

جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)  
مخبر السيادة والعولمة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية

# مجلة الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة يحيى فارس بالمدية

المجلد السابع (العدد الأول)  
جانفي - 2021 م / جمادى الأولى 1442 هـ



<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/318>

ISSN 2437-0304  
EISSN: 2602-5108  
رقم الإيداع القانوني: 2015-3039

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)  
مخبر السيادة والعولمة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية

# مجلة الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة  
صادرة عن مخبر السيادة والعولمة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة يحيى فارس بالمدينة

المجلد السابع (العدد الأول)  
جانفي 2021م - جمادى الاولى 1442 هـ



ISSN 2437-0304  
EISSN: 2602-5108  
رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



## مجلة الدراسات القانونية

مخبر السيادة والعولمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية (حي المصلى)  
مجمع المخابر بجامعة يحي فارس بالمدينة (عين الذهب)

رقم الهاتف / الفاكس: 025.58.55.45

البريد الإلكتروني للمجلة: [LSMLAW213@YAHOO.FR](mailto:LSMLAW213@YAHOO.FR)

التقييم المعياري الدولي

ISSN 2437-0304

التقييم الإلكتروني المعياري الدولي

EISSN: 2602-5108

رقم الإيداع القانوني بالمكتبة الوطنية (الحامة – الجزائر)

3039-2015

موقع مجلة الدراسات القانونية على مستوى منصة النشر الإلكتروني للمجلات العلمية الجزائرية

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/318>



منشورات مخبر السيادة والعولمة

## 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 والتطوير التكنولوجي (Dgrsdt) التابع لوزارة التعليم العالي والبحث 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- اضغط على زر دخول في أعلى الصفحة ثم أكمل البيانات الخاصة بالبريد الإلكتروني + كلمة السر + تذكري + اضغط على كلمة تسجيل.
- 3- تظهر بعد ذلك استمارة تسجيل تتضمن بيانات شخصية يستوجب إكمالها من: اسم ولقب + بريد إلكتروني + كلمة السر وتأكيدها + البلد + لغة التواصل + إدخال الحروف التي يراها المعني، ثم اضغط على: أقبل شروط الاستخدام وقواعد الخصوصية + إرسال.
- 4- بعد ذلك تأتي للمعني رسالة من موقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية لبريده الإلكتروني بالتسجيل، بعدها يجب على المعني فتح الرسالة والضغط على الرابط الإلكتروني المرفق ليتم تفعيل دخوله.
- 5- أعد الدخول لموقع البوابة الإلكترونية وحدد المجالات الموجودة على الجهة اليمنى، ثم اختر (Social Sciences) ثم (Law) لتظهر قائمة المجالات المعتمدة من الوزارة، وابحث عن مجلة الدراسات القانونية (صنف: NC / الدورة: نصف سنوية).
- 6- أدخل عن طريق: انتقل للمجلة، بعدها توجه مباشرة للجانب الأيسر لإرسال مقال، ثم تظهر لك صفحة تحمل عنوان: تعليمات المستخدم تشتمل على: اسم المستخدم + كلمة السر المحددة سابقاً، بعدها اضغط على تسجيل الدخول.
- 7- بعد دخول المستخدم تظهر صفحة أخرى تتضمن تقديم ورقة المقال (أكمل المعلومات ثم اضغط على إرسال مقال).
- 8- افتح بريدك الإلكتروني ليأتي إشعار بالوصول من المجلة المعنية، وسيكون بإمكان صاحب المقال متابعة مراحل معالجة مقاله عبر ولوجه لحسابه في موقع البوابة.

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

- 1-أولا - يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي:  
أن تكون متمسة 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 وأن لا يقل عن 15 صفحة (A4) بخط 14. نوع الخط ( Simplified Arabic)، إذا كان المقال باللغة العربية، وإذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون أيضا بخط (14). نوع الخط Times New ROMAN.
- 4- أن تكون الهوامش في أسفل كل صفحة (بشكل أوتوماتيكي إلكتروني) وقائمة المراجع في آخر المقال (بشكل كلاسيكي عادي)، مع ضرورة إعطاء المعلومات البيبليوغرافية كاملة ( نوع الخط 12 Simplified 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 المرسلة 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 المرسلة 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.
- ثامنا - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن آراء كتابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
- تاسعا: يرفض أي مقال لم يستوفي الشروط الشكلية المحددة سابقا بشكل تلقائي دون الرجوع للموضوع.
- عاشر: يرفق المقال المراد نشره بتصريح شرفي يتم تحميله من موقع المجلة في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (تعليمات للمؤلف) ويتم توقيعه من المعني وإرساله مع المقال عبر البوابة الإلكترونية للمجلات الوطنية.
- الحادي عشر: يتم إرسال تعهد بنقل حقوق تأليف ونشر المقال إلى السيد رئيس تحرير المجلة بعد إخطاره بقبول مقاله للنشر، ويتم تحميله من موقع المجلة، وهذا في ظرف أسبوع إلى : houcine16@gmail.com
- الثاني عشر: أي استفسار يرجى الاتصال بمجلة الدراسات القانونية عبر : LSMLAW213@yahoo.fr

## فريق تحرير مجلة الدراسات القانونية

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/318>

الرئيس الشرفي الأستاذ الدكتور. يوسف حميدي / رئيس جامعة المهديّة
المدير العام مسؤول النشر الأستاذ. الدكتور. الحسين عمروش / مدير مخبر السيادة والعولمة
رئيس التحرير أ. د. الحسين عمروش - جامعة يحيى فارس بالمهديّة (الجزائر)

### محررين مساعدين

د. منصور مجاحي جامعة يحيى فارس بالمهديّة (الجزائر)	د. القوسي همام جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)	د. خالد جمال الجعارات جامعة الشرق الأوسط (الأردن)
د. محمد مصطفى - جامعة يحيى فارس بالمهديّة (الجزائر)	د. نجيب عوينات جامعة جدة (المملكة العربية السعودية)	د. أحمد محمد أحمد الزين جامعة ظفار (سلطنة عمان)
د. كمال محمد أمين جامعة ابن خلدون بتيارت (الجزائر)	د. محمد الداخ عبد القادر جامعة نواكشوط العصرية (موريتانيا)	د. قوي بوهنية - جامعة قاصدي مرباح بورقلة (الجزائر)
د. قاسم التميمي جامعة دمشق، والأكاديمية السويسرية الملكية للاقتصاد والتكنولوجيا	د. عبد الله طرابزون جامعة اسطنبول (تركيا)	د. الربيع جواد جامعة ابن زهر (أكادير-المغرب)
د. ياسين صباح رمضان ياسين جامعة زاخو (العراق)	د. معاذ يوسف الذنبيات جامعة الطائف (السعودية)	د. صباح رمضان ياسين جامعة زاخو (العراق).
د. تومي يحيى - جامعة يحيى فارس بالمهديّة (الجزائر)	د. البخيت مصطفى - جامعة بغداد (العراق)	د. فسوري فطيمة - جامعة باتنة 1 (الحاج لخضر-الجزائر)
د. احسن عمروش جامعة خميس مليانة (الجزائر)	د. مصبح عمر جامعة الشارقة	د. الغنای توفيق-كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة تونس
د. باخويا دريس جامعة أحمد دراية بأدرار (الجزائر)	د. بن ناصر وهيبة جامعة البليدة 2	د. يوسف ناصر- الجامعة الإسلامية العالمية (ماليزيا)
د. عبد العزيز برفوق المركز الجامعي بتيمازة (الجزائر)	د. المساعيد فرحان جامعة آل البيت-المملكة الأردنية الهاشمية	د. بركاوي محمد مهدي جامعة غرداية
د. براهيم سعيد جامعة المسيلة	د. لعريط لمين جامعة المهديّة	أ. د. ولد رايح اقلولي صفيّة جامعة مولود معمري- تيزي وزو
د. سامي بن حملة جامعة منتوري بقسنطينة	د. المبروك منصور المركز الجامعي لتهنرات	د. ميلود بن عبد العزيز جامعة باتنة 1 (الحاج لخضر)
د. مهدي رضا-جامعة المسيلة	د. ابو سلامة سليمان جامعة الإسراء- فلسطين	

### سكرتير

د. سايج فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس

من داخل الجزائر

<p>د. يحيوي محمد. جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. حليم لعروسي، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. جبدل كريمة. جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. بن تغري موسى، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. هشام فخار، جامعة يحي فارس. المهديّة.</p> <p>د. جمال عياشي، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. أحسن عمروش، جامعة خميس مليانة.</p> <p>د. خالد بوشمة. جامعة البليدة 2.</p> <p>د. عبد القادر عمري، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. جبار رقية، جامعة يحي فارس جامعة المهديّة.</p> <p>د. رواب جمال، جامعة خميس مليانة.</p> <p>د. نبيلة بن عائشة، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. سبتى عبد القادر، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. أعر شريف آسية، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. جديلي نوال، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. لحاق عيسى، جامعة عمار ثليجي بالأغواط.</p> <p>د. مصطفىاوي عايدة، جامعة البليدة 2.</p> <p>د. نسيمه حشود. جامعة البليدة 2.</p> <p>د. ميسوم بوصوار. جامعة يحي فارس بالمهديّة.</p> <p>د. عمار زعبي. جامعة الوادي.</p> <p>د. عبد العزيز برفوق. المركز الجامعي بتيبازة.</p> <p>د. كرنش بغداد. جامعة البليدة 2.</p> <p>د. مسكر سهام. جامعة البليدة 2.</p> <p>د. سامي بن حملة، جامعة منتوري بقسنطينة.</p> <p>د. رحهوني محمد، جامعة أحمد دراية (أدرار)</p> <p>د. الهادي خضراوي، جامعة عمار ثليجي (الأغواط)</p> <p>د. بكر اوي محمد عبد الحق، جامعة أحمد دراية (أدرار)</p> <p>د. جامع مليكة، المركز الجامعي بتندوف</p> <p>د. عمر سدي، المركز الجامعي لثمنراست</p> <p>د. مهدي رضا، جامعة المسيلة.</p> <p>د. دحمان بن عبد الفتاح، جامعة أحمد دراية (أدرار)</p> <p>د. زهيبية بن ناصر. جامعة البليدة 2</p> <p>د. وناس يحيى. جامعة أدرار</p> <p>د. ميلود بن عبد العزيز. جامعة باتنة 1 (الحاج لخضر)</p> <p>د. شوقي نذير. جامعة غرداية</p> <p>د. بن عمران إنصاف، جامعة خنشلة</p>	<p>أ. د. علي ابو هاني. جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>أ.د. سليمان ولد خسال. جامعة يوسف بن خدة،الجزائر.</p> <p>أ.د. منصور مجاجي . جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>أ.د. مجاهدي إبراهيم، جامعة البليدة 02.</p> <p>أ.د. بوشنافة جمال. جامعة يحي فارس المهديّة</p> <p>أ.د. شمشم رشيد. جامعة يحي فارس المهديّة</p> <p>أ.د. عمروش الحسين . جامعة يحي فارس.المهديّة.</p> <p>أ.د. توفيق شندارلي. جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>أ.د. طيبي سعاد، جامعة خميس مليانة</p> <p>أ.د. عبد الصديق شيخ . جامعة يحي فارس .المهديّة.</p> <p>أ.د. ذبيح زهيرة. جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>أ.د. أسامة غربي. جامعة يحي فارس المهديّة</p> <p>أ.د. عبد الرحمان بن جباللي، جامعة خميس مليانة</p> <p>د. أحمد لكلل. جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. توفيق قادري، جامعة البليدة 2.</p> <p>د. إسطنبولي محي الدين. جامعة البليدة 2</p> <p>د. عاشور فاطيمة، المركز الجامعي بتيبازة.</p> <p>د. محمد طاهر أورحمون، جامعة الجزائر.</p> <p>د. محمد مصطفىاوي. جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. بن يوسف القينعي، جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. هارون حسان أوران. جامعة يحي فارس المهديّة</p> <p>د. سايج فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس</p> <p>د. كريم حرز الله، المركز الجامعي تيبازة</p> <p>د. زرقط عمر، جامعة يحي فارس المهديّة</p> <p>د. لخضر حليس جامعة يحي فارس المهديّة</p> <p>د.مصطفى بوضياف، جامعة يحي فارس المهديّة</p> <p>د. هنية شريف، جامعة البليدة 2</p> <p>د. بوحية وسللة. المركز الجامعي بتيبازة.</p> <p>د. صفاي العيد. جامعة يحي فارس المهديّة.</p> <p>د. قسوري فهيمة - جامعة باتنة 1 (الحاج لخضر -الجزائر)</p> <p>د. مراد طنجاوي. جامعة يحي فارس المهديّة</p> <p>د. بن عمار مقني. جامعة ابن خلدون. تيارت.</p> <p>د. المبروك منصوري المركز الجامعي لثمنراست</p> <p>د. كيجل كمال، جامعة أحمد دراية (أدرار)</p> <p>د. يوسفات علي هاشم، جامعة أحمد دراية (أدرار)</p> <p>د. بجهاوي الشريف، جامعة أحمد دراية (أدرار)</p>
--	---

## من خارج الجزائر

<p>د. مصبح عمر ، جامعة الشارقة</p> <p>د. نجيب عوينات ، جامعة جدة (المملكة العربية السعودية)</p> <p>د. يوسف ناصر ، الجامعة الاسلامية العالمية (ماليزيا)</p> <p>د. خالد جمال الجعارات ، جامعة الشرق الأوسط (عمان-الأردن)</p> <p>د. عماد ملوخية ، جامعة الاسكندرية بمصر</p> <p>د. الرباع جواد ، جامعة ابن زهر (أكادير-المغرب)</p> <p>د. أحمد محمد أحمد الزين ، جامعة ظفار (سلطنة عمان)</p> <p>د. البخيت مصطفى ، جامعة بغداد (العراق)</p> <p>د. عبد الله طرابزون ، جامع اسطنبول (تركيا)</p> <p>د. الدحيات الدكتور عماد ، جامعة الامارات العربية المتحدة</p>	<p>د. محمد حميد مضحي المزمومي ، جامعة الملك عبد العزيز بجدة ( المملكة العربية السعودية).</p> <p>د. حسن زرداني ، جامعة القاضي عياض بهراكش ( المملكة المغربية)</p> <p>د. القوسي همام ، جامعة حلب ( الجمهورية العربية السورية).</p> <p>د. ياسين صباح رمضان ياسين ، جامعة زاخو ( العراق).</p> <p>د. محمد الداه عبد القادر ، جامعة نواكشوط العصرية (موريتانيا).</p> <p>د. معاذ يوسف الذنابات ، جامعة الطائف ( المملكة العربية السعودية)</p> <p>د. الغناي توفيق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة</p> <p>د. قاسم النعيمي ، جامع دمشق ، والاكاديمية السويسرية الملكية للاقتصاد والتكنولوجيا.</p> <p>د. أبو سلامة سليهان ، جامعة الإسراء (فلسطين)</p>
---	--

لجنة قراءة العدد الاول / المجلد السابع- جانفي 2021 (ASJP)

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/318>

(العدد 13 / جانفي 2021)

- أ.د. الحسين عمروش. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المديّة.  
أ.د. توفيق شندارلي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المديّة.  
أ.د. أسامة غربي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المديّة.  
أ.د. بن جيلالي عبد الرحمان. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة  
د. نبيلة بن عائشة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المديّة.  
د. سايج فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس.  
د. يوسفات علي هاشم. جامعة أحمد دراية - أدرار  
د. أحسن عمروش، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.  
د. كريم حرز الله، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة.  
د. هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المديّة.  
د. عبد القادر عمري. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المديّة.  
د. بن تغري موسى. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المديّة.  
د. محمد علي. جامعة أحمد دراية - أدرار  
د. لعريط لمين. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المديّة

## افتتاحية العدد الأول / المجلد السابع - جانفي 2021 (ASJP) (العدد 13 / جانفي 2021) من مجلة الدراسات القانونية

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه.  
الحمد لله حمدا كثيرا، والشكر له سبحانه شكرا جزيلا، يليق بنعمه التي لا تحصى، وفي مقدمتها أنه ارتضى لنا الإسلام ديناً، وأكرمنا بأن بعث لنا رسولا كريماً، محمد بن عبد الله الذي نصلي ونسلم عليه صلاة وسلاماً دائماً إلى يوم الدين.

في إطار العمل المستمر للارتقاء بمركز مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة والعولمة التابع لجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) كمجلة علمية دولية سداسية محكمة ومعتمدة، من خلال عددها الثالث عشر / (جانفي 2021)، وهي مصنفة ضمن المجلد السابع (العدد الأول) وفقاً لتصنيف البوابة الالكترونية للمجلات الوطنية الصادر عن المديرية العامة للبحث العلمي والتطوير التكنولوجي (Dgrsdt)، والتي تعمل تحت وصاية وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، سيتم من خلال هذا العدد عرض مجموعة من البحوث الأكاديمية والمقالات العلمية المقدمة من السادة الأساتذة، والباحثين، وطلبة الدكتوراه في كل فروع القانون والعلوم السياسية والدراسات المقارنة، قصد تطوير البحث العلمي والارتقاء بالعمل الأكاديمي المتخصص. وبخصوص تصنيف مجلة الدراسات القانونية عربياً وعالمياً، فقد تم بحمد من الله وفضله اعتمادها من قبل فريق مبادرة معامل التأثير والاستشهادات المرجعية العربي "Arcif" (عمان - الأردن)، بموجب التقرير السنوي الرابع بعنوان: "مؤشرات الإنتاج والبحث العلمي العربي والعالمي في التحولات الرقمية للتعليم الجامعي العربي" 2019 بالتعاون مع الجامعة الأمريكية، وكان معامل المجلة: 0.0233، وبموجب التقرير السنوي الخامس بعنوان: "الإنتاج العلمي الأكاديمي العربي" 2020، وكان معامل المجلة: 0.0541.

<https://emarefa.net/arcif/>

أ. د. الحسين عمروش

رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية  
مخبر البحث: السيادة والعولمة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

التاريخ: 2019-10-13  
الرقم: ARCIF / 260 / L19

سعادة أ.د. رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية المحترم  
جامعة يحيى فارس بالمدينة، مخبر السيادة والعولمة / الجزائر  
تحية طيبة وبعد،،،  
نتقدم إليكم بفائق التحية والتقدير، و نهدىكم أطيب التحيات وأسمى الأمانى.

يسر معامل التأثير والاستشهادات المرجعية للمجلات العلمية العربية (أرسياف - ARCIF)، أحد مبادرات قاعدة بيانات "معرفة" للإنتاج والمحتوى العلمي، إعلامكم بأنه قد أطلق تقريره السنوي الرابع للمجلات للعام 2019، خلال الملتقى العلمي "مؤشرات الإنتاج والبحث العلمي العربي والعالمى فى التحولات الرقمية للتعليم الجامعي العربي" بالتعاون مع الجامعة الأمريكية في بيروت بتاريخ 3 أكتوبر 2019.

يخضع معامل التأثير "أرسياف Arcif" لإشراف "مجلس الإشراف والتنسيق" الذي يتكون من ممثلين لعدة جهات عربية ودولية: (مكتب اليونيسكو الإقليمي للتربية في الدول العربية ببيروت، لجنة الأمم المتحدة لغرب اسيا (الإسكوا)، مكتبة الإسكندرية، قاعدة بيانات معرفة، جمعية المكتبات المتخصصة العالمية/ فرع الخليج). بالإضافة للجنة علمية من خبراء وأكاديميين ذوي سمعة علمية رائدة من عدة دول عربية وبريطانيا.

ومن الجدير بالذكر بأن معامل "أرسياف Arcif" قام بالعمل على جمع ودراسة و تحليل بيانات ما يزيد عن (4300) عنوان مجلة عربية علمية أو بحثية في مختلف التخصصات، والصادرة عن أكثر من (1400) هيئة علمية أو بحثية في (20) دولة عربية، (باستثناء دولة جيبوتي وجزر القمر لعدم توفر البيانات). ونجح منها (499) مجلة علمية فقط لتكون معتمدة ضمن المعايير العالمية لمعامل "أرسياف Arcif" في تقرير عام 2019 .

ويسرنا تهنئتم وإعلامكم بأن **مجلة الدراسات القانونية** الصادرة عن **جامعة يحيى فارس بالمدينة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، مخبر السيادة و العولمة**، قد نجحت بالحصول على معايير اعتماد معامل "أرسياف Arcif" المتوافقة مع المعايير العالمية، والتي يبلغ عددها 31 معياراً، وللاطلاع على هذه المعايير يمكنكم الدخول إلى الرابط التالي: <http://e-marefa.net/arcif/criteria>

و كان معامل "أرسياف Arcif" \* لمجلتكم لسنة 2019 (0.0233). مع العلم أن متوسط معامل أرسيف في:

- تخصص "القانون" على المستوى العربي كان (0.082)، وصنفت مجلتكم في هذا التخصص ضمن الفئة (الثالثة Q3)، وهي الفئة الوسطى.
- تخصص "العلوم الاجتماعية (متداخلة التخصصات)" على المستوى العربي كان (0.087)، وصنفت مجلتكم في هذا التخصص ضمن الفئة (الثالثة Q3)، وهي الفئة الوسطى.

و بإمكانكم الإعلان عن هذه النتيجة سواء على موقعكم الإلكتروني، أو على مواقع التواصل الاجتماعي، و كذلك الإشارة في النسخة الورقية لمجلتكم إلى معامل "أرسياف Arcif" الخاص بمجلتكم.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام والتقدير

أ.د. سامي الخزندار  
رئيس مبادرة معامل التأثير  
"أرسياف Arcif"





سعادة أ. د. رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية  
جامعة يحيى فارس بالمدينة، مخبر السيادة والعولمة، المدينة / الجزائر  
تحية طيبة وبعد،،،

يسر معامل التأثير والاستشادات المرجعية للمجلات العلمية العربية (أرسييف - ARCIF)، أحد مبادرات قاعدة بيانات 'معرفة' للإنتاج والمحتوى العلمي، إعلامكم بأنه قد أطلق التقرير السنوي الخامس للمجلات للعام 2020.

يخضع معامل التأثير 'أرسييف Arcif' لإشراف 'مجلس الإشراف والتنسيق' الذي يتكون من ممثلين لعدة جهات عربية وبولية: (مكتب اليونيسكو الإقليمي للتربية في الدول العربية ببيروت، لجنة الأمم المتحدة لغرب اسيا (الإسكوا)، مكتبة الإسكندرية، قاعدة بيانات معرفة، جمعية المكتبات المتخصصة العالمية/ فرع الخليج). بالإضافة للجنة علمية من خبراء وأكاديميين ذوي سمعة علمية رائدة من عدة دول عربية وبريطانيا.

ومن الجدير بالذكر بأن معامل 'أرسييف Arcif' قام بالعمل على فحص ودراسة بيانات ما يزيد عن (5100) عنوان مجلة عربية علمية أو تطبيقية في مختلف التخصصات، والصادرة عن أكثر من (1400) هيئة علمية أو بحثية في (20) دولة عربية، (باستثناء دولة جيبوتي وجزر القمر لعدم توفر البيانات). ونجح منها (681) مجلة علمية فقط لتكون معتمدة ضمن المعايير العالمية لمعامل 'أرسييف Arcif' في تقرير عام 2020 .

وسرنا تهنتكم وإعلامكم بأن **مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن جامعة يحيى فارس بالمدينة، مخبر السيادة والعولمة، الجزائر** قد نجحت بالحصول على معايير اعتماد معامل 'أرسييف Arcif' المتوافقة مع المعايير العالمية، والتي يبلغ عددها (31) معياراً، وللاطلاع على هذه المعايير يمكنكم النحول إلى الرابط التالي: <http://e-marefa.net/arcif/criteria>

وكان معامل 'أرسييف Arcif' لمجلتكم لسنة 2020 (0.0541). مع العلم أن متوسط معامل أرسييف في تخصص القانون على المستوى العربي كان (0.092)، وقد صنفت مجلتكم في هذا التخصص ضمن الفئة (الثانية Q2)، وهي الفئة الوسطى المرتفعة.

