموقعة أو الأطراف في هذه المعاهدة

أما المادة 8 فقد أقرت على أن لكل دولة موقعة على هذه المعاهدة الحق في نقضها في أي وقت ويكون النقض ساريا بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغه باقي الدول الموقعة أو المنظمة للمعاهدة، إثباتا لذلك، قام المندوبون المفاوضون الموقعون أدناه، بعد تقديمهم وثائق تفويضهم الكامل والتي وجدت صحيحة ومستوحاة للشكل القانوني بالتوقيع على هذه المعاهدة باسم حكوماتهم، ووضع الأختام بالتاريخ المين جانب توقيعاتهم ولكن رغم أن هذه الاتفاقية أعطت بعض الهيئات الثقافية وضع قانوني مميز أثناء السلم والحرب لما لها من قيمة تاريخية وثقافية وإنسانية إلا أن هيئة الأمم المتحدة لم تبادر حتى الآن إلى إنشاء آلية بقمع الانتهاكات في هذا الخصوص خاصة إثر الحروب القائمة حاليا.

### (3) اتفاقية لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح (لاهاي 14 مايو/ أيار 1954)

لقد دعت المنظمة الدولية للعلوم والثقافة (اليونسكو) إلى ضرورة وضع اتفاقية تحمي الممتلكات الثقافية في حالة النزاعات المسلحة، خاصة بعد الدمار الكبير الذي لحق بالممتلكات الثقافية في الدول الأوروبية بعد الحرب العالمية الثانية، وتلزم حاليا أكثر من 85 دولة من جميع أقاليم العالم، ونظرا أيضا لما للممتلكات من قيمة التراث الثقافي الإنساني، وعلى هذه المبادئ الخاصة لحماية الممتلكات الثقافية في النزاع المسلح المقررة في اتفاقية لاهاي

1899 و1907 وميثاق واشنطن 15 أبريل 1935 أقرت مجموعة من التدابير الممكنة لحماية الممتلكات الثقافية، فقد نصت في المادة 2 على تعريف الممتلكات الثقافية وفصلت أنواعها وهذا ما تطرق إليه سابقا في تعريف الممتلكات الثقافية ( يقصد من الممتلكات الثقافية في نطاق الاتفاقية مهما كان أصلها أو ماليتها ما يأتي:

(أ) الممتلكات الثقافية المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها والتاريخية، الديني منها أو المدني والأماكن الأثرية ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية أو الأثرية وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات والمنسوخات الممتلكات السابق ذكرها.

(ب) المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح (7)

(ج) المراكز التي تحتوي على مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين (أ) و(ب) والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية".

كما أقرت في المادة (2) حماية الممتلكات الثقافية من وقيتها (المادة 3) واحترام الممتلكات الثقافية (المادة 4) مثلما رأينا سابقا، كما أقرت المادة 6 على شعار الممتلكات الثقافية (يجوز وفقا لأحكام المادة 16، وضع شعار على الممتلكات الثقافية لتسهيل التعرف عليها)، حيث أقرت المادة 16 على شعار الاتفاقية ( شعار الاتفاقية عبارة عن درع مدبب من أسفل مكون من قطاعات منفصلة ذات أزرق وأبيض، وهذا الدرع مكون من مربع أزرق اللون يحتل إحدى زواياه القسم المدبب الأسفل ويقع فوق هذا المربع مثلث أزرق اللون وكلاهما يحدد مثلثا أبيضاً من كل جانب)، ويجوز وفقا لشروط المادة 17 استعمال الشعار بمفرده أو مكررا ثلاث مرات على شكل مثلث (على أن يكون شعارا واحدا موجها إلى الأسفل)) (8)، كما أنها أقرت في المادة 17 على كيفية استعمال الشعار سواء في شكل منفرد أو مكررا ثلاث مرات حسب الفقرتين 1، 2 من المادة 17 (9)، وبالعودة للمادة 8 منح الحماية الخاصة فقد أقرت شروطا لمنح الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية وهذا ما رأيناه سابقا.

كما أقرت على حصانة الممتلكات الثقافية الموضوعه تحت نظام الحماية الخاصة حسب المادة 9 ( تنقيد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تكفل حصانة الممتلكات الثقافية الموضوعه تحت نظام الحماية الخاصة بامتناعها عن أي عمل عدائي نحو هذه الممتلكات بمجرد قيدها في السجل

الدولي، وعن استعمالها أو استعمال الأماكن المجاورة لها لأغراض حربية إلا في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 8 (10)، كما أقرت المادة 6/8 على ضرورة قيد الممتلكات الثقافية في السجل الدولي للممتلكات الثقافية حتى تمنح الحماية الخاصة لها (11)، في حيث نصت المادة 12 على نظام النقل تحت الحماية الخاصة ((1) إذا تم نقل قاصر على الممتلكات الثقافية، سواء داخل إقليم أو إلى إقليم آخر، فيجوز بناء على طلب الطرق المتعاقد صاحب الشأن أن يوضع تحت حماية خاصة وفقا للشروط المنصوص عنها في اللائحة التنفيذية، أما في الفقرة (2) يتم نقل الموضوع تحت الحماية الخاصة تحت الإشراف ذي الطابع الدولي المنصوص عليه في اللائحة التنفيذية، ويوضع لشعار الموضوع في المادة 16، (3) يتعهد الطرف السامي المتعاقد بعدم القيام بأي عمل عدائي نحو أي نقل يتم تحت نظام الحماية الخاصة).

كما أنه إذا قدر أحد الأطراف المتعاقدة السامية أن سلامة بعض الممتلكات الثقافية تتطلب نقلها على عجل بحيث يستحيل الالتجاء إلى الإجراءات المنصوص عنها في المادة 12، كما قد يكون الحال عند نشوب نزاع مسلح فيجوز أن يستعمل في النقل الشعار الموضح شكله في المادة 16، إلا إذا طلبت الحصانة المنصوص عليها في المادة 12 ورفض هذا الطلب، ويجب بقدر المستطاع، إخطار الطرف المعادي بهذا النقل، ولا يجوز بحال من الأحوال وضع الشعار على نقل متجه إلى بلد آخر إن لم تمنح الحصانة صراحة، كما تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة، بقدر استطاعتها، باتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية عمليات النقل المبينة في الفقرة 1 من المادة 13 والتي تحمل الشعار، من أية أعمال عدائية موجهة ضدها (12)، كما أقرت اتفاقية لاهاي 1954 في مادتها 14 على الحصانة ضد الحجز والاستيلاء والغنيمة (1) يتمتع بالحصانة ضد الحجز والاستيلاء والغنيمة ما يأتي:

أ- الممتلكات الثقافية التي تتمتع بها الحصانة المنصوص عنها في المادة 12 أو في المادة 13 ب- وسائل النقل المخصصة لنقل هذه الممتلكات دون غيرها، (2) لا تحذف هذه المادة بأي شكل من الأشكال من حق الزيارة والتفتيش)، كما أقرت المادة 15 على ضرورة احترام الموظفين المكلفين بحماية هذه الممتلكات الثقافية والسماح لمن وقع من هؤلاء في يد الطرف المصادر بالاستمرار في تأديته واجبه، إذا ما وقعت أيضا الممتلكات الثقافية المكلف بحمايتها في يد الطرف المصادر، وهذا كله في حدود مقتضيات الأمن العام، كما أقرت المادة 18 على مجال ونطاق تطبيق الاتفاقية، حيث أقرت على تطبيق الاتفاقية في حالة إعلان الحرب أو عند نشوب أي نزاع مسلح بين طرفين أو لأكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، وتطبق كذلك في

حالة الاحتلال الكلي أو الجزئي لأراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة وإن لم يصادق هذا الاحتلال أية مقاومة حربية، وحتى لو كان اشتباكها في نزاع مسلح مع دولة لم تكن طرفا فيها، كما أنها مرتبطة بها بالنسبة للدولة الأخيرة إذا ما أعلنت هذه الدولة قبولها أحكام هذه الاتفاقية وطالما استمرت في تطبيقها.

كما أقر الباب السابع من اتفاقية لاهاي 1954 على كيفية تنفيذ الاتفاقية من خلال اللائحة التنفيذية (المادة 20)، ومبدأ الدول الحامية التي تقوم بتطبيق هذه الاتفاقية ولائحتها التنفيذية وهذا عن طريق رعاية مصالح الأطراف المتنازعة (المادة 21)، وكذا دورها في إجراءات التوفيق من خلال تقديم وساطتها في كافة الحالات التي تراها في صالح الممتلكات الثقافية، ولاسيما إذا ما كان الخلاف بين الأطراف المتنازعة في تطبيق أو تفسير أحكام هذه الاتفاقية أو لائحتها التنفيذية، كما يجوز لها دعوة الأطراف المتنازعة للاجتماع على أرض محايدة من أجل الاقتراحات وهذا لتنظيم عمل السلطات المختصة المكلفة بحماية الممتلكات الثقافية وهذا في المادة 22.

كما أقرت المادة 23 طلب معاونة اليونسكو، من أجل تنظيم وسائل حماية الممتلكات الثقافية وحل أية مشكلة ناجمة عن تطبيق هذه الاتفاقية أو لائحتها التنفيذية، بالإضافة إلى الاقتراحات التي تقسم إلى الأطراف السامية المتعاقدة، ومن الممكن عقد اتفاقات خاصة من شأنها زيادة الحماية للممتلكات الثقافية والتي من الأنسب تسويتها على يحد، مع الامتناع عن إبرام أي إنفاق خاص من شأنه الحد من الحماية التي تكفلها الاتفاقية للممتلكات الثقافية للموظفين المكلفين بحمايتها وهذا حسب المادة 24.

كما أقرت المادة 25 على ضرورة نشر الاتفاقية ( تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بنشر نص هذه الاتفاقية ولائحتها التنفيذية على أوسع نطاق ممكن من أراضيها، سواء في وقت السلم أو في حالة نزاع مسلح وتتعهد بصفة خاصة بإدراج دراستها في برامج التعليم العسكري والمدني إن أمكن حتى يكون جميع سكان الأطراف السامية المتعاقدة على علم بمبادئها، ولاسيما أفراد القوات المسلحة والموظفين المكلفين بحماية الممتلكات الثقافية)، كما جاءت المادة 26 على تبادل الترجمات الرسمية بين الأطراف السامية لهذه الاتفاقية ولائحتها التنفيذية عن طريق المدير العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، كما أقرت على ضرورة تقديم أعضاء الاتفاقية للمدير العام تقريرا على الأقل كل أربعة أعوام تشمل كل المعلومات التي تراها لائقة للتنفيذ الصحيح والفعال للاتفاقية

كما أقرت المادة 28 على مبدأ الجزاءات ( تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ - في نطاق تشريعاتها الجنائية - كافة الإجراءات التي تكفل محاكمة الأشخاص الذين يخالفون أحكام هذه الاتفاقية أو الذين يأمرن بما يخالفها، وتوقيع جزاءات جنائية أو تأديبية عليهم مهما كانت جنسياتهم)، كما أقرت في أحكامها الختامية على وضعها باللغات الانجليزية والإسبانية والفرنسية والروسية ولكل من النصوص نفس القوة الرسمية، كما أن منظمة اليونسكو ستقوم بأداء ترجمات في لغات مؤتمرها العام الرسمية الأخرى وهذا في المادة 29 (اللغات)، أما المادة 30 الخاصة بالتوقيع حين عرض تاريخ 14 مايو 1954 إلى 31 ديسمبر 1954 كمهلة للتوقيع من الدول التي وجهت لها الدعوة للمؤتمر، كما أقرت على التصديق في المادة 31، ويتم هذا حسب الأوضاع الدستورية في كل دولة الموقعة عليه، والتي تودع هذه الوثائق لدى المدير العام لمنظمة اليونسكو .

كما نص في المادة 33 على أن الاتفاقية تصبح نافذة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع وثائق التصديق من خمس دول، وتصبح بعدئذ نافذة بالنسبة لكل دولة طرف متعاقد بعد انقضاء ثلاثة أشهر من إيداعه وثائق التصديق أو الانضمام، كما أن الحالات المشار إليها في المادة 18 و 19 الخاصة بتطبيق الاتفاقية على المنازعات ذات الطابع الدولي وغير الدولي على التوالي، يصبح للتصديق أو الانضمام الذي تودع وثائقه الأطراف المتنازعة - سواء قبل أو بعد العملية الحربية أو الاحتلال - أثره الفوري، وعلى المدير العام، في هذه الحالات، أن يقوم بإرسال الإشعارات المشار إليها في المادة 38 بأسرع وسيلة ممكنة، أما المادة 34 فقد أقرت على تطبيق الاتفاقيات الفعلية من خلال أن تتخذ كل دولة أصبحت طرفا في الاتفاقية عند تاريخ دخولها في حيز التنفيذ كافة الإجراءات اللازمة لتطبيق الاتفاقية فعليا في مدى ستة أشهر اعتبارا من تاريخ إيداع وثائق الانضمام أو التصديق بالنسبة للدول التي تودع وثائق الانضمام أو التصديق بعد تاريخ دخول الاتفاقية دور التنفيذ.

أما بالنسبة لاتساع الاتفاقية إقليميا فقد أقرت المادة 35 على الأطراف السامية المتعاقدة عند التصديق أو الانضمام للاتفاقية وفي أي وقت بعد ذلك أن تعلن في إشعار ترسله إلى المدير العام لمنظمة اليونسكو على أن تسري على جميع الأقاليم التي تتولى هذه الدولة شؤون علاقاتها الدولية أو على بعض هذه الأقاليم ويصبح هذا الإشعار نافذا بعد ثلاثة أشهر من تاريخ استلامه، كما أن المادة 36 أكدت العلاقة التكاملية بينها وبين الاتفاقية السابقة وهي مكملتها من اتفاقية لاهاي 4 الخاصة بقوانين وعادات الحرب البرية والاتفاقية رقم 9 المتعلقة بالضرب بالقنابل من البحر أثناء الحرب سواء كانت اتفاقية 29 يوليو 1899 أو 18 أكتوبر

1907، كما أن الإشعار الخاص في المادة 16 من الاتفاقية الحالية حل محل الشعار المشار إليه في المادة 5 من اتفاقية رقم (9) كما أنها حلت محل الشعار المشار إليه في المادة الثالثة من ميثاق واشنطن 1935 وهذا كله في جميع الحالات التي تنص فيها هذه الاتفاقية ولائحتها التنفيذية على استعمال هذا الشعار (13).

كما أن المادة 37 أقرت على مبدأ إنهاء الاتفاقية، حيث أن لكل طرف سام متعاقد أن يعلن إنهاء ارتباطه بهذه الاتفاقية بأصالة عن نفسه أو باسم أي إقليم من الأقاليم التي تتولى شؤون علاقاته الدولية، ويعلن هذا الإنهاء في وثيقة مكتوبة تودع لدى المدير العام لمنظمة اليونسكو، ويصوبه هذا الإنهاء نافذاً بعد انقضاء عام من تاريخ استلام وثيقة الإنهاء على أنه إذا حدث لدى انقضاء هذا العام – إن كانت الدولة التي أعلنت إنهاء هذه الاتفاقية مشتبكة في نزاع مسلح – يظل نفاذ هذا الإعلان لإنهاء هذه الاتفاقية معلقاً حتى انتهاء العمليات الحربية وطالما لم تتم عمليات إعادة الممتلكات الثقافية إلى وطنها الأصلي (14).

كما نصت المادة 39 على تعديل الاتفاقية ولائحتها التنفيذية، الذي هو حق للأطراف المتعاقدة الذي لهم الحق في إدخال تعديلات عليها وعلى لائحتها التنفيذية ويقدم هذا الاقتراح إلى المدير العام لمنظمة اليونسكو والذي يبلغ بدوره إلى كافة أطرافها وما عليها – في مدة 4 أشهر – إما اقتراح: عقد مؤتمر لبحث التعديل المقترح أو الموافقة دون عقد مؤتمر أو برفض التعديل المقترح دون مؤتمر، وما على المدير العام إلا إخطار الأطراف بالإجابة التي تصله، وفي حالة ما إذا قبل التعديل يصبح نافذاً بعد انقضاء 90 يوماً من تاريخ هذا الإخطار، ولن تصبح التعديلات سارية إلا بعد الموافقة عليها بالإجماع من الأطراف السامية، وأخيراً نصت المادة 40 على التسجيل للاتفاقية لدى الأمانة العامة للأمم المتحدة بناء على طلب يقدمه المدير العام لمنظمة اليونسكو وهذا حسب المادة 102 من ميثاق الأمم المتحدة، ومنه فإنه يمكن اعتبار اتفاقية 1954 مكملة لمعاهدة لاهاي 1907، بالرغم من عقب هذه الاتفاقيات من حروب عالمية وإقليمية عديدة أصبحت تهدد بالهلاك الخطير والنهائي للممتلكات الثقافية، إلا أنها أقرت على العديد من المفاهيم الجديدة منها: تأمين الحصانة ضد الحجز والاستيلاء والغنيمة للممتلكات الثقافية وحماية وسائل نقلها والموظفين المكلفين بحمايتها، وكذا ضرورة تسجيلها ومنه إقرار المسؤولية الجنائية على المنتهكين للاتفاقية.

#### (4) اللائحة التنفيذية للاتفاقية الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح (لاهاي 14 مايو/ أيار 1954)

تحتوي على 21 مادة، وأتت لتحديد كفاءات تنفيذ الأحكام المتعلقة بالحماية من الناحية العملية، أي تحديد آليات الحماية من الناحية العملية، والتي منها إنشاء نظام الدول الحامية، حيث يتم تعيين ممثلي الممتلكات الثقافية الموجودة على أراضي الدولة المعتدى عليها من قبل الدولة المعتدية، وكذا تعيين مندوبين لهذا الطرف السامي، ومنه تعيين لدى هذا الأخير كذلك وكيل عام على الممتلكات الثقافية، وهذا بموافقة الطرف الذي يباشر لديه مهمته (المادة 4)، كما أقرت المادة 5 اختصاصات المندوبين في إثبات حالات خرق الاتفاقية والقيام بالتحقيق في الخروقات وإبلاغ الوكيل العام، كما أن للوكيل العام اختصاصات منها: النظر في الشكاوى التي يقدمها مندوبو الدول، واتخاذ قرارات ووضع التقارير اللازمة حول مدى تطبيق الاتفاقية وإبلاغها إلى الدول الحامية، كما أن له الحق في اختيار المفتشين والخبراء للمساعدة في عمله وهذا بموافقة الدولة التي يباشر مهمته لديها (المادة 7)

كما أقرت مبدأ إنشاء المخابئ المرتجلة (المادة 11) في الحماية الخاصة، كما أقرت ضرورة التسجيل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعه تحت الحماية الخاصة ووضعت أهم إجراءات التسجيل في المواد 12 ( ينشأ التسجيل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعه تحت الحماية الخاصة، ويتولى المدير العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة أعمال هذا في السجل، وعليه أن يسلم صوراً منه لكل من السكرتير العام لهيئة الأمم المتحدة والأطراف السامية المتعاقدة، وينقسم السجل إلى فصول يحمل كل منها اسم طرف سام متعاقد وينقسم كل فصل إلى ثلاث فقرات بالعناوين الآتية: مخابئ، مراكز الأبنية التذكارية، الممتلكات الثقافية الثابتة الأخرى، ويحدد المدير العام محتويات كل فصل)، ولكن بالرغم من هذه الإجراءات العملية لتكريس اتفاقية لاهاي 1954 من الناحية العملية إلا أن النزاعات الدولية والإقليمية تدل على عكس ذلك، وهذا ما يجعلها في مركز حساس بين المجال النظري والواقع العملي.

#### (5) البروتوكول الخاصة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح (لاهاي 14 مايو / أيار 1954): (15)

وتناول البروتوكول الذي يشكل جزءاً من الاتفاقية لاهاي 1954 تعهدات الدول الأطراف بشأن حماية الممتلكات الثقافية من آثار العمليات المسلحة، ومن الجديد التي أتى به البروتوكول هو منع تصدير الممتلكات الثقافية الموجودة على الأراضي التي يحتلها خلال نزاع

مسلح، وتسليم ما وقع من ممتلكات ثقافية بمجرد الانتهاء من العمليات الحربية (16)، وهذا ما أكدته المادة 1/1 (يتعهد كل طرف من الأطراف السامية المتعاقدة بمنع تصدير الممتلكات الثقافية الموجودة على الأراضي التي تحتلها خلال نزاع مسلح ويقصد بالممتلكات الثقافية تلك التي نصت عليها المادة الأولى من اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح الموقعة في مدينة لاهاي في 14 مايو / أيار 1954)، وكذا المادة 2/1 (يتعهد كل من الأطراف السامية المتعاقدة بأن يضع تحت الحراسة الممتلكات الثقافية التي استوردت إلى أراضيه سواء بطريق مباشر أو غير مباشر من أية أراضٍ واقعة تحت الاحتلال ويوضع تلك الممتلكات تحت الحراسة سواء تلقائياً عند الاستيراد أو الاقتناء على طلب السلطات المختصة للأراضي المذكورة)

كما نصت المادة 3/1 على أنه (يتعهد كل من الأطراف السامية بأن يسلم عند انتهاء العمليات الحربية الممتلكات الثقافية الموجودة على أراضيه إلى السلطات المختصة للأراضي التي كانت تحت الاحتلال إذا كانت هذه الممتلكات قد استوردت إليها بما يخالف مبدأ الفقرة الأولى ولا يجوز بأي حال من الأحوال حجز تلك الممتلكات بصفة تعويضات حرب). وعليه فإن البروتوكول كان يحمل مبادئ جديدة وهامة خاصة عند إقراره منع تصدير الممتلكات الثقافية وكذا ضرورة إرجاع ما وقع منها أثناء الاحتلال إلى الدولة الأصلية وهذا عند انتهاء الأعمال الحربية، وكذلك منع حجز واستيلاء الممتلكات كتعويضات حرب.

(6) قرار يتعلق بحماية الأعيان الثقافية (بروتوكول جوزيف الإضافي الأول / 1977):

حيث أقرت في الفصل الثالث: الأعيان المدنية في المادة 53 حماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة، حيث تحظر الأعمال التالية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقود بتاريخ 14 مايو / أيار 1954 وأحكام المواثيق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع:

أ/ ارتكاب أي من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب.

ب/ استخدام مثل هذه الأعيان في دعم المجهود الحربي.

ج/ اتخاذ مثل هذه الأعيان محلاً لهجمات الردع، وعليه فإن هذا القرار يعتبر كنتاج لتطورات القانون الدولي الخاص بحماية الممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً إنسانياً مشتركاً.

7) البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، لاهاي 26 مارس / أذار 1999 الذي دخل حيز التنفيذ في 9 مارس / أذار 2004

حيث أقرت نظام معزز لحماية الممتلكات الثقافية، وهذا في حالة السلم والحالات المشار إليها في الفقرة 1 و2 من المادة 18 وكذا لفقرة 1 المادة 22

- حيث أقرت في مادتها السادسة على:

(أ)- لا يجوز التذرع بالضرورة العسكرية القهريّة للتخلي عن الالتزامات عملاً بالفقرة الثانية من المادة 4 من الاتفاقية لتوجيه عمل عدائي ضد الممتلكات الثقافية إلا إذا: حولت الممتلكات الثقافية من حيث وظيفتها لهدف عسكري، ولم يوجد بديل عملي لتحقيق ميزة عسكرية مماثلة للميزة المتاحة لتوجيه عملي عدائي ضد ذلك الهدف.

(ب)- لا يجوز التذرع بالضرورة العسكرية للتخلي عن الالتزامات عملاً بالفقرة الثانية من المادة 4 من أجل استخدام الممتلكات للأغراض، يرجح أن تعرضها للتدمير أو الضرر إلا إذا لم يوجد وما دام لم يوجد خيار ممكن بين ذلك الاستخدام للممتلكات الثقافية وبين أسلوب آخر يمكن إتباعه لتحقيق ميزة عسكرية، أما الفقرة (ج) أقرت على أنه لا يتخذ قرار التذرع بالضرورة العسكرية إلا قائد قوة عسكرية تعادل في حجمها أو تفوق حجم كتيبة، أما الفقرة (د) في حالة هجوم يعطي إنذار مسبق وفعلي حسب الظروف.

- أما في مادتها السابعة فتطرقت إلى أهم احتياطات الهجوم من:

(أ) بذل كل ما في وسعه للتحقق من أن الأهداف محل القصف ليست ممتلكات ثقافية محمية بموجب المادة 4 من الاتفاقية.

(ب) اتخاذ الإجراءات الاحتياطية لتجنب الأضرار العرضي بالممتلكات الثقافية.

(ج) إلغاء الهجوم:

\* إن اتضح أن الهدف ممتلك ثقافي.

\* الهجوم قد يسبب أضرار عرضية مفرطة بالممتلكات الثقافية حسب المادة 4

- أما في مادتها الثامنة فأقرت على الاحتياطات من آثار العمليات العدائية من خلال: (أ) إبعاد الممتلكات الثقافية المنقولة عن جوار الأهداف العسكرية.

(ب) تجنب إقامة الأهداف العسكرية قرب الممتلكات الثقافية.

- أما المادة 10 فتكلمت على شروط الممتلكات الثقافية التي هي:

(1) أن تكون تراث ثقافي على أكبر جانب من الأهمية للبشرية.

- (2) أن تكون محمية بتدابير قانونية وإدارية على الصعيد الوطني ولها قيمة تاريخية استثنائية.
- (3) أن لا تستخدم للأغراض العسكرية أو كردع لوقاية مواقع عسكرية.
- كما أن المادة 13 أقرت على أن فقد الحماية المعززة تكون في حالات هي:
- (أ) إذا علقت أو ألغيت الحماية وفقا للمادة 14.
- (ب) إذا أصبحت الممتلكات بحكم استخدامها هدفا عسكريا، ومادامت على ذلك الحال، هذا في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية من المادة 13 فأقرت على أنه في الظروف الواردة في الفقرة (ب) لا يجوز أن تتخذ الممتلكات كهدف للهجوم إلا:
- (أ) إذا كان الهجوم هو الوسيلة المستطاعة في اختيار وسائل لإنهاء استخدام الممتلكات على النحو المشار إليه في الفقرة 1/ ب.
- (ب) إذا اتخذت جميع الاحتياطات المستطاعة في اختيار وسائل الهجوم وأساليبه بهدف إنهاء ذلك الاستخدام وتجنب الأضرار بالممتلكات الثقافية.
- (ج) ما لم تحل الظروف دون ذلك بسبب مقتضيات الدفاع الفوري على النفس:
- يصدر الأمر بهجوم على أعلى المستويات التنفيذية للقيادة.
- يصدر إنذار مسبق للقوات المجابهة بطلب إنهاء الاستخدام المشار إليه في الفقرة الفرعية 1/ ب.- تتاح للقوة المجابهة فترة معقولة من الوقت تمكنها تقييم الوضع (17)
- 3/ أحكام القانون الدولي الإنساني الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في ظل المنازعات المسلحة الداخلية**

إن القانون الدولي الإنساني لا يطبق سوى على النزاعات الدولية المصلحة، أما المنازعات غير الدولية التي تكون ناجمة عن الاختلافات الإيديولوجية والعرقية والسياسية والدينية بين الوطنين، فلم يشملها القانون الدولي الإنساني إلا في عام 1949 من خلال المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربعة، كما اشتملت لاحقا بالاعتماد على البروتوكول الإضافي الثاني 1977، فقد نصت المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة 1949 التي تضمن تفصيلات حول التزام الدول بالقواعد الإنسانية التي تطبق على تسيير الأعمال العدائية في ظل النزاعات الداخلية غير الدولية، وقد تمت صياغة تلك المادة على إثر المعارك بين القوات الحكومية وقوات أندارتي في اليونان في 1944 حيث لقي الكثير من المدنيين مصرعهم، ونتيجة لذلك قامت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بتقديم اقتراحات للحكومة اليونانية في ضرورة تطبيق القواعد التعاقدية الخاصة بمعاملة أسرى الحرب على المتمردين المعتقلين، إلا أن اليونان ردت بالسلب بسبب أن النزاع ليس دولي بل داخلي، مما دفع لجنة

الصليب الأحمر الدولي على السعي إلى تطوير القانون الدولي الإنساني ليطبق كذلك على النزاعات المسلحة الداخلية غير الدولية، لذلك أنشأت المادة 3 المشتركة 1949 التي تتعهد فيها الأطراف المتعاقدة احترام القواعد الإنسانية في النزاع الداخلي.

ومن هنا فإن الممتلكات الثقافية اكتسبت أساساً قانونياً للحماية في ظل النزاعات المسلحة الداخلية وهو المادة الثالثة المشتركة لاتفاقية جنيف الأربعة 1949 كأصل عام، إلا أن هذه الحماية ليست بارزة لأنها لا تحمي صراحة الممتلكات الثقافية في ظل النزاعات المسلحة غير الدولية، وهذا ما جعل من الضرورة استكمال المادة الثالثة المشتركة من اتفاقية جنيف 1949 من خلال البروتوكول الإضافي الثاني إلى اتفاقيات جنيف 1977 المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، من خلال الحماية العامة للممتلكات الثقافية على أساس المبادئ العامة وهذا في المادة 7 منها في فقرتها الثانية (... يجب أن يعامل هؤلاء في جميع الأحوال معاملة إنسانية وأن يلقوا جهد الإمكان ودون إبطاء الرعاية والفنية الطبية التي تقتضيها حالتهم، ويجب عدم التمييز بينهم لأي اعتبار سوى الاعتبارات الطبية) وعليه فإن المادة 7 أقرت الحماية العامة من خلال تكريس الحماية في جميع الأحوال للممتلكات الثقافية ودون تمييز

إلا أن هذه المبادئ العامة غير كافية لهذا كرسست المادة 16 من البروتوكول الإضافي الثاني 1977 الخاصة بالنزاعات الداخلية على حماية الأعيان الثقافية وأماكن العبادة حيث أقرت (بحظر ارتكاب أية أعمال عدائية موجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب، واستخدامها في دعم المجهود الحربي، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية لاهاي الخاصة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح، والمعقودة في 14 أيار/ مايو 1954) (18)، إلا أن هذا البروتوكول الإضافي الثاني 1977 بالرغم من أنه يمثل الأساس المبين للقانون الدولي الإنساني المنطبق في المنازعات المسلحة الداخلية إلا أنه ينطوي على العديد من أوجه الضعف وغياب النظام الكفيل بالحماية للأسرى وعدم وجود آلية للتنفيذ الفعلي للمبادئ وعدم تكريس المسؤولية الجنائية للمتهمين، وما بالك بالممتلكات الثقافية التي تتعرض للعديد من الانتهاكات من جراء الأعمال العدائية الناجمة عن النزاع المسلح الداخلي.

كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 19 من لائحة لاهاي 1954 الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في ظل النزاع المسلح (المنازعات الخاصة التي لها طابع داخلي) حيث نصت على: ( المنازعات التي ليس لها الطابع الدولي، أنه في حالة نزاع مسلح ليس له طابع دولي ينشب على

أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يصبح على كل طرف في النزاع أن يطبق على الأقل الأحكام الخاصة باحترام الممتلكات الثقافية الواردة في هذه الاتفاقية هذا في الفقرة (1) أما الثانية فأقرت على أن الأطراف المتنازعة أن تحاول بعقد اتفاقات خاصة، تطبيق باقي أحكام هذه الاتفاقية أو جزء منها، أما الفقرة (3) أنه يجوز بمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافية أن تعرض خدماتها على الأطراف المتنازعة، ولا يؤثر تطبيق الأحكام السابقة على الوضع القانوني للأطراف المتنازعة في الفقرة (4) لذلك يجب التفريق بين الحماية المقررة للممتلكات الثقافية وبين الأطراف المتنازعة (دولية أو داخلية) وجعلها من المبادئ العامة التي يمكن تطبيقها على أي نزاع، كما أن شرط مارتنس (Martens) الخاص بتطبيق مبدأ الإنسانية ومتطلبات الضمير العام يحمي الممتلكات الثقافية في ظل النزاعات غير الدولية.

4/ أهم الالتزامات والمحضورات الدولية الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في ظل النزاعات المسلحة

من بين الالتزامات الدولية والأوامر التي يجب على الدول القيام بها كأسلوب وقائي قبل نشوب أي نزاع مسلح وهو تسجيل الممتلكات الثقافية الخاضعة للحماية الخاصة، حيث نصت الاتفاقية على إيجاد سجل دولي لتسجيل الممتلكات الثقافية التي تتمتع بالحماية الخاصة وذلك بناء على طلب الحكومات وتحتفظ (منظمة اليونسكو) بهذا السجل وإذا ما وجدت معارضة لطلب من طلبات التسجيل أبدأها أحد أطراف الاتفاقية فإن الخلاف يتم البت فيه عن طريق التحكيم أو عن طريق التصويت من قبل جميع الأطراف الموقعة على الاتفاقية، ولا يتم التسجيل إذا ما عارض ذلك ثلثا الأصوات، بالإضافة إلى ضرورة حمايتها من النزاعات المسلحة في جميع مراحلها خاصة في عمليات نقل هذه الممتلكات عندها يراود وضعها في مأمن سواء في داخل الدولة أو خارجها، وتوفير الحصانة ضد الحجز والاستيلاء والغنيمة، وكذلك توفير الحماية للأشخاص المعنيين بالسهر على حماية هذه الممتلكات، واستعانت في هذا المجال بالمميزات التي سبق تقريرها لحماية رجال الهيئات الطبية ومساعدتهم في اتفاقيات أخرى.

أما فيما يتعلق بانتهاك أحكام الاتفاقية فقد قررت المادة 28 منها اعتبار ذلك بشكل مسؤولية جنائية حيث جاء فيها (يتعهد الأطراف المتعاقدون أن يتخذوا في نطاق ولايتهم العقابية العادية كل الخطوات الضرورية لمحاكمة ومعاقبة كل الأشخاص من أي جنسية كانوا يرتكبون أو يأمرن بارتكاب أي انتهاك التزام لأحكام الاتفاقية) (19)، كما أنه من بين المحظورات هو منع تصدير الممتلكات الثقافية الموجودة على الأراضي المحتلة وإعادة ما وقع من ممتلكات ثقافية في يد المحتل إلى الدولة المحتلة بعد انتهاء العمل المسلح، كما أن بروتوكول

جنيف الأول 1977 الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية حظر الأعمال التالية في المادة 53 منه: من توجيه الأعمال القتالية ضد الآثار التاريخية أو أماكن العبادة أو الأعمال الفنية التي تشكل التراث الحضاري للشعوب، واستعمال هذه الآثار في دعم المجهود الحربي، وجعل هذه الأشياء هدفا للأعمال الانتقامية...

#### 5/ نماذج عن الانتهاكات للحماية المقررة للممتلكات الثقافية

منها حريق المسجد الأقصى التي هي من بين الجرائم الكبرى التي اقترفتها سلطات الاحتلال الإسرائيلي في الأقاليم العربية يوم 21 أغسطس 1969، حيث أقر حوالي 25 دولة إسلامية استنكارها للعمل مما دفع إسرائيل إلى إرسال أسفها على الحادث وعرضت المساهمة في إصلاحه، وفي 9 إلى 15 سبتمبر 1969 عقد مجلس الأمن الدولي بطلب من 25 دولة وأقروا على إدانة إسرائيل وتحميلها مسؤولية الحريق واتهامها بتدبير الحريق لتهديم المسجد وإعادة إقامة هيكل سليمان وأصدرت (م أ د) قرار رقم 271 في 15 سبتمبر 1969 الذي سجل فيه الغضب العالمي على العمل واعتبر أن أي تدنيس للأماكن المقدسة يهدد السلم والأمن الدوليين، كما نددت اليونسكو بهذا العمل غير الإنساني في قرارها رقم 83 عام 1970 .

أما الحفريات حول المسجد الأقصى فكانت من أهم الانتهاكات للممتلكات الثقافية من خلال أعمال التنقيب بدعوى البحث عن الآثار، بالرغم من أن منظمة اليونسكو أصدرت قرار عام 1968 باتخاذ تدابير لتنفيذ لائحة لاهاي 1954 وتوقيف كل عمليات الحفر التي من شأنها تخريب الممتلكات كما أن الحرم الإبراهيمي في مدينة الخليل بالضفة الغربية قد تعرض للتدنيس وانتهاك ماله وقدسته وذلك من طرف اليهود خاصة عند الانتهاكات الصريحة لليهود في 23 و24 سبتمبر 1968 حيث قاموا بأداء شعائهم في المسجد تحت حماية قوات الاحتلال وقاموا بالنفخ بالأبواق ودخول اليهوديات بلباس غير محتشم، وقيامها بتهديم الباب الشرقي للمسجد الإبراهيمي المعروف باسم باب الناصر قلاوون الذي يصل تاريخه إلى 700 سنة، كما استدعى مدير الأوقاف الإسلامية من قبل الحاكم العسكري الإسرائيلي لإبلاغه قراراته المتعلقة ب: الاستيلاء على قاعة يعقوب وتحويلها إلى مكان مصلى لليهود ومنع الزائرين للحرم عند تأدية اليهود لصلاتهم، ودخول اليهود للحرم الإبراهيمي أيام الجمعة من الساعة 4 إلى 5 استقبالا ليوم السبت، (20) وما يحدث في الحرم الإبراهيمي ليعد جريمة في حق التراث الإسلامي والإنساني ونموذج بسيط لما تتعرض له المقدسات والممتلكات الثقافية من تدنيس وهذا يعد خرقا لاتفاقية لاهاي 1954 .

أما في حرب العراق فحدث ولا حرج، فقد قاموا بتدمير حضارة الميزوبوتامي وهذا بتدمير الأمريكان للمتاحف وحرق المخطوطات النادرة وسرقتها، وتهريب الإسرائيليين للكثير منها لإثراء متحف بغداد بتل أبيب ولم تسلم من التدمير سوى وزارة البترول، كما طال التخريب وسائل الإعلام والجامعات والمساجد وهذا كله تحت نظر وصمت هيئة الأمم المتحدة.

#### الخاتمة:

بالرغم من التطور الملحوظ في الأحكام الواردة لحماية الممتلكات الثقافية ابتداء من لائحة لاهاي 1907 التي أقرت حماية ذات مستوى محدود الأثر والفعالية وهذا لعدة أسباب: هو أن هذه الأحكام لا يمكن تطبيقها إلا من بين الدول المتعاقدة، والقواعد التي وضعتها الاتفاقية هي تتحدث عن الحرب وأي نزاع لا يدخل ضمن هذا المفهوم لا تطبق عليه هذه القواعد، وأن القواعد المذكورة في هذه الاتفاقية يمكن تجاوزها بحجة التذرع بالضرورة الحربية، حيث وردت هذه الرخصة المانعة في الكثير من نصوصها، إلى غاية المعاهدة الخاصة بحماية الممتلكات والمؤسسات الفنية والعلمية والآثار التاريخية (ميثاق زيوريخ) واشنطن 15 أبريل / نيسان 1935 وكذا اتفاقية لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لاهاي 14 مايو / أيار 1954 وإضافة إلى البروتوكول الإضافي الأول 1977، من خلال قرار يتعلق بحماية الأعيان الثقافية التي تفادي الكثير من السليبات، إلا أنه يمكن استخلاص العديد من النتائج:

- وجود تباين بين ما هو مدون من أنواع الحماية المخصصة للممتلكات الثقافية المعترف بها وبين الضمانات المخصصة لتطبيقها والارتقاء بها.
- وجود تباين بين ما هو مدون وبين الواقع إذ نلاحظ انتهاك جسيم للممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة.
- عدم وجود آلية خاصة فعالة تابعة لمنظمة اليونسكو هدفها تكريس وتطبيق القرارات وإدانة هذه الانتهاكات، لكن العديد مما صدر عن المنظمة لم يكن له أي تطبيق.
- تميز مفهوم الممتلكات الثقافية بالعمومية لا الخصوصية ولا يوجد تعريف محدد لها، لذلك وجب الإقرار بمجموعة من التوصيات التي من الممتاز أن تساهم في حل بعض السليبات المتعلقة بموضوع الممتلكات الثقافية والتي منها:
- إعادة هيكلة منظمة اليونسكو لتوسيع اختصاصها في مجال حماية الممتلكات الثقافية في النزاع المسلح.

- إعادة تكييف انتهاك الممتلكات الثقافية على أنه عدوان ثقافي باعتباره مساس بالتراث الإنساني المشترك و إمكانية فرض عقوبات غير عسكرية على الدول المنتهكة للسلم العالمي (السلم الثقافي).

- الاهتمام بدراسة الآثار التاريخية الناجمة عن النزاع المسلح على هذا النوع من الممتلكات والتي تعتبر لها قيمة اقتصادية وتاريخية.

- مساهمة الدول المانحة على تقديم العروض للنهوض بالاقتصاد المنهار من النزاع المسلح، وهذا من خلال دعم مالي وبشري وتكنولوجي أثناء النزاع وبعده لحماية الممتلكات الثقافية من جميع أنواع الانتهاكات، من نهب وتخريب عشوائي كان أو في إطار الجماعات المنظمة، وهذا يعتبر من أهم صور الجريمة المنظمة الاقتصادية، وضرورة إدراج انتهاك الممتلكات ضمن الجريمة المنظمة.

- وضع برنامج لتأميم الممتلكات الثقافية المنهوبة في زمن النزاع المسلح في إطار برنامج الأمم المتحدة، وإلزام الدول المسؤولة على إرجاعها لأصحابها والمطالبة بالتعويضات المالية في حالة تلفها للعمدي، وعدم تقادم هذا الحق، وتمسك الأجيال المستقبلية به.

- محاولة إدراج قانون دولي ثقافي جديد والقيام بتخصيص القانون الدولي، والعمل على النشر الفعلي للمعاهدات على جميع قطاعات الدولة حتى تترتب المسؤولية.

- كما أنه يجب على الدول أن تدرج في تشريعاتها الداخلية الحماية المقررة للممتلكات الثقافية وهذا حسب المادة 132 من دستور جزائري 1996 (سمو المعاهدات على الدستور والتشريع الداخلي).

#### قائمة الهوامش:

(1) د/ مصطفى كامل شحاتة، الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصرة، دراسة عن الأقاليم العربية الواقعة تحت الاحتلال الإسرائيلي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1981، ص 260.

(2) المادة 1/ ب من اتفاقية لاهاي 14 مايو أيار 1954 الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح: "المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعالية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المحمية في الفقرة (أ) كالتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المخطوطات وكذلك المباني المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح".

(3) المادة 2: حماية الممتلكات الثقافية (تشمل حماية الممتلكات الثقافية، في نطاق هذه الاتفاقية ووقاية هذه الممتلكات واحترامها).

(4) د. مصطفى كامل شحاتة، المرجع السابق، ص 261.

(5) المادة 8: منح الحماية الخاصة، في فقرتها الأولى: (يجوز أن يوضع تحت الحماية الخاصة عدد محدود من المخاييم المخصصة لحماية الممتلكات الثقافية المنقولة ومراكز الأبنية التذكارية والممتلكات الثقافية الثابتة الأخرى ذات الأهمية الكبرى شرط: \* أن يكون على مسافة كافية من أي مركز صناعي كبير أو أي هدف هام يعتبر نقطة حيوية، كالمطار مثلا أو محطة إذاعة أو مصنع يعمل للدفاع الوطني أو الميناء أو محطة السكك الحديدية ذات الأهمية أو طريق مواصلات هام، \* ألا تشتمل في الأغراض الحربية).

(6) أ. د. عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني، وثائق وآراء، دار مجدلاوي، عمارة: الأردن، 202، ص 286.

(7) السبب في النص فقط على الممتلكات المنقولة بدل العقارية في المادة 1/ 2 من اتفاقية لاهاي 1954 هو كأصل عام فإن المنقولة تكون ضمنا في العقارات أي أن المباني المخصصة لحماية المنقولات مكفولة بالحماية أيضا بطريق غير مباشر بما أنها تتضمن المنقولات أيضا ولا يمكن حماية وحصانة المنقولات الثقافية دون حماية أماكن تواجدها الثابتة وعليه الحماية على الخاص ومنه العام.

(8) لقد حل الشعار المشار إليه في المادة 16 من اتفاقية لاهاي 1954 محل الشعار المنصوص عليه في المادة 3 (ميثاق زيورخ) 1935 (دائرة حمراء في وسطها ثلاث نقاط دائرية حمراء في شكل مثلث على أرضية بيضاء).

(9) أ. د. عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 297.

(10) المادة 8/ 5 اتفاقية لاهاي 1954 (يجوز بالرغم من وقع أحد الممتلكات الثقافية من المنصوص عليها في الفقرة (1) من المادة (1) بجوار هدف عسكري هام بالمعنى المقصود به في هذه الفقرة وضع هذا الممتلك تحت الحماية الخاصة إذا ما تعهد الطرف السامي المتعاقد بعدم استعمال الهدف المذكور في حالة نشوب نزاع مسلح، ولا سيما إذا كان الهدف ميناء أو محطة سكك حديدية أو مطارا، وبتحويل كل حركة المرور منه ويجب في هذه الحالة تنظيم تحويل حركة المرور منه منذ وقت السلم).

(11) المادة 8/ 6 اتفاقية لاهاي 1954 (تمنح الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية بقيدها في السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة ولا يتم هذا أولا وفقا لأحكام هذه الاتفاقية وبأ المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية).

(12) المادة 13/ 1/ 2 اتفاقية لاهاي 1954 (النقل في الحالات العاجلة).

(13) المادة 16 من الاتفاقية الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لاهاي (14 مايو/ أيار 1954) "شعار الاتفاقية عبارة عن درع مدبب من أسفل مكون من قطاعات منفصلة ذات أزرق وأبيض، وهذا الدرع مكون من مربع أزرق اللون يحتل إحدى زواياه القسم المدبب الأسفل ويقع فوق هذا المربع مثلث أزرق اللون، وكلاهما يحدد مثلثا أبيض من كل جانب" وهذا الشعار حل محل الشعار المذكور في المادة 5 من اتفاقية لاهاي 1907 شأن الضرب بالقنابل بواسطة القوات البحرية في زمن الحرب "... تتكون

من ألواح مأطورة مستطيلة كبيرة مثبتة يقسمها خط يمتد من الزاوية إلى الزاوية إلى مثلثين الأعلى أسود اللون والأسفل أبيضه" ومحل شعار المادة 3 من ميثاق زيورخ 1935 الخاص بحماية المؤسسات الفنية والعلمية والآثار التاريخية "دائرة حمراء في وسطها ثلاث نقاط دائرية حمراء في شكل مثلث على أرضية بيضاء".

(14) كما أن المادة 8 من اتفاقية زيورخ أقرت أن لكل دولة موقعة على هذه المعاهدة الحق في نقضها في أي وقت ويكون النقص ساريا بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغه باقي الدول الموقعة أو المنظمة للمعاهدة.

(15) يجب التفريق بين اللاتحة والبروتوكول فاللاتحة هي جزء لا يتجزأ من الاتفاقية ولكنها تحدد كيفية تطبيقها وتأتي لتحديد الآليات لتنفيذ الاتفاقية ونقلها من الطابع النظري إلى العملي، أما البروتوكول فهو أيضا جزء لا يتجزأ منها ولكنه يتميز بأنه تكميلي وإضافي لبعض النقائص التي حملتها الاتفاقية الأصلية، وهذا ما يدل أن لاتحة لاهاي 1954 هي اتفاقية عامة (الأم).

(16) أ. د. عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 320.

(17) قواعد معلومات القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر CICR،

[www.google.je](http://www.google.je)

(18) أ. د. عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 342.

(19) د. مصطفى كامل شحاته، المرجع السابق، ص 262.

(20) د. مصطفى كامل شحاته، نفس المرجع، ص 363، 364، 366.

### قائمة المراجع:

#### الكتب:

1- أ. د مصطفى كامل شحاته، الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصرة، دراسة عن الأقاليم

العربية الواقعة تحت الاحتلال الإسرائيلي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.

2- أ. د عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني، وثائق وآراء، دار مجدلاوي، عمان الأردن، 2002.

الإنترنت: قواعد معلومات القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر

[www.google.ae](http://www.google.ae)، CICR

#### الاتفاقيات الدولية:

1- المعاهدة الخاصة بحماية المؤسسات الفنية والعلمية والآثار التاريخية (ميثاق زيورخ) واشنطن 15 أبريل 1935.

2- الاتفاقية الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح لاهاي 14 مايو 1954.

3- البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف 1977 الخاص بالنزاعات المسلحة الدولية.

- 4- البروتوكول الأول الملحق باتفاقية لاهاي 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، لاهاي 14 مايو. 1954
- 5- البروتوكول الثاني الملحق باتفاقية لاهاي 1954 الخاص بحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح، لاهاي 26 مارس 1999 دخل حيز التنفيذ في 9 مارس 2004.

## التأمين الإلزامي تَعَدُّ على مبدأ الحرية التعاقدية

د. حليس لخضر

أستاذ محاضر قسم "ب"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة يحيى فارس المدية (الجزائر)

ملخص:

القانون ظاهرة إجتماعية ومعنى ذلك أنه وليد الظروف والمتغيرات الإجتماعية، وكلما برزت على الساحة مستجدات وَجَبَّ على الجهات المختصة توفير الإطار القانوني المناسب لها، وهذا هو الحال مع عقود التأمين لا سيما الإلزامي منه؛ فالشاهد من ذلك أن هذا النوع من العقود لم يكن منتشرًا في بلادنا ولكن المستجدات التي حصلت جراء إزدياد حوادث المرور وما خلفته من أضرار جسمية ومادية، أضف إلى ذلك المخاطر والكوارث الطبيعية التي وقعت - زلازل، وفيضانات، حرائق، - حتمت وألزمت ضرورة التأمين على هذه المخاطر، ولو دون إرادة ورغبة الشخص، ورتبت على مخالفة ذلك جزاءات؛ وذلك لتوفير الحماية للمتضررين منها، وأكثر من ذلك عدم قدرة الدولة على تحمل الآثار المترتبة عنها.

فألزم القانون إجبارية التأمين على السيارات والمركبات، والزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض أصحابها، وضرورة التأمين لمباشرة بعض المهن؛ ووصل الأمر مؤخرًا إلى التأمين على الحياة في بعض الرحلات الجوية، والذي قد يُعمَّم مستقبلاً تحت تأثير ما قد يَسْتَجِدُّ من معطيات.

الكلمات المفتاحية: التأمين الإلزامي، مبدأ الحرية التعاقدية، المؤمن، المؤمن عنه، السيارات والمركبات.

### Summary:

The law is a social phenomenon and means that Walid conditions and social variables, the more emerged on the scene developments shall be the competent authorities to provide appropriate legal framework to it, and this is the case with insurance contracts, particularly the mandatory him; that voluntary or optional insurance, which concluded by persons voluntarily and willingly come out for the scope of this study.

Witness that this type of contract was not widespread in our country, but the developments that took place due to increasing traffic accidents and the legacy of physical and material damage, Add to that the risk of natural

disasters and Qat- earthquakes, floods, fires,- necessitated and committed necessity insurance for these risks, albeit without the will and desire of the person, and arranged for violating the sanctions it; so as to provide protection for the people affected, and more than that the state's inability to withstand the effects of it.

We'll need compulsory car insurance and vehicle law, and mandatory insurance of natural disasters and to compensate the owners, and the need for insurance to direct certain professions; recently it came to life insurance in some flights, which may circulate in the future under the influence of any new data.

#### مقدمة:

وصل المساس بالإرادة ودورها دَرَجَاتٍ قُصَوَى إِلَى حِدِ الإلغاء، وذلك عندما حَلَّتْ إرادة المشرع، ومن خلاله القاضي محل إرادة المتعاقد في إتيان التصرفات القانونية وتحديد مضمونها، فلهذا الأخير تعديله ونقصه، كما له إنقاص التزامات أحد المتعاقدين أو زيادة التزامات الآخر تبعاً للظروف؛ دُونَ أَيِّ إعتبار للإرادة التي أنشأت التصرف، غير آبهٍ بما تتجه إليه.

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل برزت عقود تُبْرَمُ بناءً على إلزام قانوني، فلا تلعب الإرادة فيها دوراً، وإنما يُطبَّقُ الطرفان نظاماً رسمياً مفروضاً عليهم بمقتضى القانون، ما أدى إلى تراجع مكانة الإرادة فيها بصورة خطيرة، فلا وجود لمبدأ سلطان الإرادة، وإنما توجد مصلحة عامة يكون بموجِبِها العقد من بداياته إلى نهايته خاضعاً لمقتضياتها (I).

لعل من أبرز صور هذه العقود عقد التأمين الإلزامي ذلك أن التأمين الإلزامي الذي يُبرمُّه الأشخاص طواعيةً وإرادتهم يخرج عن نطاق هذه الدراسة؛ ونختار على سبيل المثال - كأمودج للدراسة- إجبارية التأمين على السيارات والمركبات، وإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض أصحابها، لأهميتها وكثرة إنتشارها مؤخرًا (II).

#### I: أحكام التأمين الإلزامي

لم تُعدَّ للفرد الحرية في إبرام ما يشاء من العقود أو إمتناعه عن إبرامها، فقد يأتي القانون ويُجبره على إبرام عقد معين، وفي مثل هذه الحالات لا تكون الإرادة حرة بل مقيدة، فيجبرُ المتعاقد على إبرام هذا العقد في مجالات متعددة، كعقد التأمين على السيارات والكوارث الطبيعية، وحتى التأمين على الحياة كما يُشترط مباشرة بعض المهن كالمحاماة، التوثيق، الهندسة المعمارية،

حيث صارت أمرا واجبا، كما صار يَحْمِلُ أصحاب هذه المهن على التأمين من المسؤولية المدنية.

ولقد عالج المشرع عقد التأمين عموما في الشريعة العامة، وفي نصوص خاصة، واحتكرت الدولة نشاط التأمين إلى غاية صدور الأمر 07/95 والمعدل بالقانون 04/06 حيث سمح بظهور هيئات خاصة تُمارِس عملية التأمين؛ وقد يَحْوِز عقد التأمين الصفة المدنية أو التجارية، وذلك بالنظر إلى صفة أطرافه.

وأورد الأمر 07/95 أنواع التأمينات الإلزامية؛ إن عقد التأمين يَمْتازُ بِجُمْلَةٍ من الخصائص يشترك فيها مع جُلِّ العقود المسماة، فهو من العقود الملزمة للجانبين، فِكَلَا طرفيه مُلْزَمٌ مُتَجَاهَ الآخر، فيلتزم المؤمن بدفع الأقساط المتفق عليها، مقابل إلتزام شركة التأمين بتغطية المخاطر المتفق عليها، وجوهر هذا العقد يَكْمُنُ في التقابل القائم ما بين الإلتزامين<sup>4</sup>.

1- نظم المشرع هذا العقد من خلال الأمر 07/95 المتعلق بقانون التأمين والساري المفعول، الجريدة الرسمية، العدد 13، بتاريخ 1995/03/08، والمعدل بالقانون 04/06 الصادر في 2006/02/20، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 2006/03/12، والذي ألغى القانون رقم 80/13 المؤرخ في 1980/07/19.

كما نُظِمَ عقد التأمين من خلال المواد 619 إلى 625 مدني، ويُعرَفُ المشرع هذا العقد في المادة 619 مدني بأنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يُؤدِّي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه، مبلغا من المال أو إيرادا مُرْتَبَا، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تُحَقِّق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قِسطٍ أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

2- انظر بن وارث محمد، دروس في قانون التأمين الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 60-61.

3- وفق ما جاء في هذا القانون تتمثل أنواع التأمين في

-التأمينات على الحريق والإنفجار، أو الصواعق والكهرباء، ضمن الإتفاقات الخاصة بين المؤمن والمؤمن له.

-تأمينات القطعان الحيوانية من البرد والهلاك

-تأمينات القطاعات الصحية والعمرانية، ومراكز العطل والرحلات

-تأمينات مكاتب التسيير العقاري للدولة من أضرار المياه والحريق

-تأمين نقل البضائع والأشخاص من المسؤولية المدنية، سواء البرية منها أو البحرية أو الجوية.

-تأمين المؤسسة الرياضية والترفيهية من المسؤولية المدنية.

-تأمين قطاع التربية والتكوين المهني

-تأمين الصيد البري والبحري، وأعماق البحار

-تأمين المركبات، السيارات، والشاحنات، والمركبات بصفة عامة

4- انظر بورزق أحمد، الشروط التعسفية في العقود بين الشريعة والقانون، دكتوراه، باتنة، الجزائر، 2015، ص 377. وجديدي معراج، المرجع السابق، ص 36.

كما يُعتبر هذا العقد من عقود المعاوضة، فيأخذ كلاً طرفيه مُقابل ما يُقدّمه، ويثار اللبس والإشكال عندما لا يقع الخطر طَوَالَ المدة المحددة في العقد، فقد تنقضي مدة العقد ولا يقع الخطر، وبالتالي لا يحصل المؤمن له على مقابل الأقساط التي دفعها.

في هذا النسق هناك من يرى أنه وحتى عند عدم وقوع الخطر فإن هذا لا ينفي عن العقد خاصية المعاوضة، ذلك أن المؤمن وإن لم يُقدّم مقابل بالرغم من إنقضاء مدة العقد، وعدم وقوع خطر، إلا أنه منح للمؤمن له الإطمئنان، إلا أن هذا الطرح غير مقنع، فلا يُبرر أن هذا العقد من عقود المعاوضة، ويدعم ذلك أن هذا العقد من العقود الاحتمالية.<sup>2</sup>

إضافة إلى الخصائص السابقة يُعتبر عقد التأمين من العقود الزمنية، فهو من العقود المُستَمرة التي يلعبُ فيها عنصر الزمن دوراً مُهماً، فهناك أداوات متكررة يستمر الوفاء بها مدة من الزمن<sup>3</sup>؛

إن عقد التأمين من أشدّ عقود الإذعان التي تتضمن شروط تعسفية، وذلك من خلال ما تفرضه شركات التأمين من شروط، فهناك جزئيات في العقد لا يستطيع المتعاقد مناقشتها<sup>4</sup>. من هذه المعطيات يُمكنُ وصف عقد التأمين بأنه من العقود التي تتضمن بنوداً تعسفية، قد تُضر بمصالح الطرف الضعيف (خصوصاً المؤمن له)<sup>5</sup>، فهو هنا أمام خيارين لا دَوْرَ ولا مَكَانَةَ للإرادة قبلهما، فإما قبولها كما هي إذا ما رَغِبَ في التعاقد، أو الإمتناع عن التعاقد. للمعطيات السابقة وبالرجوع إلى القانون 07/95 نجد أنه تلتزم شركات التأمين بضرورة إخبار وإعلام المستهلك، وإخطاره بالشروط الهامة والأكثر خطورة، وبكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعقد، وأن تكون هذه البيانات واضحة ومقروءة<sup>6</sup>.

1- انظر محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص375.

7- Benchabane (H), L'aléa dans le droit des contrats en droit civil Algérien, OPU, Alger, 1992, p12

3- من الخصائص الأخرى كذلك أن هذا العقد من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تبادل وتطابق الإيجاب مع القبول، دون الحاجة إلى إفراغ العقد في شكل خاص؛ فعقد التأمين عقد غير شكلي وإن كانت العملية تُفرغ في وثيقة التأمين، إلا أنها تبقى شكلية للإثبات لا للإنعقاد.

4- Gérard Légier, droit civil, les obligations, 6ed, Dalloz, 1998, p 20.

5- فتفرد الجهة المؤمنة بوضع شروط وينود العقد وتحديد مضمونه، بحيث لا يكون أمام الطرف الثاني إلا القبول بهذه الشروط المُعدّة سلفاً، دون أن يكون له حق مناقشتها أو الاعتراض عليها؛ وهو ما يؤكد أن عقد التأمين من عقود الإذعان؛ يتبين ذلك من خلال عدم تحقق مبدأ التوازن ما بين المراكز القانونية لطرفيه. انظر بورزق أحمد، المرجع السابق، ص378.

فعلى المؤمن له إعلام المؤمن، وإطلاعه بالتصريح الصحيح، عند إبرام العقد بكافة الظروف المعروفة المساعدة على تقدير الخطر، ودرجة جسامته، وذلك بكل وضوح وأمانة، من خلال نماذج الإستمارات المطبوعة، المتضمنة لأسئلة مُحَدَّدة، لِتَبَصْرَةِ المؤمن بدرجة احتمال وقوع الخطر، وهذا حتى يتسنى للمؤمن إتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة وناجعة. كأن يقترح قسماً جديداً لإستمرار التأمين أو فسخ العقد؛ لأنه في حالة قيام المؤمن له بكتّمان معلومات، أو الإدلاء بتصريح كاذب مُتَّعَمِد، بقصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر المؤمن عنه، فإنه يترتب على ذلك إبطال العقد<sup>2</sup>.

## II: نماذج من عقود التأمين الإلزامي

نستعرض إلزامية التأمين على السيارات من خلال الأمر 15/74 كتطبيق نظراً للإنتشار الواسع لهذه المركبات، فقد تحوّلت - اليوم نظراً لتعقّد ظروف الحياة ومشاكلها - من وصفها من الكماليات إلى أن صارت من أساسيات الحياة إن لم تكن من ضرورياتها. كما نختار نموذج آخر لم يرد في هذا القانون، وهو ما جاء في الأمر 12/03 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض أصحابها، حيث يُلْزِمُ القانون التأمين على الكوارث الطبيعية، كصورة مُستَجَدَّة فرضتها ما شهدته البلاد من كوارث؛ ورتب على مُخالفة ذلك جزاءات.

### 1- إلزامية التأمين على السيارات:

تُوسِّعُ بعض القوانين من نطاق عقود معينة لمصلحة الجماعة، فترغم الفرد على التعاقد خلافاً لمقتضيات سلطان الإرادة التعاقدية، وذلك من خلال جُمْلَةٍ من القيود للمصلحة العامة، ومن ذلك قانون السير والمركبات، الذي يُلْزِمُ مالك المركبة الآلية بإبرام عقد تأمين يُعْطِي الأضرار

11- يلتزم المؤمن (شركة التأمين) قانوناً بإعلام المؤمن له بكل ما يحتاج إليه من معلومات وبيانات، بهدف تبصيره بالعملية العقدية (في مرحلة إبرام العقد)، من خلال إخباره بكل المعلومات المتصلة بالتغطية التأمينية، ونطاق الضمان، وشروط الإستبعاد. أنظر معراج جديدي، محاضرات في قانون التأمين الجزائري، ص75 ومايليها.  
انظر كذلك المواد 5 و8 و13 وكذلك المواد 15 و19 و21 و75 و153 من تقنين التأمين لعام 1995 الأمر رقم 07/95 المعدل بالقانون رقم 04/06.

Zennaki (D), L'information comme source de protection des consommateurs, p19 et s ; Séminaire National sur la protection des consommateurs, Univ D'Oran, 14 et 15 Mai 2000.

2- انظر المواد 21 و75 من القانون رقم 07/95.

التي يُسببها إستعمال هذه المركبة<sup>1</sup>؛ فلقد أدى تزايد حوادث السيارات وتفاقم أضرارها إلى إقرار إجبارية التأمين من المسؤولية عنها<sup>2</sup>.

ويسعى المشرع من خلال الأمر 15/74 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار<sup>3</sup>، إلى تنظيم عملية تعويض الأضرار الجسمانية الناشئة عن حوادث المرور.

حيث تبنى المشرع من خلاله نظاما جديدا لتعويض الأخطار والأضرار الجسمانية التي تُصيب الضحايا، وذلك دون تمييز بين نوع وظروف الحادث، وبدون البحث عن مصدر الخطأ، إلا في حالات إستثنائية، والملاحظ هنا أن المشرع قد تَخَلَّى عن مبدأ المسؤولية المدنية التي تركز على فكرة الخطأ.

إن نظام التعويض عن حوادث المرور والتأمين على المركبات يكتسي أهمية قُصوى في جميع الميادين قانونيا اقتصاديا، وحتى اجتماعيا، فصار حديث الساعة الكلام عن السلامة المرورية في ظل تفاقم حوادث المرور، وما يَنجُرُّ عنها من كوارث<sup>4</sup>.

1- انظر أحمد عيسي، المرجع السابق، ص 64.

2- وهو الأمر الذي جعل من الموضوع يحْتَلِّ مَكَانَةً بارزة في الدراسات القانونية الحديثة، لا سيما في جَنَبَاتِ الواقع العملي وساحات القضاء فلا خيار للشخص الذي يَضَعُ مركبة للسير في الطريق العمومي من وجوب التأمين على المخاطر التي تُحْدِثُها هذه المركبة. انظر محمد حسين منصور، المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 07.

3- الأمر 15/74 المؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق 30/01/1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار الناجمة عنها، الجريدة الرسمية، العدد 29، المؤرخة في 20 يوليو 1988. المعدل بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 19/7/1988.

تص المادة الأولى منه على ما يلي: " كل مالك مركبة ملزم بالإكتتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير، وذلك قبل إطلاقها للسير". وتعني كلمة مركبة في هذا النص (المادة الأولى)، كل مركبة برية ذات محرك وكذلك مقطوراتها أو نصف مقطوراتها وحمولاتها، ويفهم بمقطورات ونصف مقطورات ما يلي: 1- المركبات البرية المنشأة بقصد ربطها بمركبة برية ذات محرك، وتكون تلك المركبات مخصصة لنقل الأشخاص والأشياء. 2- كل جهاز بري مرتبط بمركبة برية ذات محرك. 3- كل آلية أخرى يمكن أن تكون مشابهة للمقطورات أو نصف المقطورات، بموجب مرسوم.

4- تُطْلَعُ إحصائيات المركز الوطني للوقاية من حوادث المرور خلال السداسي الأول من سنة 2016، وإن عرف إنخفاضا مقارنة بالسنوات السابقة، إلا أن الأرقام تبقى خيالية بوقوع أكثر من 45000 ضحية في سنة 2015 بين قتيل وجريح، وحوالي 4000 قتيل.

فلا خيار للمؤمن له، فبمجرد وضعه مركبة للسير في الطريق العمومي، يستتبع وجوباً التأمين على المخاطر التي قد تحدثها، ورتب القانون على عدم القيام بذلك مسؤولية، قد تصل حد وصف الفعل بالمجرم، الذي يعاقب عليه قانون العقوبات؛ فالقانون يلزم صاحب المركبة شخصاً طبيعياً أو معنوياً بالتوقيع على عقد التأمين، قبل تحريك المركبة ولو خطوة<sup>1</sup>.

يتبين من هذا حرص المشرع على هذا الموضوع حيث يُولي عناية كبيرة لهذا الموضوع، بالنظر لخطورة الأثار الناجمة عنه، فيسعى من خلال سن النصوص القانونية إلى العمل على حماية المتضرر، وفقاً للقواعد العامة في إطار قواعد المسؤولية عموماً، وفي القوانين الخاصة تحديداً.

## 2- التأمين على الكوارث الطبيعية

التأمين الإلزامي على الكوارث الطبيعية من الصور البارزة التي يتجلى من خلالها التعدي الصارخ على الإرادة حيث ينعدم دور الإرادة، فهي تُجبر على إبرام هذا العقد، بحيث يلزم المشرع الأفراد بإبرام هذا النوع من العقود بصورة لا يتبين فيها أي قيمة أو دور لإرادتهم وتم تحديد إلزامية هذا النوع من التأمين بموجب المادة الأولى من الأمر 03-12<sup>2</sup>، كما يلزم هذا القانون بأن لا تقل مدة التأمين عن السنة<sup>3</sup>، وتبين في هذه الجزئية مظهر آخر من مظاهر إلغاء دور الإرادة، فلا يستطيع المتعاقد المفاوضة حتى في تحديد مدة العقد؟

وهذا أمر خطير جداً يحتاج إلى تضافر جهود الجميع من أجل مكافحة هذه الظاهرة الغربية، والتي يمكن تصنيفها ضمن الأخطار الجماعية التي تهدد المجتمع برمتها، ويبدو أن الحل لا يقتصر على إلزامية التأمين فقط من المسؤولية.

1- إن حوادث السير هي كل واقعة ينجم عنها وفاة أو إصابة أو خسارة في الممتلكات بدون قصد سابق، وبسبب المركبات أو هولتها، أثناء حركتها، ويدخل ضمن ذلك حوادث الإحترق أثناء حركة المركبة على الطريق العام، ولإعتبار الحادث المروري حادثاً فعلاً لا بُد من توافر العناصر التالية:

- وجود المركبة: المركبة بعجلين أو أكثر تسير في اليابسة، لها محرك ميكانيكي أو كهربائي، فردية كانت أو جماعية، وفقاً للمادة 01 من الأمر 15/75، وللفظ المركبة هنا ينصرف إلى المركبة كسائق وركاب وحمولة.

- سير المركبة أو كينونة المركبة في حالة حركة على الطريق العام: وهذا يقصد به أن تكون المركبة في حالة حركة على الطريق العام.  
- الضرر: الضرر قد يكون جسائياً، بمعنى إصابات بشرية بأنواعها أو وفاة، سواء كانت الوفاة عقب الحادث مباشرة أو بعد فترة زمنية دون تحديد، أو قد تكون خسائر في الممتلكات العامة أو الخاصة.

- الفعل دون قصد: وهذا أمر مهم للغاية لأنه في الحالة العكسية يعني إرتكاب جنائية.

2- الأمر رقم 03/12 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية، العدد 52، السنة 2003.

أ- الأخطار والأضرار المغطاة بقيمة التأمين: إن كون هذا التأمين يُخصّص الممتلكات وليس الأشخاص، فإنه يُغطي كل الأضرار المباشرة المتسببة من الممتلكات العقارية المبنية في الجزائر.<sup>2</sup>

يتم الإشتراك في هذا التأمين ويُقدَّر ثمنه بناء على المعلومات التي يجب تقديمها، فعلى من أراد الإشتراك في هذا العقد تقديم كل المعلومات المتعلقة بممتلكاته الخاصة سواء كانت تُستخدَم للسكن أو لغرض صناعي أو/ و تجاري<sup>3</sup>؛ كما يتم حساب قسط التأمين المستحق حسب معدل قسط التأمين على رأس المال المؤمن عليه<sup>4</sup>.

فلا يستطيع المتعاقد رفضه ولا حتى مناقشة مضمونه؛ وما هو معلوم أن مُقتَضِيَاتِ برزت على الساحة أدت إلى الإلزام على هذا النوع من العقود، لا سيما ما شهدته البلاد في تلك الفترة، وخصوصا الآثار الخطيرة التي خلفتها فيضانات باب الواد (الجزائر العاصمة)، و زلزال بومرداس.

1- بين الأمر 03-12 أنواع الأحداث أو الأخطار (المضمونة) التي يُتَكَلَّف بالتعويض عنها، وأوضح هذا النص القانوني وبين الفئات المعنية بهذا التأمين، وحددها في: 1- كل مالك (شخص طبيعي أو معنوي، غير الدولة) مُلْك عقاري مَبْنِي، يقع في الجزائر. 2- كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بنشاط صناعي و/أو تجاري. 3- شركات التأمين المعتمدة المطلوبة بتقديم ضمانات للأشخاص الخاضعين للتأمين الإجباري ضد الكوارث الطبيعية.

2- يدخل في ذلك العمارات، المباني الفردية، التجارية...، ولا يؤخذ بعين الإعتبار محتوى ذلك؛ كما يغطي المرافق الصناعية والتجارية، بما في ذلك محتوياتها، ويشمل التأمين أخطار الزلزال، الفيضانات والغرق، العواصف والرياح القوية، انجراف التربة، أو كل كارثة مماثلة أخرى، كما تُسْتَتَى حالات من نطاق تطبيق هذا التأمين لمواجهة الأخطار، وفقا لنص المادة 10 من الأمر رقم 07-95.

3- وتقدم هذه المعلومات للوكالة التي يختارها الشخص - عن طريق إستبيان يُقدَّم من طرف المؤمن، والذي يُملأ في الحين-؛ أما عن تحديد مبالغ التأمين، فإنه يتم على أوجه متعددة فبالنسبة للأمالك العقارية تُحدد المادة 6 من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2004 معايير التسعيرة، وتوضح كيفية تحديد التعريفات والإعفاءات المطبقة على تأمين أثار التأمينات على الكوارث الطبيعية، إذ يجب أن لا تقل رؤوس أموال المؤمن عليها فيما يخص الأملاك العقارية عن حاصل ضرب المساحة المبنية بسعر معياري في المتر المربع المطابق.

أما بالنسبة للمنشآت الصناعية والتجارية فيتم تحديد مبالغ التأمين على النحو التالي: في قيمة إعادة الإعمار للبناء (نشاط الإسكان)، وفي قيمة استبدال المعدات، وفي القيمة السوقية للسلع. انظر المادة 6/1 من المرسوم التنفيذي رقم 04-269، الجريدة الرسمية رقم 55.

4- يحدّد القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2004 التابع لوزارة المالية، تسعيرة التأمين على أثار الكوارث الطبيعية، ويتم تطبيق (عقوبة) 20% من مجموع الأقساط والإشتراكات، إذا كانت الأملاك العقارية المبنية دون رخصة بناء أو/ والنشاطات الممارسة دون سجل تجاري قبل نشر الأمر 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003. المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 04-269.

ب- البنود الإجبارية التي تُدرج في العقد وجزء عدم إكتتاب التأمين من البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية، موضع الضمان حيث يضمن هذا التأمين للمؤمن له التعويض المالي للخسائر المادية المباشرة التي تلحق بمجموع الأملاك موضوع ضمان عقد التأمين والناجمة عن حدوث كارثة طبيعية. ويمتد هذا الضمان ليُغطي تكلفة الخسائر المادية المباشرة التي تلحق بالأملاك المؤمن عليها حسب القيمة المحددة في العقد، ولا يسري مفعول الضمان إلا بعد نشر النص التنظيمي الذي يُعلن حالة الكارثة الطبيعية في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

عن حالة الإعفاء فإنه يحتفظ المؤمن له على حسابه بجزء من التعويض الواجب دفعه على حصة الخطر الخاضعة للإعفاء<sup>2</sup>، وينجم عن هذا العقد التزامات تقع على عاتق كلاً من المؤمن والمؤمن له، حيث يجب تبليغ المؤمن بكل حادثة يَنجُرُّ عنها الضمان، في أجل لا يتعدى ثلاثين (30) يوماً بعد نشر النص التنظيمي، الذي يعلن حالة الكارثة الطبيعية (إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة).

كما نظم القانون الحالة التي يُبرم فيها المؤمن له عدة تأمينات، تسمح بتعويض الأضرار المادية الناجمة عن كارثة طبيعية، فإنه يجب عليه في حالة وقوع الحادث، وفي حدود الأجل المنصوص عليها، تبليغ المؤمن بوجود هذه التأمينات. كما يجب على المؤمن له قبل إبرام العقد ملاً إستمارة الأسئلة، التي يجب على المؤمن أن يقدمها له، ويجب على المؤمن تسديد التعويض المستحق بعنوان الضمان في أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ تسليم تقرير الخبرة عن الأضرار<sup>3</sup>.

كل ما سبق متوقف على إعلان حالة الكارثة الطبيعية، الذي يتم بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالجماعات المحلية والوزير المكلف بالمالية، ويُتخذ هذا القرار في أجل أقصاه شهران (2) بعد وقوع الحادث الطبيعي الذي يحدث أيضاً طبيعة الحادث وتاريخ وقوعه، والبلديات المعنية به. انظر المادة 03 و04 من المرسوم التنفيذي 04-268.

1- في حدود: 80 بالمائة من الأموال المؤمن عليها، فيما يخص الأملاك العقارية المبنية. و 50 بالمائة من الأموال المؤمن عليها فيما يخص المنشآت الصناعية أو التجارية، علاوة على ذلك، يحدد الخبير تكاليف التعويض، بعد خصم الجباية والقيم المتبقية. انظر المادة 07 الفقرة 01 من المرسوم 04-269 (الجريدة الرسمية رقم 55)

2- إثنان (2) بالمائة مع حد أدنى يساوي 30.000.00 دج فيما يخص الأملاك العقارية، و 10 بالمائة للمنشآت الصناعية أو التجارية. انظر المادة 07 من أمر وزارة المالية المؤرخ في 31 أكتوبر 2004 الذي يضبط كليات تحديد التعريفات والإعفاءات وحدود تغطية آثار الكوارث الطبيعية.

3- انظر المواد من 10-12 من الأمر رقم 12/03

أما في حالة الإحتجاج على نتائج الخبرة، فيجوز للمؤمن له في أجل لا يتعدى 15 يوما، أن يُطالبَ بخبرة مُضادة (تكون التكاليف هنا على عاتقه بطبيعة الحال)؛ وعند عدم رضى أحد الطرفين بتقرير إعادة الخبرة، فإنه يمكنهما اللجوء إلى تعيين خبير ثالث، سواء بالتراضي أو باللجوء إلى المحكمة المختصة<sup>1</sup>.

ما سبق بيانه يتعلق بإجراءات تقنية أملت طبيعة الدراسة التعرض إليها، وما يعيننا بصورة جلية في موضوعنا هو الجزء المترتب عن عدم الإكتتاب في النوع من العقود، فقد جاء الأمر 12/03 بجزءات تطبق على المخالفين لأحكامه يَتَبَيَّنُ معها إهدار سلطان الإرادة وحرية الإرادة في المجال التعاقدية بحيث:

- لا يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي خاضع لأحكام هذا الأمر، ولم يمثل للإلتزامات المُتَضَمَّة فيه، أن يستفيد من أي تعويض للأضرار التي تلحق بممتلكاته جراء كارثة طبيعية.
- كما يعاقب على كل مخالفة للإلزامية التأمين المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه، عاينتها سلطة مؤهلة، بغرامة القسط أو الإشتراك الواجب دفعه مع زيادة قدرها 20 بالمائة<sup>2</sup>.
- أما وسائل مراقبة الوفاء بهذا الشرط - والتي يتبين معها حقيقة المساس الصارخ بالإرادة - بالنسبة لأصحاب العقارات ذات الطابع السكني فإنه تُطَلَّبُ في كل عملية تنازل على ملك عقاري أو إيجاره أو بيع وثيقة تثبت الوفاء بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية.
- كما أنه بالنسبة لأصحاب الممتلكات التجارية أو الصناعية تُطَلَّبُ شهادة التأمين من الكوارث الطبيعية عند كل تصريح جبائي من طرف إدارة الضرائب أو أي إدارة أخرى أو هيئة<sup>3</sup>، ففي كل الحالات، يُمكنُ المطالبة بشهادة التأمين من الكوارث الطبيعية من طرف كل من يَهْمُه حماية الأملاك، وخاصة البنوك، الشركاء الإقتصاديين، الشركاء، المساهمين..،

1- عن إجراءات التعويض، فإنه لتجنب تفاقم الأضرار تتخذ الإجراءات اللازمة:

يجب التبليغ للمؤمن الذي يعن خبيراً لتقييم الخسائر، كما يجب أن يسلم الخبير المعين تقرير الخسائر في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر ابتداء من نشر النص التنظيمي الذي يعلن حالة الكوارث الطبيعية.

يجب أن يسدد المؤمن التعويضات في أجل لا يتعدى ثلاثة (3) أشهر ابتداء من إيداع تقارير الخبرة أي 6 أشهر بداية من تاريخ نشر النص التنظيمي الذي يعلن حالة الكوارث الطبيعية؛ وكل تجاوز للأجل المحددة يفتح المجال للمؤمن عليه للمطالبة بالتعويض.

انظر المادة 12/2 من الأمر رقم 12/03.

2- انظر المواد 13 و14 من الأمر رقم 12/03.

3- المادة 01/04 و02 الأمر رقم 12/03.

عن موقف الفقه الإسلامي من المسألة، فبالرغم من تأكيد الشريعة الإسلامية على الحرية العقدية ورفض الجبر، لاسيما في التعاملات المالية بين الأفراد، إلا أنها أجازت الإكراه على التعاقد، وذلك في بعض الصور<sup>1</sup>.

خاتمة:

لقد تطورت قاعدة أن الشخص لا يلتزم إلا بما يريد، إذ صار في كثير من الأحوال يلتزم بما لا يريد، كما تطورت قاعدة أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد حيث أصبح يلتزم دون أن يريد، وهو ما يتبين من هذه النماذج من العقود التي تمت دراستها، حيث أنه وإن لم يظهر فيها الإكراه تصرّحا فإنه يتبدى تلميحا من خلال التدخل المفرط من المشرع؛ والأخطر من ذلك أنه في عقود نقل ملكية العقار لا يبرم الموثق العقد حتى تقدم وثيقة التأمين على العقار بالرغم من توافر جميع الأركان الأخرى.

وهنا نتساءل: لماذا التعدي على مبدأ قانوني (الحرية التعاقدية)؟، وكان حريّ بالمشرع الاكتفاء بترتيب جزاءات على من لم يبرم هذا العقد؛ كحرمان الشخص الذي لم يقم بهذا التأمين من الاستفادة من الحماية أو الإمتيازات (التعويضات)؟!

تجدر الإشارة إلى أن هناك من يُبرر هذا الإلزام القانوني، على أساس أن إكراه الشخص أحيانا على التعاقد، ولو لم يكن يُريد ذلك، يرجع لضرورات تستوجبها، وفي هذا ضغط على الإرادة، ولكنه ضغط مشروع لا يؤثر على صحتها، ويبدو هذا الطرح - على أحقية الحجج التي أتت بها وقدمها - غير مقنع، ولا يُبرر الإلزام والإكراه على التعاقد.

فما يمكن قوله عن هذه الصور من (العقود) الإلزامية هو أن الرضا لا يؤدي دوراً في مناقشة شروط العقد عند إبرامه، وإنما يُطبق طرفيه نظاماً مفروضاً عليهما بمقتضى القانون، فيتدخل المشرع ليُجبر طرفاً على إتخاذ خطواتٍ معينة، بغية إبرام هذا العقد؛ وهنا تبدو خصوصية هذه التصرفات التي قد يصح القول بأن إكراهها عقوداً على الوجه المعروف يبدو أقرب إلى المجاز منه إلى الحقيقة.

قائمة المراجع:

I - بالعربية:

1- كترع الملكية الخاصة مُراعاةً للمصلحة العامة، وبيع طعام المحتكر جبرا عن صاحبه عند الحاجة إليه؛ وكذا إذا ضاق المسجد على الناس، وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها عنه. انظر حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص109، وجاء في المادة 1216 من مجلة الأحكام العدلية: " يؤخذ لدى الحاجة ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ويلحق بالطريق، ولكن لا يؤخذ ملكه من يده ما لم يؤد له الثمن.

**1- الكتب و المؤلفات:**

- بن وارث محمد: دروس في قانون التأمين الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

- محمد حسن قاسم: الوجيز في نظرية الإلتزام، المصادر و الأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1994.

- معراج جديدي: محاضرات في قانون التأمين الجزائري

- محمد حسين منصور: المسؤولية عن حوادث السيارات والتأمين الإجباري عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.

**2- الرسائل و المذكرات:**

- بورزق أحمد: الشروط التعسفية في العقود بين الشريعة

و القانون، دكتوراه، باتنة، الجزائر، 2015.

- بودالي محمد: الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دكتوراه، سيدي بلعباس

الجزائر، 2003.

**3- المقالات:**

- الملحم أحمد عبد الرحمن: نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 16 العدد 01 و02، ص 243.

- أحمد سعيد عبد السلام: الإلزام القانوني على التعاقد، مجلة المحاماة المصرية، السنة 68، العدد 03 و04، 1988، ص 78.

- أحمد عيسى: الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، السنة 2007، العدد 04، تلمسان، ص 51.

**4- النصوص التشريعية و التنظيمية:**

- القانون رقم 88 / 31 المؤرخ في 19 / 7 / 1988 المعدل و المتمم للأمر 74 / 15 المؤرخ

في 30 / 01 / 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار، الجريدة الرسمية، العدد 29، المؤرخة في 20 يوليو 1988.

- الأمر 74 / 15 المؤرخ في 6 محرم عام 1394 الموافق 30 / 01 / 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن الأضرار.

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 الجريدة الرسمية رقم 31.

- الأمر 07/95 المتعلق بقانون التأمين، الجريدة الرسمية، العدد 13، بتاريخ 08/03/1995، المعدل بالقانون 04/06 الصادر في 20/02/2006، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 12/03/2006، والذي ألغى القانون رقم 13/80 المؤرخ في 19/07/1980.

- الأمر رقم 03/12 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية، العدد 52، السنة 2003.  
- المرسوم التنفيذي 04 - 268 الجريدة الرسمية رقم 55.  
- المرسوم التنفيذي رقم 04-269 الجريدة الرسمية رقم 55.  
- القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2004 معايير التسعيرة، وتوضح كيفية تحديد التعريفات والإعفاءات المطبقة على التأمين.

## II- المراجع بالفرنسية:

### 1- الكتب:

1 - Benchabane (H) : L'aléa dans le droit des contrats en droit civil Algérien ,OPU, Alger , 1992.

2 - Gérard Légier : droit civil, les obligations, 6ed,Dalloz,1998.

### 2- المقالات:

1 -Zennaki (D) : L'information comme source de protection des consommateurs; Séminaire National sur la protection des consommateurs, Univ D'Oran, 14 et 15 Mai 2000, p19 et s

## التلوث وأثره على البيئة الاجتماعية

د. العشاوي صباح

أستاذة محاضرة (أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة لو نيسي علي - البلدة 2

الملخص:

البيئة هي الوسط الحيوي الذي يعيش فيه الإنسان وسائر الكائنات الحية من (ماء-هواء- تربة) وما حققه من إنجازات حضارية كانت على حساب صحته وراحته، فالانتهاكات التي يمارسها بحق البيئة، وعلى رأسها التلوث الذي يعتبر أخطر تهديد وأكبر تحد للبيئة الاجتماعية لما ينطوي عليه من ضرر وتعقيد في تنوع صوره وأشكاله، يشمل جميع المرافق والمجالات المعيشية لأفراد المجتمع.

الكلمات المفتاحية: البيئة، التلوث، النظام البيئي، البيئة الاجتماعية، التنمية المستدامة.

### Abstract:

Environment is the vital center that man and all creatures live in, that is consisting of (water-air-soil), and what civilizational achievements man have done, and that was at the cost of his health and comfort, by the violations that he was doing to the environment, starting by pollution that is considered as a serious threat and the greatest challenge to the social environment, and what it involves harm and complexity in the diversity of its forms and manifestations, to includes all utilities and domains of life to the community members.

مقدمة

يتعرض كوكب الأرض لتحولات خطيرة من الناحية الجيولوجية والمناخ والبيئة وكل هذا ناتج عن تصرفات الإنسان السلبية، وعدم احترامه للتوازن البيولوجي وتلويثه للبيئة، من خلال أنشطته المختلفة، إن عملية المحافظة على البيئة تتطلب إمكانيات مادية وبشرية بإحداث نشاطات موردة للموارد التي تضمن التمويل الذاتي، وخلق التوازن البيئي من خلال حماية البيئة والتنوع الحيوي دون المساس بنوعية البيئة والتأثير عليها.

فأفراد المجتمع يتأثرون بالبيئة المحيطة بهم ويؤثرون عليها، كتأثير المطر الحمضي على الأشجار الغابية وما يسببه من دمار لها بالإضافة إلى خطر الغازات الدفيئة وانعكاساته على التنمية الاجتماعية وبالأخص حياة الإنسان إذا استمرت درجة حرارة الأرض في هذا الارتفاع.

فالبيئة تتعامل مع تركيب وتكوين المجتمعات ومسارات الطاقة والعناصر ودوراتها وكيميائيات أخرى تتواجد في هذه المجتمعات المجتمعات ليست ثابتة لكنها تتغير باستمرار نتيجة التفاعلات التي تحدث ما بين سكانها وأيضاً بسبب الاضطرابات التي تحدث نتيجة الأحداث الجيولوجية والكيميائية ونشاطات الإنسان.

فالنظام البيئي هو الوحدة الأساسية الوظيفية في علم البيئة ويشمل على كائنات وشعوب ومجتمعات كلها تؤثر في بعضها البعض والاستغلال المفرط للمصادر الطبيعية له قدرة على تغيير البيئة وخلق المشاكل البيئية التي ربما تكون في بعض الحالات غير قابلة للمعالجة، وكيف لا وأن لها القدرة في التأثير في مستقبل الأجيال القادمة.

فالتلوث يعتبر تحدٍ كبير للبيئة الاجتماعية بما ينطوي عليه من تعقيدات في تنوع صورته وأشكاله، من تلوث بيولوجي وكيميائي وإشعاعي.

والذي لم تعد آثاره محصورة في بيئة ضيقة، بل أن طبيعته تسمح له بالانتشار إلى مسافات جغرافية تفوق الحدود الإقليمية، وهذا النوع من التلوث ناتج عن التقدم الكبير الذي أحرزه الإنسان في مجالات العلم والتكنولوجيا في هذا العصر، الذي أدى إلى تفاقم الخطر، ليشمل جميع المرافق والمجالات المعيشية لإنسان هذا القرن، بحيث أصبح خطر العيش فوق طاقة احتمال البيئة متوقفاً، نتيجة للانتهاكات التي ترتكب بحقها والتي انعكست سلباً على الإنسان وسائر الكائنات الحية.

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: كيف تنعكس المشاكل البيئية على عملية التنمية الاجتماعية، وما هي الآثار والمخاطر المترتبة على ذلك؟ وسنجيب على ذلك من خلال الخطة التالية:

مقدمة.

المبحث الأول: مفهوم البيئة وتلوثها.

المطلب الأول: تعريف البيئة.

المطلب الثاني: التلوث البيئي - صورته وأنواعه.

المبحث الثاني: آثار ومخاطر التلوث على البيئة الاجتماعية.

المطلب الأول: آثار التلوث على البيئة الاجتماعية.  
المطلب الثاني: مخاطر التلوث على البيئة الاجتماعية.

الخاتمة.

المبحث الأول: مفهوم البيئة وتلوثها

خلق الله البيئة التي نعيش عليها بأنواعها الثلاثة (المائية والهوائية والأرضية)، وجعل كل شيء منها بقدر، وطوعها لنا حتى نستفيد منها بكل الاستفادات الممكنة، وقد طلب منا الله سبحانه وتعالى أن نحافظ على هذه البيئة ولا نلوثها حتى تعود علينا بالنفع، ولكن الإنسان خالف ذلك وأخذ يلوث البيئة بكل أنواع الملوثات، وخاصة بعد التقدم الصناعي الهائل في كل المجالات زاد تلوث البيئة بكل أشكاله وأنواعه إلى حد بات يهدد الإنسان في معيشتة وسلامته وصحته.

إن تعريف البيئة و تحديد مفهومها وعناصرها، يعتبر من أولى الصعوبات التي أحاطت بمصطلح البيئة من الناحية الفقهية والقانونية وبالرجوع إلى النصوص التي تعرضت لموضوع البيئة، نلاحظ عدم ثبوتها على تعريف محدد للبيئة الطبيعية نظراً لتعقيد العناصر المركبة لها إلى حد أن أحد فقهاء القانون قال بأن البيئة عبارة عن "كلمة لاتعني شيئاً، لأنها كل شيء"، ومن هنا سنعرف بعض مفاهيم البيئة والانتهاكات التي يرتكبها الإنسان بحقها وبشكل مستمر، فأخذ يلوثها بكل أنواع الملوثات التي باتت تهدد الإنسان وجميع الكائنات الحية. فمصطلح البيئة عُرف منذ مؤتمر ستوكهولم 1972 حيث استخدم لأول مرة بدلاً من مصطلح "الوسط الإنساني"، وهذا المؤتمر عقد لتدارك المفهوم المتكامل للبيئة، حيث نوقش فيه مشاكل الإنسان والبيئة باعتبار أن البيئة جزء لا يتجزأ.

المطلب الأول: تعريف البيئة

تعرف البيئة لغة على أنها المنزل والحال، ويقال بيئة طبيعية، وبيئة اجتماعية، وبيئة سياسية، أما اصطلاحاً فهناك خلط بين اصطلاحين هامين هما علم البيئة والبيئة.

فعلم البيئة يقصد به دراسة العلاقات المتداخلة بين الكائنات الحية والوسط الذي تعيش فيه، ودراسة علاقات التأثير المتبادل بينها ولهذا فإن علم البيئة يتناول كافة مستويات تركيب الحياة على الأرض وتجمعات الكائنات الحية التي تعيش حياتها في مساحة من الأرض، إلى التأثيرات الواقعة على هذه الكائنات من عوامل مناخية أو جيولوجية تشكل المحيط الخارجي الطبيعي لها. [1]

فالبيئة إذن هي الوسط الطبيعي الذي يعيش فيه الإنسان، وهناك فريق من الفقهاء عرفوا البيئة وعلى رأسهم "توماس أميل" حيث أعطوها تعريفاً شاملاً كونها مجموعة من الظروف الطبيعية (فيزيائية أو كيميائية أو حيوية) والثقافية والاجتماعية القابلة للتأثير على مظاهر الحياة وعلى أنشطة الإنسان. [2]

ويؤخذ على هذا التعريف أنه أغفل دور المنشآت التي يقيمها الإنسان، حيث أن لها تأثير على حياة الإنسان وعلى بيئته التي يعيش فيها، بمعنى أن بيئة المدينة وما تشملها من منشآت ومباني تختلف عن بيئة الريف وما تحويه من منشآت بسيطة في تكوينها.

أما مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة البشرية، الذي عقد في استوكهولم 1972 فعرف البيئة على أنها رصيد الموارد المائية والاجتماعية المتاحة في وقت ما وفي مكان ما لإشباع حاجات الإنسان وتطلعاته وهذا يكون قد أوجزها، بأنها كل شيء يحيط بالإنسان. [3]

ويعرف البيئة أيضاً المجلس الدولي للغة الفرنسية البيئية بأنها: مجموع العوامل الطبيعية والكيميائية والحيوية، والعوامل الاجتماعية التي لها تأثير مباشر أو غير مباشر حال أو مؤجل على الكائنات الحية والأنشطة الإنسانية. [4]

ويؤخذ على هذا التعريف إغفاله المنشآت التي يقيمها الإنسان في بيئته سواء الثابتة أو المتحركة.

أما من الناحية القانونية نجد أن الكثير من التشريعات عرفت البيئة وفي طليعتها القانون الجزائري المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

وحسب هذا القانون تتكون البيئة من الموارد الطبيعية اللاحيوية والحيوية كالهواء والجو والماء والأرض، وباطن الأرض والنبات والحيوان، بما في ذلك التراث الوراثي وأشكال التفاعل بين هذه الموارد وكذا الأماكن والمناظر والمعالم الطبيعية. [5]

ومن خلال جميع هذه التعاريف نجد أنه لا يوجد تعريف موحد أو متفق عليه للبيئة، فكل تعريف يختلف عن الآخر، ويعتمد على جوانب معينة، وهناك تعريفات تعتمد على العوامل الطبيعية فقط وتعريف أخرى تجمع بين العوامل الطبيعية والاجتماعية وهناك تعريفات شاملة وموسعة وأخرى محددة.

#### المطلب الثاني: التلوث البيئي - صورته وأنواعه

التلوث ظاهرة، كثرت التعاريف حوله نظراً لأنواعه المتعددة التي ارتبطت بالتطور التقني والعلمي الذي أثر على عناصر البيئة حيث أثر على طبقة الأوزون وعلى التربة التي تصحرت،

وعلى المياه بنوعها العذبة والمالحة مما أثر في حالة الشرب والصناعة والاستعمالات البحرية المتعددة.

واستمر التلوث كتحدٍ كبيرٍ للمجتمعات الإنسانية بما ينطوي عليه من تعقيدات في تنوعه، من تلوث بيولوجي وكيميائي وإشعاعي.

ولم تعد آثار التلوث محصورة في بيئة ضيقة، بل أن طبيعته تسمح له بالانتشار إلى مسافات جغرافية تفوق الحدود الإقليمية، وهذا النوع من التلوث ناتج عن التقدم الكبير الذي أحرزه الإنسان في مجالات العلم والتكنولوجيا في هذا العصر.

مما أدى إلى بروز مشكلة جديدة تفاقم خطرهما، ليشمل جميع المرافق والمجالات المعيشية لإنسان هذا القرن، بحيث أصبح خطر العيش فوق طاقة احتمال البيئة متوقفاً، بل لعله واقعاً في بعض المجالات وبعض الأقطار.

حيث أصبحت البيئة اليوم تعيش تحت رحمة المؤثرات التكنولوجية الحديثة التي تكاد تخلع المجتمع من جذوره، وتفصله عن أصوله وتنقله إلى زمن غير الزمن الذي كان يعيشه ومن مكانه لجو آخر لا يناسبه وبإمكانات يُجهد في التكيف معها، ووسائل وعادات منقولة إلى بيئة قد لا تصلح له.

ومن ثم فالإنسان الذي خلقه الله في أحسن صورة، وفي إطار من المودة والرحمة يعيش على غذاء طبيعي تتجه أرض الله الطيبة وعلاقات وسلوكيات إنسانية. يتحول هذا الإنسان في عصرنا هذا إلى مخلوق ينساق وراء أهواءه حتى ولو ألحقت به أضراراً [6].

فظاهرة التلوث في أيامنا هذه تتزايد بمعدلات كبيرة نتيجة لرغبتنا في التقدم والتطور التكنولوجي الذي سبب مشاكل لم تكن محسوبة أو مقصودة.

ويبدو أن ما حققه الإنسان من إنجازات حضارية كانت على حساب صحته وراحته وحتى على مستقبل حياته.

ولهذا ليس من السهولة تحديد مفهوم واحد للتلوث بشكل دقيق، لأن التعاريف كثرت بشأنه، وما يهمننا في هذا المضمار تعريف المشرع الجزائري للتلوث، فقد عرفه وفق المادة 04 من قانون رقم 03.10 لعام 2003 بشأن حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على أنه:

كل تغيير مباشر أو غير مباشر للبيئة، يتسبب فيه كل فعل يحدث، أو قد يحدث وضعية مضرّة بالصحة وسلامة الإنسان والنبات والحيوان والهواء والجو والماء والأرض والممتلكات الجماعية والفردية. [7].