و بإمكانكم الإعلان عن هذه النتيجة سواء على موقعكم الإلكتروني، أو على مواقع التواصل الاجتماعي، وكذلك الإشارة في النسخة الورقية لمجلتكم إلى معامل 'أرسييف Arcif' الخاص بمجلتكم.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام والتقدير

أ.د. سامي الخزندار  
رئيس مبادرة معامل التأثير  
'أرسييف Arcif'



## محتوى العدد الاول / المجلد السابع- جانفي 2021 (ASJP)

### (العدد 13 / جانفي 2021) من مجلة الدراسات القانونية

- 1- الحماية الدولية للاجئ في عدم الإعادة القسرية - د. حدة بوخالفة (جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي).....01
- 2- الفساد الاقتصادي وآليات مكافحته - د. أمال بن بريح (جامعة البلدة 2)، د. جبار رقية(جامعة المدية).....20
- 3- الوضع القضائي في مؤسسة علاجية للمدمنين على المخدرات في التشريع الجزائري- د. عمر سدي (المركز الجامعي تمنراست).....32
- 4- طرق زيادة رأس مال شركة المساهمة في نظام الشركات السعودي - د. أحمد مزيد حامد الحربي (جامعة الجوف، منطقة الجوف مدينة سكاكا المملكة العربية السعودية).....47
- 5- تأثير المصالح السياسية على فعالية المحكمة الجنائية الدولية في ضوء الحرب السورية - الأستاذ ولد يوسف مولود (جامعة مولود معمري تيزي وزو).....69
- 6- الرقابة المستقلة على العملية الانتخابية في الجزائر- طالب دكتوراه: زيوش عبد الرؤوف (كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة تيزي وزو).....84
- 7- نظام الأمن الغذائي وتحدياته لجائحة فيروس كورونا - د. نبيلة بن عائشة (جامعة المدية).....104
- 8- صلاحيات الديوان الوطني للأراضي الفلاحية للتدخل في بعض التصرفات القانونية الواردة على العقار الفلاحي- قاسي نجاة. باحثة في صف الدكتوراه علوم، جامعة وهران 2.....127
- 9- حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين في التشريع الفلسطيني - أ. هديل وائل أبو مرعي (الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين) - د. أحمد عبد الحكيم شهاب (الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين).....147
- 10- القواعد الإجرائية لمبدأ الموازنة - عبد العالي حفظ الله (طالب دكتوراه، جامعة المسيلة) - إبراهيم بوعمره (طالب دكتوراه، جامعة سوسة- تونس) - د. فواز لجلط (جامعة المسيلة).....167
- 11- جريمة خطف الطائرات في ضوء أحكام القانون الدولي- د. سامية كرليفة (جامعة يحيى فارس بالمدية).....183
- 12- الطبيعة القانونية لعقود التجارة الالكترونية وتحدياتها- م. م / كارزان زين العابدين صلاح الدين (جامعة الأمام جعفر الصادق (ع) - فرع كركوك).....206
- 13- تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء في التشريع اليمني- د. محمد أحمد محمد غوبر (كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة - الجمهورية اليمنية).....223
- 14- Legal Conditioning of the Doctor's Professional Error (A Comparative Study) - HARIZ Asma (University Oran 2), GHALI Kahla (University Oran 2) .....243
- 15- The Effect of Security Council Resolutions on the International Criminal Court Complementarity Regime - Mouats Madjid .....266-290

**University of MEDEA (Algérie)**  
**Laboratory of sovereignty and globalization**  
**Faculty of Law and political science**

---

**International academic and scientific journal**

---

**JOURNAL  
OF LEGAL  
STUDIES**

---

**Published semi-annually by Laboratory of sovereignty and  
globalization ( University of MEDEA - Algérie)**

**Volume 07 –Number 01  
JAN 2021**



**ISSN 2437-0304**  
**EISSN: 2602-5108**  
**Dépôt légal: 2015-3039**

## الحماية الدولية للاجئ في عدم الإعادة القسرية *international refugee protection of non-refoulement*

د. حدة بوخالفة\*

جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي

[boukhalifahadda@yahoo.fr](mailto:boukhalifahadda@yahoo.fr)

تاريخ إرسال المقال: 2020-02-16 تاريخ قبول المقال: 2020-05-18 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

### الملخص:

يفادر اللاجئین بلدهم هربا من جميع الإنتهاكات لحقوقهم نتيجة الإضطهاد ، الصراع المسلح ، العنف السياسي و التعذيب ، و فور وصولهم إلى بلد جديد ، يتعرض العديد منهم يوميا للعنصرية و التمييز لكونهم أجنب ، كما يواجهون خطر الظواهر الإجرامية كعمليات الإتجار بالبشر و الإستغلال . من أجل ذلك يعتبر اللجوء من أهم القضايا التي تطرحها المحافل الدولية و تهتم بمعالجتها من أجل إعادة التقييم الدولي للمركز القانوني للاجئ و حمايته . و تتمثل الحماية الدولية للاجئین في كفالة سلامتهم الشخصية و أمنهم ، و هي مسؤولية الدول المضيفة في منح وضعها خاصا للاجئ في أراضيها ، و التي تلتزم بالقيام بأعمال معينة أو الإمتناع عن القيام بأعمال أخرى ضمن أحكام القانون الدولي .

و يعتبر مبدأ عدم الإعادة القسرية من مظاهر هذه الحماية و هو من المبادئ الأساسية في قانون اللجوء ، و الذي يحمي اللاجئین من الطرد أو الإعادة إلى بلدان تكون فيها حياتهم أو حرياتهم معرضة للخطر . و في هذه الورقة البحثية سنتطرق لتعريف اللاجئ و مدى فعالية تفعيل مبدأ عدم الإعادة القسرية لتكريس الحماية الدولية .

**الكلمات المفتاحية :** مبدأ عدم الإعادة القسرية ، اللاجئ ، القانون الدولي الإنساني ، طلب اللجوء ، تسليم المجرمين ، حقوق الإنسان .

\* المؤلف المرسل

### **Abstract :**

Refugees leave their country to escape all violations of his rights as a result of persecution, armed conflict, political violence and torture, and upon their arrival in a new country, many of them are exposed daily to racism and discrimination because they are foreigners, and they face the threat of criminal phenomena such as human trafficking and exploitation, for this is considered Asylum is one of the most important issues raised by international forums and it is concerned with its treatment in order to re-evaluate the international status and protection of the refugee. The international protection of refugees consists in ensuring the safety and security of their person, it is the responsibility of the host country to grant special status to refugees who are on their territory and who are required to perform certain acts or de refrain from any act in accordance with the provisions of international law .

The principle of non-refoulement is a manifestation of this protection is one of the fundamental principles of the right of asylum, which protects refugees from expulsion or return to countries where their life or their freedom would be threatened. In this research paper, we will look at the definition of a refugee and the effectiveness of activating the principle of non-refoulement to devote international protection.

**Keywords:** the principle of non-refoulement, refugee, international humanitarian law, requesting asylum, extradition ,human rights.

### **المقدمة:**

لقد شهدت الفترة الأخيرة أوضاعا مزرية لحقوق الإنسان على الساحة الدولية ، صاحبه هروب الكثير من وطنهم بسبب النزاعات المسلحة و الإنتهاكات الجسيمة التي تعرضوا لها ، مثلما يحدث في سوريا و حدث من قبل في العراق و الصحراء الغربية ، و بما أن المجتمع الدولي يعمل على تطبيق القانون الدولي في حماية حقوق الإنسان مهما كان مكان تواجد الشخص ، فإن قضايا اللجوء و ما يتعرض له اللاجئين من أهم إهتماماته ، من أجل ذلك أنشئت المفوضية السامية سنة 1951 بموجب قرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 319( د - 4 ) ، حيث صادقت بقرارها رقم 428 ( د- 5 ) على نظامها الأساسي الملحق بهذا القرار الأممي ، و التي تعمل على متابعة شؤون اللاجئين .

و يعتبر قانون اللجوء من أهم مظاهر الحماية التي يوفرها القانون الدولي ، و هذا نظرا للصعوبات و المشاكل الإقتصادية و الإجتماعية التي تواجه اللاجئين و طالبي اللجوء ، و لقد أرقف القانون الدولي هذا القانون بمجموعة من المبادئ نصت عليها الصكوك الدولية ، من بينها مبدأ عدم الإعادة القسرية و الذي يعتبر الركيزة الأساسية في تطبيق قانون اللجوء و حماية الأشخاص الذين غادروا وطنهم لأسباب مختلفة .

و لأن الحماية الدولية للاجئين مسؤولة المجتمع الدولي في تحقيق سلامتهم الشخصية و أمنهم ، فيعتبر مبدأ عدم الإعادة القسرية من أهم الإجراءات التي تقوم بها الدول لحماية ضحايا الإضطهاد بسبب العرق أو الدين أو الجنس أو الإنتماء إلى فئة إجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية . و تلتزم الدول بالقيام بجميع الإجراءات اللازمة لضمان ذلك ، فمن واجب الدول احترام و حماية حقوق الإنسان و عدم إنتهاكها .

و من الحقوق التي لها أهمية بالنسبة للاجئ هي حقه في الحياة و الأمان و عدم تعرضه للتعذيب أو المعاملة اللإنسانية، و حقه في إلتماس اللجوء هربا من الإضطهاد و قبوله من طرف البلد الملجأ و عدم إعادته قسرا إلى البلد الذي هرب منه ، و لقد تم إبرام عدة إتفاقيات دولية و إقليمية تعمل و تختص في النظر في المشاكل و الأوضاع التي يعاني منها طالبوا اللجوء و اللاجئين المتواجدين داخل دول الملجأ أو على حدودها ، و كل ذلك من أجل تقديم المساعدات المادية و المعنوية لهذه الفئة الضعيفة و المعوزة التي أصبحت خارج حدود دولتها نتيجة الظروف القاهرة و الخطيرة التي تهدد حياتها و حرياتها ، و هذا في الحدود المخولة لها لتقديم المساعدة في تخطي المشاكل التي يتعرض لها هؤلاء الأشخاص .

و تهدف دراستنا إلى تبين أهمية مبدأ عدم الإعادة القسرية ، باعتباره من المبادئ التي يقوم عليها قانون اللجوء ، و أحد الضمانات الهامة للتحقيق الحماية الدولية للاجئين ، في عدم طرد اللاجئ أو رد طالب اللجوء إلى إي إقليم قد يتعرض فيه للخطر حتى لو كان دولته الأصلية .

و عليه يكون التساؤل الذي تطرحه هذه الدراسة هو : ما مدى فعالية مبدأ عدم الإعادة القسرية في كفالة الحماية الدولية للاجئ في القوانين الدولية ؟ ، و لقد وضعنا خطة للإجابة عن هذا التساؤل تتمثل في :

المبحث الأول تناولنا مفاهيم أساسية لمبدأ عدم الإعادة القسرية

المطلب الأول: محتوى مبدأ عدم الإعادة القسرية

المطلب الثاني : علاقة مبدأ عدم الإعادة القسرية بالمفاهيم القانونية الأخرى

المبحث الثاني فقد خصصناه للإطار القانوني لمبدأ عدم الإعادة القسرية.

المطلب الأول : الطبيعة القانونية لمبدأ عدم الإعادة القسرية

المطلب الثاني : الأساس القانوني لمبدأ عدم الإعادة القسرية

### المبحث الأول : مفاهيم أساسية لمبدأ عدم الإعادة القسرية

يعتبر حق إبعاد اللاجئين من الحقوق التي تمارسها الدول باعتبارهم أجنب ، إلا أن هذا التصرف قد يؤدي بنقل هؤلاء إلى الدولة التي تلاحقهم أو تضطهدهم ، من أجل ذلك نجح القانون الدولي في تحسين وضع اللاجئين بوضع بعض القيود على دول الملجأ في الحد من إبعادهم ، و في هذا الصدد حاولنا تقسيم هذا المبحث للتعرف أكثر على مبدأ عدم الإعادة القسرية ، و ذلك في مطلبين ، المطلب الأول : محتوى مبدأ عدم الإعادة القسرية ، المطلب الثاني : علاقة مبدأ عدم الإعادة القسرية بالمفاهيم القانونية الأخرى .

#### المطلب الأول: محتوى مبدأ عدم الإعادة القسرية

إن التطرق لمضمون مبدأ عدم الإعادة القسرية يستلزم التعرف أولاً على اللاجئ الذي يعد محور هذه الدراسة ، و ما هو تعريفه في مختلف الصكوك الدولية ، و عليه قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول: تعريف اللاجئ ، و الفرع الثاني: مضمون مبدأ عدم الإعادة القسرية .

#### الفرع الأول: تعريف اللاجئ

يقصد باللجوء في القانون الدولي ، هروب الضحايا من الأخطار المحدقة بهم بسبب النزاعات إلى أماكن و هبئات تتوفر لهم فيها الحماية ، و أول الأماكن التي يلجأ الضحايا إليها هي اللجنة الدولية للصليب الأحمر باعتبارها المفوضة من طرف إتفاقية جنيف بحماية أكثر الأفراد ضعفا ، سواء كانوا أسرى أو مدنيين يتعرضون للهجوم ، كما تقوم بتقصي المفقودين و لم شملهم مع عائلاتهم و الإشراف على إعادة الأسرى إلى أوطانهم ، و تذكير جميع أطراف النزاع بأنهم ملزمون بتطبيق إتفاقيات جنيف .

أما اللاجئ فهو الشخص الذي أجبر على الخروج من وطنه و فقد أرضه و أملاكه و عمله و ارتباطه العضوي ببلده ، كما أن المقصود باللاجئ ، حسب إتفاقية اللاجئ و البروتوكول التابع لها لسنة 1951 : فتطبق صفة ال" لاجئ " ، بموجب الفقرة الأولى من المادة 1/أ من إتفاقية 1951. أولاً : على أي شخص سبق إعتباره لاجئاً بمقتضى ترتيبات 12 أيار/ مايو 1926 و 30 حزيران / يونيو 1928 ، أو بمقتضى إتفاقيتي 28 تشرين الأول / أكتوبر 1933 ، و 10 شباط / فبراير 1938 و بروتوكول 14 أيلول / سبتمبر 1939 ، أو بمقتضى دستور المنظمة الدولية للاجئين . ثانياً : كل شخص يوجد ، بنتيجة أحداث وقعت قبل 1 كانون الثاني / يناير 1951 ، و بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو إنتماؤه إلى فئة إجتماعية معينة أو أرائه السياسية ، خارج بلد جنسيته ، و لا يستطيع ، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف ، أن يستظل بحماية ذلك البلد ، أو كل شخص لا يملك جنسية و يوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق بنتيجة مثل تلك الأحداث و لا يستطيع بسبب ذلك الخوف ، أن يعود إلى ذلك البلد. فإذا كان الشخص يحمل أكثر من جنسية ،

تعني عبارة بلد جنسيته كلاً من البلدان التي يحمل جنسيتها ، و لا يعتبر محروماً من حماية بلد جنسيته إذا كان ، دون أي سبب مقبول يستند إلى خوف له ما يبرره ، لم يطلب الاستئصال بحماية واحد من البلدان التي يحمل جنسيتها .

و بموجب هذه الفقرة فقد وضعت ترتيبات دولية سابقة تحدد معنى اللجوء فهو كل شخص يكون خارج بلده و قد عبر الحدود الدولية ، دون أن تحصر سبب خروجه من بلده المنشئ بالإضطهاد فقد يكون لسبب آخر قد يكون مثلاً لوجود تغيير سياسي في دولته الأم ، كما يمكن أن يكون اللجوء عديم الجنسية و بذلك ينطبق مفهوم البلد المنشئ آخر مكان إقامته المعتاد .

أما إتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية لعام 1969 للجوء فهي تعرفه بحسب المادة الأولى (1) منها بأنه: أي شخص " اضطر إلى مغادرة مسكنه الوطني و اللجوء إلى مكان آخر خارج مسكنه الأصلي أو الوطني ، و ذلك بسبب عدوان خارجي أو احتلال أو هيمنة أجنبية ، أو بسبب حوادث تخل إخلالاً خطراً بالنظام العام " .

#### الفرع الثاني : مضمون مبدأ عدم الإعادة القسرية

إن مبدأ عدم الإعادة القسرية من المبادئ الأصلية و الراسخة في مجال حقوق الإنسان ، و قد تم تكريسه من خلال الإلتزامات الإقليمية و الدولية التي أقرها القانون الدولي ، و المبدأ يعني باختصار حضر ترحيل أي شخص داخل الدولة المعنية إلى بلد كان يتعرض فيه لخطر الإعتداءات الجسمية مثل التعذيب و إساءة المعاملة .

فهو من المبادئ التي يقوم عليها قانون حماية اللاجئين و القانون الدولي الإنساني و ذلك باستقبال

طالبي اللجوء من الإضطهاد الذي يعانونه في بلدهم . ففي حالة نشوب نزاع مسلح دولي أو إضطرابات سياسية ، يتمتع مواطنو أي بلد الذين فروا من الأعمال العدائية و الظروف غير المستقرة التي يعانون منها ، فيستقرون في بلد آخر على أساس أنهم أجانب يقيمون في أراضيه ، و يجب على البلد المستقبل حسن معاملة اللاجئين حتى لو لم تكن هناك علاقات دبلوماسية بينها و بين بلدهم الأصلي .

و يتضمن مبدأ عدم الإعادة القسرية ما يلي :

(1) إعادة طالبي اللجوء أو اللاجئين إلى مكان تكون فيه حياتهم و حريتهم معرضة للخطر.

(2) عدم منع طالبي اللجوء أو اللاجئين حتى إذا كان يجري تهربهم أو الاتجار بهم ، من البحث عن الأمان في أحد البلدان إذا كان هناك احتمال بأن يعادوا إلى بلد تتعرض فيه حياتهم أو حريتهم للخطر .

(3) عدم منع الهاربين من الإضطهاد الذين وصلوا إلى حدودها من دخول أراضيها .

و من الإتفاقيات الخاصة بوضع اللاجئين هي إتفاقية جنيف الأربعة لعام 1949 بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب و خاصة ما جاء في المادة 44 التي نصت على ضحايا المدنيين و حماية اللاجئين و المشردين و كذلك ما جاء في المادة 73 من البروتوكول الإضافي لعام 1977 و التي تنص على حماية عديمي الجنسية . و قد عرفت إتفاقية عام 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين عديمي الجنسية بمايلي : ( أي شخص لا تعتبره أي دولة مواطنا بموجب إعمال قانونها) ، و مثال ذلك الأكراد الفيلية و المسافرين من التبعية الإيرانية حين أقدم نظام صدام على تسفيرهم إلى إيران عنوة بحجة أنهم ليسوا من المواطنين العراقيين .

و هناك أيضا إتفاقيات أخرى لها علاقة مع أوضاع اللاجئين و منها مثلا إتفاقية عام 1961 بشأن تقليل حالات إنعدام الجنسية و إعلان الأمم المتحدة لسنة 1967 بشأن اللجوء الإقليمي ، إلى جانب وجود صكوك إقليمية في إفريقيا و في أوروبا و أمريكا اللاتينية و غيرها .

و طبقا للإعلان العالمي لحقوق الإنسان و الإتفاقيات الخاصة باللجوء سألقة الذكر فإن الشخص اللاجئ يستحق جميع الحقوق و الحريات الأساسية المنصوص عليها في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان ، و من هنا ينبغي حماية اللاجئ من هذا المنظور الإنساني الدولي الواسع و لا يجوز لأي دولة وقعت على الإتفاقية رفض الحماية للشخص اللاجئ و إلا فإنها تتحمل المسؤولية القانونية عن ذلك .

و يجوز عرض المساعدة للاجئ و ترك حرية الإختيار له في العودة أو البقاء و هذا يعني عدم جواز إبعاد اللاجئ جبرا إلى وطنه ، و لعل من أهم حقوق اللاجئ هو الحق في الحياة و الحق في سلامة الكيان البدني من التعذيب و سوء المعاملة و الحق في الحصول على الجنسية و الحق في حرية التنقل و الحق في مغادرة أي بلد ما و العودة إليه و الحق في عدم الإرغام على العودة ، هذا إلى جانب الحقوق الأخرى كالتهجير و الصحة و الضمان الإجتماعي و التقاعد و غيرها .

### المطلب الثاني : علاقة مبدأ عدم الإعادة القسرية بالمفاهيم القانونية الأخرى.

لمضمون مبدأ عدم الإعادة القسرية علاقة بمفاهيم قانونية أخرى ، تمثلت خاصة في تطبيقها من طرف الدول و الإلتزامات التي تقوم بها أثناء ممارستها ، و هذه المفاهيم هي الإبعاد و تسليم المجرمين و التهجير ، من أجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى ، الفرع الأول : مبدأ عدم الإعادة القسرية و الإبعاد ،

الفرع الثاني: مبدأ عدم الإعادة القسرية و تسليم المجرمين، الفرع الثالث: مبدأ عدم الإعادة القسرية و التهجير .

### الفرع الأول: مبدأ عدم الإعادة القسرية و الإبعاد

يقصد بمصطلح الإبعاد التهجير أو عملية الإبعاد الإجبارية من قبل جهة منفذة تمتلك القوة العسكرية لشخص ما أو أشخاص معينين ، باستخدام القوة ضد طرف ضعيف و حمله قهرا لمنطقة جغرافية قريبة من حدود هبمنتها الأمنية و العسكرية تحت ذرائع و دعاوى محددة في مقدمتها معاداة النظام الحاكم أو السلطة التي تدير شؤون البلاد ، و تقوم هذه السياسة على قلب حياة الإنسان من السعادة إلى الشقاء بصورة متعمدة لتعذيب الضحية الإنسانية .

و يعرف أيضا بأنه قرار تصدره السلطات العامة في الدولة لأسباب تتعلق بسلامتها و أمنها الداخلي أو الخارجي و تطلب بمقتضاه من الأجنبي مغادرة إقليمها و الإلتعاض للجزء الجنائي و الإخراج بالقوة . و عادة ما تحدد الدولة للأجنبي مهلة يلتزم خلالها بالخروج من إقليم الدولة .

و يستند حق الدولة في الإبعاد إلى حقها في البقاء و صيانة كيانها ، و حماية أفراد شعبها و مجتمعها من أي ضرر أو خطر ، فكما أن لها أن تمنع أي شخص من دخول إقليمها إذا كان في ذلك ما يهدد أمنها و سلامتها ، فلها كذلك أن تخرج من إقليمها أي أجنبي يكون في وجوده خطر عليها .

و لقد نصمت الإتفاقية 1951 الخاصة باللاجئين المسائل المتعلقة بالإبعاد في المادة 32 ، حيث جاء فيها: (1)- لا تطرد الدولة المتعاقدة لاجئا موجودا في إقليمها بصورة نظامية إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام.(2)- لا ينفذ طرد مثل هذا اللاجئ إلا تطبيقا لقرار متخذ وفقا للأصول الإجرائية التي ينص عليها القانون ، و يجب أن يسمح للاجئ ما لم تتطلب خلافا لذلك أسباب قاهرة تتصل بالأمن الوطني ، بأن يقدم بيانات لإثبات براءته و بأن يمارس حق الإستئناف و يكون له وكيل يمثله لهذا الغرض أمام سلطة مختصة أو أمام شخص أو أكثر معينين خصيصا من قبل السلطة المختصة .(3)- تمنح الدولة المتعاقدة لهذا اللاجئ مهلة معقولة ليلتمس خلالها قبوله بصورة قانونية في بلد آخر. و تحتفظ الدولة المتعاقدة بحقها في أن تطبق ، خلال هذه المهلة ما تراه ضروريا من التدابير الداخلية) .

و يتضح من خلال هذه المادة أنها تمنح ضمانات أساسية ثلاث للاجئ فيما يتعلق بإبعاده من إقليم الدولة التي يوجد فيها، فمن ناحية تم تقييد سلطة الدولة في إبعاد اللاجئين، بحيث لا يكون هذا الإبعاد إلا على سبيل الإستثناء، و عندما تقتضيه أسباب خاصة تتعلق بالأمن القومي أو النظام العام، و من ناحية أخرى فقد قضى النص في فقرته الثانية بضرورة إتباع إجراءات معينة فيما يتعلق بقرار الإبعاد و الطعن فيه ، و ذلك بهدف التأكد من احترام دولة الملجأ للقيد المتعلق بعدم إبعاد اللاجئ إلا

لأحد الأسباب التي حدتها الفقرة الأولى منه. و من ثم فقد ألزم الدولة بعدم إبعاد اللاجئين، إلا بمقتضى قرار يصدر من جهة قضائية أو إدارية طبقا للإجراءات التي رسمها القانون، على أن يسمح للاجئ بتقديم دفاعه ضد هذا القرار و إثبات أن استمرار وجوده داخل الإقليم لا يتعارض مع مقتضيات الأمن القومي للدولة أو نظامها العام، و تمكينه من الطعن في ذات القرار أمام الجهة المختصة أو أمام سلطة تعلق تلك التي أصدرته .

أما بالنسبة للتشريع الجزائري ، فقد أقر الإبعاد في القانون 11-08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم فيها و جاء في المادة 22 منه : ( ...يمكن سحب بطاقة المقيم من الأجنبي المقيم الذي يثبت للسلطات المعنية أن نشاطاته منافية للأخلاق و السكينة العامة ، أو تمس بالمصالح الوطنية ، أو أدت إلى إدانته عن أفعال ذات صلة بهذه النشاطات. و في هذه الحالة تطرد الرعية الأجنبية فورا بمجرد إستكمال الإجراءات الإدارية أو القضائية ) .

و الملاحظ أن المشرع قد خلط بين مصطلحي الطرد و الإبعاد و قد وضع لهما نفس الشروط و الإجراءات ، إلا أنه أقر مجموعة من الحقوق للأجنبي على أن لا تتعارض مع مصالح الدولة الجزائرية و أن لا تشكل خطرا على المواطن الجزائري .

### الفرع الثاني : مبدأ عدم الإعادة القسرية و تسليم المجرمين

يقصد بتسليم المجرمين ، إجراء مادي تمارسه الدولة ضد شخص أجنبي عنها و لمصلحة الجماعة الدولية بمقتضاه تسلم الدول رعاياها المرتكبين لجرائم تخل بأمن دولتهم أو الدولة المقيمين على أراضيها ، و هو إجراء يتم غالبا من خلال إتفاقيات دولية ثنائية كانت أو جماعية تقضي بتسليم المجرمين بين الدول المتعاقدة .

و هو شكل من أشكال التعاون الدولي تمارسه الدولة لمصلحة الجماعة الدولية و بمقتضى سلطتها في مكافحة الإجرام و تعاونها مع باقي دول المجتمع الدولي في القضاء على الجريمة و تحقيق الأمن و القضاء دوليا بتسليم أجنبي متواجد على إقليمها إلى دولة أخرى مطلوب فيها محاكمته أو تنفيذ عقوبة صادرة ضده ، فنصوص هذه الإتفاقيات تبين حدود تسليم المجرمين ، نطاق و شروط تطبيقه .