ويعرف أحد علماء البيئة التلوث على أنه:

أي تغير فيزيائي أو كيميائي أو بيولوجي مميز، ويؤدي إلى تأثير ضار على الهواء أو الماء أو الأرض أو يضر بصحة الإنسان والكائنات الحية الأخرى، وكذلك يؤدي إلى الإضرار بالعملية الإنتاجية كنتيجة للتأثير على حالة الموارد المتجددة. [8]

#### المبحث الثاني: أثار ومخاطر التلوث على البيئة الاجتماعية

التلوث هو أخطر تهديد للبيئة الاجتماعية، لما يسببه من أذى وضرر للحياة البشرية، و الحياة الكائنات الحية الأخرى، أو يضر بالشروط الحياتية والنشاطية البشرية، أو بالمكتسبات الحضارية، وقد يبدد ويقضي على الموارد الأولية، والواقع أن التلوث طال كل شيء في الحياة. لقد أصبح التلوث مشكلة كبيرة أعطيت الكثير من الاهتمام بالنظر لآثارها السلبية في نوعية الحياة البشرية، فالملوّثات تصل إلى جسم الإنسان في الهواء الذي يستنشقه وفي الماء وموارد البيئة المتجددة وغير المتجددة، فهي قضية تهدد حياة الأجيال القادمة.

والمؤسف أن أغلب العوامل المسببة للتلوث هي من صنع الإنسان، وقد ازدادت بصورة خطيرة مع التقدم الصناعي، ومع التوسع الهائل في استخدام الطاقة، وازدياد مشاريع التنمية الاقتصادية، خاصة تلك التي تجاهلت المسألة البيئية وحماية البيئة والمحافظة عليها.

والواقع، أصبح تلوث البيئة ظاهرة نحس بها جميعاً، لدرجة أن البيئة لم تعد قادرة على تجديد مواردها الطبيعية، فاختل التوازن بين عناصرها المختلفة، ولم تعد هذه العناصر قادرة على تحمل مخلفات الانسان أو استهلاك النفايات الناتجة عن نشاطاته المختلفة، وأصبح جو المدن ملوثاً بالدخان المتصاعد من عوادم السيارات، وبالغازات المتصاعدة من مداخن المصانع ومحطات القوى، والتربة الزراعية تلوثت نتيجة الاستعمال المكثف والعشوائي للمخصبات الزراعية والمبيدات الحشرية، وحتى أجسام الكائنات الحية لم تخل من هذا التلوث، فكثير منها يختزن في أنسجته الحية نسبة من بعض الفلزات الثقيلة، ولم تسلم المجاري المائية من هذا التلوث، فمياه الأنهار والبحيرات في كثير من الأماكن أصبحت في حالة يرثى لها، نتيجة لما يلقي فيها من مخلفات صناعية، ومن فضلات الإنسان، كما أصاب التلوث البحيرات المقفلة والبحار المفتوحة على السواء، كذلك أدى التقدم الصناعي الهائل إلى إحداث ضغط هائل على كثير من الموارد الطبيعية، خصوصاً تلك الموارد غير المتجددة، مثل الفحم وزيت البترول وبعض الخامات المعدنية والمياه الجوفية، وهي الموارد الطبيعية التي احتاج تكوينها إلى انقضاء عصور جيولوجية طويلة ولا يمكن تعويضها في حياة الإنسان، ولقد صحب هذا التقدم الصناعي الهائل الذي أحرزه الإنسان ظهور أصناف جديدة من

الموارد الكيميائية لم تكن تعرفها الطبيعة من قبل، فتصاعدت ببعض الغازات الضارة من مداخن المصانع ولوث الهواء، وألقت هذه المصانع بمخلفاتها ونفاياتها الكيميائية السامة في البحيرات والأنهار وأسرف الناس في استخدام المبيدات الحشرية ومبيدات الآفات الزراعية، وأدى كل ذلك إلى تلوث البيئة بكل صورها، فتلوث الهواء وتلوث الماء وتلوث التربة واستهلكت، وأصبحت بعض الأراضي الزراعية غير قادرة على الإنتاج، كذلك ازدادت مساحة الأراضي التي جردت من الأحرار والغابات وارتفعت أعداد الحيوانات والنباتات التي تنقرض كل عام، كما ارتفعت نسبة الأنهار والبحيرات التي فقدت كل ما بها من كائنات حية، وتحولت إلى مستنقعات.

### المطلب الأول: آثار التلوث على البيئة الاجتماعية

إن مصادر تلوث الهواء ما هي إلا مخلفات الصناعة المختلفة (مخلفات احتراق الطاقة "الفحم الحجري، النفط، الغاز" وغازات عوادم السيارات) بالإضافة إلى المواد الضارة التي تنفثها المصانع ومحطات توليد الكهرباء والطاقة، والأنشطة الصناعية والمنزلية المختلفة والإشعاع الذري، والمواد الكيميائية المؤدية إلى تلوث الأوزون، وكذلك التلوث بالضباب الدخاني الذي يعم سماء أغلب المدن الصناعية المسمى بالضباب الدخاني، والأمطار الحمضية الناتجة عن أدخنة المصانع والآليات، وغالباً ما تنزل فوق تلك المناطق، وأخطر هذه الظواهر هي ظاهرة الاحتباس الحراري الناتجة عن الغازات الدفيئة المنبعثة من النشاطات البشرية المختلفة المؤدية إلى التغيرات المناخية التي يعاني منها العالم حالياً. [9]

ومن مصادر تلوث المياه: المخلفات الصناعية والبشرية والحيوانية، والتلوث الناجم عن الصرف الصحي، الأسمدة والأدوية والمبيدات، وتبيد المياه.

ومن مصادر تلوث التربة: المخلفات الصناعية والزراعية والبشرية، وانحسار الغطاء النباتي للتربة التصحر، التملح، الانجراف، تدمير الغابات والأشجار، والرعي الجائر، سوء الاستثمار الزراعي للأرض، التوسع العمراني على حساب المناطق الخضراء، دفن النفايات النووية والكيميائية، وبقايا الأسمدة الزراعية والمبيدات الحشرية، مما أفقد التربة خصوبتها وازدادت نسبة جفافها وتصحرها. [10]

وهنالك التلوث الغذائي، وما يسببه من تسمم يقتل الألوفاً سنوياً، ويخلف الإعاقة لألوفاً أخرى من البشر نتيجة تلوث المواد الغذائية بالإشعاع بسبب تلوث المساحات الزراعية والثروات الحيوانية إشعاعياً وتصدير هذه المنتجات للدول الفقيرة. [11]

وكذلك التلوث الضوضائي، أو الضجيج، وأهم مصادره: الضجيج المنتشر في التجمعات السكنية والمناطق الصناعية والورش، وإلى جوار المطارات وضجيج الطائرات النفاثة، ومحطات سكك الحديد ووسائل النقل وآلات الحفر والبناء ومختلف المنشآت الصناعية ومكبرات الصوت التي تصدر أصوات حادة تتجاوز شدتها الحد الأقصى الطبيعي للقدرة على استيعابها. [12]

بالإضافة إلى تلوث المياه الذي ينشأ عموماً من طرح كميات هائلة من الملوثات المختلفة المصادر كصرف مخلفات المدن والمصانع في الأنهار والبحار وكذلك صرف مياه الأراضي الزراعية الملوثة بالأسمدة الكيماوية والمبيدات الحشرية، مما يؤدي إلى أخطار هائلة وأضرار لا حصر لها للإنسان والبيئة. [13]

وهكذا، فإن التلوث ينقسم عموماً إلى: تلوث مادي: مثل تلوث الهواء والماء والتربة، وتلوث غير مادي: كالضوضاء التي تنتج عن محركات السيارات والآلات والورش والماكينات وغيرها، مما تسبب ضجيج يؤثر على أعصاب الانسان ويلحق به الكثير من الأذى الفسيولوجي والضرر السيكلوجي، حيث تثير أعصاب الانسان وتزيد من توتره وهياجه، بالإضافة إلى الضرر العضوي (إصابة جهاز السمع بالصمم أو ضعف السمع).

واليوم، يخطئ كل من يعتبر تلوث البيئة هو شأن محلي، أو مشكلة محلية، لأن البيئة في الحقيقة لا تخضع لنظام إقليمي، وإنما هي مفتوحة، وهو ما يجعل التلوث مشكلة دولية، تساهم فيها جميع الدول تأثراً وتأثيراً، ولا أدل على ذلك من تساقط كميات هائلة من الملوثات على كثير من الدول الأوروبية عن طريق الأمطار من بلد إلى آخر، وعادة ما تنتقل الملوثات مباشرة عبر الرياح من مكان ملوث إلى آخر غير ملوث، وهناك مشكلة تصدير واستيراد المواد الغذائية من مناطق ملوثة وذات تأثير خطير، وتحويلها من مشكلة إقليمية إلى مشكلة عالمية، ومشكلة ثقب الأوزون التي تشترك فيها كل دول العالم، وتعتبر من أهم المشاكل البيئية التي يعتبر العالم كله مسؤولاً عنها، ولا يمكن تدارك مخاطرها، إلا إذا تعاونت كل الدول متقدمة ونامية، من أجل تقليل الملوثات التي تصل إلى البيئة.

إن العديد من علماء البيئة يجمعون بأن الفقراء هم الأداة الأكثر إضراراً بالأنظمة البيئية سعياً وراء العيش والحياة، حيث أنهم يستهلكون ويستعملون ما يقع تحت أيديهم من أجل الحصول على الطاقة والغذاء، حيث يتسبب استخدام الحطب والمخلفات الزراعية والفحم والروث كوقود في الأغراض المنزلية في تلوث كثيف داخل المباني، وهو التلوث التي تتعرض له الأغلبية من النساء والأطفال وأدرجت العديد من الدراسات بيانات وإحصائيات تشير

إلى ارتفاع نسبة الإصابة بأمراض الجهاز التنفسي وسرطان الأنف والحنجرة بسبب التعرض لانبعاث مثل هذا الوقود.

فقبل عقدين، أكد تقرير لمنظمة الصحة العالمية إن البيئة الملوثة تقتل أكثر من 30 ألف شخص يومياً في دول العالم الثالث، وأن أكثر من نصف سكان العالم لا يستطيعون الحصول على مياه نقية خالية من الميكروبات، وأن 6 ملايين طفل في الدول النامية يموتون سنوياً من جراء الإصابة بالإسهال، وأن نصف سكان هذه الدول يعانون من مشاكل الديدان الطفيلية، وحسب التقرير الذي أوردته لجنة المنظمة العالمية للصحة والبيئة بأن نسبة كبيرة من الأمراض الخطيرة على الحياة والصحة تنتقل عن طريق الماء أو الطعام الملوثين ويعاني نصف سكان العالم تقريباً من الأمراض المرتبطة بالمياه غير الكافية أو الملوثة ومعظمهم من الفقراء، وكلهم بلا استثناء من سكان البلدان النامية، حيث يتعرض ألف مليون شخص للخطر بسبب الأمراض المنقولة بالماء والطعام والتي تشكل السبب الرئيسي لوفاة أكثر من 5 ملايين طفل سنوياً. [14]

وأكد مؤتمر المدن والعواصم الإسلامية الذي عقد في القاهرة في سبتمبر 1986، ارتفاع نسبة الوفيات في العالم نتيجة للتلوث من 60 حالة وفاة عام 1930 إلى 2000 حالة وفاة عام 1985.

ويؤكد أحدث تقرير دولي نشر في أواخر نوفمبر 2006، بأن أكثر من 3 ملايين طفل دون الخامسة من عمرهم يتوفون كل عام لأسباب وظروف تتعلق بالبيئة، مما جعل البيئة واحداً من أهم العوامل في الحصيلة العالمية لوفاة أكثر من 10 ملايين طفل سنوياً، وهذا جعلها أيضاً عاملاً بالغ الأهمية في صحة وعافية أمهاتهم، وإن تلوث الهواء داخل الأماكن وخارجها، وتلوث المياه، وأخطار التسمم ونواقل الأمراض، والإشعاع فوق البنفسجي، وتردي النظم البيئية، جميعها عوامل أخطار بيئية هامة بالنسبة للأطفال، وفي معظم الحالات بالنسبة لأمهاتهم أيضاً، فالأخطار البيئية والتلوث في البلدان النامية بوجه خاص، تكون عوامل إسهام رئيسية في وفيات الأطفال وأمراضهم وحالات عجزهم بسبب الأمراض النفسية الحادة وأمراض الإسهال والإصابات البدنية وحوادث التسمم والأمراض التي تنقلها الحشرات والعدوى التي تظهر في أوقات الولادة، كما أن وفيات الطفولة وأمراضها الناجمة عن أسباب عديدة مثل الفقر وسوء التغذية، ترتبط هي أيضاً بأنماط التنمية غير المستدامة وتدهور البيئات الحضرية أو الريفية.

ومن أهم العوامل الفتاكة المتصلة بالبيئة والتي تزهق أرواح الأطفال دون الخامسة من عمرهم هي:

- الإسهال: يفتك بنحو 1.6 مليون طفل سنوياً، وهو ينجم أساساً عن المياه الملوثة وسوء طرق العلاج والوقاية.

- تلوث الهواء داخل الأماكن: يقتل قرابة مليون طفل سنوياً نتيجة العدوى التنفسية الحادة، وكذلك الأمهات اللاتي يكلفن بالطبخ أو ييقين قريبات من المواقف بعد الولادة يتعرضن لمعظمهن للإصابة بالأمراض التنفسية المزمنة، نتيجة التلوث باستخدام وقود الكتلة الحيوية الذي لا يزال منتشرًا على نطاق واسع.

- الملاريا: تقتل ما يقدر بمليون طفل دون الخامسة في كل عام، ومعظمهم في أفريقيا، ويمكن أن تتفاقم الملاريا نتيجة سوء معالجة المياه وتخزينها وعدم ملائمة المساكن واجتثاث الأشجار وضياح التنوع البيولوجي.

- الإصابات البدنية غير المعتمدة: التي قد ترتبط بأخطار بيئية في الأسرة أو المجتمع، تقتل قرابة 300 ألف طفل سنوياً، تعزى 60 ألف حالة منها إلى الغرق، و 40 ألف حالة إلى الحرائق، و 16 ألف حالة إلى التسمم، و 50 ألف حالة إلى حوادث المرور على الطرق، وأكثر من 100 ألف حالة تعزى إلى إصابات أخرى غير متعمدة.

- الرصاص (الموجود في الجو) والزيئق (الموجود في الطعام والمواد الكيميائية الأخرى): يمكن أن تؤدي على المدى الطويل إلى آثار مزمنة مثل العقم والإجهاض وعيوب الولادة.

- المبيدات والمذيبات والملوثات العضوية: قد تؤثر على صحة الجنين، إذا تعرضت الأم لها، كما تتأثر صحة المواليد، الذين تنمو أجسامهم سريعاً، بارتفاع مستويات الملوثات في لبن الثدي، وفي بعض الحالات قد لا تظهر الآثار الصحية إلا في مقتبل العمر. [15]

المطلب الثاني: مخاطر التلوث على البيئة الاجتماعية

### 1- المياه والمرافق الصحية:

شكل استخدام المياه غير المعالجة للشرب أحد أبرز المخاطر البيئية والصحية للعديد من المجموعات الأكثر فقراً في العالم، وبالرغم من ارتفاع نسبة السكان الذين يحصلون على مياه محسنة من 79% (4.1 مليار نسمة) في عام 1990 إلى 82% (4.9 مليار نسمة) في عام 2000، ولا يزال 1.1 مليار نسمة يفتقرون إلى مياه الشرب الآمنة، ولا يجد 2.4 مليار نسمة المرافق الصحية المحسنة وتوجد أكثر هذه الشرائح السكانية في أفريقيا وآسيا، وقد تسبب عدم الحصول على إمدادات مياه آمنة، أو على مرافق صحية في مئات الملايين من الاصابات

بالأمراض المتعلقة بالمياه، وفي أكثر من 05 مليون حالة سنوياً كما يؤدي إلى آثار عكسية بالغة على الإنتاج الاقتصادي، الذي لا يتم تقييم آثارها على البيئة الاجتماعية حيث أن حدة مشاكل نوعية المياه وتوفرها تلقى اهتماماً أقل في الأقاليم النامية، فمياه الصرف غير المعالجة والمخلفات الصناعية وتدفق النفط وإلقاء المخلفات والكيميائيات الزراعية التي تجرف في طريقها أو تتسرب إلى أعماق الأرض وإلى الحقول الزراعية ويؤثر عليها سلباً.

وقد تم استنزاف وتلويث أكثر من نصف أنهار العالم، مما أدى إلى تدهور وتسمم الأنظمة الإيكولوجية المحيطة بها، الأمر الذي يهدد صحة ومعيشة السكان الذين يعتمدون في عيشهم عليها.

فقد عانت شرق إفريقيا وجنوب آسيا من التغيرات المناخية، فقد أثرت على البيئة الاجتماعية من موجات الجفاف وعانت جنوب شرق آسيا وأمريكا الشمالية من موجات حرارة غير عادية، وأمريكا اللاتينية من الجفاف وأمطار غزيرة غير عادية وتفاوتت الآثار الاقتصادية والتي انعكست بدورها على الآثار الاجتماعية.

حيث توفي أكثر من 24000 شخص بسبب العواصف والفيضانات التي حدثت خلال العواصف العنيفة، وتضرر أكثر من 110 مليون شخص وتشرد أكثر من 06 مليون شخص بسبب فقدان بنى المجتمع التحتية، بما في ذلك المنازل والمخزون الغذائي والمواصلات والاتصالات الناتجة عن العواصف، وأدى احتقان الحقول بالمياه إلى تقليص الإنتاجية الزراعية في العديد من الأقاليم، وفي أقاليم أخرى أدى انعدام الأمطار إلى مواسم جفاف طويلة وخسائر زراعية وقصور في الإمدادات المائية وهذا ما أثر على البيئة الاجتماعية.

وارتفعت معدلات الإصابة بالأمراض بسبب اضطرابات المناخ وتلوث إمدادات المياه، مما أدى إلى تكاثر الحشرات الناقلة للأمراض وانتشار الأوبئة. [16]

## 2- البعد الاجتماعي للبيئة:

يدعو هذا المفهوم إلى التقارب بين الاختصاصات ووجهات النظر العلمية لأجل توحيد التخصصات البيئية والاجتماعية ويمنح لها إمكانيات المصالحة.

فتؤكد التنمية المستدامة على مبدأ الحاجات البشرية التي يتكفل النظام الاقتصادي بتلبيتها من الأجيال الحاضرة والمستقبلية.

وتمنح التآزر بين الإنسان والبيئة، وتدافع عن تطوير التنمية الاقتصادية التي تصنع في حسابها التوازنات البيئية الأساسية باعتبارها قواعد للحياة البشرية والطبيعية.

لذا فإن التنمية المستدامة تجعل من النمو وسيلة للالتحام الاجتماعي واختيار الإنصاف بين الأجيال الراهنة التي ستحافظ على اختيارات النمو التي ترغب فيها الأجيال القادمة، وتمر المصالحة بين البيئة والمجتمع عن طريق الضرورة المزدوجة للإنصاف، والمحافظة على العناصر الطبيعية وبشكل غير محدود على قدرة المجتمعات البشرية في الانتاج وخلق الرفاهية (المعرفة - الكفاءات - الرأس مال البشري). [17]

### 3- النمو الاجتماعي والاقتصادي:

هو الوضع الذي يكون فيه البشر قادرين على النمو والتطور عن طريق المساواة في الدخل والثروة ومواجهة البطالة وارتفاع معدلات الجريمة، وبالتالي فقدان الأمان يؤدي إلى دمار بيئي، والفقر هو أكبر المهددات للأمن الاجتماعي والاقتصادي. إن التنمية المستدامة يجب أن توفر سلعاً وخدمات لها موارد ذات كفاءة مع إحداث أقل أثر بيئي ممكن تحقيقه وأقصى قيمة ممكنة لجودة الحياة.

### 4- البعد الانساني والاجتماعي:

العلاقة بين البيئة والبشر تكون من خلال تحقيق الرفاهية وتحسين سبلها بالحصول على الخدمات الصحية وتنمية الثقافة البيئية، فالنمو السكاني المستمر أصبح يحدث ضغطاً على الموارد الطبيعية المتاحة لإعالة السكان والحد من التنمية، لذا يجب العمل على تثبيت نمو السكان لأن حدود قدرة الأرض على إعالة الحياة البشرية غير معروفة، وهو عامل يؤدي إلى تدمير المساحات الخضراء وتدهور التربة والإفراط في استغلال الحياة البرية والموارد الطبيعية، لأن معظم السكان يتجمعون في مساحة صغيرة، وللتقليل من خطورة هذه النسبة يجب التقليل من توسيع المناطق الحضرية التي تقوم بتركيز نفاياتها والموارد الملوثة التي تتسبب في خطورته على الصحة والبيئة وتدمير النظم الطبيعية، فلا بد من توجيه الموارد وتخصيصها لضمان الوفاء بالاحتياجات البشرية كالرعاية الصحية والمياه النظيفة وحماية التنوع الثقافي والاستثمار في رأس المال البشري. [18]

### الخاتمة

بهذا فإن أهمية البيئة تأتي من أهمية الإنسان، وحماية البيئة من التلوث تعتبر مهمة لأنها تخدم مصالح الإنسان لأنه الكائن الوحيد العاقل على الأرض وبالتالي له منزلة تفوق كل مكونات البيئة الأخرى الحية وغير الحية، المكونات التي لا تملك الوعي والخبرة وليس لها القدرة على الشعور بالسعادة أو الألم أو المعاناة لا تستحق الاحترام الأخلاقي، مثال على ذلك، لماذا لا نقوم

بقطع الشجرة إذا كان ذلك لا يعود بالضرر أو الأذى للإنسان؟ لا يمكن لأي مكون من مكونات البيئة أن يملك قيمة ذاتية تميزه عن غيره إلا إذا كان يملك تجارب ونشاطات. إذن فإن الاهتمام بالبيئة يهدف إلى تحسين رفاهية الإنسان لجعل الحياة أفضل، وذلك من خلال المحافظة على المصادر الطبيعية ومحاولة التقليل من التلوث الناتج فيها، فعلى سبيل المثال، يتم تدمير البيئة كما يحدث في غابات الأمازون المطرية، سيتوقف النمو الاقتصادي في النهاية نتيجة استنزاف المصادر وتفقد الأرض قدرتها على دعم الحياة عليها. فالمشاكل البيئية والدمار البيئي لا يمكن متابعتها (بمعنى ليس من السهولة ملاحظتها) نتيجة ضعف الاهتمام بالآثار البيئية.

لأن تزايد المشاكل البيئية في العديد من مناطق العالم أدى إلى وجود الاضطرابات البيئية المؤثرة في التوازن البيئي العالمي كثقب الأوزون مثلاً وغيره من المشاكل البيئية التي يمتد أثرها لأكثر من دولة أو إقليم أحياناً، فالاستغلال الجائر للعديد من الموارد البيئية بشكل قارب بعضها فيه على الفناء، استدعى التحرك لمعالجة هذا الوضع على مستوى تنظيمي واسع لتنظيم استعمال هذه الموارد والعمل على إدامتها للأجيال القادمة، الأمر الذي أدى إلى زيادة الوعي البيئي للمجتمعات محلياً وعالمياً ومطالبتهم المستمرة بحل المشاكل البيئية التي يواجهونها وكذلك زيادة الضغوطات الممارسة من قبل المنظمات البيئية غير الحكومية على المستويين المحلي والعالمي ومطالبتها للحكومات بلعب دورها في هذا المجال.

لهذا اتجهت العديد من دول العالم نحو إصدار تشريعات بيئية تنظم عمل شركات القطاع الخاص من الناحية البيئية بحيث تفرض قيوداً على حجم الانبعاثات الضارة ونوعية المواد الأولية المستخدمة في عملية الإنتاج أحياناً وقد كانت هذه التشريعات المتتالية دافعاً لتلك المنظمات لإنشاء غدارات البيئة لتتولى تطبيقها.

كما ساهمت الإدارة البيئية بشكل رئيسي في الموائمة بين عمليات التنمية الاجتماعية والاهتمامات البيئية حيث تعمل الإدارة البيئية على إدخال الاعتبارات البيئية في خطط التنمية وتدعو بشكل خاص إلى تبني مفهوم التنمية المستدامة، وإدامة التنوع الحيوي في البيئة الكونية ووضع حد للنشاطات الاستهلاكية غير الموجهة.

فتمارس وظيفة هامة في مراقبة مستويات التلوث بمختلف أنواعه ومدى انتشاره وتأثيره على صحة المخلوقات الحية وتتخذ إجراءات التنسيق مع منظمات متعددة للتخفيف منه أو منعه، وتقوم بإجراء دراسات تقييم الأثر البيئي وهي دراسة تجرى لتحديد الآثار المحتملة

لمشاريع معينة قبل إجرائها وهي عملية تجرى بناءً على فحوصات معمقة وجمع مكثف للمعلومات من قبل مستشارين واختصاصيين بيئيين وقد تؤدي إلى منع إقامة المشروع أحياناً. وتقوم بعملية التدقيق البيئي وهي عملية مراجعة نشاطات لمنظمات قائمة أصلاً للتحقق من طبيعة تأثيرها ومدى التزامها بالتشريعات والقوانين البيئية وتعمل الإدارة البيئية على إلزام تلك المنظمات باتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة ثبوت وجود الآثار الضارة لنشاطاتها. ومن خلال هذا توصلنا إلى الاقتراحات التالية:

1- ضرورة إدخال البيئة في مناهج التربية والتعليم، ونشر الوعي البيئي بين الفئات الاجتماعية بكيفية مساهمتهم في حماية البيئة والحفاظ على عناصرها من خلال استخدام وسائل الإعلام المختلفة وشبكة الإنترنت وإلقاء المحاضرات والندوات وعقد الدورات التدريبية.

2- التوعية بأثر الزيادة السكانية وعدم العدالة في توزيع السكان على الضغط في استهلاك الموارد البيئية والدعوة إلى التخطيط السكاني لاستعمال الأراضي مع أخذ حالة البيئة بعين الاعتبار وتوزيع الموارد البيئية فيها.

3- تعريف الأفراد والمجتمعات بمشاكل البيئة المحيطة بهم وتزويدهم بالمعلومات التي تمكنهم من المساهمة في المحافظة عليها، ومنع تدهورها المستمر، من خلال تنمية الإحساس بالمسؤولية الاجتماعية تجاه البيئة لدى أفراد المجتمع وتنظيماته.

4- نشر الأخلاق والقيم التي تدعو إلى التصرف بمسؤولية تجاه البيئة، ونبذ القيم الفردية والسلوكيات الاستهلاكية، وتحقيق الربح السريع الذي يؤدي إلى استنزاف الموارد البيئية.

5- ضرورة المحافظة على بيئة نظيفة من خلال الاستعمال الرشيد للطاقة والمياه والمواد الأولية وذلك بالإسراع في تحسين كفاءة الإنتاج للتقليل من نسبة استهلاك أفراد المجتمع للموارد الطبيعية وتشجيع التحول إلى منتجات وتقنيات سليمة من التلوث.

#### هوامش البحث

[1]- د. خالد العراقي، البيئة تلوثها وحمايتها، ط1، (القاهرة: دار النهضة العربية، 2011)، ص14، 13.

[2]- توماس أميل، دور البيئة وأثرها على الحياة السكانية، ترجمة زكريا البرادعي، دار الوعي القومي، 1979، ص10.

[3]- مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة البشرية، ستوكهولم، 1972.

[4]- Environnement et pollution "les chaires français", No.163, Novembre-December 1973, p3.

[5]- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، 20 جويلية 2003، ص10.

- [6]- أ. عدنان موسى، الضجيج الصناعي أحد ملوثات البيئة، (الدوحة: بحث مقدم في دراسة أبعاد وآثار التكنولوجيات المتقدمة والمستجدة في المجتمعات العربية، 21-24 نوفمبر 1988)، ص 416.
- [7]- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، 20 جويلية 2003، ص 10.
- [8]- Odum E.P, Ecology the link between the natural and the social sciences, Holt Rinebart and Winston, New York, U.S.A., S244.
- [9]- حسين مصطفى غانم، الاسلام وحماية البيئة من التلوث، (مكة المكرمة: مركز بحوث الدراسات الاسلامية، جامعة أم القرى، 1997)، ص 11.
- [10]- الجليلي عبد السلام أرحومة، حماية البيئة بالقانون، (مصراته: دار الجماهيرية للنشر، 2000)، ص 90.
- [11]- أ. خيري أحمد الكباش، الحماية القانونية للإنسان من التلوث الاشعاعي في المواد الغذائية، (مجلة عالم الفكر، العدد 1)، (يوليو - سبتمبر 2002) ص 272-279.
- [12]- عبد القادر رزيق المخادمي، مرجع سابق، ص 38.
- [13]- د. العشاوي صباح، المسؤولية الدولية عن حماية البيئة، ط 1، (الجزائر: دار الخلدونية، 2010)، ص 74، 75.
- [14]- تقرير لجنة منظمة الصحة العالمية للصحة والبيئة، بعنوان "صحتنا في سلامة كوكبنا"، ص 7.
- [15]- بيان محمد الكايد، إدارة مصادر المياه، (النظام البيئي، تلوث المياه، التحلية)، ط 1، (إدارة عمان: دار الولاية للنشر، 2010)، ص 29-31.
- [16]- WMO(1999), The 1997-1998 El Niño Event: a Scientific and Technical Retrospective Geneva, World Meteorological Organization.
- [17]- العولمة والتنمية المستدامة - بطاقة ح أ - هيئات للضبط - ص 54.
- [18]- د. خالد مصطفى قاسم، إدارة البيئة والتنمية المستدامة في ظل العولمة المعاصرة، ط 2، (الإسكندرية: الدار الجامعية، 2010)، ص 26-32.

## المدن الجديدة آلية جديدة لتنظيم التوسع الحضري وتوجيهه

د.مصطفى عايدة

أستاذة محاضرة قسم أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة لويسي علي البلدية 02

الملخص:

تعد المدينة البيئية الحضرية التي يعيش فيها الإنسان، حيث تعتبر مركزا حضاريا ونقطة التقاء كل الثقافات وكل متطلبات العيش من مرافق عمومية وخدمات اجتماعية، إن مسألة المدن الجديدة ليست أمرا يخص الجزائر وحدها بل هناك بلدان عديدة لجأت إلى هذا الحل مثل بريطانيا، ألمانيا، روسيا.

ترتبط سياسة المدينة في الجزائر ارتباطا وثيقا ومباشرا بالتوسع العمراني ومشكلة تهيئة الإقليم، وتعد الإستراتيجية الجديدة إجابة عن الفوضى العمرانية الحالية واختيارا بديلا ووطنيا للحد من الفوضى الراهنة وقطبا لتنظيم التوسع العمراني وتوجيهه وإلا فستنتشر جراء هذا التوسع العمراني تجمعات سكنية عديدة تنبت بصورة عفوية وتغزو الأراضي الزراعية كما تعد أداة لتخفيف الضغط عن المدن الكبرى والساحل والانتشار نحو الهضاب العليا كخيار استشاري، وعلى العموم فهي تكفل تحكما جماعيا أفضل في النمو العمراني وإعادة التوازن للبنية العمرانية الحالية.

الكلمات المفتاحية: المدينة، البيئية الحضرية، المركز الحضاري، التوسع العمراني، المدن الكبرى، البنى العمرانية.

The city is the urban environment in which man lives, where is the cultural center and meeting point for all cultures and all living requirements of public facilities and social services, the issue of new cities is not something for Algeria alone, but there are many countries have resorted to this solution such as Britain, Germany, Russia.

And linked to the city's policy in Algeria closely and directly urbanization and the problem of the creation of the region, and is a new strategic answer to the current urban choice alternative and nationally to

reduce the current chaos and a pole to regulate urban expansion and guidelines; however the result of this urbanization several residential communities sprout spontaneously and invade agricultural land as It is a tool to achieve the pressure on big cities and the coast and spread towards the high plateaus consultant as an option, and on the whole they are collectively ensure better control in urban growth and rebalancing the current Urban Structure

#### مقدمة:

تعاني المدن الجزائرية اليوم من عدة اختلالات و في مختلف المجالات العمرانية الاجتماعية الاقتصادية وغيرها حيث أن عدم التوزيع العادل للموارد والثروات وفرص الاستثمار في المدن الجزائرية أدى إلى اختلال في الكثافات السكانية من الشمال إلى الجنوب وزاد من هجرة السكان وهذا ما أدى إلى خلق فوضى في المدن الجزائرية وانتشار العمران الفوضوي نتيجة الحاجة إلى العقار.

إن تنمية الإقليم مرتبط أو مشروط بإعادة ترتيبه، من أجل إعادة التوازن والتناسق مع الأخذ بعين الاعتبار مختلف الرهانات الديموغرافية، السوسولوجية، الاقتصادية والبيئية. وأيضاً عن طريق إنشاء شبكة عمرانية من المدن الجديدة قادرة على الإجابة على متطلبات واحتياجات الجزائر.

لمواجهة هذه التحديات شرعت الجزائر بإعادة ترتيب أبعادها الإستراتيجية عن طريق إرساء منظومة تشريعية حديثة تهدف إلى إحداث تنمية متوازنة للإقليم ومستديمة للمدن، من خلال إصدار قانون رقم 01-20<sup>1</sup> الخاص بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، ثم البحث عن آليات تجسيدها على أرض الواقع، بحيث تتماشى مع المبادئ والتوجهات العالمية الحديثة من خلال القانون رقم 02-08<sup>2</sup> المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة، وكذا صدور القانون التوجيهي للمدينة رقم 06-06<sup>3</sup>، الذي يندرج في سياق استكمال المنظومة التشريعية المتعلقة بتهيئة الإقليم والتنمية المستدامة وحماية الفضاءات الحساسة واثمينها وترقيتها.

هذا بالإضافة إلى استحداث مخططات للمدن جديدة، و دعم الجوانب المؤسساتية، وكذا تنوع الاعتمادات المالية الخاصة بتسيير المدن.

فهل يمكن لهذه المنظومة التشريعية تجسيد أهداف الإستراتيجية الوطنية في مجال تخطيط المدن بإيجاد حلول مستدامة للتحديات المستقبلية بالنظر للإمكانيات المتوفرة ؟

المبحث الأول: حتمية تبني سياسة المدن الجديدة

تربع الجزائر على مساحة 2.4 مليون كيلومتر مربع، مما يجعلها أكبر بلدان إفريقيا، تبلغ واجهتها الساحلية 1600 كلم، تؤهلها لأن تكون أهم بلدان البحر الأبيض المتوسط، كما تحتوي على ثلاثة أقاليم متباينة (الساحل، الهضاب العليا، الصحراء)، هذه الأقاليم الثلاث تبدو متناقضة من حيث التضاريس والشروط المناخية، إلا أن التعمير العشوائي والمركز ضاعف من هذا التباين<sup>4</sup>، مما جعل الإقليم يواجه فوارق جهوية حادة، يحمل في ترتيبه وتكوينه فوارق متعددة، وهي مخلفات الماضي وأيضا فشل السياسات المتبعة من طرف الدولة، ولذا يجب تطوير إمكانياتنا فيما يتعلق بتهيئة الإقليم ومن بينها المدن الجديدة.

ومن أهم القرارات أو الخطوات الموصى بها في هذا المجال هو إنشاء المدن الجديدة من أجل تصحيح الاختلالات الموجودة في شغل الإقليم، وأيضا الاستجابة للاحتياجات التي تتطلبها التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

#### المطلب الأول: تعريف المدينة والمدينة الجديدة

يختلف تعريف المدينة باختلاف الخبراء والمتخصصون، حيث يراها الجغرافي على أنها تجمع بين أشياء متعددة ومتباينة من حيث الموقع والحجم والهندسة المعمارية والتنظيم الداخلي وفي الدور الذي تؤديه إقليميا ووطنيا.

وتعرف المدينة أحيانا بطرق إحصائية، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية حيث تعتبر كل مكان فيه 2500 نسمة فأكثر فهو مدينة. لهذا تعتبر المدينة موضوع انشغالات للعديد من المجالات والأنظمة، كما تعتبر موضوع دراسة من طرف العديد من المختصين: كالمهندسين المعماريين، القانونيين، الاقتصاديين، الجغرافيين وغيرهم من المختصين<sup>5</sup>.

#### الفرع الأول: تعريف المدينة

أصبحت المدينة موضوع اهتمام العديد من المختصين في مجالات عديدة، التي حاولت إيجاد تعريف شامل للمدينة من أجل الوصول إلى الحلول المفروضة عليها، وبالرغم من أن مفهوم المدينة غامض نوعا ما ولم يتمكن من الوصول إلى تعريف واضح، إلا أنه قبل كل عملية تدخل يجب معرفة أولا المفهوم النظري والتطبيقي لما يسمى بالمدينة.

#### أولا: التعريف اللغوي

لغويا المدينة تعني المصر الجامع، جمع مدائن حين يقال مدّن فلان أي تمدّن وعاش عيشة المدن وقد تدل المدينة على الحضارة واتساع العمران، ويرجع لفظ المدينة كأصل لغوي إلى الفعل "دان" وهو يعني أن يدين الفرد للمكان الذي يقيم فيه ويعمره، ويعرف "ابن منظور" المدينة بأنها الحصن الذي يبني في أصطمة من الأرض والأصطمة معظم الشيء وتامه<sup>6</sup>.

## ثانيا: التعريف الفقهي:

اختلف المختصون في تعريفهم للمدينة، حيث يعتبرها المهندسون فضاء منظما يحتوي على "تركيبة عمرانية"، تعني طريقة تنظيم أطراف المدينة فيما بينهم، أما علماء التاريخ فينظرون إليها من جانب تطور المجتمعات الإنسانية ومعدل التحضر.<sup>7</sup>

أ- تعريف الفقيه وارث: عرف الفقيه ورث المدينة على أنها: المركز الذي تنتشر فيه تأشيريات الحياة الحضرية إلى أقصى الجهات من الأرض، ومنها ينفذ القانون المطبق على جميع الناس<sup>8</sup>.

ب - تعريف الفقيه برك: ذهب الفقيه برك إلى اعتبار المدينة مكانا طبيعيا لإقامة الإنسان المتحضر، وصورها على أنها منطقة ثقافية لما أنبأها ثقافة خاصة بها، فالمدينة في نظره كيان طبيعي يخضع لقوانين خاصة، ولأنها كذلك فإنه من الصعب تجاوز هذه القوانين لإجراء أية تعديلات في بنائها الفيزيقي أو نظامها الأخلاقي وعلى هذا الأساس فإن المدينة تمثل وحدة على درجة عالية من التنظيم حيث المكان ووفقا لقوانينها الخاصة<sup>9</sup>.

## ثالثا: التعريف التشريعي:

أ- تعريف المدينة طبقا للقانون رقم 01/20 المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة: يهدف هذا القانون إلى تحديد التوجيهات والأدوات المتعلقة بتهيئة الإقليم التي من طبيعتها ضمان تنمية الفضاء الوطني تنمية منسجمة ومستدامة ومن بين ما يهدف إليه أيضا إعادة توازن البنية الحضرية وترقية الوظائف الجهوية والوطنية والدولية للحواضر والمدن الكبرى، وقد تطرقت المادة 03 منه إلى تعريف كل من:

1- الحاضرة الكبرى: هي التجمع الحضري الذي يشمل على الأقل 300000 نسمة ولها قابلية لتطوير وظائف دولية، زيادة على وظيفتها الجهوية والوطنية.

2 - المساحة الحضرية: الإقليم الذي يجب أخذه بعين الاعتبار بهدف التحكم في تنمية حاضرة كبرى وتنظيمها.

3- المدينة الكبرى: تجمع حضري يشمل على الأقل 100000 نسمة.

والملاحظ على هذا القانون اقتصره على تقديم تعريفات لبعض أصناف المدن التي كانت موضوع مجموعة من المخططات المتعلقة بتهيئة الإقليم، أي أن التطرق لهذه الأصناف لم يأت في إطار وضع مفهوم للمدينة بل في إطار تحديد المصطلحات المستعملة في هذا القانون<sup>10</sup>.

ب- في ظل القانون رقم 06/06، المتضمن القانون التوجيهي للمدينة: عرف هذا القانون المدينة بطريقة إحصائية تعتمد على تحديد السكان طبقا لكل نوع كما نصت المادة 04 منه على أن المدينة المتوسطة هي تجمع حضري يشمل ما بين 50000 و 100000 نسمة، أما إذا كان التجمع الحضري يشمل ما بين 20000 و 50000 نسمة، فإن ذلك يمثل مدينة صغيرة.

#### الفرع الثاني: تعريف المدن الجديدة:

لقد استخدمت عدة تعريفات متعددة لوصف المجتمعات العمرانية الجديدة مثل: Les nouvelles villes, new city, newtown، وغيرها ويستعمل تعبير المدن الجديدة في تعريف العديد من المجتمعات التي تختلف عن بعضها من ناحية الأهداف والوظيفة والحجم<sup>(11)</sup>.

#### أولا: التعريف الفقهي:

أ- تعريف إلكينز: هي المدينة التي توفر لكل سكانها باختلاف مستوياتهم كافة احتياجاتهم حتى لا يسكنها فئة محددة فقط، كما تتوفر بها كافة الخدمات بالقرب من المناطق السكنية كالخدمات مثلا. ومع ذلك فقد أهمل إلكينز في تعريفه للمدينة الجديدة جوانب حيوية مثل العوامل الاقتصادية التي تقوم عليها المدينة، فلم يشر إلى أهمية وجود قاعدة اقتصادية تقوم عليها المدينة أو تقوم باستغلال الأيدي العاملة وتوظيف السكان، كما أنه - لم يشر إلى مقومات المدينة من توافر البنية الأساسية والتخطيط الجيد للمدينة، كما لم يتعرض لأهمية النواحي البيئية في المدينة<sup>(12)</sup>.

ب- تعريف سكوت: هي المدينة التي تبنى في موقع خالي من التركيز الحضري، وهو موقع بكر لم يكن به أي استقرار من قبل، مما يتيح لمخططيها تقديم كافة المخططات لإنجاحها، كما تتميز المدينة بالاتساع الكافي لجعلها كيانا اقتصاديا.

أغفل سكوت المدن التي تنشأ على أطراف المدن الكبرى كما ركز على الاتساع أو توافر المساحة، إلا أنه لم يشر إلى عوامل الاستقلال الاقتصادي الأخرى مثل تنوع الأنشطة وتوافر البنية الأساسية وعوامل الإنتاج اللازمة<sup>(13)</sup>.

#### ثانيا: التعريف التشريعي:

أ- طبقا للقانون رقم 20/01 المتعلق بتهيئة أليم وتنميته المستدامة:

عرف هذا القانون المدينة الجديدة بأنها تجمع حضري مبرمج بكامله في موقع خال أو انطلاقا من خلية أو خلايا السكنات الموجودة.

ب - طبقا للقانون رقم 02/08 المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتمهيتها. عرفت المادة 03 منه المدن الجديدة بأنها كل تجمع بشري ذي طابع حضري ينشأ في موقع خال أو يستند إلى نواة أو عدة نوى سكنية موجودة وتشكل المدن الجديدة مركز توازن اجتماعي واقتصادي وبشري لما يوفره من إمكانيات التشغيل والإسكان والتجهيز.

ج - طبقا للقانون رقم 06/06 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة، عرفت المادة 03 المدينة الجديدة بأنها تجمع حضري و حجم سكاني يتوفر على وظائف إدارية واقتصادية واجتماعية وثقافية.

من خلال ما سبق فإن المدينة الجديدة مشروع ذو أهمية وطنية وليس محلية بالنظر إلى:  
أولاً: مدى سعة المدينة الجديدة العمرانية والمعمارية وينبغي ألا ننسى أن الأمر يتعلق بإطار التهيئة ويشمل آلاف الهكتارات.  
ثانياً: مدى مهمتها الاقتصادية والتكنولوجية كالحظيرة المعلوماتية والمدينة العلمية" سيدي عبد الله".

ثالثاً: طابعها الاستراتيجي أو الرمزي وذلك حال بوغزول المدينة الجديدة.  
خلاصة الأمر، أن المدينة الجديدة تعني وجهة سياسية تنتهجها الدولة وطموحا ذا بعد وطني في إقليم محدد، وهذا الطابع الوطني والبعد الامتيازي يقتضيان عددا معينا ومحصورا من المدن الجديدة التي يزعم إنشاؤها والذي لا يتجاوز عددا معينا، لهذا تعتبر المدن الجديدة مشروعا ذو أهمية وطنية وكل عملية إنشاء لمدينة جديدة تعد مشروعا ذو أهمية وطنية بمفهوم التشريع المعمول به وإنشاؤها يعد استجابة لإجراء وطني فهي تحدث بموجب مرسوم وبعد استشارة الجماعات المحلية إقليميا.  
المطلب الثاني: أهمية إنشاء المدن الجديدة:

تشكل المدن الجديدة مركز توازن اجتماعي واقتصادي وبشري بما يوفره من إمكانيات التشغيل والإسكان والتجهيز، وعلى هذا الأساس فإن سياسة المدن الجديدة انبثقت عن السياسة العامة التي سطرته الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على مستوى المجال الحضري، وتضمنت سياسة الدولة في هذا المجال القيام بإدراج البعد التنموي في مجال تهيئة الإقليم والتعمير، إعادة الانتشار الديمغرافي وتقليصه من منطقة التل من خلال الهضاب العليا، التحكم في العمران عن طريق الحد من تعمير الساحل من خلال سياسة المدن الجديدة.

### الفرع الأول: من الناحية الاجتماعية:

يعد العامل السكاني مهما حيث يؤخذ بعين الاعتبار، وتطرح إحصائيات السكان في العالم واقعا مخيفا، لأن هذه الزيادة تترجم إلى مطالب واحتياجات في كافة القطاعات، والمشكل هو أن المدينة أصبحت أكثر كثافة سكانية من ذي قبل وتسبب هذه الزيادة مشاكل عديدة<sup>14</sup>، لذا تهدف سياسة المدينة إلى تحقيق تطلعات المواطنين في المجال الاجتماعي ويتم ذلك عن طريق:

- مكافحة الآفات الاجتماعية والإقصاء والانحرافات كالفقر والبطالة وهذا بتحسين الظروف الاجتماعية للمواطن داخل مدينته ومحاربة الفقر وكل ما ينجر عنه، وكذا محاربة الآفات الاجتماعية التي تفتك بمصير والإطار المعيشي للسكان.
- توفير الخدمة العمومية وضمانها وتعميمها خاصة الأساسية منها والمتمثلة في المرافق الصحية والتربوية والتكوين، وكذا السياحة والميادين الثقافية والرياضية والترفيهية التي من شأنها القضاء على الآفات والمشاكل الاجتماعية.

- المحافظة على النظافة والصحة العمومية وترقيتها وهذا بخلق نوع من الجدية والاهتمام الواسع بالنظافة العمومية وخلق سياسة واضحة وفعالة في مجال تسيير النفايات وكيفية التعامل معها، التي قد تؤدي بدورها إلى المساس بالصحة العمومية التي تعتبر أحد المهام الرئيسية للبلدية. وبالتالي فهي تهدف إلى تخفيف الضغط على المدن القائمة، كما أنها تعتبر الوسيلة الفعالة التي يلجأ إليها المخططون لمحاولة إيجاد حل ديموغرافي لمشكلة المدن الكبرى<sup>15</sup>.

### الفرع الثاني: من الناحية الاقتصادية:

تتمثل أهمية إنشاء المدن الجديدة من الناحية الاقتصادية على وجه الخصوص في ترقية الوظيفة الاقتصادية للمدينة بجعلها منطقة ذات أبعاد اقتصادية راقية وفعالة لخدمة الصالح العام وتحسين ظروف المدينة من الجانب الاقتصادي حتى ترقى إلى مصاف المدن الكبرى الصناعية، عن طريق ترقية التكنولوجيا الجديدة للإعلام والاتصال. أي تفعيل المدينة كقطب نمو، حيث أن تحقيق التنمية المحلية دون تفعيل المدينة كقطب للنمو يعد خلافا، لأن المدينة هي قطب للنمو أصلا على اعتبار الترابط القائم بين النمو الاقتصادي والتصنيع من جهة والتحضر من جهة أخرى<sup>16</sup>.

تتمثل الدوافع الأخرى في إنشاء المدن الجديدة في<sup>17</sup>:

- التوزيع العالمي للنشاط الاقتصادي الذي أصبح يشكل الدينامكية التي تعيد تشكيل المدن في العالم النامي، فالنشاط الاقتصادي له دوره في إعادة توزيع السكان والموارد في محاولة

للوصول إلى التوزيع الأمثل للسكان والموارد (في بريطانيا مثلاً، كان الجيل الثاني من المدن الجديدة يعتمد على الدافع الاقتصادي كدافع رئيسي للنشأة والنمو).

- إيجاد قاعدة اقتصادية أو نشاط اقتصادي أساسي تقوم عليه المدينة مما يؤدي إلى خلق مجتمع جديد يعتمد على النشاط الاقتصادي بالمدينة، ومن ثم المساهمة في حل مشكلة البطالة بتقديم فرص عمل مختلفة وزيادة متوسط دخل المواطنين، فوجود النشاط الاقتصادي بالمدينة سيؤدي إلى خلق العديد من الوظائف مما يعني تشغيل الشباب ومختلف الفئات الأخرى.

### الفرع الثالث: من الناحية البيئية:

إن من أهم دوافع إنشاء المدن الجديدة إيجاد بيئة حضرية صحية توفر لسكانها مؤشرات الأمن الصحي، حيث يعد هذا الدافع أحد العوامل الكامنة وراء إنشاء المدن الجديدة في كثير من دول العالم سعياً منها إلى تحقيق التنمية المستدامة. ومع التطورات الدولية في مجال تهيئة الإقليم تبنت الجزائر فكرة التنمية المستدامة وهو مصطلح حديث النشأة عرف على أنه استجابة لحاجيات الحاضر دون المساومة على قدرة الأجيال المستقبلية في الوفاء بحاجياتها وتهدف التنمية المستدامة إلى تحقيق جملة من الأهداف منها تحسين المستوى المعيشي للسكان وذلك بالتأكيد على العلاقات بين نشاط السكان وحماية البيئة، وكذا محاولة السيطرة على المشاكل البيئية وذلك بإتباع طريقة تلائم إمكانيات وأولويات المجتمع وعدم الإخلال بالتوازن البيئي، عن طريق تنظيم النمو الديمغرافي لأن النمو السريع يحدث ضغوطاً على الموارد الطبيعية وعلى قدرة الحكومات لتوفير الخدمات، الاستغلال العقلاني للموارد الطبيعية والتعامل معها على أنها محدودة حتى لا يتم استنزافها وبالتالي حماية التنمية المستدامة بصفتها إطاراً متكاملًا متعدد الأبعاد والقطاعات والأطراف وهذا من خلال<sup>(18)</sup>:

- المحافظة على البيئة الطبيعية والثقافية وهذا بالمحافظة على عناصر هذه البيئة.
- الحرص على الاستغلال العقلاني للثروات الطبيعية من أجل الحفاظ على هذه الموارد والثروات الطبيعية بتسيير عقلاني وراشد في استغلالها بالمحافظة عليها للأجيال القادمة.
- إقامة مدن صديقة للبيئة كعلاج لمشكلات التلوث الخائفة بالمدن الكبرى.

### المبحث الثاني: أصناف المدن الجديدة ووظائفها

ينص المخطط الوطني لتهيئة الإقليم على إمكانية إنشاء المدن الجديدة ويحدد وظائفها وموقعها وكل مدينة جديدة يجب أن يتم إنشاؤها بالتلازم مع تنظيم وتنمية المنشآت القاعدية الكبرى والمرافق الجماعية ذات المنفعة الوطنية المقررة في المخططات القطاعية المنبثقة عن المخطط الوطني لتهيئة الإقليم وطبقاً لنص المادة 04 من القانون رقم 02/08، فإنه لا يمكن

إنشاء المدن الجديدة إلا في الهضاب العليا والجنوب، غير أنه وبصفة استثنائية وتخفيفا للضغط على المدن الجديدة الكبرى: وهران، الجزائر، قسنطينة، عنابة، يمكن إنشاء مدن جديدة في المناطق الشمالية.

### المطلب الأول: المدن الجديدة للامتياز

تعتبر هذه المدن وفق تقرير المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي<sup>(19)</sup> مدن المستوى الأول، وتشمل مدن الطوق الأول والثاني هدفها التحكم في التوسع الحضري، وكذا توجيه النمو العمراني لمدينة الجزائر على المدى القريب وجعل مدينة الجزائر موقعا دوليا وهذا يتطلب إعادة تهيئة المجالات الفرعية لمساحة المدن الكبرى بواسطة برنامج أعمال وتدابير من شأنها أن تنشئ حزاما من المدن الجديدة، يقع بين المدينة الكبرى ومدن الطوق الثاني، كما يتطلب تطوير مدن الطوق الثاني عن طريق الرفع من مستوى شبكتها العمرانية الحضرية والريفية بكيفية تبعث على استقرار السكان المحليين ويزيد من جاذبيتها.

### الفرع الأول: مدن الطوق الأول:

تعرف أيضا بالمدن التابعة، وهي تجمعات واقعة في نطاق تأثير العاصمة، تتبع المدينة الأم اقتصاديا لوقوعها ضمن نطاق نفوذها، وغالبا ما تكون في موقع خال بعبارة أخرى هي المدن التي يتم إنجازها في مناطق غير مركزة عمرانيا، وذلك بجمع العديد من الأحياء والمناطق المجاورة للمدينة الكبيرة، وتوطن عليها المدن الجديدة والهدف منها هو امتصاص النمو الحضري للحد من البناء الفوضوي<sup>(20)</sup>.

تقام هذه المدن حول المساحة المحيطة بمدينة الجزائر (ولاية الجزائر، تيبازة، بومرداس والبلدية).

- مدينة العفرون، مهام زراعية وصناعية (ولاية البليدة، 100 هكتار - 125000 نسمة)

- مدينة بوينان<sup>(21)</sup>: رياضية وترفيهية (ولاية البليدة، 350 هكتار - 45.000 نسمة)

- مدينة الناصرية: صناعية، (ولاية بومرداس، 700 هكتار - 56000 نسمة)

- مدينة المعاملة (سيدي عبدالله)<sup>(22)</sup>: علمية طبية، (ولاية تيبازة، 800 هكتار - 100000 نسمة).

### الفرع الثاني: مدن الطوق الثاني:

إن هذا الطوق الذي يعرف بمنطقة وسط الشمال خارج المدينة الكبرى، يتميز من جهته بمستوى نمو اجتماعي واقتصادي ضعيف، غير أنه يتوفر على ظروف استقبال نشاطات

صناعية، شريطة القيام بمبادرات تهدف إلى استقرار السكان وتدعيم الشبكتين الحضرية والريفية، ويشمل هذا الطوق ولايات الشلف وعين الدفلة والمدينة والبويرة وتيزي وزو. تقرر في هذا في الطوق إنشاء المدينة الجديدة لبوغزول بموجب المرسوم التنفيذي 97/04<sup>23</sup> وتقع هذه المدينة الجديدة بين ولايتي المدينة والجلفة على إقليم بلدي بوغزول وعين وسارة وتغطي حدود المدينة الجديدة لبوغزول مساحة 4650 هكتار، تشمل ما يلي:

- 2150 هكتار داخلة في حدود ترميم وتهيئة المدينة الجديدة،
- 1000 هكتار حول المساحات المهية التي تشكل حدود حماية المدينة الجديدة،
- 1000 هكتار للمنطقة الفلاحية،
- 500 هكتار لمنطقة الميناء الجوي.

وطبقا، فإن المهام الرئيسية للمدينة الجديدة لبوغزول تتمثل في الثلاثي الأعلى والتكنولوجيات والبحث العلمي وكذا مهام الدعم المتعلقة بها، ويحدد البرنامج العام لها كما يأتي<sup>24</sup>:

- فضاءات لبرنامج السكن الموجه لعدد السكان يقدر ب 400000 نسمة،
- تجهيزات جماعية (جماعية وفردية) وتربوية وجامعية واستشفائية وخاصة بالصحة وثقافية ورياضية ودينية والمصالح الإدارية وغيرها،
- نشاطات اقتصادية: القطاع التجاري والسياحي والصناعي،
- منشآت النقل: الطرقات والفضاءات العمومية وشبكات السكة الحديدية ومحطات النقل البري،
- تجهيزات تجارية وفندقية وخدمية،
- مطار دولي،
- حدائق حضرية ومساحات خضراء،
- المنشآت التقنية: لا سيما نواقل الطاقة والماء ومحطة تصفية المياه ومركز معالجة النفايات ومنشآت المواصلات السلكية والللاسلكية،
- التجهيزات العمومية مرافقة للخدمات الحضرية والخدمات الجوية،
- فضاءات الحماية حول المدينة الجديدة التي تحدد استعمالاتها في مخطط التهيئة.

#### المطلب الثاني: مدن الطوقين الثالث والرابع

يهدف رهان إعادة التوازن الإقليمي الذي تضمنه المخطط الوطني لتهيئة الإقليم إلى إيجاد تنظيمًا متجددا للإقليم، يربط إعادة التشكيل الإقليمي بفضاءات متميزة لكن أكثر تكاملا

وتضامنا سواء بين المكونات الكبرى للإقليم (الساحل، التل، الهضاب العليا والجنوب) أو بين مدن بوظائف جد محددة أو بين المدن والأرياف. ويستند هذا الرهان إلى إعادة هيكلة الساحل والتل وتنمية طوعية للهضاب العليا والجنوب وإلى ترقية نظام حضري أكثر تسلسلا وبعث علاقات أكثر كثافة وأكثر قدرة على استقطاب عالم الريف<sup>(25)</sup>.

### الفرع الأول: مدن إعادة التوازن

تتمتاز منطقة الهضاب العليا المسماة الطوق الثالث بتنوع ظروفها المادية والطبيعية، حيث تتوفر على مساحات زراعية كبيرة

ومناطق رعوية وشبه صحراوية، وتم اعتماد 12 موقعا للمدن الجديدة في الهضاب العليا وتمثل المهمة الأساسية المسندة إلى هذه المشاريع المهيكلة في نشر تطور هذه المنطقة وبالتالي ضمان التوازن في توطين السكان الحضريين في محاور التنمية شرق وغرب وشمال وجنوب، والمدن التي تم اعتمادها هي:

- الهضاب العليا الشرقية: تقرين وبئر العاتر وبوخضرة (ولاية تبسة)

الهضاب العليا الوسطى: بوغزول (المدية والجلقة)

الهضاب العليا الغربية: العريشة ولاية تلمسان، رجام وموشر (ولاية سيدي بعباس)، مكنن بن عمار وخرف الله (ولاية سعيدة)، عين الذهب وقصر الشلالة (ولاية تيارت) تهدف إستراتيجية إنشاء المدن الجديدة في هذا الطوق إلى تنمية طوعية للهضاب العليا: قصد تمكينها من تطوير الأنشطة والخدمات الضرورية.

### الفرع الثاني: المدن الجديدة لدعم التنمية

تخص مدن الطوق الرابع الجديدة المنطقة الصحراوية التي تتميز بامتدادها الواسع ما يقارب 87 من مساحة البلاد وكذلك بظروفها الصعبة على الصعيد المادي والطبيعي وتمثل الأهداف المسطرة في هذا الخيار:

- فك العزلة من جهة على المناطق الصحراوية بتشكيل أقطاب تتمركز حولها التنمية الجهوية والحدودية على حد سواء

- ومن جهة أخرى حل المشاكل المحلية المطروحة لتخفيف الضغط على مدينة غرداية ووادي ميزاب

- إنشاء شروط تنمية الجنوب تستجيب لخصائص الوسط الإقليمي ولحاجيات سكانه، وكذا هيكلة أقاليم الجنوب قصد إدماجها أكثر في ديناميكيات تنمية الأقاليم والمواقع التي اختيرت هي:

- وادي بليل (الأغواط) التي تركز وظيفتها الاقتصادية على المحروقات  
 - المنصورة، الموقع الشمالي للمنيعة، وادي ناشو وملتيلي (ولاية غرداية)  
 - عين الحجاج وحاسي خنيق (عين صالح ولاية تامنغست) وظيفتها اقتصادية وتنمية فلاحية  
 - أراك وسيدي مولاي الحسن (عين امقل ولاية تامنغست) يتمثل طابعها الرئيسي في السياحة  
 - عين اكر (عين امقل) موقع سياحي ومنجمي  
 - لاوني، موقع منجمي يقع بين تامنغست وعين قزام  
 - عين قزام: موقع حدودي ملائم لتطور الخدمات والفلاحة.  
 كما تضمن المخطط الوطني لتهيئة الإقليم دعم نظام حضري في شكل أرخبيل في الجنوب،  
 ولقد تم تحديد ثلاث شبكات من المدن في شكل أرخبيل انطلاقا من هذه المعايير (التنمية  
 الداخلية، الجاذبية، قواعد الإنتاجية أو الخدمات، الحجم، الموقع والتواصلية):  
 - فضاء البرمجة الإقليمية جنوب-غرب: بشار، أدرار، تندوف  
 - فضاء البرمجة الإقليمية جنوب - شرق: بسكرة، الوادي، غرداية، القليعة، المنية، ورقلة،  
 تقرت

- فضاء البرمجة الإقليمية الجنوب الكبير: عين صالح، تامنغست، إيليزي  
 إن هذه الشبكات مدعوة للعمل بطريقة تشاورية مع دعم قواعدها الإنتاجية وخدماتها،  
 وتأتي ثلاث مدن جديدة لدعم النظام الحضري للجنوب وهي:

ملتيلي الجديدة بجوار غرداية

- المنية وقد بنيت خارج الوادي للمحافظة على واحة النخيل المهددة بالتعمير ويتوقع أن  
 تحتضن 40.000 ساكن

- المدينة الجديدة لحاسي مسعود وتندرج في سياق خاص، إنها ليست بمدينة جديدة ولدت من  
 العدم، بل تشكل إعادة تموقع في المكان المسمى وادي المرعى بدلا من المدينة الحالية ( الواقعة  
 في منطقة مخاطر صناعية نظرا لاستخراج البترول).

خاتمة

إن النمط الحضري كتجمع سكاني في الجزائر ليس وليد الساعة بل تواجد منذ القدم بدءا  
 بالمستوطنات الرومانية، ثم انتعشت الشبكة العمرانية في الجزائر مع الفتوحات الإسلامية  
 وإنشاء الكثير من المدن، وصولا إلى الاستعمار الفرنسي الذي كان بمثابة الانطلاقة الأولى  
 لسن قوانين وتنظيمات تخص التهيئة العمرانية، حيث عرفت الجزائر في هذه المرحلة توسع  
 عملية الاستيطان وإقامة الأحياء الأوروبية بالقرب من المدينة العربية وتدعيمها بالهيكل

الأساسية من طرق برية وسكك حديدية، وقد عرف المجال الجزائري في هذه المرحلة تكريسا لنمط عمراني وآخر معماري يقومان على ثقافة دخيلة على المجتمع الجزائري.

أما بعد الاستقلال فإن المدن الجزائرية لم تستفد من الحضارات القديمة، حيث فرضت سياسة بناء وتطوير مدنها لكن كان هذا على حساب العراقة والأصالة التي كانت تتمتع بها من قبل، فقد حاول تجديد وبناء مدن جديدة غير مراعية للجوانب الجمالية والبيئية التي من شأنها إعطاء صورة راقية ومنظمة للمدينة، حيث عمدت الدولة الجزائرية بعد الاستقلال إلى بناء مجتمع يضمن رقي الإنسان والمساواة وكسر التفاوت الذي تركه الاستعمار، حيث أدى بالعديد من السكان إلى الهجرة نحو المناطق التي تتوفر بها الوسائل الضرورية للحياة مما أدى إلى تضخم المدن وواجهت الدولة عدة مشاكل في توسيع المدن من بينها الملكية العقارية.

أما فيما يتعلق بالتنظيم القانوني للمدينة الجزائرية كان بطيئا وغير مباشر، حيث كان اهتمام الدولة الجزائرية بمدنها عن طريق قوانين التهيئة والتعمير التي جاءت لخلق نوع من التنظيم والضبط في مجال البناء، إلى غاية صدور القانون رقم 08/02 المتضمن شروط إنشاء المدن الجديدة، والقانون رقم 06/06 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة، تطبيقا لأحكام القانون رقم 20/01 المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، الذي نص على تبني آلية جديدة في تنظيم المجال وهي سياسة المدينة، حيث تمثل السياسة التي تباشرها السلطات العمومية لأجل معالجة الاختلالات المجالية والاجتماعية لمعدن، ومن أجل هذا يضع المخطط الوطني لتهيئة الإقليم، ثلاث استراتيجيات، لإعادة هيكلة الفضاءات الساحلية والتالية تكون قادرة على إيصال النمو الساحلي إلى مجموع الشريط التلي، تعتمد على إنشاء مدن الربط للتل لتكون بديلا لمرکز التنمية في المدن الكبرى وحدها، ولا تهدف هذه الإستراتيجية إلى كبح تنمية الشمال، بل تسمح بالأحرى بتنمية أكثر نوعية تركز حول مزاياه الخاصة أكثر مما تركز على استغلال نقائص الهضاب العليا والجنوب. وهكذا يصبح الفضاء الساحلي والتلي إقليميا بقدرات تنمية أكثر استهدافا وأفضل توزيعا، وأكثر قدرة على دفع الديناميكيات انطلاقا من مدن الربط نحو الهضاب العليا والجنوب، بدلا من امتصاصها بدون مقابل.

إن الاهتمام بالمدينة يعد من أفضل الطرق الحضارية لتحقيق التنمية وهذا من خلال تسطير برامج تنمية شاملة تضع في اعتبارها منهجاً جديداً في تسيير البلديات وإصلاح الجباية المحلية والبحث عن مصادر الاستثمار المحلي حسبما ينص عليه القانون التوجيهي للمدينة، لاسيما وان المدن الجزائرية تتميز بثراء تاريخي وعمراني مميز إذ أن 350 مدينة جزائرية يمكنها الارتقاء إلى مصاف المدن العالمية إذ وفرت لها أدوات التنمية .

إن المدينة تحتاج اليوم إلى عناية أكثر سواء فيما تعلق بتسييرها كفضاء حيوي و معقد أو من حيث التكفل بعلاقتها الإستراتيجية بإشكالية تهيئة الإقليم و ما يرتبط به من إشكاليات فرعية كالتوزيع الديموغرافي للسكان وتخطيط اقتصاديات المستقبل هذه الحثيات تطرح على التجربة العمرانية والتعميرية في الجزائر أن تلتفت، وبعناية، إلى تأهيل المدن من جديد، وفق خارطة، تتوازن فيها المصالح و تتجانس التعايشات بين كل الفاعلين إن أحزمة الأحياء التلقائية التي صارت تحاصر المدن كلها تقريبا، والتمدد الأفقي والفضائي، يجب أن تخضع كلها للمعالجات التي تعتمد على الدراية العلمية والمعرفة الميدانية والطرق الحديثة والمتخصصة .

### الهوامش:

1- القانون رقم 20/01 المؤرخ في 12/12/2001، المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، ج.العدد 77.

2- القانون رقم 08/02 المؤرخ في 08/05/2002، المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتهيئتها، ج.ر.

العدد 34.

3- القانون رقم 06/06 المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن القانون التوجيهي للمدينة، ج.ر.العدد 15.

4-Souad Achaibou Younsi : les villes nouvelles comme acte d'aménagement d'importance capitale pour la restructuration de la métropole, conference « colonial and postcolonial urban planning in Africa », Institute of geography and spacial planning, university of Lisbon, 5-6 september, 2013.

5.Maouia Saidouni : éléments d'introduction a l'urbanisme, CASBAH édition Alger 2000.p 10.

6- محمد محمود عبد الله يوسف، أثر الامتداد الصناعي في المدن الجديدة على توطن السكان، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة - كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2008، ص 28.

7-Ibtissem Bouraoui, croissance des petites villes Algeriennes, cas d'el harrouch, mémoire de magister, University Mentouri , faculté des sciences de la terre, de géographie et de l'aménagement du territoire, 2007, p 34.

8/د/ حسين عبد الحميد أحمد رشوان: المدينة دراسة في علم الاجتماع الحضري، الطبعة السادسة، 1998، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية، ص 79.

9 محمد محمود عبد الله يوسف، مرجع سابق، ص 27.

10- أمال حاج جاب الله: الإطار القانوني للمدن الكبرى في الجزائر، منشورات دار بلقيس، الجزائر، طبعة 2014، ص 24.

11- كريمة كتاف: مفهوم المدن الجديدة من خلال القانون رقم 08/02، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2013، ص 16.

- 12- محمد محمود عبد الله يوسف، مرجع سابق، ص 33
- 13- المرجع نفسه، ص 34.
- 14- أحلام طواهرية: رؤية برنامج إستراتيجية تنمية المدن التابع لمنظمة تحالف المدن في تخطيط المدن، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012، ص 55.
- 15- محمد محمود عبد الله يوسف، مرجع سابق، ص 71.
- 16- أحلام طواهرية، مرجع سابق، ص 64.
- 17- محمد محمود عبد الله يوسف، مرجع سابق، ص 71.
- 18- المادة 08 من القانون رقم 06/06، السالف الذكر.
- 19- تقرير المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، ج.ر العدد 21، المؤرخة في 9/4/1997، ص 51.
- 20- كريمة كتاف، مرجع سابق، ص 47.
- 21- أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96/04 المؤرخ في 1/4/2014، ج.ر العدد 20 وانطلقت الأشغال بها منذ سنتين.
- 22- أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-275، المؤرخ في 5/9/2004، ج.ر العدد 56.
- 23- المرسوم التنفيذي 97/04 المؤرخ في 01/04/2004، المتضمن إنشاء المدينة الجديدة بوغزول، ج.ر العدد 20.
- 24- المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 97/04، السالف الذكر.
- 25- القانون رقم 02/10، السالف الذكر، ص 69.

## الممهلات وعلاقتها بحوادث المرور في المنظرين القانوني والشرعي

د. يحيى شراد - أستاذ محاضر قسم - ب -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة لونيبي علي (البلدية 2)

ملخص:

في النقطة الأولى: تكلمت عن موضوع المهملات من حيث التعريف بمصطلحاتها، ثم تكلمت عن الجانب القانوني الذي ينظم بناء هذه المهملات، التي أصبحت توضع في أماكن غير لائقة، وبأشكال غير قانونية، من طرف أشخاص غير مؤهلين، وتتسبب يوميا في خسائر معتبرة في الأرواح والأموال.

في النقطة الثانية: ناقشت حصيلة دراسة ميدانية أجرتها المديرية العامة للحماية المدنية، وأخرى قامت بها المديرية العامة للأمن الوطني، فوجدت الحوادث المرورية والخسائر البشرية والمادية تزداد عاما بعد عام، مما يدل على عدم جدوى وسائل الردع التي تنتهجها السلطات الأمنية ضد سائقي السيارات.

وفي الختام ذكرت أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا المقال.

### Résumé en français:

Dans le premier point; je parlais au sujet de ralentisseurs, en termes de la définition de la terminologie, et également j'ai parlé de l'aspect juridique de la construction de ces ralentisseurs, qui sont devenus placés dans des endroits inappropriés, par des personnes non qualifiées, et causer une perte quotidienne de vies et de matériel.

Dans le second point: j'ai discuté les résultats d'une étude de terrain menée par la direction générale de la protection civile, et une étude réalisée par la direction générale de la sécurité nationale, je remarquai que les accidents de la circulation et des pertes humaines et matérielles, continue d'augmenter année par année, ce qui montre la futilité de la dissuasion par les autorités de sécurité contre les conducteurs des voitures.

En conclusion, j'ai mentionné les résultats les plus importants de cet article.

الكلمات المفتاحية: المهملات العشوائية - حوادث المرور - المهملات القانونية.

## مقدمة:

**1- التعريف بموضوع المقال:** إن المهلات تنقسم إلى نوعين؛ نوع قانوني ونوع عشوائي، وهذا الأخير هو: تلك المهلات غير القانونية التي توضع من طرف أشخاص غير معنيين وغير مؤهلين من أجل بنائها، حيث يقومون بوضعها في أماكن لا تصلح أن توضع فيها، ويتخذون في بنائها أشكالاً مختلفة المقاييس والأحجام ومن مواد مختلفة، خلافاً لما ينص عليه القانون.

وهذه المهلات *les ralentisseurs* أو "الدودانات"، كما يسميها العوام تأثراً باللغة الفرنسية التي يستعملها الفرنسيون في لغتهم المتداولة بينهم "*les dos-d'ânes*". فإن المتقل في ربوع الجزائر، سواء في مداشرها أو قراها أو في مدنها الصغيرة منها والكبيرة، وحتى في الفضاء الخالي من السكان بين تلك المداشر والقرى أو بين تلك المدن، أكيد سيعيش أزمة نفسية حقيقية لما يحدث له من متاعب كثيرة، وما يقع من حوادث خطيرة يراها هنا وهناك، لعل السبب الرئيس في وقوعها هو تلك المهلات غير القانونية، التي توضع هنا وهناك بطرق عشوائية وغير عقلانية.

**2- إشكالية الموضوع:** في هذا المقال أريد معالجة مشكلة خطيرة تتعلق بالأسباب المباشرة وغير المباشرة لوقوع الحوادث المرورية عبر الطرق العمومية، والتي أرى بأنها تتمثل في بناء تلك المهلات العشوائية، المنتشرة تبعاً لأهواء واضعبيها، خلافاً لما ينص عليه القانون، وبناء عليه لا بد من طرح تساؤلات الإشكالية التالية:

(أ) ما هي المهلات القانونية؟، وما هي المهلات العشوائية؟، وما علاقتها بحوادث المرور؟

(ب) وهل هناك قوانين تنظم هذه المهلات، وأخرى جزائية رادعة للمخالفين؟

(ج) وهل الوسائل الردعية المفروضة على السائقين، قللت من حوادث المرور أم لا؟ وسأحاول الإجابة عن تساؤلات هذه الإشكالية بالقدر المستطاع، وذلك فيما يلي:

## المطلب الأول: المهلات القانونية والعشوائية

حتى يمكننا التفرقة بين المهلات القانونية والعشوائية حقيقة، يتطلب مني التعرض لتعريف كلا النوعين؛ من الناحية اللغوية والقانونية.

الفرع الأول: تعريف المهلات لغة وقانوناً.

**1- تعريف المهلات لغة:** [المهلات: ج، مفرداً مهمل]، وممهل السرعة؛ يعني خفض لها، والمهّل والمهّل والمهّلة كله السّكينة والتّؤدّة والرّفق، وأمّهله أنظره ورّفق به ولم

يعجل عليه، ومَهْلَه تَمْهِيلًا أَجَلَه وَالِاسْتِمْهَالُ الْاسْتِنْظَارُ، وَتَمْهَلُ فِي عَمَلِهِ أَتَادَ وَكُلُّ تَرْفُوقٍ تَمْهَلٌ<sup>1</sup>.

قال الله ﷻ: { فَمَهَلِ الْكَافِرِينَ أَهْلَهُمْ رُويدًا }<sup>2</sup>.

أي أَخْرَهُمْ، وَلَا تَسْأَلِ اللَّهَ تَعْجِيلَ إِهْلَاكِهِمْ، وَارْضُ بِمَا يَدْبِرُهُ فِي أُمُورِهِمْ<sup>3</sup>.  
ثم نسخت آية الإمهال بآية السيف، التي جاء فيها قوله ﷻ: { فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ }<sup>4</sup>. و"أمهلهم": أي أنظرهم، ومهله تمهيلة، والاسم: المهلة. والاستمهال: الاستنظار. وتمهل في أمره أي أتاد. ويقال: مهلا يا فلان؛ أي رفقا وسكونا. "رويدا" أي قريبا؛ وعند ابن عباس وقتادة: قليلا. والتقدير: أمهلهم إمهالا قليلا.<sup>5</sup>

**2- تعريف المهلات قانونا:** المهلات القانونية هي: التي لا بد أن تأخذ في بنائها؛ شكل طبيعي "حدبة" بعير<sup>6</sup> بعير<sup>7</sup>، أو شكل هندسي "شبه منحرف"<sup>8</sup>، والتي لا يمكن بناؤها إلا من طرف أعوان مؤهلين مهنيا، ومعينين من قبل السلطات المحلية المعنية بالأمر، ويتم بناؤها بواسطة الخرسانة الزفتية أو الخرسانة الاسمنتية<sup>9</sup>.

أما مقاييس المهلات؛ بالنسبة للممهل الذي يكون على شكل طبيعي "حدبة بعير bosses de chameau"، أو شكل هندسي "شبه منحرف trapézoïdal"، حسب ما جاء في ملحق القرار المؤرخ في 09/04/2006م، المنشور بـ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد 27، بتاريخ: 26/04/2006م، الذي أشارت إليه المادة: الثالثة منه<sup>10</sup>، بأن يبدأ تحميل الممهل بـ 5م، ثم يستمر في الارتفاع مسافة مترين، ليكون عند ارتفاع وسط الحدبة 10سم، ثم يستمر في الهبوط مسافة مترين لينتهي بـ 5م، فيكون بذلك: (مقياس عرض الممهل 4م، يكون في نقطة البداية بـ 5م، ويكون في نقطة الوسط بـ 10سم، ويكون في نقطة النهاية بـ 5م)<sup>11</sup>، وهذا هو الوضع القانوني لبناء المهلات.

لكن للأسف الشديد فإن هذه المقاييس القانونية، لا نجد لها أثرا في واقع المهلات، التي نسير عليها مئات المرات يوميا إلا القليل جدا، وهي متناثرة في عدد من المدن هنا وهناك، وإذا ما أردنا أن نعرف النسبة المئوية للمهلات القانونية، من بين المهلات العشوائية، فإننا لا نجافي الصواب، إذا ما قدرناها بـ 5% فقط، وهي نسبة ضئيلة جدا لحد لا يطاق.

وعليه يبدو أن السلطات الولائية والبلدية، في جميع أنحاء الوطن، ودون استثناء، إلى حد الآن، لم تقم بالسهر على تنظيم هذه المهلات بجدية طبقا للقانون، وتركت الأمر هملا دون رقيب ولا حسيب، لأن حتى بعض الولايات التي حاولت تنظيم هذه المهلات في بعض الجهات من تراها الإقليمي كبلدية غرداية مثلا: والتي نظمت وسط المدينة بممهلات

قانونية، فإننا نجد بعض البلديات خارج المدينة الولائية مهمة، وكأن الكثير من البلديات لا تعنيها مثل هذه القوانين، إذا علمنا أن القوانين المنظمة للمهلات بدأت تصدر في الجرائد الرسمية للجمهورية الجزائرية قبل سنة 2005م، ونحن الآن في سنة 2017م، ولم تطبق ولم تحترم من طرف السلطات المعنية، فبماذا نفسر مثل هذه الوضعية، أهو عصيان أم ماذا؟، فالقانون في دولة القانون يجب أن يحترم، لما يصدر في الجريد الرسمية، بعد يوم واحد يصبح ساري المفعول، ويجب تطبيقه على الجميع، وفي كامل التراب الوطني، وإلا فالدولة سيحكمها إذن قانون الغاب<sup>12</sup>.

### الفرع الثاني: التعريف بالمهلات العشوائية وأضرارها.

لمعرفة حقيقة هذا النوع من المهلات غير القانونية التي يتم وضعها من طرف أناس غير مؤهلين، والتي لا تمت بأية صلة للقوانين التي سنتها الدولة، بهدف سلامة المواطنين، وليس الفتك بأرواحهم وتحطيم سياراتهم، يجب أن أتكلم عنها بشيء من التوضيح، للتعريف بها في النقطة (1)، وعن الأضرار البشرية والخسائر المادية، التي تتسبب فيها في النقطة (2)، وهذا فيما يلي:

**1- إن المهلات العشوائية "les dos-d'ânes": هي:** تلك المهلات غير القانونية التي توضع من طرف أشخاص غير مؤهلين، وغير معنيين ببنائها، حيث يقومون بوضعها في الأماكن غير اللاتقة، وغير المدروسة حسب القوانين المتعلقة بها، وبذلك فهي تشكل خطرا كبيرا على السلامة المرورية، إذ تهدد حياة المواطنين وممتلكاتهم بالأخطار في كل لحظة، حيث يتخذون في بنائها أشكالا مختلفة المقاييس والأحجام ومن مواد مختلفة كذلك، خلافا لما تنص عليه قوانين الدولة الجزائرية<sup>13</sup>.

حيث يقول الأستاذ: "بلقاسم حوام"<sup>14</sup>، ( تحولت المهلات أو "الدودانات" في الجزائر إلى مرادفٍ للفوضى والعشوائية عبر الطرقات، وأصبحت هاجسا يوميا لأصحاب المركبات الذين ينامون ويستيقظون على ممهلات جديدة، توضع بطريقة انفرادية وعشوائية من طرف المواطنين، ما يجعلها تتسبب في كوارث وحوادث بالجملة، فلاهي بنيت بالطريقة الصحيحة ولا توجد أي إشارة للدلالة عليها، كما أنها لا تتوفر على الطلاء الأبيض، ما يجعل رؤيتها صعبة، بل منعقدة في الليل، ما حوّلها إلى مصدر لحوادث مرور مميتة ومصدر لإتلاف وتكسير السيارات)<sup>15</sup>.

ويضيف في نفس السياق؛ أن السيد "سليم قاسمي"<sup>16</sup>، أكد أنه قدم مراسلات متعددة لوزارة النقل، قصد الوقف الفوري للبناء العشوائي للمهلات، التي شوّهت شوارع

وطرقات الجزائر، مضيفا أن أغلبها توضع في الطرق البلدية داخل المدن من طرف المواطنين بهدف إرغام السائقين على التقليل من السرعة، كما تأتي أيضا كرد فعل لبعض العائلات التي تعرض أحد أفرادها للوفاة بسبب صدمة من طرف سيارة أو شاحنة في الطرقات البلدية أو الولاية<sup>17</sup>.

حيث أوضح السيد: سليم قاسمي، بأن المرسوم الوزاري المشترك حدد بالتفصيل المقاييس التي يجب أن تتوفر في إنجاز الممهلات، بداية بالمواد المستعملة، التي يجب أن تكون من المطاط أو الزفت، بالإضافة إلى الارتفاع الذي يجب أن لا يتعدى 10 سم والعرض الذي يتراوح بين متر ونصف وأربعة أمتار، بالإضافة إلى وجوب وجود إشارتين، الأولى تنبيهية على مسافة 50 أو 30 متراً قبل الممهلة، والثانية موقعية أمام الممهلة التي يجب أن تطل بلون مميز لإظهارها في الليل<sup>18</sup>.

مضيفا بأن 90% من البلديات لا تحترم هذه المقاييس، بإنجازها لممهلات أشبه بالحواجز المانعة للسير، لأن بعض السيارات لا تستطيع حتى أن تمر فوقها إلا بعد خدش بعض الأجزاء السفلية للمركبة، ما جعل هذه الممهلات محل انتقاد وتذمر شديدين لدى السائقين، وأغلب المواطنين، مشيرا إلى هذه الوضعية التي تشوه جمال المحيط والطرقات والشوارع<sup>19</sup>.

ويتضح للوهلة الأولى، أن السيد: "سليم قاسمي"، وهو يتكلم عن هذه الممهلات العشوائية، كان اهتمامه بالأساس، منصبا على جمال المحيط، وعدم تشويه شوارع وطرق الجزائر فحسب، بغض النظر عما تسببه من خسائر مادية وبشرية، وإلا كان أشار إليها هي أيضا في سياق حديثه لأنها الأهم، وربما قد يكون آله ذلك مثل باقي المواطنين، ولكن لم يفصح عنه لسبب ما، وأثر ذكر تشويه جمال المحيط فقط.

حيث إن المحافظة على جمال المحيط من التحسينات، هو مطلب حضاري وقانوني وشرعي أيضا، بالأخص في عصرنا هذا الذي نعيشه بين الأمم المتقدمة، فهو يدل بلا ريب على الرقي والازدهار، والمشرع قد سن العديد من القوانين في هذا الجانب، وأيضا ديننا الحنيف يحث دائما على النظافة والجمال، لأن الله جميل يحب الجمال، كما جاء في الحديث الشريف: {... عن عبد الله بن مسعود<sup>20</sup> عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يدخل الجنة من كان في قلبه مثقال ذرة من كبر"، قال رجل: إن الرجل يجب أن يكون ثوبه حسنا ونعله حسنة، قال: "إن الله جميل يحب الجمال، الكبر بطر الحق وغمط الناس" }<sup>20</sup>، والله <sup>عز وجل</sup> يحب كذلك أن يرى أثر نعمته على عباده، كما جاء في الحديث الشريف: {... عن أبي هريرة، رفعه "إن الله

يجب أن يُرى أثر نعمته على عبده" <sup>21</sup>، أما المحافظة على الأنفس والأموال فهي من الضروريات الخمس <sup>22</sup>، وحفظ الضروريات مقدم شرعا على حفظ التحسينيات <sup>23</sup>.

2- أما عن الأضرار المنجزة عن وضعية هذه الممهلات العشوائية، فيمكن حصرها في نوعين من الأضرار؛ أحدهما جسماني يتعلق بالمسافرين، والآخر مادي يتعلق بالمركبات التي تقل المسافرين وتنقل البضائع، وفي هذا المقال يكفي أن أذكر عينتين فحسب، ولنقس عليهما:

**النوع الأول: الأضرار الجسمانية؛** بودي التكلم في هذه العينة عن الأضرار الجسمانية والنفسية التي تلحقها الممهلات العشوائية بالركاب والمسافرين، وخاصة كبار السن والنساء الحوامل، حيث أكدت الدكتورة/ سمية بوصيف <sup>24</sup>، أنها عادة ما تنصح النساء الحوامل بتجنب استعمال الطرقات قدر الإمكان، لاحتوائها على ممهلات مرتفعة كثيرا تجعل المركبة تهتز بشدة للأعلى والأسفل ثم اليمين والشمال في نفس الوقت، مما قد يتسبب في سقوط الجنين، مثلما حدث لبعض النساء، خاصة إذا كانت المرأة جالسة في مؤخرة الحافلة، واستغربت المتحدثة صمت السلطات الوصية أمام الانتشار الفطري للممهلات العشوائية، التي تحولت إلى خطر كبير على الصحة العمومية، ما يستدعي إرادة حقيقية لإصلاح الأوضاع والحفاظ على صحة وحياة المواطنين وسلامتهم <sup>25</sup>.

ومثل هذه الأضرار المذكورة، فهي تكون أثناء السير العادي للمركبات فقط، بعيدا عن حوادث المرور، أما إذا وقع حادث مروري إذا قدر الله، فحدث ولا حرج عن الأضرار الجسمانية والمادية والنفسية المعتبرة، التي تصيب شريحة عريضة من المواطنين الأبرياء.

**النوع الثاني: الأضرار المادية؛** أما عن الأضرار المادية التي تلحقها الممهلات العشوائية بالسيارات، فإن المسافر داخل الجزائر من شرقها إلى غربها ومن جنوبها إلى شمالها، فسيرى العجب، وسيصادف حوادث مرعبة تفوق الخيال، وسيارات محطمة بالكامل، أما عن السيارات الناجية من الحطام، فيؤكد لنا السيد: "مزيان شميل" <sup>26</sup>، بأن القانون يسمح بوضع "الممهلات ذات المواصفات القانونية" <sup>27</sup>، لحث صاحب السيارة على التخفيف من سرعتها، وليس التوقف النهائي <sup>28</sup>، على عكس "الدودانات" العشوائية التي ترغم السائق على التوقف التام، بهدف المحافظة على سيارته، وإن هذه "الدودانات" بشكلها الموجود في الجزائر، تساهم في إنقاص العمر الافتراضي للعديد من أجزاء السيارة، في مقدمتها ممتص الصدمات، ونظام الفرملة، بالإضافة إلى التأثير السلبي على علبة السرعات والمحرك، وأضاف أنه استقبل في ورشته عددا كبيرا من السيارات، التي تعرضت إلى أضرار بالغة على مستوى ممتص الصدمات وموجه العجلات، بسبب تعرضها إلى صدمة قوية مع الممهلات المرتفعة في

حجمها، أو التي تكون غير مرئية بسبب الظلام، ما يجعلها العدو الأول للسيارات في الجزائر<sup>29</sup>.

ويتضح إن مثل هذه الممهلات منافي لأحكام القانون الجزائري، المنشور في الجرائد الرسمية المذكورة أعلاه<sup>30</sup>، كما هو منافي أيضا لأحكام الشريعة الإسلامية، التي من ضرورياتها الخمس المحافظة على النفس والمال<sup>31</sup>.

وعليه يبدو مما تدارسناه أنفا؛ إن هذه الممهلات العشوائية يستنكرها المجتمع الجزائري وإنها في أحسن أحوالها تجلب له المتاعب والانزعاج، وفي أسوأ أحوالها تتسبب له في الموت المؤكد أو الإعاقة الدائمة للكثير من المواطنين، وتحطيم الكثير من السيارات.

وعليه يجب على كل مسؤول أن يعي المسؤولية الملقاة على عاتقه، وأياها رئيس بلدية أو والي ولاية، يقع في دائرة إقليمه حادث مرور مرووع للمواطنين، ويكون سبب هذا الحادث ممهلا عشوائيا، أو طريقا مهترئا اهتراء فادحا، يجب أن يُسأل عنه قانونا أمام العدالة، لجر الضرر الذي يلحق بالضحايا، وهو مسؤول أيضا أمام الله يوم القيامة، كما جاء في الحديث الشريف: {... عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "كلكم راع ومسؤول عن رعيته فالإمام راع وهو مسؤول عن رعيته والرجل في أهله راع وهو مسؤول عن رعيته والمرأة في بيت زوجها راعية وهي مسؤولة عن رعيته والخادم في مال سيده راع وهو مسؤول عن رعيته قال: سمعت هؤلاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحسب النبي صلى الله عليه وسلم قال: والرجل في مال أبيه راع وهو مسؤول عن رعيته، فكلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته"}<sup>32</sup>.

وبالمقارنة مع دول أخرى غير مسلمة ولكنها تحترم المواطن وتحترم القانون، كفرنسا مثلا: - التي كثيرا ما يتأثر المشرع الجزائري بتشريعاتها فيقتبس منها- فهي أيضا عندها نفس المشكل في تنظيم "الممهلات les ralentisseurs"، حيث أطلعنا الصحافية الفرنسية: ("آن-كلود مارتين anne-claud martin" من جريدة - لوفيقارو. fr lefigaro) <sup>33</sup>، على معاناة السائقين الفرنسيين مع الممهلات العشوائية، ولكن نجدهم أحسن حالا من الجزائريين، فهم على الأقل يُعَوِّضون في حالة وقوع خسائر بشرية أو مادية تنجم عن استعمال الطريق مهما كان السبب، ومنها "الممهلات العشوائية"، فالتشريع الفرنسي يلزم رؤساء البلديات بالتعويض لأصحاب السيارات عن الخسائر الناجمة بسبب الطرقات المهترئة، أو بسبب الممهلات العشوائية، التي لا تحمل المواصفات القانونية، وهذا ما يجب على المشرع الجزائري التفتن إليه وإدراجه في قانون العقوبات ليتحمل الكل مسؤوليته أمام القانون، كي يكون هذا القانون من

جهة أولى: رادعا للمسؤولين الذين لا يقومون بأداء مهامهم على أحسن حال، ومن جهة ثانية: حتى لا تضيع حقوق ضحايا حوادث الطرقات، بسبب عدم معرفة المسؤول المدني من الناحية القانونية<sup>34</sup>.

### المطلب الثاني: المهلات العشوائية وحوادث المرور

بودي في هذا المطلب أن أشخص الداء وأبحث له عن دواء، وذلك بسرد بعض الوقائع التي حدثت وتحديث يوميا للمواطن الجزائري بسبب هذه المهلات وخاصة العشوائية، وذلك في الفرع الأول، ثم نتكلم بلغة الأرقام، بواسطة حصيلة ميدانية قدمتها المديرية العامة للحماية المدنية، من خلال عملها العادي عن حوادث المرور، وأخرى مماثلة ولكنها أكثر دقة، قدمتها المديرية العامة للأمن الوطني، فهي محصورة في سنوات معينة وفي جدول يبين لنا الزيادة بالنسب المئوية، وهذا في الفرع الثاني:

#### الفرع الأول: معاناة الشعب الجزائري بسبب المهلات العشوائية.

إن المواطن الجزائري وهو يتنقل بسيارته في ربوع الوطن، يتعرض في غدوه ورواحه لمعوقات كثيرة تجعله غير آمن على حياته وعلى مركبته، وسبب ذلك يعود إلى الحواجز التي توضع في طريقه، وهذه المهلات التي توضع في طريق الناس تنقسم في شكلها إلى نوعين؛ نوع نجده مطابقا للمقاييس القانونية، ولا يشكل أي خطر على المسافرين، وهو ما أسميه في هذا المقال بـ"المهلات القانونية"، ونوع آخر غير مطابق للمقاييس القانونية، وهو يشكل خطرا حقيقيا على المسافرين ومستعملي الطرقات، فيتسبب في إزهاق الأرواح وتحطيم المركبات، وهو ما يسمى بـ"المهلات العشوائية"<sup>35</sup>.

حيث إن هذه المهلات العشوائية، جعلت أمن المواطنين يتحول إلى رعب وتوتر وقلق معيش يوميا، وهم يمرون عليها حذرين بدرجة السرعة الأولى عند بعض المهلات العشوائية، وبالتوقف التام عند البعض الآخر ليسلموا من أذاها وقد يفاجأ بهذه المهلات الغير معلن عنها مسبقا وما أكثرها، فتكون النتيجة وخيمة إما وفاة الركاب أو جرحهم مع التحطم الكلي أو الجزئي للمركبة، وإن حالف الحظ صاحب السيارة ولم يكن الموت محققا، فسيكون الفرع والهلع والعطب والخسارة واقعين لا محالة، فهذه "المهلات العشوائية" القاتلة أو المسببة للرعب والخسارة، توضع في كل مكان ومن طرف أي أحد ممن يرغب في وضعها، بأحجام وأشكال مختلفة وهي مصنوعة من الحديد، ومن الحصى المزفت ومن الإسمنت المحشو بفتات الحجارة وغيرها، وهي مسلطة على الناس من طرف واضعيها سواء بالقانون أو بغير القانون، لأن الكثير من هواة وضع هذه المهلات القاتلة، أو التي تكون في

أحسن أحوالها مزعجة وسببا في عطب السيارات التي تمر فوقها، فهي في نظري - والكثير من المواطنين يشاطرن الرأي - توحى بنية سيئة للغاية عند وضعها، وبالتالي فهي ممنوعة قانونا لأنها مخالفة للمواصفات القانونية الموصى بها من طرف السلطات العليا في البلاد، وإن الأضرار الناتجة عن هذه الممهلات العشوائية محرمة شرعا وقانونا، ولا بد أن تكون محل تعويض<sup>36</sup>.

حتى لا يكون المواطن الجزائري في همل لا قانون يحميه، من جرائم ترتكب ضده كل حين ببشاعة ووحشية بسبب الممهلات العشوائية، على مرأى ومسمع من السلطات المخول لها حفظ الأمن عبر الطرقات، بدعوى حفظ المارة، ولكن أليس للركاب أيضا مثل هذا الحق<sup>37</sup>؟

### الفرع الثاني: حوادث المرور، أسبابها والوقاية منها.

يبدو إن السائق الجزائري يُجَمَّل دائما المسؤولية الكاملة لوحده، رغم أن له شركاء في المسؤولية، فهو في الكثير من الحالات لا يُحترم في شعوره أثناء السياقة، فهو بشر ومن حقه أن ينصفه المجتمع ولو قليلا، حيث نجده في الطريق الذي يسير فيه مغبون بسبب اهتراء الطريق وامتلائها بالحفر، أو بالممهلات العشوائية المنتشرة بكثرة، وهذا الشيء يسبب له انزعاج نفسي كبير، لأنه يسوق في وضعية غير مريحة، وإذا كان يسير في طريق جيد نوعا ما كالطريق السيارة، فالرادار يترصده في كل حين، وهذا الشيء أيضا يسبب له انزعاج نفسي، لأنه يسوق في وضعية مقلقة وتحت تأثير الخوف، لأن القانون يعاقبه على مخالفة واحدة عقوبات متعددة، مثلا: عن الزيادة في السرعة، يعاقب السائق بعقوبات أصلية هي: سحب رخصة السياقة، وتسديد الغرامة الجزافية، وعقوبات أخرى تبعية هي: حرمانه من استعمال سيارته، إذا كانت مصدر قوت عائلته لمدة شهر أو أكثر، أيضا: التنقل لجلسة الحكم يكلف السائق مصاريف إضافية بسبب الإطعام والإيواء في الفنادق إذا كان بعيدا عن مقر الدائرة التي يحاكم فيها، وأكثر من تسحب منهم رخص السياقة هم مسافرون خارج ولاياتهم، وهذا ما يجعل السائق الجزائري، يحس بالظلم وبالتالي متهور في سياقته، مما جعل حوادث المرور مرتفعة في البلدان العربية أكثر من غيرها بل تحتل المراتب الأولى عالميا من حيث حوادث المرور<sup>38</sup>.