و يتفق كلا من التسليم و اللجوء في أنهما ينهيان إقامة الشخص من على إقليم دولة لينتقل إلى إقليم دولة أخرى ، و كلاهما تتخذهما الدولة التي يقيم عليها الشخص بقرار سيادي ، إلا أنهما يختلفان من حيث أن إجراء التسليم يقع على شخص ارتكب جريمة أم مشتبه به في ارتكابها ، أما اللجوء فهو شخص هارب من دولته الأصلية إلى دولة أخرى لمعاناته الإضطهاد فيها ، و يختار اللجوء الذي يريد اللجوء إليها بإرادته الحرة المختارة أما التسليم فالشخص المطلوب تسليمه لا يملك هذا الإختيار

، و يتمتع اللاجئ بالحماية الدولية المقررة لحق اللجوء في الإتفاقيات الدولية ، في حين لا يتمتع الشخص المطلوب تسليمه بهذه الحماية .

و بالنسبة للعلاقة بين مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئ و مفهوم تسليم المجرمين ، فهي تتمثل في مضمون الحماية التي أقرها القانون الدولي بموجب هذا المبدأ و التي تتلشى إذا إتهم اللاجئ أو طالب اللجوء بارتكاب جريمة خطيرة موضوع إتفاقية تسليم المجرمين المبرمة بين البلد الأصلي و البلد المستضيف ، فهذا المبدأ قد يكون عرضة للإستغلال من طرف أفراد العصابات أو المجرمين الخطيرين الفارين من العقاب المحكوم عليهم به في بلدهم .

أما بالنسبة لإتفاقية جنيف لعام 1951 فقد وضعت حكما لحماية الدول من مثل هذه المواقف التي قد تهدد أمنها و سلامة أراضيها ، فنصت في مادتها الأولى : ( لا تنطبق أحكام هذه الإتفاقية على أي شخص تتوفر أسباب جديّة للإعتقاد بأنه : أ- إرتكب جريمة ضد السلام أو جريمة ضد الإنسانية بالمعنى المستخدم لهذه الجرائم في الصكوك الدولية الموضوعة للنص على أحكامها . ب- إرتكب جريمة جسمة غير سياسية خارج بلد اللجوء قبل قبوله في هذا البلد بصفة لاجئ).

و من هذه النص يتضح أن الحماية الدولية التي تكفلها أحكام هذه الإتفاقية لا تشمل الأشخاص الذي إرتكبوا جرائم جسمة قبل طلب اللجوء ، خاصة إذا وجدت إتفاقيات تسليم المجرمين بين الدولة المستضيفة و الدولة الأصلية .

### الفرع الثالث : مبدأ عدم الإعادة القسرية و التهجير

التهجير أو الإخلاء القسري هو " جملة من الأفعال التي تعتمدها الحكومات داخل حدودها السياسية تحت غطاء و مظلة السيادة الوطنية ، تهدف عن طريقها إلى إخلاء مناطق سكانية ذات أهمية إستراتيجية و العمل على إحلال مجاميع سكانية أخرى بدلا عن تلك الموجودة ، و قد تسعى الحكومة إلى تحقيق ذلك بنفسها أو بالإعتماد على قوات شبه عسكرية كالمليشيات ، أو عن طريق مجموعات متعصبة عرقيا ذات إنتماء ديني أو مذهبي معين . و قد وصف نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية جريمة التهجير القسري ، في تلك العملية التي تستهدف بها إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان من المنطقة التي يتواجدون فيها بصفة مشروعة إلى مناطق أخرى داخل حدود الدولة ، و يتم إما بالطرد المباشر أو بأي فعل قسري آخر دون مبررات يسمح بها القانون الدولي " .

و قد أشار نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمدة في روما ، في المادة السابعة فقرة 1/د لمصطلحي الإبعاد و النقل القسري ، و ذلك في وصفه للجرائم ضد الإنسانية ، كما عرفه في نفس المادة فقرة 2/د بأنه : (إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان ، نقل الأشخاص المعيّنين قسراً من

المنطقة التي يوجدون فيها بصفة مشروعة، بالطرد أو بأي فعل قسري آخر ، دون مبررات يسمح بها القانون الدولي).

و من خلال هذه التعاريف يتضح الفرق بين مبدأ الإعادة القسرية للاجئ و مصطلح التهجير و الذي هو عبارة عن جريمة يعاقب عليها القانون الدولي ، أما الإعادة القسرية فهي تصرف يبجحه القانون الدولي إذا ما كان للاجئ يشكل خطرا على دولة الملجأ ، فهي عبارة عن عقوبة ضد الأجانب الذين دخلوا هذه الدولة بصفة مشروعة إلا أنهم خالفوا قوانينها و صاروا يشكلون خطرا على أمنها و سلمها الداخليين ، أما التهجير فهو إبعاد السكان الأصليين بالقوة من أراضيهم و مثال ذلك ما حدث للفلسطينيين و العراقيين .

كما أن الإعادة القسرية تقتصر على اللاجئ و هو الأجنبي الذي لا يحمل جنسية البلد الملجأ ، أما التهجير فهو يقع على السكان الأصليين أي الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية بلدهم الذي قام بطردهم و إبعادهم عن مساكنهم و أراضيهم ، و هذا بسبب الإختلاف في العرق أو الدين أو الإتجاه السياسي ، و أحيانا تقوم به الحكومات ضد فئة معينة بهدف إخلاء أراض معينة.

إلا أنه يمكن القول أن المصطلحين يشتركان في أنهما يتعلقان بزمن النزاعات المسلحة ، أيضا يمكن القول أن اللجوء قد يكون نتيجة التهجير القسري ، فاللاجئ بعد تهجيده يسعى للحصول على حماية الدولة التي يلجأ إليها .

### المبحث الثاني : الإطار القانوني لمبدأ عدم الإعادة القسرية

تضمن القانون الدولي مجموعة من النصوص الدولية التي نصت على مبدأ عدم الإعادة القسرية ، و هذه النصوص جاءت في إطار حماية اللاجئين و طالبي اللجوء الذين يحتاجون للرعاية و الإهتمام من مختلف الدول لتمكينهم من أهم حقوقهم في الحياة و الإحساس بالأمان ، و فيما يلي سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين ، المطلب الأول : الطبيعة القانونية لمبدأ عدم الإعادة القسرية ، المطلب الثاني : الأساس القانوني لمبدأ عدم الإعادة القسرية .

### المطلب الأول : الطبيعة القانونية لمبدأ عدم الإعادة القسرية

يعتبر مبدأ عدم الإعادة القسرية هو أحد الجوانب الرئيسية لقانون اللاجئين ، و الذي يهتم بحماية اللاجئين من إعادتهم إلى الأماكن التي تهدد حياتهم و حرياتهم ، و هو من أهم الأحكام التي جاءت بها إتفاقية عام 1959 ، و التي تشكل المعيار الأساسي الذي تعالج به مشاكل اللاجئين و كيفية معاملتهم ، و وفقا لهذا المبدأ يمنع تقديم ضحية إضطهاد حقيقية إلى المضطهد ، و يجب أن لا يتم طرد اللاجئين أو إعادتهم إلى أوضاع تعرض حياتهم و حريتهم للخطر ، حيث تنص المادة 33/1) من

هذه الإتفاقية: "لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً أو ترده بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو إنتمائته إلى فئة إجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية".

و لقد أثارت الطبيعة القانونية لهذا المبدأ نقاشاً فقهياً حول مدى إلزاميته بالنسبة للدول غير الأطراف في إتفاقية جنيف للاجئين لسنة 1951 و بروتوكول سنة 1967 ، فضلا عن إتفاقيتي منظمة الوحدة الإفريقية سنة 1969 ، و منظمة الدول الأمريكية سنة 1969 ، و باختلاف الآراء الفقهية ظهر في هذا الشأن رأيين : الأول : يرى أنصاره أن مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين لا يلزم الدول غير الأطراف في الإتفاقية و إنما يواجه الدول الأطراف فقط ، و أن اللاجئين المعترف بهم في الدولة هم من تشملهم أحكام هذا الإلتزام ، و يبررون رأيهم هذا على أساس إنعدام العادات و السوابق الدولية التي تشكل العنصر المادي للقاعدة العرفية .

أما الثاني : فيذهب أنصاره إلى أن هذا المبدأ أصبح قاعدة قانونية عرفية ، و من ثمة فهو ملزم لجميع الدول حتى لو لم تكن طرفا في إتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1951 و مرد ذلك أن الوثائق الدولية التي تضمنت مبدأ عدم الإعادة القسرية جرى النص عليها بصورة مضطرة منذ ثلاثينيات القرن الماضي، كما أن الإعلان الخاص بالملجأ الإقليمي لسنة 1967 قد صدر بالإجماع من أعضاء الجمعية العامة .

أما البعض فيذهب إلى أن مبدأ عدم الإعادة القسرية أصبح مبدأ عرفياً في القانون الدولي ، بمعنى أن جميع الدول بغض النظر عما إذا كانت طرفا في الإتفاقيات السابق ذكرها ملزمة بتطبيق و العمل بهذا المبدأ ، و هذا يعني أنه حتى في حالة عدم مصادقة دولة ما على إتفاقية اللاجئين فإنه يقع على عاتقها الإلتزام بعدم ترحيل أي شخص إلى البلد الذي فر منه من خطر الإضطهاد.

كما أن هذا المبدأ من أهم حقوق اللاجئين التي يعمل القانون الدولي على ترسيخها ، و بذلك فهو لا يحتاج مصادقة الدول للإقرار به .

و في رأينا لا تلزم الدول إلا بما وقعت عليه و أقرته مما جاء في الإتفاقيات ، و هذا هو المبدأ الذي يعمل به القانون الدولي ، فالدولة التي وافقت على هذه الإتفاقيات و أقرت ما جاء فيها تلزم بتطبيق هذا المبدأ و عدم إعادة اللاجئين الذين هربوا من إضطهاد بلدهم الأصلي .

و في جميع الأحوال يبقى هذا الموضوع مثار جدلا في الفقه مما جعل البعض يقول أن مبدأ عدم الرد يمكن أن يشكل عرفا و لكن ليس على نطاق دولي و إنما على المستوى الإقليمي ، في كل من أوروبا الغربية و الأمريكية و إفريقيا ، و مما يدعم هذا الرأي ما نصت عليه الصكوك الإقليمية في هذا الشأن ، أما دول آسيا و الدول شرق أوسطية فقد عبرت صراحة في العديد من المناسبات على عدم إلتزامها بهذا المبدأ و أنها تعتبره مجرد إلتزام أدبي و أخلاقي ، مثلما حدث أثناء إعداد إعلان اللجوء الإقليمي

الذي يعتمد و نشر على الملء بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22/2312 ، المؤرخ في 14 ديسمبر 1967 .

### المطلب الثاني : الأساس القانوني لمبدأ عدم الإعادة القسرية

لقد تأكد مبدأ عدم الإعادة القسرية في الكثير من الصكوك الدولية ، فأصبح ملزما للدول الموقعة على الإتفاقيات الدولية ، خاصة أنه يشكل ركيزة أساسية في ضمان حقوق الإنسان في إيجاد ملجأ يحميه ، و سنتطرق لمجال تطبيق هذا المبدأ و الإستثناءات الواردة عليه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول : تطبيق مبدأ عدم الإعادة القسرية ، الفرع الثاني : الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم الإعادة القسرية .

### الفرع الأول : تطبيق مبدأ عدم الإعادة القسرية

يعود تاريخ النص على مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين إلى إتفاقية 28 أكتوبر سنة 1933 المتعلقة بالمركز الدولي للاجئين الروس و الأرمن و من في حكمهم ، حيث نصت المادة 3/ منها : (تتعهد الأطراف المتعاقدة في جميع الأحوال بعدم طرد أو إعادة اللاجئين إلى ناحية حدود دولتهم الأصلية ما لم تكن تلك الإجراءات قد أملت أسباب تتعلق بالأمن القومي أو النظام) ، و نصت إتفاقية جنيف الرابعة المبرمة بتاريخ 16/08/1949 المتعلقة بحماية المدنيين زمن الحرب في المادة 4/45 على حظر ترحيل أو نقل أي شخص محمي في أي بلد يخشى فيه الإضطهاد بسبب آرائه السياسية أو عقائده الدينية.

إلا أنه تعد إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين لعام 1951 أولى الإتفاقيات التي نصت على عدم الإعادة القسرية بنص المادة 1/33 و التي جاء فيها : ( لا يجوز لأي دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً أو تردّه بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون فيها حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو إنتماؤه إلى فئة إجتماعية معينة بسبب آرائه السياسية).

و قد إستخدمت هذه المادة مصطلح الأقاليم ، أي أن هذا المبدأ يطبق على جميع الدول التي قد يتعرض فيها الشخص للإضطهاد سواء كانت الدولة الأصلية أو لا ، و ينطبق أيضا تطبيق هذا المبدأ على الرد القسري إلى دولة معينة مثلما ينطبق على الإجراءات التي قد تؤدي إلى إرجاع اللاجئ إلى دولة قد يتعرض فيها حياته أو حريته للخطر ، كما يطبق هذا المبدأ على الأفراد المتواجدين على الحدود أو داخل أراضي الدولة المضيفة و أيضا الذين لم يعبروا الحدود إليها بعد.

و في هذا الشأن إنقسم الفقه لرأيين ، الرأي الأول: يرى أنه لا يجوز للدول طرد اللاجئين أو إعادتهم إلى دولة الإضطهاد ، سواء كانوا موجودين داخل إقليم دولة أو خارجه عند الحدود ، و هذا يعني الأخذ

بالمعنى الواسع في تحديد نطاق تطبيق المادة 1/33 ، في حين يرى الرأي الثاني: أن إلتزام الدول بعدم إعادة اللاجئين الموجودين فعلا داخل إقليمها دون الموجودين على الحدود ، و يستند هذا الرأي إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية 1951 حيث أنها قاطعة في اتجاه غرادة الدول المتعاقدة على إستبعاد حالة عدم قبول اللاجئين أو إقصائهم عند الحدود ، و هذا الرأي يأخذ بالتفسير الضيق للمادة 33 .

و تتميز إتفاقية 1951 بأنها تتضمن مجموعة من المبادئ و الأحكام التي تعتمد لحماية اللاجئين ، و أهمها :

- تشمل أحكام هذه الإتفاقية جميع اللاجئين دون تمييز .

- تتضمن هذه الإتفاقية تطبيق مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين بأي صورة و مهما كانت وضعيتهم إلى أي إقليم قد يتعرضون فيه للخطر .

أما الإتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو المعقوبة المقاسية أو الملائسانية أو المهينة لعام 1984 فقد نصت في مادتها الثالثة (3) على أنه: ( لا يجوز لأية دولة طرف أن تطرد أي شخص أو أن تعيده أو أن تسلمه إلى دولة أخرى إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الإعتقاد بأنه سوف يكون في خطر التعرض للتعذيب ، و تراعي السلطات المختصة لتحديد ما إذا كانت هذه الأسباب متوافرة جميع الإعتبارات ذات الصلة ، بما في ذلك حالة الإنطباق ، و وجود نمط ثابت من الإنتهاكات الفادحة أو الصارمة أو الجماعية لحقوق الإنسان في الدولة المعنية )، و تتمثل إلتزامات الدول في عدم إرسال أي شخص أو إعادته قسرا إلى بلد آخر أو إقليم آخر قد يتعرض فيه للتعذيب أو المعاملة السيئة و هو إلتزام مكمل لإلتزامهم بمنع التعذيب و سوء المعاملة .

و هو إلتزام يطابق لما جاءت به المادة 33 من إتفاقية عام 1951 ، بإلزام الدول الموقعة بعدم طرد أو ترحيل أو نقل أي شخص بأي طريقة إلى دولة أخرى سواء كانت دولته الأصلية أو لا ، إذا توافرت لديها أسباب حقيقية تدعو إلى الإعتقاد بأن هذا الشخص سيكون عرضة لخطر التعذيب .

كما أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على الإلتزام بتطبيق مبدأ عدم الإعادة القسرية من طرف جميع الدول في قرارها رقم 75/51 الصادر في أوت 1979 ، دون حصرها على الدول الموقعة على إتفاقية الأمم المتحدة للاجئين .

أيضا أصدرت مفوضية الأمم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين في 2006 مبادئ توجيهية بشأن الحماية الدولية و ركزت على الأشخاص الذين هم من ضحايا الإتجار . و توفر هذه المبادئ التوجيهية

إرشادات للحكومة و الممارسين القانونيين و المسؤولين عن إتخاذات القرارات و الهيئات القضائية و موظفي المفوضية السامية لدى تقرير وضع اللجوء للأشخاص الذي جرى الإتجار بهم .

و نستنتج أن الصكوك القانونية الدولية تحظر الطرد في وقت السلم و الحرب ، كما يحظر الطرد إلى الدولة التي تشكل بيئة معادية للأفراد و التي قد يتعرض فيها اللاجئين للخطر من السكان المحليين . أيضا يشمل هذا المبدأ الشخص الذي إكتسب صفة اللاجئ ، و طالب اللجوء الذي ينتظر البت في طلبه ، كما ينطبق أيضا هذا المبدأ على أي طريقة تم نقل بها الشخص حتى لو كانت بالقوة كالترحيل أو الطرد أو النقل غير الرسمي أو تسليم الأشخاص و عدم السماح لهم بالتواجد على الحدود .

و تجدر الإشارة إلا أنه لعدم وجود قواعد واضحة تفرض على الدول إحترام مبدأ عدم الإعادة القسرية ، فلا يضمن تطبيق هذا المبدأ و رد اللاجئ إلى مكان يتعرض فيه لخطر الإضطهاد ، و هو أمر لا يتماشى مع البعد الإنساني الذي يعمل على تحقيقه هذا المبدأ في حماية اللاجئين ، و عدم التمييز بينهم بسبب العرق أو الجنسية أو الديانة أو غير ذلك .

#### الفرع الثاني : الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم الإعادة القسرية

إن مبدأ عدم الإعادة القسرية ليس بالقاعدة المطلقة التي لا تعرف الإستثناء ، فقد نصت المادة 2/33 : ( لا يسمح بالإحتجاج بهذا الحق لأي لاجئ تتوافر دواع معقولة لاعتباره خطرا على أمن البلد الذي يوجد فيه أو لاعتباره يمثل ، نظرا لسبق صدور حكم نهائي عليه لارتكابه جرما إستثنائي الخطورة ، خطرا على مجتمع ذلك البلد). و عليه يتضح من هذه الفقرة أنه هناك بعض الحالات الإستثنائية التي يجوز فيها للدولة عدم تطبيق هذا المبدأ ، و حسب منطوق هذه الفقرة فإن إتفاقية اللاجئين لعام 1951 تسمح بحرمان أي شخص من الحماية التي يوفرها مبدأ عدم الإعادة القسرية إذا كانت ثمة أسباب جدية متوافرة تدعو إلى إعتبار هذا الشخص يمثل خطرا على أمن البلد الذي يوجد فيه أو لاعتباره يمثل خطرا على مجتمع البلد الموجود فيه لسبق صدور حكم نهائي عليه لارتكابه جرما إستثنائي الخطورة ، فهذه الحالات الإستثنائية تتعلق بصفة عامة بالمحافظة على المصالح الحيوية للدولة كحقها في البقاء و حقها في المحافظة على سيادتها و أمنها الوطني و نظامها العام و سلامة أفراد مجتمعها .

و يتضح من إستقراء المادة 2/33 من إتفاقية 1951 أن الإستثناء المتعلق بالأمن القومي يقتضي أن يشكل اللاجئ خطرا على أمن الدولة المضيفة في الحاضر أو المستقبل ، فيؤخذ بعين الإعتبار حتى الجرائم التي إرتكبها في الماضي، و يقع على هذه الدولة إثبات مدى صحة ذلك لتبرير ردها لهذا اللاجئ.

كما أن هذه المادة لم تحدد التصرفات التي تشكل خطرا على الأمن القومي ولا كيفية جمع الأدلة ولا نوعها ، و بذلك يمكن القول أن السلطة التقديرية في ذلك تعود للدولة المضيفة ، إلا أنها يجب أن تقدم مبررات صحيحة ومؤكدة حتى لا يشكل تصرفها تعسفا في استخدام حقها في الطرد.

أما بالنسبة لإستثناء تهديد المجتمع بسبب إرتكاب جرم خطير ، فإن التفسير المتفق عليه هو أنه ليس من الضروري أن يكون قد إرتكب داخل الدولة التي دخلها اللاجئ أو طالب اللجوء ، فيمكن له أن يكون قد إرتكبه في دولته الأصلية أو في أي دولة أخرى.

و ذهب بعض الفقه إلى القول أن حماية الأمن الوطني و النظام العام و المحافظة عليهما من الخطر الذي قد يسببه وجود اللاجئ على إقليم الدولة إعترف بهما منذ مدة طويلة كمبررات لعدم تقييد الدولة بمبدأ عدم الإعادة القسرية لكن هل هذا الخطر هو الخطر البسيط أو العادي الذي يمكن تلافيه باتباع إجراءات محددة ضد اللاجئ الذي يسببه لا ترقى إلى مستوى خرق هذا المبدأ أم يجب أن يكون هذا الخطر خطرا شديدا مع وجوده إتخاذ الدولة لقرار الإعادة القسرية أم أنه يجب البحث في الحالات القصوى التي تهدد الأمن الوطني و النظام العام ، و هذا الرأي أكدته لجنة القانون الدولي ILC في مناقشتها بشأن مسؤولية الدولة عن إخلالها بالتزام دولي .

لقد نص الإعلان بشأن الملجأ الإقليمي في المادة 3 منه على : (1. لا يجوز إخضاع أي شخص من الأشخاص المشار إليهم في الفقرة 1 من المادة 1 لتدابير مثل منع دخوله عند الحدود أو، إذا كان الشخص قد دخل الإقليم الذي ينشد اللجوء إليه، إبعاده أو رده القسري إلي أية دولة يمكن أن يتعرض فيها للاضطهاد. 2. لا يجوز الحيد عن المبدأ السالف الذكر إلا لأسباب قاهرة تتصل بالأمن القومي، أو لحماية السكان، كما في حالة تدفق الأشخاص معا بأعداد ضخمة. 3. إذا حدث أن قررت دولة ما وجود مبرر للحيد عن المبدأ المقرر في الفقرة 1 من هذه المادة، تنظر الدولة المذكورة في إمكانية منح الشخص المعني، بالشروط التي تستنسبها، فرصة للذهاب إلي دولة أخرى، وذلك إما بمنحه ملجأ مؤقتا أو بطريق آخر) ، و عليه يتضح من هذه المادة أن بالرغم من وجود إستثناءات على هذا المبدأ إلا أنها تشير إلى إمكانية توفير بلد آخر يستضيف اللاجئ .

إن وجود هذه القواعد لا يلغي حق الدولة في إتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة بحق اللاجئ ، و ذلك إذا قام بتصرف من شأنه أن يمس بأمنها أو سلامة مواطنيها فعندها يكون حق و واجب عليها إبعاده عن أراضيها ، كما يمكن أن تقوم الدولة بمنح اللاجئ فرصة إختيار البلد الذي سيذهب إليه و عدم إعادته لدولة لا يريد الذهاب إليها ، و كل ذلك وفق القواعد العرفية أو الإتفاقية بين الدول .

أما بالنسبة للعودة الطوعية فيمكن إعادة اللاجئين في ظل الشروط المناسبة ، و هو ما جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 في المادة 13/2 ، و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و

السياسية و المادة 5-1 من اتفاقية الاتحاد الإفريقي ، و تعتبر العودة الطوعية الحل الأفضل بالنسبة لمعظم اللاجئين في العالم ، لكن بشرط أن تكون من إختيارهم و بإرادتهم الحرة و أن يكونوا على علم بالوضع السائد في دولتهم الأصلية ، و هذه تكون مهمة المفوضية إعلامهم بجميع التطورات الحاصلة في بلادهم .

#### خاتمة :

الإعادة القسرية هي إجراء تقوم به الدولة على حدودها و ذلك بحظر و منع شخصا أجنبيا غير مقيم على أراضيها بصورة مشروعة من الدخول إلى أراضيها الوطنية ، أو منعه من الإستمرار في البقاء داخلها . و لقد تم وضع نصوص دولية منها إتفاقية عام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين ، لضمان حماية اللاجئين و تجنب تعرضهم لخطر الإعادة القسرية أو الطرد إلى دولتهم الأصلية ، و هو ما عرف بمبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين .

#### نتائج الدراسة :

- طبقا لمبدأ عدم الإعادة القسرية يحظر على الدول طرد أو إعادة لاجئ إلى أراضي يمكن أن تتعرض فيها حياته أو حريته للتهديد ، إلا إذا كان هؤلاء الأفراد يشكلون خطرا على الأمن الوطني للدولة المعنية أو أدينوا بحكم نهائي بجريمة خطيرة و يشكلون خطرا أيضا على مجتمع ذلك البلد المضيف .
- يوفر مبدأ عدم الإعادة القسرية حماية للفرد الذي طلب اللجوء عدم إعادته إلى أراض تهدد فيها حياته أو حريته ، و عليه تلزم دولة اللجوء الأول التي تجبره على مغادرة أراضيها من توفير بلد ملجأ ثان يكون مستعدا لاستقباله .
- تنص معظم النصوص الدولية و الإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان و قانون اللاجئين بوضوح على هذا المبدأ ، فلا يجوز لأي دولة موقعة طرد أو إعادة لاجئ بالقوة بأي طريقة كانت إلى حدود أراض قد تتعرض فيها حياته أو حريته للخطر لأسباب عرقية أو دينية أو قومية أو بسبب إنتمائته لعضوية مجموعة إجتماعية معينة أو رأي سياسي .
- إن العودة الطوعية هي أن يقرر اللاجئ العودة إلى موطنه الأصلي ، و هو ما نصت عليه المادة 5-1 من إتفاقية الاتحاد الإفريقي ، و هي ليست نوعا من الإعادة القسرية .

### الإقتراحات :

- يجب توسيع مبدأ عدم الإعادة القسرية ليشمل من يستوفي شروط الحصول على صفة اللجوء ومن خلال استحداث الحد الأدنى من معايير التعامل مع كافة الأشخاص ضمن المنطقة الجغرافية أو الاختصاص القضائي لدولة ما.
- ينبغي على المجتمع الدولي تقديم المساعدات اللازمة و الدعم المالي الذي تحتاجه الدول في رعاية اللاجئين و استقبالهم في أراضيها .
- يجب على دول الملجأ الإلتزام بتطبيق مبدأ عدم الإعادة القسرية باعتباره إلتزام دولي و إنساني ، و مساعدة اللاجئين بدمجهم في مجتمعاتها و توفير المسكن و العمل لهم حتى تحل مشاكلهم مع وطنهم الأصلي ، أيضا يمكن لدول الملجأ التعاون مع بعضها في إيجاد حلول للاجئين ليس على أراضيها فقط ، و ذلك بإيجاد مناطق للتوطين .

### المصادر و المراجع :

#### (1) المصادر :

- القانون الجزائري رقم 08- 11 ، الصادر في 25 جوان 2008 ، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و نقلهم فيها ، جريدة رسمية عدد 36، المؤرخة في 2 جويلية 2008
- إتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949.
- الإتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين ، الصادرة عن الأمم المتحدة ، بالقرار رقم 429 (د-5) ، المؤرخ في 14 كانون / ديسمبر 1950 ، تاريخ بدء النفاذ 22 نيسان / أبريل 1954 .
- إتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية التي تحكم الجوانب المحددة لمشكلات اللاجئين في إفريقيا ، إعتمدها مجلس رؤساء الدول و الحكومات في دورته العادية السادسة ، أديس أبابا 10 أيلول / سبتمبر 1969 .
- إتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المؤرخة في 10 كانون الأول / ديسمبر 1984 .
- نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمدة في روما في تموز / جويلية 1998 .

أ- الكتب :

- بدر الدين عبد المنعم شوقي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مطبعة السعادة، مصر، 1987، الصفحة(11).
- عبد الفتاح محمد سراج ، النظرية العامة لتسليم المجرمين، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، الصفحة(75).
- برهان أمر الله ، حق اللجوء السياسي – دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي - ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2008 ، الصفحة(265).
- علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة الإسكندرية ، مصر ، 1993 ، ص 292.
- عمر سعد الله ، معجم في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، الصفحة(307).
- ماجد حاوي علوان الربيعي ، حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي - دراسة مقارنة مع التشريعات الوطنية-، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 2015 ، الصفحة(281).
- محمد نصر محمد ، أحكام القانون الدولي لحقوق المواطنين تحت الاحتلال، الطبعة الأولى ، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، 2013 ، الصفحة(26).
- فؤاد عبد المنعم رياض ، الموجز في الجنسية و مركز الأجانب في القانونين المصري و المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1984 ، الصفحة(222).
- مستقبل اللاجئين الفلسطينيين و فلسطينيي الشتات ، كتاب أعمال مؤتمر -مستقبل فلسطيني الشتات- في الفترة من 11-13/9/2000 ، الصفحة(588).

ب- المقالات :

- مصطفى فروج ، جريمة التهجير القسري في القانون الدولي الإنساني ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة التليجي ، الأغواط ، العدد الرابع عشر ، جوان 2017 ، الصفحة(171).

ج- الأطروحات :

- أيت قاسمي حورية ، تطور الحماية الدولية للاجئين ، أطروحة دكتوراه علوم القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2014 ، الصفحة(11).

- رنا سلام أمانة ، مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين في القانون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2015 ، الصفحة(71).

ج- أشغال الملتقيات :

- إبراهيم الدراجي ، اللاجئين في المنطقة العربية – قضاياهم و معالجتهم - ، مداخلة مقدمة للملتقى ( مشكلة اللاجئين و سبل معالجتهم )، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2011 ، الصفحة(17).
- كمال إبراهيم محمد علاونة ، أهداف السياسة الإسرائيلية من الإبعاد و التطهير العرقي ، مؤتمر ( الإبعاد من السياسة التطهير الجماعي إلى التهجير الفردي : نحو تعزيز مقاومة سياسة الإبعاد – المحور السياسي )، جامعة النجاح الوطنية ، 26 تشرين الثاني 2013 ، الصفحة(5).
- محمد شوقي عبد العال ، حقوق اللاجئين طبقا لمواثيق الأمم المتحدة ، الحماية الدولية للاجئين ، أعمال ندوة الحماية الدولية للاجئين ، مركز البحوث و الدراسات السياسية ، القاهرة ، 1997 ، الصفحة (43).

## الفساد الاقتصادي وآليات مكافحته

د . أمال بن بريح

د . جبار رقية \*

أستاذة محاضرة - أ -

أستاذة محاضرة - أ -

كلية الحقوق بجامعة البلدة 2

كلية الحقوق بجامعة المدينة

تاريخ إرسال المقال: 2019-09-25 تاريخ قبول المقال: 2020-09-17 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

### ملخص :

انتشرت ظاهرة الفساد و تفاقمت في المجتمعات ، و أصبحت اليوم من أهم القضايا المطروحة التي تحظى باهتمام كافة الحكومات على المستوى المحلي و الإقليمي و الدولي ، و أخذت تشغل حيزا مهما في أولويات الاصطلاح نظرا لانتشار الفساد في كافة نواحي الحياة .

و لعل معالجة ظاهرة بالغة التعقيد و التشابك و متعددة المستويات كظاهرة الفساد من منظور قانوني و أممي و اجتماعي تستوجب الإشارة إلى الانعكاسات السلبية المقترنة بالفساد الذي يؤثر على الدولة داخليا خاصة إذا كانت دولة نامية تسعى إلى تقوية اقتصادها و بنائه لتحقيق التنمية لمواطنيها ، بالإضافة إلى خطورة الفساد عالميا و علاقته بالجريمة المنظمة ، و غسل الأموال و تحويل الأموال الناتجة عنه دوليا .

لذا اهتمت كافة التشريعات سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي بمواجهة الفساد من خلال القوانين و الاتفاقيات الدولية، و وضع إستراتيجية متعددة الجوانب لاختلاف الثقافات و القيم السائدة في الدول .  
الكلمات المفتاحية : الفساد الإقتصادي ، مكافحة الفساد ، أساليب المكافحة .

### Summary:

Corruption has spread in societies; it has become one of the most important issues for all governments at local, regional and international levels and has become an important part of reform priorities because of the spread of corruption in all aspects of life.

To deal with the phenomenon of corruption, which is complex and interdependent on several levels from a legal, security and social point of view, reference must be made to the negative impact of corruption on the state, especially if the developing country seeks to strengthen its economy and construction; adding corruption to the world and its relationship to organized crime, money laundering and the resulting transfer of funds internationally. Therefore, all legislation, both internal and external, has treated corruption through international laws and conventions and has developed a multi-faceted strategy given the different cultures and values prevailing in the countries.

**Key Words :** economic corruption, anti-corruption, institutions management

\* المؤلف المرسل

#### مقدمة:

تعد ظاهرة الفساد ظاهرة قديمة قدم المجتمعات الإنسانية، فقد ارتبط وجود هذه الظاهرة بوجود الأنظمة السياسية و التنظيم السياسي ، وهي ظاهرة لا تقتصر على شعب دون الآخر أو دولة أو ثقافة دون الأخرى.

و الفساد يظل عملا مستترا ، ويتم عادة في السرية و الخوف ، و إن الكشف عن حالات الفساد لا يؤدي عادة إلا إلى الكشف عن جزء من الحقيقة التي يجب معرفتها ، فمن النادر أن تتم أعمال الفساد بشكل ظاهر ، حيث أن القائمون على الفساد يعتمدون على مبدأ السرية و التواطؤ، وعلى ثقفتهم بأنه لن يتم الكشف عن سلوكياتهم للسلطات المختصة.

و لعل من أصعب و أخطر أنواع الفساد هو الفساد الاقتصادي ، الذي غدا اليوم من المشاكل التي تحظى بالأولوية في معظم الدول خاصة النامية منها، والتي وصل قسم منها إلى أعماق جديدة من المتاعب الاقتصادية.

و مما يزيد الأمر سوءا هو الدمار الاقتصادي الذي يسببه الفساد و الذي يصعب تحاشيه أو تلمس الأعدار له ، ونظرا لأنه يؤلف قضية عالمية فقد بادرت منظمات المساعدات الدولية مثل البنك الدولي ، و وكالة الولايات المتحدة للإئماء الدولي ، و برامج الأمم المتحدة للتنمية ، إلى تنظيم الندوات الدورية و البرامج التي تهتم بموضوع الفساد و مكافحته .

فما المقصود بالفساد الاقتصادي و ما هي أسباب انتشاره، وكيف حاولت الدول و المؤسسات الدولية التصدي له ؟

الإجابة على هذه الإشكالية و مناقشتها ستتم من خلال الباحثين التاليين:

#### المبحث الأول: مفهوم الفساد الاقتصادي

#### المبحث الثاني: أساليب مكافحة ظاهرة الفساد الاقتصادي

#### المبحث الأول: مفهوم الفساد الاقتصادي

يعتبر الفساد في الوقت الحالي جزءا لا يتجزأ من الحياة الاقتصادية و السياسية و الإدارية ، بل و الأخلاقية و الاجتماعية أيضا .وعلى الرغم من التعريفات المتعددة التي وضعت لتعريف ظاهرة الفساد إلا أنها جميعا مازالت قاصرة على الإلهام بشكل دقيق بهذه الظاهرة ، وهذا راجع ربما لكون مفهوم الفساد مفهوم مركب و مطاط ، و يختلف من عصر لآخر ، و من مكان لآخر، كما يختلف باختلاف الثقافات ، والقوانين ، وكذا الأعراف الاجتماعية التي تجيز سلوكيات معينة تعتبر فاسدة في نظر بلدان أخرى .

و ما قيل عن تعريف الفساد يقال عن أسباب انتشاره حيث تتعدد و تختلف من وقت لآخر و من مكان لآخر. لذلك وفيما يلي سيتم التطرق لتعريف الفساد لدى الباحثين و المؤسسات الدولية في مطلب أول ، ثم التطرق لأسباب انتشاره في مطلب ثان .

**المطلب الأول: تعريف الفساد الاقتصادي لدى الباحثين و المؤسسات الدولية**  
تعددت وتنوعت المفاهيم الخاصة بالفساد ، و بما أن موضوع المداخلة ينصب حول ظاهرة الفساد الاقتصادي ، فإنه لا بد من تعريفه و ذلك من خلال عرض أهم التعريفات التي ذكرها الباحثون في فرع أول ، ثم التطرق لعرض التعريفات التي جاءت بها المؤسسات الدولية في فرع ثان.

**الفرع الأول : التعريف الفقهي للفساد الاقتصادي**  
في الآونة الأخيرة كثرت الأبحاث التي تناولت ظاهرة الفساد ، وتعددت التعريفات التي توضع لهذه الظاهرة ، و لا سيما من قبل المتخصصين في علم الاقتصاد و القانون والعلوم السياسية ، وعلم الاجتماع.

- فالمتخصصون في علم الاقتصاد تركزت أبحاثهم في معظمها على العلاقة ما بين الاستثمار و التنمية الاقتصادية من جهة ، و نوعية المؤسسات الحكومية من جهة أخرى ، و التي تخلص إلى أن ضعف المؤسسات العامة هو أحد أهم أسباب الفساد التي تؤدي إلى انخفاض في حجم الاستثمار ، وبالتالي إلى البطء في عجلة التنمية الاقتصادية.

- أما المتخصصون في علم القانون فإن أبحاثهم تخلص إلى أن الفساد يعد انحرافا عن الالتزام بالقواعد القانونية، وأن له أثر مدمر على حكم القانون ولاسيما عندما يطال القضاء.  
- أما المتخصصون في علم السياسة فإن أبحاثهم تركز على علاقة الفساد بشريعة الحكم، ونماذج القوى السياسية، ودور مؤسسات المجتمع المدني<sup>(1)</sup>.

أما فيما يخص التعريفات التي وضعها الباحثون لظاهرة الفساد ، فقد عرفها البعض أنها: ( كل فعل أو تصرف يتم على خلاف قوانين الدولة ، و يترتب عليه إهدار مواردها الاقتصادية ، و الترشح و الإثراء بلا سبب ، و تحقيق منفعة خاصة أو عامة لفرد أو طائفة لا تستحق ، مما يعرقل عملية التنمية)<sup>(2)</sup>

كما عرفها البعض الآخر بأنها: ( سلوك غير سوي ينطوي على قيام الشخص باستغلال مركزه و سلطانه في مخالفة القوانين و اللوائح و التعليمات لتحقيق منفعة لنفسه أو لذويه من الأقارب و الأصدقاء و المعارف ، و ذلك على حساب المصلحة العامة ، و يظهر هذا السلوك المخالف في شكل جرائم و مخالفات كالرشوة و الترشح و السرقة و سوء استغلال المال العام ، و الإنفاق غير القانوني للمال العام ، مما ينتج عنه إهدار الموارد الاقتصادية للدولة ، و يعكس سلبا على عمليات التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ، و عدم الاستقرار السياسي الاجتماعي )<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - د/ نزيه عبد المقصود محمد مبروك : الفساد الاقتصادي، دراسة مقارنة بالفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013 ، ص 24.

<sup>2</sup> - د/ وليد إبراهيم الدسوقي: مكافحة الفساد في ضوء القانون و الاتفاقيات الإقليمية و الدولية ، الطبعة الأولى، الشركة العربية المتحدة للتسويق و التوريدات ، 2012 ، ص 23.

<sup>3</sup> - د/ نزيه عبد المقصود محمد مبروك: المرجع السابق ، ص 25.

أما عن تعريف الفساد الاقتصادي ، فيمكن القول أن علماء الاقتصاد بدؤوا يهتمون بموضوع الفساد بصفة خاصة و دور المؤسسات بصفة عامة باعتبارها عوامل رئيسية من شأنها أن تؤثر في كفاءة تشغيل الاقتصاد ذاته ، و يرجع ذلك التحول إلى عدة عوامل لعل أهمها تطور علم الاقتصاد ذاته ، فضلا عن تدخل الدولة بشكل كبير في النشاط الاقتصادي ، كذلك وجود عوامل خارجية حدت بالاقتصاديين الاهتمام بموضوع الفساد ، منها انتشار العولمة و التقارب الاقتصادي بين الدول خلال العقود الثلاثة الماضية. ومن هذه الأدبيات ظهر الاهتمام بوضع تعريف للفساد الاقتصادي .

حيث عرف البعض الفساد الاقتصادي على أنه: ( ذلك السلوك الذي يسلكه صاحب الخدمة العامة أو الخاصة ، والذي يقضي إلى إحداث ضرر في البناء الاقتصادي للبلد من خلال هدر الموارد الاقتصادية ، أو زيادة الأعباء على الموازنة العامة ، أو خفض كفاءة الأداء الاقتصادي ، أو سوء توزيع الموارد بقصد تحقيق منافع شخصية ، مادية أو غير مادية ، عينية كانت أو نقدية على حساب المصلحة العامة )<sup>(4)</sup>.

وعرفه البعض الآخر بأنه: (تخصيص الموارد و توزيع العائد الاقتصادي وفق الصالح العام أو بالتضاد معه )<sup>(5)</sup>.

في الأخير يمكن القول أن الفساد الاقتصادي يشمل كافة الانحرافات التي تؤدي إلى إلحاق الضرر بالبناء الاقتصادي للدولة ، و التي يهدف القائمين بها إلى تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب المصلحة العامة .

#### الفرع الثاني : تعريف المؤسسات الدولية للفساد الاقتصادي

إن تحديد مفهوم للفساد الاقتصادي لم يكن محل اهتمام الباحثون المتخصصون فحسب ، بل كان كذلك محل اهتمام المؤسسات الدولية ، و يأتي على رأس هذه المؤسسات البنك الدولي التي تعني بالتنمية نظرا لكونها الأكثر اهتماما وتأثرا بالظاهرة ، و يأتي على رأس هذه البنوك البنك الدولي . وفيما يلي تعريف بعض من هذه المؤسسات الدولية لظاهرة الفساد الاقتصادي.

-تعريف البنك الدولي لظاهرة الفساد: يرى البنك الدولي أن الفساد هو استعمال الوظيفة العامة لتحقيق مكاسب خاصة<sup>(6)</sup> ، فالفساد يحدث عندما يقوم موظف عام بقبول أو طلب أو ابتزاز يتحقق من ورائه نفع خاص له أو لأحد أقاربه.

و يأخذ البعض على هذا التعريف أنه محدود ، حيث يقصر الفساد على أشكال و صور ضيقة للغاية مثل الرشاوى و العمولات و التهرب الضريبي و التهرب الجمركي ، و يربط بشكل مباشر و واضح

<sup>4</sup> - المرجع نفسه ، ص 30.

<sup>5</sup> - د/ طارق البشري : دور مؤسسات ، بحوث و مناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة الوطنية ، بعنوان " الفساد و الحكم الصالح في البلاد العربية ، بيروت ، 2006 ، ص 509 .

<sup>6</sup> - تقرير صادر عن البنك الدولي بعنوان ( التنمية في العالم - الدولة في عالم متغير ) ، 1998 ، ص 112.

بين الفساد و أنشطة الدولة ، أو بين الفساد و القطاع الحكومي - القطاع العام - ، و يستبعد القطاع الخاص كلية من القيام بالفساد.

كما يلاحظ على تعريف البنك الدولي للفساد بأنه يحلله على أنه استغلال للوظيفة العامة لتحقيق منافع خاصة ، ومن ثم فهو يتهم القطاع العام بالمسؤولية المطلقة عن الفساد ، ويعتبر أن كل الانحرافات الموجودة في القطاع العام هي محصلة طبيعية للفساد وفق مصالح أطرافه ، و يعتبر هذه الانحرافات سببا مباشرا في عرقلة مسار النشاط الاستثماري و الاقتصادي و التنموي .

– تعريف البنك الإفريقي للتنمية: عرف البنك الإفريقي للتنمية الفساد الاقتصادي بأنه : استعمال العون العمومي لقوة منصبه و ذلك لبحث عن الامتيازات .

و ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يذهب بعيدا عما أقره تعريف البنك الدولي ، وهو اتهام القطاع العام بالمسؤولية المطلقة عن الفساد ، وأن كل الانحرافات الموجودة بهذا القطاع تعد سببا مباشرا في عرقلة مسيرة النشاط الاقتصادي .

كما يلاحظ أن هذه البنوك تجمع على أن الفساد وسيلة دافعة للانحراف في المؤسسات الاقتصادية وفق المصالح الشخصية و ليس وفقا للمصالح العام الذي تسطره النخبة من خلال الخطط التنموية .

تعريف منظمة الشفافية الدولية لمكافحة الفساد : أما منظمة الشفافية الدولية لمكافحة الفساد فقد عرفته أنه : كل عمل يتضمن سوء استخدام المنصب العام لتحقيق مصلحة خاصة ذاتية لنفسه أو جماعته .

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه و إن كان قد اتصف بالعموم و الشمول بالنظر لما سبقه إلا أنه أيضا قصر عن ملاحقة الفساد في القطاع الخاص ، وألحق الفساد بالمنصب العام ، وإن كان قد وسع من دائرته ليشمل كل فعل من شأنه تحقيق مصلحة خاصة ، وإن لم تنص عليه القوانين و التشريعات الوطنية .

في الأخير يمكن القول بأن أي تعريف للفساد يجب أن يضع الاعتبارات التالية نصب أعينه و هو يصيغ تعريفا جامعاً لظاهرة الفساد و التي نجيزها في الآتي:

– إن آليات الفساد قد تتم بصور عديدة، مثل دفع الرشوة لتسهيل عقد الصفقات و تسهيل الأعمال ، و قد يتم في شكل وضع اليد على المال العام أو الحصول على مواقع متقدمة للأقارب في الجهاز الوظيفي و قد يتم بتوجيه الإنفاق العام لتحقيق رغبات خاصة على خلاف الاستخدام الأمثل و ما تقتضيه اعتبارات المصالح العام ، و من ذلك اهتمام الدولة بالبنية الأساسية في القرى و المدن التي ينتمي إليها كبار المسؤولين دون غيرها.

– إن الفساد ليس فقد خطيئة حكومية ، بل إن القطاع الخاص متورط إلى حد كبير في معظم أشكال الفساد الحكومي .

- إن العلاقة الفاسدة عادة ما يشترك فيها أكثر من طرف أحدهما يحتاج إلى قرارات محددة و الآخر يمكنه التأثير في هذه القرارات.

- إن أي عمل فاسد ينطوي بالضرورة على انتهاك للواجبات و الالتزامات العامة.

- إن التصرفات و الممارسات الفاسدة تتسم بالسرية دائما ، ذلك أنها تتم في إطار من

الخدعة و الغش و التحايل.

- إن الفساد مرتبط ارتباطا لا يقبل التجزئة بالجريمة المنظمة و تتجدد أشكاله يوميا في ضوء

التقدم التكنولوجي و المعلوماتي الحادث في عصرنا الحالي.

- كما أن الفساد يتم بأشكال و أنواع لا تنص عليها القوانين و التشريعات السائدة ، الأمر

الذي يوجب أن يتم تعديل هذه التشريعات و تقيحها بشكل دوري فيما يتعلق بجريمة الفساد .

- ارتباط الفساد ببعض الوظائف العامة التي يتقلدها أشخاص معينون لفترات طويلة بما

يكسر للفساد و المحسوبية و الوساطة و المحاباة و التزج من الوظيفة العامة<sup>(7)</sup>.

#### المطلب الثاني : أسباب انتشار الفساد الاقتصادي

إن الدراسات التي تناولت ظاهرة الفساد بينت أن هناك العديد من الأسباب الكامنة وراء بروز

ظاهرة الفساد و تقيحها في المجتمعات ، و بالرغم من وجود شبه إجماع على كون هذه الظاهرة سلوك

إنساني سلبي تحركه المصلحة الشخصية . إلا أنه ينبغي ملاحظة أن هذه الأسباب و إن كانت متواجدة

بشكل أو بآخر في كل المجتمعات إلا أنها تتدرج و تختلف في الأهمية بين مجتمع و آخر ، فقد يكون

لأحد الأسباب الأهمية الأولى في انتشار الفساد بينما يكون في مجتمع آخر سببا ثانويا .

هذا و قد اجتهد مفكرو الاقتصاد الوضعي في التعرف على الأسباب التي تؤدي إلى وجود

الفساد الاقتصادي ، ويمكن اجمال أهمها فيما يلي :

#### - التحولات الاقتصادية التي طرأت على العالم في ظل العولمة :

فالاتجاه نحو رأسمالية السوق الحرة و الذي بدأ يسود العالم وما يتضمنه ذلك من تقليص

لدور الحكومة في النشاط الاقتصادي ، وبالتالي قلة المساءلة ، ثم المنافسة التي تصل إلى حد الصراع

القاتل ، وحرية تحريك الأموال بين دول العالم مما أوجد فرصة أمام كبار المفسدين لتحويل ما

يحصلون عليه بدون وجه حق إلى المؤسسات العالمية و تدويرها في أعمال مشروعة لإخفاء مصدرها غير

الشرعي ، فيما يعرف بغسيل الأموال ، كل هذه الظروف أوجدت بيئة مناسبة أمام المفسدين لمحاولة

إخفاء جرائمهم.

#### - تشابك المصالح بين رجال السياسة و رجال المال:

حيث يسعى رجال السلطة السياسية إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من المنافع

الاقتصادية خلال تواجدهم بالسلطة ، و لذلك فإنهم عادة ما يسعون إلى دعم علاقتهم الاقتصادية مع

<sup>7</sup>. د/ وليد إبراهيم الدسوقي: المرجع السابق ، ص 22.

رجال المال و الأعمال للحصول على منافع بدون وجه حق ، و في نفس الوقت يسعى رجال المال و الأعمال إلى تحقيق منافع مادية كبيرة من خلال مشاركتهم مع رجال السياسية و أقاربهم و أصهارهم و أصدقائهم الذين يسعون هم أيضا للحصول على أعلى فوائد مادية بطرق غير مشروعة دون أن تتألمهم المسؤولية القانونية طالما أنهم مقربون من النظام الحاكم المتكلف بحمايتهم و ضمان استمرار أعمالهم أو أنشطتهم غير المشروعة ، بل إنه عادة ما يسعى رجال المال و الأعمال إلى تقديم مبالغ مالية دون وجه حق إلى كبار المسؤولين و أقاربهم دون أن يطلبوا منهم ذلك بشكل صريح ، حيث يحرصون على تدعيم أواصر الصداقة و العلاقات الاجتماعية مقابل ضمان استمرار حصولهم على منافع و أموال و ثروات كبيرة دون وجه حق.

#### - بزوغ نظام مالي دولي متشابك الكترونيا:

مما يساهم في زيادة فرص الفساد بشكل ملحوظ ، وذلك نتيجة صعوبة السيطرة عليه و على الأضرار التي يحدثها (8).