**والسؤال المطروح:** هل الوسائل المختلفة المسخرة لأمن الطرقات، بالأخص منها الإجراءات الوقائية كالممهلات، والإجراءات الردعية كالغرامات المالية، وسحب رخص السياقة ضد السائقين، قللت من حوادث المرور، أم أكثرتها منها؟

والجواب على هذا الإشكال سنعرفه بعد التعرض للدراستين التاليتين:

الدراسة الأولى: تتمثل فيما نشرته جريدة الفجر بقلم الأستاذ: إدريس قديح، حيث شهدت حوادث المرور خلال العشر سنوات ما بين: (1999 و 2008)، ارتفاعا مذهلا حسب حصيلة قدمتها المديرية العامة للحماية المدنية، حيث ارتفع عدد الحوادث من 13516 سنة 1999 إلى 24718 سنة 2008م، وحسب مسؤول بالقطاع، فإن السبب يرجع إلى ارتفاع عدد المركبات إلى جانب الإفراط في السرعة والتجاوزات الخطيرة، وفي عرض تفصيلي تم تسجيل 4984 حادث خلال سنة 1994م تسبب في وفاة 1134 شخصا، ليرتفع بعد ذلك عدد الحوادث خلال الخمس سنوات التالية، حيث تم إحصاء 13516 حادث، أي ما يفوق الضعف إلى جانب تسجيل 1522 حالة وفاة في نفس السنة، أما سنة 2007م فأحصت 21867 حادث مرور، خلف وفاة 2123 شخص خلال سنة 2007م، ورغم حملات التحسيس للحد من إرهاب الطرقات، إلا أن عدد الحوادث سجل ارتفاعا محسوسا خلال السنة الماضية، كما سجلت الخسائر المادية ارتفاعا هي الأخرى، ويأتي ذلك رغم الحملات التحسيسية والقوانين الصارمة، وتكثيف نشاطات أعوان الشرطة المرورية، وأعوان الدرك في مراقبة الطرقات واعتماد أجهزة تحديد السرعة وغيرها من التحركات التي تهدف إلى التقليل من حوادث المرور، إلا أن ذلك لم يجد من الظاهرة التي أصبحت تحصد أرواحا بالآلاف، وتفتح هذه الأرقام الخطيرة المجال، للتساؤل عنم كان السبب وراء ارتفاع عدد الحوادث، أهو ضعف تكوين السائقين؟ أم أنها حالة الطرقات، أم أن الخلل الحقيقي يكمن في انعدام الوعي والإحساس بالمسؤولية<sup>39</sup>؟

الدراسة الثانية: تتمثل في حصيلة نشرتها المديرية العامة للأمن الوطني خلال السنوات التالية حسب الجداول أدناه<sup>40</sup>:

أ) سنة 2012م ومقارنتها بسنة 2011م

التعيين	سنة 2011	سنة 2012	الفارق	النسبة
عدد الحوادث	18467	17170	-1297	-07,02%
عدد الجرحى	21425	20266	-1159	-05,41%
عدد القتلى	767	710	-57	-07,43%

## ب) سنة 2013 م ومقارنتها بسنة 2012 م

التعيين	سنة 2012	سنة 2013	الفارق	النسبة
عدد الحوادث	17170	17363	193+	1,12%+
عدد الجرحى	20266	20462	196+	0,96%+
عدد القتلى	710	792	82+	11,54%+

## ج) سنة 2014 م ومقارنتها بسنة 2013 م

التعيين	سنة 2013	سنة 2014	الفارق	النسبة
عدد الحوادث	17363	17383	20+	00,12%+
عدد الجرحى	20462	20717	255+	01,25%+
عدد القتلى	792	828	36+	04,55%+

## د) عينة من سنة 2015 م

التعيين	من 02 إلى 08 / 2015	من 09 إلى 15 / 2015	الفارق	النسبة
عدد الحوادث	262	267	05+	01,90%+
عدد الجرحى	304	314	10+	03,29%+
عدد القتلى	03	13	10+	333,33%+

أما في سنة 2016 م، فإن الوسائل الردعية التي قامت بها مجموعات الدرك الوطني، ضد سائقي السيارات ومركبات نقل المسافرين والبضائع، قد بلغت رقما خياليا. حيث وضعت قيادة الدرك الوطني خلال سنة 2016 م عدة إجراءات وقائية، ووسائل حديثة من خلال توفير 571 رادار، يعمل بالنظام الثابت للحد من حوادث المرور. وفي هذا الإطار، أكد "العقيد محمد تريكي"<sup>41</sup> اليوم الثلاثاء: 28/02/2017 م، خلال عرضه لحصيلة حوادث المرور ونشاط أمن الطرقات لوحات الدرك الوطني خلال سنة 2016 م، أن وحدات الدرك الوطني تدعمت بوسائل عمل جديدة للتقليص من حوادث المرور، خاصة عبر الطرق والنقاط التي تعرف حركة مرور كبيرة. وبخصوص تعزيز مجال التوعية والتحسيس، ذكر المسؤول ذاته أنه تم في سنة 2016 م تسجيل أزيد من 160 ألف نشاط تحسيسي ووقائي، في مجال السلامة المرورية، مشيرا إلى إطلاق مشروع "الدركي الرقمي" المزود بوسائل تكنولوجية حديثة لتقديم "خدمة نوعية و متميزة في الميدان تتماشى مع متطلبات العصر في مجال الوقاية المرورية.

وبخصوص المجال الرديعي، فقد قُدِّرت القيمة المالية للغرامات الجزافية المسددة من طرف مرتكبي المخالفات المرورية خلال سنة 2016م بـ 3 ملايين دج. وتم أيضا تسجيل أزيد من 200 ألف جنحة، وأزيد من 855 ألف مخالفة، ارتكبت من طرف سائقي مركبات نقل البضائع والمسافرين، بالإضافة إلى سحب 1.657.000 رخصة سياقة<sup>42</sup>.

**الخاتمة:**

يتضح من خلال ما تدارسناه أنفا، بحثا عن سبب ارتفاع حوادث المرور، وخاصة ما لاحظناه من حصيلة المديرية العامة للحماية المدنية لعشر سنوات، ممتدة من سنة: 1999 إلى 2008م، وكذا من حصيلة المديرية العامة للأمن الوطني لخمس سنوات ممتدة من سنة: 2011 إلى 2015م، وأخيرا ما نشرته قيادة الدرك الوطني كحصيلة وقائية وردعية، خلال سنة 2016م، تؤكد لي بأن السبب الرئيس في ارتفاع هذه الحوادث المرورية المرعبة هو الجهل الأعمى للكثير من السائقين وعدم أهليتهم للسياسة، لأن من يعلم بالخطر المميت لا يقبل عليه، ولنضرب مثلا عن العلم الحقيقي بخطر الهلاك، هل لأحد من الناس، إذا فرضنا أنه يعلم يقينا لو تجاوز بسيارته سيارة أخرى في منعرج خطير، سيتقابل حتما مع شاحنة في مواجهته، وستدوسه وستحطم سيارته تماما وسيموت لا محالة أو يتعوق مدى الحياة، هل سيقدم على هذا التجاوز الخطير المميت؟ والجواب أكيد لا، لأن من يقوم بذلك أو يقدم عليه هو المتهور في السياسة، والجاهل بعواقب تهوره فقط.

أما السبب الثاني الذي لا يقل خطورة عن الأول فهو تلك الممهلات العشوائية التي تبنى في كل مكان وبكثرة، خلافا لما ينص عليه قانون الدولة الجزائرية وينظمه. وعليه فالجاهل بأخلاقيات السياسة، وبتطبيق القانون عند بناء الممهلات، وبأخطار الطريق، وبالقانون والشرع، هو السبب الرئيس في زيادة ارتفاع حوادث المرور بأفعاله المخالفة للقانون.

ولهذا فلا ينفع الردع المادي والمعنوي، ما لم يتعلم السائق أخلاقيات السياسة، ويؤهل تأهيلا علميا أكاديميا، فالسائق الجزائري جاهل من حيث إتقان فن السياسة، وأنه لم يتلق تكويننا ملثما يؤهله لقيادة السيارات، فهو لا يعلم أخطار الطريق حقيقة، ولا يعلم أن القوانين ستسلط عليه إن ارتكب مخالفة أو جرما، ويعلم فقط كيف يجلس خلف المقعد ويحرك السيارة وبأن شركة التأمين ستحمي سيارته من الخسائر المادية، ولا يعلم علم اليقين، أنه إذا تعرض لحادث مرور ما، ربما ستصيبه الموت أو الإعاقة الدائمة، ولا يعلم علم اليقين

أن من يكون هو سببا في جروحهم أو موتهم سيحاسب عنهم يوم القيامة أمام الله ﷻ، وربما كانوا سببا في دخوله إلى نار جهنم حتى لو صلى وزكى وصام وحج البيت، وهو كذلك لا يعلم يقينا أنه بتهوره في نشوة السياقة بسرعة غير مسموح بها في مكان معين، ويصادف أن يرتكب حادث مرور، يتسبب في قتل الغير، سيكون قتله عمدي شرعا، وربما هذا الغير له أولاد قصر يعيلهم وليس لهم غيره إلا الله، فيأتي هو برعونته ويقضي عليه فيموت ويترك أولادا جياعا عراة يبكون ويشتكون قاتل أبيهم إلى الله، فكيف له من الله يوم القيامة وهو يحاسبه عن قتل هذا الرجل وعن أبنائه الذين تسبب في تركهم يتامى لا معيل لهم يتكففون الناس؟

### النتائج المتوصل إليها:

1- لا بد على السلطات من إيجاد الحل الأمثل لمعالجة هذه الظاهرة وتطبيق القانون بصرامة على المخالفين للقانون في بناء هذه الممهلات، وتجعل بنائها من اختصاص البلديات فقط، طبقا للمراسيم التنفيذية والقرارات التنظيمية الصادرة في هذا الشأن، وتدرج جرائم الممهلات العشوائية صراحة ضمن قانون العقوبات، وتحمل البلديات المخالفة مسؤولية الحوادث المنجزة عنها.

2- يجب على الدولة أن تفتح مدارس تأهيلية خاصة بتعليم فنون السياقة تعليما أكاديميا، يتلقى فيها السائقون العلم التقني للسيارات، والعلم النفسي لأخلاقيات السياقة، والعلم القانوني ليعلم من خلاله جرائم المخالفات والجنح والجنايات وما يترتب عن كل جرم من عقاب، والعلم الشرعي ليعلم أنه إذا نجا في الدنيا من جرم ارتكبه في حق الغير وفر هاربا فإن الله سيحاسبه يوم القيامة حسابا عسيرا.

2- لا تسلم رخصة السياقة إلا بعد استيفاء شروط دقيقة تكون مدروسة من قبل خبراء، حتى يكون حاملها أهلا لها من جميع النواحي؛ العقلية، العلمية، الأخلاقية، القانونية، الشرعية، وحيث لا نحتاج إلى بذل الكثير من الجهد من طرف قوات الأمن والدرك ووسائل الردع، فالكل سيكون مسؤولا عن نفسه بنفسه، سيردعه ضميره في كل حين، وستقل الحوادث وستهدأ النفوس وتطمئن، ولا نحتاج إلى ممهلات ولا إلى إدارات وسيبقى تنظيم المرور سهلا على الجميع، الكل يعلم ماله وما عليه.

## الهوامش:

- 01- انظر: أبا الفضل جمال الدين ابن منظور - لسان العرب - تحقيق عبد الله علي الكبير ومن معه - دار المعارف، القاهرة - مج6 - دط والسنة - ص 4289.
- 02- سورة الطارق - الآية: 17.
- 03- انظر: أبا عبد الله محمد القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - تحقيق: هشام سمير البخاري - دار عالم الكتب - الرياض، المملكة العربية السعودية - مج 20 - دط - سنة 2003م - ص 12.
- 04- سورة التوبة - من الآية: 4.
- 05- انظر: أبا عبد الله محمد القرطبي - الجامع لأحكام القرآن - المرجع نفسه والصفحة.
- 06- راجع: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - عدد 27 بتاريخ: 26/04/2006م - قرار وزاري - مؤرخ في: 09/04/2006م - ص 22.
- 07- انظر: ابن منظور - لسان العرب - المرجع نفسه - ص 311. ش: البَعِيرُ الجَمَلُ، والجمع أَبْعَرَةٌ في الجمع الأقل، وأبَاعِرٌ وَأَبَاعِيرٌ وَبُعْرَانٌ وَبِعْرَانٌ، قال ابن بري: أَبَاعِرٌ جمع أَبْعَرَةٍ وجمع بَعِيرٍ وَأَبَاعِرٌ جمع الجمع وليس جمعاً لبعير، قال الجوهري والبعير من الإبل بمنزلة الإنسان من الناس، يقال للجمع بَعِيرٌ وللناقة بَعِيرٌ، قال: وإنما يقال له بعير إذا أجدع، يقال رأيت بعيراً من بعيد ولا يبالي ذكراً كان أو أنثى.
- 08- راجع: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - المرجع نفسه - ص 23.
- 09- انظر: المادة: 2 - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - المرجع نفسه - ص 20.
- 10- المرجع نفسه والصفحة.
- 11- راجع: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد 27 - المرجع السابق - ص 23.
- 12- قانون الغاب يعني: تحكم القوي في الضعيف، واستخدام القوة دون الرجوع إلى القانون، راجع: أحمد مختار عمر ومن معه - معجم اللغة العربية المعاصرة - عالم الكتاب، للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة - ط 1 - سنة 2008م - ص 1864.
- 13- راجع: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد 27 - المرجع السابق - ص 20 إلى 23. انظر أيضاً: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد 18 - بتاريخ: 02/04/2008م - قرار وزاري مشترك - بتاريخ: 10/07/2007م - المواد: من 01 إلى 09 - ص 23.
- 13 مكرر- انظر أيضاً: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد 84 - بتاريخ: 29/12/2005م - مرسوم تنفيذي رقم: 05 - 499 - المواد من 01 إلى 12 - ص 25 و 26.
- 14- بلقاسم حوام، هو: كاتب صحفي - جريدة الشروق اليومي - الجزائر.

- 15- انظر: بلقاسم حوام - مقال منشور في الشروق أونلاين <http://www.echoroukonline.com/ara> - بعنوان: "الدودانات" العشوائية دولة داخل دولة - بتاريخ: 28/09/2013م - تاريخ الاطلاع: 19/06/2015م.
- 16- سليم قاسمي، هو: رئيس الجمعية الجزائرية للسلامة المرورية.
- 17- انظر: بلقاسم حوام - مقال منشور في الشروق أونلاين - المرجع السابق.
- 18- راجع: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد: 27 - المرجع السابق - ص. 23.
- 19- راجع: بلقاسم حوام - مقال - المرجع نفسه.
- 20- انظر: مسلم بن الحجاج - صحيح مسلم - مراجعة محمد فؤاد عبد الباقي - دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان - سنة 1954م - ح رقم: 91.
- 21- انظر: أحمد بن حنبل - مسند الإمام أحمد (مسند أبي هريرة) - ج13 - دط والسنة - ح رقم: 8107 - ص468.
- 22- انظر: علي بن محمد الأمدي - الإحكام في أصول الأحكام - تعليق عبد الرزاق عفيفي - دار الصميعي للنشر والتوزيع - ط1 - ج3 - سنة 2003م - ص243.
- 23- راجع: أبا حامد الغزالي - المستصفى من علم الأصول - دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان - ج1 - ط1 - دس - ص217.
- 24- سمية بوصيف، هي: صاحبة عيادة لأعراض النساء والتوليد - بلدية مفتاح، ولاية بالبلدية.
- 25- راجع: بلقاسم حوام - مقال - المرجع نفسه.
- 26- مزيان شميل: هو ميكانيكي محترف، وصاحب ورشة ميكانيكية في الكاليتوس بالعاصمة.
- 27- راجع: المادة: 2 من القرار الوزاري - المؤرخ في: 09/04/2006م - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد: 27 - المرجع السابق.
- 28- وهو يشير طبعا إلى ما جاء في القانون الجزائري - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية - العدد 27 - المرجع السابق - ص. 23.
- 29- راجع: بلقاسم حوام - مقال - المرجع نفسه.
- 30- راجع: الجرائد الرسمية: الأعداد: 18، 27، 84، المذكورة بالتفصيل أعلاه.
- 31- انظر: علي بن محمد الأمدي - الإحكام في أصول الأحكام - المرجع السابق - ص343.
- 32- انظر: محمد بن اسماعيل البخاري - صحيح البخاري - دار ابن كثير اليمامة، بيروت - مراجعة مصطفى ديب البغا - ج2 - ح رقم: 2278 - دط - سنة 1987م.
- 33- Anne-Claud Martin - Un tiers des dos d'âne seraient non conformes

le figaro.fr/automobile/2013 - publie le 07/10/2013 : راجع :

حيث تقول :

Un tiers des dos d'âne seraient non conformes - Sur 300 ralentisseurs examinés à Paris et en province par le magazine Auto Plus, un tiers ne serait pas conforme à la législation.

Trop haut, trop raide ou pas signalé, le dos d'âne est critiqué. Selon le magazine auto Plus, un tiers des ralentisseurs en France ne seraient pas conformes à la législation française. Les chiffres sont sans appel. Sur les 300 ralentisseurs passés au crible dans 23 villes de France, 18% sont considérés comme trop hauts, trop raides ou trop courts, 32 % sont mal ou pas du tout signalés et 22% sont implantés au mauvais endroit.

Apparu dans les années 90, le ralentisseur est l'un des équipements les plus efficaces pour limiter la vitesse des automobilistes en agglomération. Avec l'essor des zones à 30 kilomètres/heure et des zones de rencontre, en 2008, il est devenu un moyen privilégié par les municipalités pour «casser la vitesse.»

"C'est avant tout la vitesse des automobilistes qui doit être mise en cause" réagit le Centre d'étude sur les réseaux, les transports et l'urbanisme (Certu). En effet, bien souvent la limitation à 30 kilomètres/heure n'est pas respectée.

#### **Une législation pourtant stricte:**

Qu'il s'agisse du dos-d'âne classique ou du ralentisseur trapézoïdale, un plateau surélevé avec un passage pour piétons, les normes sont strictes. Celles-ci sont régies par un décret de 1994 relatif aux caractéristiques et aux conditions de réalisation des ralentisseurs. Ainsi, sa longueur, sa largeur et sa hauteur sont clairement définis. Par exemple, un ralentisseur ne doit pas dépasser onze centimètres de hauteur. Au delà, il y a des risques pour le véhicule et pour la sécurité routière. De même, la signalisation des ralentisseurs et le marquage au sol sont obligatoires et s'ils font défaut, il y a un risque d'accident. Cependant, il n'existe pas de norme pour les coussins et les plateaux. Seules des recommandations émises par le Certu sont prises en compte pour leur mise en place.

La législation est également très stricte pour les zones d'implantation des ralentisseurs .

"Ceux-ci ne peuvent être implantés que dans les zones ou les voies limitées à 30 kilomètres/heure.

"D'un autre côté, ils sont interdits:

- sur les voies de grande circulation dont le trafic est supérieur à 3000 véhicules par jour
- à moins de 200 mètres des limites d'une agglomération
- sur les voies en forte pente, c'est-à-dire dont la déclivité dépasse 4%
- dans les virages serrés (rayon inférieur à 200 mètres) et à moins de 40 mètres de ceux-ci
- sur les voies de desserte de transports publics.

"

### Les municipalités responsables en cas d'accident:

"En cas d'accident, les usagers bénéficient de la «présomption de défaut d'entretien de l'ouvrage». C'est alors à la collectivité locale de prouver le bon entretien de l'ouvrage public ayant causé l'accident. La responsabilité de la commune peut aussi être engagée en cas de dommages causés par un dispositif non conforme.

"Même si aucun dommage n'est survenu, le code pénal prévoit tout de même que les maires puissent être poursuivis pour non-respect des normes ou encore manquement à l'obligation de sécurité et de prudence car il y a en danger de la vie d'autrui.

34- حيث: تنص المواد من 124 الى 133 من القانون المدني الجزائري على المسؤولية عن الأعمال الشخصية، وهو نوع من أنواع المسؤولية التقصيرية، والتي تشمل الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية، فهذه المواد المدنية، لا بد أن يحيل إليها المشرع الجزائري، في قانون العقوبات الجزائري، في مواده الجزائية عند الكلام عن المسؤولية التقصيرية، وذكر المتسبب في الأضرار البشرية والمادية بعينه، لأنه كثيرا ما يصطدم صاحب المركبة بممهل لا يحمل المواصفات القانونية، ويتسبب له في أضرار بشرية وخسائر مادية معتبرة، قد تصل إلى الوفاة، أو إلى تحطيم مركبته جزئيا أو كليا، ولا يجد لنفسه من يجبر ضرره، خاصة إذا كان مؤمنا على مركبته تأمينا عاديا.

35- وهذه المهلات قد تجد لها عدة تسميات منها: "حذبة البعير bosses de chameau" كما أسميتها في هذا المقال، أو "ظهر حمار dos d'âne" كما تسمى عند الفرنسيين، أو ممهل ralentisseur... إلخ.

36- جاء في الموطأ: (... عن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه إن رسول الله ﷺ قال لا ضرر ولا ضرار)، راجع: مالك بن أنس - موطأ مالك - كتاب الأفضية - ج 2 - ح رقم: 2171 - ص 290. 36 مكرر- أيضا: جاء في مستدرك الحاكم: (... عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "لا ضرر ولا ضرار"، وزاد "من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه"، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه - ح رقم: 2345.

37- كشفت مصالح الدرك الوطني عن تسجيل ما يقارب 22 ألف حادث مرور خلال العشرة أشهر الأولى من سنة 2011م، تم خلالها تسجيل أكثر من ثلاثة آلاف قتيل وما يقارب 39 ألف جريح أغلبهم أصيب بإعاقات ما جعل الجزائر تحتل المرتبة الثالثة من حيث عدد حوادث المرور.

" وذكر رئيس خلية الاتصال بقيادة الدرك الوطني بالشرافة "المقدم عبد الحميد كروود" أن حوادث المرور أصبحت تمثل هاجس مخيف لكل الجهات الرسمية وهذا ما يتطلب مضاعفة الجهود وكذا الحملات التحسيسية، معتبرا أن الردع والقمع لا يكفيان لمحاربة الظاهرة فلا بد من الوقاية والتحسيس. وأضاف المقدم كروود أمس خلال الزيارة التي نظمتها قيادة الدرك للمؤسسة الإستشفائية الشاطئ الأزرق المتخصصة بمناسبة اليوم العالمي للمعوقين ان قيادة الدرك الوطني ضاعفت هذه السنة من الحملات التحسيسية من

اجل توعية المواطنين من خطورة تصعيد حوادث المرور على المجتمع وما تتركه من آثار سلبية على الفرد وهذا ما استوجب برأيه التنظيم لأبواب مفتوحة للتوعية والإرشاد.

38- طالعتنا النهار أون لاين - بأن العالم العربي يأتي في المرتبة الأولى عالميا من حيث عدد الوفيات الناجمة عن حوادث المرور، حيث تصدر المملكة العربية السعودية، الإمارات، الجزائر، والأردن قائمة الدول الأكثر تسجيلا في عدد الوفيات، إثر حوادث المرور. ففي السعودية تحصد حوادث المرور سنويا أرواح 5000 شخص إضافة إلى 40 ألف جريح وبيتج عنها 1000 معاق، أما في الإمارات العربية المتحدة يصل عدد الوفيات الناجمة عن حوادث المرور إلى 27 حالة وفاة في كل 100 ألف نسمة، نتيجة إرهاب الطرقات. وتحتل الجزائر المركز الثالث عالميا من حيث عدد الوفيات في حوادث المرور إذ يقع حادث في كل 20 دقيقة وقتيل في كل 3 ساعات، كما بلغت خسائر الجزائر بسبب الحوادث 100 مليار دينار. وتليها الأردن حيث يقع حادث سير في كل 5 دقائق، أما في مصر تتسبب حوادث المرور في إزهاق 5000 روح، لتتكبد الحكومة بسبب هذه الحوادث سنويا 959 مليون دولار. ويكون العامل البشري المتسبب الأول في الحوادث، تليه حالة المركبات السيئة، والطرقات المهترئة والفاسدة.

"المصدر: النهار أونلاين <http://www.ennaharonline.com> - موضوع: الجزائر تحتل المراتب الأولى بقتيل كل 3 ساعات إثر حوادث المرور - تاريخ النشر: 2014/08/22م - تاريخ التصفح: 2015/06/20م.

39- راجع: ادريس قديح - حصيلة قدمتها المديرية العامة للحماية المدنية - نشرت بـ جريدة الفجر - يومية جزائرية مستقلة - بتاريخ: 2009/03/20م. تاريخ الاطلاع: 2015/06/21م.

40- انظر: موقع المديرية العامة للأمن الوطني - <http://www.dgsn.dz> - تاريخ الاطلاع: 2015/06/21م.

41- محمد تريكي - مدير الوحدات المتشكلة لقيادة الدرك الوطني - الجزائر.

42- جريدة الخبر أونلاين - نقلا عن وكالة الأنباء الجزائرية - بتاريخ: 2017/02/28م.

## رعاية الفقه الإسلامي حقوق السجين ومقارنتها بما جاء في المواثيق الدولية

د. عشير جيلالي

أستاذ محاضر (ب)

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة

ملخص:

إن وجود السّجن في واقعنا المعاصر ضرورة اجتماعية لا بد منها، ذلك أن أمن المجتمع والحفاظ على الحقوق، وتنفيذ الأحكام القضائية، وردع المجرمين واستصلاحهم وغير ذلك من المصالح، لا يمكن تحقيقه إلا بوجود هذه الأماكن المخصصة لهذه الأغراض. ولذلك عرفت البشرية منذ زمن هذا الأمر، وإن اختلفت وسائله وأنواعه وأهدافه، إلا أنه كان يعتبر أحد أشق الأساليب العقابية التي تُوقَّع على أصحاب الجرائم التي تمس أمن المجتمع، أو الدولة أو الأفراد، حيث يوضع أحدهم في مكان مغلق معزول، لا تراخ فيه أدنى الشروط المطلوبة للحياة الإنسانية الكريمة، إضافة إلى القسوة، والغلظة في معاملة المسجونين، وبمرور الزمن وتطور الحياة المدنية تطورت فكرة السّجن، فأصبح هنالك سجون للرجال، وسجون للنساء، وسجون للأحداث، وأخرى بحسب أنواع الجرائم. وازداد تطور السجون إلى أن صارت تعد من ضمن المؤسسات التربوية الإصلاحية، وبالرغم من هذا التطور إلا أن هناك دول عديدة لا تزال تعامل المساجين معاملة متدنية من الناحية الإنسانية، يجرمون فيها من أبسط الحقوق المشروعة، ويضيق عليهم، مما دفع بمنظمات حقوق الإنسان، ومنظمات الأمم المتحدة إلى السعي لاستصدار تشريعات دولية خاصة للحفاظ على حقوق المساجين.

الكلمات المفتاحية: الحقوق، السجين، المواثيق الدولية، الجريمة وإصلاح المجرمين، معاملة السجناء.

### Le résumé

La présence de la prison dans notre réalité moderne est une nécessité sociale, car la sécurité de la société et la réserve des droits et l'exécutions des décisions juridiques et autre intérêts, ne peuvent être réalisés que par l'existence de ces endroits spécifiques pour ces objectifs.

Et c'est pour ce là que l'humanité a connu depuis longtemps cette chose, même si ses outils et ses buts et ses types ne se sont pas les même, mais il est considéré comme des plus dure punitions sur ces criminels qui touchent la sécurité de la société ou les personnes ,car on les mis dans un endroit fermé et dégradé, plus, la dureté du comportement avec ces prisonnier et sans respect aux moindres conditions de vie humaine .

Et avec le temps et le développement de la vie civile, l'idée de la prison s'est développée : il existe maintenant des prison pour les hommes et autres pour les femmes et autres selon les types de crime. Le développement des prisons est amplifié jusqu'à ce qu'elles sont devenues des sociétés éducatrices réformistes.

Et malgré tout ce développement, sauf qu'il y a plusieurs payés qui traitent leurs prisonniers d'une manière très dégradée du coté humain, ils sont privés du moindres droit légal, la chose qui a poussé les organisations des droits de l'homme et les organisations des nations unies à poser des législations internationales pour garder les droits des prisonniers.

**Mots clés** : droits – prison- législations internationales.

## مقدمة

نظرا للتصرفات السلبية الكثيرة والمتكررة في حرمان المسجون من حقوقه في أغلب البلدان، ظهرت نداءات ودعوات كثيرة من منظمات دولية تطالب بوضع حد لهذه الممارسات غير الإنسانية تجاه هذه الفئة، مع ما تقتضيه متطلبات الفطرة الإنسانية، في ضوء المعطيات الحضارية المعاصرة.

لهذا السبب دعا مؤتمر الأمم المتحدة الأول المنعقد في جنيف عام 1955م من أجل منع الجريمة وإصلاح المجرمين، إلى التوصية باعتماد مجموعة القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء، التي أقرها المجلس الاقتصادي والاجتماعي المتفرع عن هيئة الأمم المتحدة بقراريه: الأول برقم (663 ج د 24) المؤرخ في 31 جويلية من العام 1975 للميلاد، والثاني برقم (2076 د 62) المؤرخ في 13 ماي من العام 1977 للميلاد.

ولأهمية الموضوع في الواقع الذي يعيشه العالم اليوم، من خلال عدم أداء السجون لدورها المخول في الإصلاح والحد من انتشار الجريمة، جاءت توصيات ودعوات متكررة لاستخراج وإبراز الأحكام والمبادئ التي اشتمل عليها الفقه الإسلامي في هذا الصدد، وبيان معاملة المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة، من منظور فقهي شرعي، باعتبار أن الشريعة الإسلامية ربانية المصدر، ثم مقارنتها ببعض ما جاءت به توصية الأمم المتحدة الرامية إلى وضع القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء.

ومن ذلك ما صدر عن الندوة العلمية الأولى للمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، وما قام به مجمع الفقه الإسلامي الدولي من تنظيم المؤتمر العشرين، باعتبار أن الإسلام دين عالمي، جاء بشريعة كاملة وشاملة لجميع جوانب الحياة، كما قال الله تعالى: " الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا " [المائدة: 3].

إشكالية البحث: إذا كانت الهيئات العالمية والمنظمات الدولية قد اهتمت بحقوق الإنسان بشكل عام، وبحقوق السّجين بشكل خاص، هل سبق اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بهذه الحقوق نفسها في المدونات الفقهية القديمة والحديثة؟ وما مدى فعالية الآراء الفقهية في الممارسات العملية التطبيقية؟.

وقد كانت خطة البحث مقسمة على النحو الآتي:

مقدمة

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحقوق والمسجون وأهمية حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي

المطلب الأول: تعريف الحقوق

المطلب الثاني: تعريف المسجون وبيان الألفاظ ذات الصلة

المطلب الثالث: اهتمام الإسلام بحقوق الإنسان وبخاصة حقوق المسجون

المبحث الثاني: اهتمام الإسلام بحقوق المسجون ورعايته لها

المطلب الأول: حق السّجين في التحقق من اتهامه، وتعجيل محاكمته والدفاع عن نفسه

المطلب الثاني: حق المسجون في الحفاظ على نفسه وكرامته

المطلب الثالث: حق المسجون في الحفاظ على ماله عموماً

المبحث الثالث: حق المسجون في ممارسة التصرفات المدنية والجنائية ونحوها مما له صلة به

المطلب الأول: حق المسجون في ممارسة التصرفات المالية الخاصة به

المطلب الثاني: حق المسجون في ممارسة حقوقه المتصلة بالأحوال الشخصية

المطلب الثالث: حق المسجون في ممارسة حقوقه المتصلة بالأمر القضائي

المبحث الرابع: حق المسجون في الإفراج عنه لوجود موجباته وتميئته للخروج

المطلب الأول: حق المسجون في إعلاء نفسه قبيل الإفراج عنه

المطلب الثاني: حق المسجون في الإفراج عنه لوجود موجباته

الخاتمة

## المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للحقوق والمسجون وأهمية حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي

### المطلب الأول: تعريف الحقوق

الحقوق في اللغة: جمع حق، وهو ضد الباطل، ومن معانيه أيضا: الوجوب والثبوت، يقال: حَقَّ الأمرُ يَحِقُّ: ثَبَّتَ وَوَجَبَ، وَحَقُّ الإنسان، ما ثبت له عند غيره واستوجبه<sup>1</sup>.

وفي الاصطلاح: اختلفت معانيه الاصطلاحية لاختلاف النظرة إليه والاستعمال، فنظر إليه أهل المعاني على أنه الحكم المطابق للواقع ويقابله الباطل<sup>2</sup>. إلا أنه يستعمل لفظ الحق في الفقه الإسلامي للدلالة على معان متعددة:

- فهو يُستعمل لبيان ما للشخص، أو ما ينبغي أن يكون له من التزام قبل شخص أو أشخاص آخرين، كحق الرعية على الراعي، وحق الراعي على الرعية، وهو من الحقوق العامة.

- ويطلق الحق على الحقوق الشخصية في العلاقات الأسرية كحق الزوج على زوجته، وحق الزوجة على زوجها.

- كما يطلق على الحقوق المالية، كما في قوله تعالى: " وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَعْلُومٌ، لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ " [المعارج: 24-25].

- ويكون أخلاقياً إنسانياً، كما في قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «حق المسلم على المسلم ست: إذا لقيته فسلم عليه ...»<sup>3</sup>.

وكثيراً ما يستخدم بمعنى الواجب كقول النبي صلى الله عليه وسلم: « أعطوا الطريق حقه »<sup>4</sup>.

وكانت مدلولات لفظي (الحق والحقوق) وأبعادها وآثارها العملية واضحة وممارسة في حياة المسلمين، ومما يدل على هذا، أن الفقهاء المسلمين، وبخاصة الحنفية، استعملوا مصطلح (الحق) في مواضع كثيرة، وذلك عند كلامهم على حق الله تعالى وحق الآدمي والإنسان وحق الزوج وحق الزوجة وحقوق الزوجين معاً، وحق الولي وحقوق المتبايعين والحق في الشفعة والحق في سقي الزرع، والحق في المرور في المرافق العامة والعقار المشترك، وحق المؤجّر والمستأجر، وحق المدعي والمدعى، وحق المجني عليه، وحقوق أهل الذمة... إلخ<sup>5</sup>.

وهو عند القانونيين: كل صالح مشروع، يحميه الشرع أو النظام<sup>6</sup>.

وإذا نظرنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في تقريرها للحقوق نجد أنها مقصود بها تحقيق مصالح الناس على سبيل الاختصاص والاستثثار، وهذه المصالح قد تكون مصالح عامة للمجتمع بأسره، وقد تكون مصالح خاصة للأفراد، وقد تكون مصالح مشتركة بينهما. ولذلك ركز الفقهاء المعاصرين على المصلحة عند تعريفهم للحق، إلا أنهم قيدوها بالشرعية لا مطلق المصلحة. وسأقف على تعريفين لبيان أساس الحق في الشريعة الإسلامية، وهما:

- محمد نعيم فرحان: الحق هو « كل مصلحة مستحقة لصاحبها شرعا »<sup>7</sup>.
- وقال الشيخ علي الخفيف: « الأمر الثابت الموجود شرعا ». وعرفها أيضا: « ما ثبت بإقرار الشارع وأضفى على حمايته »<sup>8</sup>.

#### المطلب الثاني: تعريف المسجون وبيان الألفاظ ذات الصلة

أولاً: المسجون في اللغة: هو اسم مفعول من سَجَنَ: أي حَبَسَ، والمصدر منها السَّجَنُ، بفتح السين. والحَبْسُ، ويراد بهما المنع الذي هو ضد التخليّة، ومثّل المسجون السَّجِين، على وزن فَعِيل، والجمع سُجْنَاءُ، وسَجْنِي، ويقال للمرأة سَجِين، وسَجِينَة، ومَسْجُونَة، ولجماعة النساء، سَجْنَى، وسَجَائِنُ، ويسمى من يتولى أمر المسجونين وحراستهم: سَجَّانًا. أما السَّجْنُ بسكر السين، فهو مكان الحَبْسِ، والجمع سُجُونٌ<sup>9</sup>، وجاء في التنزيل: **ثَرَقَالَ رَبُّ السَّجْنِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ** [يوسف: 33].

ثانياً: المسجون في الاصطلاح: تقدم أن لفظ المسجون اسم مفعول وأن السَّجْنُ مصدر، وقد عرف الكاساني السَّجْنَ بأنه: منع الشخص من الخروج إلى أشغاله ومهامه الدينية والاجتماعية<sup>10</sup>.

وعرّفه ابن تيمية بقوله: هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه<sup>11</sup>. وبناء على ما تقدم يمكن تعريف المسجون بأنه: الشخص المعوق في مكان، الممنوع من التصرف بنفسه والخروج إلى أشغاله ومهامه<sup>12</sup>.

ثالثاً: الألفاظ ذات الصلة: هناك ألفاظ ذات صلة لغوية أو اصطلاحية سواء بالسَّجْنِ أو المسجون، من ذلك:

الحبس: هو المنع والإمساك، مصدر حبسه، ويطلق أيضا على موضع الحبس، ويقال للواحد: محبوس وحبيس، وفي التنزيل العزيز: **ثَرَقَحَبَسُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ** [المائدة: 106]. ومعنى الحبس في الآية: المنع والتعويق.

**الاعتقال:** من معانيه: الحبس، وهو مصدر اعتقله، ويقال للشخص الواحد: معتقل، على اسم المفعول.

ويراد بالمعتقل عند القانونيين: الشخص الموقوف، قبل المحاكمة، الذي لم يَبْتَّ القضاء في الحكم عليه، ويصفون الاعتقال بأنه: حبس المتهم عن مباشرة أموره حتى يحاكم. [المائدة:33]. ويراد بالنفي هنا عند الحنفية، وجماعة من الشافعية، ومن الحنابلة وابن العربي من المالكية<sup>13</sup>: الحبس، لأن نفي قطاع الطريق - موضوع الآية - من جميع الأرض محال، ونفيهم إلى بلد آخر فيه إيذاء لأهلها، وهو ليس نفيًا من الأرض كما ذكر في الآية، بل من بعضها، فلم يبق سوى أن النفي المراد هو الحبس، لأن المحبوس في حقيقته بمنزلة المخرج من الأرض.

**الأسر:** مصدر أسره، ومن معانيه: الحبس، ويقال أسير، لكل محبوس في قيد أو سجن. قال مجاهد وابن عباس في تفسير الآية " وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا " [الإنسان: 8] الأسير: المسجون.

العقوبة المقيدة أو السالبة للحرية: أطلق بعض الكتاب المعاصرين على الحبس اسم العقوبة المقيدة للحرية، أو السالبة لها<sup>14</sup>.

### المطلب الثالث: اهتمام الإسلام بحقوق الإنسان

كثر الحديث في عصرنا عن حقوق الإنسان التي صدرت في ثلاثين مادة، نظمتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1948 للميلاد، ووقعت عليها دول العالم، ووقعت عليها فيما سُمِّي: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ثم جاء الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان الذي اشتمل على خمس وعشرين مادة موجز مركزة، قامت بصياغتها منظمة المؤتمر الإسلامي، وتمَّ إقرار هذا الإعلان في مؤتمر القمة الإسلامي المنعقد عام 1990م وقصد به تجنب ما اشتمل عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مما لا يتفق مع تعاليم الإسلام في أمور العقيدة والأسرة، والجزاءات العقابية وغيرها...<sup>15</sup>.

وقد اشتمل الإعلانان على العديد من الحقوق والحريات الأساسية التي لا غنى للإنسان عنها، كحقه في الحياة، الحرية، المساواة وحقه في الأمان من القهر والتعذيب، وحقه في التملك وفي التعليم، وفي الحفاظ على سمعته وأسراره...

وإن الناظر في النصوص والمصادر التشريعية الإسلامية الأولى يظهر له أن مجمل هذه الحقوق وغيرها ترجع إلى أصول كلية أجمع عليها علماء الإسلام منذ القديم مفادها: أن الإسلام جاء لتحقيق وحماية المقاصد الشرعية الخمسة، التي تعتبر أصولاً ثابتة وراسخة لحقوق الإنسان عامة أبد الدهر، وهذه المقاصد هي حفظ الدين، النفس، العقل، النسل والمال، وذلك لأن للإنسان منزلة رفيعة خصه الله تعالى بها دون كثير من خلق، وأمر ملائكته بالسجود له، فقال تعالى: " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ " [الإسراء: 70].

وأبرز هذه الحقوق هو حق الإنسان في الحياة، وفي وجوب الحفاظ على نفسه، ويدل على ذلك تحريم الإسلام الاعتداء على أرواح الآخرين، واعتباره قتل نفس واحدة كقتل الناس جميعاً، قال الله تعالى: " وَمَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا " [المائدة: 32].

ومن أبرز هذه الحقوق أيضاً، حقه في الحفاظ على ماله ومنع الاعتداء عليه، ويدل على ذلك الآية: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ " [النساء: 29].

#### المبحث الثاني: اهتمام الإسلام بحقوق المسجون ورعايته لها

لا يخفى أن حقوق الإنسان التي قررتها الشريعة الإسلامية تشمل السجين أيضاً باعتباره إنساناً، بل إن الإسلام خصّه بمزيد من الاهتمام والرعاية والوصية به، لما يصاحب حاله غالباً من ضعف وقهر وعزلة عن الآخرين.

هذا، ومن حقوق المسجون التي تستحق التقديم على غيرها ما سنعرضه في الفروع الآتية: **المطلب الأول: حق السجين في التحقق من اتهامه، وتعجيل محاكمته والدفاع عن نفسه**  
تبدأ حماية حقوق السجين - المتهم - في الإسلام من اللحظة الأولى التي توجه فيها إليه التهمة ويودع بسببها في السجن، ومعنى هذا أنه يجب أن يطبق فيه المبدأ القائل: ( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ) ويظهر هذا المبدأ في قوله تعالى: " وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا " [الإسراء: 15].

ولا يخفى أن من أهم وظائف القضاء تحري الحق والعدل بين الخصوم، وذلك بتمكينهم من الحصول على محاكمة عادلة، يُعبّر فيها كل منهم عن موقفه، ويدافع عن نفسه ويدلي بحجته.

ويكاد يجمع الفقهاء على أن أول عمل يبذره القاضي حين توليه القضاء، هو النظر في السجون، والبحث في أحوال المحبوسين والتحقق من اتهامهم وأسباب حبسهم<sup>16</sup>، بل ذهب بعضهم إلى وجوب ذلك، لأن الحبس عذاب فيقدم على ما سواه<sup>17</sup>.

وذكروا أن على القاضي أن يتسلم نسخة بأسماء المحبوسين وأخبارهم، وما حبس به كل منهم، ويتحقق من سبب حبسه بوجود خصمه، ويكون تصرفه معه بحسب الوجه الذي يقتضيه الشرع فيما حبس به من إرسال أو إبقاء<sup>18</sup>.

وله أن يسأل كل محبوس عن ما اقترفه، ويتحقق مما عليه، فإن أنكر استمع إليه، وتفحص عن أمره وتثبت، وجمع بينه وبين خصمه، وسأل عن القضية حتى يتبين له وجه الحق، فإن كان حبسه بحق أبقاء، وإن كان تعدياً وظلماً أطلقه، وينفذ ذلك لأنه حكم قضائي<sup>19</sup>.

والأصل في الجمع بين الخصمين للتحقق من التهمة، ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه ( إذا تقاضى إليك رجلان، فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر، فسوف تدري كيف تقضي )<sup>20</sup>.

المطلب لثاني: حق المسجون في الحفاظ على نفسه وكرامته

حرّم الإسلام الاعتداء على النفس البشرية وقتلها بغير حق، قال الله تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ " [الإسراء: 33]، وهذا يشمل السّجين وغيره، وبناء على هذا، إذا قُتِلَ السّجين بِنِةِ العمد المحض وجب القصاص من قاتله، لقوله تعالى: " وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ " [المائدة: 45]، وإن قُتِلَ بشبه العمد، أو الخطأ ففيه الدية، كما هو مقرر في المدونات الفقهية<sup>21</sup>.

ومن الحالات المنصوص عليها بخصوص السّجين، ما ذكره جمهور الفقهاء أنه: إذا حبس الرجل ومُنِعَ من الطعام والشراب حتى مات في مدة يموت مثله فيها غالباً بسبب الجوع أو العطش، فهذا قتل عمد يوجب القود على الحبس، وهو عند الحنفية قتل شبه عمد تجب فيه الدية، ويُعزّر الحبس، لأن الموت حصل - كما يقولون - بالجوع أو العطش لا بالحبس. ويعود سبب هذا الخلاف إلى ما يعرف عند الفقهاء بالقتل بالتسبب أو المباشرة<sup>22</sup>.

ومثل هذا عند جمهور الفقهاء أيضاً: إذا عُرِضَ السّجين للبرد أو الحر حتى يموت، أو سُلط عليه حيوان قاتل عادة، أو غُطِّس في ماء يعجز عن التخلص منه، أو ضُرب بمثقل يقتل عادة، كحديدية وحجر، أو ضُرب في موضع المقاتل فمات، لزم القصاص، وقال الحنفية: القتل بالمثقل شبه عمد وفيه الدية<sup>23</sup>.

ومما يتصل بهذا تحريم الإسلام الاعتداء على المسجون فيما دون نفسه، وكذا إهانة كرامته، وقد ذكر الفقهاء أنه: لا يجوز تجريده من ثيابه، ولا التعرض له بتشويه جسمه، أو التمثيل به، أو كيئه بالنار، أو حلق لحيته، أو إتلاف أطرافه، أو جزء من جسمه، أو منفعه، أو تسليط حيوان عليه لينهشه أو يجرحه، ونحو تلك التصرفات المضرة به<sup>24</sup>، التي تحكم فيها النصوص الشرعية العامة بالقصاص فيما دون النفس من الفاعل إن أمكنت المساواة، أو الأرش إن تعذر القصاص، كما هو مقرر في مواضعه<sup>25</sup>.

ومما يتصل بهذا ما ذكره أيضا: أنه لا يجوز تعذيب المسجون وإهانة كرامته الإنسانية باللطم، أو الوكز، أو الضرب بالسوط والعصا، أو الترويع والتخويف، وفي ذلك القصاص إن نشأ أثر ضار في جسمه، وأمكنت المساواة، وإلا ففيه التعزير، والأصل في هذا قول الله تعالى: " وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا " [الشورى: 40].

ولا يجوز الاعتداء على المحبوس بالسب والشتم وسب الآباء والأمهات ونحوه، مما يمس الشرف والعرض والكرامة الإنسانية، وفي ذلك التعزير.

وجاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: إني والله ما أبعث عمالي ليضربوا بأشاركم ويأخذوا أموالكم، ولكني أبعثهم ليعلموكم دينكم ويعدلووا بينكم، ألا من فعل به شيء من ذلك فليرفعه إليّ، والذي نفس عمر بيده لأقصنه منه، فقال عمرو بن العاص رضي الله عنه: يا أمير المؤمنين، أرايت لو أن رجلا من المسلمين كان على رعيته، إنك لمقصه منه؟! قال: وما لي لا أقصه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه، ألا لا تضربوهم فتدلوهم، ولا تمنعوهم حقهم<sup>26</sup>.

قال ابن تيمية بعد أن ساق هذا الأثر: ومعنى هذا، إذا ضرب الحاكم رعيته ضربا غير جائز اقتص منه، أما الضرب المشروع فلا قصاص بالإجماع<sup>27</sup>.

هذا، وقد حظرت الاتفاقيات الدولية العقوبات القاسية وغير الإنسانية مما يهدر آدمية المسجون ويسيء إلى كرامته، حيث نصت القاعدة 31 ما يلي: العقوبة الجسدية والعقوبة بالوضع في زنزانة مظلمة، وأية عقوبة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة، محظورة كلياً كعقوبات تأديبية<sup>28</sup>.

#### المطلب الثالث: حق المسجون في الحفاظ على ماله عموما

لم تكتف التشريعات بإعطاء المسجون الحقوق السالفة الذكر، وإنما أعطيت حقوقا اقتصادية تتمثل في حقه في حفظ متاعه، وحقه في العمل، وحقه في حفظ أمواله انطلاقا من أن مقاصد الشريعة الإسلامية جاءت إلى حفظ الكليات الخمس، منها حفظ المال، فلذلك حرّم الإسلام

الاعتداء على مال الغير وأخذه بغير حق، قال الله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ " [النساء: 29]، وجاء في الحديث النبوي « كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه »<sup>29</sup>، وهذه النصوص تشمل السّجين وغيره.

وبناء على هذا، فإن الحبس وإن كان يمنع السّجين من الخروج إلى أشغاله ومهاته، لكنه لا يجيز الاعتداء على ماله عموماً بأي صورة من صور الاعتداء، بل إن الحفاظ عليه وحمايته وعدم تعريضه للتلف والضياع من الواجبات الشرعية، ومن هذا تمكين السّجين من ممارسة حقوقه المالية وتصرفه فيها، في حال عدم إخلالها بما حبس من أجله، وذلك للنصوص السابقة، ومما ذكره الفقهاء في هذا الصدد ما يلي:

كتب أبو يوسف القاضي إلى الخليفة هارون الرشيد يوصيه بإطعام السجناء، أو تخصيص مبالغ من المال لهم، تُسَلَّم إليهم بأيديهم في كل شهر، مخافة أن يسطو عليها أصحاب النفوس الضعيفة من موظفي السّجون<sup>30</sup>.

ومما ذكروه في هذا الصدد، أن أثان المصنوعات الخفيفة التي كان يصنعها المحبسون في السّجون الإسلامية كالسّلال والتّكك وغيرها، كانت تعود لحساب السجناء دون غيرهم<sup>31</sup>، وفي هذا من المحافظة على حقوقهم المالية ما لا يخفى.

وأن العامل إذا سجن قبل فراغه من العمل، فإنه يستحق أجر ما عمل<sup>32</sup>، وذلك لأن المانع اضطراري وهو خارج عن إرادة العامل المحبوس، فيحفظ له حقه في المال. وأن حق الشفعة يثبت للمحبوس ولو كان مفلساً، إذا التزم ثمنها في ذمته ورضي شريكه بذلك، وله أن يطالب بها ويُشهد على طلبه<sup>33</sup>.

وهكذا يمكننا القول، إن فيما تقدم من نصوص الفقهاء هي أكثر تفصيلاً وأشمل لمفهوم المال مما تضمنته مجموعة قواعد الحد الأدنى الدولية لمعاملة المسجونين، التي اقتصر توصيتها على أن تحفظ إدارة السجن بما للسّجين من مال يُسَلَّم إليه عند الإفراج عنه<sup>34</sup>.

المبحث الثالث: حق المسجون في ممارسة التصرفات المدنية والجنائية ونحوها مما له صلة به إذا كان الحبس يمنع السّجين من الخروج إلى أشغاله ومهاته الاجتماعية، فإنه لا يبطل أهلية المسجون، بل لا ينقصها، ولا يمنعها من ممارسة التصرفات التي تعتبر حقا خاصا به، ولا المطالبة بحقوقه المالية والاجتماعية والمدنية والجنائية ومتابعتها، من غير إخلال بما وضع له الحبس، ومما ذكره الفقهاء في هذا الصدد أيضاً يأتي بيانه في الفروع الآتية:

### المطلب الأول: حق المسجون في ممارسة التصرفات المالية الخاصة به

يرى الإمام أبو حنيفة أن المحبوس بدين لا يمنع من التصرف في ماله، وقال جمهور الفقهاء: يمنع بما يُضِرُّ دائتيه<sup>35</sup>.

وذكروا أن المحبوس المحكوم عليه بالقتل تصح هبته أو عطيته من ثلث ماله، كالمريض مرض الموت<sup>36</sup>.

كما ذكروا أن الحبس لا يجرم السجين من حقوقه المالية أو بعضها، ولا يمنعه من إجراء كافة المعاملات المالية، فله أن يبيع ويشترى، ويؤجر ويطلب بالشفعة، ويهب ويرهن ويوصي ويكفل بماله، ويوكل غيره بالخصومة، ويقبل الهدية ونحو ذلك التصرفات<sup>37</sup>.

### المطلب الثاني: حق المسجون في ممارسة حقوقه المتصلة بالأحوال الشخصية

ذكر الفقيه الحنفي الخصاص: أن المحبوس لا يمنع من عقد الزواج، وهو أيضا لا يمنع من وطء زوجته عند الحنابلة وأكثر الحنفية وطائفة من الشافعية، ولا يمنع من تزويج من له حق الولاية عليه، إن أمكن الاتصال به في سجنه، ولا من العدل بين زوجاته بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها إلى الحبس، إن أمكن ذلك بعيدا عن الرجال، ولا يمنع من تطليق زوجته، ولا من مخالعتها، ولا من ملاعتها، ولا غير ذلك مما يتصل بمسائل الأحوال الشخصية<sup>38</sup>.

وقد نبه عليه أيضا بعض فقهاء الشريعة المعاصرين<sup>39</sup> في كون أن العقوبة التي يُقضى بها السجين هي عقوبة شخصية نظير خطأ وقع منه هو أو مخالفة ارتكبتها، وبالتالي يجب ألا يتعدى أثرها لأسرته خاصة الحقوق الجنسية للزوجة.

### المطلب الثالث: حق المسجون في ممارسة حقوقه المتصلة بالأموال القضائية

مما هو مقرر عند الفقهاء أن للمسجون المطالبة بحقوقه المتصلة بالأموال القضائية، وأن حبسه لا يمنع الرجوع إليه للتوثق من حقوق الآخرين القضائية، وينبغي على الحاكم إعانته على ما تعين عليه، كتحمُّل شهادة.

ومما ذكروه في هذا الصدد: أنه إذا عُيِّن قاض جديد فادعى سجين في سجن ولايته أنه حُبس ظلما، أحضره القاضي مع خصمه إلى مجلس الحكم للتحقق من عدالة حبسه، وأن المسجون لا يُمنع من الخروج لسماع الدعوى عليه والمخاصمة فيها عند القاضي، ومن حقه أداء الشهادة أمام القاضي ثم العودة إلى السجن، ولو كانت الشهادة على أمر وقع في السجن، ولا يُمنع حبسه من صحة إقراره على نفسه<sup>40</sup>.

**المبحث الرابع: حق المسجون في الإفراج عنه لوجود موجباته وتمهينه للخروج**  
من الأمور التي ينبغي الاهتمام بها قبيل الإفراج عن السجين إذا تحققت موجباته، حقه في إعداده تدريجياً للتوافق مع الحياة الاجتماعية خارج السجن، وذلك من خلال التأكيد على صلاته الاجتماعية، كالإكثار من زيارة أهله له، وتمهينه للارتباط بأعمال مهنية خارج السجن، وتقوية صفاته الخلقية، وما يستتبع ذلك من حقه في ستر ماضيه السلبي، وتزويده بوثيقة عند الإفراج عنه، وإحاطته بالرعاية المادية والمعنوية، وغير ذلك من المعالجات الهادفة إلى تغيير السجين من السيء إلى الحسن.

#### المطلب الأول: حق المسجون في إعلاء نفسه قبيل الإفراج عنه

ينبغي إشعار السجين قبيل الإفراج عنه بأن ما مرّ به مرض كبقية الأمراض التي تصيب الإنسان بغفلته، وأنه يؤجر عليها بالصبر، وأن عليه أن يبدأ حياة جديدة يكون فيها عنصراً إيجابياً في بناء المجتمع، ويذكر له النبي يوسف عليه السلام وخروجه من السجن إلى الرئاسة، ومبادرته إلى تولي المسؤولية عن خزائن الأرض لتقديم الخير لكافة الناس، وتضرب له الأمثال لمن خرجوا من الضيق إلى السعة، ومن الشدة إلى الفرج.

ويُشرع الدعاء له وتبشيره بالمغفرة والرحمة، والأصل في هذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه عن سب المعاقب بعد حده من شرب الخمر، وقوله لهم: إذا رأيتم أحداً قد أصاب حداً فلا تلعنوه ولا تعينوا عليه لشیطان، ولكن قولوا: اللهم اغفر له، اللهم ارحمه<sup>(41)</sup>.

ولا بأس في توجيه السجين إلى أن يغتسل ويتنظف ويلبس ثياباً جديدة قبل الإفراج عنه، ويودّع أصحابه السجناء، ويدعو لهم بالخلاص، كما فعل النبي يوسف عليه السلام<sup>(42)</sup>.

ويستحب إرشاده إلى صلاة ركعتي التوبة لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: ما من رجل يُذنب ذنباً ثم يقوم فينظف، ثم يصلي ركعتين، ثم يستغفر الله إلى غفر له، ثم قرأ هذه الآية " وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذُكِّرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَمَنْ يَغْفِرِ اللَّهُ لَهُ فَسَوْفَ يَرْحَمُهُ اللَّهُ، وَلَمْ يُبْصِرُوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ " [آل عمران: 135] وقد ذكر الفقهاء أن للحاكم أخذ أهل الجرائم بالتوبة إجباراً، ويظهر من الوعيد عليهم ما يقودهم إليها طواعية<sup>(43)</sup>.

ومن حق المسجون المفرج عنه أن يأخذ وثيقة يُذكر فيها انتهاء تنفيذ العقوبة، ووقت إطلاق سراحه، ويستحسن إعطاؤه وثيقة أخرى فيها بيان المهن والصناعات التي تعلمها أو أجادها.

وقد أشار الفقهاء إلى الأمر الأول فذكروا أنه إذا استُوفي الحق من المحكوم عليه بحبس أو غيره، فعلى الحاكم أن يكتب له محضراً بما جرى ليخلص من المحذور الذي يخافه<sup>(44)</sup>. هذا، وإن كتابة الوثائق عادة قديمة عند المسلمين، وبخاصة في مجال الحقوق والأقضية والأحكام<sup>(45)</sup>، ومن الثابت أن المسؤولين عن السجون الإسلامية كانوا يكتبون الوثائق عند إطلاق سراح السجين ويذكرون فيها اسمه ووصفه، وسبب حبسه، والوقت الذي أُفرج عنه فيه، من حيث اليوم والشهر والسنة، ويذكرون اسم الكاتب، وقد عُثر على وثيقة إطلاق سراح سجين يرجع تاريخها إلى سنة 348 للهجرة، وصورت ونشر مضمونها في كتاب: نظام الشرطة في الإسلام<sup>(46)</sup>.

ومن حقه في هذا، رعايته والاهتمام به ماديا ومعنويا بعد الإفراج عنه حتى يستغني، ولذلك ينبغي على الدولة والمجتمع الاهتمام بالفرج عنه ورعايته حتى يتمكن من الاعتماد على نفسه في أموره المادية والمعنوية، لئلا تضيق الجهود التي بذلت في إصلاح سلوكه وتذهب سدى.

وقد ذكرت الاستبيانات والإحصائيات أن نبذ المجتمع وهيئاته للسجين المفرج عنه، ومقاطعته وعدم تشغيله في الأعمال والمهن، والحيلولة بينه وبين أسباب الحياة الشريفة، من أبرز أسباب عودته إلى ممارسة الجريمة ثم الرجوع إلى السجن<sup>(47)</sup>. ومن الأهمية بمكان تعاون الهيئات الحكومية والأهلية وأجهزتها على رعاية المفرج عنه، وتشغيله في الأعمال والمهن التي تعلمها داخل السجن، وتزويده بالنفقة اللازمة لعيشه ومن يعول حتى يستغني.

هذا، وقد دعت الاتفاقيات الدولية إلى اتخاذ كل دولة برنامجا خاصا للمسجونين الذين أُفرج عنهم، لتقوية صلاتهم بالمجتمع، وضمان عودتهم تدريجيا إلى التكيف المتوازن معه، كما دعت إلى تزويد المفرج عنهم بالوثائق والمستندات الضرورية عند خروجهم من السجن، وتجنيد هيئات المجتمع للتعاون معهم ومساعدتهم<sup>(48)</sup>.

#### المطلب الثاني: حق المسجون في الإفراج عنه لوجود موجباته

نص الفقهاء على مجموعة من موجبات الإفراج عن السجين، هي من أهم حقوقه التي يجب الوفاء بها وتنفيذها دون تباطؤ، من مثل: ثبوت براءته، والحكم بوقف تنفيذ عقوبة حبسه، وسداد الدين الذي حُبس به، وظهور توبته التي علّق عليها حبسه، والعفو عنه، وانتهاء المدة التي حُكم بها عليه... إلخ<sup>(49)</sup>.

والتاريخ الإسلامي حافل بالتطبيقات التي تؤكد التزام المسلمين بهذا الحق، ومن أول ذلك التزام النبي صلى الله عليه وسلم بإطلاق أسرى معركة بدر، الذين قاموا بتعليم أولاد المسلمين القراءة والكتابة<sup>50</sup>.

أما سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقد أمر بالإفراج عن الشاعر الحطيطه حينما أرسل إليه قصيدة استعطف فيها توبته وندمه<sup>51</sup>.

وأما الفقيه الحنفي أبو يوسف القاضي فكتب إلى الخليفة الرشيد يوصيه أن يأمر ولاته بالنظر في أمر أهل المحبوس في كل يوم، فمن كان عليه أدب وأُطلق، ومن لم يكن له قضية خُلِّي سبيله<sup>52</sup>.

هذا، ويتم في القانون الإفراج عن السجناء المتهمين بأمر النيابة العامة ونحوها، إذا رأت ذلك بعد التحقيق مع المتهم، أو بمضي مدة العقوبة المحكوم بها من قبل القضاء، أو بصدور عفو خاص أو عام من رئيس الدولة كما هو معلوم، وربما ارتبط ذلك بمناسبة دينية أو وطنية ونحوها.

#### الخاتمة

بعد هذا العرض لحقوق السّجين في الفقه الإسلامي، ومقارنتها بعض ما نصت عليه القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام 1955م، ومقارنتها كذلك بالمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق السجناء والمعتقلين والأسرى، نجد تفوق الشريعة الإسلامية على الشرائع والقوانين وسبقها لها أيضا في العقوبات البديلة التي لها دلائل من القرآن والسنة.

وتبيّن أيضا في هذا البحث بالدلائل الكثيرة النظرية والعملية أن الفقه الإسلامي وتطبيقاته، أسبق وأسمى وأشمل من مجموعة القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المسجونين الدولية في إرساء الكثير من حقوق السجناء في جميع جوانب الحياة الإنسانية، وأن هذا الفقه يزرع بكثير من الكنوز والنفائس ذات الصلة بحقوق السّجين المتنوعة، التي يمكن أن يستخرج منها قواعد معتمدة مميزة في معاملة السجناء، تنافس الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد وتتفوق عليها.

ومن أبرز معالم هذا البحث ونتائجه ما يلي:

- أن للإسلام وللفقهاء والقضاة المسلمين اهتمام مبكّر بحقوق المسجون مع العمل على تنفيذها بصدق وحزم.

- للمسجون حق الحفاظ على نفسه وما دونها، وعلى كرامته الإنسانية، فلا يجوز الاعتداء على جسمه، ولا أعضائه، ولا تعذيبه، ولا إهانته بالضرب والتجويد والسب والشتم وحرمانه من حقوقه.
- من حقوق المسجون على الجهات المختصة المحافظة على أمواله وممتلكاته من التعدي عليها، أو تضييعها، إهمالها، ويجب تنفيذ طلبه في تسليمها لمن يريد، أو إعادتها إليه عند الإفراج عنه.
- للمسجون الحق في ممارسة التصرفات المدنية والجنائية المتصلة به من غير إخلال بما سجن له، وذلك كالبيع والشراء والتأجير والتوكيل والوصية وعقد الزواج لنفسه ولغيره ممن له الولاية عليه، وكذا التطليق والمخالعة والمطالبة بالتقصاص لنفسه أو لوليه، والمخاصمة عند القاضي، والقيام بالشهادة أو الإقرار أمامه.
- ومن حقوق المسجون تهيئته للخروج من السجن قبيل الإفراج عنه بإعلاء نفسيته، وزيادة تواصله الاجتماعي بمن هم خارج السجن من الأقرباء، والأصدقاء والمؤسسات الاجتماعية والاقتصادية، وتزويده بما يحتاج إليه ما مال ولباس، وبوثائق تتضمن مشروعية الإفراج عنه، وما تعلمه من صنعة أو مهنة.

### الهوامش:

- (1) انظر: ابن منظور، لسان العرب. دار صادر، بيروت (3/ 255).
- (2) الجرجاني، التعريفات. طبع مصطفى الباوي الحلبي، مصر 1357هـ/ 1938م ص 89.
- (3) صحيح مسلم. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي، بيروت د.ت (4/ 1404) رقم 2162.
- (4) مسند أحمد. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. مؤسسة الرسالة، بيروت. الطبعة: الثانية 1420هـ، 1999م (17/ 411) رقم 11309.
- (5) الكاساني، بدائع الصنائع. دار الكتاب العربي، بيروت ط2: 1402هـ/ 1982م، (2/ 232). الدردير، حاشية الدسوقي. دار الفكر، بيروت د.ت، (3/ 503 وما بعدها). النووي، روضة الطالبين. المكتب الإسلامي، بيروت 1305هـ. (4/ 382 وما بعدها). ابن مفلح، الفروع. دار عالم الكتب، بيروت ط3: 1402هـ، (1/ 105 وما بعدها).
- (6) د/ محيي الدين عوض، الحق في العدالة الجنائية. جامعة نايف للعلوم الأمنية بالرياض 1422هـ، ص 487.

- (7) محمد نعيم فرحات، حقوق الإنسان والعدالة الجنائية. طبع المعهد العالي للعلوم الأمنية، ط: 1414هـ، ص 4.
- (8) الملكية في الشريعة الإسلامية. دار النهضة العربية، مصر 1990م، ص 109.
- (9) انظر: مادة حبس وسجن في لسان العرب.
- (10) بدائع الصنائع، (7/174).
- (11) مجموع فتاوى. مكتبة ابن تيمية، الرياض د.ت، (35/398).
- (12) انظر أكثر تفصيلاً: حقوق المسجون في الفقه الإسلامي، عبد الغني أبو غدة. بحث مقدم للمجمع الفقهي الإسلامي الدولي سبتمبر 2012.
- (13) وقد بيّن ابن العربي المالكي المقصد من الحبس حين قال: والحق أن يسجن، فيكون السّجن له نفيًا من الأرض، وأما نفيه إلى بلد الشرك فعون له على الفتك، وأما نفيه من بلد إلى بلد فشغل لا يدان به لأحد، وربما فرّق قطع الطريق ثانية. انظر: ابن العربي، أحكام القرآن. دار الفكر للطباعة، بيروت د.ت، (2/601).
- (14) د/ عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية. طبعة القاهرة 1396هـ/1976م ص 360.
- (15) انظر: د/ محمد الزحيلي، حقوق الإنسان في الإسلام. دار ابن كثير، دمشق 1997م، ص 114 وما بعدها.
- (16) ابن عابدين، الدر المختار. دار إحياء الكتب العلمية، بيروت 1386هـ (5/370). الآبي، جواهر الإكليل. مصورة دار المعرفة، بيروت 1366هـ (2/223). الكرمي، غاية المنتهى. مطبعة الرياض ط2: 1401هـ/1981م (3/419).
- (17) الشرح الكبير للدردير (4/138). ابن فرحون، تبصرة الحكام. طبعة مصر 1356هـ (1/40).
- (18) ابن همام، فتح القدير. دار الفكر، بيروت د.ت (5/463). حاشية الدسوقي (4/138). ابن قدامة، المغني. دار الفكر العربي، بيروت 1405هـ (10/97).
- (19) المرادوي، الإنصاف. نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت د.ت (11/220).
- (20) سنن الترمذي رقم 1331.
- (21) ابن جزي، القوانين الفقهية. دار القلم، بيروت د.ت، ص 226. شرح المحلى (4/97).
- (22) أبو زهرة، العقوبة. مطبعة الدجوي، القاهرة د.ت، ص 560.
- (23) حاشية ابن عابدين (6/544). الشرح الكبير للدردير (4/234). زكريا الأنصاري، أسنى المطالب. الطبعة الميمنية، مصر 1313هـ (4/4-9). التعزير في الشريعة الإسلامية، ص 373.
- (24) أبو يوسف، الخراج. المطبعة السلفية، القاهرة 1392هـ ص 118. ابن رشد، بداية المجتهد. دار الفكر، بيروت د.ت (2/405). أسنى المطالب (4/9-22).

- (25) ابن نجيم، البحر الرائق. دار المعرفة، بيروت د.ت (8/384). الآبي، الثمر الداني. المكتبة الثقافية، بيروت د.ت، ص575. روضة الطالبين (9/201). المغني (8/253) والأرش هو الواجب من المال فيما دون النفس تعويضا عن النقص.
- (26) المستدرک للحاکم وصححه على شرط مسلم رقم 8356. سنن أبي داود رقم 4537. مسند أحمد رقم 286.
- (27) السياسة الشرعية. دار الكتب العلمية، بيروت 1386هـ، ص150. ويقصد بالضرب المشرع: ضرب المتهم المعروف بالفجور والفساد، وضرب المسجون المؤذي المتمرد في سجنه. انظر: حسن أبو غدة، فقه المعتقلات والسُّجون. مكتبة الرشد، الرياض 1427هـ، ص106.
- (28) القواعد النموذجية الدنيا: القاعدة 31.
- (29) صحيح مسلم رقم 2564.
- (30) الخراج، ص162.
- (31) معاملة المسجونين في الإسلام للفحاح، مقال بمجلة الوعي الإسلامي، عدد شهر شوال 1392هـ/1972م، ص37. السلال معروفة، وأما التُّكُّك فجمع تكة، وهي الحبل الرفيع يُشدُّ به السروال. انظر: تاج العروس.
- (32) شرح المحلى مع حاشية القليوبي (3/65).
- (33) بدائع الصنائع (7/174). بداية المجتهد (2/262). منهاج الطالبين (2/285). المغني (5/192).
- (34) القواعد النموذجية الدنيا: القاعدة 76.
- (35) الهداية (3/230). الشرح الكبير (3/264). منهاج الطالبين (2/285). المغني (4/265).
- (36) حاشية ابن عابدين (6/661). الشرح الكبير (3/306). كشاف القناع (4/325).
- (37) انظر: أهلية السُّجين وصحة تصرفاته في: بدائع الصنائع (7/174). الشرح الكبير (2/353).
- (38) بدائع الصنائع (7/174). حاشية الدسوقي (3/519). المغني (7/234).
- (39) منهم د/ محمد رأفت عثمان، أستاذ الفقه المقارن بجامعة الأزهر. و د/ نصر فريد واصل مفتي مصر الأسبق.
- (40) بدائع الصنائع (7/174). وانظر هذه الحقوق أيضا في: فقه المعتقلات والسُّجون، ص505.
- (41) سنن أبي داود رقم 4477 وأصله في صحيح البخاري باب: ما يكره من لعن شارب الخمر رقم 6397.
- (42) البداية والنهاية (11/93)
- (43) تبصرة الحكام (1/120 وما بعدها)

- (44) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (5/386). المغني (10/128 وما بعدها).
- (45) تبصرة الحكام (1/120)
- (46) د/ شريف الرحموني، نظام الشرطة في الإسلام. الدار العربية للكتاب، تونس ص 187.
- (47) الموسوعة البريطانية (14/1102)
- (48) القواعد النموذجية الدنيا، القاعدة 60 و 61 و 66
- (49) المبسوط (20/107). تبصرة الحكام (2/203). الماوردي، الأحكام السلطانية. مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ط3: 1393هـ، ص 236. ابن القيم، إعلام الموقعين. نشر دار الجيل، بيروت 1973م (4/370).
- (50) ابن كثير، البداية والنهاية. بيروت ط2: 1977م (3/329). الكتاني، الترتيب الإدارية. دار الكتاب العربي، بيروت د.ت (1/48).
- (51) البداية والنهاية (8/97).
- (52) الخراج لأبي يوسف ص 163.

#### قائمة المراجع:

- الأحكام السلطانية، الماوردي. مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ط3: 1393هـ.
- أحكام القرآن، ابن العربي المالكي. دار الفكر للطباعة، بيروت د.ت.
- أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري. الطبعة الميمنية، مصر 1313هـ.
- إعلام الموقعين لابن القيم. نشر دار الجيل، بيروت 1973م.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرادوي. نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت د.ت.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، دار المعرفة، بيروت د.ت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني. دار الكتاب العربي، بيروت ط2: 1402هـ/ 1982م
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد الحفيد. دار الفكر، بيروت د.ت.
- البداية والنهاية، ابن كثير. بيروت ط2: 1977م.
- تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون. طبعة مصر 1356هـ.
- الترتيب الإدارية نظام الحكومة النبوية، الكتاني. دار الكتاب العربي، بيروت د.ت.

- التعريفات، الجرجاني. طبع مصطفى البابي الحلبي، مصر 1357هـ/ 1938م.
- التعزير في الشريعة الإسلامية، د/ عبد العزيز عامر. ط5 القاهرة 1396هـ/ 1976م.
- الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الآبي. المكتبة الثقافية، بيروت د.ت.
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، الآبي الأزهري. مصورة دار المعرفة، بيروت 1366هـ.
- حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار. دار إحياء الكتب العلمية، بيروت 1386هـ.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدردير. دار الفكر، بيروت د.ت.
- الحق في العدالة الجنائية، د/ محيي الدين عوض. بحث ضمن ندوة حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، جامعة نايف للعلوم الأمنية بالرياض 1422هـ.
- حقوق الإنسان في الإسلام د/ محمد الزحيلي. دار ابن كثير، دمشق 1997م.
- الخراج لأبي يوسف القاضي. المطبعة السلفية، القاهرة 1392هـ.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي. المكتب الإسلامي، بيروت 1305هـ.
- سنن أبي داود. تحقيق محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت د.ت.
- سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت د.ت.
- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ابن تيمية. دار الكتب العلمية، بيروت 1386هـ.
- صحيح البخاري. تحقيق مصطفى ديب البغا. دار ابن كثير، بيروت ط3: 1407هـ/ 1987م.
- صحيح مسلم. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي، بيروت د.ت.
- العقوبة، الشيخ محمد أبي زهرة. مطبعة الدجوي، القاهرة دت
- غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، الكرمني. مطبعة الرياض ط2: 1401هـ/ 1981م.
- فتح القدير، ابن الهمام. دار الفكر، بيروت د.ت.
- الفروع، ابن مفلح. دار عالم الكتب، بيروت ط3: 1402هـ.

- فقه المعتقلات والسُّجون بين الشريعة والقانون، د/ حسن أبو غدة. مكتبة الرشد، الرياض 1427هـ.
- القوانين الفقهية، ابن جزي المالكي. دار القلم، بيروت د.ت.
- كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتي. دار الفكر، بيروت 1402هـ.
- الكليات، الكفوي. مؤسسة الرسالة، بيروت 1419هـ/1988م.
- المبسوط، السرخسي. طبعة الثالثة بيروت.
- مجموع الفتاوى، ابن تيمية. مكتبة ابن تيمية، الرياض د.ت.
- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة المسجونين، طبع المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة بالقاهرة 1965م.
- المستدرك على الصحيحين، الحاكم. دار الكتب العلمية، بيروت ط1.
- مسند أحمد. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون. مؤسسة الرسالة، بيروت. الطبعة: الثانية 1420هـ، 1999م.
- معاملة المسجونين في الإسلام، إبراهيم محمد الفحام. مقال منشور مجلة الوعي الإسلامي، عدد شهر شوال 1392هـ/1972م.
- المغني، ابن قدامة الحنبلي. دار الفكر العربي، بيروت 1405هـ.
- الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، الشيخ علي الخفيف. دار النهضة العربية، مصر 1990م.
- الموسوعة البريطانية، في الجزء 14 عن السجن، طبعة 15 العام 1974م.
- نظام الشرطة في الإسلام إلى أواخر القرن الرابع الهجري، د/ محمد الشريف الرحموني. الدار العربية للكتاب، تونس.
- الهداية شرح بداية المبتدي، المرغيناني. المطبعة الخيرية، مصر 1326هـ.

## المعالجة التشريعية للنظام الانتخابي الجزائري

د. سي موسى عبد القادر

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس بالمدينة

ملخص:

يُعتبر الانتخاب أو التصويت المحور الرئيس أو المرآة العاكسة و المعبرة عن مدى التطبيق العملي لمبادئ الديمقراطية، و هو الأداة التي تسمح بإسهام الشعب في صنع القرار السياسي بصورة تتلاءم مع مقتضيات العصر، و هو بذلك يُمثل صياغة توفيقية بين خضوع الشعب لنوابه وسيادته عليهم، و في هذا المضمار ترتبط ديناميكية النسق السياسي بالنظام الانتخابي، إذا كان هذا الأخير يُشارك ويُساهم في تعيين الفاعلين، فالانتخابات في الدول الديمقراطية هي الأساس الذي تقوم عليه شرعية السُلطة إذ لا وجود في هذه الدول إلا للسلطة المنبثقة عن الانتخاب.

الكلمات المفتاحية: التصويت، الديمقراطية، الشعب، القرار السياسي، السيادة، النظام الانتخابي، الشرعية، السُلطة.

### Résumé

Est l'élection ou de voter principale plaque tournante ou réfléchissant et expressif de la façon dont l'application pratique des principes de miroir de la démocratie, et est un outil qui permet à la contribution de la population dans la prise de décision politique sont compatibles avec les exigences de l'époque, et il est représenté ainsi une formulation de compromis entre la subordination des gens de ses adjoints et de la souveraineté d'entre eux, et ce domaine sont liés à la dynamique de l'échelon politique au système électoral, si celui-ci participe et contribue à la nomination des acteurs, des élections dans les pays démocratiques est la base sur laquelle la légitimité du pouvoir, car il n'existe pas dans ces pays, mais de puissance émanant de l'élection.

## مقدمة:

يُعد القانون العضوي كمصدر قانوني ثاني للنظام الانتخابي في الجزائر بعد الدستور، وكانت غاية المشرع في إسناد نظام الانتخابات إلى القانون العضوي هو تجنيبه التعديلات المتكرر و بالتالي تحقيق الاستقرار القانوني لأكبر مدة زمنية ممكنة، فقد شمل القانون العضوي رقم 16/10 المؤرخ في 25/ غشت/ 2016 كل المراحل و الإجراءات التي تمس جانب الانتخابات بدءاً من التسجيل في القوائم الانتخابية و إلى غاية الإعلان الرسمي عن النتائج.

لقد أوكل القانون العضوي مهمة إعداد القوائم الانتخابية و مراجعتها للإدارة كونها صاحبة الاختصاص الطبيعي في التحضير للعملية الانتخابية، فحدد الشروط الواجب توافرها في الناخب ( المواد من 3 إلى 5 ) و بين شروط التسجيل في القوائم الانتخابية و حدد كفاءات وضع القوائم الانتخابية و مراجعتها من المواد (6 إلى 13)، وهي مرحلة هامة جدا كونها تمس هيئة الناخبين التي يقع على عاتقها أمر اختيار من ينوب عن الشعب في تولى الشؤون العامة، كما حدد الشروط الواجب توافرها في المترشح و بين إجراءات الترشح و بين أنواع الترشيحات و كيفية إيداعها أمام الجهات المختصة بذلك .

## المبحث الأول: الضوابط القانونية التي تحكم أطراف العملية الانتخابية

نظراً لأهمية العلاقة الموجودة بين المترشح و الناخب هذا الأخير الذي يقع على عاتقه إسناد السلطة و اختيار الأشخاص الذين يمثلونه تمثيل حقيقي أردت أن أسلط الضوء على أطراف هاته العملية الانتخابية من حيث الشروط المطلوب توافرها في كل من الناخب الذي يقوم بإسناد هذه السلطة و المترشح الذي يقوم بممارسة هاته السلطة بناءً على عملية الانتخاب، إن هذه الشروط التي هي أساس ضبط عملية اختيار الممثلين من جهة المترشح و ضبط عامل النضوج و الإدراك و الوعي السياسي من جهة الناخب مما يؤدي إلى حسن اختيار واعي و هادف و بناء يخدم مبدأ التمثيل السياسي لأفراد المجتمع و يخدم الديمقراطية المنشودة و بالتالي يخدم الصالح العام.

## المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الناخب.

إن الأخذ بمبدأ الاقتراع العام في الجزائر لا يعني بالضرورة أن يمارس جميع الأفراد حق الانتخاب، بل إن هناك جملة من الشروط يجب توافرها في الناخب، وهذه الشروط يصنفها الفقه الدستوري إلى شروط التمتع بحق الانتخاب و شروط ممارسة حق الانتخاب و عليه نتطرق إلى شروط التمتع بحق الانتخاب ثم إلى شروط ممارسة حق الانتخاب.

### أولاً: شروط التمتع بحق الانتخاب:

تنص المادة الخامسة (3) من القانون 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات، على ما يلي: " يعد ناخبا كل جزائري و جزائرية بلغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة يوم الاقتراع وكان متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ولم يوجد في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع المعمول به. "

من خلال نص هذه المادة يمكن إجمال شروط التمتع بحق الانتخاب في شرط الجنس والجنسية و السن و التمتع بالحقوق المدنية والسياسية و المواطن.

الجنس: إن الشيء الجدير بالملاحظة بخصوص هذه المسألة هي أن النظام الانتخابي الجزائري لم يعرف التفرقة بين الرجل والمرأة من حيث تمتع كل منهما بالحقوق الانتخابية وهذا منذ الاستقلال سواء من حيث المبدأ في الدساتير المختلفة أو من حيث الممارسة في كافة قوانين الانتخاب 1.

فإلى عهد قريب كان حق الانتخاب قصراً على الذكور دون النساء وهذا يعد مخالفاً للمبدأ الديمقراطي القائم على مبدأ المساواة .

إلا أنه وفي الوقت الحاضر، فإن معظم دساتير دول العالم تمنح هذا الحق للمرأة على أساس المساواة مع الرجل و ذلك بازدياد دور المرأة داخل المجتمع، وبالمقابل هناك من يعترض على تقرير حق التصويت للنساء، مثل الدستور الإيراني و دستور المملكة العربية السعودية، هذا و قد كان الدستور المصري الصادر عام 1923 و دستور 1930 يقصران حق الانتخاب على الذكور دون الإناث 2.

أما فيما يخص المؤسس الدستوري الجزائري فقد منح حق الانتخاب للمرأة مع الرجل على قدم المساواة، حسب نص المادة 62 من دستور 2016

وفي هذا الصدد نجد بعض الدول تفرق بين الوطنيين الأصلاء و الوطنيين بالتجنس فلا يكون هؤلاء حق مباشرة الحقوق السياسية إلا بعد مضي مدة معينة على اكتسابهم للجنسية، و ذلك حتي يثبت ولائهم للدولة التي عقدوا العزم على الارتباط بها. 3.

و بالرجوع إلى النظام الانتخابي الجزائري خلال مرحلة التعددية الحزبية، فإنه لم يحدد المادة القانونية التي يجب أن يقضيها الشخص الذي يكتسب الجنسية الجزائرية، لكي يتمتع بحق الانتخاب بل ترك ذلك لقانون الجنسية .

ويرى البعض بخصوص هذا الموضوع ضرورة قضاء فترة اختبار لا تقل عن خمس سنوات قبل الاعتراف للمتجنس بحق الانتخاب ولا تقل عن 10 سنوات قبل الاعتراف له بحق

الترشح للمجالس النيابية، حيث أنه خلال هذه الفترة يثبت المتجنسون مدى ارتباطهم بالدولة التي حصلوا على جنسيتها. 4.

فالمشرع المصري يشترط في الشخص الذي اكتسب الجنسية المصرية عن طريق التجنس لكي يقيد في جدول الانتخاب أن تمضي مدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ اكتسابه إياها وذلك حسب نص المادة الرابعة من القانون رقم 73 لسنة 1956 الخاص بمباشرة الحقوق السياسية.

إلا أن هناك بعض البلدان لم تفرق بين الوطنيين الأصليين و الوطنيين بالتجنس من حيث مباشرة حق الانتخاب، ولم تشترط مرور فترة زمنية معينة و من ذلك الدستور اللبناني. السن: حدد السن اللازم للتمتع بحق الانتخاب في النظام الانتخابي الجزائري بـ 18 سنة وهو ما نصت عليه جميع القوانين الانتخابية، وهذا ما أكدته المادة 03 من القانون 10/16 فاشتراط حد أدنى من العمر هو أمر منطقي حتى يستطيع المواطن الإدراك عقليا وبالتالي يتمكن من مباشرة حقه الانتخابي، فلا يعقل أن يتقرر حق الانتخاب للأطفال حديثي العهد والمراهقين. 5.

لذا تولي الدول أهمية بالغة لهذا الشرط فجاءت أحكامها مختلفة بشأن تحديد السن القانوني للتمتع بحق الانتخاب يبدأ أن الفقه الدستوري يرى أنه من الأفضل أن يتطابق سن الرشد المدني مع سن الرشد السياسي .

أما بخصوص النظام القانوني الجزائري، فإنه جعل سن الرشد السياسي أقل من سن الرشد المدني حسب نص المادة 40 القانون المدني الجزائري 19 سنة و سن الرشد السياسي كما رأينا 18 سنة، لذا يستحسن أن يوحد بينهما، وهذا بالنظر إلى الأهمية البالغة التي يتمتع بها حق الانتخاب حيث أن ممارسة هذا الحق تتطلب القدرة اللازمة لإدراك وفهم مختلف البرامج المقدمة من طرف الأحزاب، إلى جانب المكانة الهامة التي يحتلها حق الانتخاب داخل الدولة و النظام السياسي وما تتطلبه معايير التفاضل السياسي من كفاءة .

وعموما فإذا كان سن الرشد السياسي أقل من سن الرشد المدني، فهو يهدف إلى إتاحة الفرصة للشباب للمشاركة في الحياة السياسية، فبالنظر إلى رغبتهم في التجديد والتغيير، في المقابل نجد الدساتير الرجعية وقصد التقليل من الناخبين ترفع السن اللازمة للتمتع بحق الانتخاب وتعلل ذلك بحجج مختلفة وهي في مجملها تتعلق بالخبرة والتجربة والنضج السياسي الذي تحتاجه بعض المسائل السياسية، هذا النضج الذي ينقص الشباب لذا أصبح السن في الدول الغربية لا يتجاوز إحدى وعشرين سنة وهو موازي لسن الرشد المدني .

المواطن: لم يعرف قانون الانتخابات الوطني الانتخابي، بل ترك ذلك للقواعد العامة حيث تحيلنا المادة 04 من القانون العضوي 10/16 إلى نص المادة 36 من القانون المدني، إذ تنص على ما يلي: " لا يصوت إلا من كان مسجلا في قائمة الناخبين بالبلدية التي بها موطنه، بمفهوم المادة 36 من القانون المدني"، وإذا عدنا إلى المادة 36 من القانون المدني الجزائري، نجدتها تنص على ما يلي: "مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكني يحل محلها مكان الإقامة العادي.".

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع الجزائري، قد أخذ بالتصوير الواقعي للمواطن أي بالإقامة الفعلية و بالتالي خالف القانون الفرنسي، الذي يأخذ بالتصوير الحكمي للمواطن بموجب المادة 102 قانون مدني فرنسي 6 .

بناء عما سبق يتبين أن النظام الانتخابي الجزائري لم يعرف المواطن الانتخابي، بل ترك ذلك للقواعد العامة، وهذا على عكس نظيره المصري الذي أعطى تعريفا واضحا للمواطن الانتخابي حيث تنص المادة 11 / 1 من القانون رقم 73 لسنة 1956 على ما يلي: " المواطن الانتخابي هو الجهة التي يقيم فيها الشخص عادة ومع ذلك يجوز له أن يختار لقيده اسمه الجهة التي بها محل عمله الرئيسي أو التي بها مصلحة جديّة أو مقر عائلته، ولو لم يكن مقيما فيها." ثانيا: شروط ممارسة حق الانتخاب

بعد توافر الشروط السابقة الذكر في الناخب، فإنه لا يستطيع ممارسة حقه الانتخابي دون أن يكون مقيدا و مسجلا في إحدى القوائم الانتخابية، وهذا الحكم تضمنه جميع القوانين الانتخابية في الجزائر، إلا أن الملاحظ بخصوص هذه المسألة هو أن التسجيل في القوائم الانتخابية خلال مرحلة التعددية الحزبية إجباري بالنسبة لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية، وذلك على خلاف مرحلة الحزب الواحد أين نجد القيد في القوائم الانتخابية يعد واجبا.

وفي هذا الإطار تنص المادة 6 من القانون 10/16 على ما يلي :  
"التسجيل في القوائم الانتخابية واجب بالنسبة لكل مواطن ومواطنة تتوفر في كل منهما الشروط المطلوبة قانونا"، كما مكن القانون الأفراد المقيمين في الخارج والمسجلين في المثلثات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية أن يطلبوا تسجيلهم، بالإضافة إلى كل مواطن أستعاد أهليته الانتخابية على إثر رد اعتباره أو رفع الحجز عليه، أو بعد استفادته من عفو شامل .

إن التسجيل في القوائم الانتخابية يهدف أساساً إلى التحقق من مدى توافر الشروط السابقة للتمتع بحق الانتخاب، وهو يعد أمراً جوهرياً لكل نظام نيابي، فدقة التعبير عن رأي صاحب السيادة مرتبطة بدقة وصفاء جداول الانتخاب وبالتالي فالقيد في القوائم الانتخابية يُعد عملاً اقرارياً لحق الانتخاب لا عملاً إنشائياً له 7 .

وللتحقق من صحة هذه القوائم والتأكد من مدى مطابقتها للواقع، ولقواعد قانون الانتخابات يقرر القانون عادة ضرورة مراجعة جداول الانتخاب بصفة دورية، لإضافة أسماء المواطنين الذين يثبت لهم الحق في الانتخاب إلى جانب حذف أسماء من طرأ عليهم ظروف تحرمهم من هذا الحق 8 .

ولضمان صحة القوائم الانتخابية فإن النظام الانتخابي في الجزائر خلال مرحلة التعددية حول للمواطنين حق تقديم الاعتراضات أثناء إعداد ومراجعة القوائم الانتخابية سواء تعلق الأمر بصدد تسجيل غير قانوني، أو الرفض غير المبرر للتسجيل في القوائم الانتخابية، حيث تنص المادة 18 من القانون 10/16 : "يمكن لكل مواطن أغفل تسجيله في قائمة انتخابية أن يقدم شكواه إلى رئيس اللجنة الإدارية..." وتنص المادة 19 من القانون المذكور أعلاه: "لكل مواطن مسجل في إحدى قوائم الدائرة الانتخابية أن يطلب كتابياً شطب شخص مسجل بغير حق أو تسجيل شخص مغفل تسجيله في نفس الدائرة"

وقد منح التعديل الأخير الممثلين المعتمدين قانوناً للأحزاب السياسية وللمترشحين الأحرار الحق في الحصول على نسخة من القائمة الانتخابية، وفي الأخير يلاحظ أن النظام الانتخابي قد مكن بعض الفئات ممارسة حقهم الانتخابي عن طريق الوكالة وهذا لأسباب صحية أو عملية وهذا ما نصت عليه المادة 53 من القانون 10/16 .

وأخيراً نشير إلى أن مبدأ الاقتراع العام أصبح إحدى الضرورات الديمقراطية، وكما يقول الأستاذ - بارتملي - : "أن الاقتراع العام أصبح بمثابة ظاهرة من الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية وتعاقب فصول السنة الأربعة، أننا نتأسف أو نحزن بسببه كما يأسف أو يحزن أهالي أوروبا الشمالية بسبب عودة الشتاء ولكنه (أي الاقتراع العام) أمر لا بد منه ولا جدوى من الأسف أو الحزن بسببه، فالأحسن أن نلائم بين ظروف البيئة، وهذا النظام لينتزع منه أكبر ما يستطيع من خير، ولننزع عنه أكبر ما يستطيع من شر . " 9

فهكذا تظهر أهمية المبدأ من كونه يهدف إلى إشراك الشعب في إدارة الشؤون العامة، بل البعض ذهب إلى أبعد من ذلك كون أن الديمقراطية الحقيقية لا توجد إلا وفق مبدأ الاقتراع العام

الذي يعكس حكمة اختيار الشعب للمرشح الأجدر و الأقدّر على توجيهه وتحمل مصالح الجماعة.10

و الواقع أنه لا أحد يستطيع أن ينكر أهمية مبدأ الاقتراع العام كما سبق تبيان من الناحية النظرية، إلا إن الواقع العملي بخلاف ذلك حيث أن الاعتبارات السابقة تتوقف على مدى وإيمان الهيئة الناخبة بتلك المبادئ والأهداف التي تساعد على مدى إقامة التقاليد الانتخابية داخل الدولة وتجسيدها في الواقع، ذلك أن الديمقراطية تفترض وجود نوع من التكوين والوعي السياسي والثقافي وهذه الظاهرة غير مستقرة وتختلف من دولة إلى أخرى فالانتخابات في الدول النامية أضحت اليوم غير جدية بالنظر إلى كل أشكال الضغط والمناورات التي تمارس على جمهور الناخبين.11

المطلب الثاني: شروط الترشح وإجراءاته.

اهتمت قوانين اغلب الدول بتنظيم عملية الترشح لمختلف الانتخابات، بوضع مجموعة من الشروط يجب توافرها في الشخص الذي يرغب في الترشح، إذا نجد أن دستور 2016 نص على مجموعة من الشروط الأساسية الخاصة بالترشح لرئاسة الجمهورية بموجب المادة 87 و أحال للقانون العضوي المتعلق بالانتخابات مهمة تحديد شروط الترشح للانتخابات النيابية وذلك بموجب المادة 120 من الدستور، كما أن إجراءات الترشح هي الأخرى تخضع إلى مجموعة من النصوص القانونية والمراسيم التنفيذية لها و المحددة لكيفية سحب الترشيحات و مواعيد الترشح و كذا الجهات التي تشرف على هذه العملية، بالإضافة إلى تحديد الوسائل الكفيلة بحل ما ينشأ من منازعات في هذا الشأن.

و على هذا الأساس سنتناول في هذا المطلب الشروط الموضوعية ( أولاً ) ثم ننتقل إلى دراسة إجراءات الترشح (ثانياً)

أولاً- الشروط الموضوعية : وهي الشروط الموضوعية العامة التي يجب أن تتوفر في أي مواطن يرغب في ترشيح نفسه للانتخابات النيابية أو الرئاسية، التي أخذت بها تشريعات الدول المتخلفة بصدد تنظيمها لحق الترشح، وهذه الشروط هي التمتع بالحقوق المدنية و السياسية الجنسية، السن، أداء الخدمة العسكرية .

### 1- شرط التمتع بالحقوق المدنية و السياسية.12

المبدأ الأساسي المتعارف عليه في الأنظمة الانتخابية هو أن كل ناخب له الحق في أن يكون منتخبا، و أن المواطن لا يتمتع بحقه في أن يكون منتخبا إلا إذا كان له الحق في أن يكون ناخباً، و من شروط تمتع المواطن بصفة الناخب، كما سبق الحديث عنها و هو

تمتعه بالحقوق المدنية و السياسية، فإنه من باب أولى أن يفرض هذا الشرط بالنسبة للشخص الذي يرغب في ترشيح نفسه للانتخابات، لذلك نجد قوانين مختلف الدول تقضي- بمنع المواطنين غير المتمتعين بحقوقهم المدنية ( كالمحجور عليهم لجنون أو لسفه أو عته) من ممارسة حقهم في الترشح، إذا من غير المعقول أن يسمح لشخص بتولي رئاسة دولة أو عضوية مجلس نيابي و هو محروم من التصرف في شؤونه الخاصة .

كما يمنع من مباشرة هذا الحق الأشخاص الغير متمتعين بحقوقهم السياسية المتمثلة في الثقة و الائتمان، ذلك أن مرتكبي الجرائم الماسة بالشرف أو الاعتبار أو الكرامة الأدبية لا يمكن لهم بأي حال من الأحوال أن يمثلوا الأمة إذا نجد أن المشرع الجزائري يقضي بمنع ممارسة حق الترشح للانتخابات على الأشخاص المحرومين من التصويت لفقدان الأهلية المدنية و كذا الأشخاص المحكوم عليهم لارتكابهم جناية أو جنحة، و كذا المحرومين من الترشح لارتكابهم الجرائم الانتخابية المتمثلة في : - تسجيل أو محاولة تسجيل أو شطب اسم شخص من القائمة بدون حق و باستعمال تصريحات أو شهادات مزورة - . القيام بالحملة الانتخابية خارج الفترة القانونية - عدم إعداد المترشح حساب حملته الانتخابية - الامتناع عن تسليم القائمة الانتخابية، أو محضر فرز الأصوات أو محضر الإحصاء البلدي أو الولائي للأصوات إلى الممثل القانوني لكل مترشح .

و إذا كانت اغلب التشريعات الانتخابية قيدت حق الترشح بضرورة تمتع المواطن الراغب في الترشح بالحقوق السياسية و المدنية، و التي تهدف إلي تمتع المترشح في النهاية بحسن السيرة و السلوك الحسن، و في سياق هذا الكلام انقسم الفقه بشأن ضرورة النص أو عدم النص صراحة في القوانين الانتخابية على شرط حسن السمعة و السلوك بالقياس على قوانين الوظيفة العامة التي تتضمن النص صراحة على هذا الشرط إلي فريقين 13.

فريق يرى أنه لا حاجة لوضع شرط حسن السيرة و السمعة بصفة مستقلة عن شرط المتعلق بالحقوق المدنية و السياسية و حاجتهم في ذلك: أن الجهة المخولة في تحديد أو معرفة مدى توافر حسن السمعة من عدمه هي السلطة التنفيذية من خلال ما تقوم به من تحريات خلال فترة الترشيحات و هي في النهاية تحريات تنقصها النزاهة و المصدقية لعدم حياد الإدارة التي تعتمد بموجب هذه الصلاحيات إلي اختيار نواب يسرون في فلکها و يسايرونها في الأهواء الإيديولوجية و بذلك تصبح الدولة بوليسية أساسها التحريات التي تبتعد عن النزاهة و الصدق و هي نتائج يفوق ضررها النتائج المترتبة على وصول بعض النواب سيئ السمعة إلي البرلمان.

و في مقابل ذلك يري الاتجاه الثاني أنه يجب النص على شرط حسن السيرة و السلوك في القوانين الانتخابية وحتهم في ذلك :

-أن السيرة الحسنة للنواب تصفي على السلطة التشريعية الاحترام الواجب لها الذي يتفق مع مهامها الخطيرة في التشريع، و في الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، و إذا كانت قوانين الوظيفة العامة تتطلب هذا الشرط بالنسبة للموظف المرشح للوظيفة التنفيذية، فكيف لا يشترط بالنسبة لغير الموظف، و بالتالي هناك إخلال بمبدأ المساواة.14

و الواقع أن لكل من الاتجاهين حجج و جبهة، وإن كان الاتجاه الثاني هو المرجح عند أغلبية الفقهاء.. على أساس أنه أقرب إلي الواقع، لان سمعة المجلس النيابي و احترامه أمر لازم و يجب أن يكون في المقام الأول فوق كل اعتبار.

ذلك أن الانتخاب يقتضي اختيار أفضل العناصر و أطهرها، لذلك نري أنه يتعين أن يشترط في الشخص الذي يتقدم إلي ترشيح نفسه إلي المجالس النيابية أن يكون محمود السيرة و حسن السمعة، مما ينعكس على المجلس ذاته من وقار و هيبة تتناسب و مكانته المرموقة بين سلطات الدولة المختلفة.

ووجوب النص في القوانين الانتخابية على شرط السمعة و حسن السيرة يحقق هدفين أساسيين :

-يحقق لعملية الترشح جانبا و قائما، يتمثل في قيام الأشخاص ممن تحوم حولهم الشبهات و الذين يتطلعون إلي الوصول إلي مقاعد المجلس النيابي بقصد تحقيق أهدافهم الشخصية و استغلال النفوذ، بالتفكير ملياً قبل الإقدام على ترشيح أنفسهم بما يحقق الحماية لعملية الترشح.

-يحقق الحماية للديمقراطية بإقصاء كل مترشح على أساس انتفاء شرط السمعة لديه، إذ بموجبه يمكن إبعاد العناصر المعروفة بعداؤها للديمقراطية.

## 2- شرط الجنسية:

يعتبر شرط الجنسية من الشروط الضرورية للترشح للانتخابات السياسية المختلفة باعتبارها رابطة انتماء و ولاء بين الفرد و دولته، و إذا كانت أغلب التشريعات تشترط في المواطن أن يكون متمتعاً بجنسية الدولة ليسمح له بممارسة الاقتراع، فإنه من باب أولي أن يؤكد على هذا الشرط بالنسبة للفرد الذي يرغب في الترشح لتمثيل مواطني الدولة سواء على رأس السلطة التنفيذية أو على مستوى المجالس النيابية، إذ أنه من غير المنطقي أن يمارس الأجنبي هذا الحق في دولة غير دولته، و إذا كانت تشريعات مختلف الدول تكاد تجمع على إقرار هذا الحق

لمواطنيها المتمتعين بجنسيتها، إلا أنها اختلفت بشأن المتجنسين من حيث المدة المحددة التي يمكنهم من خلالها ممارسة هذا الحق و كذا المهمة المراد الترشح لها.

### 3 - شرط السن :

تشتط قوانين الانتخابات لمختلف الدول سنا معيناً في الفرد حتي يتمكن من ترشيح نفسه تبعاً لظروفها السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية إذا تعتبر هاته الدول أن السن يمثل لها مؤشراً للحكمة و العقل و التبصر وإدراك الأمور ذات الصلة بالشؤون العامة و الصالح العام للدولة.

ففي فرنسا و بناءً على قانون الانتخاب تم تحديد سن الترشح لانتخابات رئيس الجمهورية و الجمعية الوطنية بـ 23 سنة كاملة يوم الانتخاب، و رفعت سن الترشح لمجلس الشيوخ إلي 35 سنة في حين سوت بين الترشح لانتخابات المجالس المحلية و سن الاقتراع بـ 18 سنة، أما المشرع الجزائري فقد حدد العمر المقرر للترشح للمجلس الشعبي الوطني بـ 25 سنة و هو بذلك يفوق السن المقرر لهذا المجلس بالنسبة للمشرع الفرنسي، كما أن المشرع الجزائري و بناءً على الإصلاحات التي جاء بها دستور 1996 على مستوي الهيئة التشريعية بخلق غرفة ثانية وهي مجلس الأمة حدد سن العضوية بـ 35 سنة 19

أما بالنسبة للسن الخاصة بالمجالس المحلية في الجزائر نلاحظ بأن قانون الانتخابات نزل بها إلي سن 25 سنة بهدف إشراك الشباب في هذه المجالس حتى يتسنى لهم اكتساب الخبرة و الكفاءة اللازمة لممارسة المهام النيابية على المستوي الوطني في المستقبل .

أما بالنسبة للسن المقرر لرئيس الجمهورية، فإنه رغم ما تقدم بشأنها من تبريرات فإن اشتراط سن الأربعين في المترشح للرئاسة أمر منطقي و أمر فيه إقتداء بالسن الذي بدء فيه الوحي ينزل على النبي صلى الله عليه و سلم، إذا يكون فيه المترشح أكثر كمالاً و إدراكاً و حنكة و خبرة 20.

هذا من جهة و من جهة أخرى فكما تم تحديد سن الترشح بـ 40 سنة فحبذا لو أن المشرع الجزائري يتدخل و يحدد للمترشح لهذا المنصب شرطاً إضافياً كما فعل المشرع التونسي و هو تحديد سن أقصى للترشح و هو 70 سنة على أساس أن التقدم في العمر يحول دون القيام بأعباء هذه الوظيفة الخطيرة، خاصة إذا كان المترشح يتقدم لأول مرة و هو ما أعلنت عنه ملكة هولندا السابقة - جوليانا- عندما تنازلت عن العرش في عيد ميلادها الحادي والسبعين بقولها أنه " سيدرك كل ما يتقدم في السن آجلاً أم عاجلاً أن عليه مواجهة حقيقة أن قوته تتلاشي و أن استمراره في المسؤولية يدل عن عدم شعور بالمسؤولية "

#### 4- أداء الخدمة العسكرية أو الإعفاء النهائي منها.

من غير المنطقي أن يستدعي للخدمة الوطنية رئيس الجمهورية أو عضو البرلمان خلال فترة الرئاسة أو عهده النيابة، بما يحول بينه وبين القيام بواجباته، لذلك تشترط قوانين الانتخاب في المترشح أن يكون قد أدى الخدمة العسكرية أو أعفي منها، ويرجع السبب في تأكيد القوانين على هذا الشرط إلى ضرورات الأمن الوطني والمصلحة العليا للبلاد التي يجب تقديمها على غيرها من الواجبات و شرط أداء الخدمة العسكرية هو شرط جديد جاء به القانون العضوي للانتخابات 07 /97 في المادة 07 فقرة 03 بالنسبة للمترشح للمجالس النيابية و المادة 157 فقرة 09 بالنسبة للمترشح لرئاسة الجمهورية، و لعل السبب في عدم وضع هذا الشرط ضمن نصوص القوانين الانتخابية السابقة لسنة 1989، يعود بالدرجة الأولى إلى سيطرة الحزب الواحد في اختيار المترشحين لجميع الانتخابات ومن ثم تبقي له جميع الصلاحيات في وضع شروط اختيار المترشحين، أما بالنسبة للقوانين الانتخابية التي صدرت طبقاً لدستور 1989، تأثرت بالتحويلات السياسية التي شهدتها الجزائر آنذاك مما انعكس على طريقة وضعها حيث جاءت بطريقة مترجلة مما أدى إلى إدخال عدة تعديلات عليها في فترة وجيزة.

#### 5- شرط المؤهل العلمي:

تجدر الإشارة إلى أن القوانين الانتخابية لم تتطرق لمثل هذا الشرط، رغم أهمية توافره في من يسعى للحصول على عضوية رئاسة الدولة أو عضوية البرلمان بغرفتيه، نظراً لما تنطوي عليه هذه الوظائف من مهام تتعلق بالمصالح العليا للدولة في جميع الجوانب الاقتصادية والاجتماعية و السياسية، إذا يري - بارتلمي - بأنه أصبح من المبادئ العلوم السياسية أن الجماعات يجب أن يتولي شؤون أمرها النخبة الممتازة، و يتساءل البعض عن الأساس الذي اعتمده المشرع في اشتراطه المؤهل العلمي لشغل الوظائف الإدارية في الدولة، و طرح هذا الشرط جانباً بالنسبة لأخطر الوظائف السياسية، و ينتهي إلى القول بأنه إذا كان المؤهل العلمي ضروريا لشغل الوظائف العامة ما على منها و ما دنى، فإنه أكثر أهمية بالنسبة للوظائف السياسية التي يضطلع شاغلوها بأكثر مهام الدولة أهمية و حساسية، إلا أن هذا الاتجاه رغم تأكيده على ضرورة المؤهل العلمي للمترشح إلا أنه اختلف حول مستوى التأهيل، إذا ذهب البعض إلى ضرورة اشتراط المشرع حصول المترشح على مؤهل عال يتيح له إمكانية المشاركة الفعالة في العمل البرلماني بوعي و فهم حقيقيين 17.

و يذهب اتجاه آخر إلى ضرورة اشتراط مؤهل علمي معين و ليس مؤهل عال مراعاة لظروف دول العالم الثالث التي مازالت تعاني من انتشار الأمية بين شعوبها .

إلا أن هناك من الفقهاء من عارض إدراج شرط المؤهل العلمي، و يري بأن التشريع ليس عملاً فنياً و لكنه عملاً سياسياً بالدرجة الأولى، و أن الناحية الفنية تعد ترجمة لمضمون العمل السياسي و ذلك في صيغ قانونية حتى تكون قابلة للتطبيق، و لهذا فإنه ليس مطلوب بأن يكون جميع النواب رجال قانون، فليس البرلمان مجلس فقهاء أو علماء وإنما هو مجلس جماهير الشعب بجميع فئاته و طبقاته و اتجاهاته و ميوله .

إلا أن الرأي القائل بضرورة النص على شرط المؤهل العلمي في القوانين الانتخابية وهو الرأي الأجدد بالإتباع إلا أنه و نظراً للاعتبارات الثقافية و المستوي التعليمي لأغلبية الشعب الجزائري نقتح مستوى تعليمي أو مؤهل علمي معين و ليكن مستوى نهاية الدراسة الثانوية بالنسبة للمجالس المحلية و شهادة الدراسة الجامعية بالنسبة للمجلس التشريعي، حتى يتسنى لمرشحي هذه الوظائف الاضطلاع بها بالصورة التي تحقق معها التمثيل النيابي المنشود و ارتفاع مستوى الأداء البرلماني و الحكومي على السواء .

#### ثانياً- إجراءات الترشح ( الشروط الشكلية)

لقد ميز المشرع الجزائري بناءً على القانون العضوي بين الإجراءات المتبعة لترشح للانتخابات التشريعية و بين إجراءات الترشح للانتخابات المحلية، و بناء على ذلك سنقوم بدراسة الإجراءات المتعلقة بانتخابات المجلس الشعبي الوطني و الانتخابات المحلية و ذلك لاتفاقيتها تقريباً في الإجراءات، ثم نتطرق للإجراءات الخاصة بالترشح لعضوية مجلس الأمة.

#### أ/ إجراءات الترشح للانتخابات التشريعية و المحلية :

تبدأ عملية الترشح بسحب استمارة التصريح بالترشح مسبقاً من مصالح الولاية أو من الممثلات الدبلوماسية أو القنصلية بالنسبة لمرشحي الجالية الجزائرية بالخارج للمجلس الشعبي الوطني، و تسحب هذه الاستمارات بتقديم ممثل المنتخبين بالترشح المؤهل قانوناً برسالة يعلن فيها نية تكوين قائمة ترشيح

مع إلزامية التصديق عليها إذا كانت القائمة حرة، أما إذا كانت تحت غطاء حزب سياسي يشترط وضع ختم الحزب المعني على الرسالة .

و تحتوي استمارة الترشح التي تكون في شكل حافظة ما يلي :

1 / استمارة إيداع قائمة المترشحين.

2 / استمارة المعلومات الخاصة بكل مترشح في القائمة

3 / مطبوع يتضمن ترتيب المترشحين.

4 / قائمة الوثائق المطلوبة لتكوين الملف.

و تتضمن استمارة إيداع المترشحين البيانات التالية: - الدائرة الانتخابية - تسمية قائمة المترشحين - الانتماء السياسي - اسم مودع الملف و لقبه - ترتيب مودع الملف في القائمة - تاريخ الإيداع و ساعته، بالنسبة لاستمارة إيداع قائمة المترشحين في الدوائر الانتخابية بالخارج تتم وفق نفس الأشكال باللغة العربية و اللغة اللاتينية .

و تتضمن استمارة المعلومات الشخصية للمترشح البيانات التالية : الدائرة الانتخابية، تسمية القائمة، ترتيب المترشح في القائمة، اسم المترشح و لقبه باللغة العربية و اللاتينية، الجنس، تاريخ الميلاد و مكانه، المهنة، المستخدم، الجنسية، النسب، الحالة العائلية، العنوان الشخصي، الوضعية إزاء الخدمة الوطنية، المستوى التعليمي، مع إرفاق القوائم الحزبية بوثيقة التزكية موسومة بتوقيع المسؤول الحزبي المخول قانوناً بذلك .

أما بالنسبة لقوائم الأحرار ترفق مع اكتاب التوقيعات الشخصية للمترشحين، و التي تتم بناء على عليية جمع التوقيعات على استمارة تحدد مواصفاتها التقنية من قبل وزارة الداخلية تسلم من المصالح الولائية تتضمن كذلك مجموعة من البيانات التالية تتعلق بالموقعين و هي : أسماء الموقعين و ألقابهم و عناوينهم و أرقام بطاقات تعريفهم الوطنية أو أي وثيقة رسمية أخرى تثبت هويتهم، مع اشتراط عدم توقيع الناخب على أكثر من قائمة و إلا تعرض لعقوبة الحبس من 6 أشهر و بغرامة من 10000 إلى 50000 دج.، و عدد استمارات التوقيعات الشخصية يجب أن يكون مساويا على الأقل لنسبة 5 بـ٪ من ناخبي الدائرة الانتخابية المعنية، بشرط أن لا يقل العدد عن 150 ناخبا و لا يزيد عن 1000 ناخب المراد تمثيلهم بالدائرة بالنسبة لمرشحي المجالس المحلية، أما بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني فعدد التوقيعات المطلوبة هي 600 استمارة اكتاب التوقيعات الشخصية من ناخبي الدائرة الانتخابية المراد تمثيلها لكل مقعد مطلوب شغله.، و بعد الانتهاء من عملية جمع التوقيعات مصادقا عليها من قبل ضابط عمومي ( رئيس البلدية و نوابه، أو موثق، أو محضر- قضائي ) تقدم هذه الاستمارات إلى رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية في الدائرة الانتخابية، حيث يقوم هذا الأخير بمراقبة التوقيعات و التأكد من صحتها باختيار عينة منها لا تقل عن 5 بـ٪ من عدد الموقعين و يعد محضراً بذلك تسلم نسخة منه إلى المعنيين .

ب / الآجال القانونية لإيداع قوائم الترشح: حدد القانون العضوي للانتخابات المدة القانونية لإيداع قوائم الترشح بعد صدور مرسوم دعوة الهيئة الناخبة بخمسين يوماً كاملة

قبل تاريخ الاقتراع بالنسبة للانتخابات المحلية و خمسة و أربعين يوماً بالنسبة للانتخابات التشريعية، مع إرفاق الملف المتضمن قائمة المترشحين بكافة الوثائق المطلوبة و الخاصة بكل مترشح و التي تتضمن مايلي :

-مستخرج من شهادة الميلاد - صفيحة السوابق العدلية رقم 3 - شهادة الجنسية - نسخة طبق الأصل لبطاقة التعريف الوطنية أو أية وثيقة أخرى تثبت الهوية جواز سفر رخصة السياقة - نسخة طبق الأصل لبطاقة الناخب أو شهادة التسجيل في القائمة الانتخابية - شهادة أداء الخدمة الوطنية أو الإعفاء منها - صورتان شمسيتان للمترشح رأس القائمة واحدة منها في شكلها الأصلي - صورتان شمسيتان للمترشحين الآخرين الأساسيين والمستخلفين بالقائمة - شهادة التزكية من الحزب السياسي بالنسبة للقوائم المقدمة تحت رعايته أو رعاية عدة أحزاب سياسية - شهادة من محضر- الاعتماد لاكتتاب التوقيعات الصادرة عن اللجنة الانتخابية المختصة إقليمياً بالنسبة للمترشحين الأحرار - البرنامج الذي سيتم شرحه طوال الحملة الانتخابية.

يجب أن تتضمن قائمة المترشحين للمجالس الشعبية البلدية و الولائية عددا من المرشحين يساوي عدد المقاعد المطلوب شغلها، و عددا من المستخلفين لا يقل عن نصف عدد المقاعد المطلوب شغلها .

أما بالنسبة لقوائم المترشحين للمجلس الشعبي الوطني فيجب أن تشتمل على عدد من المترشحين بقدر عدد المقاعد المطلوب شغلها، مع إضافة ثلاثة مترشحين إضافيين .

مع تسليم وصل إيداع بذلك إلي المرشحين بالترشح، ويشترط في المرشح أن ليرشح في أكثر من قائمة أو في أكثر من دائرة انتخابية، كما لا يمكن تسجيل اثنين ينتميان إلي أسرة واحدة سواء كانت القرابة بالنسب أو المصاهرة حتى الدرجة الثانية في قائمة واحدة، ويتعرض كل شخص قام بترشيح نفسه في أكثر من قائمة أو في أكثر من دائرة انتخابية في اقتراع واحد إلي عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلي ثلاثة سنوات، و بغرامة مالية من 500 دج إلي 5000 دج .

بعد تقديم قوائم الترشح لا يمكن تعديل أي قائمة أو سحبها إلا في حالة الوفاة و الموانع القانونية و حسب الشروط التالية:

-إذا توفي مترشح من مترشحي القائمة قبل انقضاء اجل إيداع الترشح يستخلف بمبادرة من الحزب المقدم للقائمة، و يرتب المرشحون الموجودون في الرتبة الأدنى في الرتبة التي تلوها مباشرة بما فيهم المرشحون المستخلفون و تبقي الوثائق التي أعدت لإيداع القائمة الأصلية صالحة.

-في حالة رفض ترشيحات بصدد قائمة، يمكن تقديم ترشيحات جديدة في اجل لا يتجاوز الشهر السابق لتاريخ الاقتراع .

### ج- الجهة المختصة بدراسة ملفات الترشح :

بالنسبة لعملية دراسة ملفات الترشح للانتخابات التشريعية والمحلية، اسند القانون العضوي للانتخابات مهمة دراستها إلى الوالي، ففيما يتعلق بدراسة ملفات المترشحين للانتخابات المحلية تنشأ على مستوي الولاية خليتين مختلفتين تحت إشراف الوالي، الأولى تكلف بدراسة ملفات الترشح للبلدية و الأخرى للانتخابات الولائية، ويشترط في أعضاء هذه اللجان أن يكونوا من الإطارات الاكتفاء الذين بمقدورهم التحكم في ملف الانتخابات من جميع جوانبه مع تزويدها بكل الوسائل و الأدوات اللازمة للقيام بمهامها على أحسن وجه، مع وضع تحت تصرف هذه الخليتين سجلين مرقمين و موقعين من طرف الوالي، يوضع كل سجل تحت تصرف خلية تسجل فيه جميع المعلومات المتعلقة بسير العملية، وتكون القرارات المتخذة بشأن ملفات الترشح من طرف الوالي شخصيا و تحت مسؤوليته، مع السهر على الاحترام الصارم للأجال القانونية الخاصة بدراسة الملفات و المحددة بأجل 10 أيام من تاريخ إيداع ملفات الترشح.

أما بالنسبة لدراسة ترشحات أعضاء المجلس الشعبي الوطني تتم على مستوي الولاية وعلى مستوي المصالح الدبلوماسية أو القنصلية المعنية بالنسبة للمترشحين بالخارج، وفي جميع الأحوال يجب أن يبلغ قرار الرفض معللا إلى المعنيين في فترة لا تتجاوز 10 أيام كاملة ابتداء من تاريخ إيداع ملف الترشح.، الذي يمكن أن يطعن فيه أمام القضاء، في حين نجد أن المشرع الفرنسي اسند مهمة رفض الترشيحات للقضاء الإداري بناء على طعن في عدم شرعية الترشح يقدم من طرف الوالي خلال 24 ساعة و على المحكمة أن تفصل في ذلك خلال ثلاثة أيام على الأكثر في قبول الترشح أو رفضه .

أما بالنسبة لترشيحات مجلس الأمة، و بناء على القانون العضوي و بموجب المادة 127 يمكن لكل عضو في المجلس الشعبي الولائي أو البلدي أن يترشح لعضوية مجلس الأمة متى توافرت فيه الشروط القانونية للترشح، بإيداع تصريح بالترشح على مستوي الولاية في نسختين تسلمهم إدارة الولاية للمعني للمئها والتوقيع عليها، و يوضع على مستوي الولاية سجل خاص لهذا الغرض يدون فيه مايلي:

-الاسم واللقب والكنية إن وجدت وصفة المترشح - وتاريخ الإيداع وساعته، كم تدون فيه جميع الملاحظات الخاصة بتشكيل الملف.

ويودع التصريح بالترشح خلال 15 يوما قبل تاريخ الاقتراع ولا يمكن تغييره أو سحبه بعد إيداعه إلا في حالة الوفاة، والجهة المختصة بمراقبة مدى توافر الشروط القانونية للمترشح هي اللجنة الانتخابية الولائية التي لها صلاحية رفض أي ترشح بقرار معلل، مع تبليغه للمعني في مهلة يومين كاملين ابتداء من تاريخ إيداع التصريح بالترشح مع قابلية هذه القرار للطعن أمام القضاء.

### المبحث الثاني: ضمانات ممارسة حق الانتخاب في التشريع الجزائري

تشمل الضمانات المتعلقة بممارسة حق الانتخاب جملة من الإجراءات الواجب إتباعها للحيلولة دون حدوث حالات الغش الانتخابي المؤثر في مصداقية العمليات الانتخابية وعموما تنقسم هذه الإجراءات إلى الضمانات المتعلقة بمرحلة الإعداد للانتخابات والضمانات المتعلقة بإجراء الانتخابات، وأخيرا الضمانات اللاحقة لإجراء الانتخابات، وهو ما سيتم توضيحه في ثلاثة فروع مستقلة.

#### المطلب الأول: الضمانات المتعلقة بمرحلة الإعداد للانتخابات

تشمل هذه الضمانات الحيدة في تقسيم الدوائر الانتخابية وصدق القوائم الانتخابية وهو ما سيتم توضيحه من خلال هذا الفرع، وذلك بغية الإحاطة بكل هذه الإجراءات نظرا لأهميتها البالغة في تحديد مصير المترشحين.

#### أولاً- الحيدة في تقسيم الدوائر الانتخابية :

بالنسبة لمسألة تقسيم الدوائر الانتخابية في النظام الانتخابي الجزائري فإن المشرع الدستوري الجزائري خلال المرحلة الأولى للإصلاحات السياسية قد جعلها من اختصاص السلطة التنفيذية والتي بدورها تولت مهمة تقسيم الدوائر الانتخابية أين قدمت مشروع قانون التقسيم الانتخابي الذي تبناه البرلمان بسهولة وكان ذلك بموجب القانون 07/91 والقانون 18/91 في سنة 1991 الذي أحدث ردود فعل كبيرة لدى مختلف التشكيلات السياسية وذلك باعتماده على المعيار الجغرافي المجحف.

ونظرا لأهمية تقسيم الدوائر الانتخابية فإن الحكومة أو الأغلبية البرلمانية تستغل هذا الإجراء قصد تمكين أنصارها من الفوز في الانتخابات ولهذا تلجأ إلى دحض معارضيها وخصومها، وتعتمد إلى تمزيق الدوائر الانتخابية لتشتيتهم حتى يصبحوا أقليات 18 .

وكما تلجأ إلى القيام بتقسيمات غير متكافئة بالنسبة للدوائر الانتخابية وعلى هذا الأساس هناك من يرى ضرورة أن يكون تحديد الدوائر الانتخابية سابقا على موعد إجراء الانتخابات لمدة معقولة .

لكن على الرغم من أهمية هذا الإجراء إلا أنه تعثره بعض الصعوبات العملية في تطبيقه خاصة في الدول النامية التي تكون مساحتها كبيرة وعدد سكانها كذلك، فالقضية ليست مسألة وقت بقدر ما تتعلق بتحديد الجهة التي يجب عليها تولى هذه الإجراءات إذ يجب ألا تترك في يد السلطة التنفيذية .

#### ثانياً- صدق القوائم الانتخابية :

أما فيما يتعلق بصدق الجداول الانتخابية فإن معظم الفقه الدستوري يرى أن بقدر ما تكون هذه الجداول صادقة يكون الانتخاب معبرا بصدق عن رأي وموقف صاحب السيادة خلال الانتخابات.19

وقد سمح القانون للمواطنين الحق في تقديم الاعتراضات أثناء إعداد ومراجعة القوائم الانتخابية، سواء تعلق الأمر بصدد تسجيل غير قانوني أو الرفض غير المبرر للتسجيل في القوائم الانتخابية ويكون هذا الاعتراض أمام اللجنة الإدارية بخصوص الانتخابات المحلية إذ يرجع الفصل النهائي للمحاكم الإدارية وذلك بموجب المادة 20 من القانون 06/16 بالفصل في هذه الاعتراضات بقرار غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن في أجل أقصاه 10 أيام .

#### المطلب الثاني: الضمانات الخاصة بإجراء الانتخابات

ويندرج ضمن هذه الضمانات عنصرين أساسيين سرية التصويت وضرورة الإشراف الكامل للقضاء على العمليات الانتخابية، وهو ما سيتم توضيحه في هذا الفرع .  
أولاً- سرية التصويت :

تنص المادة الثانية من القانون 06/16 على: " الاقتراع عام مباشر وسري"، وسرية التصويت كما هو معلوم مرتبطة بحرية الانتخاب حيث أن المبدأ المقرر في الانتخابات التنافسية هو أن يكون الانتخاب حراً وهذه الحرية لها عدة مظاهر إذ بإمكان الناخب أن يضع ورقة الانتخاب ببراءة، ومن حقه ألا يساهم في الاقتراع ومن حقه كذلك حرية اختيار من يشاء من المترشحين، وعليه تعد سرية الانتخاب أمراً أساسياً وضرورياً للانتخاب حيث أن التصويت العلني يتطلب شجاعة كبيرة غير متوفرة في المواطن العادي .

ولم تكن السرية في العصور الوسطى قاعدة محترمة، ففي فرنسا خلال فترة حكومة الجمعية بعد الثورة الفرنسية لعام 1789 كان الاتجاه نحو التصويت العلني هو الغالب وما يفسر ذلك هو أن فرنسا في ظل حكومة الجمعية كانت أقرب إلى المجتمع الإجتماعي كون هذا الأخير يميل إلى علنية الانتخابات، إلا أنه في نهاية عهد الجمعية بدأ الاتجاه نحو

الحكمة حيث كان لحكومة الجمعية الفضل في النص على سرية التصويت وهذا في دستور السنة الثالثة للثورة في المادة 21 منه التي تنص على أن: " كل الانتخابات تتم بالاقتراع السري 20"

وهكذا قررت دساتير معظم الدول هذا المبدأ، حيث ينص الدستور المصري لعام 1971 على هذا المبدأ في المادة 87 منه بخصوص انتخابات مجلس الشعب وكذلك الدستور التونسي لعام 1959 نص على هذا المبدأ في الفصل 19، وبدوره المشرع الدستوري الجزائري نص على هذا المبدأ في المادة 118 من دستور 2016 بخصوص انتخاب المجلس الشعبي الوطني وأخيرا نشير إلى بعض الوسائل الاحتياطية لضمان سرية التصويت والمتمثلة في المغلاف الرسمي والمعزل (الغرفة السرية)، حيث القوانين تفرض على الناخب استعمال مغلف رسمي مسلم من طرف الإدارة يضع فيه ورقة الانتخاب .

ثانياً- ضرورة الإشراف الكامل للقضاء على عمليات التصويت .

قد تعتمد في بعض الأحيان السلطة التنفيذية إلى التلاعب بالنتائج الانتخابية وهذا بواسطة اللجان المكلفة بمهمة إعداد القوائم الانتخابية إذ يقوم أعضاء هذه اللجان بتسديد بطاقات الاقتراع بأسماء المواطنين المتخلفين عن الحضور يوم الانتخاب أو تقوم هذه اللجان باستبدال صناديق لصالح مرشحي الحكومة .

و بناء على هذه الانحرافات الخطيرة أصبحت هذه الدول تعهد لرجال القضاء مهمة الإشراف والمراقبة خلال مختلف المناسبات الانتخابية، وبالرجوع إلى النظام الانتخابي الجزائري خلال مرحلة التعددية الحزبية نجد المشرع الدستوري الجزائري قد أشرك رجال القضاء في الإشراف على عملية إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها إذ تتكون اللجنة الانتخابية الإدارية من قاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليمياً رئيساً إلى جانب رئيس المجلس الشعبي البلدي وممثل الوالي وهذا حسب نص المادة 15 من القانون 06/16 وهذه الضمانة غير كافية، إذ أن عملية التزوير وتغيير النتائج الانتخابية تتم عند الفرز بمكتب التصويت وخاصة بتغيير محاضر الفرز والشيء الجدير بالذكر في هذا المقام هو أن التعديل الأخير لقانون الانتخابات بالجزائر أضاف إجراء آخر يعد هاماً ويحد نوعاً ما من الانحرافات السابقة يتمثل في ضرورة تسليم نسخة لمحضر الفرز مصادق على مطابقتها للأصل من طرف رئيس مكتب التصويت إلى الممثل المؤهل قانوناً لكل مترشح أو قائمة المترشحين الأحرار .

و في هذا السياق هناك من ذهب إلى ضرورة إشراف القضاء على مراقبة اللجان الفرعية التي تعد كما قدمنا سلفا مسرحا لعمليات التزوير وهذا لن يتأتى إلا عن طريق جعل الانتخاب على مراحل ( مرحلة أو مرحلتين ) لا على مرحلة واحدة .

إن هذا الحل الأخير يصعب تحقيقه في الواقع العملي خاصة في دول العالم الثالث التي تنعدم فيها ثقافة الديمقراطية إلى جانب تفشي ظاهرة الجهل والأمية، والواقع أن مسألة المحافظة على نزاهة التصويت تتجلى في إتباع الإجراءات التي تحد من إمكانية وقوع الغش الانتخابي إلى جانب التصدي لكل المناورات والتجاوزات التي تشوه الانتخاب وتؤثر على مصداقيته وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى مسألتين وهما حالات الغش الانتخابي والاحتياطات الانتخابية وهي تتعلق إجمالاً بمعالجة الناخب لورقة الانتخاب وكل الاحتياطات التي تكبح حالات الغش 21 .

خاتمة :

ختاماً لهذا الموضوع نشير إلى أن الضمانة الحقيقية لنزاهة العمليات الانتخابية تتمثل أساساً في إقامة دولة القانون وذلك بخضوع جميع المؤسسات داخل الدولة للقانون إلى جانب احترام حقوق وحرية الأفراد التي تشكل قيدا حقيقيا على السلطة داخل الدولة، بالإضافة إلى تكريس مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد ضمانة حقيقية تحول دون استبداد كل سلطة كما لا ننسى أهم إجراء وهو ضرورة حرص المواطنين على أداء حقهم الانتخابي ومتابعة كل الإجراءات الانتخابية، ذلك أن سلامة الانتخابات في جميع مراحلها أمر يتوقف على مدى تقدم الشعوب أو تأخرها السياسي والمعياري الوحيد للقياس هذا التقدم والتأخر هو معيار الرأي العام، هذا المعيار الأخير يعد في مقدمة الضمانات السابقة، ذلك أنه حتى ولو سلمنا بضرورة إشراف القضاء على متابعة مختلف العمليات الانتخابية.

قائمة المراجع والهوامش:

- 1- الأمين شريط، التعددية الحزبية في تجربة الحركة الوطنية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2004، ص 291
- 2- سامي جمال الدين، النظم السياسية و القانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية جلال حرب وشركاء، 2005، ص 198.
- 3- سامي جمال الدين، نفس المرجع السابق، ص 200.
- 4- رفعت عبد الوهاب محمد، النظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1996، صفحة 212
- 5- بدوي ثروت، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة 1972، ص 350.

- 6 - زواوي فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000 ص 90.
- 7- شيحا إبراهيم عبد العزيز، النظم السياسية و القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 277 .
- 8 - رفعت عبد الوهاب محمد، النظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1996. ص 316.
- 9- متولي عبد الحميد، نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1985، ص 114
- 10- Ardant philippe : Droit constitutionnel et Institution politique; 8 eme Edition, Paris 1997 p191
- 11- بوقفة عبد الله، آليات تنظيم السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003 ص 74.
- 12- عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية و القانونية، دار الجامعيين، القاهرة، 2002 ص 913.
- 13- طارق خضر، الرقابة القضائية على شروط الترشح لعضوية مجلس الشعب، مجلة كلية الدراسات العليا، القاهرة، العدد 04 جانفي 2001، ص 293
- 14 - محسن خليل، القانون الدستوري و النظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997 ص 343.
- 15 - صلاح الدين فوزي، البرلمان دراسة مقارنة تحليلية لبرلمانات العالم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص 19
- 16 - سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الطبعة الثالثة الجزائر 1993. ص 207
- 17 - عمر حلمي فهمي، الانتخاب و تأثيره على الحياة السياسية و الحزبية، الطبعة الثانية، 1991. ص 33.
- 18 - ثروت بدوي، نفس المرجع السابق. ص 284.
- 19- ثروت بدوي، نفس المرجع السابق، ص 285
- 20- الشرقاوي سعاد، دار الفكر النظم السياسية في العالم المعاصر العربي، القاهرة 1986. ص 171
- 21 - شيحا عبد العزيز، النظم السياسية و القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر. ص 337.

## عقد التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة في الجزائر

د. سردو محمود

أستاذ محاضر قسم "ب"

جامعة جيلالي بونعامة بخميس مليانة

ملخص:

لقد تبنى المشرع الجزائري تفويض المرفق العام كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة، حيث صدرت مجموعة من القوانين تتعلق بهذا الموضوع بدأت بقانون المياه ثم قانون البلدية وأخيرا قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث وضع المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام الخاصة بهذا الأسلوب غير أنه أحال في كثير من الأحيان إلى التنظيم.

### Résumé :

Législateur algérien a adopté la délégation de service publique comme une nouvelle style à la gestion des services publics, où il a publié une série de lois relatives à ce sujet, ont commencé à loi des eaux et la loi relative à la commune et enfin le règlement des marchés publics et des délégations de service public.

### الكلمات المفتاحية:

التفويض، المرفق العام، الامتياز، الوكالة المحفزة، المرافق العامة الاقتصادية، اتفاقية التفويض، التسيير.

### Mots clés :

Délégation, service public, concession, régie intéressée, service public économique, convention de délégation, gérance.

### مقدمة:

لقد أدت فكرة تطور المرفق العام وظهور المرافق العامة الاقتصادية إلى ظهور أساليب جديدة لتسيير المرافق العامة، ولا سيما المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري أو ما تعرف بالمرافق العامة الاقتصادية، فالمعروف عن هذا النوع من المرافق أنه يحقق عائدات مالية، أي أنه يمول نفسه بنفسه ولو بصفة جزئية، وقصد

تحسين الخدمات التي يقدمها المرفق من جهة، ورفع الأعباء عن كاهل الإدارة ظهرت هذه الأساليب التي تهدف إلى إشراك القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة بل بلغ الحد أحيانا إلى إنشائها كليا أو جزئيا، ومن بين هذه الأساليب نجد عقد التفويض أو ما يعرف بتفويض المرفق العام، هذا الأسلوب الذي ظهر في الفقه والقانون الفرنسي- في نهاية القرن الماضي أي في التسعينات، وما زاد هذا الموضوع أهمية هو تطور القانون العام الاقتصادي الذي أصبح هذا الموضوع جزء منه.

ولئن كانت أسلوب التفويض قد ظهر في فرنسا كما ذكرت سابقا، فإنه انتقل إلى العديد من الدول مثل المغرب، تونس لبنان وغيرها، غير أن المشرع الجزائري وإن كان قد تبنى هذا الأسلوب في وقت مبكر من خلال قانون المياه الصادر في سنة 2005، إلا أنه تردد كثيرا في تعميم هذا الأسلوب على باقي المرافق العامة، إلى أن جاء قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذي صدر في سنة 2015 والذي أتى ببعض أحكام هذا الأسلوب.

ومحاولة مني لدراسة هذا الموضوع طرحت الإشكالية التالية:

كيف تعامل المشرع الجزائري مع أسلوب تفويض المرفق العام؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت هذا الموضوع إلى مبحثين هما:

- الإطار العام لتفويض المرفق العام.

- إجراءات تفويض المرفق العام.

**المبحث الأول: الإطار العام لتفويض المرفق العام**

إن دراسة تفويض المرفق العام تقتضي الإحاطة بجوانبه الأساسية التي تؤدي إلى التعريف به بما لا يدع غموضا في هذا الموضوع، وذلك بالتطرق إلى مفهومه والمبادئ العامة التي يقوم عليها.

**المطلب الأول: مفهوم التفويض للمرفق العام**

لقد ظهر مصطلح التسيير المفوض للمرفق العام أو تفويض المرفق العام في المنظومة القانونية الفرنسية في بداية تسعينات القرن الماضي من خلال القانون المتعلق بالإدارة الإقليمية Loi Joxe وقانون محاربة الرشوة والشفافية Loi Sapin<sup>1</sup>، وإن كان هذا المصطلح يستعمل

<sup>1</sup> - Loi 93-122 du 29/01/1993 relative a la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publique.

قبل ذلك من طرف الأستاذ J. M. Auby في كتابه الصادر في الثمانينات ' Les service public local.

وحتى يتضح هذا المصطلح سوف أورد هنا مجموعة من التعاريف الفقهية والتشريعية الخاصة بتفويض المرفق العام.

لقد أورد الفقه الفرنسي العيد من التعريف لهذا الأسلوب، إذ عرف الأستاذ دروبنكو B. Drobenko بأنه العقد الذي يقوم بموجبه شخص عام مسؤول عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق لمفوض له - شخص عام أو خاص - ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفق<sup>1</sup>، أي أن تفويض المرفق العام هو العقد الذي يفوض بموجبه شخص عام (الدولة أو أحد فروعها) ويسمى المفوض، شخص آخر وهو المفوض له مهمة تسيير مرفق عام، ويتلقى هذا الأخير مقابله المالي من نتائج استغلال هذا المرفق.

وعرفه الأستاذ Carol بأنه تقنية من شأنها تمكين المتعاقد مع شخص خاص لتسيير مرفق عام حسب العقود الموجودة والمعروفة باسم الامتياز والتسيير، فهو مفهوم واسع يشمل كل العقود التي تتنازل الدولة من خلالها عن تسيير مرفق عام<sup>2</sup>.

وأما بالنسبة للفقه العربي فقد عرفه الأستاذ عبد القادر باينة بأنه يقترب من الامتياز ويعتبر شكلا جديدا في تدبير المرفق العام، يتم بواسطة عقد بمقتضاه تعهد الإدارة بتدبير مرفق عام وتساهم في ذلك بتقديم بعض المنشآت أو المعدات التي كانت تستعملها لذات الغرض، وتستفيد في ذلك الإدارة ببعض الامتيازات، ويتلقى المفوض إليه مقابل تدبيره للمرفق العام ربحا أو تعريفات من المرتفقين<sup>3</sup>.

فمن خلال هذه التعاريف الفقهية نستنتج أن تفويض المرفق العام هو وأما بالنسبة لتعريفه من المشرع، فإن قانون سابان الذي يعتبر أول تشريع تبنى هذا الأسلوب فإنه لم يعرفه في بداية الأمر بل ترك الفقه، غير أنه تدارك هذا الأمر في سنة 2000 وقدم له التعريف التالي:

<sup>1</sup> - أو كمال حسين، المرفق العام للمياه في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص 127.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، 128.

<sup>3</sup> - بودراف مصطفى، التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق بجامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011-2012، ص 44.

<sup>4</sup> - عبد القادر باين، " أشكال النشاط الإداري " مشورات زاوية، مطبعة الأمنية الرباط، 2007، ص 21.

Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service<sup>1</sup>.

أي هو عقد بمقتضاه يعهد شخص معنوي عام تسيير مرفق تحت مسؤوليته إلى مفوض له من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، ويكون الأداء مرتبط بنتائج الاستغلال، وقد يكلف المفوض له بإقامة منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية للمرفق العام. وقد تناول المشرع الجزائري تفويض المرفق العام من خلال قانون المياه<sup>2</sup>، قانون البلدية<sup>3</sup> وقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام<sup>4</sup>، غير أنه لم يعط تعريفا له، وبالرجوع إلى قانون الأملاك الوطنية<sup>5</sup>، نجده قد ذكره باسم الامتياز وعرفه بأنه "العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمى صاحب الامتياز حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/ أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز".

فمن خلال التعاريف السابقة يمكن القول إن التفويض هو عبارة عن انسحاب الدولة أو الجماعة الإقليمية من مباشرة عملية التسيير ومنحها لشخص من أشخاص القانون الخاص لمباشرة هذا التسيير، ويتميز التسيير عن طريق التفويض بالخصائص التالية:

- تفويض المرفق العام هو عقد وكالة حيث تقوم الإدارة من خلاله بتوكيل مهمة تسيير واستغلال المرفق العام لشخص آخر.

<sup>1</sup> - L'art.38 de la Loi 93-122 du 29/01/1993 relative a la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publique.

<sup>2</sup>- أنظر المواد من 104 إلى 110 من القانون 12/05 المؤرخ 14/08/2005 المتعلق بالمياه، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 60.

<sup>3</sup>- القانون 10/11 المؤرخ في 22/07/2011 المتعلق بالبلدية، جريدة الرسمية العدد 37، السنة 38.

<sup>4</sup>- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 والمتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50.

<sup>5</sup>- أنظر المادة 64 مكرر من القانون 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون 14/08 المؤرخ في 20/07/2008، لجريدة الرسمية العدد 44.

- عقد التفويض من العقود الإدارية التي تخضع للقانون الإداري وتختلف عن عقود القانون الخاص، وأطرافه هما المفوض وهو شخص معنوي عام والمفوض له وهو شخص عام أو خاص.
- عقود التفويض من العقود الزمنية، إذ هو محدد بمدة معينة تحدد في العقد ولا يمكن أن يكون هذا العقد لمدة غير محددة.

وينقسم تفويض المرفق العام إلى نوعين: تفويض أصلي وتفويض فرعي

### 1- التفويض الأصلي:

يعتبر التفويض الأصلي ذلك التفويض الذي تقوم فيه الهيئة المسؤولة عن المرفق بتفويض مهمة تسيير هذا المرفق إلى شخص آخر (المفوض له) بصفة أصلية، أي لا تستمد الهيئة المفوضة صلاحياتها في التفويض من سلطة أخرى أو هيئة أخرى، أي أن لا يكون الشخص المفوض نفسه مفوض له تسيير هذا المرفق العام.

### 2- التفويض الفرعي:

يتم التفويض الفرعي من خلال قيام المفوض له الأصلي بتحويل كل النشاط المفوض له أو جزء منه إلى شخص آخر.

غير أن اعتبار العقد الذي يرمه المفوض له (التفويض الفرعي) تفويضا لم يجمع عليه الفقه، حيث ثار جدل بشأن هذا الموضوع، وانتهى الأمر بوضع مجموعة من الشروط يجب أن تتوافر في هذا النوع من الاتفاقيات لتدخل في إطار تفويض المرفق العام، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- أن يكون موضوع ومحل عقد التفويض الفرعي هو استغلال وتسيير المرفق العام
- أن تحتفظ السلطة المفوضة بكل صلاحياتها في التنظيم والرقابة، بصفتها صاحبة المرفق العام والمسؤولة عن تنظيمه وسيره، حيث يتحول المفوض له الأصلي إلى سلطة مفوضة عندما يبرم عقد التفويض الفرعي، وينتج عنه خضوع التفويض الفرعي لرقابة السلطة المفوضة الأصلية، وأن يتم هذا التفويض باسم ولحساب السلطة المفوضة الأصلية.
- أن تخضع اتفاقية التفويض الفرعي في إبرامها لإجراءات الإشهار والمنافسة.

### المطلب الثاني: المبادئ العامة لعقد التفويض

يقوم التسيير المفوض على مجموعة من الأسس والمبادئ وهي: وجود مرفق عام قابل للتسيير عن طريق التفويض، وجود علاقة تعاقدية بين المفوض والمفوض له، أن يؤدي

التفويض إلى استغلال المرفق العام، وأن يرتبط المقابل المالي الذي يأخذ المفوض له مع نتائج الاستغلال.

### أولاً: مرفق عام قابل للتفويض

يعد تفويض المرفق العام أحد الطرق إدارة المرافق العامة، و بالتالي يقتضي- وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض، فإذا غاب المرفق العام فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، وقد لحق بمفهوم المرفق العام الكثير من التطور، فلم يعد قاصراً علي المجالات التقليدية، بل شمل العديد من النشاطات التي كانت لا تدخل تقليدياً في مفهوم المرفق العام ولا سيما بظهور المرافق العامة الاقتصادية، وقد ساهم هذا التطور في اعتماد تقنية التفويض في مجالات متعددة و بصورة واسعة، إلا أن الدساتير و القوانين النافذة تمنع في غالب الأحيان أشخاص القانون العام من تفويض إدارة بعض المرافق العامة نظراً لارتباطها بسيادة الدولة وجوهر وظائفها<sup>1</sup>.

وقد حدد المشرع الجزائري المرافق العامة البلدية فيما يلي:

- التزويد بالمياه الصالحة للشرب.
- صيانة الطرقات وإشارات المرور.
- الإنارة العمومية.
- الأسواق المغطاة والأسواق والموازين العمومية.
- الحظائر ومساحات التوقف.
- المحاشر.
- النقل الجماعي.
- الخدمات الجنائزية وتهيئة المقابر وصيانتها بما فيها مقابر الشهداء.
- الفضاءات الثقافية التابعة لأملاك البلدية.
- فضاءات التسلية التابعة لأملاك البلدية.
- المساحات الخضراء<sup>2</sup>.

ولم يحدد المشرع الجزائري المرافق العامة غير القابلة للتفويض<sup>3</sup>، حيث جعل جميع المرافق البلدية قابلة للتفويض إلا ما يتنافى مع طبيعتها، كما أن الأمر لا يتوقف على قانون البلدية

<sup>1</sup> - محي الدين القطب، ص 444.

<sup>2</sup> - المادة 149 من قانون البلدية.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 15 من قانون البلدية.

فحسب بل كل المرافق العامة سواء كانت تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية هي مرافق عامة قابلة للتفويض، ولا سيما مرفق المياه الذي تناوله المشرع الجزائري بنصوص خاصة، ويستثنى من هذه العملية المرافق العامة الدستورية مثل الصحة، الأمن والدفاع التي لا يمكن تفويضها لأشخاص القانون الخاص.

#### ثانيا: العلاقة التعاقدية:

إن للعلاقة القائمة بين مانح التفويض وصاحب التفويض هي علاقة تعاقدية، فمانح التفويض هو شخص عام يمكن أن يكون الدولة أو البلديات أو المؤسسات العامة، وصاحب التفويض هو شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن يكون شخصا عاما أو خاصا، أي أن أطراف العقد هما شخص معنوي عام وآخر خاص، من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا العقد مرتبط بمرفق عام فهو عقد إداري لأن الشخص المعنوي العام طرفا فيه بصفته صاحب السلطة والسيادة، ولأن موضوعه يرتبط بالمرفق العام.

#### ثالثا: استغلال المرفق العام

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض استغلال مرفق عام، أي إدارة المرفق و تشغيله وفقا للغاية من إنشائه، تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض، فإذا كان صاحب التفويض يلتزم بتشغيل المرفق العام واستغلاله فإن ذلك يقتضي أن يتحمل مخاطر التشغيل، وأما إذا اقتصر دور صاحب التفويض على إدارة المرفق دون تحمل مخاطر التشغيل بصورة كلية أو جزئية، فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، كأن يتولى الشخص الخاص إدارة المرفق لقاء بدل محدد دون أن يتحمل مخاطر استغلال المرفق كالعقود المبرمة مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل إنتاج الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء أو إدارة الحاويات في الموانئ، فلا تعد هذه العقود تفويض مرفق عام<sup>1</sup>.

ويلقى على عاتق صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال الضرورية لتنفيذ المرفق العام موضوع العقد، ويجب أن يكون تحويل إدارة المرفق العام من الشخص العام إلى الشخص الخاص شاملا، بحيث يتولى الشخص الخاص أو صاحب التفويض القيام بجميع الأعمال التي يقتضها تأمين حسن تشغيل واستغلال المرفق العام.

ويتولى صاحب التفويض استغلال المرفق العام على نفقته، ويلقى على عاتقه تمويل عمليات التشغيل، وفي بعض العقود يتحمل أعباء إقامة المرفق العام أو جزء منه، ويقابل ذلك حصول صاحب التفويض على التعريفات الناتجة عن استعمال المستفيدين لخدمات

1- محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 445.

المرفق العام، أو على أجر محدد من قبل السلطة المانحة، ويجب أن يكفي المقابل المالي لتشغيل المرفق العام لنفقات التشغيل وتحقق لصاحب التفويض الأرباح التي يسعى إليها. ويعتبر تحمل صاحب التفويض لمخاطر استغلال المرفق العام المعيار المعتمد من طرف القضاء الإداري لتمييز عقد تفويض المرفق العام عن غيره من العقود الإدارية. ويترتب على ضرورة قيام صاحب التفويض بإدارة واستغلال المرفق العام على نفقته ومسؤوليته مجموعة من النتائج وأهمها:

- يقتضي أن تعطي اتفاقية التفويض صاحب التفويض الحق في تحديد القواعد والأنظمة الداخلية التي يخضع لها المرفق العام موضوع التشغيل والمتعلقة بتأدية الخدمات وعمليات التشغيل.
  - يجب على صاحب التفويض استخدام الإجراء والعاملين من اجل تأمين الأعمال المتعلقة بالتشغيل، وتقوم مع هؤلاء العاملين علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص لاسيما قانون العمل.
  - تنشأ علاقة تعاقدية بين صاحب التفويض من ناحية والمستفيدين من خدمات المرفق العام من ناحية أخرى، وتخضع هذه العلاقة لأحكام القانون الخاص.
  - يقتضي أن يمنح صاحب التفويض بعض امتيازات السلطة العامة التي يقتضها حسن التنفيذ المرفق العام، كحق طلب الاستهلاك.
  - يجب على صاحب التفويض تأمين الأموال اللازمة لتشغيل المرفق العام، وهذه الأموال يقتضي إعادتها إلى الشخص العام عند الانتهاء من تنفيذ العقد لظالمًا أنها مرتبطة بتشغيل المرفق وتجدر الإشارة إلى أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر استغلال ليس على درجة واحدة، فقد يكون شاملا في بعض العقود الإدارية كعقد الامتياز وإجارة المرفق العام، وعلى درجة اقل في عقود الإدارة بالشراكة ومشروع صفقة الأشغال العامة.
- كما أن تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار بمفرده قد طرأ عليه عدة تطورات، فلم يعد صاحب التفويض يواجه هذه المخاطر بمفرده، بل أصبح هناك نوع من التضامن بين طرفي العقد وذلك بهدف تمكين صاحب التفويض من مواجهة مخاطر التشغيل ومواجهة الصعوبات من دون تعطيل المرفق ومن أهم الوسائل التي تحقق التضامن المالي بين طرفي العقد هي:

- ضمان القروض التي يقترضها صاحب التفويض من المؤسسات المالية<sup>1</sup>.
- أداء السلطة المانحة مساهمات مالية إلى صاحب التفويض بهدف تأمين التوازن المالي للعقد وتغطية الخسائر التي تلحق بصاحب التفويض خصوصا بالنسبة للمرافق التي يلحق بها خسائر دورية كمرفق النقل الحضري.
- دفع الأشخاص العامة جزءا من المقابل المالي يكون متغيرا حسب نتائج الاستغلال وتطوره.
- أداء التعويضات إلى صاحب التفويض عند حدوث ظروف طارئة غير متوقعة عند إبرام العقد<sup>2</sup>.

#### رابعا: ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

لقد أكد الفقه والقضاء على أن عقد تفويض المرفق العام يتضمن ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض بنتائج الاستثمار، ويعني ذلك أن المقابل المالي يجب ان يعكس تحمل صاحب التفويض لمخاطر الاستثمار التي تنتج من ادارته للمرفق وتشغيله على نفقته ومسؤوليته.

ولا يعني ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار أن مصدر المقابل المالي هو المستفيدين من خدمات المرفق العام، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الاستغلال وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق.

ويشكل ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار معيارا للتمييز بين عقد تفويض المرفق العام والصفقات العمومية، فإذا كان المقابل المالي الذي يحصل عليه صاحب التفويض يمثل ثمنا للخدمات المقدمة دون أن يتحمل صاحب التفويض أية مخاطر، فنكون بصدد صفقة عامة وليس عقد تفويض مرفق عام، وهذا ما أكد عليه القضاء الإداري الفرنسي- الذي اعتبر في احد أحكامه أن المقابل المالي الذي يدفعه الشخص العام المحلي الذي عهد إلي جمعية استغلال مركز الترفيه، بحيث يقوم الشخص العام بإعطاء الجمعية مقابلا ماليا للخدمات المقدمة دون

<sup>1</sup> - نصت المادة 66 من قانون الأملاك الوطنية في فقرتها الأخيرة على إمكانية رهن المنشآت التي أقامها صاحب الامتياز من أجل تمويل المرفق العام.

<sup>2</sup> - محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 450.

أن يتحمل أية مخاطر مالية، يشكل ثمننا للخدمات المقدمة، ويعني ذلك أن العقد لا يمكن اعتباره تفويض مرفق وإنما هو صفقة عامة<sup>1</sup>.

وليس من الضروري لاعتبار المقابل المالي مرتبط بنتائج الاستثمار أن يكون مصدره أو القسم الأكبر منه، المستفيدين من خدمات المرفق العام، وإنما يشترط أن يرتبط بنتائج الاستغلال، إذ يمكن أن يكون القسم الأكبر من المقابل المالي مصدره المستفيدين دون أن يعكس ذلك ارتباطه بنتائج الاستغلال.

#### المبحث الثاني: إجراء تفويض المرفق العام

لم يتناول قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إجراءات إبرام عقد التفويض وإنما حدد مجموعة الأشكال الخاصة بهذا العقد من جهة، واشترط أن يتم هذا العقد في شكل اتفاقية

#### المطلب الأول: أشكال عقد التفويض

لقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من الأشكال الخاصة بتفويض المرفق العام، حيث نصت المادة 210 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أنه "يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام حسب مستوى التفويض والخطر الذي يتحمله المفوض له ورقابة السلطة المفوضة شكل الامتياز أو الإيجار أو الوكالة المحفزة أو التسيير كما هي محددة أدناه.

كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى غير تلك المبينة فيما يأتي وفق الشروط والكيفيات المحددة عن طريق التنظيم."

فمن خلال هذا النص نجد المشرع الجزائري ذكر أربع أساليب لتفويض المرفق العام على سبيل المثال وهي الامتياز، الإيجار، الوكالة المحفزة والتسيير، كما يمكن تكييف أساليب أخرى على أنها تفويضات مرفق عام وذكرها التشريع والفقهاء الفرنسيين وهي مشروع الأشغال العامة، عقد الإجارة الحكرية والامتيازات ذات الأجرة الافتراضية.

#### أولاً: الامتياز

عرف المشرع الجزائري الامتياز بأنه الأسلوب الذي "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة مرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام.

<sup>1</sup> - محي الدين القطب، مرجع السابق، ص 451.

- يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه<sup>1</sup>.
- فمن خلال هذا التعريف يمكن القول، أن الامتياز يتميز بالخصائص التالية:
- يتضمن عقد الامتياز تفويض أحد أشخاص القانون العام لإدارة مرفق عام إلى شخص آخر سواء كان طبيعياً أو معنوياً، عاما كان أو خاص.
  - يتولى صاحب الامتياز مقابلا ماليا من المستفيدين من خدمات المرفق العام، ويقتضي- أن يغطي المبلغ المالي الأعباء التي يتحملها صاحب الامتياز ويحقق الأرباح.
  - يمكن أن يتضمن عقد الامتياز إقامة منشآت عامة، أو اقتناء ممتلكات.
- وبهذه الخصائص يتميز الامتياز عن باقي أساليب التفويض<sup>2</sup>.

#### ثانيا: الإيجار

- عرف المشرع الجزائري الإيجار بأنه "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير مرفق عام وصيانته مقابل إتاوة سنوية يدفعها لها، ويتصرف المفوض له حيثنذ لحسابه وعلى مسؤوليته.
- تمول السلطة المفوضة بنفسها إقامة المرفق العام، ويدفع أجر المفوض له من خلال تحصيل الأتاوى من مستعملي المرفق العام."<sup>3</sup>
- فإيجار المرفق العام يتميز بالخصائص التالية:
- تتولى الدولة إقامة المرفق العام ونفقات المنشآت الأساسية له، وهذا عكس الامتياز الذي يتولى فيه المفوض له إقامة المرفق العام أو تجهيزه.
  - يتولى المفوض له تسيير المرفق العام وصيانته دون إقامة المنشآت الأساسية.
  - يتلقى المفوض له أتاوى تدفع من طرف مستعملي المرفق العام كما هو الحال في الامتياز.
  - يتولى المفوض له دفع إتاوة سنوية إلى الهيئة المفوضة.

<sup>1</sup> - أنظر الفقرات 3، 4، 5 من المادة 210 قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

<sup>2</sup> - محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 454.

<sup>3</sup> - أنظر الفقرتين 7 و 8 من المادة 210، قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

### ثالثا: الوكالة المحفزة

عرف المشرع الجزائري الوكالة المحفزة بأن "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها إقامة المرفق العام وتحفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية وحصصة من الأرباح عند الاقتضاء. تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".<sup>1</sup>

فالوكالة المحفزة تتميز بالخصائص التالية:

- تتولى الهيئة المفوضة إقامة المرفق العام وإدارته.
- يتولى المفوض إما تسيير المرفق العام أو تسييره صيانتة معا.
- يتولى المفوض له استغلال المرفق العام لحساب السلطة المفوضة وليس لحسابه الخاص حيث يحول المبالغ المحصلة من مستعملي المرفق العام إلى الهيئة المفوضة.
- تحدد إتاوة استعمال المرفق العام من طرف الجمهور بالاشتراك بين الهيئة المفوضة والشخص المفوض له.
- يتلقى المفوض له أجره من الهيئة المفوضة وليس من الجمهور المستعمل المرفق العام.
- تحدد أجرة المفوض بنسبة مئوية من رقم الأعمال ويمكن أن تضاف إليها منحة إنتاجية وجزء من الأرباح المحققة، حسب نص الاتفاقية.

### رابعا: التسيير

عرف المشرع الجزائري التسيير بأنه "تعهد السلطة المفوضة للمفوض له بتسيير أو بتسيير وصيانة المرفق العام، ويستغل المفوض له المرفق العام لحساب السلطة المفوضة التي تمول بنفسها المرفق العام وتحفظ بإدارته. ويدفع أجر المفوض له مباشرة من السلطة المفوضة بواسطة منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليها منحة إنتاجية. تحدد السلطة المفوضة التعريفات التي يدفعها مستعملو المرفق العام وتحفظ بالأرباح، وفي حالة العجز فإن السلطة المفوضة تعوض ذلك للمسير الذي يتقاضى أجرا جزافي، ويحصل المفوض له التعريفات لحساب السلطة المفوضة المعنية".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - أنظر الفقرات 9، 10، 11 من المادة 209، قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

- من خلال هذا النص، فإن التسيير كأسلوب للتفويض يتميز بالخصائص التالية:
- تتولى الهيئة المفوضة المرفق العام وتحتفظ بإدارته كما هو الحال في الوكالة المحفزة
  - يتولى المفوض له تسيير المرفق العام أو تسييره وصيانته معاً، كما هو الحال في الوكالة المحفزة.
  - يقوم المفوض له باستغلال المرفق العام لحساب الهيئة المفوضة، كما هو الحال في الوكالة.
  - تحدد الهيئة المفوضة الأتاوى التي يدفعها مستعملو المرفق العام لوحدها دون مشاركة المسير، بعكس الوكالة المحفزة.
  - يحصل المفوض له التعريفات لحساب الهيئة المفوضة وليس لحسابه الخاص، كما هو الحال في الوكالة المحفزة.
  - يدفع أجر المفوض له مباشرة من طرف الهيئة المفوضة في شكل منحة تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال نضاف إليها منحة إنتاجية.
  - تعوض الهيئة المفوضة للمفوض له في حالة العجز بمنحه أجرا جزافيا.
  - ومن هنا يمكن القول إن التسيير يختلف عن الوكالة المحفزة في أن المفوض له لا يشارك الهيئة المفوضة في تحديد التعريفات الواجب دفعها من طرف مستعملي المرفق العام، وبالمقابل يتلقى المفوض أجره جزافا في حالة العجز.
  - وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري الفرنسي- في تكييف عقد التسيير كعقد تفويض للمرفق العام، حيث كیفه مرة على أنه عقد صفقة عمومية، في حين كیفه مرة أخرى بأنه عقد تفويض، إذ أن العبرة في التفرقة بين التفويض والصفقة العمومية هو مدى ارتباط المقابل بنتائج الاستغلال، وهذا الارتباط يشكل أحد العناصر الرئيسية المكونة لعقد التفويض، فبدونه يکیف العقد بأنه صفقة عمومية وليس تفويضا<sup>1</sup>.
  - ولعل المشرع الجزائري وفق في اعتبار عقد التسيير أسلوب لتفويض المرفق العام، حيث اشترط ارتباط أجر التفويض بنتائج الاستغلال وهي منحة الإنتاجية.

#### المطلب الثاني: اتفاقية التفويض

يتفق الفقه والقانون على أن تفويض المرفق العام يتم بموجب اتفاقية بين الهيئة المفوضة والمفوض له، قد نص المشرع الجزائري على أن نموذج اتفاقية التفويض الخاصة باستغلال الأملاك العمومية المائية يتم بموجب مرسوم تنفيذي، كما تخضع الاتفاقية عند إبرامها مع

<sup>1</sup> - أنظر الفقرات 12، 13 و 14 من المادة 210 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، 460.

المفوض له تخضع للموافقة عن طريق قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمياه والوزير المكلف بالداخلية<sup>1</sup>، كما اشترط خضوع هذه الاتفاقية لمجموعة من المبادئ تحكم إبرامها وتنفيذها.

### الفرع الأول: المبادئ التي تبرم في إطارها الاتفاقية

يتفق الفقه والتشريع على أن تفويض المرفق العام يتم في شكل اتفاقية تبرم في ظل منافسة حرة ونزيهة، ولذلك فقد اشترط المشرع الجزائري إبرام اتفاقية التفويض في إطار ثلاث مبادئ<sup>2</sup> وهي:

- حرية الوصول للطلبات
- المساواة في المعاملة.
- شفافية الإجراءات.

### أولاً: حرية الوصول إلى الطلبات

لقد جسّد المشرع الجزائري مبدأ مهماً في مجال إبرام الصفقات العمومية وهو تحقيق حرية المتعاملين في الوصول للطلبات المراد إبرامها، ثم عمم هذا المبدأ على تفويض المرفق العام، ذلك أن التفويض كأسلوب جديد لتسيير المرافق العامة يخضع لمبدأ المنافسة، التي لا يمكن أن تتحقق في ظل غياب نشر المعلومات اللازمة التي تمكن المتعامل من الوصول إلى العقد الذي ترغب الهيئة العمومية إبرامه.

فمبدأ الحرية يقتضي إلزامية نشر الإعلان الخاص بتفويض المرفق العام الذي ترغب الدولة في منحه للخواص من أجل تسييره، ويجب أن يكون هذا النشر - واسعا سواء عبر الوسائل وفي الأماكن التي تمكن الراغبين في التعاقد من الاطلاع عليه، كالنشر في الصحف أو الوسائل السمعية البصرية، وعلى شبكات الانترنت وغيرها.

كما يجب أن يتضمن إعلان التفويض جميع البيانات الخاصة بالمرفق العام والبيانات الخاصة بالعقد المراد إبرامه ومهلة تقديم العرض، وإذا لم يتم نشر هذه البيانات فينبغي تمكين المترشح الاطلاع عليها بأي وسيلة ممكنة.

<sup>1</sup> - أنظر المرسوم التنفيذي 10- 275 المؤرخ في 4 نوفمبر سنة 2010 يحدد كليات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير، الجريدة الرسمية، العدد 68.

<sup>2</sup> - نصت المادة 02/209 على أن "تخضع اتفاقية التفويض إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم"، وقد حددت المادة 5 هذه المبادئ في الحرية، المساواة والشفافية.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يحدد إجراءات تحقيق هذا المبدأ، فإن قانون سابان نص على أن النشر يتم في إحدى الوسائل المؤهلة لنشر الإعلانات القانونية وفي إحدى وسائل الإعلان المتخصصة والمتعلقة بالنشاط الاقتصادي.<sup>1</sup>

#### ثانيا: مبدأ المساواة

يقتضي مبدأ المساواة أن يعامل المرشحون للتعاقد من أجل تسيير المرفق العام بنفس المعاملة، حيث تلتزم الهيئة المتعاقدة بقبول جميع المترشحين الذين تتوافر فيهم الشروط التي يفرضها القانون.

وتخضع عملية اختيار المرشحين إلى رقابة القاضي الإداري، حيث يمكن الطعن في قرار عدم قبول أحد المترشحين في قائمة المقبولين لتجاوز حدود السلطة، وينظر القاضي الإداري بدوره في مدى توفر الشروط والضمانات المالية، والمعايير المطلوبة لدى المرشح صاحب الطعن.<sup>2</sup>

#### ثالثا: شفافية الإجراءات

يجب أن تتم عملية إبرام عقد التفويض في ظل إجراءات شفافة، حيث تتولى الهيئة المفوضة فتح العروض المقدمة في المهلة المحددة، ويجب أن تكون هذه المهلة كافية لتقديم العروض. كما تقتضي الشفافية، أن تكون الإجراءات من بداية العملية وهي الإعلان عن النية في التعاقد إلى تلقي العروض وفتحها وترتيب المترشحين في شفافية تامة، حيث تكون محاضر فتح العروض وتقييمها مسببة، ويحق لكل شخص الاطلاع عليها، كما تمنح مهلة للمترشحين المقصون لتقديم الطعون بكل حرية وفي إطار الشفافية.

#### الفرع الثاني: تنفيذ الاتفاقية

لقد نص المشرع الجزائري على تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق يجب أن تتم في إطار مبادئ ثلاثة وهي الاستمرارية، المساواة والقابلية للتكيف<sup>3</sup>، ولعل هذه المبادئ هي المبادئ الأساسية التي يقوم المرفق العام، وبالتالي فإن مقصود المشرع الجزائري من هذا النص هو أن عقد التفويض يجب أن يضمن سير المرفق العام وفق المبادئ الأساسية لسيره، أي أن لا يؤدي هذا العقد إلى التغيير في طبيعة المرفق العام أو إبعاده عن الهدف الأساسي الذي وجد لأجله وهو تقديم الخدمة العمومية التي لا يمكن أن تتم بدون هذه المبادئ.

<sup>1</sup>. Jean Paul Valette, droit de services publics, ellipses, paris 2006, p 196.

<sup>2</sup>- محي الدين القطب، مرجع سابق، 484.

<sup>3</sup>- أنظر الفقرة 2 من المادة 209 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

### خاتمة:

لقد حاول المشرع الجزائري مواكبة التغيرات التي طرأت على أساليب تسيير المرافق العامة، وتبنى فكرة التفويض من خلال قانون المياه ثم قانون البلدية وأخيرا قانون الصفقات العمومية، حيث تبنى بموجب هذا الأخير مجموعة من الأشكال الخاصة بهذا العقد، غير أنه بقي مترددا في وضع أحكام مفصلة تحكم هذا الأسلوب من التسيير، حيث أحال الكثير من الأحكام إلى التنظيم، وفي ظل غياب هذا التنظيم يبقى عقد التفويض في الجزائر مجرد حبر على ورق.

## نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

د. بن دعاس سهام

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد لين دباغين- سطيف 2

ملخص :

تعد التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية بآلياتها المختلفة من الطرق الهامة في معالجة الخلافات المتعلقة بإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وهذا نظرا لخصائصها المنفردة، فهي تمتاز بإجراءاتها السهلة والبسيطة والتي تبحث بشكل جدي لوضع حل نهائي لهذه المنازعات بصيغة ودية رضائية، الأمر الذي ينتج عنه اختصار للجهد والوقت والمال في تجاوز النزاع، مقارنة بالطريق القضائي الذي يستلزم غالبا مصاريف وإجراءات قد تطول. وهو ما لا يتماشى مع الأهمية التي تكتسبها الصفقات العمومية في مجالات التنمية والتي تتطلب سرعة الإنجاز والجودة وتحقيق الأهداف المسطرة في وقتها اشباعا للحاجات العامة، ومن ثم ضمان الإستغلال الحسن والرشيد للمال العام، لذا فإن الأمر يستلزم البحث عن سبل سهلة وناجعة لفض تلك المنازعات في أقرب الآجال وبأيسر الوسائل .

الكلمات المفتاحية : تسوية رضائية، لجنة، صفقة، تظلم .

### Résumé:

Le règlement amiable des litiges de marché public par ses diverses sortes est important dans le traitement des litiges relatifs à la passation et l'exécution des marchés publics; à cause de leurs caractéristiques spécifiques , ils sont connus par leurs procédures simples et faciles, qui sont à la recherche sérieuse d'une solution définitive, amiable et consensuelles à ces litiges. Ce qui raccourci le temps, les dépenses et l'effort par rapport au règlement judiciaire qui entraîne souvent des dépenses et procédures longues. Et cela ne convient pas avec l'importance des marchés public dans les domaines de développement, qui exigent la vitesse de réalisation des objectifs à fin de répondre aux besoins publics et protéger le bien publics .

**Mots clés :** règlement amiable, comité , marché public , recours .

## مقدمة:

تعد منازعات الصفقات العمومية من أهم المواضيع التي تطرح العديد من الإشكالات القانونية في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، وهذا نظرا لكثرتها وتنوعها وكذا خصوصيتها المستمدة من خصوصية هذا النوع المتميز من العقود . خاصة وأن الصفقات العمومية تعد أداة هامة و أساسية تلجأ إليها الإدارة في غالب الأحيان للقيام بمختلف نشاطاتها، كما أنها من أهم قنوات إستغلال و صرف المال العام، الأمر الذي استلزم وضع عدة آليات وطرق لتسوية منازعاتها، الودية منها والقضائية<sup>1</sup>، ضمانا لتحقيق الغرض من اعتمادها وحفاظا وصونا للمال العام .

ذلك أن أهمية ودور الصفقات العمومية في مجال إشباع الحاجات العامة وتوفير الخدمات للمواطنين والتنمية إجمالا، يتطلب السرعة في إنجازها وتنفيذها ومراعاة معايير الجودة و تحقيق الأهداف المسطرة في وقتها المحدد، وهذه الإعتبارات قد تواجهها عدة صعوبات ميدانية تنجم عنها في الغالب منازعات بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها في كل مراحل الصفقة المبرمة ابراما وتنفيذا، تحول دون تحقيق الأهداف المرجوة منها، الأمر الذي يستدعي البحث عن سبل سهلة وناجعة لفض تلك المنازعات في أقرب الآجال و بأيسر الوسائل والإجراءات

فمن بين الآليات المقررة لحل هذه المنازعات وتسويتها، الطرق الودية والرضائية المعتمدة قانونا لفض مثل هذه المنازعات، بحيث حرصت التنظيمات المتعلقة بالصفقات العمومية على إدراج آليات إتفاقية ورضائية لهذا الغرض، نظرا لما تمتاز به من سرعة الفصل، واقتصاد الوقت والجهد والمال في عملية التسوية، بالإضافة لبساطة وسلاسة إجراءاتها وترتيبها، وإيجاد حل رضائي يضع حدا للمخاصمة بين المتنازعين بصفة نهائية، خاصة وأن الإدارة تتمتع بسلطات وامتيازات واسعة تمكنها من تسوية وفض تلك المنازعات بأقل الأضرار الممكنة.

ومن هنا تظهر بجلاء أهمية اللجوء إلى التسوية الودية كوسيلة تجنب طرفي الصفقة المتنازعين تعقيدات اللجوء إلى القضاء وإجراءاته الطويلة والمكلفة، وإشكالات تنفيذ الأحكام الصادرة عنه خاصة مع تباين الطبيعة القانونية للأطراف المتنازعة والتي تصعب غالبا من تحديد القضاء المختص و الإجراءات المتبعة أمامه، لاسيما في غياب نص قانوني صريح يحدده وقلة الإجهادات القضائية التي عاجلت المسألة، مع تناقض وتعارض القرارات الصادرة في هذا الشأن .

وعليه وانطلاقاً من أهمية التسوية الودية للمنازعات في مجال الصفقات العمومية، دفع الأمر للتساؤل عن دورها وفعاليتها في ذلك؟، وإلى أي مدى وفق المشرع في ضبط آلياتها في هذا النوع المتميز من المنازعات؟

وهذا ما سيتم التعرض له في هذه الدراسة وفقاً للخطة التالية:

- المبحث الأول: مفهوم التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية،
- المبحث الثاني: آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية .

**المبحث الأول: مفهوم التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية**

تكتسي التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية أهمية متزايدة في الوقت الحاضر سواء على الصعيد الداخلي، بمحاولة إيجاد حل سريع وجذري للمنازعات القائمة بين طرفي الصفقة من أجل ضمان تنفيذها في أحسن الظروف وتحقيق الفائدة والغرض المنشود من إبرامها ومن ثم حماية المال العام المستغل، وأعلى الصعيد الخارجي بجلب الإستثمارات الأجنبية وتشجيعها، ذلك أن وضع القانون لآليات فعالة لفض المنازعات التي تنشأ في مجال إبرام وتنفيذ الصفقات بترتيب وإجراءات مضبوطة، يؤدي إلى طمئنة نفوس المستثمرين إلى المحافظة على حقوقهم وأموالهم خاصة في حالة نشوب نزاع .

فالتسوية الودية بخصائصها وإجراءاتها السهلة والبسيطة تعد بلا شك من الضمانات الهامة التي تتقرر لأطراف الصفقة المتنازعة، لذا وجب التعرض لها انطلاقاً من تحديد مفهومها وإبراز أهميتها، وكذا تطورها القانوني على النحو التالي :

**أولاً / تعريف التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية وأهميتها:**

يمكن تعريف التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية بأنها مجموع الوسائل والإمكانات والتدابير التي يسمح القانون والتنظيم باتخاذها، ويتيحها للأطراف المتنازعة في مجال إبرام الصفقة العمومية و/ أو تنفيذها لتسوية النزاعات التي تنشأ بينهم، دون الحاجة للقضاء، مثل التظلم والطعن الإداري بأنواعه، طلب رأي لجنة صفقات مختصة ومحددة سلفاً، عقد التسوية، أو أي وسيلة رضائية يحددها القانون ويضبط إجراءاتها للمتنازعين بوضع حد نهائي للنزاع القائم بينهم<sup>2</sup> .

وتتبلور أهمية التسوية الودية في كونها تعمل على تجاوز معوقات القضاء في مجال الصفقات العمومية، كما أنها تعمل على تحقيق العديد من الأهداف والتي تنعكس إيجاباً على عدة جوانب أهمها :

1- الأهمية المالية والإقتصادية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية : ذلك أن الإعتماد على الآليات الرضائية لتسوية هذا النوع من المنازعات عوض اللجوء إلى القضاء، يعمل على توفير عدة مصاريف زائدة كمصاريف الدعوى وتكاليف المحامي وكذا مصاريف التنقل والخبرات والمعاينات، ومصاريف محاضر التنفيذ واشكالاته لاحقا .

بالإضافة لما قد يحكم به القضاء من تعويض قد يرهق به كاهل الطرفين المتنازعين، ومن ثم فإن سلوك المتنازعين السبل الودية لحل منازعاتهم، يخول لهم امكانية الإتفاق بشأن قيمة التعويض التي ستقرر بإرادتهما لا بإلزام من القضاء، وهو ما يخفف العبء على خزينة الدولة، وهو ما يذكي الإحساس المتبادل بالمشاركة في تحقيق المشروع وهو ما يستوجب تضحية كل طرف بشيء من حقوقه حتى يتمكن من بلوغ الهدف .

كما أن اتباع الآليات الودية يساهم في تحقيق مصالح اقتصادية متعددة منها تجنب المشاريع التوقف وبالتالي تلافي كل السلبيات التي ترافقه سواء من حيث التأخر في الإنجاز أو تعطيل العمال ومعلوم أن سرعة الإنجاز تشكل عند علماء الإقتصاد والتدبير إحدى وسائل قياس نجاح المشروع، لأنه كلما تمكنا من ربح الوقت أثناء الإنجاز إلا وواستطعنا الحد من المخاطر التي يمكن أن تهدد المشروع، وتوصلنا إلى تحقيق المخططات .

كما أن سرعة الإنجاز تحدد من درجة الإصطدام بمشاكل خارج عن إطار إرادة الطرفين كأن تنخفض العملة، أو أن ترتفع أثمان المواد الأولية بالسوق الدولية فتتضرر اقتصاديات المشروع، وربما يعجز المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية مما يعرض المشروع كله للتوقف أو إلى الفسخ، لأن مثل هذه النزاعات قد تترك الإدارة وتظطر لإعادة إعلان الصفقة من جديد، وهو ما يحمل الحزينة مصاريف زائدة، وهذا ما سينتج عنه آثار سلبية على المستوى الإقتصادي بحيث تفقد الثقة لدى المستثمرين ولاسيما الأجانب منهم في التعامل مع الإدارة<sup>3</sup>.

2- الأهمية الإجتماعية والتنموية للتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية: تظهر الأهمية الإجتماعية والتنموية التي تؤديها التسوية الودية من خلال تسريعها لوتير إنجاز المشاريع التي من شأنها تحقيق أهداف التنمية، فسلوكها يغني الطرفين عن عرض نزاعها على المحاكم وما يرافق ذلك من طول الإجراءات وتعقيدها وتأخيرها في فض النزاع، وبالتالي الإضرار بالمصالح الإجتماعية والتنموية نتيجة إهدار المال العام بتعطيل إنجاز المشاريع التي قد تكتسي أهمية حيوية في غالب الأحيان يحتاجها المواطن، فيؤثر ذلك سلبا على معيشته ومصالحه، بل وحتى في تمتعه بحقوقه العادية من أمن وتعليم وصحة وثقافة... إلخ.

ذلك أن مثل هذه الأوضاع باتت مرفوضة في ظل المقاربات التنموية الحديثة والتي تجعل التنمية البشرية عصب كل تنمية وسببا في الإقلاع الإقتصادي، بل إنها أصبحت تشكل غاية في حد ذاتها، لذلك فإن التماطل في وضع حد للنزاعات التي تثور بين الإدارة والمتعاقدين معها تتولد عنه آثار سلبية متعددة، إن على المستوى الإقتصادي أو الإجتماعي أو التنموي، فبالنظر لكون الصفقات العمومية تشكل محركا للإقتصاد الوطني ورافعة له، فإن أي تعثر يصيبها يؤثر لامحالة في التوجهات المرسومة ويحول دون تحقيق الإستثمار العمومي لأهدافه .

فالمتمعن في الدورة التنموية للصفقات العمومية يكتشف أنها تنطلق كنفقة عمومية لتشكل بعد ذلك دخلا يستفيد منه العمال والتقنيون ...، وكذا ربعا بالنسبة للمتعاقد فيما تلبث أن تصبح قوة شرائية بيد هؤلاء وعندها تساعد في خلق الرواج التجاري، علاوة على أنها تصير مصدرا جبائيا يغذي خزينة الدولة التي تمول صفقات عمومية أخرى وبذلك تتكرر الدورة مرة أخرى، ومن هنا يمكن القول أن الخلافات الناشئة بصدد أي صفقة عمومية توقف هذه الدورة وتعثر مسارها وتتسبب في هدر الوقت وتأخير التنمية، كما تقلص حظوظ فئة من العمال في التوفر على عمل يضمن لهم دخلا يحسن من وضعهم المعيشي<sup>4</sup>.

### ثانيا / التطور القانوني لنظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية :

حرص المشرع الجزائري على فض منازعات الصفقات العمومية وديا، وبالتراضي بين الطرفين منذ أول تنظيم قانوني لها، وإستمر النص على هذه الآلية حتى التنظيم القانوني الجديد والحالي للصفقات العمومية و المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 15-247. وهذا على النحو التالي:

1- التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في الأمر رقم 67-90 : إذ خصص هذا الأمر الباب السادس منه للتسوية الودية للمنازعات، بحيث تضمن 9 مواد بينت تراتيب وإجراءات هذه التسوية الرضائية لمنازعات الصفقات العمومية<sup>5</sup>، إذ ورد في المادة 152 منه بأنه تشكل على مستوى كل وزارة لجنة إستشارية للتسوية الودية بموجب قرار صادر من الوزير المعني، تكون مهمتها البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن عناصر عادلة يمكن قبولها وتساعد على إيجاد تسوية ودية تغني عن الإلتجاء إلى القضاء، كما جعل المشرع طرح النزاع على اللجنة أمرا واجبا يسبق كل دعوى قضائية .

بحيث يرفع الأمر إلى اللجنة من طرف الوزير المعني الذي قدم له اقتراح التسوية الودية للنزاع من صاحب الصفقة والمتعهدين الثانويين والموصين الثانويين، إلا أن اقتراح التسوية الودية لا يعفي المؤسسات من اتخاذ التدابير التحفظية اللازمة لحماية حقوقها أمام المحاكم

المختصة، ومن ثم تبدي اللجنة الإستشارية التي تتداول في جلسة سرية رأيها في 3 أشهر ابتداء من تبليغ صاحب الصفقة قرار الوزير المعني بعرض الأمر على اللجنة. إذ يعتبر رأي اللجنة وثيقة داخلية وسرية، ولا يجوز أن يقدمه الأطراف إلى المحاكم<sup>6</sup>.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن القضاء كرس هذه الأحكام في العديد من قراراته القضائية تفعيلا لهذه الآلية، ومن أمثلتها قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 9/11/1985 في قضية (ش. ذم. س) ضد وزير الري، ووالي ولاية الجزائر، الذي ورد فيه أنه: " من المقرر قانونا أن عرض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ صفقات عمومية على اللجنة الإستشارية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية من أجل إيجاد تسوية ودية لهذه المنازعات هو إجراء يتم وجوبا قبل رفع الدعوى القضائية، ومن ثم فإن الطعن عن طريق التدرج الرئاسي لا يحل محل إجراء عرض النزاع على هذه اللجنة، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا ومطابقا للقانون"<sup>7</sup>.

وهو الأمر الذي أكده قرار المجلس الأعلى الصادر عن الغرفة الإدارية بتاريخ 31/12/1988 أن "...و أن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قضائية إلا في حالة تقصير السلطة الإدارية لإتخاذ ذلك الإجراء فإن العارض أمام صمت السلطة الإدارية عرض في الآجال القانونية النزاع على الجهة القضائية"<sup>8</sup>.

وللعلم فإن هذه اللجنة شكلت بموجب القرار الوزاري الصادر في 19/12/1967، وأدخلت عليها عدة تعديلات بعد ذلك خاصة سنة 1972، ومن أهم القضايا التي نظرت فيها:

- قضية إنشاء الطريق الصحراوي المؤدي إلى غدامس بليبيا، تتلخص معطياتها في أن الشركة المتعاقدة مع الإدارة طالبت مبلغ يناهز 7.000.000 دج تعويضا لها عن الأضرار التي لحقتها بسبب الظروف الاقتصادية الإستثنائية التي عرفت الجزائر بعد الإستقلال. وقد انتهت اللجنة إلى اصدار توصيات أبدت فيها حق الشركة المذكورة في الحصول على التعويض المناسب عن إيقاف معداتها وعتادها ومستخدميها، بالإضافة إلى اقتراحها دفع الفوائد التأخيرية التي يستحقها المتعاقد.

- قضية بناء ميناء أرزيو: وتتلخص معطيات هذه القضية في أن الشركة المتعاقدة مع الإدارة طالبت بالتعويض عن التكاليف الإضافية الناجمة عن امتداد مدة تنفيذ العقد الذي كان متفقا على انجازه ما بين (1962 و 1965) أي في ظرف 3 سنوات، والذي تم تنفيذه في نهاية سنة 1966، ولم تتوصل اللجنة إلى اقتراح مبلغ يزيد عما حددته الإدارة قبل عرض النزاع، بحيث

كانت الشركة المتعاقدة تطالب بمبلغ 16.000.000 دج، ولم تحصل إلا على 2.000.000 دج تقريبا، وهو المبلغ الذي وضعت الإدارة قبل انعقاد أشغال اللجنة<sup>9</sup>.

**2- التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم التنفيذي رقم 91-434 :** فقد حافظ هذا التنظيم على فحوى التسوية الرضائية والودية لمنازعات الصفقات العمومية، بتخصيص قسم فرعي لتسوية الخلافات يتضمن 3 مواد توضح إجراءات وقواعد هذه الآلية لفض هذا النوع الخاص من المنازعات .

بحيث ألزم هذا التنظيم القانوني للصفقات العمومية المتعاقد بأن يرفع تظلما رئاسيا قبل كل مقاضاة أمام العدالة، وفق الترتيب المحددة بموجب المادة 100 منه<sup>10</sup>، والتي تفيد بأن المتعاقد يرفع طعنه السلمي إلى كل من الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وهذا حسب نوع النفقات الواجب الإلتزام بها في الصفقة، والذي مكنته القانون من مدة 65 يوما ابتداء من رفع الطعن لإصدار مقرر، على أن يكون هذا المقرر نافذا بصرف النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية حسب الشروط المحددة في أحكام المرسوم المتعلق بإجراء تسخير الأمرين بالصرف للمحاسبين العموميين.

كما أفاد ذات التنظيم بإحداث لجنة استشارية لدى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الحالة، تكون مهمتها البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية عن العناصر المنصفة الممكن إعتقادها أساسا لتسوية ودية، على أن يحدد تشكيل هذه اللجنة وعملها بموجب قرار .

ويجب على اللجنة أن تصدر رأيها في أجل أقصاه 3 أشهر ابتداء من تاريخ تبليغ صاحب الصفقة قرار الوزير أو الوالي لرئيس المجلس الشعبي البلدي رفع القضية إليها . كما يجب على طرفي النزاع أن يعربا كتابيا عن قبولهما الرأي الصادر في القضية أو عدم قبولهما له خلال مهلة شهر واحد. وإذا اتفق الطرفان وجب أن يكون هذا الرأي موضوع وثيقة تعاقدية، ويصبح نافذا رغم انعدام تأشيرة الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية القبلية<sup>11</sup> .

**3- التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 02-250،** فقد عنون القسم الفرعي الثالث من القسم السابع منه بتسوية النزاعات، والذي تضمن المادتين 101 و 102 منه<sup>12</sup>، واللذان يتضح من استقرائهما أن إجراء التظلم أصبح اختياريا في منازعات الصفقات العمومية إجمالا<sup>13</sup> .

فحسب المادة 101 يمكن للمتعهد الذي يحتج على الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام،

إبتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة، إذ تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل 15 يوما إبتداء من تاريخ إنقضاء أجل 10 أيام المذكورة، و يبلغ هذا الرأي لكل من المصلحة المتعاقدة و كذا لصاحب الطعن .

كما لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة للدراسة إلا بعد إنقضاء أجل 30 يوما، إبتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجال المحددة لتقديم الطعن ودراسته من طرف لجنة الصفقات المختصة و تبليغه . علما و أنه في حالة الطعن تجتمع لجنة الصفقات المختصة بتشكيلتها المحددة قانونا، و بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت إستشاري.

ومن ثم نلمس حرص المشرع الجزائري على إيجاد تسوية رضائية لحل النزاعات الناشئة في مرحلة ابرام الصفقة العمومية من أجل اسناد الصفقة للعارض الكفاء باتباع الإجراءات المحددة قانونا و مراعاة لمبدأ الشفافية و المساواة بين العارضين، ضمانا لمشروعيتها من جهة و للإستعمال الرشيد للمال العام من جهة أخرى .

أما المادة 102 فقد أفادت بأنه تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين .
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة .
- الحصول على أسرع إنجاز لموضوع الصفقة .
- الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقل تكلفة .

ومنه فإن التنظيم لم يكتف بالنص على إتباع الطريق الودي لحل منازعات مرحلة التنفيذ، بل أوضح حتى فحوى الحلول المقدمة مركزا فيها على ضمان إتمام تراتيب الصفقة المتعاقد عليها. ذلك بأن إتفاق الطرفين يكرس في حالة حدوثه بمقرر يصدره الوزير والوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب طبيعة النفقات المطلوب الإلتزام بها في الصفقة، و يصبح هذا المقرر نافذا بغض النظر عن تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية .

كما نصت نفس المادة على إمكانية رفع طعن من طرف المتعامل المتعاقد قبل كل مقاضاة أمام العدالة، لدى اللجنة الوطنية للصفقات المختصة التي تصدر موقرا في هذا الشأن خلال

30 يوماً اعتباراً من تاريخ إيداع الطعن، وذلك قبل رفع أي دعوى قضائية. بحيث يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية، ومنه تبين لنا حرص المشرع على إيجاد حل ودي قبل اللجوء إلى القضاء كما أكد على ذلك في التشريعات السابقة.

وللتوضيح فإن قضاء مجلس الدولة تبنى هذه الأحكام وعمل على تكريسها في قرارته القضائية ومن أمثلتها قراره الصادر في 2005/06/7 إذ جاء في إحدى حيثياته أنه "حيث أن هذه الأحكام تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24/07/2002، ويمكن للمتعاقد قبل رفعه الدعوى قضائياً، تقديم طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية طبقاً لأحكام المادة الجديدة 102 ولكن مجرد اختيار وليس إلزاماً"<sup>14</sup>.

4- التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 10-236: خصص القسم الفرعي الثالث من القسم السابع منه لتسوية النزاعات، تضمن المادتين 114 و 115 منه<sup>15</sup>، اللتين وضحتا بجلاء أن اللجوء للطعن الإداري والسعي في إيجاد حلول رضائية وتسوية ودية لمنازعات الصفقات العمومية، يبقى أمراً اختيارياً للأطراف المتنازعة.

فقد بينت المادة 114 بأنه زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على الإختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة، في إطار مناقصة أو إجراء التراضي بعد الإستشارة، أن يرفع طعناً أمام لجنة الصفقات المختصة، والتي أوجب التنظيم الإشارة إليها في إعلان المنح المؤقت، وهذا بنفس الإجراءات الواردة في التنظيم القانوني السابق للصفقات العمومية (المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم) والمبينة في المادة 101 منه. هذا في ما يخص المنازعات المتعلقة بعملية إبرام الصفقة.

أما في ما يتعلق بالمنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة، فقد حافظ هذا التنظيم القانوني على نفس القواعد والتراتبية المدرجة في المادة 102 من التنظيم القانوني السابق للصفقات العمومية، كما هو جلي من المادة 115<sup>16</sup>.

ومما سبق عرضه تتجلى أهمية التسوية الودية في فض منازعات الصفقات العمومية، وثم نقف على حرص المشرع على تجسيدها عن طريق إدراج آليات لها، سيتم التعرض لها في المبحث الموالي.

## المبحث الثاني: آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية

خصص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 القسم الحادي عشر من الفصل الرابع منه للتسوية الودية للنزاعات، والذي يشتمل على ثلاث مواد، والتي بعد الإطلاع عليها واستقراءها وجدناها تتعلق وتخص المنازعات المتعلقة بمرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، غير أنه وفي الفصل الثالث المتعلق بإبرام الصفقات العمومية، وتحديدًا في القسم السادس المعنون بالطعون والمتضمن المادة 82 لاغير، نظم إجراء الطعن في عملية إنتقاء المتعامل المتعاقد باعتبارها أهم منازعة في مرحلة إبرام الصفقة العمومية .

وعليه فإن التنظيم الحالي للصفقات العمومية أدرج آليات مهمة للتسوية الرضائية لمنازعات الصفقات العمومية وجب التعرض لها على النحو التالي :

### أولاً/ آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام :

فقد أفادت المادة 82 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنه زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يمكن للمتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم جدوى أو إلغاء الإجراء، في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الإستشارة أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة . وهنا وجب على المصلحة المتعاقدة أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة مؤقتا ورقم تعريفه الجبائي، وتشير إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعن ورقم التعريف الجبائي للمصلحة المتعاقدة<sup>17</sup> .

ويرفع الطعن في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية في حدود المبالغ القصوى المحددة قانونا في المادتين 173 و 184، وإذا تزامن اليوم العاشر مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية، يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي .

يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت للصفقة المرشحين والمتعهدين الراغبين في الإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم وعروضهم التقنية والمالية الإتصال بمصالحها في أجل أقصاه 3 أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت للصفقة لتبليغهم هذه النتائج كتابيا .

في حالات إعلان عدم جدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة أو إلغاء منحها المؤقت، يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلم برسالة موصى عليها مع وصل استلام، المرشحين أو المتعهدين بقراراتها، ودعوة أولئك الراغبين منهم في الإطلاع على مبررات قراراتها، الإتصال بمصالحها

في أجل أقصاه 3 أيام ابتداء من تاريخ استلام الرسالة، لتبليغهم هذه النتائج كتابيا. وعندما تطلق المصلحة المتعاقدة الإجراء من جديد توضح في إعلان المنافسة أوفي رسالة الإستشارة حسب الحالة، إذا كان يتعلق بإطلاق للإجراء بعد إلغاء الإجراء أو بعد إعلان عدم جدواه، ويرفع الطعن في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ استلام رسالة إعلام المرشحين أو المتعهدين. وبناء على ماسبق تأخذ لجنة الصفقات المختصة قرارا في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل 10 أيام ويبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة ولصاحب الطعن.

وفي حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل 30 يوما، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للأجال المحددة، لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف اللجنة المختصة وتبليغ قرارها، وتجتمع في هذه الحالة وفق تشكيلتها المحددة قانونا بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

#### ثانيا / آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ :

تضمن قسم التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ثلاث مواد، حافظ بموجبها على آليات للتسوية الودية للمنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة عرفتها التنظيمات القانونية السابقة للصفقات العمومية، واستحدث إجراءات وتدابير أخرى من أجل تفعيل هذه التسوية نظرا لمزاياها الهامة في فض هذه النزاعات بصورة جدية ونهائية.

إذ أفاد هذا المرسوم بأنه تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. كما يجب على المصلحة المتعاقدة ودون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على طرف من الطرفين،
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة،
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة .

وفي حال عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 لدراسته .

كما يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط المتعلق بالصفقة المبرمة اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات، قبل كل مقاضاة أمام العدالة. وهنا وجب على

اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها. والتي ألزم القانون أن لا يكون أعضاءها (اللجنة) قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة المعنية .

هذا ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة<sup>18</sup> .

وبناء على الوارد أعلاه فقد أفادت المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنه تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين .

**1/ لجنة التسوية الودية للنزاعات في الوزارة والهيئة العمومية، تختص بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية، أو الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.**  
بحيث تشكل هذه اللجنة كما يأتي :

- ممثل عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية، رئيساً،

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،

- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع،

- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة .

**2/ لجنة التسوية الودية للنزاعات في الولاية، تختص بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير المركزية للدولة والتي تشكل كالاتي:**

- ممثل عن الوالي، رئيساً،

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة،

- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع،

- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف .

بحيث يعين أعضاء اللجان المختارون نظرا لكفاءتهم في الميدان المعني بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي المعني . مع إمكانية إستعانة رئيس اللجنة بكل كفاءة من شأنها توضيح أشغال اللجنة على سبيل الإستشارة . ويعين مقرر من ضمن أعضاء اللجنة من قبل رئيس اللجنة، والذي توضع أمانة اللجنة لديه .

هذا وقد أوضح ذات المرسوم بأنه يمكن للمتعاقد والمتعاقد والمصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة بحيث يوجه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريراً مفصلاً مرفقاً بكل وثيقة ثبوتية

برسالة موصى عليها مع وصل استلام. وتدعى الجهة الشاكية من طرف رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لإعطاء رأيها في النزاع، ويجب عليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ مراسلتها. وعليه تؤدي دراسة النزاع في أجل أقصاه 30 يوما ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم لرأي مبرر. مع إمكانية استماع اللجنة لطرفي النزاع و/ أو تطلب منها إبلاغها بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، وتأخذ آراء اللجنة بأغلبية أصوات أعضائها وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

ومن ثم يبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. على أن تبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعاقد في أجل أقصاه 8 أيام، ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام وتعلم اللجنة بذلك<sup>19</sup>.

وبناء على ما سبق عرضه حول آليات التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية التي تضمنها المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يتضح لنا أنها تدابير وإجراءات هامة لفض الخلافات القائمة بين طرفي الصفقة المبرمة لأنها وردت بطريقة بسيطة وسهلة وغير مكلفة، كما أنها سريعة لربط تراتيبيها بمواعيد محددة واجبه الإحترام في حال اتباع طريق التسوية الودية لحل هذه الخلافات، وعلى الرغم من ذلك فإن المتعامل المتعاقد تحديدا وابعثاره أحد الطرفين المتنازعين في الصفقة قد لا يجد ضالته في هذه التسوية نظرا للتشكيلية الإدارية البحتة لها، ومن ثم فإنها لا تتمتع بالموضوعية والحياد بشكل أو بآخر، ضف إلى ذلك أن عدم تمتع القرارات المتمخضة عنها بالقوة الإلزامية يضعف من فعاليتها.

#### الخاتمة :

تم التطرق في هذه الدراسة للتسوية الودية كطريق لحل منازعات الصفقات العمومية بالتعرض لمضمونها وأهميتها، وكذا لمختلف آلياتها التي جاء بها التنظيم القانوني المتعلق بالصفقات العمومية، فقد اتضح أن هذه الوسيلة خصائص هامة في هذا الغرض، فهي تمتاز بإجراءاتها السهلة والبسيطة والتي تبحث بشكل جدي لوضع حل نهائي لهذا النوع من المنازعات بصيغة ودية رضائية، الأمر الذي ينتج عنه اختصار للجهد والوقت في تجاوز النزاع، كما أنها غير مكلفة لكلا الطرفين مقارنة بالطريق القضائي الذي يستلزم غالبا مصاريف وإجراءات قد تطول، ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يحرص ويواظب على إفادته لها عبر مختلف التنظيمات القانونية للصفقات العمومية، فهي بذلك تعد بلا شك من

الضمانات الهامة التي تتقرر لأطراف الصفقة المتنازعة، وتنعكس إيجاباً على مختلف المجالات التي تهتم الصفقات العمومية.

فقد أصبحت التسوية الرضائية وسيلة كثيرة الانتشار في حل المنازعات في الوقت الحالي، فرضتها نتائج التطور الاجتماعي والثقافي والحضاري الحاصل في المجتمع، أين توجه أفراده حالياً إلى ثقافة التسوية الودية والتوافقية لحل منازعاتهم سواء فيما بينهم أو بينهم وبين مختلف الأشخاص المعنوية العامة، بصفة رضائية نهائية حاسمة للنزاع، كما أن مزاياها المعددة أعلاه ساعدت في تشجيع أعمالها واعتمادها .

غير أن نظام التسوية الودية في مجال الصفقات العمومية وجب أن ينحصر بإجراءات مميزة تتماشى والطبيعة القانونية لأطراف هذه المنازعة، خاصة وأن أحد أطرافها إدارة عامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، كما يجب أن تكون النتائج والقرارات المتوصل إليها من قبل لجان التسوية إلزامية لكلا الطرفين، وهذا يلزمها أيضاً بتتبع نتائج الحل الودي حتى يكون حلاً منهيًا للنزاع القائم بينهما. ذلك أن إيرادها بالصورة السابق عرضها دون أي تفصيل أوضبط لإجراءاتها مع عدم الإلتزام والتقييد بنتائجها، يؤدي إلى عدم فعالية هذه الحلول، وهذا من شأنه أن يعيق التوصل لحل فعال مرضي لجميع الأطراف، ومن ثم تعطيل المشروع أو الخدمة محل التعاقد

وعليه فإن التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية لها أهمية لا يستهان بها في إيجاد حل مرضي للأطراف المتنازعة، وتسوية خلافاتهم بشكل نهائي، إلا أن هذا الدور يحتاج للتفعيل بتدعيمه بمختلف النصوص القانونية الشارحة والمفصلة لآليات هذه التسوية وإجراءاتها، من أجل ضمان تسخيرها كأداة لحماية طرفي الصفقة ومصالحها وبالتبعية حماية المصلحة العامة مناط إبرام الصفقة العمومية في الأصل . مع وجوب تكميل ذلك بمختلف الدراسات العلمية المتخصصة في الموضوع . بالإضافة إلى العمل على نشر قيم المواطنة الحقة والروح التشاركية بين مختلف الفاعلين والمتدخلين، وكذا خلق رؤية استراتيجية تمكن من تحديد الأهداف المتوخاة من الصفقات العمومية بدقة .