#### - تزواج السلطة و المال:

حيث تتداخل هنا العلاقات الاجتماعية مع العلاقات الاقتصادية أو المالية و من ثم تظهر الوساطة و المحسوبية خاصة إذا ما ترتب على ذلك تربع ذوي السلطة بطريق مباشر أو غير مباشر من هذه السلطة ، و في مثل هذه الحالات تصبح القرابة أو الصداقة في المدخل الطبيعي للحصول على منافع مادية بدون وجه حق ، خاصة عندما تكون هناك عائلات حاكمة تمتلك شركات متعددة أو تكون على صلة بأفراد أو شركات تبحث عن الأرباح الكبيرة و الصفقات الضخمة من خلال صلة القرابة أو الصداقة ، من ثم استغلال أصحاب القرار مناصبهم في الترشح و الحصول على منافع مالية أو هدايا عينية قيمة أو الحصول على رشوى باهظة التكلفة للحصول على موافقات لترخيص أعمال غير مطابقة لتمرير أعمال غير مطابقة للمواصفات أو الصفقات غير المشروعة أو مخالفة للوائح و القوانين المالية ، وقد حدث ذلك بالفعل في عدة دول ، مثال ذلك ما حدث في ظل حكومة المحافظين في إنجلترا، حيث حصل " مارك " ابن السيدة " مارجريت تاتشر " على عمولة تقدر بعدة ملايين من الجنيهات على مبلغ 20 مليار جنيه إسترليني كان قيمة اتفاقية اليمامة للسلاح عام 1985م ، و صفقة الدفاع التي بلغت 1,2 مليار جنيه إسترليني مع ماليزيا و التي حدثت عام 1988 م و التي أعلن فيما بعد أنها كانت مرتبطة بصورة غير مشروعة و بثمن باهظ مع المعونة البريطانية ، و في اليابان أعطى أحد صانعي الإطارات الفولاذية لوزير سابق 80 مليون ياباني أي حوالي 600 ألف دولار أمريكي مقابل عقود حكومية ، وأن الفساد أنهى 38 عاما من الحكم بالنسبة للحزب الديمقراطي الليبرالي عام 1993 م (9).

8- د/ نزيه عبد المقصود محمد مبروك: المرجع السابق ، ص 47.

9- د/ حمدي عبد العظيم : عولمة الفساد و فساد العولمة ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2011 ،

**- إتباع سياسة نقدية أو مالية غير عادلة أو غير متزنة :**

حيث تؤدي هذه السياسات إلى ارتكاب بعض مظاهر الفساد الاقتصادي ، فسياسة التوسع في الإصدار النقدي مثلا أو الإفراط فيه يؤدي إلى التضخم و ارتفاع الأسعار و بالتالي انخفاض قيمة النقود أي انخفاض القوة الشرائية لها و انعدام دورها في تسوية المدفوعات الآجلة و تأثير ذلك على المعاملات و الديون و تأثيرها كذلك على أصحاب الدخل الثابت ، و يؤدي كذلك إلى انخفاض الدخل الحقيقية و عدم كفايتها لتحقيق المطالب الأساسية ، كذلك فإن التوسع في الائتماء المصرفي مع عدم الرقابة الجيدة يؤدي إلى تزايد حالات السرقة و الاختلاس في قطاع المصارف و المماطلة في سداد القروض .

**- تجنب نفقة يتحملها الأفراد:**

قد يكون الفساد وسيلة لتجنب النفقات التي يجب أن يتحملها الأفراد ، و مثال ذلك ما قد يدفعه أحد الممولين لمحصل الضرائب العامة لخفض المبلغ المستحق عليه كضريبة أو لتجنبه ، و ما قد يدفعه المستورد لمأمور الجمارك لتجنب الضريبة الجمركية المفروضة أو تخفيضها . كما يدخل في ذلك ما يتم دفعه من رشاوى لتوفير بعض الوقت الذي سوف تستغرقه الإجراءات المقررة ، حيث يترتب على هذا التأخير تحمل المشروع نفقات إضافية . فضلا على أن الفساد قد يؤدي إلى تجنب تطبيق أحكام القانون عن طريق التأثير على دور الحكومة في رقابة الأنشطة غير المشروعة ، كالمخدرات و الأغذية الفاسدة أو نقادي تطبيق العقوبات على ما يتم ضبطه منها<sup>(10)</sup>.

**- الفقر المدقع و اتساع الهوة بين الأغنياء و الفقراء:**

خاصة عندما يتقاضى الموظفون في جهاز الإدارة العامة أجورا و مرتبات متدنية ، فمثل هذا الوضع يساعد على تغذية المبول نحو الفساد ، و إذا كانت هناك ندرة أو نقص في الحاجات الأساسية للمواطن ، أو وجدت الحكومة نفسها عاجزة على تنظيم و توفير هذه الحاجات الأساسية لسبب ما ، فسوف يجد الفساد له تربة خصبة للتجذر و النمو.

**المبحث الثاني : أساليب مكافحة ظاهرة الفساد الاقتصادي**

إن مكافحة الفساد في المجال الاقتصادي لا تختلف جوهريا عن مكافحة الفساد في المجالات الأخرى ، و نظرا لأن هذه الدراسة تركز على الفساد الاقتصادي لذا سنكتفي بدراسة هذا الجانب ، و إذا استعرضنا السبل المختلفة التي استخدمت و تستخدم في مكافحة الفساد في المجال الاقتصادي نجد أنها تتبع ثلاثة توجهات أساسية تتمثل في المعالجة الإدارية و القانونية و الإعلامية و المعالجة عن طريق الإصلاح المؤسسي و ترشيد السياسات الاقتصادية .

و فيما يلي عرض موجز لكل معالجة من هذه المعالجات و ذلك كما يلي:

<sup>10</sup>. د/ وليد إبراهيم الدسوقي: المرجع السابق ، ص34.

### المطلب الأول: المعالجة الإدارية و القانونية و الإعلامية للفساد الاقتصادي

إن تعقد ظاهرة الفساد و إمكانية تغلغلها في كافة جوانب الحياة يقتضي سن قوانين صريحة و واضحة و تنظيفات إدارية متطورة ، وكذا إنشاء مؤسسات و أجهزة تنفيذية و رقابية عالية الكفاءة تساندها إرادة سياسية حازمة ، وذلك لزيادة احتمالات كشف الفساد و معاقبة الفاسدين و المفسدين عند كشفهم و مقاضاتهم في إطار حكم القانون ، وهذه المعالجة ضرورية لمكافحة الفساد و لا بد أن تكون جزءا أساسيا من أي نظام للإصلاح الإداري و القانوني و الاقتصادي للحد من الفساد .

كذلك فإن اعتماد القوانين و النظم على هذه المعالجة أمر ضروري سواء على المستوى المحلي أو الدولي من خلال عقد الاتفاقيات الملزمة للدول و الأطراف المشاركة فيها و من خلال التعاون الدولي ملاحقة الفاسدين .

و بناء على هذه المعالجة لا بد من سن قوانين صارمة لمكافحة الفساد مع سد الثغرات و الفجوات في القوانين التي يجعلها المفسدون منعرجا لإفسادهم ، و لا بد من التطبيق الحكيم و الحازم لتلك القوانين الخاصة بالتفتيش الإداري و المالي و إنزال أقصى العقوبات بحق الفاسدين و المفسدين و اجتثاثهم من جذورهم ، و لا بد من بناء منظومة رقابية فاعلة جدا و مستقلة عن أي تأثيرات سياسية ، و أن تكون مجهزة بقدرات بشرية و مادية و وسائل قانونية فاعلة لمواجهة الفساد و القضاء عليه عبر إعلاء صرح الشفافية و الرقابة الوقائية .

هذا و قد بادرت بعض الدول بإنشاء هيئات مختصة لمكافحة الفساد مع تحديث القانون العام و تعزيز كفاءة الجهاز التنفيذي و الرقابي بشكل عام ، وكانت سنغافورة و هونج كونج من أوائل الدول التي اعتمدت هذا المنهج ، حيث أنشأت سنغافورة مكتب للتحقيق في ممارسات الفساد في عام 1952 ، بينما أنشأت هونج كونج الهيئة المستقلة لمكافحة الفساد في عام 1971 ، و تبعتها بعد ذلك عدد من الدول النامية منها ملاوي و تنزانيا و باكستان و كينيا ، الأمر الذي دفع منظمة الشفافية الدولية و البنك الدولي إلى تقديم المساعدات الفنية اللازمة لإنشاء و تأهيل منظمات مكافحة الفساد في الدول النامية و الناشئة على نطاق واسع. و من هذه الدول أيضا الصين التي ظلت لسنوات طويلة تعاني من الفساد بجميع أشكاله مما مثل تهديدا للاستقرار الاجتماعي فيها الأمر الذي دفع الحكومة لاتخاذ إجراءات حاسمة و جادة لمكافحة الفساد و تكثيف الجهود الرامية إلى إنشاء إدارة مالية لمواجهة الاحتيال المالي ، وإنشاء إدارات أخرى لوضع الآليات و الاستراتيجيات اللازمة لمكافحة الفساد و تتبع ممارسات الفساد و مرتكبها بطرق عديدة و مختلفة.

يضاف إلى ذلك سلسلة من القرارات التي اتخذتها الدول و الأعضاء في منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية اعتبارا من عام 1994 حين أقر المجلس الوزاري للمنظمة توصيات لمحاربة الرشوة في المعاملات التجارية عبر الحدود و انتهاء بتبني المجلس نفسه عام 1997 اتفاقية لمحاربة رشوة المسؤولين في القطاع العام في الدول الأعضاء و أصبحت سارية المفعول في سنة 1999.

أما عن المعالجة الإعلامية فهي تعتمد على سبل تعزيز الشفافية في أعمال الأجهزة و الهيئات الحكومية و تعميق الوعي لدى كافة المواطنين و منظمات المجتمع المدني بشأن عمليات اتخاذ القرار و انتهاج السياسات ذات الأثر في الأوضاع الاقتصادية ، و لا شك أن الهدف من ذلك هو خلق قوى ضاغطة محلية أو دولية لتحسين أداء الحكم و ترشيد السياسات و الكشف عن كل صور الفساد ثم محاربتها ، و من هنا تبرر أهمية و دور المجتمع المدني بما في ذلك من وسائل الإعلام و الأحزاب السياسية ، خاصة أحزاب المعارضة و النقابات المهنية ، و دور البحوث و النشر في توسيع نطاق الشفافية و المساءلة في كل ما تزاوله أجهزة السلطة من أنشطة و أعمال .

كذلك إعطاء الحرية للصحافة و تمكينها من الوصول إلى المعلومات، و منح الحصانة للصحفيين للقيام بدورهم في نشر المعلومات و عمل التحقيقات التي تكشف عن قضايا الفساد و مرتكبيها<sup>(11)</sup>.

و تسعى هذه المعالجة إلى تمكين المواطن من أسباب القوة ، و يمكن تحقيق ذلك من دعم الإصلاحات التي تطول الأوضاع من القاع إلى القمة ، ففي كثير من الدول التي يترسخ فيها الفساد تفتقر الحكومات سواء إلى الإرادة أو القدرة على تطبيق برامج فعالة لمحاربة الفساد ، و قد يختار شركاء التنمية الخارجيون إعلاء صوت المواطنين و تقوية آليات الإقصاء من أجل تعزيز الشفافية و المساءلة و سيادة القانون ، و لا شك أنه عندما يتم إطلاع المواطنين على الأداء الحكومي يصبحون في وضع أفضل للضغط على الموظفين العموميين لأداء مهامهم من أجل الصالح العام<sup>(12)</sup>.

**المطلب الثاني: المعالجة عن طريق الإصلاح المؤسسي و ترشيد السياسات الاقتصادية**  
لعل من أنجح الطرق لمكافحة الفساد هي معالجة كافة الأسباب المنشئة له من خلال إصلاح مؤسسات الحكم و إرساء قواعد المساءلة العامة ، فضلا عن ترشيد السياسات الاقتصادية بما يتلاءم مع المصلحة العامة و رغبات الجماهير التي يعبر عنها المواطن من خلال الممارسات الديمقراطية .  
و إذا ما تم التركيز على المجال الاقتصادي فإنه يمكن الحد من الفساد الاقتصادي من خلال إصلاح الإطار المؤسسي لوضع السياسات المالية و النقدية ، و ذلك باستقطاب خبرة الكفاءات لشغل المناصب الكبرى و دعمهم بكوادر ذات كفاءة يتم تطويرها حسب معايير الأداء بعيدا عن التدخلات المغرضة، ثم وضع الأسس السليمة لإدارة المال العام وفقا لمبادئ الشفافية و المساءلة و الرقابة الفعالة من جانب المجالس التشريعية .

<sup>11</sup> - د/ جورج العبد : العوامل و الآثار في النمو الاقتصادي و التنمية ، من بحوث و مناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي بالإسكندرية ، بعنوان " الفساد و الحكم الصالح في البلاد العربية " ، مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، 2002 ، ص 233 .

<sup>12</sup> - د/ نزيه عبد المقصود محمد مبروك : المرجع السابق ، ص 138.

يضاف إلى ذلك ضرورة وضع الركائز السليمة لترشيد العلاقة بين أجهزة الدولة و القطاع الخاص بما يحفز المواطنين للمبادرة و تحمل مخاطر الاستثمار و إدارة الأعمال وفقا لقواعد السوق، مع مراعاة الأهداف الاجتماعية.

كذلك فإنه ينبغي لأجهزة الدولة سن التشريعات العادلة لحماية المستهلكين و الحفاظ على حقوق المستثمرين، وأيضا لابد من العمل على تطوير النظام القضائي و رفع كفاءته و تعزيز استقلاله. و يدخل ضمن هذه المعالجة ضرورة إصلاح السياسة الاقتصادية فمن شأن التحرر التجاري و المالي أن يقلل فرص الفساد، و ذلك بالحد من الأوضاع التي قد يمارس الموظفون فيها سلطات لا تخضع للمساءلة و إنما لحرية التصرف.

و بتطبيق الشفافية و الحد من السلطات الاحتكارية للقطاع العام، و كذلك التطبيق الكامل لمعايير المحاسبة و التدقيق و الإفصاح الدولية بالنسبة للبنوك و المؤسسات المالية، و تعزيز القدرة المؤسسية لمراقبة صرامة و شاملة على كافة المصارف و المؤسسات المالية، و تعتبر هذه التدابير عاملا مهما جدا، فمراقبة الحسابات و التدقيق في أصغر التفاصيل الإدارية بشكل مستمر، و غيرها الكثير يعتبر أهم من كشف الاختلاس المالي.

ففي معظم الأحيان يمكن ضبط الفساد عبر تفاصيل صغيرة و أرقام و إحصاءات هامشية، و هناك طرق أقل كلفة تستخدمها بعض الشركات الأجنبية، و هي عبارة عن وجود موظف من داخل أو خارج الشركة تكون مهمته كشف الفساد و كل المتورطين و خاصة الرؤوس الكبيرة عبر الإبلاغ عنهم، و هذا الموظف يتمتع بحماية و حصانة قانونية مشددة.

خاتمة:

يمكن التوصل إلى أن الفساد الاقتصادي ظاهرة عالمية، حيث لم يعد انتشاره قاصرا على الدول النامية فقط، و أصبح من أهم المشاكل الاقتصادية التي تؤرق جميع الدول دون استثناء، و اتسع نطاقه في السنوات الأخيرة، و خاصة في الدول الناشئة، و تغلغل في كل مفصل هذه الدول حتى أصبح معوقا لكل فرص التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، و حائلا دون تحقيق التقدم و الازدهار. و ما يمكن التوصل إليه كنتائج من هذا المقال مايلي:

- الفساد الاقتصادي له العديد من الآثار السلبية على كل من الاستثمار و النمو الاقتصادي، و الإنفاق الحكومي، و القطاع الضريبي، و كل من سوق الصرف الأجنبي و سوق الأوراق المالية و صناديق الاستثمار، و البنوك و الممتلكات العامة، و قيمة العملة الوطنية، و قدرة الأنشطة الاقتصادية المشروعة، و كذلك على كل من توزيع الثروة و الدخل و الدعم الموجه للفقراء.

- يعتبر الفساد أحد أهم الظواهر الخطيرة، التي تهدد الدول في كل العالم لكن بدرجات متفاوتة، حيث ترتفع نسبته في المجتمعات النامية ذات الاقتصاد الريعي، و ذلك لتوفر فرص الربح السريع، و ضعف نظم الرقابة و المساءلة، و غياب الشفافية و الإفصاح عن المعلومات.

و من أهم التوصيات التي نخلص إليها ما يلي :

- إن تعدد أشكال الفساد الاقتصادي ، و صعوبة حصرها بشكل كامل و دقيق نظرا لكونه يختلف باختلاف الجهة التي تمارسه ، أو المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها ، هو ما يؤدي إلى صعوبة القضاء عليه و التصدي له بصورة نهائية . مما يستوجب إعادة محاولة حصره حتى يتم على الأقل التقليل من انتشاره.
- توفير الظروف الملائمة للمؤسسات و أجهزة مكافحة الفساد ، ومنحها الصلاحيات الكاملة و التمويل اللازم من أجل تمكينها من أداء عملها بكل حرية واستقلالية .
- توفير الإرادة السياسية القوية و الجادة لمكافحة ظاهرة الفساد . و توقيع أقصى العقوبات الردعية على مرتكبيها.

#### قائمة المراجع:

- د/ نزيه عبد المقصود محمد مبروك : الفساد الاقتصادي ، دراسة مقارنة بالفكر الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2013 .
- د/ وليد إبراهيم الدسوقي: مكافحة الفساد في ضوء القانون و الاتفاقيات الإقليمية و الدولية ، الطبعة الأولى ، الشركة العربية المتحدة للتسويق و التوريدات ، 2012.
- د/ حمدي عبد العظيم : عولمة الفساد و فساد العولمة ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2011 .
- د/ طارق البشري : دور مؤسسات ، بحوث و مناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة الوطنية ، بعنوان " الفساد و الحكم الصالح في البلاد العربية ، بيروت ، 2006 .
- د/ جورج العبد : العوامل و الآثار في النمو الاقتصادي و التنمية ، من بحوث و مناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية بالتعاون مع المعهد السويدي بالإسكندرية ، بعنوان " الفساد و الحكم الصالح في البلاد العربية " ، مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، 2002 .
- تقرير صادر عن البنك الدولي بعنوان ( التنمية في العالم - الدولة في عالم متغير ) ، 1998 .

## الوضع القضائي في مؤسسة علاجية للمدمنين

### على المخدرات في التشريع الجزائري

*Judicial status in a treatment institution for drug addicts in Algerian legislation*

د. عمر سدي

أستاذ محاضر أ-المركز الجامعي تمنراست

[seddiomar@gmail.com](mailto:seddiomar@gmail.com)

تاريخ إرسال المقال: 2020-09-10 تاريخ قبول المقال: 2020-09-24 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

المخلص:

الوضع القضائي في مؤسسة علاجية للمدمنين على المخدرات والمؤثرات العقلية، ينفذ بناء على أمر أو حكم أو قرار قضائي، المتضمن وضع المتهم أو المحكوم عليه في هذه المؤسسة العلاجية، في حالة الإدمان الاعتيادي الناتج عن تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية، متى ثبت للجهة القضائية أن السلوك المتابع به الشخص المعني ناتج عن تناول تلك المواد. يهدف هذا التدبير إلى علاج المدمن من هذه السموم.

الشيء الذي يجب أن نقف عنده في تنفيذ هذا التدبير من قبل القاضي الجنائي هو أن عدد المراكز المختصة في علاج الإدمان قليل على المستوى الوطني إذ يوجد مركزين على المستوى الوطني لعلاج الإدمان، وهو الأمر الذي يطرح إشكالية في تطبيق هذا التدبير من قبل القضاء الجنائي الجزائري. الكلمات المفتاحية: الوضع القضائي؛ المؤسسة العلاجية؛ الإدمان؛ المخدرات.

#### Abstract:

Judicial status in a treatment institution for drug addicts and psychotropic substances is implemented according to a judicial order, ruling, or decision, which includes placing the accused or convicted in this treatment institution, in the case of habitual addiction resulting from the use of narcotic drugs and psychotropic substances, when it is proven to the judicial authority that the behavior pursued The person concerned resulted from ingesting these substances. This measure aims to treat the addict from these toxins.

The thing that we must stand with in the implementation of this measure by the criminal judge is that the number of centers specialized in the treatment of addiction is small at the national level, as there are two centers at the national level for the treatment of addiction, which raises a problem in the application of this measure by the Algerian criminal judiciary.

**KEY WORDS:** judicial status; therapeutic institution; addiction; drug..

\* المؤلف المرسل

أن الوضع القضائي تحت المراقبة في مؤسسة علاجية، يقصد به وضع كل مصاب بالإدمان الاعتيادي الناتج عن تعاطي المواد الكحولية والمخدرات والمؤثرات العقلية، متى ثبت للجهة القضائية أن السلوك المتابع به الشخص المعني ناتج عن تناول تلك المواد، وذلك بناء على أمر أو حكم أو قرار قضائي، وهذه المؤسسة قد تكون مهياً لهذا الغرض.

يخضع هذا التدبير إلى حكم القضاء ولا ينفذ إلا بناء على أمر أو حكم أو قرار قضائي بوضع المتهم أو المحكوم عليه في مؤسسة علاجية، وعادة ما يتناول هذا التدبير المجرمين المدمنين على المخدرات، والذين يرتكبون جرائم بسبب الإدمان، فالقانون وضع لهم أسلوباً لعلاجهم وقاية للمجتمع من إجرامهم، الأمر الذي جعلنا نطرح التساؤل التالي: ما مدى فاعلية إجراء الوضع القضائي في مؤسسة علاجية في معالجة المدمنين على المخدرات؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا استعمال المنهج التحليلي الوصفي لكونه الأنسب لمحل الدراسة، وهذا خلال التعرض لشرح وتحليل نصوص قانون العقوبات وقانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وذلك بالاعتماد على خطة مكونة من بحثين يتناول: **المبحث الأول** شروط وإجراءات الوضع القضائي للأشخاص في مؤسسة علاجية، أما **المبحث الثاني** فيلقي الضوء على المؤسسات العلاجية المهياً للعلاج من الإدمان.

## 2- شروط وإجراءات الوضع القضائي في مؤسسة علاجية

اتباع المشرع الجزائري السياسة الإصلاحية لمكافحة جرائم مدمني المخدرات قبل العقاب، وذلك بالنظر إلى المدمن كمرضى يحتاج إلى العلاج وليس للعقاب.

من أجل إخضاع المدمن للعلاج لابد من توفر شروط وإجراءات نص عليها قانون العقوبات وقانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع استعمال والاتجار غير المشروع بها رقم (18/04)<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> انظر القانون رقم 18/04 مؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1425 الموافق 25 ديسمبر سنة 2004، يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، الجريدة الرسمية العدد 83 لسنة 2004،

## 2. 1- شروط الوضع القضائي في مؤسسة علاجية

الشروط هي: الإدمان على المخدرات والمؤثرات العقلية ، ارتكاب جريمة ، الخطورة الإجرامية

### 2. 1. 1- الإدمان على المخدرات<sup>(2)</sup> والمؤثرات العقلية<sup>(3)</sup>

يعتبر الإدمان<sup>(4)</sup> شرط من شروط تطبيق هذا التدبير، والإدمان Addiction: هو التعاطي المتكرر لمادة نفسية أو مواد نفسية لدرجة أن المتعاطي يكشف عن انشغال شديد بالتعاطي ، وعجز أو رفض للانقطاع ، أو لتعديل تعاطيه. ويظهر عليه أعراض الانسحاب إذا انقطع عن التعاطي ، وتصبح حياة المدمن تحت سيطرة التعاطي إلى درجة تصل إلى استبعاد أي نشاط آخر<sup>(5)</sup>.

عرفت هيئة الصحة العالمية (سنة 1973) الإدمان (الاعتماد): بأنه حالة نفسية وأحيانا عضوية تنتج عن تفاعل الكائن الحي مع العقار. ومن خصائصها استجابات وأنماط سلوك مختلفة

<sup>2</sup> ويعرف العواحي المخدرات على أنها " كل مادة خام أو مستخضر تحتوي على عناصر مسكنة أو منبهة، وشأنها إذا استخدمت في غير الأغراض الطبية المخصصة لها وبقدر الحاجة إليها دون مشورة طبية أن تؤدي إلى حالة من التعود والإدمان عليها مما يضر بالفرد والمجتمع". عايش منصور أبو هنتلة ، " تقييم البرنامج التأهيلي الاجتماعي في مستشفيات الأمل بالمملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، قسم العلوم الاجتماعية، ص 14

<sup>3</sup> "المؤثرات العقلية" أو " العقاقير التخليقية" أو "العقاقير المؤثرة على الحالة النفسية" أو "المواد النفسية" أو "المواد التي تؤثر على العقل" فهي تسميات مختلفة لذات المواد، و تعرف المؤثرات العقلية بأنها عقاقير تحمل خصائص المواد المخدرة الطبيعية، وتصنع في المختبرات و المعامل بالطرق الكيميائية ، من مواد ومستحضرات مختلفة كيميائياً، ولا تحتوي على مواد ذات أصل طبيعي أو نباتي. تقرير التطبيقات عن "الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية وغسل الأموال"، مجموعة العمل الهالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، 2011، ص 6

<sup>4</sup> أن من الخطأ حصر مصطلح الإدمان في إدمان المخدرات فقط ذلك أنه توجد أشكال متنوعة منه مثل إدمان الجنس ، إدمان الانترنت، الأكل ، العنف، التلفاز، التسوق، والكثير من أنواع الإدمان كما أن الإدمان لا يعني العادة السيئة التي يخالف من خلالها الفرد معايير المجتمع . وإنما يرتبط مفهومه بفكرة فقدان السيطرة. أ. براهمية نصيرة ، " إدمان المخدرات في المجتمع الجزائري (المدمن بين المرض والإجرام)"، مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية – جامعة الوادي ، العدد الأول –سبتمبر ، 2013 ، ص 14

<sup>5</sup> د. رياض بن علي الجواوي و د. عبد الإله بن عبد الله المشرف ، " المخدرات والمؤثرات العقلية (أسباب التعاطي وأساليب المواجهة)" جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 2011م

تشمل دائماً الرغبة الملحة في تعاطي العقار بصورة متصلة أو دورية للشعور بأثاره النفسية أو لتجنب الآثار المزعجة التي تنتج من عدم توفره<sup>(6)</sup>.

وعرف القانون 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات الإدمان في المادة 2 بأنه: " الإدمان حالة تبعية نفسانية أو تبعية نفسية جسمانية تجاه مخدر أو مؤثر عقلي " .

ومن خصائص الإدمان مايلي

- الرغبة الملحة في الاستمرار على تعاطي العقار والحصول عليه بأي وسيلة.

- زيادة الجرعة بصورة متزايدة لتعود الجسم على العقار، وإن كان بعض المدمنين يظل على جرعة ثابتة.

- الاعتماد النفسي والعضوي على العقار.

- ظهور أعراض نفسية وجسمية مميزة لكل عقار عند الامتناع عنه فجأة.

- الآثار الضارة على الفرد المدمن والمجتمع<sup>(7)</sup>.

## 2.1. - الجريمة السابقة أو توفر الخطورة الإجرامية

يشترط لتطبيق تدبير الوضع في مؤسسة علاجية ارتكاب جريمة من قبل المدمن أو توفر الخطورة الإجرامية

أ- الجريمة السابقة: ذهب الرأي الغالب في الفقه القانوني إلى اشتراط ارتكاب الجاني جريمة سابقة حتى يمكن إخضاع للتدبير الاحترازي، وهو نفس النهج الذي سارت عليه معظم التشريعات الحديثة،

<sup>6</sup> د. عادل الدمرداش، " الإدمان مظهره وعلاجه "، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب – الكويت، يناير 1979، ص 20

<sup>7</sup> نفس المرجع، ص 20

والجريمة كقاعدة تتمثل في سلوك صادر عن إرادة جنائية مما يترتب عنها جزاء في المقابل، ويتطلب القانون لكل جريمة أركان معينة لها بحيث إذا اكتملت هذه الأركان أصبحنا بصدد جريمة تامة يستحق الفاعل (المدمن) الجزاء المناسب وهو الوضع القضائي في مؤسسة علاجية<sup>(8)</sup>.

ولابد من وجود علاقة بين السلوك الإجرامي (الجريمة) و الإدمان على المخدرات والمؤثرات العقلية من أجل إخضاع المدمن على المخدرات لتدبير الوضع في مؤسسة علاجية<sup>(9)</sup>.

أن الإدمان على المخدرات قد يدفع إلى الإجرام ، فالمدمن على المخدرات يلهث خلفها للحصول عليها بأية وسيلة كانت وفي حالة غيابها يتحول إلى مجرم ، غير واع بما يفعله أو يقوله إذ أن هدفه الأساسي هو تأمين المادة المخدرة<sup>(10)</sup>.

كما أن تعاطي الشخص للمخدر ذي الفعالية الكبيرة والتأثير البالغ وبكميات كبيرة يفقه صوابه وتفكيره كإنسان طبيعي وتملؤه العدوانية والميل إلى الإجرام<sup>(11)</sup>.

ب- **الخطورة الإجرامية<sup>(12)</sup>** : وهو شرط يستفاد من المادة 311 من قانون الإجراءات الجزائية ، حيث نصت على أنه: " إذا أعفي المتهم من العقاب أو برئ أفرج عنه في الحال ما لم يكن محبوسا لسبب آخر دون إخلال بتطبيق أي تدبير امن مناسب تقررته المحكمة ". ولا شك أن تطبيق التدبير هو بسبب الخطورة الإجرامية التي تنطوي عليها شخصية الخاضع لهذا التدبير ، والتي كشفت عنها الجريمة المرتكبة<sup>(13)</sup>.

<sup>8</sup> نور الهدى محمودي ، " التدابير الاحترازية وتأثيرها على الظاهرة الإجرامية" ، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية ،

جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، السنة الجامعية 2010/2011 ، ص 64

<sup>9</sup> انظر المادة 22 من قانون العقوبات الجزائري

<sup>10</sup> داود علجية ، " ارتباط المخدرات بالإجرام " ، مذكرة التخرج ، المدرسة العليا للقضاء ، وزارة العدل ، جانفي 2008 ،

ص 48

<sup>11</sup> داود علجية ، " المرجع السابق ، ص 48

<sup>12</sup> عرف بعض الفقهاء الخطورة الإجرامية حيث عرفها الدكتور رمسيس بهنام بأنها " حالة نفسية يحتمل من جانب صاحبها ، أن تكون مصدرا لجريمة مستقبلية" ، في حين يعرفها الدكتور أحمد فتحي السرور بأنها " حالة تتوفر لدى الشخص ، تقيد أن لديه احتمالاً واضحا نحو ارتكاب الجريمة أو العود إلى ارتكابها" ، ويعرفها الدكتور محمد شلال حبيب بأنها " حالة نفسية تتكون لدى الشخص نتيجة عوامل داخلية وخارجية تجعله أكثر ميلاً لارتكاب الجريمة في المستقبل ". د. علي حسن الطوابه ، " دراسة في الخطورة الإجرامية " مركز الإعلام الأمني ، ص 7

<sup>13</sup> د. عبد القادر عدو ، " مبادئ قانون العقوبات القسم العام (نظرية الجريمة - نظرية الجزاء الجنائي)" ، دار هومو

للطباعة و النشر والتوزيع ، بوزريعة الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2013 ، ص 420

## 2.1. 3- وجود علاقة سببية بين الإدمان و سلوك المجرم

حيث يجب أن يكون ارتكاب الجريمة له علاقة بالإدمان على المخدرات والمؤثرات العقلية. وتعد المخدرات من أهم الأسباب التي تؤدي إلى إجرام المتعاطي أو المدمن ، حيث إنها تؤدي إلى إحداث خلل في الجهاز العصبي فيفقد الإنسان سيطرته على مراكز السيطرة في الدماغ ، وبالتالي ضعف الكوابح أو القيم الأخلاقية لدى الإنسان فتظهر الشهوات الحيوانية لديه مما ينعكس على ارتكاب الجرائم الأخلاقية وبالخصوص الجرائم الجنسية، كما تظهر لدى الإنسان الدوافع التي تمكنه من ارتكاب أي فعل في سبيل إشباع حاجاته وإن كان ذلك الإشباع على حساب انتهاك حقوق الآخرين وحرمتهم، وذلك بالاعتداء عليهم بالجريمة<sup>(14)</sup>.

كما إن الإدمان على المخدرات يؤدي إلى تحويل المدمن إلى إنسان كسول غير مستقر مما يؤدي في النهاية إلى التشرد و بالتالي السرقة، و يتحول الإنسان إلى فرد شكاك كثير التهيج وخائف و جبان، و كنتيجة لهذا الجبن أو الخوف يكون المدمن دائما في حالة هجوم وعدوان على الآخرين فتحصل جريمة الاعتداء من قبله عليهم<sup>(15)</sup>.

ونتيجة لكل هذا قد يؤدي الإدمان على المخدرات و المؤثرات العقلية بالمدمن إلى ارتكاب جريمة ما وحتى يمكن تطبيق التدبير العلاجي عليه لابد من وجود علاقة بين إدمانه و بين ارتكاب الجريمة.

ومن الجرائم التي لها علاقة سببية بالإدمان؛ جريمة استهلاك المخدرات أو حيازة المخدرات من أجل الاستهلاك، المنصوص عليها في المادة 12 من القانون 18/04 والتي يمكن اللجوء فيها إلى تدبير الوضع القضائي في مؤسسة علاجية.

## 2.2- إجراءات الوضع القضائي في مؤسسة علاجية

يخضع الوضع في مؤسسة علاجية إلى إجراءات خاصة وهي صدور حكم أو أمر أو قرار من الجهة القضائية المختصة و الرقابة القضائية على عملية تنفيذ هذا الإجراء

<sup>14</sup> فرقد عبود العارضي، " المخدرات ودورها في إجرام الانسان"، مجلة رسالة الحقوق، جامعة القادسية ، كلية القانون، السنة الثالثة، العدد الثاني، 2011، ص 172.

<sup>15</sup> فرقد عبود العارضي، " المرجع السابق"، ص 172

2. 2-1 صدور حكم أو قرار أو أمر من الجهة القضائية المختصة

يمكن أن تطبق تدبير الوضع في علاجية للمدمنين في أي مرحلة من مراحل الدعوى العمومية، فيمكن أن يطبق هذا التدبير في مرحلة التحقيق بإصدار قاضي التحقيق أو قاضي الأحداث (الأمر بالعلاج المزيل للتسمم)، وهذا ما نصت عليه المادة 7 من القانون 04-18، إن الشخص المتابع بجنحة استهلاك أو جنحة حيازة من أجل الاستهلاك الشخصي للمخدرات بصفة غير مشروعة، إن كانت حالته تستوجب علاجاً طبياً، للقاضي أن يصدر أمر بوضع المتهم المدمن في مؤسسة علاجية لإزالة آثار التسمم<sup>(16)</sup>.

كما يمكن تطبيق هذا التدبير أثناء مرحلة المحاكمة من قبل قاضي الحكم بحكم أو قرار قضائي<sup>(17)</sup>.

2. 2-2 الرقابة القضائية على عملية تنفيذ إجراء الوضع القضائي

يتمتع قاضي تطبيق العقوبات طبقاً للقانون (04-05)<sup>(18)</sup> المتضمن قانون السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين بسلطة الرقابة على تنفيذ تدبير الوضع القضائي في مؤسسة علاجية من أجل القضاء على الخطورة الإجرامية، وبناء على ذلك شملت اختصاصات قاضي تطبيق العقوبات الأعمال التالية:

أ- اختيار أسلوب المعاملة الملائم للمدمن على المخدرات: فبعد الملاحظة التي تجرئها المؤسسات المختصة يرسل المحكوم عليه أو المتهم (المدمن الخاضع للإجراء) إلى المؤسسة المختصة لإجراء العلاج اللازم، حيث تبدأ مهمة القاضي من خلال الاتصال المباشر مع المحكوم عليه من أجل معرفته، و بعد هذا الاتصال ودراسة الملف يستطيع قاضي تطبيق العقوبات أن يكون فكرة واضحة و بذلك يحدد ما إذا كان التدبير المطبق على المدمن ملائم أو لا، فيقره إذا كان ملائماً، ويأمر بتعديله أو إبداله بتدبير آخر حسب ما يراه مناسباً وتقتضيه مصلحة المحكوم عليه بالتدبير، كما يأمر القاضي بتغيير المؤسسة التي يشغلها المحكوم عليه أو المتهم إلى مؤسسة أخرى إذا كان يراها ملائمة للمحكوم

<sup>16</sup>- مليكة شريط، "مكافحة جرائم المخدرات بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، مذكرة ماستر في الشريعة والقانون، جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، ص 86

<sup>17</sup> المادة 311 من قانون الإجراءات الجزائية

<sup>18</sup> القانون رقم 04-05 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فيفري سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية العدد 12 لسنة 2005، ص 10

عليه أو المتهم، أو إذا رأى أن المؤسسة يشغلها المحكوم عليه أو المتهم لا تساعد ماديا على إعادة تأهيل المحكوم عليه المدمن<sup>(19)</sup>.

ب- استمرار عملية الملاحظة: استمرار التدبير الاحترازي المتمثل في الوضع القضائي للمحكوم عليه أو المتهم في مؤسسة علاجية مرهون باستمرار حالة الخطورة (الإدمان)، وعليه فمن واجب قاضي تطبيق العقوبات أن يبقى على اتصال دائم ودراسة متواصلة لوضعية الخاضع لهذا الإجراء من أجل تحديد الوقت الذي تنتهي فيه الخطورة الإجرامية أي شفاء الخاضع للإجراء من الإدمان على المخدرات، ولا يتقيد القاضي بمدة محددة إذا كان الحكم أو الأمر أو القرار قد حدد مدة معينة، فقد يتجاوز الحد الأقصى لمدة التدبير أو ينزل عن المدة إذا رأى ضرورة لذلك وإذا امتثل المدمن للشفاء قبل نهاية المدة<sup>(20)</sup>.

### 3- المراكز المخصصة لعلاج الإدمان على المخدرات

أن العلاج من الإدمان يتم في مؤسسة متخصصة يقيم المدمن فيها لغاية شفاؤه أو خارجها بواسطة المراقبة الطبية، وهذا بالحصول على الأدوية المقررة للعلاج وبالرجوع للطبيب المعالج دوريا قصد الرقابة واستكمال العلاج عند الاقتضاء .

لذلك سوف نتعرض إلى أنواع المؤسسات العلاجية وطرق العلاج فيها من جهة ودور هذه المؤسسات في العلاج من الإدمان في الجزائر من جهة أخرى .

#### 3.1- أنواع المؤسسات العلاجية وطرق العلاج فيها

يوجد العديد من أنواع المؤسسات العلاجية والتي تطبق طرق مختلفة في علاج المدمنين والذي يمر بمراحل عدة .

<sup>19</sup> براجة قطر الندى ، " تدابير الأمن وتأثيرها على الظاهرة الإجرامية"، مذكرة ماستر في الحقوق ، جامعة العربي

التبسي – تبسة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2016/2015، ص71

<sup>20</sup> نفس المرجع ، ص 72

### 3.1.1- التعرف بالمؤسسات العلاجية من الإدمان

من أنواع المؤسسات العلاجية المتخصصة

أ- مراكز متنقلة: وهي مراكز تضمن استقبال الأشخاص وإعلامهم و توجيههم ، وكذا مرافقة المحيطين به ، وإقامة الفحوصات الطبية و المتابعة الطبية و المتابعة النفسية ، و المرافقة الاجتماعية و التربوية الملائمة لكل وضعية

ب- المراكز المتخصصة المزودة بوسائل الإيواء الجماعي و يهدف العلاج في هذه المراكز إلى تعزيز القطيعة مع استعمال المخدرات و المؤثرات العقلية ، واستعادة التوازن الشخصي و تسهيل إعادة الإدماج الاجتماعي و المهني للمقيمين<sup>(21)</sup>.

ج- المراكز المتخصصة داخل المؤسسات العقابية وهي مراكز مكلفة بالتكفل الطبي و البسيكولوجي لمستعملي المخدرات المحبوسين داخل المؤسسات العقابية<sup>(22)</sup>.

د- مراكز علاجية بالإقامة و هي أماكن يحتجز فيه مدمن المخدرات طيلة مدة العلاج ، وقد تكون بأجر و هي العيادات الخاصة ، أو بدون أجر و هي تابعة للدولة و تهدف هذه المراكز إلى تخليص جسم من الإدمان و من سموم المخدرات من قبل أطباء مختصين<sup>(23)</sup>.

و بالنسبة للمراكز الموجودة في الجزائر كشف نائب المدير المكلف بالصحة العقلية على مستوى وزارة الصحة و السكان وإصلاح المستشفيات، عن وجود 15 مركزا للتكفل بالمدمنين على المخدرات عبر الوطن. وأوضح كذلك أن هذه المراكز تسيرها المؤسسات العمومية للصحة الجوارية ، و بالإضافة إلى ذلك ، يوجد 53 مركزا وسيطا<sup>(24)</sup> عبر مختلف الولايات ، 35 منها دخلت حيز التنفيذ<sup>(25)</sup> ، في حين يوجد الباقي في طريق الانجاز<sup>(26)</sup>.

<sup>21</sup> مليكة شريط ، " المرجع السابق " ، ص 88

<sup>22</sup> نفس المرجع.

<sup>23</sup> نفس المرجع.

<sup>24</sup> من مهام المراكز الوسيطة 1- استقبال و علاج المدمنين بتقديم النصائح لهم و المساعدة فضلا عن توجيههم إلى هياكل أخرى 2- التنسيق بين هياكل الرعاية المختلفة مثل مركز العلاج ، قسم الطب العقلي ، جمعيات تهدف للتوعية ، عائلات المرضى. 3- تنشيط حملات التوعية. 4- القيام بدورات تحسيسية لفائدة الأزواج لتوعيتهم بأخطار الإدمان . انظر مجلة الديوان الوطني لمكافحة المخدرات و إدمانها ، العدد الثاني ، جانفي 2016 ، ص 17

### 3.1.2- طرق العلاج المدمنين في المؤسسات العلاجية

إن معالجة إدمان الفرد يتطلب جهدا عاليا وجودة في العلاج ووجود المستشفيات التي تتبنى المعالجة و الكوادر المعالجة على اختلاف تخصصات أعضائها .

ولقد حددت منظمة الصحة العالمية مراحل ثلاث للعلاج ،

**المرحلة الأولى:** وهي المرحلة المبكرة التي تتطلب وجود رغبة حقيقية لدى المدمن ، نظرا لدخوله في كفاح صعب وصراعات قاسية ومؤلمة ، بين الحاجة الملحة للمخدر وبين العزم الأكيد على ترك المخدرات ، وأن يبدي قبوله مساعدة الفريق المعالج النفسي ، وتبدأ هذه المرحلة بالامتناع عن التعاطي ويتم ذلك في غرف فردية أو مزدوجة حسب حالة المريض بإشراف طبيب نفسي مع الفريق العلاج من اختصاصيين اجتماعيين و نفسانيين وأعضاء هيئة التمريض في المستشفى أو المركز المختص مع وجود معمل طب كيميائي لإجراء الفحوصات المختلفة وتحديد نوع المخدر وتسمى هذه المرحلة بمرحلة (إزالة السموم من جسم المريض) .

**المرحلة الثانية:** بعد طرد السموم سيتعرض الشخص المعالج لنوم طويل وارتفاع لضغط الدم وسرعة في دقات القلب ثم يعود الجسم إلى حالته بعد مرور مدة لا تقل عن ستة أشهر وقد تطول إلى سنة ، ويتم ذلك بمحاولة المعالجين اكتشاف الصراعات الكامنة في نفسية المريض .

**المرحلة الثالث:** يتحرر الشخص من الحاجة إلى الخدمات و المساعدة ، و يحتاج إلى إعادته في تأهيل نفسه وتذليل ما يعترضه من صعوبات وعقبات ومتابعته لتثبيت الثقة بنفسه ورفع مهاراته وتأهيله اجتماعيا للتفاعل مع الآخرين واستغلال وقته بما يعود عليه بالنفع في الدنيا والآخرة .

أما عن مراحل العلاج في المراكز الموجودة في الجزائر على سبيل المثال مركز أو مستشفى " فرانس فانون " الموجود في البليدة ، يمر العلاج من الإدمان في هذا المركز بمرحلتين

<sup>25</sup> انظر موقع الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدمانها على الموقع:

[https://onlcdt.mjustice.dz/onlcdt\\_ar/coord\\_cst/cst\\_ar.pdf](https://onlcdt.mjustice.dz/onlcdt_ar/coord_cst/cst_ar.pdf)

<sup>26</sup> انظر موضوع " 15 مركزا للتكفل بالمدمنين على المخدرات عبر الوطن و الإمكانات غير كافية " جريدة النهار الصادرة بتاريخ 2014/08/11.

في المرحلة الأولى : يمكث طالب العلاج 21 يوماً وهي مدة كافية لإزالة مفعول المخدرات ويوصف لهذا الأخير أدوية للتخفيف من أعراض الحرمان التي تمتلك المريض وتدعى "مرحلة الانقطاع" أي التوقف عن تناول السموم، لتأتي المرحلة الثانية المتعلقة بالعلاج الإنسادي الذي تقوم به مختصة نفسية بالمركز، ويكون ذلك مرة في الأسبوع لمدة 48 دقيقة<sup>(27)</sup>.

ويضم مركز الوقاية ومعالجة المدمنين أربعة مختصين في الأمراض العقلية وأربعة مختصين نفسانيين ومختصين اجتماعيين وطبياً عاماً واحداً، حيث يُعقد يومياً اجتماعاً بين المرضى والمختصة الاجتماعية، يتم من خلاله اعتراف كل مدمن بتجربته مع المخدرات، قصد تخفيف كل واحد منهم عن الآخر، ويسعى الاجتماع إلى معرفة مدى استجابة المرضى للعلاج، إلى جانب إلقاء المختصة الاجتماعية محاضرات تحسيسية ووقائية في نفس الوقت<sup>(28)</sup>.

ولإنجاح العلاج وقرّ المركز قاعة رياضية وقاعة ألعاب وملعباً ومكتبة لممارسة نشاطاتهم الترفيهية. وبعد 21 يوماً من العلاج يتمّ تسريح المريض إلى المنزل مع متابعته للعلاج ومراقبة ذلك مراقبة نصف شهرية ثم شهرية<sup>(29)</sup>.

### 3.2- دور المؤسسات العلاجية في علاج المدمنين على المخدرات في الجزائر

تلعب مراكز معالجة المدمنين دوراً مهماً في علاج المدمنين على المخدرات بصفة عامة (الفرع الأول)، وفي علاج الخاضعين لأمر العلاج بصفة خاصة (الفرع الثاني)

### 3.2.1- دور المراكز العلاجية المتخصصة في علاج المدمنين على المخدرات

في سنة 2014 خلال الثلاثي الأول استفاد أزيد من 4.500 مدمن على المخدرات من تكفل بمراكز العلاج التابعة لقطاع الصحة حسبما علم لدى الديوان الوطني لمكافحة المخدرات والإدمان. و أكد المدير العام بالنيابة للديوان أنه: "في المجموع 4.544 مدمن على المخدرات من بينهم 243 امرأة

<sup>27</sup> -انظر موضوع: "مركز معالجة المدمنين بالبلدية"، جريدة الشروق الصادرة بتاريخ 2013/10/25، الموقع:

<https://www.echoroukonline.com/ara/articles/182275.html>

<sup>28</sup> انظر موضوع: "مركز معالجة المدمنين بالبلدية"، جريدة الشروق الصادرة بتاريخ 2013/10/25، الموقع:

<https://www.echoroukonline.com/ara/articles/182275.html>

<sup>29</sup> انظر موضوع: "مركز معالجة المدمنين بالبلدية"، جريدة الشروق الصادرة بتاريخ 2013/10/25، الموقع:

<https://www.echoroukonline.com/ara/articles/182275.htm>

استفادوا خلال الثلاثي الأول من سنة 2014 من تكفل بالمراكز الوسيطة لعلاج المدمنين ومراكز علاج الإدمان".

وفي سنة 2016 أحصى الديوان 21507 مدمن على المخدرات خضع فيهم لاستشفاء التطوعي<sup>(30)</sup> 1726.

3. 2. دور المراكز العلاجية المتخصصة علاج الخاضعين لأمر العلاج الذي يجب أن نقف عنده هو أن عدد المراكز المختصة في علاج الإدمان قليل على المستوى الوطني إذ يوجد مركزين على المستوى الوطني لعلاج الإدمان وإزالة التسمم المركز الأول هو: (المؤسسة الاستشفائية المتخصصة فرانس) ، والمركز الثاني هو (المؤسسة الاستشفائية المتخصصة سيدي الشحي).

لذلك نلاحظ أن هذه عدد القليل من المؤسسات لا يغطي حجم قضايا المخدرات التي تعرض على القضاء في الجزائر، مما جعل القضاء الجنائي بمجرد القبض على المتهم بتهمة الاستهلاك غير الشرعي للمخدرات يطبقون عليه مباشرة الملاحقة الجزائية، وهذا بالرغم من المحاولات اليائسة للدفاع الذي في كثير الأحيان الذي يحاول إثبات إدمان الشخص بشهادة طبية من أجل تطبيق عليه هذا الاجراء، لكن القاضي يضطر لإدخال المدمنين إلى السجن. لذلك نرى أن التدبير الوضع القضائي في مؤسسة علاجية للمدمنين على المخدرات مجرد كلام نظري مازال بعيدا عن الجانب العملي<sup>(31)</sup>. لذلك هناك عدد قليل من قضايا المخدرات في الجزائر التي يتم فيها اللجوء إلى تدبير الوضع القضائي في مؤسسة علاجية. فقد تم إحالة 61 متهم مدمن على المخدرات إلى المؤسسات العلاجية في سنة 2016 وفي الثلاثي الأول من سنة 2017 تم إحالة 170 متهم مدمن على المخدرات<sup>(32)</sup>.

<sup>30</sup> - انظر تقرير "نشاطات مكافحة المخدرات والإدمان عليها(الحصيلة السنوية 2016) " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وزارة العدل، الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدمانها. الموقع:

[https://onlcdt.mjustice.dz/onlcdt\\_ar/?p=donnees](https://onlcdt.mjustice.dz/onlcdt_ar/?p=donnees)

<sup>31</sup> نور الدين مناني، " دور التدابير الاحترازية في ردع المجرم وحماية المجتمع (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)", مذكرة ماجستير تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة قسم الشريعة، 2010/2011، ص 153

<sup>32</sup> - انظر تقرير "نشاطات مكافحة المخدرات والإدمان عليها(الحصيلة السنوية 2017) " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وزارة العدل، الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدمانها. الموقع:

[https://onlcdt.mjustice.dz/onlcdt\\_ar/donnees\\_statistiques/bilan\[2017\].pdf](https://onlcdt.mjustice.dz/onlcdt_ar/donnees_statistiques/bilan[2017].pdf)

#### 4- الخاتمة

للإدمان على المخدرات دور كبير في ارتكاب الجرائم، وذلك لأن للمخدرات تؤثر على الجهاز العصبي بالتحديد، وبالتالي تنعكس على تصرفات الإنسان المدمن حيث تُحدث خللاً في تكوينه النفسي والعقلي وتدفعه نتيجة لذلك إلى ارتكاب الجرائم المختلفة .