هوامش المقال :

حسب ما هو بين من المواد 153، 154 و 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر

20015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر 50 .

<sup>2</sup> هناء العلمي، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الاجتهاد

القضائي المغربي، الرباط، طوب بريس، الطبعة الأولى، 2010، ص 9 .

- <sup>3</sup> هناء العلمي و كوثر أمين، المرجع السابق، ص 33 وما يليها - بتصرف - .
- <sup>4</sup> هناء العلمي و كوثر أمين، المرجع السابق، ص 36 .
- <sup>5</sup> المواد من 152 إلى 160 من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 57.
- <sup>6</sup> طبقا للمواد 155، 108 و 109 من الأمر رقم 67-90 .
- <sup>7</sup> قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 9/ 11/ 1985، ملف رقم 43731، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2، 1990، ص 175 وما يليها .
- <sup>8</sup> قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 31/ 12/ 1988، ملف رقم 62252، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2، 1992، ص 161 وما يليها .
- <sup>9</sup> أحمد فاضل، العقود الإدارية، كتاب صادر عن وزارة الداخلية، المديرية العامة للتكوين والإصلاح الإداري، الجزائر، ص 110 .
- <sup>10</sup> رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1995، ص 86 و ما يليها.
- <sup>11</sup> المادة 101 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 57، والمعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-54 المؤرخ في 22 جانفي 1996 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 91-434 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 6 .
- <sup>12</sup> المادتان 101 و 102 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 52، تم تعديلها بموجب المادتين 17 و 18 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 62 .
- <sup>13</sup> ولأكثر تفاصيل راجع:
- نويري عبد العزيز، " المنازعة الإدارية في الجزائر: تطورها وخصائصها-دراسة تطبيقية-"، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، مجلس الدولة، العدد 8 -2006، ص 78 .
- د/ مسعود شيهوب، المبادئ العامة الإدارية، الجزء الأول، الهيئات والإجراءات، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2009، ص 351 وما يليها .
- <sup>14</sup> قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 07/ 06/ 2005، ملف رقم 21173، منشور بمجلة مجلس الدولة، الجزائر، مجلس الدولة العدد 7، 2005، ص 90.

<sup>5</sup> المادتان 114 و 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 58، تم تعديلها وتتميمها بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ج ر 04 .

6 Brahim Boulifa , **Marchés publics** , Alger , Berti éditions , 2013 , P 243 .

<sup>7</sup> وللتوضيح في هذا الإطار أن المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تنص على أنه : " تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة مذكورة في المادة 6 من هذا المرسوم، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبليّة الخارجيّة للصفقات العمومية في حدود مستويات الإختصاص المحددة في المادتين 173 و 184 من هذا المرسوم "

وعليه فهذه اللجان تتمثل في : اللجنة الجهوية للصفقات (المادة 171 من ذات المرسوم )، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكلي غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري ( المادة 172)، اللجنة الولائية للصفقات ( 173 )، اللجنة البلدية للصفقات ( المادة 174 )، لجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكلي غير المركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري غير المذكور في القائمة المنصوص عليها في المادة 172 ( المادة 175 ). هذا بالإضافة إلى اللجان القطاعية للصفقات العمومية التي تحدث لدى كل دائرة وزارية تكون مختصة في حدود المستويات المحددة في المادة 184 من قانون الصفقات العمومية .

<sup>8</sup> المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

- Brahim Boulifa, op.cit , P 243 .

<sup>9</sup> طبقا لما نصت عليه المادة 155 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

## قائمة المراجع

1- باللغة العربية :

أولا / النصوص القانونية والتنظيمية والقرارات القضائية :

- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر 52.
- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 52 .
- المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250، ج ر 62.
- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 58.
- المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ج ر 04

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر 50.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 57
- المرسوم التنفيذي رقم 96-54 المؤرخ في 22 جانفي 1996 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 91-434، ج ر 6 .
- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 07/06/2005، ملف رقم 21173، منشور مجلة مجلس الدولة، الجزائر، مجلس الدولة العدد 7، 2005 .
- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 09/11/1985، ملف رقم 43731، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2، 1990 .
- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 31/12/1988، ملف رقم 62252، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2، 1992 .
- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 07/06/2005، ملف رقم 21173، منشور مجلة مجلس الدولة، الجزائر، مجلس الدولة العدد 7، 2005 .
- ثانيا / المقالات :
- نويري عبد العزيز، " المنازعة الإدارية في الجزائر: تطورها وخصائصها-دراسة تطبيقية-"، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، مجلس الدولة، العدد 8-2006
- ثالثا / المؤلفات العامة :
- 1- أحمد فاضل، العقود الإدارية، كتاب صادر عن وزارة الداخلية، المديرية العامة للتكوين والإصلاح الإداري، الجزائر.
- 2- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية (شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1995 .
- 3- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، الهيئات والإجراءات، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2009 .
- 3- هناء العلمي، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الإجتهد القضائي المغربي، الرباط، طوب بريس، الطبعة الأولى، 2010 .
- /2/ باللغة الفرنسية :

-Brahim Boulifa , **Marchés publics** , Alger , Berti éditions , 2013.

-Jean.Marie Auby – Robert Ducos.Ader , **Droit administratif** , Paris , Dalloz , 4<sup>e</sup> édition , 1977.

## شرعية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري

د. عبد الرحمن بن جيلالي

أستاذ محاضر قسم أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة

ملخص:

لجسم الإنسان حرمة يحميها الدستور والقانون الدولي، والقانون الداخلي للدولة، فلا يجوز التصرف فيه إلا بما يتوافق مع النصوص القانونية، هذه الأخيرة التي تؤكد على شروط محددة لاقتطاع ونقل وزرع الأعضاء البشرية، وهي تتعلق أساساً بأن يكون ذلك في فائدة المتلقي من تلك العملية، وأن لا تتأثر صحة المتبرع بالعضو مادامت عملية اقتطاعه وزرعه تتم بين الأحياء، كما يجب احترام الأشكال والإجراءات القانونية في حالة إباحة مثل هذه العمليات سواء كان هدفها يعود بالفائدة لمصلحة الغير أو لإجراء تجارب علمية طبية. كما لا يمكن الاستغناء عن موافقة صحيحة قانونية للمتبرع والمستفيد إذ هما أساس عملية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية.

الكلمات المفتاحية: اقتطاع وزرع، الأعضاء البشرية، المتبرع، المتلقي.

### Résumé :

Le caractère sacré du corps humain, est protégé par la constitution, le droit international, ainsi que le droit interne de l'Etat, et il ne peut être traité qu'en conformité avec les dispositions légales, ces dernières mettent l'accent sur les conditions spécifiques du prélèvement, du transfert et de la transplantation d'organes humains. Ces dispositions précisent essentiellement, que cela doit être dans l'intérêt du bénéficiaire de cette opération et, que la santé du donateur ne soit pas affectée par le don de l'organe en question, étant donné que le prélèvement et la transplantation se font entre des personnes vivantes.

Aussi, il faut respecter les formes et les procédures juridiques dans le cas où ces opérations sont permises, que ce soit dans l'intérêt d'autrui ou pour l'expérimentation scientifique et médicale. En outre, on ne peut se passer dans ce processus, du consentement valide, juridique et indispensable du

donateur et du bénéficiaire, puisque ces deux sont la base de l'opération du prélèvement et de la transplantation des organes.

**Mots clé :** Prélèvement et transplantation, Les organes humains, Don, Bénéficiaire.

### مقدمة:

يعتبر الحق في الحياة من حقوق الإنسان الأساسية التي لا يجوز الاعتداء عليها بشكل من الأشكال. وأن حقه في سلامته الجسدية ما هو إلا سبيل لحماية كيانه البشري. والحديث عن حق الإنسان في الحياة وفي التمتع بالحقوق الملحقه بذلك، أصبح من مسلمات وبديهيات الأمور ويكفي في بيان أهمية هذا الحق أن نشير إلى أن الشريعة الإسلامية قد جعلته من مقاصدها الأساسية التي تدور أحكامها كلها عليها، فكان مطلب واجب المحافظة على حياة الإنسان في أعلى مراتب التكليف؛ سواء بالنسبة لصاحب الحياة أو في مواجهة الكافة.

وحق الحياة مكفولا على مستوى القانون الدولي؛ فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 في مادته 3 بأن: "لكل فرد حق في الحياة والحرية، وفي الأمان على شخصه". كما ضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عام 1966 هذا الحق من خلال نص المادة 6 منه. حيث نصت على أنه: "الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً".

كما أن حياة الإنسان وسلامته الجسدية مكفولة دستورياً وجنائياً؛ لا يجوز الاعتداء عليها وإلا وقع صاحب الاعتداء تحت طائلة المسؤولية الجنائية. ومن ذلك حظر الدستور المصري إيذاء مواطن في بدنه، أو أن يؤدي إلى ذلك بأية طريقة؛ بأن يتم إجراء تجارب أو عملية طبية عليه دون رضاه<sup>1</sup>. كما كفل الدستور الجزائري حق الإنسان في سلامته الجسدية؛ بأن يحظر المساس بسلامة الإنسان البدنية، أو ممارسة أي عنف بدني<sup>2</sup>.

من هذا المنطلق، يعتبر جسم الإنسان حرمة لا يجوز الاعتداء عليه بإزهاقه أو تشويهه، أو إحداث عاهة مستديمة بشأنه، وأن في هذا الاعتداء جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات بالحبس والسجن والغرامة

غير أن تطور الحياة الإنسانية في المجال الطبي؛ وما صاحب ذلك من تطور الوسائل التكنولوجية الطبية، وكثرة الإنجازات العلمية الطبية، حال دون الإحاطة بكل التجاوزات الواقعة على جسم الإنسان - بالشكل الذي يتعارض مع الأساس الدولي والدستوري لحق الحياة - خاصة في ظل محدودية سرعة مواكبة التشريعات للتطورات الحاصلة في المجال الطبي.

ومن أهم الإنجازات الطبية وأعظمها على الإطلاق، التلقيح الاصطناعي، وعمليات تحويل الجنس، الاستنساخ، وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. فهذه الأخيرة تعد من أعظم الانتصارات الطبية في الوقت الحاضر، إذ هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ الإنسان من الفناء، ويقصد بها: "نقل الأعضاء السليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام أعضاء منها مريضة أو تالفة، لتقوم مقامها في أداء وظائفها"<sup>3</sup>، وقد توسع مجال زراعة الأعضاء البشرية ليشمل بالإضافة إلى زرع الكلى وقرنية العين، زرع القلب والبنكرياس والكبد وبعض الجينات.

وإذا كان من الواجب التنويه بدور هذه الإنجازات العلمية الطبية في مجال الحفاظ - عملياً - على الحق في الحياة وسلامة الإنسان الجسدية. فإن المجال مفتوح أمام الممارسات الطبية التي تؤثر سلباً على حياة الإنسان، بل قد تؤدي به إلى موت محتم في حال اقتطاع عضو من أعضاء جسمه. وعلى هذا الأساس تثير مسألة نقل وغرس الأعضاء البشرية أمام رجال القانون إشكالية حول مدى شرعيتها، وعن المسؤولية الجنائية التي قد تنتج عنها. فما مدى شرعية اقتطاع وغرس الأعضاء الأدمية؟ بالنظر إلى ضرورة حفظ حياة الإنسان كحق مكفول دولياً ودستورياً.

بناء على طرح هذه الإشكالية، نقسم موضوع بحثنا إلى ثلاثة أقسام. نتطرق في الأول إلى شرعية اقتطاع الأعضاء البشرية وزرعها لفائدة الغير، وفي الثاني لفائدة المجتمع، أما القسم الأخير فتعرض بالدراسة لضرورة توفر شرط الموافقة للمتبرع والمتلقي على حد سواء.

### 1. شرعية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية لفائدة الغير

يعتبر جسم الإنسان حرمة لا يجوز الاعتداء عليه، وهو خارج عن دائرة التعامل القانوني. غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة؛ بل في إطلاقها هلاك وزوال حياة الإنسان. فإن كان لا يجوز اقتطاع عضو من أعضاء جسم المتبرع حماية له؛ فإن ذلك قد يؤدي إلى نهاية حياة إنسان آخر وهو شخص المريض الذي كان سيتلقى عضو من أعضاء جسم المتبرع.

وعلى هذا الأساس يجوز التعامل القانوني في جزء من جسم الإنسان بالشكل الذي لا يهدد سلامته البدنية، وحقه في الحياة، وذلك إنقاذاً لحياة إنسان آخر. كل ما في الأمر أن يتم احترام شرعية التصرفات القانونية الواقعة على جسم الإنسان؛ بأن تكون لسبب مشروع، وأن يقع الاقتطاع في العضو الذي لا يسبب تخلفه خطر للمتبرع؛ وذلك عندما تكون الأعضاء مزدوجة.

ومن الأسباب المشروعة التي تسمح بنزع عضو من أعضاء المتبرع؛ بأن يكون ذلك لفائدة المريض الذي يشكو من تلف الأعضاء المزدوجة، مما يشكل ذلك حماية لحياته من خطر الفناء؛ وهذا من شأنه أن يؤدي إلى ترقية حياة الإنسان وفقاً لما هو مكفولاً على مستوى القانون الدولي، والدستور على حد سواء.

وقد أكد المشرع الجزائري على هذه الضرورة العلاجية التي تبيح نزع عضو من أعضاء جسم إنسان سليم تماماً، إذا كان ذلك يؤدي إلى الشفاء التام للمريض. وهذا من خلال نص المادة 1/166 من قانون الصحة وترقيتها، حيث جاء فيها ما يلي: "لا تزرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية..."<sup>4</sup>.

وعلى هذا الأساس، نستشف شروط اقتطاع وزرع الأعضاء الآدمية لفائدة المريض:

### 1.1. أن يكون اقتطاع العضو مشروعاً

ففي سبيل أن يكون اقتطاع الأعضاء البشرية مشروعاً؛ ينبغي أن يكون المستفيد مريضاً وقابلاً للحصول على فائدة من زرع العضو الجديد فيه، بحيث يبعث الأمل بالعيش الطبيعي الحقيقي، وأن تكون عملية الاقتطاع والزرع الحل النهائي والخيار الوحيد لنجاته من موت محتم. وهذا ما أكدت عليه المادة 1/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها المذكورة آنفاً.

وقد أكد Coste Floret هذه النتيجة، حيث استنتج القواعد الضرورية لمشروعية كل عمليات نقل الأعضاء وزرعها بشكل عام: "يجب أن يكون الشخص المستفيد مريضاً، ويجب أن تهدف المحاولة لتحقيق مصلحة خاصة فقط... ويجب أن يتناسب الخطر مع الآلام والمضاعفات الممكنة ولا يمكن أن يكون هذا الخطر غير محدد إلا في الحالات الميؤوس منها"<sup>5</sup>.

بالتالي لا يمكن أن يحمل اقتطاع الأعضاء البشرية طابعاً مشروعاً إذا كان لأغراض إشهارية، أو بهدف الإعفاء من أداء الخدمة العسكرية، أو إذا كان منافياً للنظام العام والآداب والأخلاق العامة.

### 2.1. ألا يكون العضو المتبرع به ضرورياً لحياة المتبرع

إن المحافظة على حياة الإنسان مطلب دولي، وواجب دستوري. وأن عدم تقديم يد المساعدة لشخص في خطر، أو قتله، أو المساهمة في ذلك؛ جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات للدول المعترفة بحق الحياة. وعلى هذا الأساس لا يجوز اقتطاع الأعضاء البشرية التي تؤدي إلى موت حقيقي للمتبرع، بأن يتم اقتطاع قلبه مثلاً أو كبده، حتى وإن كان ذلك

مبني على رضاء المتبرع. فلا يمكن التذرع بحجة إنقاذ المريض، وإلا اعتبر ذلك بمثابة انتهاكاً يعاقب عليه القانون لما لحياة الإنسان من حرمة وقداصة خاصة. وإذا وافق الطبيب على اقتطاع مثل هذه الأعضاء الضرورية لحياة الإنسان فإن ذلك من شأنه أن يعرضه للمسؤولية الجنائية.

### 3.1. أن يكون خطر الاقتطاع أدنى من فرص نجاح عملية الزرع

بما أن اقتطاع عضو سليم من جسم شخص لزرعه في شخص آخر ليس له بالنسبة للمتبرع أي فائدة علاجية، فإنه ينبغي مقارنة الضرر والخطر الذي يقع على المتبرع مع فرص النجاح المعطاة للمستفيد.

وتظهر خصوصية زرع الأعضاء بأن هذه الموازنة للأخطار والمزايا تطبق على شخصين مختلفين حيث يتحمل الأول الأخطار فيما يستفيد الآخر من فرص النجاح، وهذا يعني أن الفائدة المراد تحقيقها يجب أن تكون ملحة للغاية من أجل تبرير الأخطار التي يتحملها المتبرع، ولا يمكن الاكتفاء بأن تكون الفائدة المحتملة للمريض أعلى بشكل بسيط من الخطر الواقع على المتبرع، بل يجب أن تتجاوز فرص إنقاذ المستفيد الأخطار التي يتعرض لها المتبرع بشكل كبير.<sup>(6)</sup>

ويعتبر الطبيب الجراح المسؤول عن تحديد نسبة فرص إنقاذ المريض بالمقارنة مع نسبة الأخطار التي يتعرض لها المتبرع، وذلك بالنظر للمؤهلات الطبية العلمية التي يحملها. ذلك أن نسبة الخطر الكبير يعرض حياة المتبرع للهلاك أثناء العملية الجراحية.

ونظراً للتطورات العلمية في المجال الطبي بشكل عام، وفي مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية على وجه الخصوص؛ أصبح من اليسير التحكم في حالات الخطر التي قد يتعرض لها المتبرع أثناء عملية اقتطاع عضو من أعضائه، وفرص النجاح المحققة من خلال عملية زرع العضو للمستفيد، بالشكل الذي يؤدي إلى إلغاء عمليات الاقتطاع وزرع الأعضاء البشرية في حالة الفائدة المحتملة للمستفيد والخطر الكبير الذي يقع فيه المتبرع. وهذا ما يجعل عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية منسجمة مع اعتبارات حماية الحق في الحياة المكرس دستورياً وعلى مستوى القانون الدولي.

### 2. شرعية اقتطاع الأعضاء البشرية لفائدة التجارب العلمية

لا يمكن التذرع بفوائد التطورات العلمية الطبية من أجل تبرير اقتطاع أعضاء جسم الإنسان وإخضاعها لتجارب علمية بحتة. ذلك أن هدف الإباحة بنقل وزرع الأعضاء البشرية هو حماية الحق في الحياة كحق أساسي يتمتع به الإنسان، بالتالي أهداف اقتطاع

الأعضاء الآدمية علاجية فقط تحت طائلة بطلان التصرفات الطبية الواقعة على جسم الإنسان خارج نطاق العلاج، وإلا سيرتب ذلك مسؤولية الطبيب المدنية والجنائية على حد سواء. على أساس عدم شرعية هذا النوع من عمليات اقتطاع الأعضاء البشرية. غير أن هذه القاعدة ليست بمطلقة، إذ يجوز أن يتدخل المشرع للسماح بإجراء هذه التجارب على جسم الإنسان تحت طائلة احترام الإجراءات المشددة في هذا الشأن؛ ذلك أنها إجراءات تهدف في نهاية المطاف إلى حماية حياة الإنسان من الخطر المؤكد.

وإجراء التجارب الطبية - خارج نطاق ما يحدده القانون - على جسم الإنسان مرفوض حتى وإن صاحب ذلك موافقة الشخص الذي سيخضع لهذه التجارب، وذلك لعدم ثبوت فائدة علاجية له.

فلا يمكن إذن أن يمارس نقل وزرع الأعضاء البشرية إلاّ باعتباره تجربة علاجية، وبالتالي التجربة التي أجريت ضمن هدف علمي محض بدون اعتبار لمصلحة المريض تمثل طابعاً غير مشروع. ويمكننا أن نثير في هذا الصدد التجارب التي أجراها الأطباء الألمان خلال الحرب العالمية الثانية في السجون أو في مراكز التعذيب، فإلى جانب التلقيح التجريبي للأمراض مثل الحمى الصفراء أو الملاريا تم تشريح البشر وهم أحياء وزرع الأعضاء والعقم عند البشر، لذا فعقب الحرب العالمية أرادت عدة دول الوقاية ضد تجدد مثل هذا الإفراط، فتم تحرير منذ عام 1947 واستناداً لمبادرة المؤسسة الطبية العالمية، قائمة من عشر مبادئ تتعلق بالتجارب على الإنسان، وقد عرضت باسم قانون NUREMBERG، وحددت هذه القواعد كل التجارب المحتملة على الحالات التي لا تسبب خطراً للشخص الخاضع لها.<sup>(7)</sup> وقد نصت المادة 3/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 1/168 أعلاه".

فواضح أن المشرع الجزائري سلك اتجاه يرمي إلى جواز إجراء التجارب العلمية الطبية على جسم الإنسان، غير أن ذلك لن يكون إلاّ بقيود خاصة بضرورة الحصول مسبقاً على موافقة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية وكذا موافقة المتبرع. وهذا ما يستشف من خلال نص المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها، إذ أكدت على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمبينة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي"، ونص في الفقرة 4 من المادة نفسها على أنه: "لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية".

وهذا يرمي إلى مسؤولية الطبيب في حالة التقصير حتى وإن وافق على هذه التجارب كل من المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية والشخص موضوع التجريب على حدٍ سواء. أما بالنسبة للموقف الفرنسي فإنه أجاز مثل هذه التجارب العلمية الواقعة على جسم الإنسان، لكنه تحفظ بشأنها بشدة؛ إذ لا يجوز إجراء مثل هذه التجارب وفقاً للقانون الفرنسي إذا لم تكن مؤسسة للمعارف العلمية، وكذا إذا كان الخطر المتوقع على الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث هو خارج التناسب مع الفائدة المرجوة لهؤلاء الأشخاص أو الفائدة من هذا البحث، وأخيراً إذا كان لا يهدف إلى نشر المكتسبات العلمية على الكائن البشري والوسائل القابلة لتحسين وضعه الصحي.

ومن جهة أخرى يفرض القانون إجراء فحص طبي للأشخاص المعنيين، ويجب إجراء التجربة في مكان مجهز بوسائل مادية وتقنية تكون متألّمة مع البحث ومنسجمة مع مقتضيات أمن الأشخاص الخاضعين لها.<sup>(8)</sup>

### 3. اشتراط رضاء المتبرع

من الضروري الحصول على موافقة المتبرع بعضو من أعضائه، وإلا كان الاقتطاع غير شرعي مما يرتب المسؤولية المدنية والجنائية على عاتق الطبيب، على أساس انتهاك حرمة سلامة الجسد كحق مكفول دستورياً. وحتى يكون رضاء المتبرع صحيحاً يشترط تبصيره بالأخطار المحتملة من خلال عملية اقتطاع عضو من أعضائه من طرف الطبيب، وأن يكون الرضاء بدون مقابل، وحرراً.

### 1.3. شروط صحة رضاء المتبرع

حتى يكون رضاء المتبرع صحيحاً منتجاً لآثاره المتمثلة في قيام عملية الاقتطاع؛ ينبغي تبصير المتبرع، وكذا أن يكون هذا الرضاء بدون مقابل وحرراً.

#### 1.1.3. تبصير المتبرع

يشترط في موافقة المتبرع أن يكون على علم مسبق بالأخطار المحدقة به من جراء عملية اقتطاع عضو من أعضاء جسده. وهو التزام قانوني يقع على عاتق الطبيب طبقاً لنص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري، حيث تنص على أنه: "... ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يجبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الاستئصال".<sup>(9)</sup>

ومضمون تبصير المتبرع - من خلال النص القانوني - ينبغي أن يكون مبنياً على أساس إخبار المتبرع بجميع المخاطر الطبية العادية والمحتملة حال إجراء عملية الاقتطاع والمخاطر

المستقبلية التي من شأنها أن تؤثر على حياته العملية المهنية والطبيعية. وكذا إخباره بالحالة الصحية لمتلقي العضو وبالفوائد المرجوة من عملية الاقتطاع التي تنصرف لمصلحة صحة المريض المتلقي. ولا يمكن التذرع في هذه الحالة بمقتضيات السر المهني؛ على أساس أن المتبرع طرف أساسي في عملية نقل وزرع العضو.<sup>10</sup>

ونستشف ذلك من خلال نص المادتين 1/206، 2 و 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري. حيث تنص المادة 2/1/206 على أنه: "يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء... ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاماً، ومطلقاً في حالة انعدام رخصة المريض الذي يكون بدوره حراً في كشف كل ما يتعلق بصحته".<sup>11</sup>

وتنص المادة 2/162 على أنه: "... ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يجبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي تتسبب فيها عملية الانتزاع...".<sup>12</sup>

فواضح أن المشرع الجزائري يميز خرق قاعد السر المهني بترخيص قانوني، وعلى أساس أن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لها ميزات طبية خاصة، وأن المتبرع طرف أساسي فيها، فإنه لا يمكن التذرع بحدود السر المهني في سبيل إخبار المتبرع عن حالة المريض المتلقي الصحية، حتى تأتي عملية الزرع ثمارها بطريقة شرعية.

وقد أخذ بشرط ضرورة تبصير المتبرع لإجراء عملية الاقتطاع القانون الفرنسي؛ حيث أكد على ضرورة إعلام المتبرع بالأخطار التي يتعرض لها، وبالنتائج المتوقعة من اقتطاع الأعضاء من خلال نص المادة ل 3-671 من القانون رقم 94/654 المؤرخ في 29/07/1994 المتعلق بقانون الصحة العمومية، وكذا المادة 1/4 من المرسوم التنفيذي رقم 78/801 المؤرخ في 31/03/1978 المتعلق بزراعة الأعضاء.<sup>13</sup>

### 2.1.3. أن يكون الرضاء حراً

يقصد بالرضاء الحر؛ الرضاء الذي لم يشبه عيب من عيوب الإرادة المعروفة في إطار القانون المدني، كالغلط، والإكراه، والتدليس، والغبن والاستغلال.<sup>14</sup>

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على شرط الرضاء الحر في قانون الصحة وترقيتها؛ فإنه يمكن أن نستنتج ذلك من خلال شرط تبصير المتبرع بالأخطار التي تنجر عن عملية الاقتطاع، وفكرة تراجع ذات المتبرع عن موافقته السابقة بخصوص تبرعه بعضو من أعضائه لمصلحة المريض المتلقي التي جاءت بها الفقرة 2 من المادة 162 المذكورة آنفاً. فهذا التراجع ينم عن تخلص المتبرع من الأفكار أو الأفعال التي كانت تمارس عليه نوعاً من

الضغوطات النفسية التي أدت به إلى إصدار موافقة على اقتطاع عضو من أعضاء جسمه. كما يستشف ذلك من خلال نص المادة 163 من قانون الصحة وترقيتها على أساس أن القاصر لا يملك سلطة التبرع بعضو من أعضاء جسمه وكذا الراشد عديم الأهلية. وعلى هذا الأساس ينبغي أن تصدر الموافقة من متبرع حر وراشد غير مكره أو عديم الأهلية.<sup>15</sup>

فبالنسبة للراشدين المحرومين من قدرة التمييز بحسب المادة 163 - المذكورة سابقاً - هم كل شخص من اعتراه جنون أو عته، أو سفه أو غفلة، حيث اعتبر المشرع الجزائري المجنون والمعته عديمي الأهلية، وبالتالي تعد تصرفاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً. وتبعاً لذلك لا يمكنهم أن يكون محل تصرف قانوني مفاده التبرع بعضو من أعضاء جسمهم لفائدة مريض. أما السفه وذو الغفلة يعتبروا بحكم القانون ناقصي الأهلية.<sup>16</sup>

ويقصد بالسفه والغفلة: "تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل كالتبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً، كدفع المال إلى المغنيين، وشراء الحمامة الطيارة بثمان غال، والغبن في التجارات من غير محمده"<sup>17</sup>

من هذا يتبين أن السفه والغفلة وصفان يتعلقان بالمال، ولا علاقة لهما بقدرة الإنسان على تقدير مصالحه في غير مجال المال، ولما كان التبرع بعضو من أعضاء جسم الإنسان تصرف غير مالي؛ فإنه لا أثر للسفه والغفلة على صحة التصرفات القانونية الواقعة على الأجساد. وبالتالي يجوز تبرع السفه وذو الغفلة بعضو من أعضاء جسمه.<sup>18</sup>

وأما بالنسبة للقاصر، فقد منع المشرع الجزائري من أن يكون جسده محل اقتطاع عضو من أعضائه بهدف التبرع به لمصلحة المريض؛ حتى وإن كان هذا الأخير أماً أو أختاً له، ولا يعتد في كل الأحوال بالرضاء الصادر ممن يمثل القاصر قانوناً. وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 1/163 من قانون حماية الصحة وترقيتها، حيث تنص على أنه: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر..."<sup>19</sup>

ولعل هذا المنع يجد مده في الاتجاه القائل بأن اقتطاع عضو من أعضاء القاصر من التصرفات الضارة ضرراً محضاً له، لذا تكون باطلة حتى وإن وافق على ذلك القاصر. ولا يجوز الاعتداد بموافقة من ينوبه قانوناً، ذلك أن النيابة القانونية للولي أساسها مراعاة مصلحة القاصر. وليس في الموافقة على اقتطاع عضو من أعضاء القاصر أدنى منفعة له، حتى وإن كان ذلك لمصلحة أخ أو أخت له؛ فلا يمكن قبول أن يمارس أحد الوالدين سلطته لحماية أحد أبنائه على حساب صحة ابن آخر.<sup>20</sup>

غير أنه هناك من التشريعات الأجنبية ما خالفت الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري؛ بحيث أجازت إخضاع القاصر لعمليات اقتطاع عضو من أعضائه في حدود ضوابط معينة. وذلك على أساس ما استقر عليه القانون الطبي حالياً من ضرورة الاعتراف للقاصر المدرك بالأهلية المدنية الصحيحة أكثر اتساعاً من تلك الممنوحة له في إطار القانون بصفة عامة.<sup>21</sup> وفي هذا المجال نجد القانون الفرنسي قد أجاز استئصال عضو من أعضاء القاصر في حدود استفادة شقيقه أو شقيقته من ذلك العضو، وبأن يتم ذلك بناء على موافقة الممثل القانوني للقاصر، أو موافقة لجنة الخبراء. وذلك وفقاً للمادة 2 من القانون المسمى CAILLAVET تحت رقم 1181/76 الصادر بتاريخ 1976/12/22 الخاص بعمليات نقل وزرع الأعضاء.<sup>22</sup>

كما أخذ المشرع السوري بذات الاتجاه الذي سلكه المشرع الفرنسي؛ حيث أكد على جواز استئصال عضو من أعضاء القاصر لفائدة أخيه أو أخته التوأم، في حدود موافقة الوالدين أو الولي الشرعي في حالة عدم وجودهما. وذلك طبقاً لنص المادة 2/2 من القانون رقم 30 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم عمليات نقل الأعضاء وزرعها، حيث نصت على أنه: "أن لا يتم النقل من متبرع قاصر إلا إذا كان المستفيد والمتبرع شقيقين توأمين ويشترط في هذه الحالة موافقة الأبوين في حال وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي..".<sup>23</sup>

### 3.1.3. أن يكون الرضاء بدون مقابل

ينبغي أن يكون التبرع بدون مقابل، وهذا ما نصت عليه المادة 2/161 من قانون حماية الصحة وترقيتها، حيث أكدت على أنه: "لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملات مالية" وبالتالي استبعد المشرع الجزائري جسم الإنسان من دائرة المعاملات المالية؛ بأن لا يجوز الاتجار بالأعضاء البشرية وبيعها، ذلك أن جسم الإنسان أغلى من أن يقوم بهال، وأن القيم الإنسانية المتعلقة بفكرة التبرع تسمو على المال، فالإنسان بدافع الحب والخير يتبرع بعضو من أعضائه لفائدة الآخر.<sup>24</sup>

وقد أخذت بهذا المسلك العديد من التشريعات المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية. حيث جاء قانون الصحة العمومية الفرنسي رقم 654/94 مؤكداً على منع الحصول على تعويض من جراء التبرع بعضو بشري، حيث جاء فيه: "لا يعطى للمتبرع أي عوض من أي شكل كان مقابل التبرع بأعضاء جسمه".

كما أكد القانون السوري على ذات المبدأ في قانون تنظيم عمليات نقل الأعضاء وزرعها؛ حيث نصت المادة 2/2 في الشرط السادس للتبرع بعضو على ما يلي: "أن لا يتم تنازل المتبرع

عن أحد أعضائه أو جزء منه لقاء بدل مادي أو بغاية الربح وعلى أن يكون له الحق بالعلاج في مشافي الدولة وعلى نفقتها".<sup>25</sup>

وإذا كان الأصل عدم التبرع لقاء مبلغ مالي، فإنه لا يمنع من أن يقدم للمتبرع مقابل معنوي متمثل في شرف إنقاذ حياة إنسانية، وذلك عن طريق منحه بعض المزايا الاجتماعية تعويضاً لما أصاب المتبرع من أضرار؛ بفقد أجر عمله مثلاً أثناء إجراء عملية الاقتران أو انتقاص قوته الجسدية، وضرر أدبي يتمثل في إحساسه بفقد أحد أعضائه<sup>26</sup>. وقد يكون التعويض مادياً للتخفيف من هذه الأضرار فقط وليس مقابل العضو نفسه، وهذا ما عبر عليه المشرع السوري من خلال فكرة التقدم لمشافي الدولة قصد العلاج على نفقة الدولة من جراء أضرار لحقت بالمتبرع نتيجة تخلف العضو المتبرع به.

### 2.3. صور رضاء المتبرع

تنص المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب لدى رئيس المصلحة...".

من خلال هذه المادة يتضح بأن المشرع الجزائري يشترط إفراغ موافقة المتبرع في شكل معين حتى يقوم تصرف المتبرع صحيحاً منتجاً لآثاره بعد الكتابة، وذلك من خلال ما يلي:

- أن يكون التعبير عن رضاء المتبرع كتابياً.
- أن يكون التعبير عن الرضاء بحضور شاهدين.
- إيداع موافقة المتبرع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

### 1.2.3. الشكل الكتابي لرضاء المتبرع

ولعل السبب في ذلك يعود إلى مزيد من الحماية للمتبرع، وتنبهه مدى خطورة الإجراء المقدم عليه، وإعطائه الوقت الكافي لإصدار رضائه بعد تفكير وتروي، وهذا ما يكفل له الحماية في عدم تعرضه لأي ضغط أو إكراه قد يجعل إرادته معيبة.<sup>27</sup>

ولقد أكد على هذا الشرط المشرع السوري من خلال المادة 2/2 في الشرط الثالث - من القانون رقم 30 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم عمليات نقل الأعضاء وزرعها - لشرعية اقتطاع عضو من الأعضاء البشرية، حيث نصت على ما يلي: "... أن لا يتم نقل العضو إلا من المتبرع كامل الأهلية وبعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة موثقة "

## 2.2.. حضور شاهدين

فالشخص بمفرده يمكن أن ينساق وراء أهوائه ويتسرع في إعطاء موافقته متأثراً ببعض الظروف المحيطة به، لكن وجود شاهدين قد يقلل من تسرعه وتأثره، فلها دور كبير في تبصير المتنازل "المتبرع" وإرشاده بإعطائه نصائح في هذا المجال، فيأخذ وقته في التفكير قبل اتخاذ قراره.<sup>28</sup>

## 3.2.3. إيداع موافقة المتبرع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة

وقد أخذ بهذا الشرط المشرع السوري في قانون تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية رقم 30 لسنة 2003. ولكن كان ذلك الشرط بشكل مختلف بالمقارنة مع التشريع الجزائري؛ حيث أكد التشريع السوري على ضرورة موافقة لجنة مكونة من ثلاثة أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع لتقرير ما إذا كان نقل عضو من جسم المتبرع يشكل خطراً على حياته ومدى حاجة المستفيد من عملية النقل.<sup>29</sup>

ولم يختلف هذا الشرط الذي تضمنه التشريع الجزائري كثيراً مع ذلك الذي جاء به التشريع الفرنسي؛ حيث جاءت المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 801/78 المؤرخ في 31/03/1978 المتعلق بزراعة الأعضاء لتنص على أنه إذا كان العضو المتبرع به غير متجدد مثل الكلية والرئة، فإن التعبير عن رضاه المتبرع يكون أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المتبرع، أو أمام قاضي يعينه رئيس المحكمة، وعلى هذا الرئيس التوقيع على الوثيقة المثبتة للرضاء بعد تأكده من تطابق هذا الرضاء مع القواعد الشرعية ومن توقيع الرضاء من المتبرع، ويرسلها بعد ذلك إلى مدير المؤسسة الإستشفائية التي سيتم فيها عملية الاستئصال وتحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كاتب الضبط.<sup>30</sup>

أما المادة 2/1 من المرسوم المذكور آنفاً فقد أكدت على أنه إذا كان العضو المتبرع به من الأعضاء المتجددة فإن رضاه المتبرع يكون في شكل كتابي موقع منه ومن شاهد يختاره المتبرع، وتودع هذه الوثيقة لدى مدير المؤسسة الإستشفائية.

## 3.3. عدول المتبرع عن رضائه

نصت المادة 162 في الفقرة الأخيرة من قانون الصحة وترقيتها الجزائري على أنه: "يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة...".

فواضح من خلال هذه المادة بأن من حق المتبرع أن يعدل عن رضاه بمنح عضو من أعضائه لمصلحة الغير، وفي أي وقت كان قبل القيام بعملية استئصال العضو، دون أن تقوم عليه مسؤولية حتى وإن كانت معنوية اتجاه متلقي العضو أو عائلته. وهذا ينم عن خطورة

العمل المقدم عليه من طرف المتبرع؛ فله الحق من ذلك أن يعدل عنه. وفي ذلك حماية لحرمة حياة الإنسان وسلامة جسده، كحق مكفول دستوري وعلى مستوى القانون الدولي. ومن ذلك يفهم بأن شرط رضاء المتبرع أساسي لقيام عملية الاستئصال، وفي ذلك خروج عن القاعدة العامة التي مفادها توافر الرضاء وقت التعاقد، وهذا بالنظر للطبيعة الخاصة بالتصرفات القانونية الواقعة على جسم الإنسان.<sup>31</sup>

إذن رضاء المتبرع أساسي وجوهري لقيام عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ متى كان صحيحاً وشرعياً منتجاً لآثاره دون عدول صاحبه عنه، وأن في خلاف ذلك ترتيب مسؤولية مدنية وجنائية على عاتق الطبيب، إن كان اقتطاع العضو دون تبصير المتبرع بخطورة العمل المقدم عليه، أو إذا كان ذلك بمقابل مادي، أو دون الإجراءات المحددة في صلب القانون، أو كان الرضاء نابع عن ضغط مادي أو نفسي كالإكراه، أو أن يكون محل عملية الاقتطاع قاصر لم يبلغ سن الرشد. فهذا مجال يدخل في إطار ما يسمى بالرضاء الباطل الذي لا يرتب أثراً قانونية تؤدي إلى قيام عملية الاقتطاع لعضو بشري.

#### 4. اشتراط رضاء المستفيد (متلقي العضو)

نظراً لخطورة عملية زرع الأعضاء البشرية في جسم متلقي العضو، ومدى تجاوب الجسم مع العضو الجديد المزروع فيه، فإنه يشترط كذلك موافقة المستفيد من عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية. وأن في خلاف ذلك قيام مسؤولية الطبيب المدنية والجنائية. ولا يمكن اعتبار دخول المريض المستشفى للعلاج رضاء ضمني مقدماً منه بهدف إجراء عملية زرع العضو البشري، بل يشترط رضاء صريح مبني على تبصير متلقي العضو من طرف الطبيب.

وفي هذا المجال ندرس صاحب الحق في إصدار الموافقة، ثم صور رضاء متلقي العضو، وفي الأخير تبصير المتلقي.

#### 1.4. صاحب الحق في إصدار الرضاء

كقاعدة عامة يشترط في رضاء المتلقي حتى يقوم صحيحاً منتجاً لآثاره؛ أن يصدر من شخص المتلقي بالغاً وفي كامل قواه العقلية، إلا إذا كان في ظروف صحية لا تمكنه من إصدار الموافقة، كأن يكون في غيبوبة في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل السريع، أو كأن يكون قاصراً.

وبالنسبة لشرط بلوغ المتلقي سن الرشد، فإن المشرع الجزائري لم يحدد سناً معينة في قانون حماية الصحة وترقيتها يعتبر فيها المتلقي أهلاً للتعبير عن رضائه بعملية زرع العضو،

وأهلية المتلقي تختلف عن أهلية المتبرع، إذ هذا الأخير يشترط فيه أن يكون بالغاً لسن الرشد حتى يتمكن من التبرع بعضو من أعضائه، بينما المتلقي قد يكون بالغاً سن الرشد، كما قد يكون قاصراً أو عديم التمييز.<sup>32</sup>

غير أنه بالرجوع لأحكام القانون المدني الجزائري، نجد أن المادة 40 قد حددت سن الرشد بتسعة عشرة (19) سنة كاملة<sup>33</sup>. وعلى هذا الأساس يعتد برضاء المتلقي الراشد متى بلغ سن 19 سنة كاملة وكان متمتعاً بقواه العقلية في القانون الجزائري، وإلا كان رضائه باطلاً.

وتجدر الإشارة إلى أن الطبيب لا تقوم مسؤوليته إذا كان تدخله بزرع العضو في جسم المتلقي دون رضائه على أساس أنه في حالة خطر لا يمكن معها أن يصدر موافقته بأي شكل من الأشكال، وأن في حالة عدم التدخل مسؤولية جنائية ملقاة على عاتق الطبيب على أساس ارتكاب جريمة عدم مساعد شخص في خطر، شرط أن يثبت الطبيب عجز المريض على موافقته إجراء عملية زرع العضو.

وقد عالج المشرع الجزائري هذه الحالة في إطار انعدام الأهلية الفعلية؛ فرغم امتلاك المستفيد لأهليته القانونية، فإنه قد تعذر عليه ممارستها بسبب حالته الصحية كغياب الوعي مثلاً. وفي هذه الحالة يتم التعبير عن الموافقة من قبل أحد أفراد أسرة المستفيد، فإن تعذر ذلك في حالة الظروف الاستثنائية أو تعذر الاتصال يتم زرع الأعضاء دون رضاء المستفيد أو من في حكمه. وذلك كله طبقاً لنص المادة 166/2 من قانون حماية الصحة وترقيتها. حيث نصت على أنه: "إذا كان المستقبل غير قادراً على التعبير عن رضائه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأول المبين في المادة 164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابياً". وقد رتب المادة 164/2 أفراد عائلة المتلقي الذين تجب موافقتهم في حالة تعذر الحصول على موافقة المتلقي كالتالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت.

كما جاء في الفقرة 6 من المادة 166 على أنه: "يجوز زرع الأعضاء والأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة 1 و2 أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يسبب أي تأخير في وفاة المستقبل ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين". بحيث اعتبر المشرع الجزائري الطبيب الجراح رئيس المصلحة ممثلاً طبيعياً للمتلقي في هذه الحالة، فله الموافقة للمتلقي بزرع العضو بشرط أن يثبت حالة الاستعجال أمام شاهدين.<sup>34</sup>

كما على الطبيب أن لا يأخذ بعين الاعتبار رفض المتلقي إجراء عملية الزرع على أساس أن رفضه ليس في صالحه، فحرية المتلقي في رفض عملية نقل وزرع العضو ليست مطلقة، بل يجب التفرقة بين ما إذا كانت هذه العملية خطيرة أو كانت عملية بسيطة وعادية لا ترتب أي خطر على حياة المتلقي؛ ففي الحالة الأولى يتدخل الطبيب دون اعتبار لموافقة المريض أو رفضه.<sup>35</sup>

كما يمكن للطبيب الجراح أن يرفض زرع العضو للمتلقي رغم موافقة هذا الأخير وموافقة أهله إذا قدر أن هذا التدخل الجراحي يصيب المتلقي بأضرار جسيمة لأنه هو المسؤول الأول عنه في حالة عدم الأهلية القانونية للمتلقي، كما أنه هو وحده الذي يقدر ضرورة إجراء عملية الزرع ومدى مناسبتها مع حالة المتلقي.<sup>36</sup>

وإذا كان رضاء المتلقي شخصياً في حالة كونه راشد ومتمتعاً بقواه العقلية، فإن هذا المبدأ يرد عليه استثناءات في حالة المتلقي عديم الأهلية، أو القاصر؛ بحيث يكون رضاء الوالدين أو الممثل الشرعي هو أساس إجراء عملية زرع العضو.

فقد نصت المادة 3/166 من قانون الصحة وترقيتها على ما يلي: "وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة". وعلى هذا الأساس لا يكون الرضاء في حالة عدم التمتع بالأهلية القانونية شخصياً بأن يصدر من عديم الأهلية؛ بل الموافقة التي يعتد بها هي تلك الصادرة عن الأب أو الأم أو الولي الشرعي.

غير أن المشرع الجزائري قد استثنى من هذا المجال القاصر ناقص الأهلية القانونية؛ الذي خصص له فقرة أخرى من المادة نفسها وهي الفقرة الرابعة واشترط أن يكون الرضاء صادر عن الأب وإن تعذر الحصول على موافقة الأب تم اللجوء للولي الشرعي.<sup>37</sup> على خلاف المشرع الفرنسي الذي اشترط الحصول على موافقة كل من الأب والأم معاً بسبب خطورة عملية نقل وزرع الأعضاء.<sup>38</sup>

#### 2.4. صور رضاء متلقي العضو

نص المادة 1/166 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها حضور شاهدين اثنين".

وعلى أساس هذه المادة يشترط في رضاء المتلقي حتى يقوم صحيحاً منتجاً لآثاره ما يلي:

**1.2.4. أن يصدر الرضاء في شكل مكتوب بحضور رئيس المصلحة الطبية**  
 وسبب ذلك هو رغبة المشرع الجزائري في الكشف عن رضاء المتلقي، لأن الرضاء ما هو إلاّ تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المتلقي، ولا سبيل للكشف عن هذه الإرادة وإظهارها للوجود في صورة مادية ملموسة إلاّ بالتعبير عنها كتابة، وهذا التعبير يجب أن يكون أمام رئيس المصلحة الصحية التي سيجري للمتلقي فيها عملية الزرع.<sup>(39)</sup>  
 وقد نص على الشكل الكتابي لرضاء المتلقي القانون السوري لزراع الأعضاء البشرية؛ حيث لا يجوز نقل وغرس الأعضاء البشرية على جسد المستفيد إلاّ بناء على موافقة خطية صريحة منه أو من وليه الشرعي أو من عائلته.<sup>(40)</sup>

### 2.2.4. حضور شاهدين

وهذا كدليل على صحة رضاء المتلقي كشرط لوجود عملية زرع العضو. وعلى هذا الأساس نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساوى في بين المتبرع و المتلقي فيما يخص شكل التعبير عن الإرادة بموافقة عملية استئصال وغرس الأعضاء البشرية.

### 3.4. تبصير المتلقي

نصت المادة 5/166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: "لا يمكن التعبير عن الموافقة إلاّ بعد أن يعلم المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك..."<sup>(41)</sup>  
 فنستشف من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري يؤكد على ضرورة تبصير المستقبل للعضو؛ بشرح جميع الأخطار الحالية والمستقبلية التي يمكن أن تنجر عن عملية غرس العضو، وذلك في سبيل صدور رضاء صحيح قانوناً ومنتج لأثاره القانونية من جانب المتلقي، حتى تنفى أية مسؤولية تقع على عاتق الطبيب في الحالة العكسية.  
 فلا يمكن التذرع بحجة جهل المتلقي لقواعد الفن الطبي، وعدم إمكانية تفهمه لأصول المهنة الطبية حتى نستغني عن فكرة تبصير المتلقي.<sup>(42)</sup> وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد ساوى بين المتبرع و المتلقي من حيث ضرورة تبصيرهما حتى تصدر الموافقة عنها صحيحة من الناحية القانونية.

### الخاتمة

ينتج - إذن - عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية أخطار قد تودي بحياة المتبرع أو المريض أو تؤثر سلباً على سلامته الجسدية بأن تحدث له تشوهات جسدية مثلاً. وعلى أساس هذه الخطورة ليست إرادة الأطباء الجراحين مطلقة في إجراء مثل هذه العمليات؛ وإنما

هي مقيدة بضرورة الحفاظ على حياة الإنسان وسلامة جسده كحق من الحقوق الأساسية المكفولة دستورياً وكذا على مستوى القانون الدولي. وبالتالي تثار فكرة المسؤولية المدنية للطبيب في حالة عدم الالتزام بالنصوص القانونية التي نظمت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، والمسؤولية الجنائية في حالة هلاك الإنسان بوفاته أو حدوث تشوهات وعاهات في جسمه.

وعلى هذا الأساس ينبغي أن يكون اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية في فائدة شرعية للمتلقي بالشكل الذي لا يؤثر سلباً على صحة المتبرع. وبالتالي لا يعتد بالتبرعات الواقعة على الأعضاء الأساسية الحيوية للإنسان كالقلب أو الكبد أو البنكرياس أو المعدة ما دام أن عملية نقل وزرع الأعضاء تتم بين الأحياء. كما يجب احترام الأشكال والإجراءات القانونية في حالة إباحة مثل هذه العمليات سواء كان هدفها يعود بالفائدة لمصلحة الغير أو لإجراء تجارب علمية طبية. كما لا يمكن الاستغناء عن موافقة صحيحة قانونية للمتبرع والمستفيد إذ هما أساس عملية اقتطاع وغرس الأعضاء البشرية.

### الهوامش

- (1) راجع المادة 60 من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 18 يناير 2014.
- (2) راجع المادة 40 من التعديل الدستوري الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.
- (3) محمد فارح، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغرسة الأعضاء أو ترقيعها، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، السنة الثانية، الجزائر، جانفي 1999، ص 106.
- (4) راجع المادة 166 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.
- (5) Michele. Harichaux, La prise en charge du coût des transplantations d'organes, Revue trimestrielle Dr. Sanit et Soc, N° 25 juillet-septembre 1989, p132.
- (6) مشكور خليدة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 15.
- (7) المرجع نفسه، ص 16، 17.
- (8) المرجع نفسه، ص 18.
- (9) راجع المادة 162 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.
- (10) انظر د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النشر العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص 75.

- (11) راجع المادة 206 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. والمعدلة بموجب المادتين 1/206 و 2/206 من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، ج ررقم 35 المؤرخة في 15 غشت 1990.
- (12) راجع المادة 162 من القانون نفسه.
- (13) انظر مشكور خليدة، مرجع سابق، ص 22.
- (14) راجع المواد من 80 إلى 90 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم (آخر تعديل كان بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج ررقم 44).
- (15) راجع المادة 163 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.
- (16) راجع المادتين 42 و 43 من القانون المدني الجزائري.
- (17) د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 49.
- (18) انظر مشكور خليدة، مرجع سابق، ص 27.
- (19) راجع المادة 163 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.
- (20) انظر ماروك نصر الدين، زرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، 1993، ص 161.
- (21) المرجع نفسه، ص 156.
- (22) Jean De Savigny, Le guide juridique de prélèvement d'organes, Assistance publique hôpitaux de paris, paris, p 41.
- (23) راجع المادة 2 من القانون السوري رقم 30 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم عمليات نقل الأعضاء وزرعها.
- (24) انظر د. نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص 127.
- (25) راجع المادة 2 من القانون السوري رقم 30 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم عمليات نقل الأعضاء وزرعها.
- (26) انظر د. عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 86.
- (27) انظر د. نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص 108.

- (28) مشكور خليدة، مرجع سابق، ص 38.
- (29) راجع المادة 2/2 من القانون السوري رقم 30 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم عمليات نقل الأعضاء ووزعها.
- (30) Jean De Savigny, Op. Cit. p 41.
- (31) انظر مشكور خليدة، مرجع سابق، ص 44.
- (32) د. نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص 149.
- (33) راجع المادة 40 من القانون المدني الجزائري.
- (34) د. نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص 45.
- (35) مشكور خليدة، مرجع سابق، ص 52.
- (36) راجع المادة 163 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.
- (37) راجع المادة 4/166 من القانون نفسه.
- (38) انظر مشكور خليدة، مرجع سابق، ص 54.
- (39) المرجع نفسه، ص 59.
- (40) راجع المادة 2/2 من القانون السوري رقم 30 لسنة 2003 المتعلق بتنظيم عمليات نقل الأعضاء ووزعها.
- (41) يكون تبصير المتلقي بعملية الزرع أو من في حكمه؛ الولي الشرعي أو الممثل القانوني لمن لا يمكنهم إصدار موافقة صريحة قانونية.
- (42) د. نصر الدين ماروك، مرجع سابق، ص 144.

## الأملك الوطنية العقارية الخاصة والتقادم المكسب في ظل المسح العام

أ. جبوري أحمد

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس المدينة

ملخص:

المشروع الجزائري اعتمد نظام الشهر العيني، وسياسة المسح العام للأراضي، أين تصبح الوضعية العقارية واضحة المعالم، ولا يشوبها أي عيب عن طريق إعداد بطاقات عقارية تتضمن بطاقة تعريف كل عقار وحجية مطلقة لعملية التقييم العقاري الناتجة عن عملية مسح الأراضي، غير أن المشروع الجزائري سمح بإمكانية الطعن القضائي في مواجهة التقييم الناتج عن عملية المسح لذا فانه لا يعتمد الحجية المطلقة، كما أنه لم ينص على عدم إمكانية التمسك بالتقادم في العقارات المسوحة وهذا ما يجعل التساؤل عن مدى إمكانية التمسك بالتقادم المكسب في قطعة ممسوحة باسم الدولة، وهذه الإشكالية كانت موضوع دراسة من خلال هذا المقال.

الكلمات المفتاحية: الشهر العيني، المسح العام للأراضي، العقار، التقييم العقاري، الأملك العقارية.

### Résumé

Le législateur algérien a adopté le système de publicité foncière comme moyen parmi les moyens de purge de la propriété foncière et la politique du cadastre general ou la situation foncière se trouve avoir des indices bien définis, et n'est entachée d'aucun vice, par l'établissement de fiches immobilières portant identification de chaque bien immobilier et la preuve absolu mais le législateur algérien n'a pas opté pour cette approche et a permis la possibilité d'un recours judiciaire à l'encontre de l'immatriculation résultant de l'opération cadastrale. Ainsi il n'a pas adopté la preuve absolue tout comme il n'a pas prévu que la prescription acquisitive ne peut être invoquée sur les biens immobiliers cadastrés, d'où il convient de s'interroger dans quelle mesure il est possible d'invoquer la prescription acquisitive sur un terrain cadastré ou non de l'Etat et cette problématique a été étudiée par cette étude.

## مقدمة

لقد قرر المشرع الجزائري بموجب المادة 773 من القانون المدني الجزائري (1) جعل الدولة مالكة للملك الذي لا مالك له، وكذا جعلها وارثة للملك الذي لا وارث له، والمتضمن في هذا النص القانوني، يجد أن جميع الأملاك التي بدون مالك ملك للدولة، وهذه الفكرة تتعارض مع كسب الملكية العقارية عن طريق الحيازة، أي ما يسمى بالتقادم المسكب، المنصوص عليه بموجب المادة 883 وما يليها من نفي القانون، ويقتضي التقادم أنه من حاز عقارات لمدة معينة وتوفر شروط معينة أصبح ملكا له.

لذا وانطلاقا مما سبق فإن جل النزاعات العقارية التي عرفها القضاء العقاري في الجزائر سواء أمام القاضي العادي أو القاضي الإداري كانت ناتجة أصلا عن اكتساب الملكية عن طريق التقادم المسكب، خاصة لما تدعي الدولة ملكية العقار المراد اكتسابه بالتقادم (2)، وبعد صدور القانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية (3) أوضح المشرع الجزائري الطريقة التي من خلالها يمكن للدولة التحجج بالملكية على أساس المادة 773 أي أن الدولة لا يمكنها أن تدعي ملكية عقاري إلا بعد اتخاذ إجراءات الشغور المنصوص عليها بموجب نفس القانون، وانطلاقا من ذلك أصبح يمكن للحائز المكمل لمدة التقادم أن يدعي الملكية على أساس التقادم في العقارات التي لم تتخذ فيها الدولة إجراءات الشغور، ولا يمكن للدولة أن تدعي الملكية بدون هذه الإجراءات حتى في مواجهة الحائز المدعي للتقادم المسكب.

ولقد استقر العمل القضائي على هذا المبدأ القانوني، لكن الإشكال بالنسبة للعقارات المرقمة باسم الدولة ترقيما مؤقتا (ما يسمى الترقيم باسم مجهول) أو ترقيما نهائيا، كما طرح الإشكال بحددة بعد صدور قانون المالية لسنة 2015 (4) أين قرر المشرع الجزائري بموجب المادة 67 منه والتي أضافت المادة 23 مكرر لهذا الأمر 75/74 المتعلق بالمسح العام للأراضي (5)، والتي قررت أن الأملاك العقارية التي لم يطالب بها خلال عملية المسح (نشير أن عملية المسح تعرف في بعض القوانين المقارنة بالتشريع التونسي بالتحفيظ العقاري) تدمج بطريقة آلية ضمن الأملاك الوطنية الخاصة للدولة، ويمكن لكل من له مصلحة الاعتراض على ذلك أمام المحافظ العقاري بموجب عقد ملكية رسمي، وهنا أجاز المشرع لهذا الأخير تصحيح الوضعية القانونية لهذا العقار بإدماج المالك الحقيقي للعقار.

وعليه فهل يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري منع التمسك بالتقادم المسكب في مواجهة الأملاك العقارية للدولة سواء قبل أو بعد 2015، في حالة ما كان العقار قد مسح

ورقم باسم الدولة، أو أنه يمكن للشخص الحائز لمدة تتجاوز النصاب القانوني، الطعن في مواجهة هذا التقييم النهائي، وإن كان ذلك ممكنا فكيف يكون ذلك؟  
 إن هذه الإشكالية سيكون محل مناقشة من خلال هذا المقال، والذي سيتم تقسيم الدراسة فيه الى نقطتين أساسيتين، الأولى تتعلق بالتنفيذ بالتقادم المكسب في مواجهة الدولة في المناطق التي لم تشملها عملية المسح، والثانية تتعلق بتنفيذ التقادم المكسب في مواجهة الدولة في المناطق التي شملتها عملية المسح.

**أولا: التنفيذ بالتقادم المكسب في مواجهة الدولة في المناطق التي لم تشملها عملية المسح**  
 لقد اعتمد المشرع الجزائري سياسة الشهر العيني منذ سنة 1975، لكن هذه العملية لم تتم بصفة مطلقة الى غاية اليوم هذا ما جعل الدولة تعرف نظامين في مجال الشهر العقاري الشهر الشخصي الذي يعرف حجية نسبية، والشهر العيني الذي يعتمد على الحجية المطلقة لوثائق المسح والترقيم، وعليه فانه بالنسبة للمناطق الخاضعة لنظام الشهر الشخصي فانه بالنسبة لهذه المناطق يثار مشكل التقادم المكسب بحددة حتى في مواجهة الدولة.

وبالنسبة للمناطق المسوحة والتي تخضع لنظام الشهر العيني فانه ووفقا لمبادئ الشهر العيني فان الملكية العقارية مطهرة ولا يجوز التمسك بأي وسيلة من وسائل الطعن في مواجهة وثائق المسح والترقيم (الدفتري العقاري، والبطاقة العقارية)، لكن وطالما أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالحجية المطلقة التي أخذت بها بعض التشريعات المقارنة مثل التشريع المغربي(6)، فان التقييم العقاري سواء كان مؤقتا أو نهائيا يجوز مخصصته أمام القضاء، لذا فانه وفقا لذلك فان إمكانية التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة حتى الدولة ممكنا حتى مع وجود تقييم نهائي.

وإنه وكما سبقت الإشارة له فان حائز العقار الذي تتوفر فيه شروط التقادم المكسب يعد مالكا للعقار المحاز، ما لم يكن ذلك العقار مملوكا للدولة بصفة رسمية أي أن الدولة سبق لها وان امتلكته بصفة رسمية، ومن بين هذه الطرق اكتسابه بموجب إجراءات الشغور، إذ أن اكتساب هذا العقار من طرف الحائز مرهون بمدى عدم قيام الدولة بإجراءات الشغور، ورغبة المشرع الجزائري في تطهير الملكية العقارية، وتسوية المشاكل العقارية، سهل لهذا الحائز في الحصول على سندات ملكية انطلاقا من الحيابة والتقادم المكسب، ولقد اعتمد المشرع الجزائري نظامين قانونين في هذا المجال، وكأن المشرع طلب من الحائزين تسوية هذه العقارية حتى وعلى حساب الدولة إن كانت لم تقضي بملكيتها للعقار بموجب الشغور، وهذين

النظامين القانونين يتمثلان في عقد الشهر والتحقيق العقاري وسيتم تفصيل كل منهما على حدى.

#### أ- عقد الشهر

جاء المشرع بهذا الإجراء بمقتضى المرسوم 352/83 (7) لتطهير الملكية العقارية والوضعيات العالقة، ولم يعرف المشرع هذا العقد وقد عرفه الفقه كما يلي: "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية وفي سلطته واختصاصه يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد" (8)، ورغم أن هذا الإجراء قد تم إلغائه غير أن المشرع سمح بإتمام الإجراءات التي لم تتم بعد، كما منازعات هذا العقد لا تزال عالقة أمام المحاكم الى غاية اليوم.

ولقد سمح المشرع بموجب هذا العقد للحائز المكتمل لشروط التقادم المكسب ونصابه القانوني الحصول على عقد رسمي مشهر لإثبات ملكيته العقارية، لكن من شروط هذا القانون أن تكون العقار المراد الحصول عليه في منطقة غير خاضعة لعملية المسح، وغير مملوك للدولة، وهنا نقصد ان الدولة لم تتخذ أي إجراء من أجل إدماجه في ملكيتها العقارية لكون الدولة مالكة للملك الذي لا مالك له، ومن بين شروط هذا الإجراء أن يكون العقار غير موقوف ذلك انه لا يقبل أن يجحد الوقف لأنهم مدينون بالوفاء لأبديته (9) وقد أقرت المحكمة العليا مبدأ عدم جواز التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الأراضي المحبسة لانعدام نية التملك (10).

وعليه فان للحائز الحق في تفعيل التقادم المكسب في مواجهة الدولة عن طريق عقد الشهرة، ولقد الزم المشرع بموجب هذا الإجراء الموثق المحرر لعقد الشهرة بتبليغ البلدية وإدارة أملاك الدولة إن كانت تعترض على هذا العقد وفي حالة السكوت عن إبداء الاعتراض خلال هذه المدة فإن ذلك يعد بمثابة موافقة ضمنية على إعداد عقد الشهرة مثلما أكده قرار المحكمة العليا (11)، وإذا فات ميعاد المعارضة المحدد ب 04 أشهر يبقى لهذه الإدارات اللجوء إلى القضاء مثلما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا القرار رقم 190541 المؤرخ في 29/03/2000 (12).

#### ب- التحقيق العقاري

بعد إلغاء تكريس التقادم المكسب عن طريق عقد الشهرة تم إنشاء طريقة جديدة للحصول على سندات مثبتة للملكية بموجب الحيازة، وهي التحقيق العقاري (13)، هي آلية لتطهير الملكية العقارية الخاصة بموجبها يتاح لكل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة

على عقار لم يخضع لإجراء المسح بعد، وبدون سند سواء بنفسه أو بواسطة شخص آخر أن يتقدم بطلب فتح تحقيق عقاري لمعينة حق الملكية و تسليمه سند الملكية يوجه إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي المختص إقليميا من أجل المعينة المادية والقانونية للأمالك العقارية التي هي محل لهذه الحيازة.

وتطلب المشرع شروطا تتعلق بالعقار موضوع طلب المعينة والتحقيق(14)، وإن للمحقق العقاري إجراء بحوث وتحريات على مستوى المحافظة العقارية للتأكد فيما إذا كان الإشهار المسبق أو سند لهذا العقار قد يعارض حيازة طالب التحقيق أو هناك حقوق عقارية للدولة أو الولاية أو البلدية، أو جهات الأوقاف تغير من الطبيعة القانونية لهذا الملك(15).

كما انه على هذا الأخير التأكيد إن كان العقار مملوكا للدولة من عدمه، وعليه فان هذا الإجراء يعد أيضا إجراء يعتد به في مواجهة الدولة بصفته يملك الحائز سندا ملكية يتمثل في بطاقة عقارية تثبت التقييم النهائي لفائدة الحائز، غير أن كل هذا يعد في إطار مناطق غير ممسوحة لكن السؤال يطرح نفسه إن كان العقار محل الحيازة والتملك عن طريق التقادم المكسب مملوكا بموجب ترقيم نهائي أو مؤقت للدولة، وهذا سيتم مناقشته في النقطة الموالية.

**ثانيا: التفعيل التقادم المكسب في مواجهة الدولة في المناطق التي شملتها عملية المسح**

إن عملية المسح أو التحفيظ العقاري كما تسمى في بعض التشريعات المقارنة كالتشريع التونسي، والمغربي، ينتج عنها ترقيم عقاري مؤقت أو نهائي، أما عن الأول فيجوز مخصصته أمام القضاء العادي في حين أن الثاني يخاصم أمام القاضي الإداري، ولهذا التقييم خاصة التقييم النهائي حجية مطلقة لا يجوز مخصصته إلا أمام القضاء وفي بعض الدولة يجوز حجية الى درجة لا يجوز الطعن ضده أمام القضاء، وفي إطار الامر 74/75 السالف الذكر فان العقارات ترقم باسم الدولة أو باسم الخواص حسب الحالة، وفي حالة عدم وجود مالك أو حائز يدعي الملكية على العقار فان العقار المعني يرقم في حساب مجهول باسم الدولة وهذا يعد ترقيم مؤقت لفائدة الدولة، لكن بعد صدور قانون المالية لسنة 2015 أصبح يرقم مباشرة باسم الدولة، لذا من خلال هذه النقطة سيتم تفصيل الدراسة الى نقطتين الأولى تتعلق بتفعيل التقادم قبل قانون المالية 2015، والثانية تتعلق بالتفعيل بعد قانون المالية 2015.

### **1- التفعيل التقادم المكسب في مواجهة الدولة قبل قانون المالية لسنة 2015**

إنه وقبل صدور قانون المالية لسنة 2015 منح المشرع الجزائري مرة أخرى لأصحاب التقادم المكسب الحق في تأسيس السجل العقاري باسمهم و حصولهم على سند ملكية على العقار المحاز من طرفهم، إضافة الى عقد الشهرة والتحقيق العقاري سابقا، عن طريق ما

يسمى الترقيم المؤقت ويتقسم الترقيم المؤقت الى قسمين ترقيم مؤقت سنتين، وترقيم مؤقت أربعة أشهر.

#### أ- الترقيم المؤقت أربعة أشهر

طبقا للأمر 75/74 المتعلق بالمسح العام للأراضي السالف الذكر فان الترقيم المؤقت أربعة أشهر يمنح للحائزين الذين أثبت أنهم حائزون للعقار محل الترقيم، وفقا للشروط المقررة قانونا، والذين استمرت حيازتهم لمدة تتجاوز نصاب التقادم أو أنهم يجوزون وثائق لا ترقى الى درجة السند الرسمي، غير أن المشرع الجزائري لم يوضح الطريقة التي من خلالها يمكن لمصالح المسح العام للأراضي، والمحافظ العقاري عند إيداع وثائق المسح من التأكد عن مدة الحيازة، لذا فقد كان ترقيم جل العقارات الخاضعة للترقيم المؤقت ترقيم مرقت سنتين.

#### ب- الترقيم المؤقت سنتين

إن الترقيم المؤقت سنتين يمنح للأشخاص الذين لهم حيازة على عقار، ولم يتمكنوا من إثبات مدة تقادمهم، وهنا خرج المشرع الجزائري عن الأصل ومكن من اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة لمدة تقل عن النصاب المنصوص عليه قانونا بموجب القانون المدني.

إنه ومن خلال ما سبق فان المشرع الجزائري وبموجب الترقيم المؤقت جعل حائز العقار والدولة في نفس المركز، إذ أن الحائز الذي لم يثبت ملكيته للعقار المحاز من طرفه يرقم ترقيا مؤقتا كما سبق بيانه، وللدولة في هذه الحالة الاعتراض على ذلك بصفة رسمية، وهنا يجري المحافظ العقاري صلح بين الطرفين وفي حالة عدم الصلح يلجأ الأطراف للقضاء، ونفس الشيء بالنسبة للدولة فاذا لم تقدم ما يثبت ملكيتها للعقار، محل الطلب ولم يتقدم من يدعي ملكيته أو حيازته ففي هذه الحالة يرقم ترقيا في حساب مجهول، أي يرقم ترقيا مؤقتا باسم الدولة، إذ أنه بعد مرور سنتين من ترقيم العقار في حساب مجهول يرقم ترقيا نهائيا باسم الدولة.

لذا فان المشرع الجزائري وفي إطار تطهير الملكية العقارية حاول بشتى الوسائل القانونية حماية التقادم المكسب للأشخاص، وذلك من خلال عقد الشهرة والترقيم العقاري، وكذا الترقيم المؤقت وأجاز المشرع أيضا لمن يدعي التقادم المكسب على عقار الاعتراض على ترقيم العقار باسم الدولة أي في حساب مجهول أمام المحافظ العقاري، في غضون السنتين، ويمكن في هذه الحالة المحافظ العقاري إجراء صلح بين الدولة ممثلة في مدير أملاك الدولة وشخص

الذي يدعي الملكية عن طريق التقادم، وفي حالة عدم الصلح يجوز للشخص المدعي التقادم أن يلجأ للقضاء لمنازعة هذا التقييم، وهنا أمام القضاء الإداري عملاً بالمعيار العضوي المنصوص عليه بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (16).

## 2- التفعيل التقادم المكسب في مواجهة الدولة قبل قانون المالية لسنة 2015

إنه وبقراءة بسيطة للمادة 67 من قانون المالية 2015 والتي أضافت المادة 23 مكرر للأمر 75/74، نجد أن المشرع الجزائري عدل من مبادئ التقييم العقاري، إذ أن المشرع قرر تقييم العقارات ترقياً مؤقتاً باسم الحائز لمدة أربعة أشهر، أو سنتين حسب الحالة كما سبق بيانه، وهنا للدولة الاعتراض على ذلك وفقاً للشروط والأحكام المذكورة في النقطة السابقة، غير أن المشرع بموجب قانون المالية لسنة 2015 أعطى امتيازاً للدولة، إذ أنه في حالة عدم تقدم في إطار إجراءات المسح أي مالك يدعي ملكية العقار محل المسح والتقييم، أو أي حائز يدعي حيازته، فإن العقار في هذه الحالة يرقم ترقياً نهائياً باسم الدولة وليس ترقياً مؤقتاً (حساب مجهول) كما في السابق، ولا يمكن التحجج أمام المحافظ العقاري في هذه الحالة سوى بموجب عقد رسمي مشهر، وعليه فإن الحائز والمدعي التقادم المكسب لا يمكنه الاعتراض على هذا التقييم.

وانطلاقاً مما سبق يثور التساؤل إن كان المشرع الجزائري يريد أن يمنع المتمسك بالتقادم المكسب أن يكسب العقار، بعد تقييمه باسم الدولة؟

إن المتمسك في قانون المالية لسنة 2015 يجد أن سياسة المشرع الجزائري تهدف إلى منع الحائز إلى ذلك، غير أنه ومع عدم تعديل المادة 16 من الأمر 74/75 السالف الذكر، يبقى التقييم النهائي ترقياً لا يملك الحجية التامة، لذا يجوز مخاطبته أمام القضاء، لذا فإن للشخص الذي يدعي التقادم المكسب أن يتقدم أمام القضاء الإداري عملاً بالمعيار العضوي كما سبق بيانه من أجل مخاطبة التقييم حتى وإن تم التقييم ترقياً نهائياً باسم الدولة، وهنا من خلال هذه النقطة سيتم مناقشة مخاطبة التقييم أمام القضاء والذي يمكن أن يكون عن طريق دعوى الاستحقاق أو عن طريق الدفع.

## التمسك بالتقادم المكسب عبر دعوى استحقاق

إن حق اللجوء إلى القضاء حق دستوري، وعليه فإن لكل من يدعي أنه اعتدي على حقه أن يلجأ للقضاء، غير أن التساؤل المطروح حول إمكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإثبات الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب، والتي يطلب من خلالها المتمسك بالتقادم المكسب حكماً قابلاً للشهر يثبت ملكيته للعقار، وهذه الحالة غير مستساغة من الناحية

القانونية، وذلك لكون القضاء وطبقا للقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وقانون المسطرة المدنية المغربي، ومجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسي يفصل في منازعة، ولا يثبت حق عيني.

وعليه فإنه لا يمكن تصور التمسك بالتقادم المكسب إلا في إطار دعوى تهدف الى حماية الحق في مواجهة الغير، تهدف إما لطرد الغير أو منعه من التعرض للعقار، وتجدر الإشارة أنه لا بد من التفريق بين دعاوى الحيازة التي تهدف لمنع التعرض وحماية الحيازة والتي لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تكون في مواجهة المالك الأصلي بموجب عقد رسمي مشهر، ودعوى التمسك بالتقادم المكسب والتي يتمسك رافعها في مواجهة الغير بالملكية عن طريق التقادم المكسب، والتي لا يجوز التمسك بها في نفس الدعوى مع الحيازة طبقا للمادة 527 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والفصل 169 من قانون المسطرة المدنية المغربي، ونشير ان العقار الذي لا مالك له، والذي لم تتخذ في مواجهته إجراءات الشغور من طرف الدولة يعد عقارا لا مالك له، وليس عقار مملوك للدولة، وعليه فإنه في حالة حيازته من طرف الغير، وتوفر شروط التقادم المكسب فإنه في هذه الحالة يصبح الحائز مالكا للعقار، وفي هذه الحالة يمكنه رفع دعوى في مواجهة الدولة لمنعها من التعرض له في حيازة العقار على أن تكون الدعوى أمام القضاء الإداري، وذلك ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 38213 المؤرخ في 02/10/1984(17)، كما أنه يجوز إكتساب العقار عن طريق التقادم المكسب حتى على عقار مملوك للغير وإن كانت الدولة وهذا لعموم النص المتعلق بالتقادم وهذا ما أكدته العديد من الدراسات الفقهية(18).

غير أن دراستنا في هذه النقطة لا تتعلق بالحالة المذكورة في الفقرة السابقة وإنما تتعلق بمدى إمكانية التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة الدولة رغم ترقيم العقار باسم الدولة ترقيما نهائيا في إطار قانون المالية لسنة 2015 وهنا نقول أنه وكما سبقت الإشارة له سابقا فإن بعض التشريعات لم تفصل بشكل دقيق في مسألة التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة المالك في إطار منطقة مسوحة، وهنا لا بد من الإشارة أنه ونظرا لكون المشرع الجزائري لم يفصل في هذه النقطة كما فعل ذلك التشريع المغربي، مع بقاء النصوص القانونية التي تسمح بإكتساب العقار عن طريق التقادم نصوص عامة وسارية المفعول، كما أن المشرع أجاز الطعن فيما أسفرت عليه عملية المسح المتمثلة في الترقيم أمام القضاء المختص، خاصة وأن عملية المسح عملية تدوم لمدة طويلة، وعليه فقط تستمر حيازة شخص لعقار مسموح لمدة طويلة رغم أنه عقار مسموح، وله مالك بموجب بطاقة عقارية أو دفتر عقاري، فهل يفهم من عدم تطبيق

الأليات القانونية المتمثلة في عقد الشهرة والتحقيق العقاري المتعلقة بالتقادم على العقارات الممسوحة أن المشرع منع اكتساب العقار بموجب التقادم المكسب على العقارات الممسوحة؟ ولقد استقرت إجتهدات مجلس الدولة الجزائري على أن الطعن في التقييم العقاري يكون أمام القضاء الإداري، وذلك لكون ما نتج عن عملية المسح يعد قرار إداري صادر عن المحافظ العقاري ووفقا للمعيار العضوي المعتمد من طرف التشريع الجزائري، فان الاختصاص في مراجعة ما تضمنه الدفتر العقاري الذي يعد قرار إداري يعد طعنا في قرار إداري فهو من اختصاص القاضي الإداري(19)، وعليه فان التمسك بالتقادم المكسب في إطار عقار مسموح يكون أمام القضاء الإداري لكونه يعد مراجعة لما تضمنه قرار إداري، وبهذا المفهوم لا بد على القضاء الإداري أن يتخذ موقفا صريحا وواضحا في مسألة اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في إطار الشهر العيني، ولا بد في رأبي أن لا تقبل الدعاوى الرامية لذلك، على أساس أنه ينتج عن المسح الأراضي حجية، كما أنه بالقياس على ما توصل اليه التشريع في مجال عقد الشهرة والتحقيق العقاري أنه لا يمكن إكتساب الملكية عن طريق التقادم في عقار مسموح.

#### الخاتمة

لقد قررت التشريعات المغربية بعد استقلالها بسبب المشاكل التي عرفتها في مجال الملكية العقارية وحدودها، بما فيها التشريع الجزائري بأن التقادم المكسب يعد سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، والذي مضمونه حيازة العقار لمدة وبشروط معينة، ولقد لعب هذا الأسلوب من أساليب كسب الملكية دورا معتبرا في مجال تطهير الملكية العقارية، وكمرحلة إنتقالية الى غاية الانتقال من نظام الشهر الشخصي لنظام الشهر العيني أي الى غاية إتمام عملية المسح العام للأراضي، أو ما يعرف التطهير العقاري في بعض التشريعات.

وقد جعلت بعض التشريعات كالتشريع المغربي في الفصل 63 من ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل12 غشت 1913 المعدل والمتمم، الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي أو التطهير العقاري حدا لتطبيق التقادم المكسب في مجال العقار، وقررت منع اكتساب العقار لهذا السبب في الأراضي والعقارات الخاضعة لنظام الشهر العيني، غير أن بعض التشريعات بما فيها التشريع الجزائري لم تنص على ذلك، وبقي اللبس واضحا في مجال اكتساب العقار عن طريق التقادم في ظل العقارات الخاضعة لنظام الشهر العيني، خاصة وأن النصوص المقررة للتقادم جاءت عامة، ولم تستثني العقارات الممسوحة كما أن المشرع سمح بالطعن القضائي في مواجهة العقارات الممسوحة.

وفي ختام هذه المداخلة نرتقب تدخل المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة التي تعتمد بها اعتمد عليه المشرع الجزائري فيما يتعلق بالتقادم المكسب، وذلك من أجل منع التقادم المكسب على العقارات الخاضعة لنظام الشهر العيني، كما أنه على القاضي الإداري أن يؤسس اجتهادا في هذا المجال يعتمد عليه المشرع الجزائري، خاصة وأن عملية المسح تعرف تقدما ملحوظا في التراب الوطني، إذ أنه وفقا لإحصائيات قام بها الديوان الوطني لمسح الأراضي بتاريخ 31 ديسمبر 2013 رقم 226085202 فان عملية المسح في الأراضي الفلاحية تقدر ب62٪. وفي الأراضي العمراني يقدر ب10٪.

#### المراجع والهوامش:

- (1) الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، جريدة رسمية العدد 78، سنة 1975.
- (2) قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 239797 بتاريخ 19 فيفري 2003، منشور في الجريدة الرسمية للمحكمة العليا، العدد الخاص للغرفة العقارية، العدد 3، 2010.
- (3) القانون 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر. العدد 52، سنة 1990، المعدل و المتمم بالقانون 15/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر. العدد 44، سنة 2008.
- (4) القانون 10/14 المؤرخ في 8 ربيع الأول 1436 الموافق ل 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، جريدة رسمية العدد 78، لسنة 2014.
- (5) الأمر 74/75 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1395، الموافق ل 17 أبريل 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم، جريدة رسمية العدد 92، سنة 1975.
- (6) ظهر 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07 – 14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177 11 1 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 هـ الموافق 22 نونبر 2011، ج.ر. عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011.
- (7) المرسوم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 1983.
- (8) حمدي باشا عمر، محركات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، صفحة 17.
- (9) عبد الحميد الشواربي: أحكام التقادم في القضاء و الفقه، دار النشر منشأة المعارف، سنة 1996 صفحة 10259.
- (10) حمدي باشا عمر مبادئ القضاء العقاري دار هومة، الجزائر، صفحة 96.

- (11) قرار رقم 71952 المؤرخ في 24 سبتمبر 1990 المجلة القضائية العدد 02 صفحة 35
- (12) مجلة قضائية عدد 01 سنة 2000 صفحة 151.
- (13) القانون 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2007.
- (14) المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-08 المؤرخ في 19-05-2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية تنص "تطبق عمليات التحقيق العقاري الرامية إلى معاينة حق الملكية العقارية أعلى الأملاك العقارية المحددة في المادة 2 من القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007.
- (15) محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي، سنة 2009، صفحة 310.
- (16) القانون 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية العدد 21، سنة 2008.
- (17) المجلة القضائية لسنة 1990 العدد 1 صفحة 200.
- (18) تعليق على قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا صادر بتاريخ 09 مارس 1998 رقم 129947 من إعداد السيد زودة عمر مستشار بالمحكمة العليا، منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 1999 العدد الأول.
- (19) الشهر العيني بين النظرية والتطبيق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، من إعداد الطالب ضيف أحمد، جامعة تلمسان السنة الجامعية 2006-2007، صفحة 70.

## دور الأمم المتحدة في حماية حقوق الإنسان في مجتمعات ما بعد النزاع

أ.رشيدة مصباح

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس - المدية

الملخص:

تعد حقوق الإنسان من أكثر المجالات التي تستقطب الاهتمام في العلاقات الدولية، وهكذا فإنه بعد أن كان البحث ينصب بأكمله حول الدول وما لها من حقوق وما عليها من التزامات، أصبح الإنسان في حد ذاته مجالاً للاهتمام بالنسبة للحقوق التي يجب إن يتمتع بها لا سيما الحق في الحياة وتحريم التعذيب والتمييز العنصري والإبادة الجماعية... الخ ومع ذلك فإن هذه الحقوق عرفت انتهاكات واسعة خاصة في أواخر القرن العشرين، أين ازدادت حدة الصراعات الأهلية ذات الطابع السياسي والعنصري والديني... الخ، مما أدى إلى اتساع ظاهرة العنف في العديد من المجتمعات لا سيما دول العالم الثالث. لهذا بات لزاماً على الأمم المتحدة تحمل مسؤولياتها في تحقيق السلام واحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز عرقي أو جنسي أو لغوي في إطار ما كرسته هذه المنظمة من مبادئ وأهداف في ميثاقها بعيداً عن سياسة الكيل بالمكيالين التي تنتهجها بعض الدول التي ترى لنفسها مصالح خاصة تعيق من دور الأمم المتحدة في مجال إعادة السلام وحماية حقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية: الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، مجتمعات ما بعد النزاع، العلاقات الدولية، الصراعات الأهلية، إعادة السلام.

### Résumé

Les droits de l'homme se compte du la plupart les domaines que l'intérêt pour les relations Internationales, de cette façon de sorte qu'il après que la recherche ait été spécifiquement dans le plus complet autour des états et ce qui pour ses droits et ce qui sur ses engagements.

L'humain est devenu en soi domaine pour l'intérêt pour le rapport pour droits qui soient nécessaires qu'apprécie spécialement le droit de vie – droit de vivre- et l'interdiction de la torture et de la discrimination et génocide... etc.... Malgré cela ce les droits ont présenté des violations larges particulièrement ci-après au 20ème

siècle, où le conflit intérieur a augmenté l'individu marquant politique et raciaux et religieux. et ça cause a l'extension d'événement de la violence apparente dans plusieurs les sociétés particulièrement de son tiers monde.

En conséquence est devenue impérativement sur la résistance des Nations Unies des responsabilités réaliser et assurer la paix et de respect des droits de l'homme et les libertés essentielles des tous sans discrimination raciaux où sexuel où linguistique dans le cadre de quel consacré cette organisation des principes et des buts en son engagement à partir de la politique sans distinction aux deux mesures ce qui suit quelques états désignent et des cibles des affaires spéciales posant obstacle le rôle des Nations Unies dans le domaine d'assurer la paix et de la construction et la protection des droits de l'homme.

#### مقدمة:

على الرغم من أن مسألة حقوق الإنسان من الموضوعات الداخلية التي تخص الدول، إلا أن المجتمع الدولي يرى أن هدف القانون سواء كان ذلك على الصعيد الدولي أم على الصعيد الداخلي هو حماية حقوق الإنسان وتوفير الاطمئنان والرفاهية والسعادة له، وأن من واجب المجتمع الدولي الاهتمام بالإنسان وحمايته وتوفير حد معين للحقوق والحريات الأساسية بغض النظر عن المكان الذي يعيش في كنفه والنظام السياسي الذي يخضع له<sup>1</sup>.

فليس من المنطقي لأي مجتمع ديمقراطي إنساني متحضر أن يقف مكتوف أمام ما يتعرض له الإنسان اليوم من انتهاك لحقوقه وحرياته، فحقوق الإنسان حجر الزاوية واحترامها ورعايتها عماد الحكم العادل في المجتمعات الحديثة والسبيل الوحيد لخلق العالم الحر الآمن والمستقر<sup>2</sup>.

وعليه أصبحت حقوق الإنسان موضع اهتمام العالم خصوصا بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، حيث شكلت هذه الأخيرة حدثا مهما وجوهريا في تطور الاعتراف العالمي بحقوق الإنسان نظرا لما صاحب هذه الحرب العديد من الأهوال والفضائع وما نتج عنها من سياسات التنكر لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية خاصة من طرف الدول الشمولية النازية في ألمانيا والفاشية في إيطاليا والعسكرية في اليابان، أين أضحت هذه الحرب بمجموعة من الممارسات البشعة من سياسات الاضطهاد للأقليات وجرائم الإبادة وغير ذلك من الانتهاكات الفضيعة التي اقترفت بحق البشرية<sup>3</sup>.

الأمر الذي دعا بالأمم المتحدة إلى إيجاد منظومة قانونية غايتها تحقيق الحماية الفعالة والمستدامة لهذه الحقوق، وقد تجسد ذلك من خلال تضمين الميثاق لمسألة حقوق الإنسان

وحرياته الأساسية وبكرامته وقيمه، وجعل من الأجهزة الرئيسية للمنظمة من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية أحد أهم الواجبات الملقة على عاتقها<sup>4</sup>.

ولم تقف الأمم المتحدة عند هذا الحد، بل تتابع عملها وذلك بصدر العديد من المعاهدات والإعلانات التي تهدف إلى تعزيز حقوق الإنسان على المستوى الدولي كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، أين أكدت الأمم المتحدة بصورة واضحة وبسيطة الحقوق التي يتمتع بها كل فرد بالتساوي مع غيره<sup>5</sup>، بالإضافة إلى العهدين الدوليين اللذين كانا بمثابة اتفاقيات ملزمة للدول التي تتضمن معالجة وتنظيها مفصلا ودقيقا للحقوق والحريات المعلنة في الإعلان.

ومع ذلك وعلى الرغم من هذه التشكيلة القانونية التي جعلت من حقوق الإنسان أحد أهم المبادئ الأساسية لقيام المجتمع، إلا إن ممارستها أو تطبيقها عرفت غيبوبة حقيقية من طرف الدول، والأمر الذي زاد حدة العقيدة الليبرالية التي أصبحت تقود العالم تحت مفهوم حقوق الإنسان، وتهدف من ورائه إخضاع الشعوب لمصالحها السياسية والاقتصادية.

كل ذلك نجم عنه صراعات داخلية عنيفة في العديد من المجتمعات نظرا لخصوصية وظروف كل مجتمع، وما نجم عن هذه النزاعات تجاوزات حقيقية لحقوق الإنسان في إطار مسيرة الدولة نحو فرض الأمن واستدامته من خلال فرضها لسلطتها السيادية والقانونية على حساب الحقوق والحريات التي يطالب بها الفرد وخاصة في المجتمعات ما بعد النزاع<sup>6</sup>.

أمام هذا الوضع المتردي لحقوق الإنسان، كان على الأمم المتحدة التفكير في إيجاد نظام حماية فعال يمكن الاعتماد عليه من أجل حماية حقوق الإنسان وحرياته خاصة في المجتمعات التي تمر بمرحلة ما بعد النزاعات، وعليه كانت الإشكالية المطروحة كما يلي:

ما هي الاستراتيجية المتبناة من طرف الأمم المتحدة لضمان أعمال احترام حقوق الإنسان في المجتمعات التي شهدت تجاوزات عنيفة وتهديدات خاصة في مرحلة ما بعد النزاع؟

وعليه تمحورت الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال المبحثين الآتيين:

**المبحث الأول: دور الأمم المتحدة في إرساء دولة القانون:**

إن نهاية الحرب الباردة جلبت في ذيلها زيادة في عدد النزاعات الداخلية البالغة السوء وأنواعا شتى من الصراعات العرقية التي أدت إلى تفتت وتفكيك العديد من الدول كالسودان مثلا، مما أدى إلى دعوة الأمم المتحدة من أجل التدخل لحماية حقوق الإنسان والديمقراطية كون هذا التدخل يبعد الكثير من المآسي عندما تتصاعد الأحداث في اتجاه يصعب السيطرة عليها عند حدوث مثل هذه العمليات العنفوانية كالإبادة والتطهير العرقي<sup>7</sup>

وعليه يقف مفهوم التدخل في الشؤون الداخلية حجرة عثرة أمام مفهوم السيادة خاصة عندما يتعلق الأمر بانتهاكات صارخة لحقوق الإنسان أو مأساة معينة، وعليه هناك ربط وثيق بين حقوق الإنسان والسلم والأمن الدوليين اللذان يعتبران من أهداف الأمم المتحدة، وقد أصدرت الأمم المتحدة خلال فترة الحرب الباردة العديد من القرارات التي تدين انتهاكات حقوق الإنسان باعتبار أنها تهدد السلم والأمن الدوليين<sup>8</sup>

ففي مجال سيادة دولة القانون عند انتهاء النزاع وحيث إن الفوضى وانعدام الأمن وانتهاكات حقوق الإنسان لا تزال مستمرة في أغلب الأحوال، فإن الأمم المتحدة تقوم بإدارة المجتمع والسيطرة على الوضع وإن أمكن إعادة بناء المجتمع<sup>9</sup>، فتعمل الأمم المتحدة من أجل دعم وجود إطار تتحقق فيه سيادة القانون على الصعيد الوطني متمثلاً في:

#### المطلب الأول: ترسيخ سيادة القانون:

أكدت الأمم المتحدة على أهمية سيادة القانون باعتباره سبباً رئيسياً لتجنب نشوب النزاعات المسلحة وعامل أساسي لحماية حقوق الإنسان ومن بين ذلك العدالة في المرحلة الانتقالية لكونها لبنة أساسية من لبنات السلام المستدام في البلدان التي تمر بأوضاع ما بعد الصراع المسلح، وشددت الأمم المتحدة على ضرورة أن يقدم المجتمع الدولي المساعدة إلى تلك البلدان، وأن يمددهم بالدعم اللازم بناء على طلبها لما قد تواجهه من تحديات خاصة في المرحلة الانتقالية<sup>10</sup>.

وفي هذا الصدد أكد المقرر الخاص المعني بتعزيز الحقيقة والعدالة وجبر الضرر وضمانات عدم تكرار اللجوء إلى العمل المسلح على أهمية إتباع نهج شامل فيما يتعلق بالعدالة في المرحلة الانتقالية لضمان اتخاذ مجموعة كاملة من التدابير القضائية وغير القضائية لكفالة المسائلة وتحقيق العدالة وتوفير سبل الانتصاف للضحايا، وضمان التعافي بوضع رقابة مستقلة على النظام الأمني والشروع في المصالحة الوطنية، وأن عمليات تقصي الحقائق عن أنماط انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي وأسبابها وعواقبها تعد أدوات هامة يمكن إن تكون مكتملة للإجراءات القضائية، لا سيما تلك المتخذة أثناء الفترة الانتقالية في مرحلة إنهاء الصراع المسلح، حيث غالباً ما يتم ارتكاب أخطاء مقصودة من بعض أطراف النزاع بسن قوانين العفو الشامل من أجل مساعدة بعض القادة من الإفلات من العقاب، وهذا ما يجعل من اتفاقات السلام التي تبرم في تلك الفترة هشة، إذ سرعان ما يندلع النزاع المسلح من جديد بسبب سوء إعمال إجراءات العدالة الانتقالية، ومن بين المهام التي عملت الأمم المتحدة في دورها في ترسيخ سيادة القوانين إدانة تدابير العفو عن الانتهاكات

الجسيمة لحقوق الإنسان والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والإبادة الجماعية كون هذه التدابير تتنافى مع التزامات الدول بموجب العديد من المعاهدات المصادق عليها، كما أنها تدابير يستبعد إن تفضي إلى حد دائم<sup>11</sup>.

المطلب الثاني: الإصلاح الديمقراطي:

ويمكن إن تُخدم الانتخابات الديمقراطية عملية التنمية لحقوق الإنسان والأمن أو إن تقوضها جميعاً، وعليه وجب إعطاؤها الأولوية باعتبار الانتخابات تمثل العمود الفقري للديمقراطية، فمتى كانت الانتخابات حرة وعادلة يصبح الناخبون عاملاً محفزاً لحكم أفضل، وعند غيابها تنعدم السبل للمواطنين للتغيير السياسي السلمي ويزيد احتمال نشوب الصراع عندما يسري الفساد والتخويف والتزوير دون محاسبة، مما يؤدي شيئاً فشيئاً إلى تعفن النظام السياسي بأكمله من الداخل ببطء وهذا ما شهدته العديد من الدول مثل الانتخابات المزورة في كينيا عام 2007 التي تسببت في قتل وتشريد السكان، ولهذا تقوم الأمم المتحدة ببذل كل جهودها من أجل دعم الديمقراطية في جميع أنحاء العالم من خلال توفير المساعدة أثناء العمليات الانتخابية وتقديم دعم طويل المدى لهيئات إدارة الانتخابات، ومساعدة البرلمانات وهيكل الحكم المحلية غير المركزية في تعزيز أعمال الرقابة التي من شأنها أن تسمح بترقية الممارسة الديمقراطية من خلال ضمان نتائج انتخابات نزيهة وشفافة<sup>12</sup>.

ومن ضمانات نجاح استراتيجية الأمم المتحدة في هذا المجال يظطلع الخير المستقل المعني بإقامة نظام ديمقراطي عادل بمعاينة حالات الانتقال الديمقراطي في الدول التي شهدت هزات عنيفة نتيجة العنف المسلح، ثم يرفع تقارير عن ذلك إلى مجلس حقوق الإنسان، الذي يحيط بدوره الأمين العام للأمم المتحدة بكل التفاصيل ذات الصلة حتى يتسنى لمنظمة الأمم المتحدة إن تقدم المساعدة اللازمة في الوقت المناسب ومساعدة الأطراف المعنية على تخطي الصعاب التي تعترض الممارسة الديمقراطية، فقد شدد مجلس حقوق الإنسان في تقريره عن دورته الثامنة عشر المنعقدة في الفترة من 12-30 سبتمبر، 21 أكتوبر 2001 على أن الديمقراطية ليست مفهوماً سياسياً فحسب بل لها أبعاد اقتصادية واجتماعية أيضاً، وأن الديمقراطية واحترام جميع حقوق الإنسان وشفافية الحكم والإدارة وخضوعها للمسائلة في جميع القطاعات ومشاركة المجتمع المدني مشاركة فعلية هي جزء أساسي من الدعائم اللازمة لتحقيق التنمية الاجتماعية المستدامة التي يكون الناس محوراً أساسياً.

### المطلب الثالث: الإصلاح الدستوري:

وتجدر الإشارة إلى أن أهمية ضرورة وضع الدستور تظهر من خلال دوره في إنجاح الإعلان عن الدولة من الناحية الدولية ولا سيما دوره في القبول في المنظمة الدولية، لأن الدستور يعد ضماناً أولية من ضمانات خلق دولة القانون وبالتالي تحقيق الاستقرار القانوني الداخلي للدولة وحماية حقوق وحرريات المواطنين وظهور الدولة أو الحكومة الجديدة المعلن عنها بمظهر لائق ومقبول لكسب التأييد العالمي<sup>14</sup>، لأن الإعلان عن الدولة يحتاج إلى أدوات لتشجيع العالم على الاعتراف بها، وتعد إقامة دولة قانونية أين يشكل فيها الدستور ضماناً أساسية لحقوق الإنسان والحرريات العامة سواء لجهة إقراره بها أو لجهة احتوائه على المعايير اللازمة التي ينبغي على المشرع الالتزام بها عند تشريعه للقوانين المنظمة لها، واحتوائه أيضاً على المبادئ الأساسية الضامنة لها ولا سيما مبدأ سيادة القانون والفصل بين السلطات مع إجازة التعاون والتوازن فيما بينها والرقابة على دستورية القوانين والرقابة القضائية على أعمال الإدارة واستقلالية القضاء بالإضافة إلى تضمينه ما ينص على التعددية الحزبية في حدود القانون التي تلعب دوراً مهماً في بناء الدولة الديمقراطية والقانونية<sup>15</sup>.

إلا أن عمليات الإصلاح الدستوري في بلد معين غالباً ما تكون استجابة للتحديات الواسعة كبناء السلام والمصالحة والإدماج والتنمية الاجتماعية والاقتصادية بطريقة تعتبر شرعية ومقبولة على نطاق واسع، ونظراً لتزايد المطالب التي تلقى على عاتق الدساتير فقد أصبحت معقدة وطويلة وبالتالي أكثر صعوبة في تصميمها وتنفيذها وغالباً ما تكون المخاطر كبيرة في عمليات الإصلاح الدستوري ذاتها خاصة عندما يتعلق الأمر بالمصالح الخاصة والتقسيمات الوطنية<sup>16</sup>.