لذلك نظر المشرع الجزائري إلى المدمن على المخدرات المرتكب لجريمة من الجرائم بسبب الإدمان، نظرة المريض الذي يستحق العلاج، وليست نظرة المذنب المستحق للعقاب. لذلك أخضع المدمن على المخدرات والمؤثرات العقلية إلى تدبير الوضع القضائي في مؤسسة علاجية، من أجل علاجه من هذه السموم من جهة ومن أجل حماية المجتمع من الجرائم التي يحتمل أن يرتكبها من جهة أخرى.

إلا أن هذا التدبير يبقى قاصر من ناحية التطبيق العملي بسبب نقص المراكز المتخصصة في علاج الإدمان على المخدرات في الجزائر لذلك نقترح من أجل تفعيل هذا التدبير على أرض الواقع التوصيات التالية:

- زيادة عدد المؤسسات الاستشفائية المتخصصة في علاج الإدمان وإزالة التسمم لتشمل على الأقل كل ولايات الوطن، من أجل تسهيل مهمة القضاء الجنائي في تطبيق تدبير الوضع القضائي في مؤسسة علاجية.

- توفير الإمكانيات المادية المتطورة والكوادر البشرية المؤهلة للمؤسسات العلاجية من أجل زيادة الطاقة الاستيعابية لهذه المؤسسات من جهة، ومن أجل مواكبة التطور في طرق معالجة المدمنين من جهة أخرى.

- تمكين القضاء الجنائي من اللجوء لتدبير الوضع في مؤسسة علاجية حتى بالنسبة للأشخاص المدمنين الذين لم يرتكبوا جرائم، نظراً لخطورة المدمن على المخدرات على أمن المجتمع واستقراره، وأن المدمن على المخدرات يشكل "مشروع مجرم في المستقبل"، لذلك لا بد من تدخل القضاء للوقاية من ارتكاب الجريمة.

- تحسين صورة المؤسسات العلاجية – النظرة المخيفة والسلبية لها- لترغيب المدمنين أكثر في العلاج، وهذا الدور لا بد أن يقوم به الإعلام.

- ضرورة تركيز القضاء الجنائي على محاربة أسباب الإدمان على المخدرات، وعدم الاكتفاء بعلاج المدمن فقط، من أجل ضمان عدم عودة الشخص المدمن الذي تم علاجه إلى المخدرات مرة أخرى.

## 5- المراجع

- 1- القانون رقم 18/04 مؤرخ في 13 ذي القعدة عام 1425 الموافق 25 ديسمبر سنة 2004، يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، الجريدة الرسمية العدد 83 لسنة 2004.
- 2- عايش منصور أبو هنتلة، "تقييم البرنامج التأهيلي الاجتماعي في مستشفيات الأمل بالملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم العلوم الاجتماعية.
- 3- تقرير التطبيقات عن "الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية وغسل الأموال"، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، 2011.
- 4- براهيمية نصيرة، "إدمان المخدرات في المجتمع الجزائري (المدمن بين المرض والإجرام)"، مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية – جامعة الوادي، العدد الأول – سبتمبر، 2013.
- 5- د. رياض بن علي الجوادى و د. عبد الإله بن عبد الله المشرف، "المخدرات والمؤثرات العقلية (أسباب التعاطي وأساليب المواجهة)" جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 2011م.
- 6- د. عادل الدمرداش، "الإدمان مظهره وعلاجه"، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب – الكويت، يناير 1979،
- 7- نور الهدى محمودي، "التدابير الاحترازية وتأثيرها على الظاهرة الإجرامية"، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2010/2011.
- 8- داود عليجة، "ارتباط المخدرات بالإجرام"، مذكرة التخرج، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، جانفي 2008.
- 9- د. علي حسن الطوالبه، "دراسة في الخطورة الإجرامية" مركز الإعلام الأمني.
- 10- د. عبد القادر عدو، "مبادئ قانون العقوبات القسم العام (نظرية الجرمية – نظرية الجزاء الجنائي)"، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، الطبعة الثانية، 2013.
- 11- فرقد عمود العارضي، "المخدرات ودورها في إجرام الإنسان"، مجلة رسالة الحقوق، جامعة القادسية، كلية القانون، السنة الثالثة، العدد الثاني، 2011.
- 12- مليكة شريط، "مكافحة جرائم المخدرات بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، مذكرة ماستر في الشريعة والقانون، جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية،
- 13- القانون رقم 05-04 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فيفري سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية العدد 12 لسنة 2005،
- 14- براجة قطر الندى، "تدابير الأمن وتأثيرها على الظاهرة الإجرامية"، مذكرة ماستر في الحقوق، جامعة العربي التبسي – تبسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015./2016.
- 15- موقع الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدمانها على الموقع: <https://onlcmdt.mjjustice.dz>
- 16- موضوع "15 مكررا للتكفل بالمدمنين على المخدرات عبر الوطن والإمكانات غير كافية" جريدة النهار الصادرة بتاريخ 2014/08/11
- 17- موضوع: "مركز معالجة المدمنين بالبلدية"، جريدة الشروق الصادرة بتاريخ 2013/10/25، الموقع: <https://www.echoroukonline.com/ara/articles/182275.html>
- 18- تقرير "نشاطات مكافحة المخدرات والإدمان عليها(الحصيلة السنوية 2016)" "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وزارة العدل، الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدمانها. الموقع: [https://onlcmdt.mjjustice.dz/onlcmdt\\_ar/?p=donnees](https://onlcmdt.mjjustice.dz/onlcmdt_ar/?p=donnees)

19- نور الدين مناني، " دور التدابير الاحترازية في ردع المجرم وحماية المجتمع (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)"، مذكرة ماجستير تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة قسم الشريعة، 2011/2010

20- تقرير "نشاطات مكافحة المخدرات والإدمان عليها(الحصيلة السنوية 2017) " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وزارة العدل، الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدمانها. الموقع:

[https://onlcdt.mjustice.dz/onlcdt\\_ar/donnees\\_statistiques/bilan\[2017\].pdf](https://onlcdt.mjustice.dz/onlcdt_ar/donnees_statistiques/bilan[2017].pdf)

## طرق زيادة رأس مال شركة المساهمة في نظام الشركات السعودي

### *Ways to increase the capital of a joint stock company in a law Saudi companies*

د. أحمد مزيد حامد الحربي\*

الأستاذ المساعد بقسم القانون بكلية الشريعة والقانون بجامعة الجوف، منطقة

الجوف مدينة سكاكا المملكة العربية السعودية

[ahmadharbim@gmail.com](mailto:ahmadharbim@gmail.com)

تاريخ إرسال المقال: 2020-05-10 تاريخ قبول المقال: 2020-05-21 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

#### المخلص:

تضمن هذا البحث الحديث عن المقصود بشركة المساهمة وأنها شركة يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابله للتداول بالطرق التجارية وتحدد فيها مسؤولية كل مساهم بقدر قيمة الأسهم التي اكتتب فيها مع ضرورة اتخاذها اسم تجاري لها. كما يبين البحث خصائص الشركة حيث أنها تقوم على الاعتبار المالي ومسؤولية الشريك فيها محدود بأسهمه ويجب أن يكون لها اسم وعنوان ويقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة. وكما يوضح البحث رأس مال الشركة حيث أوجب المنظم السعودي عند تأسيس الشركة أن لا يقل رأس مالها عن خمسمائة ألف ريال وأن لا يقل المدفوع من رأس المال عند التأسيس عن الربع. ويشير البحث أيضا إلى طرق زيادة رأس مال شركة المساهمة حيث حددها المنظم على سبيل الحصر هي أربعة طرق جديدة وهي زيادة رأس مال الشركة عن طريق إصدار أسهم نقدية أو عينية جديدة تطرح للاكتتاب وزيادة رأس المال عن طريق تحويل الاحتياطي إلى أسهم وزيادة رأس المال عن طريق تحويل ما على الشركة من ديون إلى أسهم وعن طريق تحويل السندات إلى أسهم.

**الكلمات المفتاحية:** شركة المساهمة، رأس المال، القانون السعودي، قانون الشركات، الأسهم النقدية، السندات المالية.

#### Abstract:

This research included talking about what is meant by a joint stock company and that it is a company that divides its capital into shares of equal value and is negotiable through commercial methods and the responsibility of each shareholder is determined by the value of the shares in which he subscribed with the need to take a commercial name for it. The research also shows the characteristics of the company as it is based on financial consideration and the responsibility of the partner in it is limited by its shares, it must have a name and address and divide its capital into shares of equal value. The research also shows the capital of the company, as the

\* المؤلف المرسل

Saudi organizer obliged, when establishing the company, that its capital should not be less than five hundred thousand riyals, and that the paid-up capital should not be less than a quarter. The research also indicates the ways of increasing the capital of the joint-stock company, as the regulator identified exclusively are four new methods, which are increasing the capital of the company by issuing new cash or in-kind shares that are offered for subscription and increasing the capital by converting the reserve into shares and increasing the capital by transferring The company owes debts to shares and by converting bonds into shares.

**Key words:** Joint Stock Company, Capital, Saudi Law, Corporate Law, Cash Shares, Securities.

#### المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد عليه وعلى آله أفضل صلاة وأزكى تسليم، أما بعد:

ولقد اهتم المنظم السعودي اهتماماً بالغاً بشركة المساهمة نظراً لأهميتها الاقتصادية على مستوى الفرد والدولة على حد سواء، حيث يتوافر لديها رؤوس أموال ضخمة وكبيرة تمكنها من القيام بالمشروعات التي تؤثر بشكل إيجابي على الاقتصاد، إضافة إلى مساهمتها في رفع مستوى معيشة أعداد كبيرة من المواطنين من الطبقات الوسطى والفقيرة نتيجة قاعدتها العريضة من المساهمين.

ولقد صدر نظام الشركات السعودي الجديد بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1437/1/28هـ ويتضمن 227 مادة قانونية ولقد تحدث المنظم فيها عن طرق زيادة رأس مال شركة المساهمة ونظمها في المواد من 137 إلى 143 تنظيمياً دقيقاً وواضحاً وبيّن أحكامها.

ولقد أحببت في هذا البحث أن أتحدث عن هذه الطرق نظراً لأهميتها وحاجة الشركات إلى معرفتها، فإنه قد تتغير ظروف الشركة أثناء فترة حياتها فتتوسع في نشاطها وتكون بحاجة إلى الأموال الطائلة لمواصلة نشاطها فترغب في زيادة رأس مالها بعدد من الطرق.

وهذا ما سأقوم ببيانه في البحث وأسأل الله أن يبارك فيه وأن ينفع به ويضع له القبول وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى آله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

### أهمية الموضوع وأسباب اختياره

يشكل رأس المال العصب الرئيسي في الشركات؛ إذ هي في مجملها تنبني عليه، وبدونه لا تقوم لها قائمة، وتزداد هذه الأهمية في شركة المساهمة وتعتبر زيادة رأس المال في هذه الشركة بمثابة تأسيس جزئي لها، وقد يترتب على هذه الزيادة إدخال شركاء جدد في الشركة يشاركون في إدارتها، ويقتسمون ربحها، ويساهمون في خسارتها، ونظراً لأن الشركة يتحكم في إدارتها وتحديد مساهماتها أغلبية الشركاء الذي يملكون النصيب الأكثر في رأس المال وأنهم قد يستغلون ذلك لتحقيق مصالحهم وتعتبر زيادة رأس المال وسيلة مناسبة وملائمة للأغلبية الذين يرغبون منح أنفسهم مزايا على حساب شركائهم، ونظراً لأهمية معرفة طرق زيادة رأس مال الشركة من الناحية القانونية، ونظراً لذلك فقد رأيت أفراد هذا الموضوع بالدراسة في مؤلف واحد أبين فيه المسائل المتعلقة بهذا الموضوع من خلال أحكامه وقواعده.

### الدراسات السابقة:

لم أقف في حدود علمي القاصر على دراسة خاصة تكلمت عن طرق زيادة رأس مال شركة المساهمة في النظام السعودي، وذلك في بحث مستقل متفرد بهذا الجزء من القانون، وتوجد دراسات سابقة تحدثت عن هذه الطرق في ثنايا كلامها على القانون التجاري بشكل عام عند الحديث عن الشركات في القانون، ومن تلك الدراسات:

- 1- القانون التجاري السعودي للدكتور محمد حسن الجبر.
- 2- القانون التجاري السعودي للدكتور عبد الهادي محمد الغامدي.
- 3- القانون التجاري السعودي للدكتور نايف سلطان الشريف.

وغيرها من البحوث والمؤلفات التي تكلمت عن الشركات التجارية في النظام السعودي بشكل عام ولا يخفى أهمية هذه الكتب ووجاهتها غير أنها تختلف في عنوانها ومضمونها عن هذا البحث الذي يختص ببيان طرق زيادة رأس مال شركة المساهمة في النظام السعودي الجديد الصادر عام 1437هـ.

### أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان الإطار القانوني الذي يحكم عملية زيادة رأس مال الشركة، وبيان مدى جواز استخدام زيادة رأس المال من قبل شركات المساهمة، والطرق التي حددها المنظم السعودي لزيادة رأس مال شركة المساهمة.

### مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في عدم تجلي كثير من الأحكام المتعلقة بطرق زيادة رأس مال شركة المساهمة لدى بعض الشركاء في شركات المساهمة خاصة من صغار التجار الذين يملكون أسهم في شركات مساهمة كبرى، فأصبحت أن أسهم في بيان هذه الطرق التي أجاز المنظم للشركات فيها زيادة رأس مالها؛ لذا يمكن طرح التساؤلات الآتية:

- 1- ما المقصود بشركات المساهمة وزيادة رأس المال.
- 2- ما هي طرق زيادة رأس مال الشركة.
- 3- هل يجوز نظاماً تحويل ما على الشركة من ديون إلى أسهم.
- 4- هل يجوز للشركة زيادة رأس مالها عن طريق تحويل سنداتهما إلى أسهم.
- 5- هل يجوز للشركة زيادة رأس مالها عن طريق إصدار أسهم نقدية أو عينية.
- 6- هل يحق للشركة زيادة رأس مالها عن طريق تحويل الاحتياطي إلى أسهم.

### منهج البحث:

سرت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي المتبع في مثل هذه البحوث العلمية وفق النقاط الآتية:

- 1- قمت بجمع المادة العلمية من الكتب المتخصصة في القانون والأنظمة.
- 2- وثقت هذه المادة العلمية من نظام الشركات السعودي الجديد الصادر عام 1437هـ.
- 3- قمت بالتعليق على المسائل التي تحتاج إلى تعليق.
- 4- وضعت فهرساً للمصادر والمراجع والموضوعات.

### خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة تناولت في المقدمة أهمية البحث، ومشكلة البحث، وأسباب اختيار الموضوع، وأهداف البحث، ومنهجه، وخطته، أما المبحث الأول فقد جاء تحت عنوان

ماهية شركة المساهمة وخصائصها ورأس مالها وقسمته إلى مطلبين

المطلب الأول: تعريف شركة المساهمة وخصائصها

المطلب الثاني: رأس مال شركة المساهمة.

المبحث الثاني: طرق زيادة رأس مال شركة المساهمة وقسمته إلى أربعة مطالب

المطلب الأول: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق إصدار أسهم نقدية أو عينية جديدة تطرح للاكتتاب.

المطلب الثاني: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل الاحتياطي إلى أسهم

المطلب الثالث: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل ما على الشركة من ديون إلى أسهم.

المطلب الرابع: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل السندات إلى أسهم.

المبحث الأول: ماهية شركة المساهمة وخصائصها ورأس مالها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف شركة المساهمة وخصائصها

المطلب الثاني: رأس مال شركة المساهمة.

المطلب الأول: تعريف شركة المساهمة وخصائصها

يعرف الفقه شركة المساهمة بأنها: الشركة التي يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول بالطرق التجارية، تتحدد فيها مسؤولية كل مساهم بقدر قيمة الأسهم التي اكتتب فيها، مع ضرورة اتخاذها اسمًا تجاري لها.<sup>(1)</sup>

ولقد عرّف المنظم السعودي في نظام الشركات السعودي الجديد شركة المساهمة بأنها: "شركة رأس مالها مقسم إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة على ممارسة نشاطها".<sup>(2)</sup>

ويبدو لي أنّ هذا التعريف الذي جاء به المنظم السعودي قد جاء شاملاً ومختصراً حيث اشتمل على جميع العناصر الأساسية لشركة المساهمة.

ومن خلال ما سبق من هذه التعاريف يتبين لنا عدداً من الخصائص لشركة المساهمة يمكن إجمالها في الآتي:

(1) انظر: محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، ص289، محمد كامل ملش، موسوعة الشركات، ص223

(2) المادة (52) من نظام الشركات.

1- شركة المساهمة تقوم على الاعتبار الهالي:

تندرج شركة المساهمة تحت مسمى شركات الأموال، ويكون ذلك واضحاً في الشركة ذات الاكتتاب العام، حيث يتم داخل هذه الأسواق بيع أسهم الشركات المساهمة وشراؤها من دون أن يكون هناك تأثير في الشركة على الاعتبار الشخصي، فعماذ هذه الشركة رأس مالها وليس للاعتبار الشخصي تأثير في صحة عقد الشركة أو استثماريته، فوفاة الشريك أو الحجر عليه، أو إفلاسه لا يؤثر على شركة المساهمة.<sup>(3)</sup>

2- مسؤولية الشريك في شركة المساهمة محدودة بأسهمه:

من أهم خصائص شركة المساهمة أنّ مسؤولية كل شريك عن التزامات الشركة محدودة بقدر ما يملكه من أسهم فيها، وهذا هو ما أشارت إليه المادة (52) من نظام الشركات عندما أشارت إلى أن تكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة على ممارسة نشاطها.

3- اسم وعنوان الشركة:

يجب على شركة المساهمة أن تستمد اسمها من غرضها الذي أنشأت من أجله، ويحظر على الشركة أن تتخذ من أسماء الشركاء أو أحدهم عنواناً لها، وإنما يجب أن يكون مشتقاً من الغرض الذي أنشأت من أجله، إلا أننا نلاحظ أنّ المنظم السعودي أجاز لها أن تستمد اسمها من اسم شخص طبيعي في أحوال ثلاثة حددها المنظم السعودي على سبيل الحصر هي: إذا كانت غاية الشركة استثمار براءة اختراع مسجلة قانوناً باسم شخص طبيعي، وإذا تملكت الشركة مؤسسة تجارية واتخذت من اسمها اسماً لها، وإذا كان هذا الاسم اسماً لشركة تحولت إلى شركة مساهمة واشتمل اسمها على اسم شخص ذي صفة طبيعية.<sup>(4)</sup>

4- يقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول بالطرق التجارية:

تمثل أنصب الشركاء في شركة المساهمة بواسطة أسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية، وهذا ما نصّ عليه المنظم السعودي حيث جاء في المادة (52) " أنّ شركة المساهمة شركة رأس مالها مقسم إلى أسهم متساوية القيمة، وقابلة للتداول، وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة على ممارسة نشاطها".

(3) انظر: ثروت عبد الرحيم، شرح القانون التجاري، ص 497.

(4) انظر: المادة (53) من نظام الشركات السعودي الجديد.

### المطلب الثاني: رأس مال شركة المساهمة

رأس مال الشركة عبارة عن مجموع المبالغ التي التزم المساهمون بوفائها، أو هو مجموع القيمة الاسمية للأسهم التي أصدرتها الشركة.<sup>(5)</sup>

ولا يجوز أن يدخل في رأس مال شركة المساهمة إلا الحصة النقدية أو العينية التي تشمل عقاراً، أو منقولاً، ولا يجوز تعديل رأس المال إلا وفقاً لأحكام النظام، وما لا يتعارض معها من الشروط الواردة في عقد تأسيس الشركة أو نظامها.<sup>(6)</sup>

ولقد أوجب المنظم السعودي عند تأسيس شركة المساهمة أن لا يقل رأس المال عن خمسمائة ألف ريال، وأن لا يقل المدفوع من رأس المال عند التأسيس عن الربع.<sup>(7)</sup>

ويجب عند الاكتتاب في رأس مال الشركة أن يكون كافياً لتحقيق أغراض الشركة، وقد كان المنظم السعودي في النظام القديم يشترط أن لا يقل عن عشرة ملايين ريال للشركة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام، أو لا يقل عن مليوني ريال للشركات المغلقة التي يقتصر فيها الاكتتاب على الشركاء المؤسسين أنفسهم.<sup>(8)</sup>

إلا أنه تراجع عن ذلك في نظام الشركات الجديد وقام بتخفيض الحد الأدنى لرأس مال شركة المساهمة عند مبلغ خمسمائة ألف ريال سعودي، ويجب أن لا يقل المدفوع من رأس مال الشركة عند تأسيسها عن الربع مقسماً إلى أسهم متساوية القيمة، فتكون القيمة الاسمية عشرة ريالات للسهم الواحد، ولقد أجاز نظام الشركات الجديد منح وزير التجارة والاستثمار صلاحية تعديل القيمة الاسمية للشركات المساهمة بعد الاتفاق مع رئيس هيئة السوق المالية، وأبقى النظام الجديد القيمة عند عشرة ريالات فهو المعمول به حالياً.<sup>(9)</sup>

ولقد أوجب المنظم السعودي عند الاكتتاب بشركة المساهمة أن يغطي رأس مال الشركة كاملاً، فإذا انقضت المدة المحددة دون أن يتم الاكتتاب بالأسهم المطروحة فإن ذلك يؤدي إلى عدم قيام الشركة، واشترط المنظم لإتمام تأسيس الشركة ضرورة تغطية جميع الأسهم المطروحة للاكتتاب.<sup>(10)</sup>

(5) انظر: محمد صالح، شركة المساهمة، ص 369

(6) المادة (106) من نظام الشركات.

(7) انظر: المادة (54) من نظام الشركات السعودي الجديد.

(8) انظر: المادة (49) من نظام الشركات السعودي القديم.

(9) انظر: المادة (105) من نظام الشركات السعودي الجديد.

(10) انظر: محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، ص 300

ولقد اشترط المنظم السعودي في الحصة التي يقدمها الشريك في رأس مال الشركة أن يتم دفع ما لا يقل عن ربع قيمة هذه الأسهم عند تأسيس الشركة، بشرط أن لا يقل المدفوع من رأس مال الشركة عن الربع.<sup>(11)</sup>

وسوف يتم الحديث عن رأس مال الشركة بشيء من التفصيل في المطالب القادمة إن شاء الله

### المبحث الثاني: طرق زيادة رأس مال شركة المساهمة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق إصدار أسهم نقدية أو عينية جديدة تطرح للاكتتاب.

المطلب الثاني: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل الاحتياطي إلى أسهم

المطلب الثالث: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل ما على الشركة من ديون إلى أسهم.

المطلب الرابع: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل السندات إلى أسهم.

المطلب الأول: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق إصدار أسهم نقدية أو عينية جديدة تطرح للاكتتاب.

قبل الحديث عن زيادة رأس مال الشركة عن طريق إصدار أسهم نقدية أو عينية جديدة تطرح للاكتتاب فإني أود الحديث عن المقصود بالأسهم، وخصائصها وأنواعها، وذلك على النحو الآتي:-

#### أولاً: المقصود بالأسهم:

السهم هو عبارة عن صك يمثل حصة في رأس مال شركة الأموال تمنحه الشركة المساهمة للمساهم فيها، وكلمة السهم تعني: " حق الشريك في الشركة والصك المثبت لهذا الحق ويكون قابلاً للتداول بالطرق التجارية."<sup>(12)</sup>

#### ثانياً: خصائص الأسهم:

لقد أشار المنظم السعودي في المادة (52) من نظام الشركات إلى بعض من الخصائص التي تمتاز بها أسهم شركة المساهمة. حيث جاء فيها " شركة المساهمة شركة رأس مالها مقسم إلى

(11) انظر: المادة (106) من نظام الشركات السعودي الجديد.

(12) انظر: محمود سمير الشراوي، الشركات التجارية، ص244

أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول وتكون الشركة وحدها مسؤولة عن الديون والالتزامات المترتبة على ممارسة نشاطها" ومن خلال ما نص عليه المنظم في هذه المادة القانونية يمكن استنتاج عدد من هذه الخصائص يمكن بيانها في الآتي:

### 1- تساوي القيمة الاسمية للسهم:

يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم متساوية القيمة، ولعل الحكمة من ذلك هي تسهيل حساب الأغلبية في الجمعية العمومية، وتسهيل عملية توزيع الأرباح على المساهمين.<sup>(13)</sup>

وتساوي قيمة الأسهم يقتضي تحقيق المساواة بين المساهمين حيث يجب أن يكون لكل مساهم نفس الحقوق الممنوحة للمساهم الآخر. وهذا ما نصت عليه المادة (110) من نظام الشركات حيث جاء فيها: " ترتب الأسهم حقوقاً والتزامات متساوية وتثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم".

### 2- عدم قابلية السهم للانقسام أو التجزئة:

جاء في المادة (1/105) من نظام الشركات " تكون أسهم الشركة اسمية وغير قابلة للتجزئة في مواجهة الشركة..."

حيث بين المنظم أنّ السهم لا ينبغي أن يكون قابل للتجزئة، فإذا اشترك أكثر من شخص في ملكية سهم واحد أصبح السهم مملوكاً لعدة أشخاص على الشيوع.

### 3- قابلية السهم للتداول بالطرق التجارية:

من أهم خصائص السهم قابليته للتداول فيجوز للمساهم أن ينقل ملكية أسهمه لشخص آخر يحل محله في الشركة، ويتم نقل الملكية بالتسليم إذا كان لحامله، وبالقيّد في سجل الشركة إذا كان السهم اسمياً.<sup>(14)</sup>

### ثالثاً: أنواع الأسهم:

تنقسم الأسهم من حيث شكلها إلى أسهم إسمية وأسهم لحاملها، ومن حيث طبيعة الحصة التي تمثلها إلى أسهم نقدية وأسهم عينية، ومن حيث الحقوق المرتبطة بها إلى أسهم عادية وأسهم ممتازة، ومن حيث استهلاكها إلى أسهم رأس مال وأسهم تمتع ويمكن بيانها بشيء من الإيجاز على النحو الآتي:-

(13) انظر: محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 307

(14) انظر: محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 308، محمود سمير الشراوي، مرجع سابق، ص 169، وانظر المادة رقم (2/109) من نظام الشركات.