ولهذا تعمل الأمم المتحدة على توفير المساعدة لإنشاء وتعزيز البنية الأساسية لحقوق الإنسان والمبادئ الأساسية لدولية القانون من خلال تقديم مجموعة من الأحكام والاقتراحات التي يتم إدراجها ضمن الدساتير الداخلية للدول الخارجة من النزاع وتقديم الملاحظات حول مشاريع الدساتير التي تعدها هذه الأخيرة، وقد أوضح الأمين العام للأمم المتحدة بطرس بطرس غالي خلال المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان في فيينا "أن المساعدة الدستورية أصبحت تشكل جزءاً هاماً من برنامج الخدمات الاستشارية نظراً للاتجاه المتزايد نحو ضمان التحول نحو الديمقراطية"<sup>17</sup>

ومثال على ذلك برنامج التعاون التقني الذي بدأ في مالايو في يناير في 1 يناير 1995 مدته سنتان استند إلى الإعلان المشترك للتعاون على وضع برامج لتعزيز حقوق الإنسان الذي وقعه المفوض السامي ونائب رئيس الجمهورية وساعد في تنفيذ هذا البرنامج مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان الذي افتتح في ليولنغي في منتصف شهر نوفمبر 1994، وقد قدم هذا المكتب العديد من التوصيات لتسهيل الصياغة الجديدة لدستور الدولة بعد الاستفتاء الذي تم في جوان بمساعدة الأمم المتحدة، وقد خصت هذه التوصيات الجوانب المتعلقة بإقامة الديمقراطية، الأحكام الخاصة بالتعددية السياسية، تصريح حول حقوق الإنسان يتم تضمينه في الدستور، توزيع والفصل بين السلطات، استقلالية النظام القضائي وطرق التظلم أمام المحاكم ووضع هيئات وطنية لحماية حقوق الإنسان<sup>18</sup>.

المبحث الثاني: دور الأمم المتحدة في إنشاء المحاكم الجنائية الدولية:

لقد تميز القرن العشرون بعنف قل نظيره في تاريخ البشرية، فقد شهد أقل من ثلاثة عقود حربين عالميتين كلفتا العالم عشرات الملايين من الضحايا ودمار لا يوصف فضلا عن انتهاكات أخرى مروعة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية<sup>19</sup>.

فقد خطت البشرية خطوة عملاقة نحو كفالة احترام حقوق الإنسان خاصة عندما يأتي انتهاكها في صورة جماعية صارخة تتمثل في جرائم إبادة جماعية للبشر وتطهير عرقي لجنس معين من السكان أو يشنون حرب شاملة فتبيد كل الأعراق والألوان من البشر<sup>20</sup>.

ومن أجل مكافحة كل ذلك احتكم الضمير الإنساني إلى صوابه، وذلك من خلال جهود الأمم المتحدة في إنشاء المحاكم الجنائية الدولية في مجتمعات ما بعد النزاع وذلك من خلال إرساء العدالة الجنائية الدولية وتحقيق الانتصاف للضحايا ومعاقبة المجرمين الذين ارتكبوا أبشع الجرائم ضد الإنسانية بما فيها الإبادة الجماعية والتطهير العرقي، وذلك بعد ما تم النص على إن مثل هذه الانتهاكات لحقوق الإنسان الجماعية تعد جرائم دولية مخالفة لقواعد القانون الدولي الآمرة، وبالتالي فيجب محاكمة مرتكبيها أيا كانوا سواء كان حكاما أو محكومين قادة آمريين أو مأمورين منفذين ولا تمنع من المحاكمة حصانات وامتيازات سواء كان مصدرها القانون الدولي أو القانون الداخلي، ولا تسقط هذه الجرائم بالتقادم وتحول للمجتمع الدولي القبض على مرتكبيها ومحاكمتهم ولا تحميهم سيادة الدول أو حصانتها القضائية أو الادعاء بعدم التدخل في الشؤون الداخلية<sup>21</sup> لأن هذه الجرائم لا تخالف القانون الوطني فحسب وإنما تخرج على القانون والنظام لدول أخرى في الوقت نفسه، وعليه يطلق على مثل هذه الجرائم بجرائم ضد قانون الأمم أو ضد النظام والقانون العام الجنائي، وعليه أصبح القضاء الدولي

بمثابة الوسيلة التي يمكن بها تحديد الجرائم الدولية وبالتالي تطبيق القانون الجنائي العام الدولي لحماية حقوق الإنسان على نحو التكامل الدولي وحسن تنفيذه<sup>22</sup> وذلك من أجل تحقيق المصالحة الوطنية وإرساء السلام والقضاء على العناصر المسببة للنزاع. ولعل من بين جهود الأمم المتحدة في إنشاء المحاكم الجنائية الدولية بعد انتهاء النزاع ما يلي:

**المطلب الأول: المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة:**

فهي المحاكم الدولية الجنائية المنشأة لمعاقبة مرتكبي انتهاكات حقوق الإنسان، وينحصر نطاق اختصاصها بإقليم دولة معينة ولفترة زمنية محددة، وأبرز مثال لهذا النوع من المحاكم المحكمتان الدوليتان الجنائيتان ليوغسلافيا ورواندا<sup>23</sup>.

ويعتبر إنشاء هاتين المحكمتين خطوة حقيقية لإنشاء قواعد موضوعية تتضمن تجريم انتهاكات حقوق الإنسان باعتبارها جرائم دولية كونها تناهض ما تذهب إليه المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وبالإضافة إلى القواعد الموضوعية إنشاء قواعد إجرائية يتم من خلالها ملاحقة مرتكبي تلك الجرائم ومقاضاتهم<sup>24</sup> وقبل إنشاء مجلس الأمن الدولي للمحكمتين الجنائيتين ليوغسلافيا السابقة ورواندا، قام المجلس بتشكيل لجتين لتقصي الحقائق عن الانتهاكات التي حصلت في أراضي كل من يوغسلافيا ورواندا وفي ضوء تقريرهما قام بإنشاء المحكمتين<sup>25</sup>.

فقد أنشأ المجلس المحكمة الدولية الجنائية بيوغسلافيا بموجب القرار المرقم 827 الصادر في 1993/05/25، الذي صادق فيه على مسودة مشروع النظام الأساسي للمحكمة التي قدمها الأمين العام بموجب التكليف الصادر له عن مجلس الأمن بإعداد هذه المسودة بموجب القرار "808" في 1993/2/22<sup>26</sup>.

ولعل القصد الوحيد من إنشاء هذه المحكمة هو مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني التي ارتكبت في هذا الإقليم عام 1991 وهي الجرائم التي حرمتها اتفاقات جنيف لعام 1864 بشأن مرضى وجرحى وأسرى الحرب، ومعاهدتي لاهاي لعام 1899 وعام 1907 التي تولت تنظيم قواعد الحياد والحرب، بالإضافة إلى جنائية إبادة الجنس البشري والجرائم ضد الإنسانية<sup>27</sup>.

أما فيما يتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية لرواندا فقد أنشأها المجلس بموجب القرار (955) في 1994/11/8 في الجلسة المرقمة 3452، وقد جاء في القرار أن المجلس إذ يتصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ولعل إنشاء هذه المحكمة هو محاكمة الأشخاص المسؤولين عن أعمال الإبادة وغير ذلك من الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي في

إقليم رواندا والمواطنين الروانديين المسؤولين عن ارتكاب أعمال إبادة الأجناس وغيرها من الانتهاكات المماثلة المرتكبة في أراضي الدول المجاورة في الفترة 1 كانون الثاني 1994-31 كانون الأول 1994<sup>28</sup>.

ولعل التفكير في إنشاء محكمة جديدة لرواندا مع وجود محكمة قائمة خاصة بيوغسلافيا يعود سببه إلى وجود اختلاف في طبيعة النزاعات السائدة في الدولتين، ففيما يعتبر النزاع في يوغسلافيا ذو طابعين، طابع دولي من جهة وطابع غير دولي من جهة أخرى، بينما يؤكد عليه أن النزاع الخاص برواندا هو نزاع ذو طابع غير دولي، وهكذا فإن اختصاص محكمة رواندا يكون منعقدا بالنسبة لانتهاكات القانون الدولي الإنساني التي قد ترتكب في إطار النزاعات المسلحة غير الدولية<sup>29</sup>.

#### المطلب الثاني: المحكمة الجنائية الدولية:

أدت الأمم المتحدة دورا هاما في إنشاء هذه المحكمة نظرا لمحدودية المحكمتين السابقتين اللتان كانتا مقيدتا الصلاحية بالزمان والمكان، حيث كانت مكلفتين بالنظر في الأحداث التي وقعت في هذين البلدين فقط، ولهذا كان لزاما التفكير في إنشاء قضاء دولي ثابت دائم لحماية حقوق أساسية للإنسان<sup>30</sup>، تمخض عن ذلك صدور لائحة "207/51" المؤرخة في 17 ديسمبر 1996، أن تجتمع اللجنة التحضيرية في عامي 1997 و 1998 من اجل انجاز صياغة مشروع إنشاء المحكمة لتقديمه إلى المؤتمر الدبلوماسي بروما في جويلية 1998، فواصلت اللجنة عملها من أجل إعداد نص موحد ومقبول على نطاق واسع من أجل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وفي أبريل 1998 انتهت اللجنة التحضيرية من أعمالها وتم إقرار مشروع إنشاء المحكمة تمهيدا لمناقشته في المؤتمر الدبلوماسي بروما الذي تقرر انعقاده من 15 جوان إلى 17 جويلية 1998، وقد أنشئت المحكمة كنتيجة لتطور القانون الدولي الجنائي وذلك منذ أن قررت لجنة القانون الدولي سنة 1949 إدراج قانون النزاعات المسلحة في جدول أعمالها وتبني فيما بعد اللجنة الدولية للصليب الأحمر لفكرة "مونيبي" في مؤتمرها السابع المنعقد سنة 1957، إلى إن أصبحت أحكام نظام روما ضمن التشريعات الوطنية للعديد من الدول التي صادقت عليه<sup>31</sup>.

للمحكمة سلطة ممارسة اختصاصها إزاء أشد الجرائم خطورة، وقد حددت المادة الخامسة من هذا النظام الجرائم التي تعد من اختصاص المحكمة وهي: جريمة الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الحرب، إضافة إلى جريمة العدوان وتعتبر الجهود الدولية لإنشاء قضاء جنائي دائم قرارا تاريخيا وهو إنجاز إنساني ضخم<sup>32</sup>.

### المطلب الثالث: المحاكم الجنائية المدولة في سيراليون وكمبوديا:

أما بالنسبة لسيراليون فكان إنشائها نتيجة خرق اتفاق سلام لومي المبرم في 22/5/1995 الذي وقع بإشراف الأمم المتحدة، وقد أدت هجمات جبهة الوحدة الثورية على قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة واختطاف 500 منهم، إلى زيادة المطالب الدولية لإعادة قاعدة القانون في سيراليون من خلال وسائل وطرق القضاء الجنائي، وعلى اثر ذلك طلبت حكومة سيراليون من مجلس الأمن المساعدة في مقاضاة المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، وفي 04/10/2000 قدم الأمين العام تقريرا إلى مجلس الأمن حول مفاوضات مع حكومة سيراليون وقدم مع التقرير مسودة النظام الأساسي للمحكمة وللتفافية مع حكومة سيراليون، وقد أوضح الأمين العام في تقريره طبيعة المحكمة وتكوينها وقد وافق مجلس الأمن على معظم المقترحات التي قدمها الأمين العام ومع ذلك كان هناك مفاوضات طويلة بين مجلس الأمن والأمين العام حول بعض الأمور من أهمها الاختصاص الشخصي للمحكمة وخاصة الولاية القضائية للمحكمة على الأطفال وكذلك تمويل المحكمة في المستقبل، وقد تم تبادل الرسائل بين الأمين العام والمجلس بهذا الخصوص، وقد أسفرت الآراء المتبادلة إلى أن تكون الرؤية الأخيرة للمحكمة تتمحور في محكمة داخلية مدولة منفصلة عن النظام القضائي الجنائي السيراليوني تتم إدارتها من قبل الأمم المتحدة وسيراليون، وبموجب النظام الأساسي يكون للمحكمة مقاضاة أولئك الذين يتحملون المسؤولية الكبرى وخاصة القادة عن ارتكاب الجرائم وهددوا إقامة وتنفيذ عملية السلام في سيراليون.<sup>33</sup>

أما بالنسبة لكمبوديا فقد تم إنشائها للنظر في الجرائم المرتكبة ما بين 17/04/1975 إلى غاية 16/01/1979، وذلك على اثر طلب حكومة كمبوديا سنة 1997 من الأمم المتحدة مساعدتها في محاكمة مرتكبي الجرائم المقترفة في تلك المرحلة، خاصة ما قامت به عناصر الخمير الحمر من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان واستجابة لذلك عين الأمين العام فريق خبراء دوليين، أجرى مجموعة من اللقاءات مع ممثلين عن وزارات ومنظمات غير حكومية، قدم تقريره في 22 فيفري 1999، خلص فيه إلى ثبوت ارتكاب جرائم خطيرة بموجب القانون الدولي الإنساني والقانون الكمبودي، نتيجة لذلك تم التوصل إلى الاتفاق المنشئ للدوائر الاستثنائية بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين في 17/03/2003، الذي وقع في العاصمة الكمبودية بتاريخ 06/06/2006<sup>34</sup>

وعليه استطاعت الأمم المتحدة مساعدة هذه الدول في إنشاء هذه المحاكم على الرغم من وجود المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، وذلك من اجل محاكمة مرتكبي الجرائم، ذلك أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لا يمتد اختصاصها إلى الماضي وإنما من تاريخ نفاذ النظام الأساسي، ولهذا كانت هذه المحاكم بمثابة الاتجاه الذي يسمح بتطبيق الأثر الرجعي على الجرائم، كما ساهمت الأمم المتحدة في تحمل نفقات ضخمة لمساعدة هذه الدول في إنشاء مثل هذه المحاكم وبالتالي تخفيف العبء على الحكومات الوطنية في الدول الفقيرة<sup>35</sup>، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على اهتمام الأمم المتحدة بحماية حقوق الإنسان وتكريس مبدأ عدم الإفلات من العقاب.

**الخاتمة:**

وعليه تسعى الأمم المتحدة إلى إرساء مثل هذه الضمانات الدولية المهمة لحماية حقوق الإنسان بعد انتهاء النزاع وفي المجتمعات التي مزقتها الحروب وذلك لما لها من قوة وسلطة ونفوذ وأهداف إنسانية نبيلة، كونها تعد قمة التنظيم الدولي وتتبوأ مكانة القيادة العالمية في رعاية شان الشعوب والارتقاء بمستوى العلاقات الإنسانية وتثبيت دعائم السلم العالمي على أسس المساواة<sup>36</sup>.

وعلى الرغم من كل الجهود التي تبذلها الأمم المتحدة في مجال حماية حقوق الإنسان إلا أنها تبقى عاجزة أمام محدودية مواردها سواء المالية أو البشرية نظرا لما تمر به هذه الدول الخارجة من النزاع من أزمات شهدت دمار في كل البنى التي تقوم عليها السياسية والاقتصادية والاجتماعية.. الخ، ولهذا كان لزاما تعزيز دور الأمم المتحدة من خلال المعونات التي تقدم من طرف الدول الأعضاء والجهات المانحة للمنظمات غير الحكومية أو المنظمات الإقليمية في مساعدة مثل هذه الدول الخارجة من النزاع في بناء قدراتها على منع تجدد الصراعات وبناء السلام وحماية حقوق الإنسان وتعزيزها.

#### قائمة المراجع والهوامش:

- 1- د. سهيل حسين الفتلاوي: القانون الدولي العام في السلم، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 462.
- 2- مقدمة د/ مازن ليو ماضي: منشورة في كتاب د/ فهيل جبار حلبي: ضمانات حقوق الإنسان في مجتمعات ما بعد النزاع "دراسة تحليلية مقارنة"، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 13

- 3-د/ محمد يوسف علوان و د/ محمد خليل الموسى: القانون الدولي لحقوق الإنسان "المصادر ووسائل الرقابة"، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص. 40.
- 4- المرجع نفسه، ص. 46.
- 5- وثائق الأمم المتحدة: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، متاح على الموقع الاتي: [www.un.org](http://www.un.org)
- 6-د/ فهيل جبار حلبي: المرجع السابق، ص. 14.
- 7- المرجع نفسه: ص. 263.
- 8-د/ عبد الله بوقفة: القانون الدولي العام "السيادة-الدولة والقانون"، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص.
- 9-د/ فهيل جبار حلبي: المرجع السابق، ص. 256.
- 10- تقرير اللجنة العالمية للانتخابات والديمقراطية والأمن "تعميق الديمقراطية"، استيراتيجية لتحسين نزاهة الانتخابات في جميع أنحاء العالم، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، السويد، 2012، ص. 3 و 5.
- 11- درويش سعيد: تزايد دور الأمم المتحدة في مكافحة النزاعات المسلحة غير الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، تلمسان، 2014، ص. 208، 209.
- 12- تقرير اللجنة العالمية للانتخابات والديمقراطية والأمن "تعميق الديمقراطية، المرجع السابق، ص. 03.
- 13- درويش سعيد: المرجع السابق، ص. 212، 213.
- 14- فهيل جبار حلبي: المرجع السابق، ص. 125.
- 15-د/ سعد محمد الخطيب: الدولة القانونية وحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص. 93.
- 16- مارتن فان فليت و وينلاك واهيو و اوغسطين ماغولونودو: عمليات الإصلاح الدستوري و الأحزاب السياسية، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، السويد، ص 5.
- 17- حفصة نجية: دور منظمة الأمم المتحدة في إرساء الديمقراطية داخل دول العالم الثالث، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص. 225.
- 18- المرجع نفسه، ص. 225، 226.
- 19-د/ فهيل جبار حلبي: المرجع السابق، ص. 271.
- 20-د/ حسن حنفي عمر: التدخل في شؤون الدول بذريعة حماية حقوق الانسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 282.
- 21- المرجع نفسه، ص. 282، 283.
- 22-د/ عبد العزيز العشراوي: ابحاث في القانون الدولي الجنائي، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 71، 70.

- 23-د/عبد الله علي عبو سلطان: دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار  
دجلة، الاردن، 2010، ص. 210.
- 24- المرجع نفسه: ص. 211
- 25- المرجع نفسه: ص. 212.
- 26- راجع القرار رقم 827 الذي اتخذته مجلس الامن في جلسته 3217 المعقودة بتاريخ: 25 ماي 1993  
الخاص بانشاء المحكمة الجنائية الدولية بيوغسلافيا سابقا، متاح على الموقع  
التالي: <https://www.icty.org>.
- 27- يحيى بن نورة بن علي: حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي، الطبعة الثانية، دار  
هومة، الجزائر، 2006، ص. 152.
- 28- راجع القرار رقم 955 الذي اتخذته مجلس الامن في جلسته 3452 المعقودة بتاريخ: 08 نوفمبر 1994  
الخاص بانشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا، متاح على الموقع التالي: <https://www.arab-ency.com>.
- 29- يحيى بن نورة بن علي: المرجع السابق، ص. 154.
- 30- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، اعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي  
للمفوضين المعني بانشاء محكمة جنائية دولية في جويلية 1998، متاح على الموقع  
التالي: <https://www.icc-cpi.int>.
- 31- درويش سعيد: المرجع السابق، ص. 174.
- 32- المرجع نفسه، ص. 175.
- 33- د/ فهيل جبار حلبي: المرجع السابق، ص. 181.
- 34- درويش سعيد: المرجع السابق، ص. 175.
- 35- عبد الله علي عبو سلطان: المرجع السابق، ص. 268.
- 36- فهيل جبار حلبي: المرجع السابق، ص. 282.

## التعاون الدولي في مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات

أ.محمد حسان كريم

أستاذ مساعد "أ"

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة خميس مليانة

ملخص:

تعد مشكلة المخدرات خطرا يهدد البشرية، لما لها من أضرار مختلفة خاصة في جانب الاتجار غير المشروع فيها، حيث أصبحت كل المجتمعات تعاني منها سواء المتقدمة أو المتخلفة على حد سواء، مما يجعلها مشكلة ذات أبعاد دولية ووطنية، يجب مواجهتها من طرف كل دول العالم، ولما كانت من الاستحالة المواجهة الفردية لها، من أجل ذلك تجندت أغلب دول العالم وتضافرت الجهود لمواجهة شبح المخدرات، من خلال تحرك دولي جماعي يهدف إلى إيجاد سبل تعاون إستراتيجي مشترك على كافة الأصعدة ومختلف الاتجاهات، من خلال إيجاد الإطار القانوني التي بها يواجه المجتمع الدولي هذه الظاهرة، فظهرت عدة اتفاقيات أرست فيها كافة المبادئ القانونية التي يتم بها المواجهة، وكذلك محاولة إنشاء هيئات وأجهزة دولية تضطلع بصفة خاصة مهام الرقابة الدولية على المواد المخدرة والاتجار غير المشروع بها، وفي هذا السياق جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على دور التعاون الدولي المشترك في مواجهة الاتجار غير المشروع في المخدرات.

الكلمات المفتاحية: المخدرات، المؤثرات العقلية، السلائف، الاتجار غير المشروع في المخدرات، الجريمة المنظمة، التعاون الدولي، مكافحة جرائم المخدرات، الاتفاقيات الدولية، الهيئات الدولية لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات.

### Résumé:

La drogue est un danger qui menace toute l'humanité, en raison de ses différents dommages causés, spécialement le trafic illicite des produits stupéfiants qui fait souffrir toutes les sociétés développées et sous-développées, ce qui a donné à ce problème des dimensions nationale et internationale, et cela oblige les pays du monde à l'affronter en raison de l'impossibilité d'affronter ce problème.

Pour cela la plupart des pays du monde ont uni leurs efforts pour faire face au spectre de la drogue, par une action collective internationale visant à

trouver de moyens de coopération collective commune a tous les niveaux, et divers aspects en créant un cadre juridique par le quel la communauté internationale fera face a ce problème, ce qui a donné naissance a plusieurs conventions qui étaient la plate forme de tous les principes juridique a havers lesquels au affronte ce problème.

Ainsi, ils ont tente de créer des organismes internationaux qui jouent notamment les fonctions du contrôle international des stupéfiants et son trafic illicite.

Et dans ce contexte, cette étude était de mettre en évidence le rôle de la coopération internationale commune contre le trafic illicite de stupéfiants.

مقدمة:

تفاقت مشكلة المخدرات والمؤثرات العقلية في السنوات الأخيرة تفاقما كبيرا على الصعيدين الوطني والدولي، وامتدت أضرارها اللامتناهية إلى الفرد والأسرة والمجتمع، بل والمجتمع الدولي بأسره.

من اجل ذلك تجندت أغلب دول العالم لمواجهة شبح المخدرات عن طريق إصدارها لعدة اتفاقيات دولية في هذا المجال، إضافة إلى التشريعات الوطنية، أرست فيها كافة المبادئ القانونية التي تجرم مختلف صور التعامل في المخدرات، وقصر استخدامها على الأغراض الطبية والعلمية ومنع تسربها للاستعمال غير المشروع ومكافحة الاتجار غير المشروع بها وعلاج الإدمان عليها.

ويرجع الاهتمام الدولي بمشكلة المخدرات والمؤثرات العقلية غير المشروعة إلى السعي الجاد نحو حماية الإنسانية من آثارها المدمرة على مختلف الأصعدة الاجتماعية والاقتصادية، فضلا عن أن الاتجار غير المشروع بها والذي يعد نشاط إجرامي دولي يتطلب التصدي له بفعالية من جانب كل دول العالم

فعلى مستوى الجانب الاجتماعي ينعكس تعاطي المخدرات وإدمانها إلى تدمير الدولة اجتماعيا، وهذا بتدهور الصحة العامة والأخلاق وتعطيل القوى البشرية بما يصيبها من الوهن والمرض وعزوف عن العمل، فتلحق بالفرد والأسرة الكثير من المشكلات النفسية والصحية ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يتعداه إلى البناء الاجتماعي كله.

أما على مستوى الجانب الاقتصادي فإن انتشار المخدرات له انعكاسات كبيرة سواء بالنسبة للفرد من ناحية وبالنسبة للمجتمع من ناحية أخرى، فالدولة تنفق أموالا طائلة في المكافحة، والمحاكمة، والعقاب فكان يمكن أن تستغل هذه الأموال في ميادين إنتاجية ترفع المستوى الاقتصادي للدولة، أما بالنسبة للفرد فيعتبر الشخص المدمن خسارة على نفسه وعلى

المجتمع من حيث هو قوة عاملة معطلة عن العمل والإنتاج، وحتى ولو يعمل يكون إنتاجه ضئيلاً من حيث الكم وريثاً من حيث الكيف بالنظر إلى ضعف صحته وقلة حماسه. وبما أن مواجهة هذه الظاهرة فردياً يعتبر مستحيلاً، لارتباط الاتجار غير المشروع بالمخدرات بالإجرام المنظم أو الإجرام العابر للحدود والأوطان (الإجرام العالمي)، الأمر الذي يتطلب تعاوناً وتضامناً دولياً لمكافحة والوقاية منه، لأنه قد يكون خارج قدرة وإمكانيات سواء القانونية أو المادية لأي دولة منفردة التحكم فيه أو احتوائه والسيطرة عليه، وعلى اعتبار أن جريمة الاتجار غير المشروع بالمخدرات أصبحت ذات بعد دولي لا تستطيع أي دولة معالجتها بمعزل عن باقي الدول الأخرى المكونة للمجتمع الدولي. وهذا ما يطرح تساؤلات عديدة حول مدى نجاح الإستراتيجية الدولية والإقليمية في مجال مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات، وبناء على ما سبق نطرح الإشكاليات التالية:

- ما هو مفهوم الاتجار غير المشروع في المخدرات، وكيف أصبح اليوم يشكل خطراً حقيقياً على المجتمع الدولي؟  
- وهل يتوفر لدى المجتمع الدولي على إستراتيجية أو آلية التي يمكن من خلالها التصدي لهذه الظاهرة؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سوف نقوم بتقسيم البحث على النحو التالي:  
المبحث الأول: ماهية الاتجار غير المشروع بالمخدرات.  
المبحث الثاني: الجهود الدولية في مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات.  
المبحث الأول: ماهية الاتجار غير المشروع بالمخدرات.  
من أجل الإحاطة بظاهرة الاتجار غير المشروع في المخدرات من جميع جوانبها، كان لا بد من تعريفها ابتداءً، بقصد الوصول إلى تحديد أهم الخصائص التي تتميز بها، ومن ثم إيجاد أنجع الوسائل لمكافحةها.

المطلب الأول: تعريف الاتجار غير المشروع في المخدرات  
من أجل الإحاطة بأي موضوع لا بد من تناوله من مختلف جوانبه  
أولاً- التعريف اللغوي والاصطلاحي:

1- التعريف اللغوي: الاتجار في اللغة: فجاء في لسان العرب، حرف الرء فصل التاء، تجر: تجر تجراً وتجاراً، باع وشري، وكذلك تجر وهو افتعل، وقد غلب على الخمار، قال الأعشى:  
ولقد شهدت التاجر الأمان، مورداً شرائه

والعرب تسمي بائع الخمر تاجرا، قال الأسود بن يعفر:  
ولقد أروح على التجار مرجلا مذلا بهالي، لينا أجيادي  
أي مائلا عنقي من السكر، ورجل تاجر، والجمع تجار، بالكسر والتخفيف، وتجار وتجر، مثل  
صاحب وصاحب، وقيل أصل التاجر عندهم الخمار يخبونه به من بين التجار<sup>1</sup>.  
والاتجار هو مزاوله أعمال التجارة وذلك بتقديم السلع إلى الغير بمقابل بطريق البيع والشراء.  
أما المخدرات: فهي مواد تؤثر على عقل الإنسان وتستتره بحيث يفقد معها الوعي والإدراك  
ويصاب بالضعف والكسل والفتور.

**2- التعريف الاصطلاحي:** توالى الجهود الفقهية للبحث عن صيغة مثلى لتعريف هذه  
الجريمة، لذلك تعددت التعريفات التي تتميز كل منها بالتركيز على عنصر قانوني من عناصر  
الجريمة بهدف تيسير الأمر للسلطات المختصة من بينها:

"يقصد بالاتجار بالمواد المخدرة أن يقوم الشخص لحسابه الخاص بمزاوله عمليات تجارية  
متعددة، قاصدا أن يتخذ منها حرفة معتادة له، فلا يكفي لثبوت الاتجار عملية واحدة ولا  
عدة عمليات متفرقة في أوقات متقطعة لا اتصال بينها، وإنما يلزم فضلا عن تعدد العمليات  
أن ينظمها غرض محدد هو أن يكون الجاني قد كرس بصفة معتادة للقيام بهذا العمل  
والارتزاق منه والتعيش عن طريقه، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون هذا النشاط هو حرفة  
الشخص الوحيدة، فقد يحترف الشخص عدة حرف من بينها التجارة دون أن يمنع ذلك من  
اعتباره تاجرا، سواء في ذلك كانت الحرفة التجارية هي حرفته الرئيسية أو كانت حرفة  
ثانوية<sup>2</sup>."

في حين ذهب البعض الآخر إلى أن الاتجار في المواد المخدرة يتحقق كلما كان تقديمها للغير  
بمقابل، سواء كان هذا المقابل عينيا أو نقدا أو منفعة، وعليه فإن الاتجار وفق هذا المنظور  
يتسع ليشمل كل تصرف بمقابل في المواد المخدرة، ولا يجوز التزام بالمعنى الضيق للاتجار  
الذي حدده القانون التجاري، ويتحقق قصد الاتجار إذا ثبت أن اتصال المتهم بالمخدر كان  
بقصد تقديمه للغير بمقابل، سواء حصل فعلا على هذا المقابل أم لا<sup>3</sup>.

وهناك من توسع في معنى الاتجار في المخدرات ليشمل كل صور التعامل في المخدرات بحيث  
لا يقتصر على التصرفات القانونية كالبيع والشراء والاتجار والمبادلة والتنازل والوساطة في  
كل هذه التصرفات، وإنما يشمل أيضا الأعمال المادية المتعلقة بالمخدر كالنقل والتسليم، وقد  
يكون الاتجار مشروعاً أي يتم في نطاق الرقابة الحكومية المحلية والدولية، أو غير مشروع  
وهو ما يكون مخالفاً

للقوانين المحلية وخارجا على نظام الرقابة الدولية<sup>4</sup>.

فالالتجار غير المشروع إذن هو كل صور التعامل بالمواد المخدرة التي يكون إجرائها مخالفة للقوانين المحلية، أو خروج على نظام الرقابة الدولية، أية كانت صورته سواء أكان بمقابل أم بغير مقابل، وسواء أكان المقابل عينا أو مبلغا من المال أو مجرد منفعة، وسواء أكان من شخص غير مرخص له به، أم من شخص مرخص له به إذا وقع خارج نطاق الترخيص<sup>5</sup>.

ثانيا- المفهوم القانوني للالتجار غير المشروع بالمخدرات :

**1- ماهية الاتجار غير مشروع في المخدرات في القوانين الوطنية:** إن مهمة إعطاء التعاريف ليست من مهمة القوانين بل الفقه، لذلك نجد جل القوانين قد بينت لنا الأفعال التي تدخل ضمن مفهوم الاتجار والعقوبة المقررة لها دون أن تعطينا تعريفا لهذه الجريمة.

فنجد مثلا في القانون الجزائري رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، أنه لم يعرف الاتجار غير مشروع في المخدرات، لكنه نص على الأفعال التي تدخل ضمن هذه الجريمة وبين لنا العقوبة المقررة لها، بحيث قام بتحديد جميع هذه الأفعال التي تشكل الركن المادي لهذه الجريمة دون أن يقوم بتعريفها، فنلاحظ أنه قد وسع من دائرة التجريم بحيث شمل كل تعامل غير مشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية ( المواد 17 إلى 23).

وهذا ما ذهب إليه القانون المصري كذلك من خلال القانون رقم 182 لسنة 1960 المعدل بالقانون رقم 122 لسنة 1989 في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، بحيث اعتبر هذا القانون أن الاتجار والتعامل غير المشروع في المخدرات أين كان نوعها من صور الركن المادي لجنايات المخدرات وبين فيه العقوبة المقررة لها، دون أن يعطينا تعريفا لهذه الجريمة<sup>6</sup>.

**2- ماهية الاتجار غير مشروع في المخدرات في القانون الدولي:** يتم تحديد ماهية الاتجار غير مشروع في المخدرات في القانون الدولي بالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية المختلفة في هذا المجال، فلقد تضمنت هذه الاتفاقيات على تعريف واسع المضمون للالتجار غير المشروع، بحيث جعلته يتسع لكل اتصال غير مرخص به للمخدرات والمؤثرات العقلية، كذلك نرى أن اتفاقية 1988 قد مددت نطاق الاتجار غير المشروع ليشمل الجرائم المتعلقة بالأموال عائدات تجارة المخدرات والمؤثرات العقلية غير المشروعة.

**أ- في الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961:** اتخذ الاتجار غير المشروع بالمخدرات في هذه الاتفاقية مضمونا موسعا، حيث جاء في نص المادة الأولى تعاريف في فقرتها (ل) بأنه

"يقصد بتعبير الاتجار غير المشروع زراعة المخدرات أو الاتجار بها خلافا لأحكام هذه الاتفاقية"، كذلك قد تضمنت الاتفاقية الأحكام التي تستهدف قصر زراعة وإنتاج المخدرات على الأغراض الطبية والعلمية والبحثية والعمل على توفيرها وقصرها لتلك الأغراض فقط، وذلك عن طريق فرض نظام للرقابة قائم على إتباع نظام التصاريح والتراخيص.

كما استهدفت أحكامها مكافحة المخدرات غير المشروعة سواء على الصعيد الوطني أو الدولي فنصت في المادة الأولى الفقرة (ط) بأنه "يقصد بتعبير الزراعة زراعة خشخاش الأفيون وشجيرة الكوكا ونبته القنب، كذلك نصت في الفقرة (م) من نفس المادة على أنه "يقصد بتعبيري الاستيراد والتصدير، نقل المخدرات ماديا من دولة إلى أخرى، أو من إقليم إلى آخر في الدولة ذاتها"، أما في الفقرة (ن) فنجد أنه "يقصد بتعبير الصنع جميع العمليات غير الإنتاج التي يحصل بها على المخدرات، وتشمل التنقية وتحويل المخدرات إلى مخدرات أخرى".

ب- الاتجار غير المشروع في اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971: بالرجوع إلى المادة الأولى من هذه الاتفاقية التي جاءت تحت عنوان مدلول المصطلحات نصت في الفقرة (ى) بأنه "يقصد بتعبير الاتجار غير المشروع صنع المؤثرات العقلية أو الاتجار بها خلافا لأحكام هذه الاتفاقية"، ولقد عرفت لنا نفس المادة في الفقرة (ط) الصنع بأنه "جميع العمليات التي يمكن أن نحصل بها على مؤثرات عقلية، وتشمل التنقية وتحويل المؤثرات العقلية إلى مؤثرات عقلية أخرى"، أي مزج عدة مواد للحصول على مركب جديد يحتوي على المؤثر العقلي، ويدخل في الصنع بصفة عامة في معنى الإنتاج، مثل تصنيع مادة الأمفيتامين من بعض العناصر الكيميائية المختلفة عنها<sup>7</sup>

ج- الاتجار غير المشروع في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988: جاء في نص المادة الأولى من هذه الاتفاقية والتي جاءت تحت عنوان تعريف بحيث نصت في الفقرة (م) على أنه "يقصد بتعبير الاتجار غير المشروع الجرائم المنصوص عليها في الفقرتين واحد واثنين من المادة الثالثة من هذه الاتفاقية"، وبالرجوع إلى المادة الثالثة من الاتفاقية والتي جاءت بعنوان الجرائم والجزاءات، بحيث نصت في الفقرات 1 و2 منها على صور متعددة للركن المادي لجرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، وما نلاحظه على هذه الفقرات أن المجتمع الدولي في محاولة القضاء على أي اتصال غير شرعي بهذه المواد أنه توسع توسعا ملحوظا في تعداد الأفعال غير المشروعة المتصلة بالمخدرات والمؤثرات العقلية، بحيث يكاد يشمل جميع النواحي<sup>8</sup>.

### المطلب الثاني: خصائص جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات

إن الانفتاح العالمي وتداخل العلاقات بين الشعوب وعولمة الجريمة، أسهم بشكل مباشر في تطور جريمة الاتجار الغير مشروع في المخدرات وانتشارها في كافة أرجاء المعمورة وكذلك تسربها إلى مختلف مجالات الحياة، مما جعلها تتفاقم وتنجح في التربع على قمة الهرم الإجرامي في الوقت الراهن، هذه الطبيعة الخاصة لهذه الجريمة جعلها تتسم بخصائص عديدة تميزها عن غيرها من الجرائم منها:

#### أولاً- التنظيم والتخطيط:

التنظيم يعني الترتيب والتنسيق<sup>9</sup>، مما يعطي الشئ هيكلًا عضويًا، ويجعله ذا بنية حية، أي أن أعضاء المنظمة الإجرامية لا يؤدون أعمالهم بصورة منفردة أو بشكل عشوائي، بل لابد من وجود نظام أو آلية عمل، وتقسيم للأدوار بين الأعضاء، وتحديد العلاقة بين جميع عناصر التنظيم، حيث نجد لها قائمة على التدرج في القوة طبقا لمدى كفاءة وفعالية تنظيمها، بما يحقق التنسيق والفعالية بين أعضائها بهدف الوصول إلى غاية التنظيم هذا من جهة، وكذلك تحديد علاقتهم بالمنظمة الإجرامية ككل من جهة أخرى، وليس هناك معيار محدد لبيان درجة التنظيم المطلوب توافره في المنظمة الإجرامية، فهو يختلف من منظمة إلى أخرى، لكنه يتأرجح بين منظمة بسيطة ومنظمة على درجة عالية من التعقيد والتنظيم وموزعة فيها الأدوار بين أعضائها بشكل هرمي دقيق<sup>10</sup>.

هذه الهرمية التي تميز تكوين المنظمات الإجرامية تأخذ شكل شبيه بما هو موجود في الشركات التقليدية، من حيث إنها هيكل منظم يتخذ النموذج الهرمي القائم على أساس المستويات الوظيفية المتدرج فيما بين السلطة الرئاسية (المسؤولون) من جهة، ومجموع العاملين (الموظفون التنفيذيين) من جهة أخرى، وهو ما يكفل مركزية إصدار القرارات، حيث يمارس الرئيس سلطاته المطلقة ويتمتع بالاحترام بل إنه قد يحاط بهالة من التقديس أحيانا، الأمر الذي يجعل من التمسك بالطاعة والالتزام المطلق قاعدة رئيسية تحكم العلاقات فيما بين كل درجة وظيفية.

وحتى تتكامل الحلقة التنظيمية يتطلب الأمر وجود عنصر التخطيط، لأن جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات من الجرائم المتكاملة والمنظمة تنظيم عالي المستوى، التي يتوفر فيها عنصر التسلسل وضبط وأداء الأدوار المتخصصة بدقة ومهارة وإتقان، لأن تنفيذها يرتبط بسلسلة من الأفعال المترابطة التي تتطلب أقصى درجات التنسيق والتعاون، والتي يجري التحضير لها وفق تنظيم وتخطيط محدد لكل مرحلة من مراحل تنفيذها، بحيث يجري الاتصال

والتنسيق المنظم لهذه الجريمة بطريقة تسلسلية منذ المراحل الأولى، بداية من عملية إنتاج العقار المخدر زراعة أو تصنيعا إلى أن يتم توزيعه واستهلاكه بصورة غير شرعية مرورا بعمليات النقل والتهريب والتوزيع والترويج، وهذه السلسلة تدعم بعضها البعض لأن تفكك إحداها يؤدي لا محالة إلى فشل المشروع المراد تحقيقه من جراء التعامل غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، فهناك نوعا من الترابط العضوي فيما بين كل مجموعة قائمة بتنفيذ إحدى حلقاتها، ولجميع هذه العمليات والمراحل بعناصرها المختلفة أدوار منسقة ومخططة وفق أساليب وإجراءات متتابعة، قابلة للتعديل والتغيير والتطوير من لحظة إلى أخرى حسب الحاجة والمستجدات لكل عملية على حدة<sup>(11)</sup>.

ثانيا- السعي المستمر للكسب غير المشروع: من سمات جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات هو السعي المستمر لمركبها تحقيق الكسب غير المشروع، وبطبيعة الحال لا يتحقق هذا الهدف إلا من خلال مجموعة من الخصائص التي تميز هذه الجريمة والتي يمكن إجازها في ما يلي:

**1- الاستمرارية في ممارسة النشاط الإجرامي وسريته:** باعتبار هذا النوع من جرائم الجريمة المنظمة فهي تتميز باستمرارية والثبات في ممارسة النشاط الإجرامي بصورة طبيعية، وهي ممتدة زمنيا ولا تنتهي بمجرد نهاية رئيسها بسبب الوفاة أو السجن، أو زوال أي عضو من أعضائها مهما كانت درجة سلطته فيها، لأن العبرة في استمرارية المنظمة الإجرامية هي مباشرتها لنشاطها غير المشروع، فلا تتوقف بمجرد كشف عملية من عملياتها أو مواجهة مع الدولة، وذلك لتعدد أنشطتها وكثرتها، ويصعب مواجهتها حتى على المستوى الدولي، وبالتالي فإن المنظمات الإجرامية مستمرة في أنشطتها منذ عقود دون انهيارها<sup>(12)</sup>.

فصفة الاستمرار مستمدة من طبيعة السلوك الإجرامي، الذي يتكون من عمل أو حالة تحتل بطبيعتها الديمومة لفترة غير محدودة من الزمن<sup>(13)</sup>، وتتطلب من الجاني نشاطا متجددا للمحافظة عليها وبذلك لا يبدأ سريان مدة التقادم إلا بانتهاء حالة الاستمرار، ومتى تعلق الأمر بالتنظيمات الإجرامية فإن حالة الاستمرار لا تنتهي إلا بحل التنظيم، وبما أن القانون لم يتطلب في الجرائم المستمرة تحقق وقوع النتيجة، حيث أنه بمجرد إتحاد إرادة أفراد الجماعة لارتكاب أحد الأفعال المكونة للجريمة تعتبر قد وقعت حسب ما حدده القانون، لأن النشاط الإجرامي اللازم لتحقيق نموذجه القانوني يستغرق فترة من الوقت<sup>(14)</sup>.

ومن أجل استمرارية النشاط الإجرامي لهذه المنظمات الإجرامية لا بد أن يكون مقرون بطابع السرية، أو ما يعرف بقاعدة الصمت، فطابع السرية هو السمة المميزة لعمل كل المنظمات

الإجرامية ومنها بطبيعة الحال العاملة في مجال الاتجار غير المشروع في المخدرات، وذلك من أجل ضمان بقائها وممارسة أنشطتها بعيدا عن إشراف ورقابة الهيئات القانونية المختصة<sup>15</sup>. ويقصد بمبدأ السرية، التزام أعضاء المنظمة الإجرامية بالولاء التام وحتى الموت لأجل خدمة أغراضها، وهو ما أدى إلى صعوبة اختراقها من قبل أجهزة تنفيذ القوانين والسلطات القضائية، خاصة أن قانون الصمت لا يحكم فقط على المتمين لتلك المنظمات بل يلتزم به أشخاص من غير الأعضاء، إما نتيجة لموالاته فطرية تعود إلى ما تقدمه هذه المنظمات الإجرامية من خدمات وتسهيلات للمواطنين بحسن تعاملهم معهم، أو لوقوعهم تحت ضغط الخوف وخشية التنكيل بهم<sup>16</sup>.

**2- الاحتراف والتخصص:** إن من أبرز الخصائص التي تتميز بها جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات هو احتراف فاعليها لهذا العمل، وهذا ما يبرز قوتهم وسيطرتهم على هذا النشاط الإجرامي، فالاحتراف يعبر على المعرفة الكلية والدقيقة للأشياء في مجال معين، أما في مجال الإجرام فهو يعتبر من أعلى مستويات السلوك الإجرامي وأخطرها بالنظر لما يمتلكه المجرم المحترف من مهارات وقدرات فائقة على تنفيذ أي عمل إجرامي لتحقيق أهدافه<sup>17</sup>.

وقد يصل احتراف أعضاء المنظمات الإجرامية العاملة في مجال الاتجار غير المشروع في المخدرات إلى حد التخصص في نشاط معين، باعتبار أن هذه الجريمة في أصلها هي عبارة عن سلسلة مترابطة من الجرائم، وذلك بأن يتخصص كل تنظيم إجرامي في ارتكاب نوع معين منها، يتحدد وفقا لإمكانيات وخبرات الجماعة الإجرامية، فنجد منظمات إجرامية فرعية مختصة في إنتاج العقار المخدر زراعة أو تصنيعا، وأخرى بالتهريب عبر الحدود، إلى أن تصل إلى تجار الجملة فتجار التجزئة، وهناك أخرى مختصة بالترويج ونشر الإدمان حتى تضمن أسواق دائمة لهذه المواد الغير مشروعة، أو غيرها من الأنشطة الإجرامية المختلفة التي ربما تكون لها علاقة بهذا النوع من الجرائم، والتي تمارسها هذه المنظمات، ومن بينها التسرب إلى الحياة السياسية والاجتماعية والمشاريع الاقتصادية والتجارية بفرض النفوذ والسيطرة، وذلك من أجل تحقيق المكاسب المادية والنفوذ السياسي والاقتصادي<sup>18</sup>.

إضافة إلى هذا التخصص النوعي يجب كذلك عدم إغفال التخصص المكاني للمنظمات الإجرامية، بحيث نلاحظ على أرض الواقع أنها تتمتع بسيطرة ونفوذ في مساحة جغرافية محددة، لا يسمح لمنظمة إجرامية أخرى أن تمارس عليها نشاطا إلا بموافقة المنظمة الإجرامية

صاحبة الاختصاص المكاني، ويترتب على ذلك نشوب النزاعات فيما بين المنظمات الإجرامية<sup>19</sup>.

**3- المرونة:** هذه المرونة جاءت كضرورة حتمية، استعملتها المنظمات الإجرامية حتى تتجنب الوقوع في أيدي السلطات المختصة بمكافحة المخدرات والجريمة بصفة عامة، بحيث تظهر هذه الخاصية من خلال التنظيم التسلسلي والهيكل الهرمي الموجود داخل المنظمات الإجرامية، وكذلك وجود منظمات إجرامية فرعية متعددة ومتخصصة، مرتبطة بالتنظيم الأصلي بحيث أصبح هذا الأخير يتكون من هياكل شبكية فضفاضة تساعدها على سرعة التنقل والحركة، بحيث تعمل هذه المنظمات الإجرامية الفرعية مستقلة عن بعضها البعض، فهي لا ترتبط بممثليها من المنظمات الأخرى بل فقط تتصل بمستوى قيادي معين داخل التنظيم الرئيسي يكون له ترتيب أعلى في الهيكل الهرمي، وبالتالي يوفر هذا النوع من التسلسل المزيد من الحماية والحصانة للقيادات لعدم إمكان إثبات ارتباطهم بأي أنشطة إجرامية، وتمنحها فرصة تغيير واستبدال قادتها التي تم الكشف أو القبض عليهم بقيادات جديدة، هذه القدرة الكبيرة على التكيف مع مختلف الظروف، وكذلك قدرتها على التجدد حتى بعد الضربات القوية التي تواجهها أحيانا من قبل أجهزة المكافحة، كان نتيجة نبذها للشكل التقليدي لتسيير التنظيم الذي قد يعرقل تحقيقها لأغراضها الإجرامية، وكذلك له مفعول إيجابي داخل هذه المنظمات الإجرامية حيث يولد الشعور بالقوة وعدم الاهتزاز لهذه الضربات، ويعزز القدرة على الاستقرار ومواصلة النشاط الإجرامي دون النظر إلى المواجهات التي ربما تحدث مع أجهزة المكافحة<sup>20</sup>.

علاوة على ذلك ما يحققه لها الشكل الفضفاض من إمكانية أكبر لإيجاد أسواق جديدة لترويج نشاطها وللتغلغل إلى الأنشطة الاقتصادية في مساحة جغرافية واسعة<sup>21</sup>.

**4- استخدام وسائل الفساد والعنف لتحقيق أهدافها:** إن طبيعة الأنشطة الإجرامية التي تمارسها الجماعات الإجرامية المنظمة تقتضي بطبيعتها استخدام أساليب التهديد أو العنف سواء كان جسدي أو معنوي لإخضاع الآخرين، ولأن تلك الوسائل تساعدها على بسط نفوذها وهيمنتها، وبث الرعب والرغبة في نفوس الضحايا، فضلا عن كونه إجراء يتخذ لردع أطراف التنظيم الإجرامي، أيضا يعتبر رسالة تحذير للمنظمات الإجرامية المنافسة، وأيضا للسلطات الرسمية من خلال استهداف موظفيها وأعاونها<sup>22</sup>.

كذلك تقوم المنظمات الإجرامية باستخدام وسائل الفساد، فتعمل على إفساد الموظفين العموميين من خلال دفع الرشاوى لهم، أو عن طريق الضغط والتخويف بما يمتلكونه

ضدهم من نقاط سلبية ماسة بالاعتبار والشرف، فأصبحت متفوقة في مجال شراء الذمم وتسخير الآخرين لخدمة أغراضها، حتى تتمكن من ممارسة أنشطتها وزيادة فرص نجاحها وتقليل مخاطر كشفها من قبل السلطات المختصة<sup>23</sup>.

ثالثاً- المردودية الهائلة للاتجار غير المشروع في المخدرات ومحاولة إضفاء الشرعية عليها:

من المؤكد أن المنظمات الإجرامية العاملة في مجال الاتجار غير المشروع في المخدرات تسعى من وراء نشاطها في هذا المجال الوصول إلى غايات وأهداف تتمثل في تحقيق الأرباح الهائلة، إذ أن نمو الثروة من هذا المصدر غالباً ما يكون بشكل مضطرب وكبير، نتيجة للمردودية الكبيرة الذي يدره هذا النشاط الإجرامي<sup>24</sup>، وتفيد تقارير بأن حجم التجارة العالمية في المخدرات والأدوية والعقاقير الممنوعة والمواد غير المسموح بها قانونياً في بعض بلدان العالم، قد تجاوز حالياً (80) مليار دولار سنوياً، حسب تقرير للهيئة الدولية للمخدرات لسنة 2010، وهو ما يزيد على مجموع ميزانيات عشرات من الدول النامية والفقيرة، فهذا المبلغ يساوي عشرة بالمائة من معدل التجارة العالمية، بينما يصنفها البعض الأخر بأنها تفوق هذا المبلغ بكثير، بحيث أصبحت تشكل ثاني سوق اقتصادي من حيث المداخيل في الترتيب الدولي بعد تجارة الأسلحة ومردودها يفوق مردود سوق النفط<sup>25</sup>.

هذه الأرباح الكبيرة جعلت تجار المخدرات يعملون على إخفاء مصدرها الحقيقي، ومحاولة إضفاء الشرعية عليها، وذلك عن طريق المازجة بين الأنشطة الإجرامية والأنشطة القانونية، من خلال إدخال هذه الأرباح في دائرة النشاط الاقتصادي المشروع كأسلوب جديد للتمويل وإضفاء المشروعية على أنشطتهم، عن طريق استثمار أموال المخدرات في مشاريع قانونية، كإنشاء شركات تجارية أو شركات عقارية وغيرها من الأنشطة القانونية<sup>26</sup>.

رابعاً- خطورة الجريمة: يتركز نشاط تجار المخدرات على ارتكاب مجموعة من الأفعال التي تعتبر من الخطورة ما يهدد أمن واستقرار المجتمعات سواء على المستوى الوطني أو الدولي، لذلك كان لزاماً التصدي لها عن طريق تجريمها بواسطة القوانين الوطنية أو المعاهدات الدولية، وتظهر خطورة جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات من خلال بعض الخصائص التي تميزها والتي يمكن إجمالها في ما يلي:

**1 - جريمة خفية:** تعد جريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات من الجرائم الخفية، حيث لا يمكن اكتشافها وملاحظة أثارها إلا من خلال ما تتركه من أثار تظهر في كثرة عدد المدمنين والمتعاطين، فهي خفية لأن البائع يستفيد من الثمن، والمشتري يسعى وبكل السبل بحثاً عن البائع لكي يسد رمقه من المادة المخدرة، التي يقف القانون حائلاً دون إشباعها بالطرق

المشروعة إلا في الحالات التي توصف فيها هذه المادة كدواء من قبل الطبيب المختص وبكميات محدودة، فنلاحظ إذن أن البائع مستفيد وكذلك المشتري فرغم أن هذا الأخير هو الضحية هنا إلا أنه بطبيعة الحال لا يقوم بالتبليغ لدى السلطات المختصة، إذن فهي جريمة بدون شاكلي، فطابع السرية والكتمان الذي يسيطر على هذه الجريمة يحول دون اكتشافها ومكافحتها، وهذا ما نلاحظه على أرض الواقع فرغم تجند الكل سواء الدول أو المجتمع الدولي أو حتى الأشخاص العاديين في التصدي لهذه الجريمة نلاحظ أنها في ازدهار وتطور مستمر سواء من حيث استعمال الوسائل لتنفيذ أنشطتها، أو من حيث ظهور مواد مخدرة جديدة، مما ترتب عليه خلق طوابير من المدمنين، ولا تقتصر آثار ممارسة هذا النشاط على المتعاطين والمدمنين بل يمتد إلى أسرهم ومجتمعهم<sup>27</sup>.

**2- وفرة المواد المخدرة:** ومن الخصائص المميزة لجريمة الاتجار غير المشروع في المخدرات هو وفرة محل الجريمة والمتمثل في المواد المخدرة فهي منتشرة في كل الدول والمجتمعات، إما بشكل مشروع للاستفادة منها في الأغراض العلمية والطبية والأبحاث، وإما بشكل غير مشروع عن طريق تسربها إلى الأسواق غير شرعية من الإنتاج المشروع، أو ما يتم إنتاجه أساساً لغرض التعامل غير المشروع، وبهذه الوسائل يتم تمويل السوق غير المشروع في المخدرات بالمواد المخدرة، بحيث لم يعد هناك أي مجتمع في منأى عن هذه المشكلة، وإن اختلفت حدتها من مجتمع إلى آخر<sup>28</sup>.

كذلك ما يؤكد خبراء مكافحة المخدرات سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، على أن ما يقع في قبضتهم من المواد المخدرة إنما يمثل حوالي عشرة بالمائة من حجم الكميات المتداولة في الأسواق غير المشروعة، وبالتالي فالكمية الأكبر من المخدرات والمؤثرات العقلية تبقى خارج نطاق المراقبة والسيطرة، وبالتالي صعوبة معرفة الحقيقة الكاملة لما هو موجود في الواقع<sup>29</sup>.

**3- الطابع الوبائي:** يقوم تجار ومروجو المواد المخدرة بصورة غير مشروعة، بالبحث المستمر عن أسواق جديدة ومتعاطين جدد لتسويق تجارتهم غير المشروعة، التي لم يسبق أن وصلها هذا النوع من المخدر أو ذلك، بغية زيادة أرباحهم وضمان استمرارية نشاطهم، وذلك عن طريق الإغراءات المختلفة كتقديم المخدر لأول مرة مجاناً، حتى يتمكن تاجر المخدرات من جعل مجربي التعاطي يصلون إلى حالة من الاعتماد على هذا المخدر، ثم يبدأ البيع أو الابتزاز لمن لا يستطيع شراء المخدر من المدمنين عن طريق تجنيدهم للقيام بالترويج والتوزيع بهدف ضمان وتوسيع الأسواق القائمة، أو اكتشاف أسواق جديدة عن طريق زيادة أعداد المتعاطين والمدمنين<sup>30</sup>.

ومن العوامل الأساسية والتي ساعدت على انتشارها، إضافة بطبيعة الحال إلى وجود عدد كبير من المتعاطين، هو عدم وجود شاكي عندما يتعلق الأمر بهذه الجريمة، فهي تعتبر من جرائم الحق العام وذلك لعدم توافر عنصر الإدعاء الشخصي، وبما أنها تصيب المجتمع كله لما لها من آثار مدمرة، فقد تكلف بطبيعة الحال هذا الأخير في ممارسة الإدعاء عن طريق الحق العام ممثلاً في النيابة العامة، كذلك تعتبر هذه الجريمة من الجرائم الوقائية، لأن القضاء عليها يتطلب اتخاذ إجراءات وقائية ذات طبيعة متميزة تساعد على كشف عن مصادر الجريمة قبل وقوعها<sup>31</sup>.

### المبحث الثاني: الجهود الدولية في مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات

منذ بداية القرن العشرين، بدأت المجموعة الدولية تشعر بالقلق والخوف من الآثار المدمرة للمخدرات وذلك بعدما أصبحت تنتشر بشكل كبير خاصة مع التطورات التي جاء بها القرن الجديد في مختلف المجالات العلمية والتقنية، فبدأ التفكير في إيجاد آليات لمواجهة هذه الظاهرة من خلال إقامة تعاون ثنائي وإقليمي ودولي قائم على أساس المصالح المشتركة للدول، من أجل وضع حد لهذه الظاهرة.

وتمثلت هذه الجهود المشتركة في عقد لقاءات والاجتماعات والمؤتمرات من أجل التشاور وتبادل الآراء ومحاولة الوصول إلى إبرام اتفاقيات متعلقة بمكافحة المخدرات تحدد شروط التعاون المطلوب وسبله.

### المطلب الأول: دور منظمة الأمم المتحدة في مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات

لقد عقد أول مؤتمر في مجال مكافحة المخدرات سنة 1909 بمدينة شنغهاي، والذي كان من نتائجه عقد أول اتفاقية دولية لمراقبة ومكافحة المخدرات والتي تم التوقيع عليها سنة 1912 عرفت باتفاقية لاهاي.

وبعد ذلك أبرمت الدول حتى يومنا هذا العديد من الاتفاقيات الدولية، خاصة مع ظهور عصر التنظيم الدولي وما ترتب عليه من إنشاء منظمات دولية كعصبة الأمم بعد نهاية الحرب العالمية الأولى، والتي خلال وجودها قامت بعقد مجموعة من الاتفاقيات في هذا المجال نذكر منها منها اتفاقية جنيف للأفيون المبرمة في 19 فبراير 1925، بعدها جاءت اتفاقية جنيف للحد من تصنيع المخدرات وتنظيم توزيعها المبرمة في 13 يوليو 1931، تلتها اتفاقية جنيف لردع التجارة غير المشروعة في المخدرات المبرمة في 26 يونيو 1936.

وبعد ظهور منظمة الأمم المتحدة للوجود، والذي كان في 24 أكتوبر عام 1945 لتبشر نشاطها فكان من الطبيعي أن تواجه مشكلة المخدرات خاصة بعد أن أسند إليها الميثاق

العديد من المهام الاجتماعية بجانب مهام سياسة أخرى، وفي هذا الإطار فقد توصلت إلى إبرام العديد من الاتفاقيات منها:

أ- الاتفاقية الوحيدة للمخدرات المؤرخة في 30 مارس 1961: تعتبر هذه الاتفاقية أهم اتفاقية في نظام الرقابة الدولية على المخدرات الساري المفعول، ولقد دخلت حيز التنفيذ في 13 ديسمبر 1964<sup>32</sup>. جاءت من أجل تعويض جميع الاتفاقيات السابقة الموجودة والتي تم بها العمل سابقا وجمع هذا الشتات في اتفاقية واحدة، لهذا سميت بالاتفاقية الوحيدة، من أجل وضع سياسة رقابية دولية مقبولة من قبل جميع عناصر المجتمع الدولي قائمة على اقتصار استعمال المخدرات على الأغراض الطبية والعلمية، وتكفل قيام تعاون ومراقبة دوليين دائمين لتحقيق هذه الأهداف والأغراض<sup>33</sup>، وتتلخص أهم أحكامها في ما يلي:

- رصد حركة المخدرات دوليا.
  - فرض رقابة على زراعة وإنتاج وتوزيع المخدرات.
  - العقاب على جرائم المخدرات.
  - توسيع نطاق الرقابة الدولية على المخدرات.
  - مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات.
  - علاج مدمني المخدرات.
- ب- بروتوكول جنيف 1972 المعدل والمكمل للاتفاقية الوحيدة: المؤرخة في 26 مارس 1972، وقد أصبح ساري المفعول في 08 أوت 1975<sup>34</sup>، ومن أهم أحكامه نجد:
- توسيع اختصاصات وصلاحيات الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات، وتعزيزها بالقدرات الضرورية من أجل القيام بالأعمال التي أوكلت لها.
  - وجوب خفض الطلب على المخدرات، وذلك عن طريق إخضاع متعاطي المخدرات إلى تدابير علاجية وإلى الإرشاد وتربية والرعاية وإعادة التأهيل، وإعادتهم إلى حظيرة المجتمع بدلا من معاقبتهم عقوبات جنائية كالحبس مثلا.
  - كذلك أجاز البروتوكول للدول الأطراف ومن أجل على القضاء على العرض من المواد المخدرة، أجازها لها في أن تشدد من إجراءات الرقابة المفروضة على هذه المواد.

ج- اتفاقية فيينا للمؤثرات العقلية لسنة 1971: والتي دخلت حيز التنفيذ في 16 أوت 1976،

ولقد أخذت اتفاقية 1971 عن اتفاقية 1961 المبادئ القانونية العامة لنظام الرقابة على المخدرات، لكن مع منح الحكومات قدرا أكبرا من المرونة، بسبب أن المؤثرات العقلية تستخدم على نطاق واسع في العلاج عكس المواد المخدرة. وعليه يمكن إيجاز أهم ما نصت عليه الاتفاقية فيما يلي<sup>35</sup>:

- حظر كافة استعمالات المواد المدرجة في الجدول الأول فيما عدا الاستعمالات للأغراض العلمية والطبية المحدودة، بحيث يتولاه أشخاص مرخص لهم بذلك، ويعملون في مؤسسات علمية أو طبية خاضعة لمراقبة الحكومة أو حاصلة على ترخيص بذلك.

- إخضاع تصنيع وتصدير واستيراد والاتجار وتوزيع المواد المدرجة الجدول الثاني والثالث والرابع إلى إجراءات رقابية عن طريق نظام التراخيص، أو تدابير رقابية أخرى مماثلة.

- حظر جميع الإعلانات والإشهار عن المؤثرات العقلية لعامة الجمهور.

- إمساك سجلات خاصة تبين فيها وبالتفصيل حركة المؤثرات العقلية من جانب التصنيع أو الاتجار أو الكميات المخزنة أو الأشخاص المتعاملون فيها.

- تلتزم الدول الأطراف بتقديم تقارير سنوية إلى الأمين العام والهيئة الدولية للرقابة على المخدرات، عن مدى تنفيذ الاتفاقية في أقاليمها.<sup>36</sup>

- وجوب اتخاذ جميع الإجراءات والتدابير الضرورية لمنع سوء استعمال المؤثرات العقلية واكتشاف ذلك في وقت مبكر، بغرض علاج وإعادة تأهيل المدمنين إعادة دمجهم في المجتمع.

- نظمت الاتفاقية الإجراءات اللازمة التي تقوم بها الدول من أجل مكافحة الاتجار غير المشروع في المؤثرات العقلية، ووضع أسس للتعاون الدولي في هذا الشأن.

- تجريم جميع الأفعال المخالفة لما نصت عليه هذه الاتفاقية إذا ما وقعت عمدا، وفرض العقوبات المناسبة عليها سواء السجن أو غيرها من العقوبات السالبة للحرية.

وبذلك تعتبر اتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971 تطور هام في مجال مكافحة المخدرات حيث امتدت الرقابة الدولية من خلالها لتشمل المؤثرات العقلية التي كانت قد استثنتها الاتفاقية الوحيدة بحيث ساهمت في الحد من إنتاج هذه المواد التي أصبحت مشكلة تهدد البشرية من خلال ما تركه من أثار لذلك كان لابد من تجند جماعي يعبر عن الضمير الدولي لمواجهتها.

#### 4- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988:

تعتبر هذه الاتفاقية المرحلة الثالثة من مراحل تدخل المجتمع الدولي عن طريق منظمة الأمم المتحدة، وذلك بغرض صياغة سياسة جنائية مشددة تجاه مشكلة المخدرات بمختلف أبعادها، حتى يمكن الحد من انتشارها والوقوف في وجه الشبكات المنظمة وما تقوم به من أنشطة غير مشروعة، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 11 نوفمبر 1990.

ولقد جاءت هذه الاتفاقية لمعالجة أمور لم تعالجها الاتفاقيات السابقة خاصة المتصلة بأمور الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية<sup>37</sup>، ويمكن تلخيص محتوى هذه الاتفاقية في ما يلي:

- الأخذ بمبدأ المصادرة من خلال حرمان المنظمات الإجرامية الدولية والأشخاص العاملين في مجال الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية من جميع ما يجنونه من نشاطهم الإجرامي.

- تعميم أسلوب التسليم المراقب بحيث اعتبرته هذه الاتفاقية أهم الأساليب الناجحة في مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات، لهذا أوصت الدول بالعمل به إذا ما سمحت بمبادئها ونظمها الداخلية بذلك، وتتخذ قرارات التسليم المراقب بالنظر إلى كل حالة على حدة، بعد الاتفاق على الأمور المالية التي تتطلبها عملية السماح بمرور الشحنة تحت رقابة المحكمة<sup>38</sup>.

- النهوض بالتعاون الدولي وتعزيزه من أجل تحقيق الفعالية المطلوبة، لتصدي لمختلف أشكال الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات، سواء على المستوى الوطني أو الدولي.

- القضاء على أسباب مشكلة إساءة استعمال المخدرات والمؤثرات العقلية، والطلب غير المشروع عليها، والاتجار غير المشروع بها.

- القضاء على صناعة المخدرات والمؤثرات العقلية بطريقة غير مشروعة، وذلك عن طريق فرض تدابير رقابية دولية فعالة على المواد التي تدخل في صناعتها والتي يسهل الحصول عليها، خاصة السلائف والكميائيات والمذيبات.

- باعتبار أن القضاء على الاتجار غير المشروع هو مسؤولية جماعية تقع على عاتق جميع الدول لهذا يجب اتخاذ إجراءات منسقة في إطار من التعاون الدولي وتعزيزها للقضاء على هذا الاتجار، خاصة عن طريق البحر بحيث أصبحت تستغل هذه المجموعات الإجرامية المنظمة

جميع التسهيلات التجارية البحرية في الموانئ والمناطق الحرة في تهريب الكميات الضخمة من المخدرات والمؤثرات العقلية من ومناطق الإنتاج إلى مناطق الاستهلاك<sup>39</sup>.

- تعزيز واستكمال التدابير المنصوص عليها في الاتفاقية الوحيدة لمخدرات لسنة 1961 وتلك المعدلة بروتوكول 1972، واتفاقية المؤثرات العقلية لسنة 1971.

- تقوية وتعزيز الوسائل القانونية الفعالة للتعاون الدولي في المسائل الجنائية لغرض منع الأنشطة الإجرامية الدولية في الاتجار غير المشروع سواء من حيث التجريم أو تبادل المساعدة القانونية أو القضائية<sup>40</sup>.

### المطلب الثاني: الهيئات الدولية لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات

تتعدد هذه الأجهزة بين عدة هيئات والتي تعمل في مجال تنظيم استعمال المواد المخدرة والمؤثرات العقلية، ومكافحة الاتجار غير المشروع بها، والتي تعمل تحت مظلة منظمة الأمم المتحدة، وهناك من يخرج عن تكوينها العضوي وهذه الهيئات تتمثل في ما يلي:

أولاً- لجنة المخدرات: تعتبر جهاز دولي تابع لمنظمة الأمم المتحدة أنشئت (CND) بقرار رقم 09/01 الصادر عن المجلس الاجتماعي والاقتصادي في أول اجتماع له بتاريخ 16 فيفري 1946، كإحدى اللجان الفنية الرئيسية المتخصصة التابعة له، بحيث تعتبر بمثابة المستشار الأول للمجلس الاجتماعي والاقتصادي في جميع الأمور المتعلقة بالمخدرات من خلال تقديم النصح والمشورة لهذا المجلس، فهي التي تعمل على رسم السياسة المنتهجة في مجال مكافحة المخدرات وإعداد مشاريع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الموضوع، وتنسيق التعاون الدولي ووضع السياسات المتعلقة بذلك، والسهر على تطبيق الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة المخدرات<sup>41</sup>.

و تعتمد في ممارستها هذه المهام من خلال ما تتلقاه من تقارير سنوية من الدول سواء بتنفيذ إلتزاماتها أو في ضبطها لهذه المواد، حيث أصبحت مستودعا لكل المعلومات والبيانات المعلقة بتطبيق الاتفاقيات، وبجميع القوانين والأنظمة المتبعة في هذا الشأن، وبتفاصيل عمليات الاتجار غير المشروع وبأسماء وعناوين السلطات في هذا الشأن في إصدار تراخيص الاستيراد والتصدير<sup>42</sup>.

ثانياً- شعبة المخدرات: تعتبر شعبة المخدرات كإحدى أجهزة الأمم المتحدة التابعة لأمينها العام، أنشئت من قبل المجلس لاقتصادي والاجتماعي في أول دورة له سنة 1946، تعمل كسكرتارية أو أمانة عامة للجنة المخدرات، كان مقرها جنيف حتى سنة 1979 حيث انتقلت إلى فيينا بانتقال لجنة المخدرات إليها<sup>43</sup>.

كان الهدف الرئيسي من إنشائها هو تسهيل ومساعدة لجنة المخدرات وجميع الهيئات الأخرى التابعة للأمم المتحدة في أداء مهامها في مجال مكافحة المخدرات وفق ما تنص عليه الاتفاقيات الدولية، وتنسيق الأعمال والأبحاث التي يساهم بها العلماء والباحثين من سائر الدول في مجال المخدرات، فهي تعتبر كمستودع مركزي للأمم المتحدة للخبراء والفنيين والتقنيين<sup>44</sup>.

ثالثاً- الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات: أنشئت الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات (OICS) بمقتضى الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961<sup>45</sup>، وتضطلع هذه الهيئة بمقتضى الاتفاقيات الدولية بمسؤولية تنفيذ هذه الاتفاقيات والسعي بالتعاون مع الحكومات إلى تحقيق ما يلي:

- قصر زراعة المخدرات وصناعتها وإنتاجها واستعمالها على الأغراض الطبية والعلمية، والعمل على عدم تجاوز ذلك وضمان توافرها لهذه الأغراض.

- منع زراعة وإنتاج وتصنيع المخدرات والمؤثرات العقلية، والاتجار فيها واستعمالها على نحو غير مشروع<sup>46</sup>.

- تشجيع التعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، واتخاذ جميع التدابير التي من شأنها تعزيز هذا التعاون في ما بين الحكومات ذاتها وما بين الحكومات والهيئة.

- إعداد التقارير عن أعمالها ونشرها بحيث تتضمن ملاحظاتها وتوصياتها .

رابعاً- صندوق الأمم المتحدة لمكافحة إساءة استعمال المخدرات: تم إنشاء هذا الصندوق في 29 مارس 1971 بمقتضى القرار الصادر عن الجمعية العامة رقم 2719 (د-25) الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970، كجهاز تابع للأمم المتحدة يقع مقره بمدينة فيينا<sup>47</sup>.

إن الهدف من إنشاء صندوق الأمم المتحدة لمكافحة إساءة استعمال المخدرات (FNULAD)، هو تمويل برامج ومشاريع الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات، وتقديم المساعدات إلى الحكومات والمنظمات الدولية وبصفة خاصة الوكالات المتخصصة في دعم جهودها الرامية إلى تحقيق ما يلي:

- تقديم المساعدات إلى الحكومات والمنظمات الدولية لدعم جهودها التي تهدف إلى قصر عرض المخدرات والمؤثرات العقلية على الاحتياجات المشروعة، وذلك بالقضاء على كل أوجه التعامل غير المشروع بها سواء كان إنتاجاً أو تصنيعاً أو زراعة أو غير ذلك من الأوجه.

- تحسين ورفع مستوى أداء الأجهزة المختصة بضبط جرائم المخدرات، ومراقبتها وتقديم المساعدات المالية والتقنية لها.

- إعداد البرامج العلمية والحملات الإعلامية لتوعية المجتمع بأخطار المخدرات، وذلك بالاستعانة بمختلف وسائل الإعلام لأجل تحقيق ذلك<sup>48</sup>.

- تخطيط وتنفيذ برامج المعونة التقنية لمشروعات نموذجية للتنمية الريفية المتكاملة كإنتاج الزراعات البديلة، حيث تمثل هذه المشروعات حوالي 40 بالمائة من ميزانية الصندوق.

- توفير المرافق وإعداد وتقرير برامج وأساليب معالجة المدمنين وتأهيلهم وإعادة إدماجهم في المجتمع.

- تدريب العاملين في مجال إنفاذ القانون والجمارك على الصعيد الوطني .

- دعم ومساندة التعاون الإقليمي في المناطق الحساسة من حيث مراقبة المخدرات، وعقد المؤتمرات لدعم هذا التعاون بين كافة الأجهزة المعنية بمكافحة المخدرات.

- القيام بإجراء بحوث كيميائية وطبية وسميولوجية حول المواد التي يتم إساءة استعمالها، ومدى الانعكاسات التي تتركها هذه المواد، وكيفية مواجهتها والوقاية منها<sup>49</sup>.

خامسا- برنامج الأمم المتحدة الدولي للمراقبة على المخدرات: وكان الهدف من إنشاء هذا البرنامج إيجاد نظام دولي لمكافحة المخدرات أكثر فعالية وترابط يعتمد على دمج هيكل ومهام وأجهزة الأمم المتحدة المختصة في مجال مكافحة المخدرات في هيكل واحد، وبناء على ذلك فقد أدمج في برنامج الأمم المتحدة الدولي للمراقبة على المخدرات مهام شعبة المخدرات التي كانت جزءا من الأمانة العامة لهيئة الأمم المتحدة، وأمانة الهيئة الدولية للمراقبة على المخدرات، وصندوق الأمم لمكافحة إساءة استعمال المخدرات، باعتبارها هيئات ينفصل كل منها عن الأخرى في هذا البرنامج.

وهذا البرنامج لا يعتمد في تمويله على ميزانية الأمم المتحدة، بل يعتمد على مساهمات الدول من أجل توفير المساعدة المالية والفنية للحكومات والمنظمات الدولية وبصفة خاصة الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة في دعم جهودها الرامية لتحقيق أهداف هذا البرنامج.

ومن اختصاصات برنامج الأمم المتحدة الدولي لمكافحة المخدرات ما يلي<sup>50</sup>:

- التنسيق والقيادة الفعلية لكل أنشطة الأمم المتحدة في مجال المخدرات، وتقديم العون والدعم لمختلف هيئاتها.

- العمل على تقديم المساعدة القانونية اللازمة للدول لكي تصبح أطرافا في الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة المخدرات، ومساعدتها في تنفيذها.

- إعداد مشاريع التعاون التقني، وتوفير الخبرة الفنية التي تطلبها الدول والمنظمات، ووضع الاستراتيجيات وطرق العملية من أجل الارتقاء بالتعاون الدولي لمعالجة مشكلة المخدرات.
- نشر التقارير والدراسات التحليلية حول مشكلة المخدرات العالمية.
- العمل مع منظمة الصحة العالمية فيما يتصل بإخضاع المواد المخدرة للرقابة الدولية.
- تنظيم المؤتمرات والحلقات الدراسية المتعلقة بالمخدرات في جميع أنحاء العالم والمشاركة فيها.
- القيام بدور مركز لتبادل المعلومات والمنشورات والبرامج المتصلة بمكافحة المخدرات.
- التعاون والتنسيق مع مختلف الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، وكل المنظمات الدولية أو الإقليمية الحكومية أو غير الحكومية، التي تهتم بمكافحة المخدرات بشكل رئيسي أو ثانوي.
- دعم تنفيذ المشروعات المحاصيل البديلة، ومساعدة الدول في إنفاذ القوانين المتعلقة بمكافحة المخدرات والوقاية ومعالجة وإعادة تأهيل المدمنين.
- التعاون مع مختلف الأجهزة المعنية بإنفاذ القوانين المخدرات، ومحاولة تحسين أدائها وتعزيز تأثيرها
- سادسا- المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ( الأنتربول ): هي منظمة دولية حكومية لها كيان دائم، وتتمتع بالشخصية القانونية الدولية، وهي من أقدم الأمثلة على التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، وحتى تتمكن منظمة الأنتربول من القيام بالعمل المنوط بها، فقد تم وضع بناء تنظيمي لها وضع سنة 1956، يتكون من مجموعة من الأجهزة تتمثل في الجمعية العامة للأنتربول، واللجنة التنفيذية، والأمانة العامة، والمكاتب المركزية الوطنية، أما فيما يخص دور أنتربول في مكافحة جرائم المخدرات فإنها كثيرة نذكر منها:
- عقد مؤتمرات إقليمية أو دولية بشأن مواضيع محددة تتعلق بالمخدرات لتقييم مدى تفشي مشكلة معينة من المشاكل المرتبطة بها.
- تعزيز التعاون الدولي في مجال الوقاية من الإجرام والبحث الجنائي، من خلال أجهزتها التي تتمتع بدرجة عالية من المرونة والقدرة على التأقلم مع الأوضاع المختلفة للدول، وذلك بتعزيز التعاون بين أجهزة إنفاذ القانون، وتبادل أحدث التقنيات في مجال التحقيقات، والمعلومات المتعلقة بالمضبوطات والمجرمين، والطلبات المتصلة بتعقبهم أو القبض عليهم بسرعة وأكثر فاعلية.

- إنشاء مكتب دولي لشؤون المخدرات للقيام بعمل استخباراتي وجمع المعلومات ورصد حركة المخدرات، من أجل تحديد التوجهات الجديدة للاتجار والكشف عن المنظمات الإجرامية الناشطة على الصعيد الدولي، وتنبه المكاتب المركزية الوطنية إلى الأنشطة التي تنفذها هذه المنظمات.

- وضع نظام للاتصال يعرف بمنظومة الأنتربول العالمية للاتصالات الشرطة المأمونة I-24/7، يتميز بالسرعة والأمان في تبادل المعلومات، ولتحذير أجهزة إنفاذ القوانين إزاء حالات خاصة أو تقنيات جديدة في مجال الاتجار أو بشأن التوجهات الناشئة.

- إعداد دراسات تحليلية تسلط الضوء على الصلات الجنائية بين مختلف القضايا المبلغ عنها<sup>51</sup>.

- حث الدول الأعضاء على إنشاء إدارة مركزية مختصة في مكافحة المخدرات.

- تنظيم برنامج للتدريب الخاص بالموظفين التابعين للأجهزة المختصة بمكافحة المخدرات لرفع مستواهم من أجل إنفاذ قوانين المخدرات، والتعرف عليها، وإطلاعهم على كل المستجدات التي تظهر في هذا المجال.

- تقوم المنظمة بإصدار وبصفة منتظمة مجموع من الوثائق خلال فترات زمنية محددة، قد تكون أسبوعية أو شهرية أو فصلية أو سنوية، تبين فيها حجم الاتجار غير المشروع في المخدرات، وكذلك اتجاهات التهريب، وحجم المضبوطات، في سبيل إعداد برامج للمواجهة والوقاية والعلاج<sup>52</sup>.

- وضع نظام اتصال مع الهيئات الوطنية، حيث أنشأت الأمانة العامة في سنة 1972 نظاما لضباط الاتصال، من أجل تحقيق تنسيق عالمي في مجال رصد حركة المخدرات على المستوى الدولي، حيث تكلف كل ضابط اتصال بزيارة مجموعة من البلدان في منطقة جغرافية معينة، بحيث يجمع المعلومات عن الاتجاهات الجديدة في التهريب، والاجتماع بالهيئات المختصة على إنفاذ القوانين، وتقديم المساعدة لحل مشكلات التعاون العملي.

- التعاون مع المنظمات الدولية العاملة في مجال مكافحة المخدرات، خاصة الهيئات المرتبطة بمنظمة الأمم المتحدة، والمنظمة العالمية للجهاك، بحيث يحضر مراقبون من تلك المنظمات بصفة منتظمة اجتماعات الأنتربول، والعكس كذلك بالنسبة لاجتماعات تلك الهيئات<sup>53</sup>.

بالإضافة إلى هذه الهيئات التي تم تناولها فإنه هناك مجموعة أخرى من المنظمات والهيئات تقوم بمحاربة اتجار غير المشروع في المخدرات بطريقة ما من خلال نشاطها الذي قد يرتبط بهذه الظاهرة بشكل من الأشكال نذكر منها على سبيل المثال:

- منظمة الصحة العالمية (OMS)
- منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (FAO)
- منظمة العمل الدولية (OIT)
- منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (اليونسكو UNESCO)
- لمنظمة العالمية للجمارك (OMD)

#### الخاتمة:

يمكن القول أن ظاهرة المخدرات من المواضيع التي أصبحت مطروحة بشكل واسع سواء على مستوى المحافل الدولية أو على المستوى الداخلي، بحيث أصبحت تشكل هاجسا لجميع عناصر المجتمع الدولي، لما لهذه الظاهرة من آثار وانعكاسات مدمرة على شتى الميادين الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وعلى أمن واستقرار الدول.

الأمر الذي جعل مهمة الدول في التصدي لهذه الظاهرة مهمة شاقة وشائكة نظرا لطبيعة هذه الجرائم، من حيث كونها جرائم بدون مشتكي فالبائع مستفيد والمشتري راغب في ذلك، بالإضافة إلى ارتباطها بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، ومن ثم صعب الحد منها لما تتطلبه من تكاثف الجهود والتنسيق في شتى المجالات خاصة المجال التشريعي للدول.

فكان لزاما على المجتمع الدولي مواجهتها بشكل فعال، من خلال بذل المزيد من التنسيق والتعاون الدولي، وذلك عن طريق تكاتف وتضافر الجهود لاحتوائها، بغرض توفير الآليات والأساليب الصحيحة والمناسبة لمكافحة ظاهرة الاتجار غير المشروع في المخدرات، باتخاذ كل ما يلزم من الإجراءات الضرورية، من أجل ضبط منظومة قانونية قادرة على التصدي لخطورتها، وتشجيع الدول على التوقيع والتصديق على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، ودعم الدول الموقعة عليها على الالتزام بها، وتشجيعها على سن القوانين اللازمة لمكافحةها، وإنشاء كل ما يستدعيه الموقف من الهيئات الضرورية لذلك، ووضع الخطط واستراتيجيات الكفيلة من الحد من انتشارها وتفاقمها، وتعزيز التعاون الفعال بين مختلف الأجهزة القانونية والقضائية والأمنية والسلطات المعنية الأخرى بإنفاذ القوانين.

#### قائمة الهوامش والمراجع:

- (1)- ابن منظور جمال الدين -لسان العرب- دار الصادر بيروت، المجلد الرابع، 4/89، حرف الراء، فصل التاء المثناة، الطبعة الرابعة 2005.

1- فايضة بورباح، أثر حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة المدية، كلية الحقوق، 2012، 2011، ص5، 1.

- (2)- د.محمد عوض -جرائم المخدرات والتهرب الجمركي والنقدي- المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، دون طبعة سنة 1966، ص49، ود.سعد المغربي - ظاهرة تعاطي الحشيش دراسة نفسية اجتماعية - دار الرايب الجامعية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة1984، ص38.
- (3)- د.رؤوف عبيد -شرح قانون العقوبات التكميلي(في جرائم المخدرات، الأسلحة والذخائر)- دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1979، ص 40.
- (4)- د.إدوار غالي الذهبي -جرائم المخدرات- مكتبة غريب، الطبعة الثانية، سنة 1988، ص 78.
- (5)- د.رؤوف عبيد -شرح قانون العقوبات التكميلي( في جرائم المخدرات، الأسلحة والذخائر)- مرجع سابق، ص37.
- (6)- د.سمير محمد عبد الغني - التعاون البحري في عمليات مكافحة المخدرات- دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006، ص 41.
- (7)- د.فوزية عبد الستار -شرح قانون مكافحة المخدرات- دار النهضة العربية، مصر، سنة 1990، ص 29.
- (8)- ولم يقف المجتمع الدولي عند هذا الحد حتى أنه في الفقرة03 من المادة03 تطرق إلى تحديد الركن المعنوي فيما يعد اتجارا غير مشروع حيث جاء فيها "يجوز الاستدلال من الظروف الواقعية الموضوعية على العلم أو النية أو القصد المطلوب ليكون ركنا لجريمة من ال رائم المنصوص عليها في الفقرة 01 من هذه الاتفاقية".
- (9)- د. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي - مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، سنة 1983، ص 668.
- د. كوركيس يوسف داود - الجريمة المنظمة - دار العلمية الدولية، عمان، الطبعة الأولى، 2001، ص 36-.
- (10)
- (11)- د. فائزة يونس الباشا - السياسة الجنائية في جرائم المخدرات دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، ص41.
- (12)- د. نسرین عبد الحمید - الجريمة المنظمة عبر الوطنية - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2006 ص 61.
- (13)- د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، سنة 1996 ص152.
- (14)- د. رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي- دار الفكر العربي، مصر، سنة 1976، ص 199.

- (15)- د. كوركيس يوسف داود - الجريمة المنظمة - مرجع سابق، ص 38.
- (16)- د. فائزة يونس الباشا - الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية - دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 69.
- (17)- د. محمد فاروق النبهان - مكافحة الإجرام المنظم - المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، دون طبعة، سنة 1989، ص 46.
- (18)- زوار رياض حيدر - الجرائم التي أفرزتها الحياة المعاصرة - دار ميزار لطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى سنة 1994، ص 33، 34.
- (19)- د. فائزة يونس الباشا، - الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية - مرجع سابق، ص 71.
- (20)- د. نسرین عبد الحمید - الجريمة المنظمة عبر الوطنية - مرجع سابق، ص 65، 64.
- (21)- د. فائزة يونس الباشا، - الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية - مرجع سابق، ص 72.
- (22)- عبد الكريم درويش - الجريمة المنظمة عبر الحدود والقارات - مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، السنة الثانية، العدد 2، جولية 1994، ص 107.
- (23)- د. محمد فاروق النبهان - مكافحة الإجرام المنظم - دار الجامعة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 1992، ص 45.
- (24)- د. عبد الطيف محمد أبو هدمه البشير - الإتجار غير المشروع في المخدرات ووسائل مكافحته دولياً - الدار الدولية للاستشارات الثقافية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 131.
- (25)- عبد المالك السايح - مداخله المدير العام للديوان - ملتقى دولي منظم من طرف الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدمانها (دور البحث العلمي في إعداد السياسات الوطنية للوقاية من المخدرات ومكافحتها)، نادي الجيش، الجزائر 03/04/ ديسمبر/ 2006.
- (26)- د. قاسي سي يوسف - إستراتيجية مكافحة جرائم المخدرات على الصعيدين الدولي والعربي - كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2007/1، 2008، ص 45.
- (27)- د. عبد الطيف محمد أبو هدمه البشير - الاتجار غير المشروع في المخدرات ووسائل مكافحته دولياً - مرجع سابق، ص 124.
- (28)- د. فائزة يونس الباشا - السياسة الجنائية في جرائم المخدرات دراسة مقارنة - مرجع سابق، ص 42.
- (29)- د. قاسي سي يوسف - إستراتيجية مكافحة جرائم المخدرات على الصعيدين الدولي والعربي - مرجع سابق، ص 46.

- (30)- د.أحمد محمود الخطيب - دور المؤسسات الإعلامية في الوقاية من المخدرات- المجلة العربية للدراسات الأمنية، الرياض، المجلد 02، العدد 03، أوت 1986، ص72.
- (31)-- د. عبد الطيف محمد أبو هدمة البشير - الاتجار غير المشروع في المخدرات ووسائل مكافحته دوليا - مرجع سابق، ص 124.
- (32)- د.محمد منصور الصاوي - أحكام القانون الدولي المتعلق بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية- مرجع سابق، ص245.
- (33)-Francis Caballero-droit de la drogue- Dalloz 1989, P50.
- (34)- commentaire sur le protocole portant amendement de la convention unique, ONU, New Yourk, 1977.
- (35)- د.محمد فتحي عيد- جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1981، ص111، و د.محمد بن راشد القحطاني - الخصائص الاجتماعية والديمقراطية لتعاطي المخدرات في المجتمع السعودي- أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة تونس، سنة 2002، ص262، و د.قاسي سي يوسف- إستراتيجية مكافحة جرائم المخدرات على المستويين الدولي والعربي- مرجع سابق، ص82، و د.سمير عبد الغني طه- مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية عبر البحار في القانون الدولي العام- مرجع سابق، ص75، و د.علاء الدين شحاتة -التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة (رؤية إستراتيجية وطنية للتعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات)- دار إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة 01، السنة 2000. ص326.
- (36)- أنظر المادة 16 الفقرة 4 من اتفاقية فيينا للمؤثرات العقلية لسنة 1971.
- (37)- أنظر ديباجة اتفاقية مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988.
- (38)- د.محمد فتحي عيد - مقومات التعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات- مرجع سابق، ص25.
- (39)- د.قاسي سي يوسف- إستراتيجية مكافحة جرائم المخدرات على المستويين الدولي والعربي- مرجع سابق، ص90. د.على أحمد راغب -السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات دراسة مقارنة- مرجع سابق، 227.
- (40)- د.علاء الدين شحاتة -التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة (رؤية إستراتيجية وطنية للتعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات)- مرجع سابق، ص349.
- (41)- د.محمد منصور الصاوي - أحكام القانون الدولي المتعلق بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية - مرجع سابق، ص549.
- (42)- د.علاء الدين شحاتة -التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة (رؤية إستراتيجية وطنية للتعاون الدولي في مجال مكافحة المخدرات)- مرجع سابق، ص293

- (43)- د.أمين الحادقة -أساليب وإجراءات مكافحة المخدرات- الجزء الأول، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، سنة 1991، ص 163.
- (44)- د.محمد منصور الصاوي -أحكام القانون الدولي المتعلق بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية- مرجع سابق، ص 563.
- (45)- أنظر المادة 05 من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961.
- (46)- د.أمين الحادقة -أساليب وإجراءات مكافحة المخدرات- مرجع سابق، ص 183.
- (47)- د.محمد منصور الصاوي - أحكام القانون الدولي المتعلق بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية- مرجع سابق، ص 564.
- (48)- د.أسامة محمد حسن - الوجيز في آليات المواجهة الدولية للمخدرات- دار النهضة العربية، مصر سنة 2016، ص 84.
- (49)- د.أمين الحادقة -أساليب وإجراءات مكافحة المخدرات- مرجع سابق، ص 216.
- (50)- د.أسامة محمد حسن - الوجيز في آليات المواجهة الدولية للمخدرات- مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2016، ص 87، و د.محمد بن راشد القحطاني - الخصائص الاجتماعية والديمغرافية لمتعاطي المخدرات في المجتمع السعودي- مرجع سابق، ص 278.
- (51)- أنظر الموقع الرسمي للأنتربول على شبكة الإنترنت: <http://www.interpol.int/fr>.
- (52)- سليمان العبد الله الشعيبي -التعاون الدولي والخطط العملية لمواجهة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية- مذكرة ماجستير، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، سنة 1987، ص 131.
- (53)- د.أمين الحادقة - أساليب وإجراءات مكافحة المخدرات- مرجع سابق، ص 334.

## استخدام القوة لتدابير إنسانية بين الاتجاهات الفقهية والممارسة الدولية

أ. كرليفة سامية - أستاذة مساعدة  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
جامعة يحي فارس المدية (الجزائر)

الملخص:

إثر إقرار ميثاق الأمم المتحدة لمبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، لم يترك مسألة الحظر على إطلاقها، وإنما أورد استثناءات اختلف الفقه الدولي بشأنها، بما فيها استخدام القوة لاعتبارات إنسانية .

إن التسليم بهذا الاستثناء يتفق بلا شك مع الاتجاه العالمي المعاصر لنشأة الأمم المتحدة، المؤكد على كرامة الإنسان وتعزيز احترامها، وإقرار جميع حقوقه الأساسية، إلا أن هذا الطرح يصطدم مع العديد من المبادئ المقررة هي الأخرى ضمن ميثاق الأمم المتحدة، والتي بات المجتمع الدولي المعاصر يتأسس عليها كمبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، ومبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ذلك أن هذا الطرح يفتح بابا واسعا أمام الدول للتدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى بدعوى حملها على احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، في حين أن الدافع الحقيقي لهذا التدخل تحقيق مصالح خاصة، وهنا تكمن خطورة هذا التصرف في تأكيد شرعيته خاصة إثر ازدواجية المعاملة في الواقع الدولي.

الكلمات المفتاحية: القوة، التدابير إنسانية، الممارسة الدولية، الأمم المتحدة، حقوق الإنسان، الحريات الأساسية، ازدواجية المعاملة في الواقع الدولي.

Lorsque le traité des nations unies a approuvé le principe de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales, cela n'était pas définitif, car il ya eu des exceptions tel que l'usage de la force pour des raisons humanitaires .L'adoption de cette règle d'exception se conjugue à l'aspect mondiale contemporain des nations unies basé sur la considération et le respect de la dignité de l'homme.

Ce sujet est confronté aux différents principes déclarés au traité des nations unies, et qui représentent la base de la communauté internationale tout comme les concepts de l'interdiction du recours à la force et non intervention dans les affaires internes d'un pays mais cela a laisser le champ libre pour les pays qui réalisent leurs intérêts personnels en proclamant l'instauration du respect des droits de l'homme.

#### مقدمة:

تعتبر مسألة استخدام القوة في العلاقات الدولية من بين أهم الظواهر الطبيعية المرتبطة بالمصالح القومية للدول، والتي تسعى من خلالها للحفاظ على بقائها، وتحقيق مصالحها في السيطرة على ثروات الدول الأخرى، حيث أباح القانون الدولي استخدام القوة، واعتبرها وسيلة قانونية مشروعة للدول في حسم خلافاتها فيما بينها والحصول على حقوقها ورفع الضرر عنها، مما دفع إلى انتشار الفوضى في العلاقات الدولية خاصة في ظل اعتبار مبدأ استخدام القوة كأحد مظاهر السيادة المطلقة للدول<sup>(1)</sup>

إثر ما خلفته مشروعية استخدام القوة على إطلاقها من مآسي في العلاقات الدولية، دفع بالمجتمع الدولي إلى السعي قدما للحد من هذا الاستخدام المطلق للقوة، فبعد إنشاء منظمة الأمم المتحدة اعتبر ميثاقها نقطة البداية في مجال دراسة الوضع القانوني لاستخدام القوة بموجب ما ورد ضمن المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق، والتي ألزمت جميع الدول بالامتناع عن اللجوء إلى استخدام القوة<sup>(2)</sup>.

اعتبر مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية بمثابة ثورة على مفاهيم القانون الدولي التقليدي بموجب ميثاق الأمم المتحدة، حيث اعتبر مبدأ حظر استخدام القوة أو التهديد بها أصلا من أصول القانون الدولي العام ترد عليها استثناءات في غايات محدودة<sup>(3)</sup> ذلك أن ميثاق الأمم المتحدة لم يترك مسألة حظر استخدام القوة على إطلاقها، وإنما أورد استثناءات اختلف الفقه الدولي بشأنها، فمنهم من أقر أن جميع هذه الاستثناءات ما ورد ضمن الميثاق، ومنهم من أقر أن هناك استثناءات عن حظر استخدام القوة غير منصوص

2- يوسف حسن يوسف، المحاكمات الدولية لمجرمي الحرب والتطهير العرقي وجرائم الإبادة، المركز القانوني للدراسات القانونية، القاهرة، 2011، ص 96.

3- لحرش فضيل شريف، مبدأ حظر استخدام القوة في القانون الدولي، المشروعية القانونية لاستخدام القوة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2016، ص 13.<sup>2</sup>

4- يوسف حسن يوسف، مرجع سابق، ص 116.

عليها ضمن الميثاق، باعتبارها لا تتعارض مع قواعد القانون الدولي بما فيها استخدام القوة لاعتبارات إنسانية<sup>(1)</sup>.

إن ظهور منظمة الأمم المتحدة ودخولها حيز الوجود عام 1945، وتضمنين ميثاقها العديد من المبادئ العامة التي تحكم سير العلاقات الدولية، كمبدأ عدم التدخل من قبل المنظمة في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، المؤكد عليه في المادة 7 الفقرة 2، جعل من الصعب استخدام دولة ما للقوة بغرض حماية حقوق الإنسان دون أن يقابل هذا التصرف الاعتراض الشديد من قبل دولة أخرى، وقد زادت حدة الاعتراض على هذا التصرف إثر ما أكد عليه ميثاق الأمم المتحدة من مبادئ خاصة مبدأ تحريم استخدام القوة الوارد في المادة 2 الفقرة 4 منه، هذا ما زاد من النقاشات الحادة حول مشروعية استخدام القوة لحماية حقوق الإنسان، إلا أن هذا لم يمنع الكثير من الدول والمنظمات الدولية بما فيها منظمة الأمم المتحدة من التدخل العسكري وتبرير أعمالها بالاعتبارات الإنسانية<sup>(2)</sup>.

إن الواقع الدولي يؤكد بأن التدخل تحت مبررات إنسانية ليس بالظاهرة الحديثة في مسار العلاقات الدولية، حيث وجدت سوابق كثيرة مورس فيها التدخل لتحقيق أهداف إنسانية<sup>(3)</sup>، ذلك أن ظاهرة استخدام القوة لحماية حقوق الإنسان إذا لم تكن بالحديثة، إلا أن

1-عرفت وقائع العلاقات الدولية العديد من الأمثلة الواقعية لاستخدام القوة ففي عام 1840 وجه رئيس الولايات المتحدة الأمريكية تحذيرا لتركيا بسبب اضطهادها لليهود في دمشق ورودرز، كما عملت الدول مجتمعة على حماية الرعايا المسيحيين في تركيا، حيث ألزمتها في معاهدة باريس 1856 ومعاهدة برلين 1878 بالتعهد بحمايتهم، كما تدخلت فرنسا عسكريا في سوريا لحماية المارونيين من أعمال العنف التي وقعت بينهم وبين الدروز في لبنان، وفي عام 1863 أرسلت السلطات الأوروبية بعثات دبلوماسية لروسيا بسبب الطريقة غير الإنسانية التي كان يعامل بها الثوار الوطنيين البولونيين، كما استخدمت الولايات المتحدة الأمريكية ومجموعة من الدول الأوروبية القوة لقمع ثورة "Boxers" في الصين عام 1900 وهذا بسبب المذابح التي حصلت، كما تدخلت الولايات المتحدة الأمريكية وبلجيكا في أحداث الكونغو 1965 وقد أشارت الدراسات أن الولايات المتحدة الأمريكية قد استخدمت القوة تحت حجة الاعتبارات الإنسانية أكثر من 60 مرة في أعوام (من 1812-1932) راجع في ذلك إبراهيم الدراجي، جريمة العدوان و مدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 295، 296.

2-من أهم هذه التدخلات نجد تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في لبنان 1958 وتدخل الهند في باكستان الشرقية عام 1961 وتركيا في قبرص وإسرائيل في أوغندا 1976 وألمانيا الغربية في الصومال عام 1978، راجع في ذلك حسام أحمد هندراوي، التدخل الدولي الإنساني، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، دون سنة النشر، ص 226، 227.

<sup>3</sup>-مثلا حدث شمال العراق 1995 والصومال 1992 والبوسنة والهرسك وكوسوفو 1999، راجع إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 296.

ما ميز العلاقات الدولية في السنوات الأخيرة هو أن أعمال الأمم المتحدة الإنسانية قد اتسمت بالعنف أي اللجوء إلى استخدام القوات المسلحة لأهداف إنسانية<sup>(1)</sup>.

إن التسليم بهذا الطرح يصطدم مع العديد من المبادئ المقررة هي الأخرى ضمن ميثاق الأمم المتحدة، والتي بات المجتمع الدولي المعاصر يتأسس عليها كمبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية<sup>(2)</sup>، غير أن الدافع الحقيقي لهذا التدخل تحقيق مصالح خاصة، ذلك أن التدخل الإنساني الذي يعتمد في اتخاذه على استخدام القوة المسلحة يثير العديد من النقاشات بين هذا التصرف والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الدولي المعاصر<sup>(3)</sup>.

إن هذا المنطلق يؤكد أن استخدام القوة ظاهرة طبيعية، استخدمت لغايات أساسية، وأخذت في التطور في ضوء القانون الدولي بالنظر إليها كوسيلة مشروعة لتسوية النزاعات في العلاقات الدولية إلى تحريمها بشكل قاطع بمقتضى أحكام القانون الدولي، إلا في حالات استثنائية والتي من بينها حماية حقوق الإنسان، مما يقتضي منا الإجابة على الإشكالية التالية:

ما مدى نجاعة قواعد القانون الدولي المعاصر في تكريسها لمسألة استخدام القوة كاستثناء عن الأصل العام لتدابير إنسانية وإعمالها في الواقع الدولي؟ هذا ما يقتضي منا التطرق إلى العلاقة التي باتت تربط استخدام القوة بحماية حقوق الإنسان، من خلال التطرق إلى أسس مشروعية لاستخدام القوة بغرض حماية حقوق الإنسان، وواقع هذا التدخل العسكري في ضل المستجدات الراهنة.

المبحث الأول: موقف الفقه الدولي المعاصر من استخدام القوة لتدابير إنسانية: لقد اختلفت آراء الفقه الدولي بين مؤيد ومعارض وكل طرف معتمد على حجج معينة، بشأن مسألة مشروعية التدخل الإنساني واستخدام القوة لتدابير إنسانية، فهناك من يرى أنه انتهاكا لميثاق الأمم المتحدة الذي يمنع اللجوء إلى استعمال القوة في العلاقات الدولية، وهناك من يقر هذا الاستخدام، ويعتبره آلية لحماية حقوق الإنسان.

المطلب الأول: الآراء الفقهية المعارضة لاستخدام القوة لاعتبارات إنسانية: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى عدم الاعتراف بمشروعية التدخل العسكري لاعتبارات إنسانية، وعدم الإقرار بوجود مبدأ يبرر التدخل، حيث أقر الأستاذ "Rousseaux Charles" بأنه لا ينبغي

1- حسام أحمد هنداي، مرجع سابق، ص 9.

2- نفس المرجع السابق، ص 10.

3- حسام أحمد هنداي، مرجع سابق، ص 231.

الحديث عن حق التدخل، فالمبدأ الوحيد المقبول هو عدم التدخل<sup>(1)</sup>، وقد استند أنصار هذا الاتجاه على عدة مبررات أهمها:

**الفرع الأول: مبررات معارضي استخدام القوة لاعتبارات إنسانية المستندة على الإطار المفاهيمي:** اعتمد معارضو استخدام القوة على عدة مبررات مستوحاة من الصياغة القانونية للنصوص الأهمية:

**أولاً: مخالفة استخدام القوة لاعتبارات إنسانية للمبادئ الأهمية:** يبرر معارضو استخدام القوة لاعتبارات إنسانية رفضهم لهذا التصرف كونه يخالف العديد من مبادئ القانون الدولي الآمرة، التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة، وعلى رأس هذه المبادئ قاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية<sup>(2)</sup>، والمنصوص عليها في المادة 2 الفقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة، والمؤكدة على امتناع أعضاء هيئة الأمم المتحدة على استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية إذا لم تكن تتفق مع مقاصد الأمم المتحدة، وكانت تمس بالسلامة الإقليمية والاستقلال السياسي لأي دولة<sup>(3)</sup>.

إن الهدف الأساسي الذي تسعى إليه منظمة الأمم المتحدة هو حفظ السلم والأمن الدوليين، وقد تم وضع المادة 4/2 من أجل تحقيق هذا الهدف، ويذهب "ميشال فيرالي" في تعليقه على نص هذه المادة إلى أن العبارات المستعملة فيها تدل على أن الحرب ليست وحدها هي المحظورة، بل يحظر أيضا استعمال القوة في العلاقات الدولية، حتى وإن كان الباعث لاستخدامها اعتبارات إنسانية، إذ يرى أن اللجوء إلى استعمال القوة، حتى وإن كان من أجل حماية حقوق الإنسان لا يتماشى وهدف الأمم المتحدة المنصوص عليه في الديباجة.

1- نفس المرجع، نفس الصفحة.

2- راجع المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق.

<sup>3</sup> - إن النقاش ضمن هذا الطرح تأكد وفق ما أقرته من جانب آخر لجنة إدارة شؤون المجتمع الدولي في تقريرها "جيران في عالم واحد" أكدت من خلاله على التكامل بين حماية حقوق الإنسان وحفظ السلم والأمن الدوليين، مؤكدة بأن كلتا المسألتين تشكلان هدفا مشتركا للأمم المتحدة، كما أن الصلة الوثيقة بين حفظ السلم والأمن الدوليين وحماية حقوق الإنسان قد تأكدت بصورة جلية ضمن المسار العملي لمجلس الأمن، حيث أقر في بيان له إثر القمة المنعقدة بتاريخ 31/01/1992 بأن غياب الحروب والنزاعات العسكرية بين الدول لا يعني استتباب السلم والأمن الدوليين، بل سوء الأوضاع الاجتماعية والإنسانية يشكل تهديدا للسلم والأمن، مما يؤكد أن تدخل مجلس الأمن اعتادا على التدابير العسكرية بموجب ما ورد في الفصل السابع لم يعد يقتصر على الحروب والنزاعات الدولية وغير الدولية بل امتد إلى العديد من المشاكل المطروحة على الساحة الدولية، والتي من ضمنها ما تعلق بحقوق الإنسان (3) راجع محمد عبيدي، التدخل و مسؤولية الحماية، الطبعة 1، مطبعة روجي، الأغواط الجزائر، 2010، ص 58.

ثانيا: مخالفة استخدام القوة لاعتبارات إنسانية لهدف حفظ السلم والأمن الدوليين: يقر معارضو استخدام القوة لاعتبارات إنسانية أمثال الأستاذ "Michelvirally" أن هذا التصرف لا يتفق مع الهدف الرئيسي للأمم المتحدة المتمثل في صون السلم والأمن الدوليين، فاستخدام القوة حسب نظره حتى ولو لأغراض إنسانية يتنافى مع هدف حفظ السلم والأمن الدوليين، وإن كان احترام حقوق الإنسان هدفاً أسمى تسعى إليه الأمم المتحدة، فلا يجب أن يسمو على غيره من الأهداف، بحيث لا يمكن التضحية بأي هدف من الأهداف الأساسية من أجل حماية حقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

الفرع الثاني: مبررات معارضي استخدام القوة لاعتبارات إنسانية المستندة على الآليات الدولية: برر أنصار الرافضين لفكرة التدخل باعتماد القوة لاعتبارات إنسانية في الواقع العملي على عدة حجج من ضمنها:

أولاً: مخالفة استخدام القوة لاعتبارات إنسانية لموقف محكمة العدل الدولية: برر أنصار الرافضين لفكرة التدخل باعتماد القوة لاعتبارات إنسانية باستناد إلى موقف محكمة العدل الدولية من هذا التصرف، حيث أكدت في العديد من قراراتها على عدم مشروعية أعمال التدخل، حتى تلك التي تتم تحت مبرر حماية حقوق الإنسان، وهذا ما تأكد في حكمها في قضية النشاطات العسكرية والشبه عسكرية في نيكاراغوا، إثر إدانتها لتدخل الولايات المتحدة الأمريكية في نيكاراغوا، بإشارتها إلى أنه إذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية تبدي قلقها حول حالة حقوق الإنسان في نيكاراغوا، إلا أن استخدام القوة لا يعد الوسيلة المناسبة لحماية حقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

كما أكدت محكمة العدل الدولية عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول في حكمها المتعلق بقضية مضيق كورفو معتبراً أن «حق التدخل لا يمكن تصوره إلا في شكل سياسة قوة بينت في الماضي التعسفات الخطيرة التي لا يمكن أن تجد لنفسها مكانة في القانون الدولي، مهما تكن التناقضات التي يعاني منها المجتمع الدولي»<sup>(3)</sup>.

وضمن المبدأ الذي أكدته محكمة العدل الدولية في حكمها المتعلق بالنشاطات العسكرية وشبه العسكرية في نيكاراغوا، الذي أعلنت فيه أن استخدام القوة ليس الأسلوب

1- ابراهيم الدراجي، جريمة العدوان والمسؤولية المترتبة عنها، مرجع سابق، ص 305.

2- نفس المرجع السابق، ص 184، 183.

3- جعفرور إسلام، حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تزي وزو، الجزائر، 2014، ص 186، 185.

المناسب لضمان احترام حقوق الإنسان، وأن الدافع المبني على حماية حقوق الإنسان في نيكاراغوا لا يمكن أن يبرر قانوناً<sup>(1)</sup>. إلا أن المحكمة لم تعتبر فعل تقديم دولة ما مساعدات إنسانية لقوات أو أشخاص متواجدين خارج إقليمها تدخلا غير مشروع، بشرط أن تكون تلك المساعدات ذات طابع إنساني خالص.

ثانياً: معارضة استخدام القوة لاعتبارات إنسانية استناداً لسلطات مجلس الأمن: إن هذا الطرح فيما يتعلق بالسلطة الممنوحة لمجلس الأمن المرتبطة بتكليف انتهاكات حقوق الإنسان على أنها تهديد للسلم والأمن، واتخاذ التدابير العسكرية اللازمة بموجب ما ورد ضمن الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة في ظل أحادية النظام العالمي يفتح الباب أمام ازدواجية المعايير، فإذا كانت الدولة لها علاقة وطيدة مع الولايات المتحدة الأمريكية، فإن مجلس الأمن يتغاضى عن هذه الانتهاكات، ويقر بوجود انتهاكات لحقوق الإنسان ضد الدولة التي تتعارض مصالح أمريكا معها<sup>(2)</sup>.

إن استناد مجلس الأمن على سلطته التقديرية المستمدة من المادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة، جعلته تارة يكيف انتهاكات حقوق الإنسان على أنها تشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين، ويقرر التدخل العسكري لوضع حد لها، كما حدث في العراق، حيث أكد هذا ضمن القرار رقم 688 المؤرخ في 4/05/1991 الخاص بالعراق<sup>(3)</sup>.

كما شكل القرار رقم 794 المؤرخ في 3/12/1992 الخاص بالتدخل في الصومال أيضاً نموذجاً لإقرار انتهاكات حقوق الإنسان في الصومال، وقد تم التدخل عسكرياً في الصومال، بموجب هذا القرار، كما أن مجلس الأمن في بعض ممارسته الواقعية لاختصاصاته بموجب الفصل السابع من الميثاق، كان يكيف التصرفات على أنها انتهاك لحقوق الإنسان

1- لقد عرفت معايير التدخل الإنساني عسكرياً تطبيقاً انتقائياً استهدفت من خلاله دول معينة لأسباب مصلحيه، وتم التجاوز عن هذه الممارسات في دول أخرى، حيث تم تدخل الدول الغربية وأرغمت الأمم المتحدة على إجراء استفتاء لتقرير المصير في تيمور الشرقية بحجة حدوث انتهاكات فضيحة لحقوق الإنسان، وفي المقابل تجاهلت حق الشعب الشيشاني المتهك وسمحت بالإبادة ضدهم من طرف الجيش الروسي سنة 1999، هذا زيادة على استثناء إسرائيل من الخضوع لأي شرعية أو منطبق قانوني أو إنساني على الرغم من انتهاكاتها العديدة من الإنسان في فلسطين وفي الدول المجاورة، هذا بالإضافة إلى التعامل مع الأكراد في العراق وتركيا كمثال يؤكد التعامل وفق سياسة الازدواجية، حيث تم إصدار العديد من القرارات تحت مبررات إنسانية ضد العراق، في حين تم التغاضي على نفس التصرف أمام تركيا في تعاملها مع الأكراد، إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 310، 312، 313.

2- محمد عبيدي، مرجع سابق، ص 59.

3- نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

ويجزم عن التدخل في بعض الأحيان، وهذا إثر ما وقع في كوسوفو، بموجب ما جاء به القرار رقم 1199 المؤرخ في 23/09/1998 حيث أكد القرار على تدهور الأوضاع في كوسوفو، إلا أنه لم يتوصل إلى إقرار التدخل عسكرياً مثلما وقع في الصومال والعراق<sup>(١)</sup>.

استند أنصار معارضو التدخل العسكري باعتقاد القوة لاعتبارات إنسانية إلى استغلال هذه الفكرة واعتمادها لتحقيق أغراض ومصالح خاصة للدول، ويقرون بأن الدافع الإنساني ليس هو المبرر الأساسي للسماح بالتدخل الدولي، وإنما هناك دوافع المصلحة الخاصة لهذه الدول، وهذا ما تأكد في حالات عديدة ضمن الواقع الدولي<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: مخالفة استخدام القوة لاعتبارات إنسانية استناداً لموقف الدول: اعتمد كذلك الرأي المعارض لإعمال القوة في العلاقات الدولية لاعتبارات إنسانية على حجة أن الدول الأعضاء في الأمم المتحدة لم تقبل الالتزام بأحكام الميثاق، بما في ذلك ما جاءت به المادة 2 الفقرة 4 المؤكدة على حظر استخدام القوة، إلا بضمانات مؤكدة ضمن ميثاق الأمم المتحدة، وهذا يؤكد أن عجز مجلس الأمن عن ممارسة اختصاصاته المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين لا بد وأن يؤدي إلى تحلل الدول الأعضاء من التزاماتها المؤكدة في نص المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق<sup>(٣)</sup>.

المطلب الثاني: مبررات الآراء الفقهية المؤيدة لاستخدام القوة لاعتبارات إنسانية: إن التسليم بالحجج الراضفة لاستخدام القوة لاعتبارات إنسانية أمر ليس بالمطلق، وهذا راجع إلى المرحلة التي كان يعترف فيها القانون الدولي بحق اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية بشرعية ما يترتب عن ذلك من نتائج، كان من الصعب تجاوز هذه المرحلة، يجعل ذلك من

1-والأمثلة على مثل هذا عديدة في الواقع ذلك أن الولايات المتحدة الأمريكية عندما قامت بإزالة عسكري في جمهورية الدومينيكان تذرعت بحماية إنسانية، لكن سرعان ما تراجعت عن هذا المبرر، وتذرعت على لسان الرئيس "جونسون" بحماية الأمن القومي ضد خطر الشيوعية، وكذلك عندما تدخلت الولايات المتحدة الأمريكية في جرينادا عام 1983 كان في البداية بهدف حماية الرعايا الأمريكيين الموجودين في هذا البلد و لكن في الواقع باعتباره قاعدة تهدد الأمن القومي الأمريكي، كذلك لما غزت الولايات المتحدة الأمريكية بنا عام 1989 كان لأغراض إنسانية، لكن في الواقع لأسباب إستراتيجية وسياسية، وكذلك ما حدث في الصومال تحت شعار إعادة الأمل، و لكن في الواقع لحماية شركات البترول الأمريكية، و كان تحت شعار اعتبارات إنسانية، راجع في ذلك إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 314، 315

<sup>2</sup>- حسام احمد محمد هندادوي، مرجع سابق، ص 233.

3- نفس المرجع السابق، ص 234.

غير المناسب التنازل عن المادة 2 الفقرة 4، رغم ما يصاحب التطبيق المعاصر لها من قصور في الواقع<sup>(1)</sup>.

الفرع الأول: تأييد استخدام القوة لاعتبارات إنسانية استنادا إلى مضمون النصوص الأعمية: تم الاعتماد على عدة حجج من ضمنها:

أولا: عدم مخالفة استخدام القوة لاعتبارات إنسانية لنص المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق: إن هذا الواقع لم يمنع من انهيار الحجج المشككة في شرعية المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق، حيث برز فريق آخر حاول إثبات شرعية مثل هذه التدخلات المقررة لحماية حقوق الإنسان معتبرين إياها تخرج من نطاق الحظر المقرر في المادة 2 الفقرة 4، ويرى بعض الفقه ضرورة وجود حق التدخل باعتبار إن الدوافع الإنسانية كفيلا بجعل أي تدخل عسكري مباحا، ذلك أن الانتهاكات المتكررة لحقوق الإنسان داخل إقليم ما يعد مبررا كافيا للتدخل، وهذا الأخير غير محظور فالتدخل المعتمد للحد من الانتهاكات الجماعية لحقوق الأفراد مباح بموجب أحكام ميثاق الأمم المتحدة، ولا يمكن إدراجه ضمن مفهوم ومنطوق المادة 2 الفقرة 4، وإنما يعد استثناء من القاعدة، بالاعتماد على تفسير المادة التي تقر بأن القوة المحظورة هي تلك الموجهة ضد الوحدة الإقليمية والاستقلال السياسي للدولة أو ضد أي هدف من أهداف الأمم المتحدة، ومن هذا المنطلق فإن التدخل العسكري لاعتبارات إنسانية عادة لا يكون موجه للمساس بإقليم وسيادة الدولة المتدخل فيها، وإنما يكون الغرض منه إنساني، وبالتالي تماشيا مع مقاصد وأهداف الأمم المتحدة<sup>(2)</sup>.

يعزز كذلك الفقيه الأستاذ "Reisman" حججه في تأييده للتدخل العسكري لاعتبارات إنسانية لا يخالف أحكام المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق طالما أنه يتوافق مع مقاصد الأمم المتحدة ومعظم القواعد الآمرة المنصوص عليها ضمن الميثاق، والقانون الدولي الناظم لاستخدام القوة، فمادام أن التدخل العسكري يستهدف وضع حد للانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان، ويتم في الوقت المناسب، ويحقق هدفا مشروعا فاستخدام القوة للدفاع عن حقوق الإنسان على أوسع نطاق لا يشكل انتهاكا لأحكام المادة 2 الفقرة 4 فهو وسيلة لتحقيق مقاصد الأمم المتحدة وغاياتها، خاصة في حالة عجز الأمم المتحدة في الوصول إلى حد للجرائم المتعلقة بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان<sup>(3)</sup>.

1- فوزي أوصديق، مبدأ التدخل والسيادة لماذا وكيف؟، دار الكتاب الحديث، الجزائر 1999، ص 131، 132، 133.

<sup>2</sup> - محمد عبيدي، مرجع سابق، ص 57.

إن تفسير نص المادة 2 الفقرة 4 من الميثاق حسب هذا التوجه الفقهي يقتصر على أن حظر استخدام القوة أو التهديد باستخدامها في العلاقات الدولية يقتصر على ممارسة هذه القوة ضد السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي وأي طريقة لا تتفق مع مقاصد الأمم المتحدة<sup>(1)</sup>.

ثانيا: استخدام القوة لاعتبارات إنسانية استنادا إلى نصوص الاتفاقيات الدولية: إضافة إلى ذلك فإن هناك مجموعة من النصوص في الميثاق، حسب ما جاء في الفصل السابع الذي يجد أساس في المادة 7/2، يقتضي بعدم جواز التدخل باستثناء الإجراءات القسرية، إن نص هذه المادة يمنع منظمة الأمم المتحدة من التدخل في الشؤون الداخلية للدول، غير أن التفسير الواسع للجملته الأخيرة منه يتيح إمكانية تدخل الدولة في الشؤون الداخلية لدولة أخرى بقرار من مجلس الأمن.

يسعى أنصار التدخل دوما إلى فرض قراءة واسعة لأحكام ميثاق الأمم المتحدة، فترى "جان كيرباتريك" أن مبدأ حظر استعمال القوة المنصوص عليه في الميثاق، يجب تغييره حاليا لأسباب كثيرة، أهمها اللجوء إلى القوة من أجل الدفاع عن بعض القيم المكرسة في الميثاق، مثل حرية وحقوق الإنسان، لأن مبدأ عدم التدخل كما يرى "ماريو بيطاطي"، كان يسعى إلى حماية الدول الصغرى من هيمنة الدول.

ثالثا: استخدام القوة لاعتبارات إنسانية استنادا إلى موقف محكمة العدل الدولية: تمسك أنصار الرأي المؤكد لفكرة التدخل باعتماد القوة لاعتبارات إنسانية بتفسير محكمة العدل الدولية لنصوص حقوق الإنسان المؤكد عليها ضمن الميثاق باعتبارها نصوصا ملزمة مثلما أقرته المحكمة في رأيها الاستشاري في قضية جنوب غرب إفريقيا-ناميبيا- حيث أدانت المحكمة حكومة جنوب إفريقيا بإخلالها بالتزام دولي يقضي باحترام حقوق الإنسان باعتبارها طبقت قواعد التمييز والفصل على أساس الجنس واللون والقومية، مما يشكل انتهاكا لحقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

الفرع الثاني: المبررات الإنسانية كأساس لاستخدام القوة في العلاقات الدولية: إن هذا الوضع الذي بات يتعرض فيه الإنسان لانتهاكات جسيمة لحقوقه جعل من الضروري الموازنة بين

1 - حسام أحمد محمد هندواوي، مرجع سابق، ص 136.

2 - إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 333.

3 - محمد عبيدي، مرجع سابق، ص 57.

حق الدولة المكرس في المادة 2 الفقرة 4 في حماية الوحدة الترابية والسلامة الإقليمية، وبين حماية حقوق الإنسان الأساسية وصور كرامته الإنسانية<sup>(1)</sup>.

علق الفقيه "أوبنهايم" على التدخل الإنساني قائلاً بأنه جائز في شؤون الدولة المتهممة بخرق حقوق الإنسان على إقليمها متجاهلة الحقوق الأساسية لرعاياها بصفة تمس الضمير الإنساني بأكمله<sup>(2)</sup> وهذا وفق ما تتميز به حقوق الإنسان.

أولاً: عالمية حقوق الإنسان كمبرر لاستخدام القوة بغرض حمايتها: تستند مسألة استخدام القوة لاعتبارات إنسانية على مسألة عالمية حقوق الإنسان في ظل تطور مبدأ الإنسانية، حيث جعل من حقوق الإنسان ذات صفة عالمية وأخرجها من المجال المحفوظ للدول، وإلزام الدول بالتدخل إثر انتهاكها<sup>(3)</sup>.

ثانياً: صلة حماية حقوق الإنسان بحفظ السلم والأمن كمبرر لاستخدام القوة: يبرر الاتجاه المؤكد على ضرورة التدخل العسكري لحماية حقوق الإنسان بالصلة الوثيقة بين حماية حقوق الإنسان وحفظ السلم والأمن الدوليين، ويعتبر الفقيه "Lillich" أنه ما دام من أهداف الأمم المتحدة حفظ السلم والأمن الدوليين وحماية حقوق الإنسان، فإن المادة 2 الفقرة 4 لها صلة وثيقة بهذين الهدفين، وهي ليست متناقضة ومتعارضة مع مقاصد الأمم المتحدة، بل على العكس تهدف إلى تعزيز أحد أهم أهداف الأمم المتحدة وهو حماية حقوق الإنسان، ويبرر ذلك بأن الحالة الوحيدة التي يكون فيها، التدخل العسكري مخالفاً للمادة 2 الفقرة 4 هو لما يؤثر على السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي للدولة المتدخل فيها، ولا يمس بأي هدف من الأهداف الأساسية للأمم المتحدة، أما إذا كان يرمي إلى استعادة حقوق الإنسان المنتهكة فهو مباح<sup>(4)</sup>.

ثالثاً: استخدام القوة بغرض حماية حقوق الإنسان استناداً إلى اتفاقيات دولية: اعتمد أنصار الفقه المؤيد للتدخل لاعتبارات إنسانية في إقرارهم لمشروعيته استناداً على أسس قانونية مؤكدة ضمن نصوص واتفاقيات ومعاهدات دولية تبرر تدخل الأمم المتحدة باستخدام القوة لأسباب إنسانية، فإن التأكيد على هذا الحق لا يعد مخالفاً للقواعد للمبادئ الأساسية المقررة ضمن ميثاق الأمم المتحدة<sup>(5)</sup>.

1- جعفرور إسلام، مرجع سابق، ص 181.

1- أحمد سي علي، التدخل الدولي الإنساني، دار الأكاديمية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص 184.

3- محمد عبيدي، مرجع سابق، ص 55.

4 نفس المرجع السابق، ص 334.

لقد تأكد هذا الطرح في اتفاقية إبادة الجنس البشري عام 1948 على حق الأطراف في أن تطلب من أجهزة الأمم المتحدة اتخاذ الإجراءات المناسبة لمنع أعمال الإبادة الجماعية المقررة في نصوص الاتفاقية<sup>(1)</sup>، كما أكدت أيضا اتفاقية قمع الفصل العنصري الموقعة في 1973 على أن أي دولة طرف في الاتفاقية من حقها أن تطلب من الأمم المتحدة اتخاذ الإجراءات المناسبة لمنع ارتكاب جريمة الفصل العنصري<sup>(1)</sup>

**المبحث الثاني: واقع استخدام القوة لتدابير إنسانية في ظل المجتمع الدولي المعاصر: إن واقع المتغيرات الدولية التي يشهدها المجتمع الدولي اليوم أظهرت مدى تأثير القوة بمعناها في إحداث المتغيرات وتسخيرها لغايات وأهداف صاحب القوة، وهنا يبرز دور القوة في صياغة شكل ومضمون القاعدة القانونية وتفسيرها، مما يشكل خطرا على الدول النامية التي أصبحت في دائرة تلقي القرار وليس المشاركة في صنعه.<sup>(1)</sup> وهذا من خلال العديد من الأمثلة الواقعية نذكر منها:**

**المطلب الأول: الأسس القانونية لاستخدام القوة لاعتبارات إنسانية في العراق والصومال: إثر الانتهاكات المتكررة للحقوق الإنسان في كل من العراق والصومال أقرت الجماعة الدولية ضرورة التدخل وفق استخدام القوة للحد من الانتهاكات استنادا إلى قرارات أممية.**

**الفرع الأول: واقع استخدام القوة لاعتبارات إنسانية في العراق: إن معالجة واقع التدخل العسكري باستخدام القوة في العراق، والكشف عن الأساس القانوني المحدد لهذا الإطار معناه محاولة البحث عن التوافق لهذا الواقع مع القانون الدولي، وهذا ما يضيف على مسألة**

1 راجع المادة 8 من اتفاقية إبادة الجنس البشري.

2- إن هاتين الاتفاقيتين تشكلان أساس قانوني يميز ويقر بتدخل الأمم المتحدة لقمع جريمة الإبادة وجريمة الفصل العنصري كاستثناء من أحكام المادة 2 الفقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة، مما يجعل التدخل لقمع هذين الجريمتين أمر مشروع وغير مخالف لقاعدة حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، وهذا المفهوم متناسب مع ما أقره ميثاق الأمم المتحدة من اهتمام بالغ الأهمية بحقوق الإنسان وآلية حمايتها وهذا ما تقرر في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة المقررة والمؤكد على حماية الأجيال القادمة ومن ويلات الحرب واحترام الحقوق الأساسية للإنسان وكرامته المتأصلة فيه، كما أن ميثاق الأمم المتحدة أقر ضمن مقاصد الأمم المتحدة بما في ذلك تأكيده على تعزيز احترام حقوق الإنسان، وضمانها لكل فرد دون تمييز، راجع المادة 8 من اتفاقية التمييز العنصري، والمادة 8 من اتفاقية التمييز العنصري، وديباجة الميثاق والمادة 55 منه، إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 331.

<sup>3</sup> -ميلود المذهبي، قضية لوكربي وأحكام القانون الدولي، جدلية الشرعية والمشروعية، الجزء الأول، القضية أمام مجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية، مركز الحضارة العربية، معهد الدراسات والبحوث، الطبعة 2000، القاهرة، ص 60.

4-طويل نصيرة، التدخل الإنساني، دراسة حالة، العراق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2001، 2002، ص 18.

استخدام القوة لتدابير إنسانية الطابع الشرعي، ويخرجه من دائرة الاتهامات التي باتت تلاحقه والتي كثيرا ما تقر بافتقاره للشرعية الدولية<sup>(1)</sup>.

لقد اختلفت المبررات والأسانيد المعتمد عليها من قبل الولايات المتحدة الأمريكية لتأكيد قرارها بالحرب على العراق، فقد استندت على جملة من الأهداف سعى القانون الدولي لحمايتها، وتم انتهاكها من طرف العراق، فاعتبرت الولايات المتحدة الأمريكية أن التدخل العسكري وسيلة قانونية ناجعة لحماية قواعد القانون الدولي، سواء تعلق الأمر بتلك القواعد المتعلقة بالحد من انتشار أسلحة الدمار الشامل، أو تلك الرامية إلى مكافحة الإرهاب، أو حماية حقوق الإنسان، إن تضمين ميثاق الأمم المتحدة على مبدأ ضرورة احترام وتعزيز حماية حقوق الإنسان المنصوص عليه في أكثر من ستة بنود، لاسيما ما جاء في ديباجة الميثاق، التي أشارت إلى كون شعوب الأمم المتحدة يؤكدون من جديد إيمانهم بالحقوق الأساسية للإنسان وكرامة الفرد<sup>(1)</sup>.

لقد استخدمت الولايات المتحدة الأمريكية قضايا حقوق الإنسان وحمايتها كوسيلة للتدخل العسكري في شؤونه الداخلية، وهذا نظرا لما بلغته قضية انتهاك حقوق الإنسان في

1م- حمد نذير بن عرفة، الأمم المتحدة و التدخل الأمريكي في العراق، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010، ص 53، 54.

<sup>2</sup> - تعد أحداث حلبجة كمبرر لانتهاك حقوق الإنسان في العراق والتي بلغ انتهاك النظام العراقي لحقوق الإنسان أوجه عام 1988، حيث تم قتل المدنيين الأكراد إثر الهجوم بالأسلحة الكيماوية الذي خلف انتهاكات فضيعة لحقوق الإنسان بالمنطقة، وهذا ما كشفت عنه العديد من التقارير الدولية بشأن انتهاكات حقوق الإنسان في حلبجة، كما قامت القوات العسكرية العراقية بشن هجوم على منطقة حلبجة باستعمال الأسلحة الكيماوية خلال شهر مارس 1988 أدى إلى وفاة 5000 وتدمير 478 قرية، إن كل هذه الانتهاكات، وأمام قناعة المجموعة الدولية بمبدأ الإنسانية ومشروعيته لحماية حقوق الإنسان، إلا أنها بقيت مكتوفة الأيدي أمام هذه الانتهاكات وطبقت التدخل الإنساني لما رأت أن الظروف تخدم مصالحها مما أضفى عليه الطابع الانتقائي، حيث تتدخل الجماعة الدولية في حالات تشهد أنها كانت فضيعة لحقوق الإنسان كالعراق، ولا تتدخل في دول أخرى تشهد نفس الوقائع رغم أنه يفترض أن يطبق التدخل لحماية حقوق الإنسان في كل الحالات، كما شكلت أزمة الخليج الثانية إثر غزو العراق لدولة الكويت في 2/8/1990 بجيش قوامه 140 ألف جندي و1800 دبابة منعظا حاسما زاد من الاتهامات الموجهة للنظام العراقي بشأن انتهاكات حقوق الإنسان، والتي انعكست آثارها في شكل عقاب دمر العراق وقضى على بنيتها الأساسية، حيث تم إخضاع العراق لرصد دولي ومتابعة من مجلس الأمن إذ أصدر خمسة عشر قرارا بشأن الأزمة، لقد تورط النظام العراقي إثر حرب الخليج الثانية في انتهاكات خطيرة لحقوق الإنسان في إطار قمع التمرد الكردي في الشمال والتمرد الشيعي في الجنوب، حيث اعتمد النظام العراقي أشنع وسائل القمع أدت إلى حرمان المواطن العراقي من أدنى

العراق إلى درجة لا يمكن إغفالها خاصة فيما يتعلق بالانتهاكات التي مارسها النظام منذ 1968 ضد الأكراد في كردستان وضد الشيعة والأقليات الأخرى من سياسة التمييز والقمع والاضطهاد، والتي ازدادت حدتها بعد حرب الخليج الأولى عام 1980 وما تبعها من استعمال للسلاح الكيماوي في عدة مناطق من العراق، خاصة في حلبجة عام 1988 واحتلال الكويت عام 1990 والتي شكلت إخلالا واضحا بالالتزامات الدولية و القيم الإنسانية<sup>(1)</sup>. لقد أنشئ مكتب حقوق الإنسان ضمن بعثة الأمم المتحدة لتقديم مساعدات للعراق بموجب القرار الأممي رقم 1546 الصادر عن مجلس الأمن، حيث أوكلت له مهمة تعزيز حماية حقوق الإنسان في العراق يقوم بمراقبة حقوق الإنسان في العراق وتحسين وضعها<sup>(2)</sup>. إن الوضعية المأساوية التي كشفت عنها تقارير الهيئات الدولية المعنية بحقوق الإنسان في العراق شكلت منطلقا للتدخل الإنساني في هذه الدولة نتيجة اعتبارات إنسانية، وعالمية حقوق الإنسان التي أصبحت تخرج عن النطاق المحجوز للدول، كما أن تطور مبدأ الإنسانية الذي يستوجب السعي لتخفيف معاناة البشر، ويقضي بأن هناك حقوق إنسانية أساسية للفرد يستوجب الأمر حمايتها مما يضيفي المشروعية على التدخل الإنساني، إلا أن تأكيد هذه المشروعية للتدخل في العراق كان محلا للشك نظرا للتجاهل الدولي لانتهاكات النظام العراقي لحقوق الإنسان قبل وبعد 1991 والانتقائية وازدواجية المعايير في التدخل لحماية حقوق الإنسان في العراق، وبرر دول التحالف بتدخلهم في العراق كان على أساس حماية حقوق الإنسان لم يؤخذ على إطلاقه إثر جميع الانتهاكات المتكررة لحقوق الإنسان والتي عانى

حقوقه، بما في ذلك الحق في الحياة إذ اعتبر مبررا للتدخل في العراق، باعتبار الوضعية المأساوية التي طبعت حقوق الإنسان في العراق شكلت منطلقا للتدخل الإنساني فيه<sup>(2)</sup>.

1- كشفت تقارير صادرة عن مكتب حقوق الإنسان في العراق عن القلق الناجم عن عدم حماية حقوق الإنسان الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كما أكد المكتب على الاستخدام المفرط للعنف والاعتقال الجماعي، وعدد في ذات السياق القضايا المثيرة للقلق بشأن حقوق الإنسان في العراق سواء تعلق الأمر بالإعدام العاجل خارج الأطر القانونية وقتل المدنيين والاعتقالات التعسفية، فقد لعب مكتب حقوق الإنسان في العراق دورا هاما في كشف انتهاكات حقوق الإنسان، إلا أنه ما يؤخذ عليه أن التقارير التي كشف عنها لم تشر إلى الانتهاكات التي تقوم بها القوات الأمريكية، كما لم يتطرق إلى إمكانية إنشاء لجان تحقيق في التجاوزات المرتكبة من قبل العراقيين أو الأجانب، ولم يتناول مسألة إمكانية مساءلة المتورطين في التجاوزات الواقعة في العراق بشأن حقوق الإنسان، محمد نذير بن عرفه، مرجع سابق، ص 54، 55، 56.

2- ختال هاجر، التدخل الدولي الإنساني في العراق بين التبرير الإنساني والتوظيف السياسي، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص

منها الشعب العراقي منذ سنوات<sup>(1)</sup>، والأمثلة عديدة على مثل هذه الممارسات حيث قام النظام العراقي بإعدام 227 قائد كردي وتدمير 63 قرية كردية تقع على الحدود مع إيران، وواصل النظام العراقي اضطهاد الشعب بقصفه 450 قرية كردية وإعدام 300 مواطن كردي في أكتوبر 1985 حسبما كشفه تقرير المنظمة العربية لحقوق الإنسان عن حالة حقوق الإنسان في الوطن العربي لعام 1987<sup>(2)</sup>.

لقد تم اعتماد العديد من القرارات الأمية بما فيها لقرار رقم 661 والقرار رقم 665 والقرار رقم 678 الذي أشار إلى أن مجلس الأمن يتصرف وفق الفصل السابع من الميثاق وليس بموجب المادة 51 وكذلك القرار رقم 688 الذي سمح بالتدخل استنادا للفصل السابع دون موافقة العراق<sup>(3)</sup>.

الفرع الثاني: استخدام القوة لأغراض إنسانية في الصومال: أمام الوضع في الصومال أصدر مجلس الأمن بتاريخ 5 أبريل 1991، اللائحة رقم 688 التي تعتبر منعرجا هاما في تاريخ تدخل المجلس في المسائل الإنسانية<sup>(4)</sup>، وقد كيف المجلس بعد نقاش حاد حول الوضع في الصومال بأنه يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، ويعود سبب النقاش إلى الأساس الذي تم عليه تكييف الوضع بأنه تهديد للسلم والأمن الدوليين، إذ كان رأي ممثل الإكوادور هو اعتبار الوضع المأساوي من التجويع الذي يعيشه المدنيين هو الأمر الذي يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين، في حين أن هناك دولا رأيت خلاف ذلك.

غير أن إجماعا تم داخل المجلس، خاصة بعد إدراك المجتمع الدولي بأن الوضع الذي يعيشه المدنيون الصوماليون يخالف مقتضيات ضمير الإنسانية، على تكييف الوضع في الصومال بأنه يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين بالاستناد إلى أساسين، أولهما هو استحالة إيصال المساعدات الإنسانية إلى المدنيين المحتاجين إليها، وثانيهما هو عجز الحكومة القائمة على توفير الأمن للمدنيين الذين يمارس عليهم العنف من طرف الجماعات المسلحة، وهو الأمر الذي يشكل تطورا في تفعيل الحماية الممنوحة للمدنيين، إذ رخص المجلس باستعمال القوة في غياب حالة العدوان، ويرجع ذلك لخصوصية الوضع في الصومال الذي وصفه المجلس بالفريد والاستثنائي مما يستوجب ردة فعل سريعة واستثنائية، تتمثل في ترخيص

1- نفس المرجع، ص 125.

4- نفس المرجع، ص 33، 32.

3- جعفرور إسلام، مرجع سابق، ص 195.

4- جعفرور إسلام، مرجع سابق، ص 213.

المجلس باستعمال كل الوسائل الضرورية من أجل وضع حد لمعاناة المدنيين الصوماليين، وهو الاقتراح الذي تقدمت به الولايات المتحدة الأمريكية المتضمن وجوب توفير الأمن في الصومال من أجل ضمان تقديم المساعدات الإنسانية، وهو ما يقتضي استعمال القوة العسكرية من أجل القضاء على الخطر القائم من جانب الجماعات المسلحة التي تهدد سلامة المدنيين الصوماليين وسلامة العاملين في الميدان الإنساني. (1)

وقد وجهت انتقادات حادة للولايات المتحدة الأمريكية بسبب ارتكابها تجاوزات ضد الصوماليين، مما زاد من تأزم الوضع إذ هي أول مرة تنسحب فيها المنظمة في نزاع لم ينته بعد (2).

يلاحظ أنه إلى جانب ذلك يتم تفعيل مضمون اللائحة رقم 794 المتعلق بتوقيع العقاب على المسؤولين عن انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني إذ لم تتم متابعة أي شخص، كما لم يتم إنشاء محكمة جنائية خاصة بالصومال كما هو الأمر بالنسبة إلى كل من رواندا ويوغوسلافيا (3).

المطلب الثاني: واقع استخدام القوة لأغراض إنسانية في ليبيا وسوريا: اعتبر انتهاك حقوق الإنسان التي شهدتها ليبيا وسوريا مؤخرا سببا للتدخل العسكري باستخدام القوة للحد من هذه الانتهاكات.

الفرع الأول: واقع استخدام القوة لأغراض إنسانية في ليبيا: إن ممارسة الاعتقالات التعسفية وانتشار ظاهرة الاختفاء القسري ووضع العديد من نقاط التفتيش والحواجز عند مداخل المدن والمعابر الحدودية، وإساءة معاملة المدنيين وفق تقرير اللجنة الدولية لحقوق الإنسان، هذا بالإضافة إلى تعرض قوات القذافي إلى الرعايا الأجانب في ليبيا، وممارسة قوات القذافي لعمليات الاغتصاب في حق المدنيين من النساء، وقصف المدن بطريقة عشوائية باستخدام الصواريخ والقنابل، وهذا كله جراء الاحتجاجات التي ظهرت في ليبيا في فيفري 2011.

إن استخدام القوة في النزاع الليبي لحماية حقوق الإنسان المنتهكة إثر تبني مجلس الأمن للقرار 1973 تعد المرة الأولى التي أذن فيها مجلس الأمن باستخدام القوة لحماية المدنيين، مع أن اللغة الموسعة تركت مجالا للتدخل بموجب القرار 1973، كما أن القرارين رقم 1970

<sup>1</sup>- نفس المرجع السابق، ص 216، 215.

<sup>2</sup>- نفس المرجع السابق، ص 216.

4- راجع أحكام القرارات مجلس الأمن رقم 1970 و1973 بشأن استخدام القوة في ليبيا.

و1973 تضمنا نوعا من الخليط يجمع بين الأهداف الإنسانية والاعتبارات السياسية، وهذا ما دفع المجتمع الدولي إلى التخوف من تحريف مشروعية استخدام القوة لحماية المدنيين<sup>(1)</sup>.  
 الفرع الثاني: واقع استخدام القوة إثر النزاع السوري بغرض حماية حقوق الإنسان: شهدت سوريا في فيفري 2011 احتجاجات محدودة متصلة بقضايا الفقر والفساد وحرية التعبير وأغلب هذه الاحتجاجات كانت تدعو إلى احترام حقوق الإنسان وإصلاحات اقتصادية وسياسية وقانونية، وقد أدى رد الأجهزة الأمنية على هذه المظاهرات إلى وقوع اشتباكات مسلحة، وفي اتخذت الأزمة طابعا عنيفا ومسلحا، تميز باستخدام القوة المفرطة ضد المتظاهرين المدنيين، وهذا ما أشارت إليه ضمن تقرير مجلس حقوق الإنسان عام 2014 باعتبار القوات النظامية السورية والقوات الموالية للحكومة نفذت عمليات عسكرية موسعة في سوريا، بما في ذلك عمليات قتل جماعي، كما أشارت لجنة تقصي الحقائق إلى عدم استقلالية القضاء والاستخدام الواسع النطاق للاحتجاز التعسفي والحبس الانفرادي، دون توجيه اتهامات، كما أقرت لجنة تقصي الحقائق أن النظام السوري انتهك بشكل ممنه حتى الفرد في الحرية، وعدم احترام معايير المحاكمة العادلة المقررة ضمن المواد 9 و10 و14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>(2)</sup>.

كما أقرت منظمة "هيومن رايتس ووتش" أن 35 موقعا لضربات بقنابل عنقودية وعرضت بذلك السكان للخطر نتيجة الاستخدام غير القانوني للأسلحة واتخاذ الدروع البشرية، كما أدى النزاع المسلح في سوريا إلى انتهاك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، إذ أدت الهجمات العسكرية إلى عرقلة تقديم المساعدات الطبية للجرحى والمرضى وحرمانهم منها، كما انتهك الحق في الغذاء والمساء خاصة في المدن التي جرت فيها عمليات عسكرية واسعة النطاق، كما انتهكت الجمهورية العربية السورية حرية التنقل واتخذت تدابير تقييد حرية مغادرة البلاد وتعمدت استهداف الأشخاص في المعابر الحدودية وقتلهم<sup>(3)</sup>.

وأمام المجازر والانتهاكات المتعددة لحقوق الإنسان في سوريا جراء النزاعات في المنطقة، إلا أن المجتمع تعددت أبعاده من إنسانية إلى سياسية وعسكرية في موقفها من النزاع السوري، ذلك أن موقف مجلس الأمن يعد من خلال القرارات المتخذة من طرفه يؤكد على

<sup>1</sup> - فزارن مصطفى، مبدأ مسؤولية الحياة وتطبيقها في ظل أحكام ومبادئ القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان الجزائر، ص 422-423-424.

2 - نفس المرجع، ص 426-427.

3 نفس المرجع، ص 431.

جهود عمله وتعطي آلياته بسبب اختلاف مواقف أعضائه، وهذا من خلال القرارات التي اتخذها والتي من بينها القرار رقم 2042 المؤرخ في 14/04/2012 والذي أكد فيه على نشر مراقبين دوليين للإشراف على مسألة وقف إطلاق النار وألزم النظام السوري بضرورة التزامهم بضمّان حرية حركة المراقبين، وهذا ما رحب به المجلس الوطني السوري<sup>(1)</sup>. كما أصدر على الأمن الدولي قراره رقم 2043 بتاريخ 21/04/2012 الذي طالب بوقف فوري للقتال وخول للأمين العام زيادة بعثة المراقبين الدوليين وضرورة تقديم تقرير خلال 15 يوما<sup>(2)</sup>.

كما أصدر مجلس الأمن أيضا القرار رقم 2039 بتاريخ فيفري 2014 عبر فيه عن قلقه الشديد إزاء تدهور الحالة الإنسانية في سوريا، كما تهدد من خلال هذا القرار على ضرورة احترام مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لتقديم المساعدة الإنسانية، وطالب جميع الأطراف بوضع حد فوري لجميع أشكال العنف والحد من انتهاكات الواقعة على القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، واعتبر الأفعال المترتبة منها ما يدخل ضمن جرائم الحرب ومنها ما يدخل ضمن الجرائم ضد الإنسانية<sup>(3)</sup>.

#### خاتمة:

يمكن أن نخلص إلى القول بأن مسألة الجهود الدولية في تفعيل أعمال القوة لتدابير إنسانية مازالت متعثرة، ورغم وجود الإطار القانوني المنظم لمسألة استخدام القوة بغرض حماية حقوق الإنسان على المستوى الدولي، وسعي أنصار التدخل العسكري لاعتبارات إنسانية إلى تأكيد شرعيته باعتباره لا يتعارض وأهداف الأمم المتحدة، وإنما يأتي مؤكدا على هذه الأهداف باعتباره يضمن احترام حقوق الإنسان في الدولة التي يتم فيها التدخل، لذا يلزم حسبهم الاعتراف بشرعيته وعدم اعتباره خروجاً عن المادة 2 الفقرة 4، باعتبار أن أغلب النصوص القانونية المعنية بالمسألة يكتنفها جانب من النقص والاختلال وعدم التوازن، ووجود ثغرات قانونية عديدة تم التنصل منها والتحايل عليها، دفع هذا إلى كثرة الانتهاكات لمختلف قواعد القانون الدولي في هذا الشأن، وهذا مرده إلى ازدواجية التعامل في القانون الدولي، فمن خلال الأسس القانونية المعتمد عليها في القرارات الدولية المتعلقة باستخدام

1- نفس المرجع، ص 432.

2- نفس المرجع، ص 433.

<sup>3</sup> فواز صالح، الجوانب الأخلاقية والدينية لإجراء الأبحاث على الخلايا الجذعية، مجلة الشريعة والقانون، العدد الخامس والعشرون، جانفي 2006، ص 377.

القوة لاعتبارات إنسانية في كل من العراق والصومال وليبيا وغيرها ففي بعض الأحيان تنتهك سيادة هذه الدول باستخدامها للقوة لاعتبارات إنسانية، وأحيانا أخرى لم يكن استخدام القوة هو آخر الخيارات لحماية حقوق الإنسان، كما لم يكن هناك تناسب بين استخدام القوة كوسيلة ومظاهر خرق حقوق الإنسان.

وبالتالي نرى ضرورة تحديد المعايير بدقة والتي من خلالها يعتبر تصرف دولة ما انتهاك لحقوق الإنسان وضرورة التناسب بين الخروق المتعلقة بانتهاك حقوق الإنسان واستخدام القوة للحد منها.

### قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

- 1- فوزي أوصديق، مبدأ التدخل والسيادة لماذا و كيف؟، دار الكتاب الحديث، الجزائر. 1999
- 2- ميلود المذهبي، قضية لوكري وأحكام القانون الدولي، جدلية الشرعية والمشروعية، الجزء الأول، القضية أمام مجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية، مركز الحضارة العربية، معهد الدراسات والبحوث، القاهرة، 2000،
- 3- طويل نصيرة، التدخل الإنساني، دراسة حالة، العراق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2001، 2002،
- 4- أحمد سي علي، التدخل الدولي الإنساني، دار الأكاديمية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010،
- 5- محمد عبيدي، التدخل ومسؤولية الحماية، الطبعة 1، مطبعة روعي، الأغواط الجزائر، 2010
- 6- إبراهيم الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 7- يوسف حسن يوسف، المحاكمات الدولية لمجرمي الحرب والتطهير العرقي وجرائم الإبادة، المركز القانوني للدراسات القانونية، القاهرة، 2011.
- 8- ختال هاجر، التدخل الدولي الإنساني في العراق بين التبرير الإنساني والتوظيف السياسي، دار الهدى، الجزائر. 2013.
- 8- لحرش فضيل شريف، مبدأ حظر استخدام القوة في القانون الدولي، المشروعية القانونية لاستخدام القوة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2016.

- 9- حسام أحمد هندراوي، التدخل الدولي الإنساني، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، دون سنة النشر.  
ثانيا: الرسائل و المذكرات:
- 1- محمد نذير بن عرفة، الأمم المتحدة والتدخل الأمريكي في العراق، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010.
- 2- فايزة بورياح، أثر حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة المدية، كلية الحقوق، 2012، 2011
- 3- جعفرور إسلام، حماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2014
- 4- قزارن مصطفى، مبدأ مسؤولية الحماية وتطبيقاتها في ظل أحكام ومبادئ القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان الجزائر، 2014.

## استخدام الخلايا الجذعية بين الحاجة العلمية والأطر القانونية - دراسة مقارنة -

أ. بغدادي ليندة - أستاذة مساعدة "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة آكلي محند أولحاج بالبويرة

الملخص:

عرف التطور العلمي طفرة هائلة في جميع الميادين بالأخص في التقنيات الحيوية، وكل ما له صلة بصحة الإنسان، وتعزز ذلك باكتشاف وعزل الخلايا الجذعية، بما تتيحه من حلول علاجية للكثير من الأمراض المستعصية، مثيرة بذلك إشكالات قانونية وأخلاقية ودينية، تفرض هذه الاكتشافات ضرورة تبيان الموقف القانوني من ذلك الكلمات الدالة: الخلايا الجذعية البالغة، الخلايا الجذعية الجنينية، الأجنة البشرية، القانون الجزائري، القانون الفرنسي.

### Abstract

The scientific searches about human's foetus or stem cells proves their effectiveness to lot of sickness. Concerning the use of human's embryo in treatments and researches, these laws have been the source of much controversy by countries.

Mots clé : cellules souches adultes, cellules souches embryonnaires, embryon humain, droit algérien, droit français.

### Résumé :

Notre siècle pourrait bien devenu celui des sciences de la vie, des développements très importants pour la santé de l'être humain, notamment après la découverte et l'utilisation des cellules souches dans le traitement des maladies. Notre étude sert a rechercher l'existence des textes juridique qui pourrait encadrer les enjeux liées a cette application médicale.

مقدمة

يسعى العلماء والأطباء جاهدين من أجل إيجاد أنجع السبل والوسائل العلاجية من أجل تخفيف ما يعانيه المرضى من الآلام، وتخليصهم من شبح الموت، بما يتوفر لديهم من تقنيات، ولعل من أحدث ما استجد في مجال التقنيات الطبية: "العلاج بالخلايا الجذعية"، والتي يعتبر اكتشافها "ثورة علمية بكل المقاييس"، حيث من المؤمل أن تساهم في علاج الكثير من الأمراض المستعصية، وتعيد الأمل لقلوب المرضى التي استولى عليها الخوف

والأس بالنظر إلى ما يمكن أن تقدمه من حلول طبية علاجية ودوائية، لكن بالمقابل يرافق هذا الفتح العلمي الكثير من المخاوف والمحاذير الأخلاقية والقانونية والدينية، في حال ما إذا أسئ استعمال هذه التقنية، التي يمكن أن تبني نجاحاتها على الاتجار بالأجنة وتدميرها، مما يشجع لا ريب على ممارسة الإجهاض باعتبار الأجنة أغنى مصدر للخلايا الجذعية، مما يدفنا للتساؤل: كيف عاجلت التشريعات استخدام الخلايا الجذعية في العلاج في إطار موازنتها بين الفائدة المرجوة منها والمخاوف التي تثيرها؟

### المبحث الأول: مفهوم الخلايا الجذعية

أتاح العلم الحديث الرفاهية للإنسان بما توصل إليه من تطور، وأعاد الأمل للمرضى على وجه الخصوص، بما يوفره الطب الحديث من علاج للمرضى وتخفيف آلامهم، خاصة في بعض الأمراض التي كان علاجها ضرباً من المستحيل. ويعد العلاج بالخلايا الجذعية إحدى الحلول الطبية المستحدثة للعلاج تتيح للمرضى إمكانية الشفاء. لكن قبول المشرع لهذه التقنية يتطلب الإحاطة بالمقصود بالخلايا الجذعية (مطلب أول)، دون التغافل عن ما يمكن أن يثيره استعمالها من انعكاسات قانونية وأخلاقية (مطلب ثان).

### المطلب الأول: تحديد المقصود من الخلايا الجذعية

إن ارتباط الموضوع بالجانب العلمي في شقه الطبي يستدعي منا محاولة الإحاطة بالجانب المفاهيمي له بدءاً بتعريف الخلايا الجذعية ( فرع أول)، والحلول الطبية العلاجية والدوائية المتوخاة من استخدامها ( فرع ثان)، وكذا مصادرها ( فرع ثالث).

### الفرع الأول: تعريف الخلايا الجذعية

كثيرة هي التعاريف العلمية التي وجدناها في موضوع الخلايا الجذعية، نذكر البعض منها على سبيل المثال لا الحصر. يقصد بالخلايا الجذعية بأنها: خلايا منشئة تتكون من الأعضاء المختلفة أثناء التطور الجنيني، فهي خلايا غير مخلقة بذاتها، ولكن تنشئ أعضاء مخلقة أخرى، ومن ثم ينشأ جسم الإنسان بمجموعه. للخلايا الجذعية القدرة على الانقسام والتكاثر وتجديد نفسها أو ذاتها لتعطي أنواعاً مختلفة من الخلايا المتخصصة كخلايا العضلات، وخلايا الكبد والخلايا العصبية، والخلايا الجلدية التي يمكن أن تعطي أي نوع من الخلايا، باستبدال خلايا أخرى عاطلة، والحفاظ على وظيفة الأعضاء الجسمية، مما جعل العلماء والأطباء يهتمون بها، ويفكرون في استخدامها في علاج العديد من الأمراض المزمنة التي لا يوجد لها علاج شافي إلى الآن<sup>(4)</sup>.

تعرف الخلايا الجذعية أيضا بأنها: "الخلايا ذات القابلية للتحويل إلى أي نوع من خلايا الجسم وفق معاملات بيئية محددة في المختبر، غير متخصصة ولا مكتملة الانقسام، تتميز بقدرتها على التمايز عبر انقسامات متتالية إلى طيف واسع من الخلايا الناضجة والمتخصصة مثل خلايا العظم، الجلد أو العضلات، من وظائفها إصلاح وتعويض الخلايا الجسدية التالفة بشكل مستمر لذا يسميها الغرب "الخلايا السحرية"<sup>(1)</sup>.

الملاحظ أن هذه التعاريف علمية بحتة لا تحدد الوضع القانوني للخلايا الجذعية، وقد عبر (Eliane Gluckman) عن ذلك بقوله: "من الضروري والمستعجل أن نحدد ماهية الخلايا الجذعية، لأنه في الوقت الحالي ليس لها أي وجود قانوني، مثلا الدم المتأتي من الحبل السري مادة مشتقة غير محمي من التشريع، رغم أن هذا الدم يمكن أن يستعمل لينفذ في الأعضاء، وعليه فهو خاضع للتشريع المتعلق بالأعضاء، في حين أنه ليس بعضو، وإذا اعتبرنا الخلايا الجذعية أنسجة فمن المفروض أن تخضع للتشريع الخاص بالأنسجة، لكن إذا حققت هذه الأنسجة في الوريد تصبح دما"<sup>(2)</sup>. مما يجعل موضوع الوضع القانوني لهذه الخلايا غامض ومعقد.

#### الفرع الثاني: الحلول الطبية العلاجية والدوائية المتوخاة من استخدام الخلايا الجذعية

يراهن الأطباء على استخدام الخلايا الجذعية في العلاج لكونها تستطيع تكوين أي نوع من الخلايا المتخصصة بعد أن تنمو وتتطور إلى الخلايا المطلوبة. وقد بدأ الاهتمام بالخلايا الجذعية عن طريق الاهتمام بالعلاج الخلوي كبديل للعلاج العادي الذي يتضمن أدوية ومواد كيميائية. (والعلاج الخلوي هو إيجاد خلايا بالجسم تعمل لتعويض نقص معين). كما تأتي أهمية هذه الخلايا من قدرتها على تكوين أي نوع من الخلايا المتخصصة كخلايا العضلات وخلايا الكبد والخلايا العصبية والخلايا الجلدية<sup>(3)</sup>.

تساعد الخلايا الجذعية كذلك في توفير الأعضاء البشرية، والقضاء على مشكلة رفض الأعضاء -خاصة بعد زيادة الطلب على الأعضاء والأنسجة-، كما يتم اختبار العقاقير،

1 أحمد داود رقية، أخلاقيات أبحاث الخلايا الجذعية الجنينية- دراسة مقارنة-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، جامعة الشلف، الجزائر، جانفي 2016، ص 115.

2 Eliane Gluckman, cellules souches : des thérapies pour futur, Commission européenne/ D.G Recherche/ Direktorat des Science de la vie, 2002, p 12.

3 هادي علي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين، منشورات الحلبي، لبنان، 2010، ص 342.

4 ميرفت حسن منصور، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2013، ص 433.

والأدوية الجديدة على الخلايا الجذعية بدلا من استخدامها مباشرة على الأشخاص، لتجنب حدوث مضاعفات، ويتم ذلك قبل تجربته على الحيوانات، ومن ثم على الإنسان، كما تستعمل لتخليق خلايا وأنسجة لاستخدامها في العلاج بالخلايا للمرضى الذين يحتاجون لزراعة أعضاء ولا تتوفر لهم الأعضاء المناسبة، ويتم استئثار هذه الخلايا لتكون أنسجة خلايا معينة<sup>(1)</sup>.

يمثل استخدام الخلايا الجذعية نقطة التحول في أبحاث الطب، كما أن هناك تجارب لمحاولة علاج الأمراض المتصلة بأمراض الشيخوخة باستخدام الخلايا الجذعية من خلال استخدام خلايا من جلد المريض نفسه لتجديد الجلد في مرحلة الشيخوخة<sup>(2)</sup>.

تتلخص عملية زراعة الخلايا الجذعية في خطوات تتمثل الخطوة الأولى في إعطاء المريض جرعات من العلاج الكيميائي والإشعاعي كافية للقضاء على الخلايا السرطانية، وفي كثير من الحالات يصاحب ذلك القضاء على الخلايا الجذعية السليمة المكونة للدم، والموجودة في نخاع العظام، ولذلك يحتاج المريض في هذه الفترة إلى عناية ورعاية متخصصة، ومتابعة دقيقة نظرا لما يصاب به من ضعف شديد في المناعة، يصبح الدم معه عرضة للإصابة بالأمراض الجرثومية المختلفة.

تليها الخطوة الثانية والمتمثلة في حقن الخلايا الجذعية التي تم تجميعها من المتبرع في المريض عن طريق الوريد، لتستقر في نخاع العظام، وتبدأ في التكاثر والانقسام، وإنتاج خلايا الدم الضرورية للحياة، كما أنها تقوم بتكوين جهاز مناعي جديد يساهم في القضاء على الخلايا

البييضات المخضبة مصدرها الرئيسي أطفال الأنابيب، لان احتمال نجاح عملية التلقيح الصناعي ما بين 10 و15%، وتسمى بالأجنة الاحتياطية لأن الأطباء يلجؤون إليها إذا ما فشلت عمليات زراعة البيضة المخضبة الأولى، وقد يكون مصدرها التبرع أو البيع كما يحدث في الدول الغربية، أما لإجراء البحوث عليها وذلك بدراسة عمليات الانقسام والتكاثر والأمراض الوراثية وغير ذلك وإما زراعتها في رحم امرأة أخرى لا تنجب بيعا أو تبرعا، أحمد عمراي حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة- في القانون الوضعي والشريعة- رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010، ص 110.

1- ميرفت حسن منصور، مرجع سابق ص 433.

2- علي الشنقيطي، العلاج بالخلايا الجذعية - الحقائق والأوهام، مجلة العلوم والتقنية، مجلة فصلية تصدرها مدينة الملك سعود بن عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، السنة 24، العدد 94، مارس 2010 ص ص 29، 30.

السرطانية المتبقية بعد العلاج<sup>(1)</sup>، وهي نفسها الوظائف التي تقوم بها الخلايا الجذعية السليمة قبل أن يقضي عليها العلاج الكيميائي والإشعاعي.<sup>(2)</sup>

أثبتت التجارب فعالية استخدام الخلايا الجذعية الجنينية خاصة على الكثير من الأمراض نذكر أهمها: أمراض الجهاز العصبي (كالباركنسون، الزهايمر، والجلطة الدماغية...)، كذا في علاج السكري، أمراض القلب، أمراض الدم والجهاز المناعي.<sup>(3)</sup>

### الفرع الثالث: مصادر الخلايا الجذعية

تتعدد مصادر الخلايا الجذعية وتنوع، وتمثل الأجنة البشرية المصدر الأول والأغنى بالخلايا الجذعية، حيث تؤخذ الخلايا الجذعية الجنينية من الجنين البشري في أولى مراحل تكوينه، وهي خلايا جذعية لها القدرة على التمايز، والتكاثر في المختبر إلى ما لا نهاية، طالما أنها تركت في حالة غير متميزة، ويمكن لهذه الخلايا أن تتحول إلى أكثر من 200 نوع من الأنسجة المختلفة، ولذلك تسمى "الخلايا المتعددة القدرات".

تبدأ الخلايا الجذعية الجنينية بالظهور من اليوم الثالث لتلقيح البويضة، - هي التي يتم الحصول عليها من أجنة بشرية لا يزيد عمرها عن خمسة عشر 15 يوما-، وهي تملك القدرة والقابلية على التطور والنمو والانقسام دون حدود، وإعطاء خلايا متخصصة كلها<sup>(4)</sup>.

ولكنها بالطبع ليست المصدر الوحيد فالبلوغ والأطفال قد يشكلون مصدرا آخر للخلايا الجذعية حيث تستخرج من مختلف خلايا الجسم مثل النخاع العظمي، والرئة والقلب، والعضلات، وتؤخذ الخلايا الجذعية من البالغين من جهتين: أولها من النخاع

1- أبعد من ذلك توصل الأطباء في جامعة سان دييغو بكاليفورنيا إلى المزاوجة بين العلاج بالخلايا الجذعية بتقنية جديدة تسمى "تقنية النانو" للحصول على أفضل النتائج، فعلى سبيل المثال إذا تعرضت الركبة أو القدم للكسر فإن العلاج يكون بزرع قضييب من التيتانيوم، وبعدها يسير المريض على عكازين لمدة ثلاثة أشهر تقريبا، إلا أنه لو استخدم الجراح الأنابيب النانومترية المصنعة من أكسيد التيتانيوم مع الخلايا الجذعية قد تتم عملية معالجة العظام المكسرة بشكل أسرع، وربما يتمكن المريض من المشي في غضون شهر واحد فقط بدلا من الاعتماد على العكازين، كما يمكن الحصول على مزاي أخرى بالاستعانة بهذه التقنية في علاج أشهر مشكلات العظام مي سامي النباهين، تقنية النانو والخلايا الجذعية، ص ص 34، 33.

2 أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 117.

3 مهند صلاح ابو عزة، مرجع سابق، ص 350.

4 واصف عبد الوهاب البكري، الحكم الشرعي في استخدام الخلايا الجذعية، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة الوطنية للخلايا الجذعية المنعقدة في الفترة ما بين 05-06 أكتوبر 2011، عمان الأردن، ص ص 05-06.

العظمي كعظمة الحوض أو الصدر، وهذه مشكلتها أنها تعتبر مؤلمة، وتتطلب تخديراً عاماً. وتحتاج إلى وقت طويل، إضافة إلى أن الخلايا الجذعية التي تؤخذ منها قليلة جداً. الوجه الثاني من الدم، وفي هذه الحالة ينبغي أخذ كمية كبيرة من الدم تم تصفيته، وفي النهاية لا نحصل إلا على كمية قليلة جداً من الخلايا الجذعية<sup>(1)</sup>. كما أن أدمعة الأموات تعد من مصادر الخلايا الجذعية، وهي تعمل على إصلاح تلف الدماغ الذي تنتج عنه السكتة الدماغية وغيره، بل إن تأكيدات حديثة لمختصين تبين أن المشيمة تعد مصدراً مهماً وغنياً بالخلايا الجذعية فضلاً عن ميزات أخرى<sup>(2)</sup>. كما يمكن الحصول على الخلايا الجذعية عن طريق الاستنساخ العلاجي وذلك بأخذ خلية جسمية من إنسان بالغ، واستخراج نواتها ودمجها في ببيضة مفرغة من نواتها، بهدف الوصول إلى مرحلة البلاستولا ثم الحصول منها على الخلايا الجذعية<sup>(3)</sup>.

لكن توجد إشكالات تواجه العلماء تحول دون إمكانية الاستفادة من الخلايا الجذعية البالغة على الوجه الأمثل يمكن أن نذكر أهمها في ما يلي:

- وجودها بكميات قليلة مما يجعل من الصعب عزلها.
- ليس لها نفس القدرة على التكاثر كما هو موجود في الخلايا الجذعية الجنينية.
- أن عددها يقل مع تقدم العمر بالإنسان.

تحتوي على بعض العيوب نتيجة تعرضها لبعض المؤثرات كالمسوم<sup>(4)</sup>. إن الخلايا الجذعية المعول عليها في علاج الأمراض المستعصية هي الخلايا التي يتم الحصول عليها من أنسجة الجنين ومن الحبل السري كون الخلايا الجذعية المنبثقة من الأجنة هي الأكثر قدرة على التحول إلى أشكال متعددة ومتنوعة<sup>(5)</sup>، كونها تتيح إنزيم ( التيلوميرز (Telomerase) الذي يساعدها على الانقسام باستمرار وبشكل نهائي، بينما الخلايا الجذعية البالغة لا تنتج هذا الإنزيم إلا بكميات قليلة أو على فترات متباعدة مما يجعلها محدودة العمر،

1 فواز صالح، مرجع سابق، ص 330.

2 واصف عبد الوهاب البكري، مرجع سابق، ص 06.

3 عبد العزيز بن محمد سويلم، مجلة العلوم والتقنية، مجلة فصلية تصدرها مدينة الملك سعود بن عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، السنة 24، العدد 94، مارس 2010، ص 05.

4 شامة خير الدين، الاستنساخ، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، رقم 06، 2008، ص 06.

5 عبد العزيز بن محمد سويلم، مرجع سابق، ص 06.

إضافة إلى قدرة الخلايا الجذعية الجنينية على التحول إلى جميع الأنسجة الموجودة في جسم الإنسان، بينما لا تتمتع الخلايا الجذعية البالغة بهذه القدرة الكبيرة على التحول<sup>(4)</sup>.

### المطلب الثاني: الانعكاسات القانونية والأخلاقية لاستخدام الخلايا الجذعية الجنينية

أثارت أبحاث وتجارب الخلايا الجذعية خصوصا التي يتم الحصول عليها من أجنة بشرية بشكل رئيسي يقاس عمرها بالأيام، من خلال إهلاك بعض الأجنة، بغرض العلاج الطبي أو خدمة الإنسان<sup>(5)</sup>، جدلا علميا ودينيا وأخلاقيا وإنسانيا في العالم برمته جعلت علوم الأحياء والبيولوجيا تمر بأزمة أخلاقية حادة، هي أكبر امتحان للبشرية كلها على مر التاريخ الإنساني<sup>(6)</sup>. ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين الانعكاسات القانونية ( فرع أول)، والانعكاسات الأخلاقية ( فرع ثان).

### الفرع الأول: الانعكاسات القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية

من أجل الحصول على خلايا جذعية جنينية لا بد من عزل الكتلة الخلوية الداخلية لكيسة الجرثومة عن قشرتها الخارجية لعزل الجنين، كما كان ممكن أن يتطور إليه من المشيمة، ثم تؤخذ خلايا جذعية بعينها من المشيمة لأغراض بحثية<sup>(7)</sup>. فإذا اعتبرنا الحياة القانونية للجنين تبدأ من لحظة بداية الحمل، فالنتيجة أن التخلص من الجنين بعد انتزاع الخلايا والأنسجة يعد إجهاضا. أبعد من ذلك، ألا يخشى أن يؤدي إباحة هذه العمليات إلى زيادة لجوء النساء إلى الحمل، وإجهاض أجنتهن لتعرض على العلماء مقابل نظير نقدي !.

كما أن طموح بعض العلماء في تطوير التقنيات الحيوية، مع عدم وجود أجنة للتجريب، قد يؤدي إلى ظهور تجارة الحمل. في حقيقة الأمر الإجابة على هذا السؤال معقدة وغامضة، لأنها تعيدنا إلى الجدل حول بداية الحياة الإنسانية لدى الجنين من الناحية القانونية يتعلق بعدم

1 أشار تقرير وكالة الطب الحيوي في فرنسا أنه لغاية 31 ديسمبر 2010 تم حفظ 171000 لقيحة في براميل الآزوت السائل، ومن أجل ميلاد حوالي 14000 طفل عن طريق التلقيح الصناعي يجب تلقي 270000 لقيحة بشرية المنشور في 03 جوان 2013 على الموقع التالي: <http://www.bioethique.net/que-fa> يوم الاطلاع 09 ديسمبر 2016.

2 واصف عبد الوهاب البكري، مرجع سابق، ص 4.

3 جليلين ماكجي، مرجع سابق، ص 300.

<sup>4</sup> C.E.D.H, 8 juillet 2004, Vo c/France « De l'avis de la Cour, le point de départ du droit à la vie relève de l'appréciation des Etats. Cela tient d'une part, au fait que la majorité des pays ayant ratifié la Convention n'ont pas arrêté la solution à donner à cette question, et en particulier en France où elle donne lieu à un débat et, d'autre part, à l'absence de consensus européen sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie ».

تحديد لحظة بداية الحياة لدى الجنين، ومن ثم تمتعه بالحق في الحياة وهذا ما عبرت عنه اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها ضد فرنسا<sup>(1)</sup> وضد المملكة المتحدة<sup>(2)</sup> يرتبط موضوع استعمال الخلايا الجذعية الجنينية أيضا بالكرامة الإنسانية التي يجب أن يحظى بها الكائن البشري منذ لحظة وجوده.

أبعد من ذلك يرتبط استخدام الخلايا الجذعية بإمكانية استخدامها في الاستنساخ لأغراض التكاثر وهذا ما حظرت مختلف النصوص الداخلية والدولية، مما يجعل وضع ضوابط قانونية صارمة حتمية لا مناص منها.

### الفرع الثاني: الانعكاسات الأخلاقية لاستخدام الخلايا الجذعية

نمكن أن نميز من ناحية الجدل الأخلاقي بين ثلاث اتجاهات:

أولا: الاتجاه الأول الرفض الاعتراف بأي وضع أخلاقي للجنين، وفقا لهذا الاتجاه فالأجنة ليس لها أي وضع أخلاقي، ولا تخضع للمعايير الأخلاقية، فما دام الجنين يعتمد اعتمادا كلياً على أمه الذي يعيش في رحمها حيث لا يمكن النظر إلى الجنين على أنه كيان مستقل. في هذا ترى الأستاذة Judith Jarvis Thomson<sup>(3)</sup> أن أفضل تشبيه لوصف وضع الجنين هو الطفيليات (النافعة والضارة منها)<sup>(4)</sup> وعليه لا يمكن معارضة الدراسات التي تجرى على الأجنة في مراحل تطورها المختلفة، بل حتى أن إتلاف الأجنة لا يمثل مشكلة أخلاقية أصيلة<sup>(5)</sup>.

يمكن في هذا الصدد أيضا أن نذكر أن Robert Nozick لا يرى أن فرضية ورود "قتل" الجنين مرفوضة أصلا، لأن القتل في الأصل يحرم شخصا متمتعاً بالحياة منها، وما دام الجنين ليس واعيا أو مدركا لقيمة الحياة، ومادام أنه غير متمتع فعليا بأمدها، فمنه لم يحظى بأي وضع أخلاقي وفقا لنظرية Robert Nozick، كما أنه ليس للجنين حق إيجابيا في أن يذاب بعد

1 C.E.D.H, 7 mars 2006, Evans c/Royaume-Uni « La Cour rappelle que la détermination du point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats. Le droit britannique ne reconnaît pas à l'embryon la qualité de sujet de droit autonome et n'autorise pas à se prévaloir – par personne interposée- du droit à la vie garanti par l'article 2. Dès lors, la Cour conclut à la non violation de l'article 2 ».

<sup>2</sup> الفيلسوفة Judith Jarvis Thomson أستاذة من معهد ماساشوستس للتكنولوجيا، لها عدة مؤلفات أهمها "الدفاع عن

الإجهاض" A Defense of Abortion سنة 1971، وآخرها كتاب High Heatherton سنة 2016.

<sup>3</sup> جلين ماكجي، مرجع سابق، ص 158.

<sup>4</sup> جلين ماكجي، مرجع سابق، ص 158.

<sup>5</sup> محمد اشاعو، مرجع سابق، ص 164.

أخذه من حوض نيتروجيني ويزرع في رحم ما، وليس له بالمقابل حق سلبي ضد أن يتلف في أثناء تطوره في الرحم<sup>(1)</sup>.

كما يستند هذا الرأي إلى حجة علمية مفادها أن الخلية الجذعية وإن كانت مستمدة من الجنين نفسه ليس جنينا في حد ذاتها، وهكذا فإنها لن تنمو لتكون جنينا غير مخلق أو إنسانا بالغا. فالخلية الجذعية هي الخلية التي يمكن أن تستثار لتصبح نسيجاً بعينه ولا يمكن أن تستثار لتصبح فرداً.

كما أن الأجنة المستخدمة في دراسات الخلية الجذعية تؤخذ في العادة من الأجنة المتبقية في أنابيب الاختبارات، ويتم التخلص منها لاحقاً في جميع الأحوال<sup>(2)</sup>. لكننا نتساءل إذا كان لهذه الدراسات من تأثير طويل الأمد كأن يولد الطفل بعاهة أو إعاقة سببه تلك الدراسات التي أجريت عليه أثناء الحمل، ألا يعد هذا غير أخلاقي؟

ثانياً: الاتجاه الثاني: يرى أن الوضع الأخلاقي للجنين لا يبقى ثابتاً أو محددًا وهذا من منطلق التغييرات الطارئة على الجنين، حيث قسمت فترة الحمل إلى ثلاث مراحل، تحدد كل مرحلة منها بحسب تطور الجنين نفسه. ولقد تساءل الأستاذ Deuson Roe ما الوضع الأخلاقي لكائن تخلق في المختبر، أن يكون كائناً يشبه الجنين ولكنه يضم أجزاء مأخوذة من أحياء مختلفة؟ وما الوضع الأخلاقي للخلايا المتخصصة في الإنسان البالغ إذا ما ثبت أنه يمكن تحويل هذه الخلايا البالغة إلى أجنة مستنسخة بصعقة كهربائية أو من خلال وضعها في حوض إنزيمي<sup>(3)</sup>؟

ثالثاً: الاتجاه الرفض لاستخدام الخلايا الجذعية: ترفض أوساط اجتماعية مختلفة مثل هذه التجارب لأسباب أخلاقية ودينية نابعة من احترام الحياة وحماية الروح البشرية. ويضيف هؤلاء أن البحث العلمي الذي ينقذ حياة بشرية لا يجوز أن يقوم على قتل روح بشرية أخرى، لها أيضاً حق الحياة، كما لا ينبغي للتجارب العلمية أن تطغى على احترام وتقدير وهيبة الحياة. عبر جيرمي رفكن (Jeremy Rifkin)<sup>1</sup> عن النتائج المذهلة التي حققتها التقنية

1 مهند صلاح أبو العزة، مرجع سابق، ص 334.

2 جلين ماكجي: المرجع السابق، ص 159.

3 Jeremy Rifkin من مواليد 1945 بـكولورادوا بالولايات المتحدة الأمريكية، باحث ومنظر اجتماعي واقتصادي، ألف 20 كتاب منها: "الثورة الصناعية الثالثة" the third industrial revolution، وكتاب "نهاية العمل" the end of the work

عقد فاوست في الأساطير الألمانية صفقة مع الشيطان، يحصل الإنسان بموجبها على معرفة لا حدود لها.<sup>4</sup>

الحيوية، والمخاطر المصاحبة لها: " ... إننا ندخل قرن التقنية الحيوية، وعقدنا صفقة ضخمة تشبه صفقة فاوست<sup>(1)</sup>، اذ نرى أمامنا خطوات واسعة ونحقق انجازات عظيمة ونعيش مستقبلا زاهرا. ولكن مع كل خطوة نقطعها نحو هذا العالم يبقى السؤال يطاردنا ما هي تكلفة ذلك؟"، ثم يستطرد قائلا: "... إن المخاطر المصاحبة لقرن التقنية الحيوية مشؤومة، كما أن البشائر المصاحبة له مغرية. إن الحيرة بين الجوانب المظلمة للتقنية الحيوية تعد اختبارا لكل واحد منا"<sup>(2)</sup>

### المبحث الثاني: الموقف القانوني من استخدام الخلايا الجذعية

تباين موقف التشريعات من استخدام الخلايا الجذعية بالنظر إلى ما يمكن أن تقدمه من حلول علاجية، لكن دراستنا ستقتصر على قانونين اثنين هما موقف القانون الجزائري (مطلب أول)، والقانون الفرنسي (مطلب ثان).

#### المطلب الأول: موقف القانون الجزائري من استخدام الخلايا الجذعية

يمكن استقراء موقف المشرع الجزائري في استخدام تقنية العلاج باستخدام الخلايا الجذعية من خلال الأحكام الواردة في قانون الصحة ( فرع أول)، و في قانون العقوبات ( فرع ثان)، أو في مختلف التنظيمات ( فرع ثالث).

#### الفرع الأول: الأحكام القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية في قانون الصحة

تمت أول عملية العلاج بالخلايا الجذعية البالغة في الجزائر في 18 فيفري 2013 بالمؤسسة الاستشفائية الجامعية 01 نوفمبر بوهان، تعلق الأمر بزراعة نخاع، كما يتم استعمال هذه الخلايا أيضا في علاج مرض اللوكيميا، لكن المشكل في استخدام مثل هذا النوع من العلاج يحمل احتمالات الوفاة في حالات اللوكيميا الحادة بنسبة ما بين 15 و 20٪، في المرحلة الأولى، وبنسبة 30٪ في الثلاث الأشهر الأولى من العلاج<sup>(3)</sup>.

لا يطرح استخدام الخلايا الجذعية البالغة في العلاج إشكالات قانونية كالتي تثيرها الخلايا الجذعية الجنينية، كونها تتطلب موافقة المريض والمتبرع ومدى التوافق بين أنسجة المريض

<sup>1</sup> أحمد عمراني، مرجع سابق، ص ص 08-09.

<sup>2</sup> - Meddah Benabou, Textes internationaux et nationaux de la bioéthique face aux enjeux du progrès biomédicale, mémoire de Magister, faculté des sciences de la nature et de la vie, Université d'Oran, 2015, p 136.

<sup>3</sup> قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فيفري 1985 يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 08 صادر بتاريخ 17 فيفري 1985.

والمترع، في حين الإشكال في استخدام الخلايا الجذعية الجنينية يتطلب وجود أجنة فائضة أو مجهضة، وهذا الأمر هو الآخر يتطلب وجود بنوك لحفظ الأجنة.

يخضع العلاج باستخدام الخلايا الجذعية البالغة كأصل للشروط المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية، والتي نظمها المشرع الجزائري في قانون الصحة<sup>1</sup>، وفي هذا تنص المادة 161: "لا يجوز انتزاع أعضاء إنسان ولا زرع أنسجة إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية محل معاملة مالية".

لم يعرف المشرع الجزائري الأعضاء البشرية، بل ولم يفرق بين الأعضاء البشرية ومشتقاتها، لذا بالرجوع إلى التعريف الطبي لها فهي: "جزء محدد من الجسم يقوم بأداء وظيفة معينة أو أكثر سواء كان ذلك كأعضاء مثل القلب، والرئة والكبد وما يفرزه من سوائل كالدم وخلايا كالحوانات المنوية ونخاع العظام فهو اذن حسب تعريف الأطباء جزء محدد من الجسم يقوم بأداء وظيفة معينة أو أكثر". أما الخلايا والأنسجة فلا يمكن أن تؤدي وظيفة لوحدها مثل الخلايا العصبية التي لا تستطيع أداء وظيفة عضوية محددة إلا إذا ارتبطت بمكونات الجهاز العصبي الأخرى، لذلك فهي من مشتقات الجسم البشري.

بمفهوم المخالفة، لتعريف الأعضاء يمكن استنتاج أن مشتقات الجسم هي: "جميع العناصر والمواد البشرية التي تتسم بطابع التجدد، بحيث يمكن للجسم استبدالها تلقائيا إذا فقد جزء منها، ولا يترتب على انتزاعها فقدانها للأبد كما هو الحال بالنسبة للأعضاء".<sup>1</sup>

أما فيما يتعلق باستخدام الخلايا الجذعية الجنينية فنفس الأمر مطلوب حيث يجب أن تخرج أي ممارسة على الأجنة البشرية عن الغاية العلاجية أو التشخيصية، وألا تتعداها إلى غير ذلك، ولا يشترط المشرع أن يتعلق الأمر بالنفع على الجنين فقط، حيث يمكن أن تمتد الغاية إلى غير ذلك.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> أمنة محمدي بوزينة، الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء في ظل القانون 01/09، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، جامعة الشلف، الجزائر، جانفي 2016 ص ص 137، 138.

<sup>2</sup> أحمد داود رقية، مرجع سابق، ص 120.

<sup>3</sup> أحمد داود رقية، المرجع نفسه، ص 121.

**الفرع الثاني: الأحكام القانونية لاستخدام الخلايا الجذعية في قانون العقوبات الجزائري**  
جرم المشرع الجزائري في قانون رقم 09-01 المتعلق بقانون العقوبات<sup>(1)</sup> أفعال الاتجار بالأعضاء البشرية ومشتقاتها في القسم الخامس مكرر 01 من قانون العقوبات تحت عنوان: "الاتجار بالأعضاء"، لكنه بالمقابل لم يضع نصا خاصا وصريحا يتناول فيه لحظر الاستخدام غير المشروع للخلايا الجذعية.

باستقراءنا لنص المادة 303 مكرر 1/17 من هذا القانون بشأن عمليات اقتطاع الأعضاء نجدها تنص على أنه: " يعاقب بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500000 ألف دينار إلى 1000000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري".  
كما تنص المادة 303 مكرر 18 على ما يلي: " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100000 إلى 500000 ألف دج كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها. وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص".

يبدو من صياغة المادتين أن الحماية الجنائية لا تطل الأجنة بدليل أنها تتجه نحو حماية الشخص على قيد الحياة فحسب، وفقا لمبدأ التفسير الضيق للنص الجزائي للنص ولبدأ الشرعية اللذان يقضيان بعدم التوسع في تفسير نصوص قانون العقوبات. لكن بالرجوع لصياغة نص المادة 303 مكرر 18 باللغة الفرنسية والذي جاء كما يلي:

« Quiconque, procède à des prélèvements de tissu, de cellules ou la collecte de produits du corps humain, contre le paiement d'une somme d'argent ou l'offre de tout autre avantage d'emprisonnement d'un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de 10000 DA à 500000 DA.

Et puni des mêmes peines tout intermédiaires qui encourage ou favorise l'obtention de tissus, de cellules ou de produits prélevés sur personne » .

يلاحظ أن المصطلح المستعمل باللغة العربية " جسم شخص " أما باللغة الفرنسية فالمصطلح المستعمل هو " « Corps humain، أي جسم الإنسان، و على اعتبار أن الأجنة

1 قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فيفري 2009 يعدل ويتمم الأمر رقم 166-156 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية، عدد 15 صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

<sup>2</sup> داود رقية، مرجع سابق، ص 122.

البشرية " كائنات آدمية" يمكن أن تشملها الحماية القانونية الواردة بالمادة 303 مكرر 01 من القانون 09-01<sup>(1)</sup>، لكن تبقى هذه الحماية قاصرة في ظل عدم التنصيص عليها صراحة في نصوص خاصة.

ثالثا: موقف التنظيمات من استخدام الخلايا الجذعية

بالرجوع للتنظيمات التي صدرت بشأن الموضوع نذكر التعليمات الوزارية رقم 300 بشأن تحديد الممارسات الجديدة في مجال تقنيات الإنجاب المساعد<sup>(2)</sup> التي تحظر اللجوء إلى تقنية الأنبوب لاستعمال الأجنة البشرية في الدراسات والأبحاث أو في التجارب، باستثناء الأهداف العلاجية.

تحظر التعليمات الوزارية أيضا تخليق أجنة في المختبر بهدف إجراء الدراسات أو الأبحاث أو الاختبارات عليها. لكن بالمقابل تسمح بإجراء البحوث على الأجنة لأغراض علاجية شرط ألا يصاب الجنين بأي ضرر، كما أنه يتعين في كل الأحوال الحصول على إذن بذلك من السلطات.

نظمت التعليمات رقم 300 المذكورة أنفا عملية تجميد بعض اللقائح الزائدة عن الحاجة بعد موافقة الزوجين لإعادة استعمالها من طرفها في حالة فشل المحاولات الأولى لإحداث الحمل، حيث حددت مدة تجميدها بثلاث سنوات، و تعدم هذه اللقائح إما بعد انقضاء هذه المدة، أو في حالة وفاة أحد الزوجين، ويجزر محضر بذلك.

ألزمت التعليمات ضرورة إعلام الزوج بنوعية منيه المحفوظ وعدده، وحددت مدة حفظ المنى بسنة واحدة قابلة للتجديد بناء على طلب الزوج، ولهذا الأخير طلب استرجاعه أو المطالبة بإهداره بعد إمضائه وثيقة تثبت ذلك بمعية الطبيب البيولوجي.

المطلب الثاني: موقف التشريع الفرنسي من استخدام الخلايا الجذعية

يتميز القانون الفرنسي - مقارنة بغيره من التشريعات - أنه الأكثر دقة وتفصيلا في موضوع البحوث على الأجنة البشرية سواء من خلال الأحكام التشريعية (أ)، أو من خلال إسهامات المجلس الدستوري ومجلس الدولة وقرارات الهيئات القضائية في معالجة الموضوع (ب).

<sup>1</sup> Instruction ministérielle n° 300 du 12 mai 2001 fixant les bonnes pratiques cliniques et biologiques en PMA.

<sup>2</sup> Loi n° 88-1138 du 02 décembre 1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales ,http://www.legifrance .gouv .fr /affichtexte.doc

### الفرع الأول: الأحكام التشريعية للبحوث على الأجنة البشرية

تدرج المشرع الفرنسي في تنظيمه لموضوع استخدام الأجنة البشرية عموماً، والخلايا الجذعية الجنينية على وجه الخصوص حيث يعد القانون رقم 188-1138 الصادر في 20 ديسمبر 1988 المتعلق بحماية الأبحاث الخاضعين للتجارب البيوطبية<sup>(1)</sup> أول قانون للأخلاقيات الحيوية في ميدان البحث في فرنسا لكنه لم يتعرض للتجارب العلمية التي تجري على الأمشاج البشرية خارج الرحم، واكتفى بالتعرض للتجارب التي تجري على المرأة الحامل. وبإصدار قانون الصحة لسنة 1994، والتي جاء في المادة 152 الفقرة التي منعت إيجاد أجنة في الأنابيب بهدف إجراء التجارب و أورد استثناء يتعلق بإجازة إجراء البحوث لأهداف طبية شرط الموافقة الصريحة والمكتوبة لأصحاب اللقيحة.

منع المشرع الفرنسي كأصل استحداث أجنة بشرية في الأنابيب لغايات الدراسة والبحث والتجارب حسب نص المادة 2141 فقرة 08 من قانون الصحة العامة، لكن المادة جاءت أيضاً باستثناء يكمن في موافقة المرأة والرجل قبول إجراء دراسات على الأجنة التابعة لهما، ويشترط أن تكون هذه الموافقة بشكل كتابي.

اشتطت المادة علاوة على ذلك أن يكون الهدف أو الغاية من الدراسة غاية طبية وأن لا تشكل اعتداء على الجنين كما تشترط الموافقة من لجنة مختصة<sup>(2)</sup>. وتجنباً لأن تصبح اللقائح البشرية محلاً للتعاملات المالية أو الاتجار بها، منع المشرع الفرنسي استحداث الأجنة لغايات صناعية أو تجارية حسب ما جاء في المادة 2141 فقرة 07 من قانون الصحة العامة<sup>(3)</sup>.

بين المشرع الفرنسي مفهوم الغاية الطبية الواردة بنص المادة 2141 فقرة 08 وحدودها في المرسوم رقم 97-613 المؤرخ في 27 ماي 1997 المتعلق بالبحوث على الأجنة البشرية<sup>(4)</sup>

1-L'article l2141-8 du code de la santé publique dispose : la conception in vitro d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite toute expérimentation sur l'embryon est interdite. A titre exceptionnel l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soit mener des études sur leurs embryons, leurs décisions est exprimées par écrit , les études doivent avoir une pénalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryons elle ne peuvent être entreprise qu'après aires conformé de la commission l'article l2113-1, la commission rend publique chaque année la liste des établissement ou s'effectuent ces études, ainsi que leurs projets.

2- L'article l. 2141 .07du C.S.P dispose : « un embryon ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielle ».

3- Décret n° 97-613 du 27 mai 1997 relative aux études menée sur des embryons humains in vitro et modifiant le code de la santé publique, journal officiel n°126 du 01 juin 1997,p8623,<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTewte-JORFTEXT000000383414&categorieLien=id.html>

في المادة R-152-01 على أنه: "تعد الدراسة أو البحث الذي يجري على الأجنة ذو غاية طبية- إذا كانت يهدف إلى تقديم منفعة مباشرة للجنين محل الدراسة خاصة إذا كانت ترفع من نسبة نجاح زرعها. إذ كانت تهدف إلى المساهمة في تطوير تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب، وينتفي الهدف الطبي للدراسة إذا كانت غايتها تعديل المواصفات الوراثية للجنين".

عاقب المشرع الفرنسي على استعمال الخلايا دون الرضا المسبق لأصحابها وفي هذا تنص المادة 2151 الفقرة الخامسة من قانون الصحة العامة: "عندما تتم الدراسات والأبحاث دون الحصول مسبقاً على الرضا بصورة خطية يسحب الترخيص أو يعلق كونه تم دون الامتثال للمتطلبات القانونية والتنظيمية أو تلك التي وردت في القوانين، ويعاقب مرتكبها بالسجن لمدة سبع سنوات وغرامة قدرها 100000 أورو"<sup>(1)</sup>

سمح وزير الصحة الفرنسي Roger-Gerard Schwartzberg في مارس 2002 باستيراد الخلايا الجذعية الجنينية لغايات التجارب، مثيراً بذلك نقاشاً حقيقياً وحاداً عند الرأي العام، وكان ذلك بعد توصيات اللجنة الوطنية الاستشارية للأخلاق الحيوية، كذا الأكاديمية الوطنية للطب ومجلس أخلاقيات الطب بتخفيف النظام القانوني الساري المفعول بالسماح بإجراء التجارب على الأجنة التي تحلى عنها أصحابها.<sup>(2)</sup>

لا يمكن وضع ولا تصور الأجنة البشرية الحية إلا بالطرق التي تساعد على تقدم الطب والعلاج والتناسل (المادة 2141 الفقرة الثالثة من تقنين الصحة العامة)، وهذا النص مدعم بحظر الاتجار في الأجنة البشرية حتى لغرض البحث والتجارب الطبية المادة 2151 الفقرة الثانية من تقنين الصحة العامة). كما منع قانون 29 جويلية 2004 البحث على الأجنة البشرية الزائدة عن الحاجة ولم يرخص إلا بالدراسة التي لا تمس الجنين بأي ضرر، إلا أن هذا المبدأ يعتبر أكثر مرونة في قانون 800-2004 المتعلق بالأخلاق الحيوية<sup>(3)</sup> إجازه الأبحاث على الخلايا الجذعية الجنينية خلال خمس سنوات من صدور القانون. نص القانون في المادة 40 منه على أن يتم تقييم تطبيق القانون في أجل أقصاه خمس سنوات من طرف البرلمان - تتولى الهيئة

1-Article 2151-5 Code de la santé publique ( Loi n° 2004-800) Journal Officiel I de 07 Aout 2004.

2 - Sylvia- lise Bada :Validation de la loi autorisant la recherche sur l'embryon humain et les cellules souches embryonnaires ; publiée 27 Aout 2013 par CPDH .

3-Loi n° 800-2004 du 06 aout 2004 relative à la bioéthique, <http://www.legis-france.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORNFTXT000000441469.html>.

4- L'office parlementaire de l'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST).

البرلمانية لتقييم الاختيارات العلمية والتكنولوجية<sup>(1)</sup> خلال مدة لا تتجاوز أربع سنوات تقديم تقرير بشأن الموضوع.

اقترح التقرير إزالة القيد الزمني المفروض على الدراسات والبحوث على الخلايا الجذعية الجنينية والاعتداد بخمس سنوات، إضافة إلى ضرورة تبسيط الإجراءات الإدارية المفروضة على الباحثين، اقترح التقرير كذلك إنشاء بنك للخلايا الجذعية يتم اعتماده من طرف وكالة الأخلاق الحيوية (ABM)<sup>(2)</sup> وتشجيع البحوث الأساسية على الأجنة وإباحة الإخصاب والتحويل النووي مع الرقابة الصارمة من وكالة الأخلاق الحيوية لمنع زرع الأجنة التي كانت محل اختبار، كما تناول التقرير التحويل النووي موازاة مع ذلك إنشاء شركة وطنية للإعلان حول الدم والحبل السري (شرط موافقة الأسرة على الحفظ والتجميد)<sup>(3)</sup>. وفي كل الأحوال لا يسمح للجنين بالنمو خارج جسم الإنسان أكثر من 14 يوما.

حرصا من المشرع الفرنسي على أن لا تخرج الإباحة عن الغاية التي حددها لها إلى الاتجار بالأجنة البشرية نص القانون الجنائي الفرنسي في المادة 1511-15 كذا تقنين الصحة العامة في المادة 2152 على أن الحصول على أجنة بشرية مقابل مال - أيا كان الشكل الذي يؤخذ به هذا المال - يعاقب بعقوبة سبع سنوات و100000 أورو غرامة، كما نص في المادة 511 فقرة 17 من القانون الجنائي والمادة 2162 من تقنين الصحة العامة على أن إجراء أي عملية على الأجنة البشرية الحية لأغراض تجارية يعاقب بسبع سنوات سجن و100000 أورو غرامة.

الفرع الثاني: إسهامات المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسي في موضوع استخدام الأجنة البشرية في البحوث العلمية

كما أصدر المجلس الدستوري الفرنسي بدوره قرارا في 27 جويلية 1994 أكد فيه عدم جواز اعتبار الأجنة البشرية الحية وسيلة لأغراض بحثية، ومنع التلاعب بالأجنة في المختبر احتراماً لمبدأ حماية الكرامة الإنسانية للكيان البشري<sup>(4)</sup>.

1- Agence de la biomédecine ABM

2- Le Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi du 06-08-2004 relative à la bioéthique, fiche concours de la direction de Monique pagés, la documentation française, 2010, p89.

3-Décision n°94-343 /344 du Conseil Constitutionnel le 27 juillet 1994, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959-1994/343/344-dc/decision-n-94-343-344-dc-du-27-juillet-1994.10566.html>.

4-Le Rapport du Conseil d'Etat français, notification des lois de la bioéthique avis du 25 nov.1999, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959-1994.html>.

ساهم مجلس الدولة الفرنسي في إجازة الدراسات على الأجنة أو استحداثها بغرض البحث حيث أجاز الأبحاث والدراسات العلمية على الأجنة الفائضة التي قبل أصحابها التخلي عنها، شرط أن يتم التأكد على أن هذه الأجنة التي أجريت عليها الدراسة لن يعاد زرعها في الأرحام تجنباً لأي أمراض أو تشوهات قد تصيب الجنين لاحقاً<sup>(1)</sup>.

نبه المجلس في تقريره أنه لا يجب حصر الدراسات على الأجنة في تطوير المساعدة الطبية على الإنجاب فقط، بل يجب أن يشمل البحث عن علاج للأمراض والسرطانات، وأكد أنه يقع على القانون خلق توازن بين مصلحتين من جهة احترام لحظة بدء الحياة والذي يترتب عليه منع إجراء الأبحاث على أجنة الأنابيب، ومن جهة أخرى بين حق المرضى والمصابين ببعض الأمراض المستعصية في الانتفاع بنتائج التقدم الطبي.

اقترح المجلس وضع شروط قانونية دقيقة لإجازة إجراء التجارب على الأجنة في إطار قانوني منظم و صارم، وفيما يتعلق باستحداث الأجنة البشرية لغاية البحث، رأى مجلس الدولة أنه لا مبرر لذلك واقترح أن تكون إجراء هذه الأبحاث لمدة خمس سنوات فقط<sup>(2)</sup>.

أخطر النواب المعارضون لقانون 18 جويلية 2013 المجلس الدستوري الفرنسي حيث أصدر هذا الأخير على إثرها قرارا بتاريخ 01 أوت 2013 أكد فيه توافق أحكام قانون 07 جويلية 2011 المتعلق بالأخلاق الحيوية مع أحكام الدستور الفرنسي من حيث احترامه للمبدأ الدستوري المتعلق باحترام كرامة الكائن البشري مؤكدا أن القاضي الدستوري قد ترك مسألة تحديد المركز القانوني للجنين ومجال حمايته للمشرع<sup>(3)</sup>.

1- Le Rapport du Conseil d'Etat français, notification des lois de la bioéthique, avis du 25 nov.1999, op cit.

2- Décision du Conseil Constitutionnel (Français) n°2013-674 du 01 Aout 2013, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date-/depuis-1959-2013-674-dc-du-1-aout-2013.137.html>.

3 أحمد عمراني، مرجع سابق، ص 10.

## خاتمة

تشكل مسألة استخدام الخلايا الجذعية فتحاً طبيًا وسبيلًا لعلاج الكثير من الأمراض المستعصية خاصة وأن تقدم فائدة كبيرة للبشرية إذا تم إجراؤها وفقا لضوابط وقيود من شأنها أن سد باب تجارة الأجنة والخلايا، وهذا يعني مزيدا من عمليات الإجهاض. اتسم تنظيم المشرع الفرنسي لموضوع استخدام الخلايا الجذعية بالشمولية، بالنظر إلى أنه حدد الجوانب الإجرائية والموضوعية له، كما أنه قرر عقوبات صريحة في قانون العقوبات الفرنسي عن كل مساس بشروط الاستفادة من الخلايا البشرية. بينما تبقى الحماية القانونية للخلايا الجذعية الجنينية في التشريع الجزائري يشوبها القصور، عبر (Xavier LABBEE): "إذا كان القانون غير متكيف وغير قادر على حل هذه المشاكل ذات الصلة بالاكتشافات العلمية الحديثة، فإن الأمر يقتضي تبني نصوص جديدة"<sup>1</sup>.

1 "ولكن بقي أن نقول: إن ما أفاد العلم منها لم يكن العمل به محل اتفاق بين الفقهاء، فبعضه متفق عليه وبعضه مختلف فيه، فأما ما اتفق على تقديمه فالتواتر، والإقرار، ولم يخالف أحد في ذلك سوى ما جاء عن ابن حزم الظاهري الذي أخرهما عن علم القاضي، فقدم العلم عليهما"، انظر: سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات: "دراسة فقهية قانونية مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الاردن، 2006، ص 89

# مدى حجية النكول عن اليمين أمام القاضي في الفقه الإسلامي

أ. رضا قرينة

أستاذ مساعد قسم ب

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس المدية

## ملخص البحث:

يدور هذا الموضوع حول سلطة القاضي في الحكم بناء على نكول المدعى عليه الذي وجهت إليه اليمين في المسائل التي تعتبر فيها (اليمين) من أدلة الإثبات، ومدى حجية النكول في مواجهة القاضي، فهناك من رأى بمنح القاضي سلطة القضاء بالنكول أو رد اليمين على من وجهها، بينما يرى البعض الآخر بضرورة القضاء بناء على النكول، أو برد اليمين على من وجهها عند غيرهم، أو بإرغام المدعى عليه على الحلف للفصل في النزاع كما يرى آخرون، كما لم يتفق الفقه على مرتبة النكول من بين وسائل الإثبات الأخرى فمنهم من رأى بأنه بمثابة الإقرار، ومنهم من اعتبره بمثابة البيينة وهناك من يرى انه لا يتعدى كونه بذلا أو ترك .  
الكلمات المفتاحية : النكول، رد اليمين، الإثبات .

## Abstract

This topic is about the authority of the judge in the judgment which is based on rejecting the oath of the defendant who was sworn in though the means of proof where as the swearing is considered as the clues at the extend of the need of the reject oath in a confrontation of the judge. There are those who saw that the judge forbid the jurisdiction of judiciary while others saw the need to eliminate the villain on reject the oath or force the defendant to the alliance to resolve the dispute.

The jurisprudence did not agree on the status of immorality among the means of proof.

Some of them saw it as a confirmation and some of them saw it as evidence and some of those who saw that he was a believer and others saw it as proof of the evidence and there are those who see that is not missing because it is permissible

**Key words:** Reject the oath \_answer oath – the proof

## مقدمة:

يعتبر القضاء من أهم الوسائل التي تضمن استقرار المجتمعات و النهوض بها عن طريق إشاعة العدل ورد الحقوق لأصحابها، حيث يضمن تفعيل القواعد الدينية والسلوكية التي تحكم المجتمع، وبغير ذلك يصبح كيان هذا الأخير مهدد بالزوال، حيث أولت الشريعة الإسلامية أهمية بالغة لهذا الجانب من أساسيات المجتمع وهو يتضح من خلال النصوص الواردة في كتاب الله عز وجل أو ما ثبتت عن رسوله صلى الله عليه وسلم في هذا الإطار وكذا اجتهاد الفقهاء المعاصرين، وهو ما يتناهي مع مرونة الشريعة الإسلامية التي تصفي عليها الصلاحية لان تحكم في كل زمان ومكان،

ولا شك في انه على من يدعي حقا أمام القضاء أن يثبت ما تقدم به بالطرق المعترف بها لينال مبتغاه حيث يتولى القاضي إنصاف الطرفين من خلال تقدير الحجج التي تقدم بها الخصوم بعد إثبات الوقائع التي تعززها، حيث تتلخص طرق الإثبات المعترف بها شرعا حسب ما استقر عليه رأي الفقهاء في زماننا في : الإقرار والشهادة والكتابة وعلم القاضي واليمين والقرائن، وفي هذا السياق يمكن تقسيم طرق الإثبات بالنظر إلى حجيتها أمام القاضي إلى ما يفيد اليقين أو نحو ذلك<sup>1</sup>، ويتعلق الأمر بالتواتر، والإقرار، وعلم القاضي، وما يفيد غالب الظن ويتعلق الأمر ببقية الطرق التي اشرنا إليها .

وتعتبر اليمين من بين طرق الإثبات الخاضعة لتقدير القاضي، حيث تعرف في منظور الشرع على أنها: " تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"<sup>1</sup>، إذ تعتبر من اضعف وسائل الإثبات حجية أمام القاضي إذ يلجئ إليها في حال تعذر إثبات الحق المدعى به بالطرق الأخرى المعترف بها فتكون كدليل إثبات مستقل، أو لتقوية الدليل المقدم من طرف المدعي في حال عدم كفاية أدلة الإثبات المعترف بها حيث تكون اليمين متممة لها في هذه الحالة كما يعترف بها كدليل إثبات في بعض الدعاوى دون البعض الأخر على غرار مسائل الأموال وما يلحق بها وكذا الأبدان والأحوال الشخصية، بينما لا يعتد بها فيما كان حقا خالصا لله تعالى على غرار الحدود والعبادات، وتوجه اليمين للمدعى عليه، غير انه يمكن ان يتصور نكول هذا الأخير عن أدائها فهل يعتد القاضي بنكول من وجهت إليه اليمين في إثبات

1 نفس المرجع ، ص 137

<sup>2</sup> فان اجاب بالايجاب كان يمينا وان اشار بالاباء كان نكولا انظر نفس المرجع ، ص 137

- انظر في هذا المعنى : غلاب بن صقر الغويري العتيبي ، الاثبات باليمين في نظام المرافعات الشرعية السعودي،دراسة تاصيلية مقارنة، رسالة ماجستير،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية،الرياض ، 2008 ، ص73

الحق المتنازع عليه أم هناك وسائل أخرى لتحقيق هذا الغرض، وماهي مرتبة النكول من حيث الحجية من بين ادلة الاثبات المعترف بها في الفقه الإسلامي؟  
**أولاً: حجية النكول عن اليمين أمام القاضي :**

اتفق الفقهاء على انه إذا اقدم المدعي شاهدين قبلت شهادتهما وأقام البينة على ما ادعاه حكم له بما ادعى، أما إذا عجز عن ذلك أمكنه طلب تحليف المدعى عليه بالنسبة للحقوق التي يمكن إثباتها باليمين فان حلف هذا الأخير قضي له ورفضت دعوى المدعى، أما إذا رفض أداء اليمين اعتبر ناكلاً ويتحقق ذلك إما صراحة بان يقول من وجت إليه اليمين لا احلف أو حكماً بان يسكت دون ان يصدر منه ما يدل على امتناعه أو موافقته في غير حالات وجود مانع على غرار الصمم أو الخرص، حيث والتي يجب فيها من وجهت إليه اليمين بالإشارة<sup>1</sup>، ويعرف النكول في اصطلاح الفقهاء على انه " الامتناع عن حلف اليمين التي طلبها القاضي "، وبهذا الخصوص اختلف الفقهاء حول حجية النكول عن اليمين أمام القاضي ومدى اعتداده به في إثبات الحق المدعى به ويمكن تقسيم أرائهم في هذا الإطار إلى أربع اتجاهات :

**الاتجاه الأول :** يرى الأحناف<sup>2</sup>، والحنابلة في المشهور والمنصوص عن الإمام احمد، ومحمد بن الحكم من المالكية (في حال ما إذا لم تكن الدعوى مشبهة عرفاً)<sup>3</sup>، انه في حال نكول المدعى عليه عن أداء اليمين الموجهة إليه يقضى بالنكول، أي يعتد به القاضي في إثبات الواقعة محل اليمين ويعتبر بمثابة حجة أو طريق من طرق الحكم - حسب رأيهم - دون الحاجة إلى رد اليمين على من وجهها<sup>4</sup>، وقد استدلى على ذلك بالعديد من الحجج

/ من القرآن : استدلوا على ذلك من قوله تعالى في سورة آل عمران : " إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ

1 محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، دار الفنائس، الاردن، 2007، ص 274

2 سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق، ص 143، ويرى الحنفية انس قضي للمدعى بمجرد نكول المدعى عليه بعد تكرار اليمين عليه ثلاثاً، انظر محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط6، دارالمعارف، بيروت 1982 ص 469

3 محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 276

4 ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المجلد الاول، دار عالم الفوائد للنشر، دون بلد نشر، والتوزيع بدون

سنة نشر ص 310

<sup>5</sup> سورة آل عمران الآية 77

الْفِيَاِمَةِ وَلَا يُرَكِّبُهُمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ"، ووجه الدلالة في ذلك أن الله منع أن يستفيد إنسان من حق على غيره بيمينه، وعلى هذا الأساس لا ترد اليمين على المدعي كي لا يستفيد من حق على المدعي بيمينه<sup>1</sup> ب/ من السنة: ما جاء في الصحيحين من حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"<sup>2</sup> ووجه دلالتهم في ذلك ان الحديث جعل جنس اليمين في جانب المدعى عليه وليس المدعى فورود اللام<sup>3</sup> ولفظ اليمين معرفا يفيده الاستغراق أي اقتصر اليمين على المدعى عليه أي المنكر الذي حدد بجنسه<sup>4</sup> دون ان تتعداه إلى المدعي بأي حال، ومتى نكل المدعي قضي بالنكول واستحق المدعي ما ادعى دون أن ترد اليمين عليه<sup>5</sup>

ج/ من اثر الصحابة: كما استدلووا بما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما قد باع عبدا عنده بثلاثمائة درهم بالبراءة فخاصمه صاحب العبد فيه عند عثمان بن عفان رضي الله عنه، فطلب عثمان رضي الله عنه من ابن عمر أن يحلف على انه قد باع العبد ومابه عيب يعلمه فأبى فقضى عثمان رضي الله عنه برد العبد عليه<sup>6</sup>، ووجه الدلالة في ذلك أن عثمان بن عفان وجه اليمين إلى ابن عمر فامتنع فقضى عليه بالنكول دون رد اليمين على المدعي الذي استحق ما ادعى، حيث اشتهر هذا القضاء عند الصحابة دون أن يعترضوا عليه<sup>7</sup>.

د / من المعقول: أن نكول المدعى عليه عن أداء اليمين يحمل إما معنى الإقرار ضمنا بصدق المدعي في دعواه، وفي هذا السياق لو كان المدعى عليه صادقا في ما يدعيه لبرا نفسه باليمين،

1 غلاب بن صقر الغويري العتيبي، المرجع السابق، ص 74

2 حديث حسن، انظر البيهقي، سنن البيهقي لكبرى، كتاب الدعاوى والبيانات، باب البينة على المدعي واليمين على من انكر ج 10، ص 427، أشار إليه غلاب بن صقر الغويري العتيبي، المرجع السابق، ص 36.

3 شهاب الدين الهمداني الحموي، المرجع السابق، ص 237

4 شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الرابع الطبعة الأولى دار المعرفة بيروت لبنان 1997، ص 180

5 غلاب بن صقر الغويري العتيبي، المرجع السابق، ص 74

6 انظر ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 227

7 انظر شهاب الدين الهمداني الحموي، أدب القضاء، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الارشاد، بغداد، 1984 ص 238.

8 غلاب بن صقر الغويري العتيبي، المرجع السابق، ص 75.

فاليمين الصادقة مباحة في هذا الإطار<sup>1</sup>، أو معنى البذل للحق من خلال الإعراض وترك منازعة المدعي فيما ادعاه، وعلى هذا الأساس فمتى امتنع المدعى عليه عن أداء اليمين التي وجهت إليه قضي عليه بالنكول دون رد اليمين على المدعي .

الاتجاه الثاني: يرى المالكية (بخصوص ما يثبت بشاهد ويمين أو شاهد وامرأتين في غير مسائل التهمة)<sup>1</sup> والشافعية، والحنابلة في قول صوبه الإمام احمد واختاره أبو الخطاب<sup>1</sup>، وكذا الإمام علي رضي الله عنه، وشريح، و الاوزاعي، وابن سيرين، والنخعي<sup>1</sup>، ب عدم القضاء بالنكول بل ترد اليمين على المدعي في هذه الحالة فان حلف قضي له وان نكل سقطت الدعوى، وحججهم في ذلك :

1/ من القران : استدلوا على ذلك من قوله تعالى في سورة المائدة : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ آرَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْأَثِمِينَ (106) فَإِنْ عَثَرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ (107) ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْههَا أَوْ يَحْتَفُوا أَنْ تُرَدَّ آيْمَانُ بَعْدَ آيْمَانِهِمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاسْمَعُوا وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ (108) " ووجه دلالتهم في ذلك أن الآية نصت على رد اليمين من الشاهدين وهما الجهة

التي شرعت فيها اليمين في هذا السياق إلى غيرهما وهو ما يفيد بجواز رد اليمين بعد توجيهها إلى من شرعت فيه، وعلى هذا الأساس يمكن تحويل اليمين في الخصومة في حال نكول الطرف الذي شرعت في حقه ووجهت إليه (المدعى عليه)، إلى الطرف الذي طلب توجيهها (المدعي) فيقضي القاضي برد اليمين كطريق لإثبات الحق المدعى به .

1 محمود محمد ناصر بركات ، المرجع السابق، ص 276 محمد بن رشد القرطبي المرجع السابق، ص 469

2 سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق ص 144

3 ابن القيم الجوزية ، المرجع السابق ، ص.ص 310-311

4 سورة المائدة الايات 105-108

5 انظر شهاب الدين الهمذاني الحموي ، المرجع السابق ص 237

6 غلاب بن صقر الغويري العتيبي، المرجع السابق ، ص 76

ب/ من السنة : كما استدل هذا الفريق على ضرورة رد اليمين في الخصومة دون القضاء بالنكول بعدة شواهد منها:

- ماورد عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق<sup>1</sup>، وهذا مايدل صراحة على عدم لقضاء بالنكول فلو كان وحده كافيا لإثبات الحق المدعى به لقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي رد اليمين على المدعي، وعلى هذا الأساس يسعى القاضي لإثبات الحق عن طريق رد اليمين على المدعي<sup>2</sup> كما ثبت في قول ابن عمر .

- ما رواه سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه (أن عبد الله بن سهل الأنصاري ومحبيصة بن مسعود خرجا إلى خيبر فتفرقا لحاجتها فقتل عبد الله بن سهل فجاء عبد الرحمان بن سهل وحوبيصة ومحبيصة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمان اخو المقتول يتكلم قبل صاحبيه وكان اصغر القوم، فقل رسول الله صلى الله عليه وسلم : كبر - يعني الكبر في السن - فصمت فتكلم صاحباة وتكلم معها فذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم مقتل عبد الله بن سهل، فقل لهم أتخلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم، أو قاتلكم قالوا كيف نحلف ولم نشهد، قال فترئكم يهود بخمسين يمينا، قالو وكيف نقبل إيمان قوم كفار فلما رأى ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى عقله<sup>3</sup> حيث أشار النص إلى رد اليمين على المدعي في حال رفض المدعى عليه أداؤها.

ج/ من اثر الصحابة : كما استدلوا بما ثبت عن الصحابة رضوان الله عليهم حيث روى الشعبي ( أن المقداد استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم فلما تقاضاه قال إنما هي أربعة آلاف فخاصمه الى عمر رضي الله عنه، فقال المقداد احلفه انها سبعة آلاف فقال عمر أنصفك، فأبى أن يحلف فقال عمر خذ ما أعطاك<sup>4</sup>، ووجه دلالتهم في ذلك ان عمر رضي الله عنه لم يقضي بالنكول على عثمان رضي الله عنه بل قضى برد اليمين على المقداد وقضى له بعد ان حلف حيث اقر عثمان رضي الله عنه ذلك ولم يختلف مع عمر رضي الله عنه بهذا الخصوص.

د / من المعقول : استند أصحاب هذا الرأي على قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فكقاعدة عامة يكون إثبات المدعي لحقه عن طريق البينة وهي حجة له في الإثبات، أما

<sup>1</sup> انظر شهاب الدين الهمداني الحموي ، المرجع السابق ، ص 237

<sup>2</sup> غلاب بن صقر الغوييري العتيبي، المرجع السابق ، ص 76

<sup>3</sup> انظرابن القيم الحوزية ، المرجع السابق ، ص 228

<sup>4</sup> انظر شهاب الدين الهمداني الحموي ، المرجع السابق، ص 237

المدعى عليه فينكر ما ادعى خصمه عن طريق اليمين وهو حجة له في النفي، وعلى هذا فإذا كان عدم تقديم المدعى لدليل يوجب توجيه اليمين إلى المدعى عليه فإن نكول المدعى عليه يستوجب رد اليمين على المدعى لإثبات حقه فيما أن يخلف ويقضي له بما ادعى أو ينكل وتسقط الدعوى، كما أن النكول لا يعني بالضرورة صدق المدعى فيما ادعاه وكذب المدعى عليه في ما أنكر إذ يمكن أن يكون امتناع هذا الأخير ترفعا عن أداء اليمين بالرغم من تأكده من صدق إنكاره، أو راجع إلى جهله بالحال أو تورعه عن الحلف على أمر لم يتيقن منه، وإذا لم يكن النكول دليل على صدق المدعى ووجب رد اليمين على المدعى عليه الذي لا يمكن القضاء له بغير دليل ومتى حلف هذا الأخير اعتبرت يمينه دليلا لعدم وجود ما هو أقوى حجة منها<sup>1</sup>.

**الاتجاه الثالث :** يرى أصحابه انه لا النكول ولا رد اليمين يعتبران بمثابة طريق للحكم أو حجة لإثبات صدق للمدعى فيما ادعاه، أو صدق المدعى عليه فيما أنكر، فلا يجوز للقاضي في حالة امتناع المدعى عليه عن أداء اليمين القضاء بالنكول ولا رد اليمين على المدعى، حيث ذهب ابن حزم<sup>2</sup> والظاهرية إلى القول بضرورة إجبار المدعى عليه على الإقرار بالحق أو الإنكار مع الحلف لإثبات الحق المدعى به أو نفيه وذلك عن طريق الضرب والحبس، ولا يجوز القضاء بنكول المدعى عليه أو رد اليمين على المدعى لعدم وجود نص في الكتاب أو السنة أو إجماع على ذلك<sup>3</sup>، وبحسب رأيهم يكون إثبات الحقوق والقضاء بها بناء على بينة يقدمها المدعى، فإن تعذر ذلك حلف المدعى ليثبت صدق إنكاره بحسب ما يستشف من الثابت من النصوص،

وقد ذهب الشافعية إلى القول بهذا الرأي في حال ما إذا تعذر رد اليمين على المدعى، والإمام أبو حنيفة فيما إذا تعلق موضوع الدعوى بالقصاص في النفس والمالكية في بعض الحالات والإمام أحمد في قول<sup>4</sup> و استدلل أصحاب هذا الرأي على ذلك بعدة حجج منها :

1 نفس المرجع، ص 239

2 نفس المرجع، ص 235

3 محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق ص 276

4 سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق، ص 144

5 سورة المائدة الآية 02

1/ من القرآن : استدلوا على رأيهم بقوله تعالى في سورة المائدة : " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ " <sup>1</sup> ووجه الدلالة في ذلك أن اليمين واجبة على من شرعت في حقه و أن نكول من وجهت إليه اليمين التي أوجبها الله عليه إثم، وبالتالي فإن القاضي برده اليمين على من وجهها (المدعي) يكون قد أعان من شرعت اليمين في حقه (المدعى عليه الذي ترك اليمين التي فرضها له عليه ) على الإثم والعدوان.<sup>1</sup>

ب- / من السنة : استدل أصحاب هذا الرأي في تعليل رأيهم بما ورد عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول "من رأى منك منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان"<sup>1</sup> وي تلخص وجه الدلالة حسب رأيهم في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بتغيير المنكر باليد، والامتناع عن اليمين التي شرعها الله منكر، وعليه وجب تغيير هذا المنكر باليد وذلك بإجبار من وجهت إليه اليمين ونكل عنها على أن يقر بالحق عن طريق الضرب والحبس.

كما استدلوا بما ثبت عن الأشعث بن قيس انه قال "كان بيني وبين رجل خصومة في بذرف اختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال شاهداك أو يمينه فقلت له انه اذا يحلف ولا يبالي، فقال ليس لك إلا ذلك، فانطلق ليحلف، قال الرسول صلى الله عليه وسلم : من حلف على يمين يقتطع بها لقي الله وهو عليه غضبان "<sup>1</sup> ووجه الدلالة المستشف من النص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر المدعى بالبينة (الشاهد) لإثبات صدق ما يدعيه و المدعى عليه باليمين لإثبات صدق إنكاره وتبرئة ذمته، ولم يشر إلى القضاء بالنكول ولا إلى رد اليمين كطريق للحكم على المدعي ولو أمر بالقضاء بهذه الطرق (النكول أو رد اليمين ) لأخبر بذلك .

من المعقول : استند أصحاب هذا الرأي في تعليل ما ذهبوا إليه على انه من الثابت ان القضاء برد اليمين قد تم لنص عليه في الشرع في ثلاث حالات وهي القسامة، والوصية في

<sup>1</sup> غلاب بن صقر الغوري العتيبي، المرجع السابق ، ص 77

2 مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الايمان ، اب بيان كون النهي عن المنكر من الايمان وان الايمان يزيد وينقص وان الامر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان ، ص 42 اشار اليه غلاب بن صقر الغوري العتيبي، المرجع السابق ، ص 78

3 غلاب بن صقر الغوري العتيبي، المرجع السابق ، ص 78

4 انظر شهاب الدين الهمداني الحموي ، المرجع السابق، ص 239

السفر، واليمين مع الشاهد الواحد العدل، أو مع المرأتين العادلتين، فابقوا الرد في موضعه (في السياق الذي ورد فيه) دون تعديده<sup>1</sup>، ويمين المدعي خارجة عن هذا الإطار وبالتالي فلا يقضي بالنكول ولا برد اليمين ولا يمكن اعتبارهما كطريق للحكم وبالتالي لا ترد لعدم وجود نص ولا إجماع على هذا الأمر، (ويقتصر على الكتاب والسنة<sup>(1)</sup>)

وهناك من رد على هذا الرأي نظرا لاعتبار أن امتناع المدعى عليه عن أداء اليمين لا يعني بالضرورة صدق المدعي في ما ادعى وكذب المدعى عليه فيما أنكر اذ يحتل أن يكون امتناع من وجهت إليه اليمين راجع الى تورعه عن أداءها أو ترفعه عن ذلك، فلا يعقل إجباره على ذلك، حيث ثبت عن الصحابة رضوان الله عليهم تورعهم وترفعهم عن أداء اليمين<sup>2</sup>

الاتجاه الرابع: ذهب البعض الى التوفيق بين الرأيين السابقين أي القضاء بالنكول في مواضع ورد اليمين على المدعي في مواضع أخرى وهو ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية واستحسنه ابن القيم، حيث يترك للقاضي أمر تقدير القضاء على أساس النكول أو برد اليمين على من وجهها بحسب الظروف فإذا كان المدعي يشارك المدعى عليه في معرفة المدعى به (ماتم توجيه اليمين في شأنه) على سبيل اليقين لا يقضي بناء على النكول بل يلتزم برد اليمين إلى من وجهها، أما إذا لم يكن المدعي على علم بالمدعى به أي يستقل المدعى عليه بمعرفته فيحكم القاضي بناء على نكول هذا الأخير إذ لا جدوى من رد اليمين على المدعي<sup>3</sup>، وفي هذا السياق نقل ابن القيم عن شيخ الإسلام ابن تيمية قوله "... وليس المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم في النكول ورد اليمين بمختلف بل هذا له موضع وهذا له موضع، فكل موضع أمكن المدعي معرفته والعلم به فرد المدعى عليه اليمين، فإنه إن حلف استحق، وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه، وهذا كحكومة عثمان والمقداد، فإن المقداد قال لعثمان: "احلف أن الذي دفعته إلي كان سبعة آلاف وخذها"، فإن المدعي هنا يمكنه معرفة ذلك والعلم به، كيف وقد ادعى به؟ فإذا لم يحلف لم يحكم له إلا بينة أو إقرار.

<sup>1</sup> غلاب بن صقر الغويري العتيبي، المرجع السابق، ص 77

<sup>2</sup> ثبت عن بعض الصحابة أنهم كانوا يفتدون أيانهم، كما ثبت عن بعضهم الترفع عن اليمين الصادقة انظر: سليم علي مسلم

الرجوب، المرجع السابق، ص 144

<sup>3</sup> محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 277

<sup>4</sup> ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 232

وأما إذا كان المدعي لا يعلم ذلك، والمدعى عليه هو المنفرد بمعرفته، فإنه إذا نكل عن اليمين حكم عليه بالنكول، ولم ترد على المدعي، كحكومة عبد الله بن عمر وغريمه في الغلام، فإن عثمان قضى عليه " أن يحلف أنه باع الغلام وما به داء يعلمه " وهذا يمكن أن يعلمه البائع، فإنه إنما استحلفه على نفي العلم: أنه لا يعلم به داء، فلما امتنع من هذه اليمين قضى عليه بنكوله.

وعلى هذا: إذا وجد بخط أبيه في دفتره: أن له على فلان كذا وكذا، فادعى به عليه، فنكل وسأله إحلاف المدعي: أن أباه أعطاني هذا، أو أفرضني إياه، لم ترد عليه اليمين، فإن حلف المدعى عليه، وإلا قضى عليه بالنكول، لأن المدعى عليه يعلم ذلك. وكذلك لو ادعى عليه: أن فلانا أحالني عليك بهائة، فأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين، وقال للمدعي: أنا لا أعلم أن فلانا أحالك"، ولكن احلف وخذ، فهاهنا إن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه<sup>1</sup> .

حيث استدل أصحاب هذا الرأي بجميع الحجج السالف ذكرها سواء المتعلقة بالفضاء بالنكول او برد اليمين فمن بين ما استدلو به :

- قضاء عثمان بن عفان على ابن عمر - رضي الله عنهم - الذي سبق وان اشرنا إليه حيث روي أن ابن عمر قد باع عبدا عنده بثلاثمائة درهم بالبراءة فخاصمه صاحب العبد فيه عند عثمان رضي الله عنه، فطلب عثمان رضي الله عنه من ابن عمر أن يحلف على انه قد باع العبد وما به عيب يعلمه فأبى فقضى عثمان رضي الله عنه برد العبد عليه.

ووجه الدلالة في ذلك ان عثمان رضي الله عنه لم يرد اليمين على المدعي بل قضى بناء على نكول ابن عمر رضي الله عنهما، لان ماوجهت بشأنه اليمين (مسألة علم ابن عمر بالعيب) هو مما لا يمكن للمدعي معرفته والجزم به وبالتالي فلا جدوى من رد اليمين على هذا الأخير<sup>1</sup> قضاء عمر رضي الله عنه على عثمان رضي الله عنه الذي سبق وان اشرنا إليه حيث استقرض المقداد سبعة آلاف درهم من عثمان الله عنه فلما تقاضاه قال إنها هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر رضي الله عنه، فقال المقداد احلفه أنها سبعة آلاف فقال عمر أنصفك، فأبى عثمان أن يحلف فقال عمر خذ ما اعطاك، ووجه الدلالة في ذلك أن المقرض ان كان يعلم مقدار ما اقرض خصمه فان كان صادقا في ما ادعى حلف وقضى له بما ادعى وفي حال العكس لا يحق له أن يدعي ما لا يعلم صحته، فإذا نكل المقرض عن اليمين (خصمه) لم يقضى له بمجرد

1 غلاب بن صقر الغويبري العتيبي، المرجع السابق، ص 79

2 نفس المرجع، ص 79

النكول، فهذا الأخير لا يكون عالماً بصحة دعواه وعلى هذا إذا قيل للمدعي احلف ان كنت عالماً بصحة دعواك فحلف وقضي له كان الحكم عادلاً<sup>1</sup>

وهناك من يضيف رأي آخر، حيث يرى ابن أبي ليلى بان يتولى القاضي تقدير القضاء بناء على النكول او رد اليمين بالنظر إلى شخص المدعي المدعي فإذا كان هذا الأخير متبها بريية او تواطؤ قضى برد اليمين عليه وفي غير ذلك يحكم القاضي بمجرد نكول المدعى عليه دون الحاجة لرد اليمين<sup>1</sup>

ويمكن القول في هذا السياق أن هناك فرضان في حال نكول من وجهت إليه اليمين، فيما أن ترد اليمين على المدعي أو ان يذهب القاضي للقضاء بالنكول وما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية و ابن القيم يشمل الرأيين وهو مارجحه العديد من الفقهاء و الذي نميل إليه كونه يجمع ما بين القولين ويضفي مرونة في عمل القاضي لأجل تحقيق العدل .

ثانياً- طبيعة و حجية النكول ويمين الرد بالنظر لوسائل الإثبات الأخرى:

متى أقام من ادعى الحق البينة أمام القاضي قضي له كأصل عام ولا يمكن لمن أقيمت عليه بعد ذلك طلب توجيه اليمين إلى المدعي لإثبات صدقه، إذ يعتبر ذلك بمثابة طعن في الشهود وإلزام المدعى بحجة أخرى بعد إقامته الدليل او الحجة، أما في حال تعذر ذلك أمكن المدعي طلب توجيه اليمين لإثبات صدق المدعى عليه في إنكاره ويحتمل مع ذلك ان يحلف هذا الأخير ويقضى لصالحه أو ينكل حيث حيث اختلف الفقهاء حول إمكانية القضاء بناء على النكول على النحو الذي سبق وان اشرنا إليه و حول طبيعته ويمين الرد وقوتها الاثباتية بالنظر لطرق الإثبات الأخرى من جهة ثانية .

**1- طبيعة النكول ومرتبته بالنظر لوسائل الإثبات الأخرى :**

1 محمود محمد ناصر بركات ، المرجع السابق، ص 277

2 استثنى من ذلك صورتان : الاولى اذا اقيمت بينة بعين لشخص لانعلم هل باعها ام وهبها يحلف كما قال الشافعي بانها لم تخرج عن ملكه بوجه من الوجوه ثم تدفع اليه ، والثانية اذا اقيمت بينة باعسار المديون لجواز ان يكون له مال في الباطن فان ادعى بعد اقامة البينة مقسطا له او ابراء منه في الدين او شراء عين من مدعيها او هبتها او اقباضها منه حلفه خصمه على نفي ما ادعاه وهو انه ماتادى منه الحق ولا ابراء من الدين ولا باعه العين ولا وهبه اياها الشرييني وهناك من يرى ان الحلف مع البينة يمون في عشر حالات انظر شمس الدين بن محمد الخطيب الشرييني ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، الجزء الرابع الطبعة الاولى

دار المعرفة بيروت لبنان 1997 هامش ص 620

3 سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق ، ص 146

اختلف الفقهاء القائلين بالنكول حول طبيعته وقوته الاثباتية بالنظر لطرق الإثبات الأخرى، ويمكن تصنيف أقوالهم في ثلاث آراء:

1/ طبيعة النكول بالنظر لوسائل الإثبات الأخرى :

الرأي الأول: النكول بمثابة الإقرار : يرى بعض الأحناف، وجماعة من الحنابلة في قول صوبه الإمام أحمد، بان النكول بمثابة الإقرار من حيث الحجية، مؤسسين رأيهم على أن المدعى عليه لو كان صادقا في إنكاره لما امتنع عن أداء اليمين الموجهة إليه تأكيدا لصدقه، وان كان النكول كالإقرار كما سبق وان اشرنا إلا انه قاصر الدلالة لاقترانها بشبهة العدم، وفي هذا السياق يرى الشافعية في الصحيح من مذهبهم أن النكول بمثابة الإقرار غير أنهم اشتطوا رد اليمين على المدعي لحسم النزاع، وهو ما لم يقل به أصحاب هذا الرأي.

ويرد على حجة أصحاب هذا الرأي أن اعتبار نكول المدعى عليه بمثابة إقرار لا يمكن الجزم به في جميع الأحوال إذ يمكن أن يكون هذا الامتناع راجعا إلى رغبة من وجهت إليه اليمين في تركها إما تورعا أو ترفعا عن أدائها وهو ما ثبت عن صحابة رسول الله رضوان الله عليهم، فالنكول يمتثل إما الامتناع عن اليمين الكاذبة او والترفع عن اليمين الصادقة وبالتالي لا يمكن اعتباره بمثابة حجة على عدم صدق المدعى عليه في إنكاره لاحتمال دلالته، وهذا ما لا يتماشى مع الحجية المعترف بها للإقرار في جميع الأحوال .

الرأي الثاني: النكول كالبذل والترك : يرى الإمام أبو حنيفة، و البعض من الحنابلة أن النكول يمتثل إما البذل أو الترك، فيكون تورع المدعى عليه وترفعه عن اليمين الصادقة بمثابة إباحة أو ابدل أما تركه و امتناعه عن أداء اليمين الكاذبة فيعد بمثابة إقرار، ولولا ذلك لقام المدعى عليه على بأداء اليمين الموجهة إليه درءا للضرر الذي قد يلحقه مما هو مدعى به عليه من جهة واداء لما هو واجبه عليه على اعتبار أن اليمين الموجهة إليه في هذا الإطار واجبة استنادا إلى ما جاء في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "...واليمين على من أنكر"،

1 شمس الدين احمد بن قودر ، المرجع السابق ، ص 183

2 سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق ، ص 146

3 شمس الدين احمد بن قودر ، المرجع السابق ، ص 183

4 انظر :سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق ، ص 146

5 شمس الدين احمد بن قودر ، المرجع السابق ، ص.ص 185. 186، وهناك من يرى ان امتناع المدعى عليه عن الواجب (اليمين) ظلم للمدعي الا انه تم الرد على هذا الراي في كون انه من حق المدعى عله الترفع عن اليمين الصادقة و صدق المدعى عليه يستلزم كذب المدعي والكاذب ليس بمظلوم في هذا المعنى بل ظالم

6 انظر في هذا المعنى : سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق ، ص 147

ومن الأولى اعتبار نكول المدعي بمثابة بذل أو إباحة لتفادي تكذيب المدعى عليه - في حال ما إذا اعتبرنا نكوله إقرارا - وما يترتب عن ذلك من إنكار وقدر في عدالته، فالبذل صانة لعدالة المدعى عليه اذ لا يعني تكذيب هذا الاخير بل تبقى مسألة صدقه أو كذبه في إنكاره مسألة تقديرية احتمالية حيث يتنازل عن منازعة المدعي فيما ادعاه دون الاعتراف له باحقية بما ادعى فيحل النزاع دون الحاجة إلى تكذيب،

**الرأي الثالث : النكول كالبينة :** يرى بعض الحنابلة في الراجح من مذهبهم أن النكول بمثابة بينة<sup>1</sup> وهو ما رجحه الإمام ابن القيم بعد مناقشته للاراء السالف ذكرها وفي هذا السياق يقول: "...والصحيح أن النكول يقوم مقام الشاهد والبينة، لا مقام الإقرار ولا البذل، لأن التاكل قد صرح بالإنكار، وأنه لا يستحق المدعى به، وهو مصر على ذلك، متورع عن اليمين، فكيف يقال: إنه مقر، مع إصراره على الإنكار، ويجعل مكذبا لنفسه؟، وأيضا لو كان مقرا لم تسمع منه بينة نكوله بالإبراء والأداء، فإنه يكون مكذبا لنفسه، وأيضا فإن الإقرار إخبار وشهادة المرء على نفسه، فكيف يجعل مقرا شاهدا على نفسه بنكوله، والبذل إباحة وتبرع، وهو لم يقصد ذلك، ولم يخطر على قلبه، وقد يكون المدعى عليه مريضا مرض الموت، فلو كان النكول بذلا وإباحة اعتبر خروج المدعى من الثلث، فتبين أن لا إقرار ولا إباحة، وإنما هو جار مجرى الشاهد والبينة، فإن " البينة " اسم لما تبين الحق، ونكوله -مع تمكنه من اليمين الصادقة التي يبرأ بها من المدعى عليه ويتخلص بها من خصمه - دليل ظاهر على صحة دعوى خصمه وبيان أنها حق، فقام مقام شاهد القرائن<sup>1</sup> "

وي حسب رأي الإمام ابن القيم فان النكول لا يكتسب نفس قوة وحجية البينة بل أقيم مقامها فهو اضعف منها حيث وضعه موضع شاهد القرائن فيحكم به القاضي في حال عدم وجود دليل إثبات آخر، وهذا في نطاق الدعاوى التي يقضى فيها بناء على اليمين أما بالنسبة للذين اعتبروه بمثابة إقرار فيعتبر كطريق للحكم فيما تعلق بدعاوى المال وما يدخل في مفهومه وكذا ما ثبت به المال في دعاوى القصاص من دية غيرها مما يستحق للضحية في هذا الاطار، سواء أ تعلق الأمر بالنفس او في ما دونها.<sup>1</sup>

1 سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق، ص 147

2 نفس المرجع، ص 147

3 انظر: سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق، ص 148

بالنسبة للذين اعتبروه بذلاً فيعتبر كطريق للحكم في الدعاوى التي يقضى فيها باليمين وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بدعاوى المال وما يدخل في مفهومه من حقوق العباد، أما فيما تعلق بالحقوق الخالصة لله عز وجل على غرار الحدود فلا يجوز القضاء فيها بناءً على النكول، كونه بذل عد البعض والحدود لا تتحمل البذل والإباحة، أو إقرار مشوب بشبهة العدم كما سبق وان اشرنا حيث لا يمكن اثبات الحدود بدليل فيه شبهة، ومن جهة ثانية يقوم النكول عند هؤلاء مقام الإقرار أي انه ليس إقرار بوجه الدقة، ومادامت الحقوق الخالصة لله على غرار الحدود لا تثبت بالإقرار بعد الرجوع فانها لا تقام بالنكول الذي يقوم مقام الإقرار<sup>1</sup>. وهناك من يرجح الرأي الذي اتجه إليه الأحناف والذي يعتبر النكول بمثابة بذل أو ترك من طرف المدعى عليه الذي عجز عن إقامة الدليل وتورع عن اليمين، فيكون نكوله إما امتناعاً عن اليمين الكاذبة أو ترفعا عن اليمين الصادقة وهو ليس متبرعاً<sup>2</sup> مالاً ميثبت لعكس، ولا نكوله بمثابة الإقرار كما سبق وان اشرنا، أما اعتباره بمثابة بينة فهو لا يتوافق مع طبيعة الأشياء، إذ لا يمكننا وصف المدعى عليه (الناكل في هذا السياق) بغير انه مقرر او باذل.

#### ب/ مدى حجية النكول بالنظر لوسائل الإثبات الأخرى :

كما سبق وان اشرنا تختلف نظرة المذاهب الفقهية لحجية النكول بالنظر إلى وسائل الإثبات الأخرى إذ يعتبر أقوى حجية عند الذين أقاموه مقام الإقرار عن تلك التي اعترف لها بها الذين أقاموه مقام البذل، ومع ذلك يمكن ان يقدم المدعى عليه بينة على صدق إنكاره أو ان يقبل الحلف حيث اختلف الفقه حول حجية النكول في هذا السياق، حيث لا يمكن نقض الحكم الذي تم تأسيسه على نكول المدعى عليه لقبول هذا الأخير الحلف إذ لا يعتد القاضي بذلك لتعلق الأمر بحق المدعى أما إذا رضي هذا الأخير بالحلف فيمكن تلخيص آراء الفقهاء في قولين أرجحهما أن يحلف المدعى عليه<sup>3</sup>، أما بخصوص حجية نكول المدعى عليه في حال تقديمه لبينة على صدق إنكاره، فهناك من ذهب إلى عدم سماع البينة في هذه الحالة، بينما أجاز بعض الأحناف للمدعى عليه إقامة البينة لنقض الحكم الذي أسس على النكول<sup>4</sup>.

1 نفس المرجع ، ص 148

2 فللتبرع صورته المعروفة من الرضى والقبول وما الى ذلك

3 شهاب الدين الهمداني الحموي ، المرجع السابق، ص. 487-488

4 نقل هذا صاحبي الدر المختار والبحر الرائق عن الخانية سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق ، ص 149

## 2- مدى حجية يمين الرد بالنظر لوسائل الإثبات الأخرى :

بالنسبة للمسائل التي يجوز الإثبات فيها باليمين اعتبر فريق من الفقهاء رد اليمين على المدعي طريقاً من طرق الحكم في حال نكول من وجهت إليه اليمين كما سبق وان اشرنا، فان لم يحلف من ردت عليه اليمين سقطت الدعوى اما إذا حلف اثبت مايدعيه وقضي له، وفي هذا السياق اختلف الفقهاء حول مدى حجية يمين المدعي التي حلفها بعد الرد في حال إقامة المدعى عليه البيينة على صدق إنكاره ويمكن تلخيص آرائهم في قولين : الأول: ويرى بان يمين المدعي تكتسي نفس الحجية المعترف بها للبيينة، فإذا تقدم المدعى عليه بيينة في هذا السياق يأخذها القاضي بالحسبان في تقديره للحكم<sup>1</sup> غير أن حجية هذه اليمين (يمين المدعي) كبيينة تكون نافذة في حق المدعي كأصل لا في حق طرف آخر<sup>2</sup>.

الثاني : ويرى بان يمين المدعي تكتسي نفس الحجية المعترف بها للإقرار وهو الأظهر عند الشافعية والحنابلة، وعلى هذا الأساس فحتى ولو اظهر المدعى عليه بيينة بعد ذلك فلا يأخذ القاضي بها، وهناك من يرد على الشافعية انطلاقاً من أن اعتبار نكول المدعى عليه بمثابة إقرار وهو من أقوى البيينات حجية بنفي الغرض من رد اليمين على المدعى.

1 انظر: سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق ، ص 145

2 شهاب الدين الهمذاني الحموي ، المرجع السابق ص 494

3 سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق ، ص 146

• وضعت معاهدة أو صلح وستفاليا (Westpahalia) التي عقدت بمقاطعة وستفاليا بألمانيا اسس العلاقات الدولية التي استمرت راسخة لقرون. على إثر سنوات طوال من الحروب الدينية في أوروبا بين أبناء الكنيستين الكاثوليكية والبروتستانتية اجتمع كبار قادة القارة في وستفاليا عام 1648 حيث أقروا جملة مبادئ اتفقوا على أن تحكم العلاقات الدولية ، أملين أن تحقق هذه المبادئ الاستقرار في العلاقات الدولية وأن يحول تطبيقها دون اندلاع الحروب الدينية من جديد ، بكل ما جرته هذه الحروب على القارة من ويلات وصراعات دامية وأحقاد مستعرة، وكان أبرز هذه المبادئ ثلاثة هي :

مبدأ الولاء القومي والذي قصده أن يكون ولاء الأفراد والشعوب هو للجنسية (للقوم) وليس للكنيسة .

مبدأ السيادة ويعني : سلطة الدولة في الانفراد التام بإصدار قراراتها داخل حدود إقليمها ورفض الامتثال (الخضوع) لأية قرارات خارجية إلا بإرادتها . إن كل دولة في البيئية الدولية تسعى إلى تحقيق مصالحها في ضوء قوتها ، كما أن مقدرتها على تبني وتحقيق أهداف طوح تتناسب طردياً مع حجم قوتها .

مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول: ويرتبط هذا المبدأ بسابقه ويؤكد عليه وهو يعني حق كل دول في اختيار كافة أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحياتية... إلخ، بحرية تامة ودونها تدخل من جانب أي قوى خارجية ، وقد ارتبطت العلاقات الدولية بهذا المبدأ لحقب طويلة ونص عليه بوضوح ميثاق الأمم المتحدة منذ نشأتها في عام 1945

## خاتمة:

تعتبر اليمين من بين وسائل الإثبات المتفق عليها حيث تعتبر بمثابة دليل الإثبات الأخير للمدعي الذي لم يتمكن من إقامة البينة على ما ادعاه حيث يتوقف توجيهها على طلب المدعي وذلك في المسائل المتعلقة بالمال او ما يقوم مقامه دون حقوق الله كالحدود فاذا حلفها من وجهت إليه اثبت إنكاره و كسب الدعوى، أما إذا نكل فقد اختلف الفقه حول مدى اعتبار النكول كدليل إثبات وطريق للحكم، فهناك من رأى بالقضاء بناء على نكول المدعي وهناك من رأى بضرورة رد اليمين على من وجهها، فاذا حلف كسب دعواه وان ابى سقطت الدعوى بينها ذهب البعض الى القول بوجوب اداء اليمين وبالتالي لابد من ارغام من وجهت اليه على ذلك، بينها بقضي الرأي الراجح في هذا السياق بمنح القاضي صلاحية تقدير القضاء بناء على النكول او رد اليمين وذلك بحسب تقديره ومدى معرفة و اطلاع الأطراف على الحق المدعى به، من جانب ثاني لم تكن مسألة منزلة النكول من بين وسائل الإثبات الأخرى من حيث الحجية محل اتفاق، فهناك من اعتبره بمثابة إقرار بينما ذهب البعض الأخر إلى اعتباره بمثابة بينة بينها يرى البعض الآخر انه لا يتعدى كونه بذلا او ترك إذ يفترض النكول امتناع الخالف عن أداء اليمين الكاذبة او ترفعه عن اليمين الصادقة وإباحته وهو مارجحه عدد من الفقهاء حيث تعكس هذه الاتجاهات المرونة التي تتمتع بها قواعد الفقه الإسلامي والتي تمكنها من مسايرة كل زمان ومكان وتحقيق العدالة التي تبقى غاية جميع المتقاضين .

## قائمة المراجع :

- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المجلد الاول، دار عالم الفوائد للنشر، دون بلد نشر، والتوزيع بدون سنة نشر .
- سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات : " دراسة فقهية قانونية مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الاردن، 2006 .
- شمس الدين احمد بن قودر، نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية بيروت 2003.
- شمس الدين بن محمد الخطيب الشريني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، الجزء الرابع الطبعة الاولى دار المعرفة بيروت لبنان 1997

وهكذا فقد أراد المؤمنون في وستفاليا من خلال هذه المبادئ أن يرسوا بيئة دولية تستمد استقرارها من المبادئ الثلاثة ، وتقوم على علاقات بين دول قومية ذات سيادة ترفض التدخل في شئونها الداخلية ، وتسعى بكل السبل إلى تحقيق مصلحتها القومية .

- شهاب الدين الهمذاني الحموي، أدب القضاء، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الارشاد، بغداد، 1984
- غلاب بن صقر الغويري العتيبي، الإثبات باليمين في نظام المرافعات الشرعية السعودي، دراسة تاصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008 .
- محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دارالمعارف، بيروت، 1982 .
- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي، الطبعة الاولى، دار النفائس، الاردن، 2007.

## عقد حفظ الحق كتقنية للترقية العقارية

أ. بن عامر محمد

أستاذ مساعد - قسم "أ"

كلية الحقوق - جامعة يحي فارس بالمدينة

الملخص:

أزمة السكن التي عرفتها ولا زالت تعرفها الجزائر، اقتضت تدخل السلطات العمومية للتكفل بها، ولاسيما من خلال تنويع المتدخلين وتقنيات التدخل في سوق الترقية العقارية. وفي سياق تنويع تقنيات التدخل، يعد عقد حفظ الحق أحد أبرز الآليات المعول عليها لبعث وتفعيل سوق الترقية العقارية. من خلال هذا المقال، حاولنا البحث عن أهم ما يثيره هذا العقد من إشكالات، وخاصة منها: أهميته العملية، طبيعته القانونية، خصائصه، الالتزامات التي يرتبها على طرفيه.

الكلمات المفتاحية: السكن، السلطة العامة، سوق الترقية العقارية، الملكية العقارية، عقد حفظ الحق.

### Résumé

Face à la crise de logement, les pouvoirs publics sont intervenus pour prendre en charge ce fardeau social, en optant pour une solution qui se décline en deux volets : la diversification des intervenants, et la diversification des techniques d'interventions sur le marché de la promotion immobilière. Ainsi, et dans le sillage de la diversification des techniques d'interventions, le contrat de réservation vient occuper une place de choix, dans la mesure où les pouvoirs publics attendent beaucoup de ce contrat pour booster et relancer le marché de la promotion immobilière.

Par le biais de cet article, on a tenté de traiter les problématiques majeurs que suscite ce contrat, et notamment : son intérêt pratique, sa nature juridique, ses caractéristiques et les obligations qu'ils incombent sur ses parties prenantes.

مقدمة

الحق في السكن أحد أكثر الاحتياجات الاجتماعية حيوية، ولهذا وضعت الدولة، منذ السنوات الأولى للاستقلال، هذا الحق على رأس الأولويات وعملت جاهدة على إشباعه من خلال تبني سياسات عمومية سكنية وتكريسها على أرض الواقع عن طريق أداة إنجاز عمومية.

وعلى الرغم من الجهود المبذولة للنهوض بقطاع السكن، فإن المعروض منه ظل بعيدا عن الطلب الذي ظل في نسق تصاعدي، الأمر الذي استوجب من السلطات العمومية مراجعة الإطار القانوني الذي يحكم الاستثمار في مجال السكن، ولاسيما من خلال فتح مجال الترقية العقارية أمام المبادرة الخاصة وكذا العمل على تنويع تقنياتها وعقودها.

ففي سياق تنويع تقنيات وعقود الترقية العقارية، وإلى جانب عقد البيع الذي يبقى الأداة القانونية الطبيعية لنقل الملكية العقارية، ولا اعتبارات مالية وعملية تخص كل من المرقي والمكاتب، أقر المشرع أنماط جديدة للبيع، استمدتها من التشريع الفرنسي، تعرف تحت مسمى "بيع العقار في طور الإنجاز"

من خلال هذا المقال، سنتناول عقد حفظ الحق باعتباره تقنية من تقنيات الترقية العقارية وصورة من صور بيع العقار في طور الإنجاز، والذي تبناه المشرع الجزائري مجددا، على اعتبار أنه سبق تنظيمه بموجب القانون 07-86 المؤرخ في 4 مارس سنة 1986 المتعلق بالترقية العقارية ليتم إلغاؤه لاحقا من خلال المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري، بموجب القانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2011 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وذلك من خلال البحث في الإشكالية الآتية: ماهي الطبيعة القانونية لعقد حفظ العقد؟ وما هي الأهمية العملية لمثل هكذا تقنية؟ وما هي طبيعة الالتزامات التي يرتبها عقد حفظ الحق على عاتق طرفي العلاقة؟ للإجابة على الإشكالية المطروحة وكذا التساؤلات المثارة، سنحاول معالجة الموضوع من خلال مبحثين:

- المبحث الأول: نتطرق فيه لمفهوم عقد حفظ الحق؛ وذلك بالتطرق لتعريف هذا العقد وبيان أهميته العملية، وكذا البحث في طبيعته القانونية وصولا للكشف عن أهم خصائصه، - المبحث الثاني: نعرض فيه على آثار هذا العقد؛ بتناول أبرز الالتزامات التي يرتبها على طرفي العلاقة.

ومن خلال هذه الدراسة، سنحاول التطرق لموقف التشريع الفرنسي كلما اقتضى الأمر؛ على اعتبار أنه يشكل المصدر المادي التاريخي للتشريع الجزائري.

### المبحث الأول: مفهوم عقد حفظ الحق

يعد عقد حفظ الحق صورة من صور بيع العقار في طور الإنجاز، ولهذا قد يتداخل مفهومه مع صور أخرى من البيوع الواردة على العقار تحت الإنشاء، الأمر الذي يقتضي بنا

تعريفه وبيان أهميته العملية في نقطة أولى (المطلب الأول)، على أن نخصص نقطة ثانية للبحث في التكييف القانوني لهذا العقد وصولاً لتحديد طبيعته القانونية وأهم خصائصه (المطلب الثاني)

المطلب الأول: التعريف بعقد حفظ الحق وأهميته العملية

سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض لتعريف عقد حفظ الحق من خلال القانون 07-86 المتعلق بالترقية العقارية وكذا القانون الأخير 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية (الفرع الأول)، مع بيان الأهمية العملية لهذه التقنية في سبيل النهوض بقطاع الترقية العقارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بعقد حفظ الحق

في مجال البيوع العقارية، جرى العرف في فرنسا على إعداد عقد أولي يسبق العقد النهائي وذلك بغية إلزام طرفي المعاملة أو إحداها على احترام تعهداتها، الشيء الذي يجسد عادة في صورة وعد بالبيع من جانب واحد على اعتبار أن العقد النهائي يترك لاحقاً، كون تحريره يستوجب تدخل الموثق.

وفي سياق ما تقدم، فقد رسم المشرع الفرنسي من خلال القانون 67-03 المؤرخ في 3 جانفي 1967 عقد حفظ الحق جاعلاً منه الشكل والأداة القانونية الوحيدة السابقة عن إبرام العقد النهائي في المجال المحمي (1)(2).

وقد عرفه المشرع الفرنسي في نص المادة 15-261 L من قانون البناء والسكن على أنه: "العقد الذي بموجبه يلتزم البائع (réservant) -البائع المستقبلي- على حجز عقار أو جزء من العقار المقرر إقامته لفائدة المحجوز له (réservataire)، -المشتري المستقبلي- في مقابل دفع مبلغ ضمان". فعقد حفظ الحق يعد بمثابة عقد تحضيري وابتدائي (contrat préparatoire et préliminaire) للبيوع العقارية التي هي في طور الإنشاء (3).

أما المشرع الجزائري، فقد تناول عقد حفظ الحق لأول مرة بموجب القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، وهذا في إطار البيع لأجل، حيث نصت المادة 29 منه على أنه: "يمكن الهيئة العمومية، التي يخولها قانونها الأساسي إنجاز عمليات الترقية العقارية، أن تقترح "البيع"، بناء على مخططات تمت الموافقة عليها، طبقاً لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير. كما يمكن المكتب لإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية، الذي يستوفي قانوناً جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بها، أن يقترح "البيع" بناء على تصاميم تمت الموافقة عليها، طبقاً لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير، والمستخلصة من دفتر

شروط". وقضت المادة 30 من نفس النص على أنه: "يجب أن يسبق كل تنازل، في إطار البيع الآجل، تحرير عقد "حفظ الحق" الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية"، وبالفعل فقد صدر المرسوم رقم 86-38 المؤرخ في 4 مارس 1986 يحدد شروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته، ويضبط دفتر الشروط النموذجي والمنوال النموذجي لعقد حفظ الحق<sup>4</sup>.

والملاحظ على الإرادة التشريعية، أنها لم تلتزم من خلال القانون 86-07 بتسمية واحدة لهذا العقد، فمرة تطلق عليه عبارة "عقد حفظ الحق" وأحيانا "البيع بناء على التصاميم" و أحيانا أخرى "العقد التمهيدي" على النحو الذي تبناه المشرع الفرنسي ( *contrat préliminaire*)، يبقى أن هذا العقد يمهد للعقد النهائي الناقل للملكية العقار موضوع عقد حفظ الحق، ومن خلاله يلتزم المترشح للملكية بصب ضمان في حساب خاص، باسم طالب حفظ الحق، يفتح لدى المؤسسة المالية المخولة<sup>5</sup>، و في المقابل يلتزم المكتتب بتبليغ حافظ الحق بمشروع عقد البيع، قبل شهر على الأقل من تاريخ توقيع العقد النهائي<sup>6</sup>.

و على الرغم من الانتشار الملحوظ في الميدان لعملية بيع العقارات ذات الطابع السكني وهي لازالت في طور الإنجاز، غير أن المشرع الجزائري لم يتناول من خلال المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري صراحة فكرة العقود الابتدائية (بما فيها عقد حفظ الحق) والنهائية، حيث ترك أمر تحديد نموذج العقد الواجب الإلتباع لحرية اختيار الأطراف على النحو الذي يخدم مصالحها، وهو الأمر الذي ينطوي على خلل كبير لا بد وأن يؤخذ بعين الاعتبار عند تعديل هذا النص حتى يكيف و واقع سوق البيع على التصاميم أو على الأقل مع التشريع الفرنسي<sup>7</sup>.

غير أن صدور القانون 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، جعل المشرع يتدارك الوضع ويتناول مجددا عقد حفظ الحق كأحد تقنيات الترقية العقارية، حيث عرفه من خلال نص المادة 27 منه على أنه: "العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنجائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير. يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون. يحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم"<sup>8</sup>. هذا، و يتعين على المرقى العقاري، بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناءة أو لجزء منها،

إعداد عقد بيع البناء أو جزء من البناء المحفوظة، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق<sup>(9)</sup>

والملاحظ من خلال مقارنة تعريف عقد حفظ الحق في كل من التشريع الجزائري ونظيره الفرنسي، هو وقوع المشرع الجزائري في خلط بين عقد حفظ الحق و العقد النهائي، كون المرقى العقاري في هذا الأخير يلتزم بتسليم العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق فور الانتهاء من الأشغال، وهو نفس الالتزام الذي يقع على عاتق البائع في عقد البيع العادي، والحقيقة أن تعريف المشرع الجزائري لا يتماشى وطبيعة عقد حفظ الحق الذي يعد من قبيل الاتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي، والذي يهدف إلى التحضير لإبرام البيع النهائي فضلا عن كونه أداة لجس نبض السوق<sup>(10)</sup>.

كما يتعارض تعريف المشرع مع فحوى نص المادة 32 من القانون 04-11، التي نصت على إمكانية فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر، أو بطلب من صاحب حفظ الحق، أو بطلب من المرقى في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته، وبذلك كان الأجدر بالمشرع الجزائري مسaire التعريف الذي أقره المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي<sup>(11)</sup>.

#### الفرع الثاني: الأهمية العملية لعقد حفظ الحق

في إطار البيع على التصاميم، العديد من الأسباب تجعل من غير الممكن أو على الأقل من غير المحبذ إبرام العقد النهائي مباشرة. وفي المقابل، فإن الأسباب نفسها تجعل من إبرام عقد ابتدائي مسألة ضرورية تستجيب لاعتبارات عديدة تخدم في مجموعها مصالح البائع (المرقى العقاري) والمشتري معا (المكاتب)، نوجزها فيما يلي:

#### أولا: جس نبض السوق (Tâter le terrain)

يمكن العقد التمهيدي المرقى العقاري من تقييم درجة نجاح مشروعه من خلال اختبار مدى تقبل السوق لمشروعه الإسكاني الذي يظهر من عدد الأشخاص الذين يريدون إبرام عقود حجز معه، وبالتالي تفادي خطر الخوض في مشروع مآله الفشل<sup>(12)</sup>، ذلك أنه بوسع المرقى التخلي عن المشروع مع رده لمبلغ التسيق المودع كضمان لأصحابه. فمن الناحية العملية، تتضمن عقود حفظ الحق بند مفاده أن إنجاز المشروع يتوقف على بلوغ معدل معين من الحجز<sup>(13)</sup>.

#### ثانيا: تعبئة الموارد المالية (Mobilisation des fonds)

أمام الصعوبات التي توجه المرقى العقاري في إنجاز أو إنهاء البناء بصفة جيدة باعتباره لا يملك في أغلب الحالات الوسائل والإمكانات المالية الكافية، اقتضت مصلحته أن يرتبط مع المشتري بموجب اتفاق ما قبل التعاقد في انتظار إبرام العقد النهائي بعد نهاية الأساسات<sup>(14)</sup>.

يسمح العقد الابتدائي - عقد حفظ الحق - من تعبئة الموارد المالية للمشروع المعول إنجازها، سواء من خلال التسيقات المدفوعات من قبل الملاك المستقبلين أو من خلال المساهمة المالية للبنوك في المشروع على اعتبار أن العقد التمهيدي يعد ضماناً للحصول على تمويلات (قروض) أمام الهيئات المصرفية<sup>(15)</sup>.

### ثالثاً: تحديد العناصر الأساسية للعقد النهائي

يتيح العقد التمهيدي التريث و تحديد العناصر الأساسية للعقد النهائي من سعر وطبيعة الخدمات المؤداة بصفة توعية قبل الالتزام النهائي بها<sup>(16)</sup>.

### المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد حفظ الحق

لقد ثار جدل حاد في الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق<sup>(17)</sup>، كون المسألة لا تحمل في طياتها أهمية نظرية و فقط، بل يترتب على هذا التكييف الكشف عن أهم خصائص ومميزات هذا التصرف القانوني من جهة، وتحديد نطاق التزامات المرقى العقاري من جهة ثانية. ولهذا سنحاول البحث في الطبيعة القانونية لهذا العقد (الفرع الأول)، لتتطرق في نقطة ثانية لأهم خصائصه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق

يثور التساؤل في الجزائر، على غرار ما هو واقع في التشريع الفرنسي، حول الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق، هل يتعلق الأمر بوعد بالبيع من جانب واحد أو من جانبيين (promesse unilatérale ou synallagmatique de vente)؟ أو أنه وعد بالتفضيل (pacte de préférence)؟ أو أنه عقد ذو طبيعة خاصة (contrat sui generis)؟

قبل الحسم في طبيعة عقد حفظ الحق في الجزائر، يستحسن بنا استعراض موقف الفقه والقضاء في فرنسا من المسألة، خاصة وأن المشرع الجزائري قد استقى معظم أحكام هذا العقد من التشريع الفرنسي.

أولاً: العقد التمهيدي وعد بالبيع

الظاهر أن المشرع الفرنسي يرى في هذا العقد أنه وعد بالبيع، وهو ما يستشف من أحكام نص المادة **L261-15** والتي تقضي: "ويعد باطلا كل وعد آخر بالشراء أو بالبيع"، غير أن هذا التكييف غير مستساغ على اعتبار أن الوعد بالبيع يفترض تحديد الثمن، وهو الشيء الذي لا يحصل دائما كون الثمن يبقى توقعي (prix prévisionnel)<sup>(18)</sup>.

#### ثانيا: العقد التمهيدي وعد بالتفضيل

يرى جانب من الفقه<sup>(19)</sup> أن عقد حفظ الحق هو وعد بالتفضيل، وهو الأمر الذي انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من خلال محاولة التقريب بينهما، حيث قضت أن الحجاز لا يلتزم بالبيع بمجرد التوقيع على العقد التمهيدي، ولكن بالعرض للبيع، بالتفضيل، في حالة إنجاز المشروع<sup>(20)</sup>.

#### ثالثا: العقد التمهيدي ذو طبيعة خاصة

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، من خلال القرار الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة<sup>(21)</sup>، عقد حفظ الحق بأنه "عقد ذو طبيعة خاصة ملزم للجانبين"، وبالرغم من هذا القرار يبقى هذا الموضوع محل اختلاف رغم مرور 30 سنة على تطبيق القرار المشار إليه أعلاه أما عن طبيعة عقد حفظ الحق في القانون الجزائري، فقد تباينت المواقف بين اتجاه يرى أن المشرع و من خلال القانون 04-11 اعتبره "وعد بالبيع"، يلتزم فيه الواعد وهو المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء للموعد له وهو صاحب حفظ الحق فور الانتهاء من بنائه مقابل التزام هذا الأخير بدفع تسبيق في حساب مفتوح باسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية<sup>(22)</sup>.

والتكييف الذي أصبغه المشرع من خلال القانون 04-11 على عقد حفظ الحق، ووفقا لنفس الاتجاه دائما، يطابق التكييف الوارد في نص المادة 31 من القانون 07-86 التي نصت على أنه: "خلافًا لأحكام المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يجرى العقد التمهيدي المسمى "عقد حفظ الحق" في شكل "عقد عرفي"، ويخضع لإجراء التسجيل"، فإشارة المشرع إلى نص المادة 71 من القانون المدني الجزائري التي تتعلق بالوعد بالتعاقد تنفيذ بما لا يدع مجالاً للشك أن المشرع قد حسم في مسألة الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق واعتبره وعد بالبيع<sup>(23)</sup>.

أما الاتجاه الثاني<sup>(24)</sup>، فيرى أن عقد حفظ الحق لا يعد وعد بالبيع كون هذا الأخير ووفقا لنص المادة 71 قانون مدني لا يكون له أثر إلا إذا عينت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامها فيه، في حين أن كل من عنصري الثمن (السعر) والمدة (الآجال

القانونية لإبرام العقد النهائي) تبقى تقديرية فقط، كما أن الوعد بالبيع أصبح بموجب القانون 22-03 المؤرخ في 25-12-2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004<sup>25</sup> يشهر في المحافظة العقارية وهذا خلافا لعقد حفظ الحق الذي يخضع للنموذج الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 السابق ذكره وكذا للتسجيل غير أنه معفى من التزام الإشهار العقاري<sup>26</sup>، فعقد حفظ الحق يعد عقد ذو طبيعة خاصة ملزم للجانبين، يخص عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، هذه الطبيعة الخاصة تتجلى من خلال ما يتميز به من خصائص نتناوله من خلال الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: خصائص عقد حفظ الحق

من خلال الفرع المتقدم، تبين لنا أن لعقد حفظ الحق طبيعة خاصة تميزه عن باقي العقود والتي يمكن الكشف عنها من خلال البحث في أهم الخصائص التي تطبعه، ولعل أبرزها:

أولاً: عقد حفظ الحق عقد تبادلي

العقد التبادلي هو العقد الذي ينشئ التزامات متبادلة على عاتق كل من الطرفين<sup>27</sup>، فيلتزم المرقى العقاري بموجب عقد الحفظ بتخصيص<sup>28</sup> الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق بغرض اقتنائه عند إتمامه، كما يلتزم وفور الانتهاء من البناء بتسليمه وفقاً للآجال القانونية المحددة<sup>29</sup>، وفي مقابل ذلك يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق كضمان في حساب مفتوح باسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية

ثانياً: عقد حفظ الحق عقد مكتوب

لم يتطرق المشرع الجزائي من خلال القانون 04-11 إلى شكل عقد حفظ الحق؛ عرفياً كان أو رسمياً، بل أحال على التنظيم؛ فنصت المادة 27 منه على أنه: "يحدد نموذج عقد الحفظ عن طريق التنظيم"، وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المشار إليه أعلاه، نجده في الملحق الثاني منه تناول نموذج عقد حفظ الحق، حيث أوجب أن يتم لدى الموثق وهو الأمر الذي يضفي على هذا العقد الطابع الرسمي بالنظر إلى صفة القائم بإعداده<sup>30</sup>.

ويمكن تفسير رغبة المشرع في إضفاء الرسمية على عقد حفظ الحق في تلافى التجربة السيئة التي عرفها تطبيق القانون 07-86 المتعلق بالترقية العقارية، والذي لم يكن يشترط الرسمية في عقد الحفظ، حيث أن نص المادة 31 منه كانت تكتفي بإفراغه في شكل "عقد عرفي" مع إخضاعه للتسجيل، غير أن هذه الصيغة لم تكن تخلو من مخاطر مرتبطة بالطابع

العرفي للعملية<sup>31</sup> من جهة، علاوة على ما أصبحت تفرضه أحكام نص المادة 63 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 16-12-1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 على أنه: "يمنع مفتشوا التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية..."، فعملية تسجيل العقد تقتضي إفراغه في قالب رسمي<sup>32</sup>.

إضافة إلى ضرورة اتخاذ عقد حفظ الحق صورة النموذج المشار إليه أعلاه وبمعرفة الموثق، فقد استوجب المشرع تسجيله لدى مفتشي التسجيل والطابع، غير أنه لم يعين أجلا لذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي يشترط تسجيله في أجل 10 أيام تحت طائلة البطلان<sup>33</sup>، ونشير أن المشرع أعفى عقد حفظ الحق من التزام الإشهار العقاري<sup>34</sup>، كونه لا يرتب إلا التزامات شخصية ولا ينقل ملكية العقار المقرر بناؤه - ليس له أثر عيني -.

وقد أوجب المشرع من خلال نص المادة 30 من القانون 11-04 تضمين عقد حفظ الحق البيانات المتعلقة بأصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري، عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء، كما تضمن نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 بيانات أخرى دقيقة تتعلق بموقع ووصف البناية أو جزء من البناية موضوع عقد الحفظ وكذا الأملاك المشتركة والسعر التقديري للبيع و الأجال التقديرية للتسليم...<sup>35</sup>.

فهذه البيانات تسمح لصاحب حفظ الحق من تكوين فكرة دقيقة حول المشروع المقترح عليه، وكذا إجراء مقارنة، وقت التسليم، مع العقد النهائي، وبالنتيجة التوقيع أو التخلي عن العملية<sup>36</sup>.

### ثالثا: عقد حفظ الحق عقد غير ناقل للملكية

يعد عقد حفظ الحق صورة من صور العقود التمهيديّة التي تسبق العقد النهائي، فهو عقد غير ناقل للملكية العقار المحفوظ، بل يقتصر أثره على ترتيب التزامات شخصية بين طرفيه؛ فالمرقي العقاري يلتزم بتخصيص الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء لفائدة صاحب حفظ الحق، مقابل التزام الأخير بدفع تسبيق كضمان في حساب مفتوح باسمه<sup>37</sup>.

والعقد الذي يرتب الأثر العيني - نقل ملكية العقار - هو العقد النهائي الذي يلتزم المرقي بإعداده، بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناءية أو جزء منها، أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق<sup>38</sup>.

المبحث الثاني: آثار عقد حفظ الحق

عقد حفظ الحق عقد تبادلي يرتب التزامات متبادلة على طرفيه؛ فيلتزم صاحب حفظ الحق بإيداع مبلغ تسبيق في حساب مفتوح باسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية، علاوة على الالتزام بالشراء.

أما المرقمي العقاري، فيقع عليه الالتزام بتخصيص وحجز الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء لصالح صاحب حفظ الحق بغرض اقتنائه عند إتمامه، كما يلتزم بإعداد عقد البيع النهائي، وأخيرا يلتزم بالتسليم.

**المطلب الأول: التزامات صاحب حفظ الحق**

يقع على عاتق صاحب حفظ الحق التزامين أساسيين، هما: إيداع مبلغ التسبيق وكذا الالتزام بالشراء، نتطرق لهما على التوالي من خلال الفرعين التاليين.

**الفرع الأول: الالتزام بإيداع مبلغ الضمان**

يعد إيداع مبلغ الضمان عنصر أساسي في عقد حفظ الحق، كما يمثل الالتزام الوحيد لصاحب حفظ الحق الذي لا يعد ملزما بشراء العقار موضوع العقد؛ فصاحب حفظ الحق يعد مالك محتمل يمكنه التخلي عن الاكتساب مقابل ترك مبلغ التسبيق المودع<sup>39</sup>.

ويثور التساؤل عن طبيعة هذا الالتزام؛ هل يعد إيداع مبلغ الضمان عنصر إجباري في عقد حفظ الحق؟

التساؤل لا يثور في التشريع الجزائري، على اعتبار أن المشرع الجزائري سواء من خلال القانون الحالي، 04-11 المنظم لنشاط الترقية العقارية، أو القانون السابق، 07-86 المتعلق بالترقية العقارية، جعل من دفع التسبيق عنصرا إجباريا في عقد الحفظ، وفي هذا الصدد تنص المادة 52 من القانون 04-11: "في حالة عقد حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية، يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقمي العقاري، وفقا لأحكام المادة 27 أعلاه، لا يتجاوز عشرين في المئة من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين"، كما نصت المادة 34 من القانون 07-86 على أنه: "يلزم المترشح للملكية بإيداع ضمان يساوي مبلغه 20% من الكلفة التقديرية للعمارة المبيعة أو لجزئها المبيع".

أما في التشريع الفرنسي فالمسألة موضوع اختلاف، حيث اعتبر قرار صادر عن محكمة استئناف "بو" (Pau) مؤرخ في 03 أبريل 1996 أن عدم إيداع مبلغ الضمان لا يعد سببا لبطلان العقد التمهيدي لحفظ الحق<sup>40</sup>. علاوة على ذلك، فإن التنظيم الذي يحكم العقود التمهيدي لا يشترط إيداع مبلغ الضمان في حالة ما إذا كانت الآجال المقررة لإنجاز البيع

تجاوز الستين. في حين قضاة آخرون يجعلون من إيداع مبلغ الضمان مقابل إجباري للحجز<sup>(41)</sup>. أما محكمة النقض الفرنسية، فتصف العقد التمهيدي بالعقد " الملزم لجانبين"<sup>(42)</sup>، وإذا كانت الفرصة لم تسنح بعد لمحكمة النقض للفصل في الموضوع، فإن الطابع الأساسي لإيداع الضمان يمكن أن يؤدي إلى البطلان الذي يقرر في حالة أي إخلال من قبل الأطراف بالقواعد التي تحكمهم<sup>(43)</sup>.

أما فيما يخص مبلغ تسبيق الضمان، فإنه لا يتجاوز 20 % من السعر التقديري للعقار، سواء بالنسبة للقانون 07-86 أو القانون 04-11، أما في التشريع الفرنسي فإن نص المادة R.261.28 من قانون البناء والسكن تفترض مبلغ أقصى يختلف حسب المواعيد المقررة لإنجاز البيع، فإيداع الضمان لا يمكنه أن يتجاوز:

-5% من السعر التقديري للبيع إذا كانت آجال إنجاز البيع تقل عن السنة؛

-2% من السعر التقديري للبيع إذا كانت آجال إنجاز البيع لا تزيد عن الستين.

هذا ويمنع النص إيداع أي ضمان إذا كانت آجال إبرام البيع تزيد عن الستين

فيما يتعلق بصب مبلغ تسبيق الضمان، فطبقا للقانون 07-86 يصب مبلغ الضمان المودع في حساب خاص، باسم طالب حفظ الحق، يفتح لدى المؤسسة المالية المخولة<sup>(44)</sup>، ويكون غير قابل للتنازل أو الحجز أو التصرف فيه، كما ينتج فوائد طبقا للتشريع المعمول به طبقا لنص المادتين 34 و 35 من القانون المذكور أعلاه. أما القانون 04-11 فقد أوجب إيداع مبلغ التسبيق في حساب مفتوح باسم صاحب حفظ الحق لدى هيئة الضمان والكفالة المتبادلة<sup>(45)</sup>.

بالنسبة لتشريع الفرنسي، فإن إيداع الضمان يكون في حساب خاص مفتوح باسم صاحب حفظ الحق في بنك أو مؤسسة مالية متخصصة مؤهلة لهذا الغرض أو لدى موثق؛ الإيداعات التي تخص حجوز في بناية أو مجموعة عقارية مشتركة يمكن جمعها في حساب وحيد خاص يتضمن عنوان أو خانة (**rubrique**) لكل حاجز - صاحب حفظ حق - وفق لنص المادة R.261-29 من قانون البناء والسكن. ولا يمكن، علاوة على ماتقدم، صب إيداع الضمان إلا بعد تسليم نسخة من عقد حفظ الحق لصاحب حق الحفظ حسب نص المادة R.261-27 من قانون البناء والسكن. وتكون الأموال المودعة غير قابلة للتصرف أو التنازل عنها أو الحجز عليها إلى غاية إبرام عقد البيع ( المادة R.261-29).

من قانون البناء والسكن ( ولا يمكن تحصيل إيداع الضمان من قبل المرقي العقاري الشيء الذي يسمح باستعادته إذا اقتضى الأمر ذلك.

الفرع الثاني: الالتزام بالشراء

تقدمت الإشارة أن عقد حفظ الحق لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المحفوظ، بل أنه يترتب التزامات شخصية بين طرفيه، فيحق لصاحب حفظ الحق إما شراء البناية أو جزء من البناية موضوع عقد الحفظ أو العدول عن الشراء.

فإذا قرر اقتناء العقار المحفوظ عقب اعذاره من قبل المرقى العقاري، فإنه يتم إعداد عقد البيع النهائي أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع، وفي هذا الحال فإن تسييق الضمان يحتسب ضمن ثمن البيع<sup>46</sup>.

أما إذا قرر العدول عن الشراء، فإن أحكام نص المادة 32 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية تقضي بأنه: "يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري.. - بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمائة (15%) من مبلغ التسييق المدفوع"، وهو نفس الحكم الذي جاء به نص المادة 37 من القانون 07-86 المتعلق بالترقية العقارية والتي نصت على أنه: "إذا تخلى المترشح للملكية، خلال إنجاز المشروع، فإن المكتب يستفيد اقتطاعا نسبته 25% من مبلغ الضمان المودع".

بخصوص موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بالشراء، فإنه يتيح لصاحب حفظ الحق غير المهني لبناية أو جزء من بناية ذات استعمال سكني الحق في العدول في أجل أقصاه سبعة أيام يتدئ احتسابها من اليوم الموالي لأول تقديم لرسمية تبليغ العقد<sup>47</sup>، ولضمان حرية العدول خلال هذه الفترة فإن نص المادة 2-271.L من قانون البناء والسكن حظر مبدئيا كل دفع لتسييق خلال هذه المهلة، فإيداع الضمان المؤدى تنفيذا للعقد التمهيدي لحفظ الحق يبقى في مصاف الاستثناء. هذا التسييق، المودع في حساب خاص مفتوح باسم صاحب حفظ الحق، غير قابل للتصرف فيه أو التنازل عنه أو الحجز عليه، يعاد له دون صعوبة إذا قرر خيار العدول. هذا ولا يوجد مانع من صب إيداع الضمان بمجرد إبرام العقد التمهيدي حتى ولو لم ينقضي أجل العدول.

في الأخير، يمكن القول أن تسييق الضمان لا يعد التزام بالشراء بالنسبة لصاحب حفظ الحق، ولكنه يشكل أكثر وسيلة ضغط على إرادته؛ وهو ما يؤكد الأستاذ **Malinvaud Philippe** وفريق بحثه، فحسبه النصوص القانونية، وبخاصة النص المرجعي المتمثل في قانون 03 جانفي 1967 المتعلق ببيع العقار في طور البناء، تفرض على صاحب حفظ الحق التزامات

اختيارية (**obligations facultatives**) من بينها الشراء تحت شروط، وفي حالة العدول دون مبرر شرعي من طرف صاحب حفظ الحق، فإنه يفقد مبلغ إيداع الضمان<sup>48</sup>.

### المطلب الثاني: التزامات المرقى العقاري

يلتزم المرقى العقاري طبقا لعقد حفظ الحق، بتخصيص الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء لفائدة صاحب حفظ الحق، كما يلتزم بإعداد عقد بيع البناء المحفوظة أمام الموثق، وأخيرا يلتزم بتسليمها كأثر من آثار نقل الملكية العقارية.

#### الفرع الأول: الالتزام بتخصيص أو حفظ البناء

يعد التزام المرقى العقاري بتخصيص أو حجز الملك العقاري المقرر بناؤه لفائدة صاحب حفظ الحق جوهر عقد الحفظ باعتباره من قبيل الاتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي. وعلى الرغم من أهمية هذا الالتزام، فإن المشرع الجزائري ومن خلال القانون 04-11 قد وقع في خلط في تحديد موضوع عقد حفظ الحق مع العقد النهائي، فعرفت المادة 27 منه هذا العقد على أنه: "العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء..."، فالالتزام بتسليم العقار المقرر بناؤه إلى صاحب حفظ الحق فور الانتهاء من البناء هو موضوع العقد النهائي أي عقد البيع وليس موضوع عقد حفظ الحق، وكان الأجدر بالمشرع الجزائري الإقتداء بالتعريف الذي وضعه المشرع الفرنسي لعقد الحفظ في نص المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967 المتعلق ببيع العقار في طور البناء، حيث عرفته على أنه: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري في مقابل إيداع هذا الأخير ضمانا في حساب خاص".

وقد حاول المشرع تدارك الوضع من خلال نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، ففي معرض تحديد موضوع العقد نص على أنه: "يلتزم المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا، بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، الذي تم وصفه أدناه، بغرض اقتنائه عند إتمامه...".

فالالتزام بالتخصيص أو الحفظ لا يلزم المرقى العقاري (الحاجز) ببيع العقار أو جزء من العقار موضوع عقد الحفظ؛ بل يلتزم فقط بعدم بيع الجزء المحفوظ للغير في حالة إنجاز المشروع العقاري، وهو الأمر الذي يجعلنا أمام الوعد بالترفضيل<sup>49</sup>. فالالتزام بالحفظ يرد على عقار خصائصه الدقيقة (السعر بالتدقيق، آجال التسليم...) غير محددة بصفة نهائية،

ولهذا السبب فإن عقد حفظ الحق يعد عقد ذو طبيعة خاصة (*contrat sui generis*)<sup>(50)</sup> ولا يعد وعد بالبيع؛ على اعتبار أنه في حالة الوعد البيع من جانب واحد لا بد أن يكون العقار المبيع والتمن محددان بصفة دقيقة، كون إعلان الرغبة من جانب الموعود له يؤدي للبيع. علاوة على ماسبق، فإن المرقى العقاري وخلال مرحلة العقد التمهيدي يكون لا يزال في فترة بحث و استكشاف (*phase de prospection*)؛ البحث في فرص نجاح المشروع، ولهذا السبب يتيح له القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية الحق، من خلال نص المادة 32 منه، الحق في الفسخ في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري مع ضرورة قبول الطرف الآخر أو بطلب منه في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته، وهو نفس المسلك الذي أقره المشرع الفرنسي من خلال نص المادة R.261-31 من قانون البناء والسكن مع ضرورة رد إيداع الضمان لصاحب حفظ الحق؛ الشيء الذي يشكل عقوبة تقابل الالتزام بالحفظ، وإن كان هناك عدد من المختصين في القانون العقاري يعارضون هذه النظرة<sup>(51)</sup>، على اعتبار أن رد إيداع الضمان لا يعدو، مثلما تدل عليه تسميته، أن يكون مجرد "*Restitutio in integrum*" أي عودة إلى الحالة السابقة عن التعاقد، ناتجة عن انحلال تلقائي لعقد حفظ الحق.

والحقيقة أن القانون لم يضع عقوبات، وفي هذه الحالة لا بد من العودة إلى القواعد العامة للمسؤولية العقدية؛ أي أن عدم تنفيذ الالتزامات من قبل المرقى العقاري ينتج عنه التزامه بجبر الأضرار أي تعويض صاحب حفظ الحق عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب.

#### الفرع الثاني: الالتزام بإعداد عقد البيع النهائي

أشرنا فيما تقدم، أن عقد حفظ الحق يعد من العقود التمهيديّة التي تسبق عقد البيع النهائي، ومن ثمة فهو لا يرتب سوى التزامات شخصية بين طرفيه، فالمرقى لا ينقل ملكية العقار المحفوظ، غير أنه وبعد الانتهاء من الأشغال واستلام البناية المحفوظة يلتزم بإبرام عقد البيع النهائي، وفي هذا السياق تنص المادة 33 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه: " يتعين على المرقى العقاري، بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناية أو جزء منها، إعداد عقد بيع البناية المحفوظة أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق"، فالمرقى العقاري ملزم بإعداد عقد البيع النهائي أمام الموثق في أجل أقصاه ثلاثة أشهر، بتدئ من تاريخ الاستلام المؤقت<sup>(52)</sup>

للبنية المحفوظة، وهذا خلافا لما هو مقرر في كل من القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية وكذا التشريع الفرنسي.

فنص المادة 38 من القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، أوجبت على المكتتب أن يبلغ لحافظ الحق مشروع عقد البيع، قبل شهر على الأقل من تاريخ توقيع هذا العقد الذي يخضع لإمكانية البطلان، تبعا للشروط والأشكال التي نص عليها الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق، وهذا النص جاء مطابقا للنص الفرنسي، فالمادة 261-30 من القانون 67-03 المتعلق ببيع العقار في طور البناء تفرض على الحافظ أن يبلغ صاحب حفظ الحق بمشروع عقد البيع شهر على الأقل قبل التوقيع عليه، فالتوقيع على العقد النهائي يجب أن تتم على النحو المقرر في العقد التمهيدي؛ و كل تأخير عن الآجال المقرر يعد سبب مقبول لعدول صاحب حفظ الحق.

فهذا التبليغ، من شأنه أن يسمح لصاحب حفظ الحق من مقارنة كل من مضمون العقد النهائي والعقد التمهيدي؛ وبالنتيجة تقدير مواطن التوافق والاختلاف بين العقدين.

و علاوة على توثيق عقد البيع، وحتى يرتب هذا الأخير أثره العيني، لا بد أن يسجل ويشهر بالمحافظة العقارية طبقا لأحكام نص المادة 793 قانون مدني جزائري و التي تقضي بأنه: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"<sup>53</sup>.

### الفرع الثالث: الالتزام بالتسليم

يجد هذا الالتزام مصدره في نص المادة 27 من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والتي تنص على أنه: " عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنجازه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير"، فالالتزام بالتسليم يعد أثر لعقد البيع النهائي، وفي هذا السياق تقضي المادة 167 من القانون المدني الجزائري على أنه: " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، فرغم أنه في عقد حفظ الحق العقار محل حفظ الحق غير موجود وقت إبرام العقد، غير أن المرقي العقاري يكون ملزم بإيجاده من خلال التزامه بإتمام الإنجاز ويعد التزاما بنتيجة<sup>54</sup>.

الخاتمة

يعد عقد حفظ الحق تقنية من تقنيات الترقية العقارية، تبناه المشرع في إطار مجابهة أزمة السكن التي تعرفها الجزائر؛ فإلى جانب تنوع المتدخلين في سوق الترقية العقارية كان لابد من تنوع آليات وعقود التدخل، غير أنه و بموجب المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري قام المشرع بالتخلي عنه لأسباب تبقى مجهولة، ليعود لتنظيمه مجددا ضمن القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

تبرز الأهمية العملية لعقد حفظ الحق في كونه يرد على عقار غير موجود-مقرر بناؤه أو في طور البناء-؛ وهو الشيء الذي ينطوي على عديد المزايا والإيجابيات سواء بالنسبة للمرقي العقاري أو صاحب حفظ الحق؛

فبالنسبة للمرقي العقاري، يوفره عليه خطر الخوض في مشروع قد لا يلتقى النجاح، فمن خلال هذه الأداة يمكنه جس نبض السوق من خلال اختبار مدى تقبل مشروعه الإسكاني وهو الشيء الذي يظهر من عدد الأشخاص الذين يريدون إبرام عقود حجز معه، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، يعد أداة لتعبئة الموارد المالية أمام المؤسسات المصرفية، خاصة وأن المشرع أصبح يحظر إبرام عقود البيع على التصاميم عندما يلجأ المرقيين لاستعمال القروض البنكية، على اعتبار أنه يشكل ضمانا مصرفية.

أما بالنسبة لصاحب حفظ الحق، فيسمح له بحجز بناية أو جزء من بناية ضمن المشاريع العقارية المقرر إنجازها في انتظار توفيره للموارد المالية الغير متوفرة آنيا، كما يعد عقد حفظ الحق مرجع يستند إليه في التأكد من مدى مطابقة مضمون عقد البيع النهائي مع الالتزامات التي أخذها المرقي على نفسه بداية.

ما يميز عقد حفظ الحق هو أنه عقد تبادلي، إذ يرتب التزامات متقابلة على كل من المرقي العقاري بتخصيص العقار موضوع العقد لفائدة صاحب حفظ الحق، كما يلتزم بإعداد عقد البيع النهائي في الآجال وطبقا للأشكال المقررة قانونا علاوة على تسليمه، و في الجانب الآخر، يلتزم صاحب حفظ الحق بإيداع تسييق الضمان ويلتزم بالشراء. كما أنه عقد غير ناقل للملكية العقار المحفوظ بل تنتج عنه التزامات شخصية فقط، وأخيرا يتم في شكل مكتوب وفقا لنموذج حدده المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية بمعرفة الموثق وهو الأمر الذي يضمن عليه الطابع الرسمي بالنظر إلى صفة القائم بتحريره.

يبقى في الأخير أن نشير أن الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق تبقى مثار جدل، غير أن الرأي الراجح، قياسا على ماهو الحال في فرنسا، يرى أنه عقد ذو طبيعة خاصة ( **contrat sui generis**) يختلف في جوهره وطبيعته عن الوعد بالبيع. قائمة الهوامش:

1- Kherradji(M), La vente d'immeuble à construire entre le droit Français et le droit Algérien, Mémoire de Master en droit privé et sciences criminelles, Académie de Montpellier, Université de Perpignan, 2006-2007, p. 06.

2 - المجال المحمي (secteur protégé) أو قطاع البناء ذو الاستعمال السكني أو المختلط، يمثل المنشآت السكنية والمهنية وفقا للمواد L261-1 à L 261-22 من قانون البناء والسكن الفرنسي.

3- Faure-Abbad(M) : Droit de la construction, Gualino, Lextenso éditions, Paris, 2013, p.163.

4- الجريدة الرسمية المؤرخة في 05-03-1986، العدد 10.

5- أنظر نص المادتين 34 و35 من القانون 86-07 المتعلق بالترقية العقارية.

6- أنظر نص المادة 38 من نفس القانون.

7- حول هذه النقطة راجع الأستاذ: Kherradji(M), Op.cit, p.06.

8- وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18-12-2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية المؤرخة في 25-12-2013، العدد 66.

9- أنظر نص المادة 33 من نفس القانون 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

10- أ. عز الدين زوية: خصوصية بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مداخلة مقدمة في إطار المنتدى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17/18 فيفري 2013 و المنظم من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، مجلة الحقوق والحريات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، ص 55.

11- أ. عز الدين زوية: المرجع نفسه، ص 55.

12-Massis(T), Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire, Collection thèses française, Paris2, 1979, p.23.

13-Faure-Abbad (M) : Op.cit, p. 163.

14- شعبان عياشي: عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري،

رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2012-

2011، ص72.

15- Massis(T), Ibid, p.23.

16- Kherradji (M), Op.cit, p. 07.

17- **Sur ce point voir** : - Faure-Abbad(M) : Op.cit, p. 163 ; Moysse (J.F), Contrat de réservation et avant contrats, compte-rendu de la réunion du 21 septembre 2011 de la commission de droit immobilier du barreau de Paris, Lexbase Hebdo, édition privée, 2011, Paris, 02.

18- Kherradji (M), Op.cit, p. 07.

19- Par exemple : Bergel (J.L), Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeuble à construire, Unité ou dualisme ? J.C.P, N<sup>o</sup>:14, 1974, p. 269 ; Saint Alary(R), La nouvelle réglementation des ventes d'immeubles à construire, Redi, 1968.

20-Civ.3<sup>e</sup>, 30 novembre 2011, Bull. Civ, III, n<sup>o</sup> 203, pourvoi n<sup>o</sup> 10-25451.

21- Civ.3<sup>e</sup>, 18 Déc, 1984, Bull Civ, III, n<sup>o</sup> 217, pourvoi n<sup>o</sup> 83-14793 ; 3 Juin 1987, Bull Civ, III, n<sup>o</sup> 114, pourvoi n<sup>o</sup> 85-17756.

22- أ. عز الدين زوية: المرجع نفسه، ص 56

23- شعبان عياشي: المرجع السابق، ص 96.

24- راجع في ذلك: أ.دوة آسيا: عقد حفظ الحق، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق-، المنظم يومي 27-28 فيفري 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 204.

25- الجريدة الرسمية المؤرخة في 29-12-2013، العدد 83.

26- أنظر المرسوم التنفيذي رقم 13-431 السابق ذكره.

27- علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 12.

28- أنظر في ذلك مضمون المرسوم التنفيذي رقم 13-431 السابق ذكره.

29- أنظر نص المادة 27 من القانون 04-11 السابق ذكره.

30- تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أنه: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"، و يعد الموثق طبقا لنص المادة 03 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ضابط عمومي. مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاء هذه الصبغة.

31- راجع في ذلك: أ.صبايحي ربيعة: الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء أحكام القانون 04-11، مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق-

المنظم يومي 27-28 فيفري 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 71-72.

32- الجريدة الرسمية المؤرخة في 18-12-1991، العدد 65 .

33- L'article 1840-A du CGI stipule que « est frappée de nullité toute promesse de vente unilatérale sous seing privé qui n'a pas été enregistrée dans un délai de 10 jours ».

34- أنظر نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 السابق ذكره.

35- أنظر أحكام نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 السابق ذكره.

36- Faure-Abbad (M): Op.cit, p. 166.

37- أنظر نص المادة 27 من القانون 04-11 السابق ذكره وكذا أحكام نموذج عقد حفظ الحق الملحق

بالمرسوم التنفيذي رقم

13-431 السابق ذكره.

38- أنظر نص المادة 33 من القانون 04-11 السابق ذكره

39- Faure-Abbad (M): Op.cit, p. 168.

40- CA Pau, 1<sup>re</sup> ch., 3avr. 1996, JCP G 1997, IV, 117.

41-CA Versailles, 23 novembre 1982, RDI, 1984, p. 198, obs. Groslière et Ph.

Jestaz.

42- Civ.3<sup>e</sup>, 18 Déc, 1984, Bull Civ, III, n<sup>o</sup> 217, pourvoi n<sup>o</sup> 83-14793 ; 3 Juin 1987, Bull Civ, III, n<sup>o</sup> 114.

43- Faure-Abbad (M): Op.cit, p. 169.

44- ما يمكن ملاحظته، هو أنه وبالرغم من إحداث المشرع الجزائري لصناديق الضمان و الكفالة المتبادلة

بموجب القانون رقم 84-21 المؤرخ في 24-02-1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985 بموجب نص

المادة 31 منه، والتي كانت تعرف بصناديق الضمانة أو الكفالة المشتركة، غير أنها أنشئت بهدف ضمان

أعضائها المنخرطين فيها لدى البنوك حتى يتسنى لهم الحصول على اعتمادات متنوعة، ولم تكن لها نفس

الأهداف التي وضعها المشرع في إطار المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري أو القانون 04-

11 المحدد للقواعد التي تحكم نشاط الترقية العقارية. أ.دوة آسيا: المرجع السابق، ص 207.

45- وفقا لنموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 13-431 السابق ذكره، يتم تحرير التسبيق

المودع لدى الصندوق أمام الموثق.

46- أنظر نص المادتين 31 و 33 من القانون 04-11 السابق ذكره.

47- Article L.271-1 CCH issu de la loi Solidarité et Renouvellement Urbain (SRU)

n<sup>o</sup> 2000-1208 du 13 décembre 2000.

48- Sur ce point voir : Kherradji (M), Op.cit, p. 16.

- 49- الوعد بالتمضييل صورة خاصة من الوعد بالبيع وفيه يتعهد الواعد بتمضييل الموعود له على غيره إذا ما عرض الشيء للبيع في خلال مدة معينة، وهذا وعد معلق على شرط واقف هو أن يعرض الواعد الشيء للبيع، وتقرير عرض الشيء للبيع ليس محض مشيئة، لأن إرادة الواعد ليست مطلقة بل هي مقيد بظروفها. للمزيد حول الموضوع راجع: د. محمد حسنين: عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 34-35؛ د. سي يوسف زاهية حورية: الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل، 2008، ص 50 إلى 52 .
- 50- Civ.3<sup>e</sup>, 18 Déc, 1984, Bull Civ, III, n<sup>o</sup> 217, pourvoi n<sup>o</sup> 83-14793 ; 3 Juin 1987, Bull Civ, III, n<sup>o</sup> 114, pourvoi n<sup>o</sup> 85-17756.
- 51- Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Patrice Jourdain, Olivier Tournafond, Droit de la promotion immobilière, Dalloz, 9<sup>e</sup> édition, Paris, 2015, P. .
- 52- وفقا لنص المادة 03 البند 15 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، يقصد بالاستلام المؤقت: " هو محضر يتم إعداده و التوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال.
- 53- ولا سيما الأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذا المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 ماري 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- 54- أ. دوة آسيا: المرجع السابق، ص 209.





**Université Yahia FARES de MEDEA (Algérie)**  
**Laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation**

---

# **REVUE D'ETUDES JURIDIQUES**

---

**Revue internationale académique et scientifique**  
**publiée semestriellement**  
**par le laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation**  
**Université Yahia FARES de MEDEA**

**Volume :03-Numéro :02-Tome :02**  
**Jun 2017**

**ISSN 2437-0304**  
**Dépôt légal: 2015-3039**