1- من حيث الحصص.

أ- أسهم نقدية وهي الحصص النقدية التي يقدمها الشريك في رأس مال الشركة.<sup>(15)</sup>

وقد نصَّ المنظم في المادة (2/106) على اشتراط دفع ما لا يقل عن ربع قيمة هذه الأسهم عند تأسيس الشركة، بشرط ألا يقل المدفوع من رأس مال الشركة عن الربع، ويجب أن يبين في صك السهم مقدار ما دفع من قيمته.

ب- الأسهم العينية.

وهي التي تمثل الحصص العينية التي يقدمها الشركاء إلى الشركة<sup>(16)</sup>، ويجب الوفاء بقيمتها كاملة عند التأسيس، وذلك بخلاف الحصص النقدية التي يجب دفع ربع قيمتها عند التأسيس، وهذا ما نصَّ عليه المنظم السعودي في المادة (3/106) حيث جاء فيها: " تصدر الأسهم التي تمثل حصصاً عينيه بعد الوفاء بقيمتها كاملة، ولا تسلم إلى أصحابها إلا بعد نقل ملكية هذه الحصص كاملة إلى الشركة".

2- من حيث الشكل.

أ- الأسهم الاسمية:

وهي الأسهم التي تحمل أسماء مالكيها ويتداول بطريق القيد في سجل المساهمين الذي تعدّه الشركة لهذا الغرض، هذا بالنسبة لشركات المساهمة غير المدرجة في السوق المالية. وأما بالنسبة عن تداول أسهم الشركات المدرجة في السوق المالية فنجد أنّ المنظم السعودي في نظام الشركات الجديد لم يعالج إجراءات تداول أسهمها، وإنما أحال في ذلك إلى أحكام نظام السوق المالية<sup>(17)</sup> الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/30) وتاريخ 1424/6/2هـ.

(15) انظر: المادة رقم (106) من نظام الشركات.

(16) انظر: المادة رقم (109) من نظام الشركات.

(17) انظر: نادية محمد معوض، الشركات التجارية، ص306.

ب- الأسهم لحاملها:

هو الذي لا يحمل اسم صاحب الحق فيه، وإنما يذكر فيه عبارة لحامله، ويعتبر حامل السهم هو المالك في مواجهة الشركة، ويتم تداولها بمجرد التسليم من يد لأخرى دون الحاجة إلى إجراء معين.<sup>(18)</sup>

3- من حيث الحقوق المرتبطة بها.

أ- أسهم عادية:

وهي الأسهم التي تخول لأصحابها حقوقاً متساوية، سواء من حيث حق الحصول على نصيب من صافي الأرباح، ومن موجودات الشركة عند التصفية، وحق حضور جمعيات المساهمين، والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها.<sup>(19)</sup>

وحق الحضور والتصرف في الأسهم، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، ورفع دعوى المسؤولية على أعضائه، والطعن بالبطلان في قرار جمعيات المساهمين.<sup>(20)</sup>

ب- الأسهم الممتازة:

وهي الأسهم التي تعطي لحاملها حق التقدم والأفضلية على حملة الأسهم العادية في الحصول على جزء من الأرباح، أو من موجودات الشركة عند تصفيتها. وقد أجاز المنظم السعودي إصدار أسهم تعطي أصحابها حقوق مختلفة، حيث أجاز المنظم للجمعية العامة غير الاعتيادية للشركة الموافقة على إصدار هذه الأسهم، بناء على نص في نظام الشركة، وطبقاً للأساس التي تصنفها هيئة السوق المالية.<sup>(21)</sup>

4- من حيث استهلاكها:

أ- أسهم تمتع:

وهي الأسهم التي تعطي للمساهم بدلاً عن أسهم رأس المال التي ردت الشركة قيمتها إلى المساهم قبل انقضاء الشركة، فقد جاء النص على هذا النوع من الأسهم في نظام الشركات في المادة (111)، حيث أجاز المنظم أن ينص في نظام الشركة الأساس على استهلاك الأسهم أثناء قيام

(18) انظر: المادة رقم (106) من نظام الشركات.

(19) انظر: المادة رقم (1/4) من لائحة حوكمة الشركات

(20) انظر: المادة رقم (110) من نظام الشركات السعودي

(21) انظر: المادة رقم (114) من نظام الشركات.

الشركة إذا كان مشروعاً يهلك تدريجياً، أو يقوم على حقوق مؤقتة، ولا يكون استهلاك الأسهم إلا من الأرباح، أو من الاحتياطي الذي يجوز التصرف فيه.

#### ب- أسهم رأس المال:

هو السهم الذي لم يتسلم صاحبه قيمته الاسمية أثناء فترة حياة الشركة، ولم يستهلك شيئاً من قيمته الاسمية، والأصل أنه لا يجوز رد قيمة الأسهم للمساهمين إلا عند انقضاء الشركة، وبعد الوفاء بديونها، أما إذا أراد المساهم أن يسترد قيمة سهمه قبل انقضاء الشركة فلا سبيل له إلى ذلك إلا أن يتنازل عن السهم للغير.<sup>(22)</sup>

رابعاً: زيادة رأس المال عن طريق إصدار أسهم نقدية أو عينية جديدة:

قد تتغير ظروف الشركة أثناء فترة حياتها فتتوسع في نشاطها وتكون بحاجة إلى الأموال الكبيرة لمواصلة نشاطها، فترغب في زيادة رأس مالها، وقد أجاز المنظم السعودي للجمعية العامة غير العادية أن تقرر زيادة رأس مال الشركة بشرط أن يكون رأس المال قد دفع كاملاً، ولا يشترط أن يكون رأس المال قد دفع بأكمله إذا كان الجزء غير المدفوع من رأس المال يعود إلى أسهم صدرت مقابل تحويل أدوات دين أو صكوك تمويلية إلى أسهم، ولم تنته بعد المدة المقررة لتحويلها إلى أسهم.<sup>(23)</sup>

ولقد حدد المنظم طرق زيادة رأس المال على سبيل الحصر، وذكر منها إصدار أسهم جديدة مقابل حصص نقدية أو عينية.<sup>(24)</sup>

وذكر المنظم السعودي على أنه تسري على الأسهم التي تصدر مقابل حصص عينية عند زيادة رأس المال أحكام التقييم المتبعة للحصص العينية عند تأسيس الشركة، وتقوم الجمعية العامة العادية مقام الجمعية التأسيسية في هذا الشأن.<sup>(25)</sup>

وتكون الطريقة المتبعة في العمل في أن تصدر الشركة أسهم جديدة وتعرضها على الاكتتاب، ويدفع المكتتبون قيمتها، وتضاف هذه القيمة إلى رأس المال.<sup>(26)</sup>

ويخضع الاكتتاب في الأسهم الجديدة لنفس القواعد الخاصة بالاكتتاب في الأسهم الأصلية عند التأسيس، وإذا كانت هناك حصص عينية فيجب تقويمها طبقاً لنفس إجراءات تقويم الحصص العينية المقدمة عند التأسيس، على أن تقوم الجمعية العامة العادية مقام الجمعية التأسيسية.<sup>(27)</sup>

(22) انظر: أحمد محمد محرز، الشركات التجارية، ص 469

(23) انظر: المادة (137) من نظام الشركات السعودي.

(24) انظر: المادة (138) من نظام الشركات السعودي.

(25) انظر: المادة (143) من نظام الشركات السعودي.

(26) انظر: محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 351.

وزيادة رأس المال بأسهم جديدة قد يضر بالمساهمين القدامى؛ إذ سترتب عليه اشتراك المساهمين الجدد في الأموال الاحتياطية التي كونتها الشركة، والتي هي من حق المساهمين القدامى، وإقامة التوازن بين المساهمين القدامى والمساهمين الجدد، تعترف الشركة عادة للمساهمين القدامى بحق الأولوية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة، كل منهم بنسبة ما يملكه من أسهم.<sup>(28)</sup>

ويحق للمساهم بيع حق الأولوية أو التنازل عنه خلال المدة من وقت صدور قرار الجمعية العامة بالموافقة على زيادة رأس المال إلى آخر يوم للاكتتاب في الأسهم الجديدة المرتبطة بهذه الحقوق، وفقاً للضوابط التي تضعها الجهة المختصة.<sup>(29)</sup>

**المطلب الثاني: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل الاحتياطي إلى أسهم**  
قبل الحديث عن زيادة رأس مال الشركة المساهمة عن طريق تحويل الاحتياطي إلى أسهم أود الحديث عن المقصود بالمال الاحتياطي وأنواعه وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: المقصود بالمال الاحتياطي:

هي المبالغ المالية التي تقابل الأرباح التي حققتها الشركة ولم تقم بتوزيعها وتحتفظ بها لمواجهة الخسائر الاحتمالية، أو النفقات المنظورة، أو غير المنظورة، فهو يشمل كل زيادة في أصول الشركة الصافية التي تصح تحت تصرف الشركة.<sup>(30)</sup>

#### ثانياً: أنواع الاحتياطي في شركات المساهمة:

يأتي احتياطي شركة المساهمة على صور متعددة فقد يكون قانونياً يفرضه القانون ويسمى بالاحتياطي القانوني، وقد يكون اتفاقياً بناءً على نصّ في عقد التأسيس، أو النظام الأساسي للشركة، وهو ما يسمى بالاحتياطي النظامي، وقد يكون اختيارياً تقرره الجمعية العامة العادية للشركة، بالإضافة إلى الاحتياطيين المذكورين إذا دعت الضرورة لذلك، ويسمى هذا النوع بالاحتياطي الاختياري ويمكن بيان ذلك على النحو الآتي:

(27) انظر: المادة (143) من نظام الشركات.

(28) انظر: المادة (142) من نظام الشركات.

(29) انظر: المادة (141) من نظام الشركات.

(30) انظر: محمد صالح، شركة المساهمة، ص 300

### 1- الاحتياطي القانوني:

وهو الذي يكون مفروضاً على الشركة تكوينه بمقتضى نصّ في القانون، ولقد حدد المنظم السعودي مقدار هذا النوع من الاحتياطي الذي يجب أن يجنب من أرباح الشركة، فقد نصّ على أنه يجنب مجلس الإدارة كل سنة (10%) من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي يسمى الاحتياطي النظامي، ويجوز أن تقرر الجمعية العامة العادية وقف هذا التجنّب متى بلغ الاحتياطي المذكور (30%) من رأس المال المدفوع، ويجوز النصّ في نظام الشركة الأساسي على تجنّب نسبة معينة من صافي الأرباح؛ لتكوين احتياطي اتفاقي يخصص للأغراض التي يحددها النظام المذكور.<sup>(31)</sup>

### 2- الاحتياطي الاتفاقي:

يجيز النظام تجنّب نسبة معينة من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي اتفاقي، ويتم تكوينه بناءً على إرادة الشركاء، وينصّ عليه نظام الشركة الأساسي، وقد نصّ المنظم السعودي على هذا النوع من الاحتياطي، حيث أجاز النصّ في نظام الشركة الأساسي على تجنّب نسبة معينة من صافي الأرباح؛ لتكوين احتياطي اتفاقي يخصص للأغراض التي يحددها النظام المذكور، ولا يجيز المنظم السعودي استخدام الاحتياطي الاتفاقي إلا بقرار من الجمعية العامة غير العادية، وإذا لم يكن الاحتياطي المذكور مخصصاً لغرض معين فإنه يجوز للجمعية العامة العادية بناءً على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر صرفه فيما يعود بالنفع على الشركة أو المساهمين.<sup>(32)</sup>

### 3- الاحتياطي الاختياري:

قد تقرر الجمعية العامة تكوين احتياطي من نوع ثالث إلى جانب كل من الاحتياطي القانوني والاحتياطي الاتفاقي لمواجهة ما قد يحصل للشركة من أمور غامضة وعارضة يحتمل وقوعها خلال السنة المالية، ويسمى بالاحتياطي الاختياري، فللجمعية العامة العادية طبقاً للمادة (2/129) من النظام أن تقرر تكوين احتياطي بالقدر الذي يحقق مصلحة الشركة، أو يكفل توزيع أرباح ثابتة قدر الإمكان على المساهمين. فهو عبارة عن خصم اختياري يقع على الأرباح القابلة للتوزيع، ويكون من شأنه تحقيق مصلحة الشركة وتوسيع نشاطها، أو من أجل كفالة توزيع أرباح ثابتة قدر الإمكان على المساهمين.<sup>(33)</sup>

ومن الجدير بالذكر أنّ الشركة تستطيع أن تستخدم لزيادة رأس مالها الاحتياطي بأنواعه المختلفة، لا فرق في ذلك بين احتياطي قانوني واتفاقي واختياري كل ما هنالك تلتزم الشركة في

(31) انظر: المواد الآتية (129-130-131) من نظام الشركات السعودي.

(32) انظر: المواد (129-130/2)

(33) لمزيد من البيان عن أنواع الاحتياطي المالي لشركة المساهمة أنظر أكرم أمين الخولي، الموجز في القانون

التجاري، ص 547-548

حالة زيادة رأس المال بالاحتياطي القانوني بالعمل على إعادة تكوينه مرة أخرى، أو تكوينه أو تكملته حتى يبلغ النسبة التي حددها القانون.<sup>(34)</sup>

### ثالثاً: زيادة رأس مال الشركة عن طريق تحويل الاحتياطي إلى أسهم

لقد حدد المنظم السعودي<sup>(35)</sup> طرق زيادة رأس المال على سبيل الحصر، وذكر منها إصدار أسهم جديدة بمقدار الاحتياطي الذي تقرر الجمعية العامة غير العادية إدماجه في رأس المال، ويجب أن تصدر هذه الأسهم بنفس شكل وأوضاع الأسهم المتداولة، وتوزع تلك الأسهم على المساهمين دون مقابل بنسبة ما يملكه كل منهم من الأسهم الأصلية.

ولقد أجاز المنظم السعودي للجمعية العامة غير العادية أن تقرر زيادة رأس مال الشركة بشرط أن يكون رأس المال قد دفع كاملاً، لا يشترط أن يكون رأس المال قد دفع بأكمله إذا كان الجزء غير المدفوع من رأس المال يعود إلى أسهم صدرت مقابل تحويل أدوات دين، أو صكوك تمويلية إلى أسهم، ولم تنته بعد المدة المقررة لتحويلها إلى أسهم.<sup>(36)</sup>

### ويتم إدماج الاحتياطي في رأس المال بإحدى طريقتين:

**الأولى:** إصدار أسهم جديدة يتم توزيعها مجاناً على المساهمين، وذلك بأن تصدر الشركة أسهماً جديدة بقيمة الزيادة توزعها على المساهمين بالمجان، وتدفع قيمتها الاسمية من الاحتياطي.

**الثانية:** زيادة القيمة الاسمية للأسهم الأصلية، وذلك بزيادة القيمة الاسمية للسهم بنسبة الزيادة الطارئة على رأس المال، دون أن تتقاضى الشركة هذه الزيادة من المساهمين؛ بل تقوم بدفعها من الاحتياطي.<sup>(37)</sup>

**المطلب الثالث:** زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل ما على الشركة من ديون إلى أسهم.

قد تتغير الظروف المادية للشركة فتكون بحاجة إلى أن تتوسع في نشاطها التجاري، أو أن تتعرض لخسارة لا يمكنها من النهوض بعدها، ولا تجد من الأموال ما يكفيها لمواصلة وممارسة نشاطها، فتقرر زيادة رأس مالها.

ولقد أجاز المنظم لها زيادة رأس مالها، حيث حدد طرق زيادة رأس مال الشركة، وذكر عدداً من الطرق والتي من ضمنها: إصدار أسهم جديدة مقابل ما على الشركة من ديون معينة المقدار

(34) أنظر: محمد فريد العربي، الشركات التجارية، ص 380

(35) أنظر: المادة (138) من نظام الشركات

(36) أنظر: المادة (137) من نظام الشركات

(37) أنظر: محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 353، محمد فريد العربي، مرجع سابق، ص 380، محمد صالح،

مرجع سابق، ص 378، وأنظر: المادة رقم (138/ج) من نظام الشركات السعودي

حالة الأداء، على أن يكون الإصدار بالقيمة التي تقررها الجمعية العامة غير العادية، بعد الاستعانة برأي خبير أو مقوم معتمد، وبعد أن يعدّ مجلس الإدارة ومراجع الحسابات بياناً عن منشأ هذه الديون ومقدارها، ويوقع أعضاء المجلس ومراجع الحسابات هذا البيان، ويكونون مسؤولين عن صحته.<sup>(38)</sup>

ولقد أجاز المنظم للجمعية العامة غير العادية أن تقرر زيادة رأس مال الشركة ولكن بشرط أن يكون رأس المال قد دفع كاملاً أي أن يوفي جميع المساهمين في الشركة بقيمة الأسهم التي اكتتبوا بها في رأس مال الشركة، ويستثنى من ذلك الجزء غير المدفوع من رأس مال الشركة متى كان يعود ذلك إلى أسهم صدرت مقابل تحويل أدوات دين أو صكوك تمويلية إلى أسهم، ولم تنته بعد المدة المقررة لتحويلها إلى أسهم، ونلاحظ أن المنظم السعودي قد عهد إلى الجمعية العامة غير العادية النظر في زيادة رأس المال أو تخفيضه، وذلك لأن زيادة رأس المال أو تخفيضه يعدّ تعديلاً لعقد الشركة الأساسي، والذي تضطلع به هذه الجمعية دون غيرها.<sup>(39)</sup> ومن الجدير بالذكر أن هذه الطريقة إنما تتم عندما تريد الشركة أن تقوم بتحويل دائني الشركة إلى شركاء فيها، وذلك عن طريق منحهم أسهم كل دائن بنسبة ديونه، وتضطر الشركة إلى هذه الطريقة في هذا النوع من أنواع زيادة رأس المال، عندما تكون محملة بالديون الكبيرة، وتخشى أن ينهار وضعها الهادي إذا لجأت إلى الاقتراض من أجل القيام بسداد ديونها، أو أنها تخشى أن يحجم المساهمون والجمهور عن الاكتتاب بالأسهم الجديدة إذا طرحتها من أجل زيادة رأس مالها عن طريق الاكتتاب، وقد يكون من مصلحة الدائنين استمرار الشركة بالقيام بأعمالها وأن لا يطالبوا بإشهار إفلاسها عندما يجدون أن موجوداتها لا تغطي ديونهم، وربما يؤدي دخول الدائنين كشركاء في الشركة إلى تحسين إدارتها ودفعها إلى العمل بنشاط أكثر فاعلية وتحقيقاً للأرباح.<sup>(40)</sup>

#### المطلب الرابع: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل السندات إلى أسهم

قبل الحديث عن زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل سندات إلى أسهم، أود بيان المقصود بالسندات وأنواعها وحقوق حاملها وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: المقصود بالسندات:

يمكن تعريف السندات بأنها: صكوك متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية، تمثل قرضاً جماعياً طويل الأجل، يعقد عن طريق الاكتتاب العام.<sup>(41)</sup>

(38) أنظر: المادة (138) من نظام الشركات

(39) أنظر: المادة (137) من نظام الشركات

(40) أنظر: فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ص 197.

(41) أنظر: علي حسن يونس، الشركات التجارية، ص 290، مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، ص 234

ولقد أجاز المنظم السعودي للشركات إصدار سندات القرض وأحال بشأنها إلى نظام السوق المالية، فقد أوجب على الشركة عند إصدارها لأدوات الدين وتداولها مراعاة الأحكام الشرعية، وأوجب المنظم أن يكون ذلك وفقاً للشروط التي يعتمدها نظام السوق المالية.<sup>(42)</sup>

#### ثانياً: أنواع السندات:

تتنوع السندات التي تصدرها شركات المساهمة إلى أنواع أهمها:

##### 1- الصكوك ذات الاستحقاق الثابت:

هو السند الذي يصدر بقيمة اسمية ثابتة، وتعطي أصحابها فائدة محددة وثابتة، وتدفع في آجال معينة إلى أن يسترد أصحابها قيمتها عند انتهاء مدة القرض.<sup>(43)</sup>

##### 2- الصكوك المستحقة الوفاء بعلاوة إصدار:

هو السند الذي يصدر بأقل من قيمته الاسمية، ولكن تحسب فوائدها ويستردها صاحبها على أساس القيمة المرتفعة التي صدرت بها، ويسمى الفرق بين القيمة الاسمية وما تم تحصيله من صاحب السند علاوة الوفاء.<sup>(44)</sup>

##### 3- الصكوك ذات الضمان:

وهي الصكوك المضمونة برهن أو ضمان شخصي أو عيني، فهو سند يصدر بقيمته الاسمية ويعطي صاحبه حق الحصول على فائدة ثابتة ولكنه مضمون بضمان شخصي أو عيني لصالح أصحاب السندات، وذلك في حالة ما إذا اقصرت الشركة بالوفاء بها في الموعد المحدد.

##### 4- الصك ذو العائد المتغير:

وهو الصك ذو العائد المتغير، بحيث يعطي صاحبه عائداً يختلف بحسب ما تحققه الشركة من أرباح، وهذا النوع من أنواع القرض المصحوب بمشاركة في الأرباح.<sup>(45)</sup>

(42) أنظر: المادة (121) من نظام الشركات السعودي

(43) أنظر: محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 322، محمد فريد العريبي، مرجع سابق، ص 230

(44) أنظر: محمد فريد العريبي، مرجع سابق، ص 232

(45) لمزيد من البيان عن أنواع السندات ينظر علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 281، عزيز العكيلي، شرح

القانون التجاري، ص 261-263، محمد فريد العريبي، مرجع سابق، ص 232

5- الصكوك القابلة للتحويل إلى أسهم:

يجوز للشركة إصدار صكوك قرضي قابلة للتحويل إلى أسهم، على أن يتم النصّ على ذلك في نشرة الإصدار، ويكون لهالك السند عند حلول أجله الخيار بين قبول تحويل السندات إلى أسهم، فيصبح شريكاً في الشركة، أو قبض القيمة الاسمية للسند.<sup>(46)</sup>

وإذا كان المنظمّ السعودي أجاز تحويل أدوات الدين إلى أسهم إلا أنه قد حظر على الشركة التحويل في حالتين:

1- إذا لم تتضمن شروط إصدار أدوات الدين والصكوك التمويلية إمكان تحويلها إلى أسهم بزيادة رأس مال الشركة.

2- إذا لم يوافق حامل أداة الدين أو الصك التمويلي على هذا التمويل.<sup>(47)</sup>

ثالثاً: حقوق حاملي الصك التمويلي أو أداة الدين:

- الحق في الحصول على فائدة ثابتة:

يحق لحامل السند الحق في الحصول على فائدة ثابتة في المواعيد المتفق عليها، وذلك مقابل دينه ويعتبر موعد الوفاء بها محدداً سلفاً في نشرة الإصدار التي تعدّها الشركة، ويجب دفعها قبل توزيع الأرباح على المساهمين، ويستحقونها سواء حصل ربح للشركة أم خسارة.<sup>(48)</sup>

ومما تجدر الإشارة إليه أن هذه الطريقة وهذه الفائدة تعتبر من الربا المحض، وقد اشترط المنظمّ السعودي في إصدار الصكوك التمويلية موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء؛ لذا فإنه لا يصلح تطبيق هذا الأمر في المملكة العربية السعودية لمخالفته للشريعة الإسلامية.<sup>(49)</sup>

- حق حامل الصك في استيفاء قيمته عند حلول أجل الوفاء به:

لحامل السند الحق في استرداد القيمة الاسمية للسند في الميعاد المتفق عليه، ويعتبر أصحاب هذه الصكوك دائنين للشركة، ولهم الحق في استيفاء قيمة صكوكهم قبل توزيع صافي موجودات الشركة على المساهمين، ويتم تحديد عقد القرض طريقة رد هذه الصكوك، وعادة ينص على الوفاء سنوياً بجزء منها، ونلاحظ أن استهلاك السند برد قيمته الاسمية لصاحبه يتم من أرباح الشركة أو الاحتياطي، كما يجوز أن يكون الاستهلاك من رأس المال، وقد يكون الاسترداد نقداً كما قد يكون عن طريق المقاصة بين حق حامل السند وما عليه من ديون للشركة، عما قد يكون عن

(46) أنظر: المادة (2/122) من نظام الشركات السعودي.

(47) أنظر، المادة (123) من نظام الشركات السعودي.

(48) أنظر، أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، ص 155

(49) أنظر، المادة (121)، من نظام الشركات السعودي

تحويل السندات إلى أسهم، وإدماج قيمتها في رأس المال، وذلك بموجب اتفاق بين الشركة وحملة كل أو بعض السندات.<sup>(50)</sup>

رابعاً: زيادة رأس مال شركة المساهمة عن طريق تحويل السندات إلى أسهم:

لقد حدد المنظم السعودي طريقة زيادة رأس مال الشركة وذكرها على سبيل الحصر، وذكر منها إصدار أسهم جديدة مقابل أدوات الدين أو الصكوك التمويلية.<sup>(51)</sup>

ولقد أجاز المنظم للجمعية العامة غير العادية أن تقرر زيادة رأس مال الشركة بشرط أن يكون رأس المال قد دفع كاملاً، ولا يشترط أن يكون رأس المال قد دفع بأكمله إذا كان الجزء غير المدفوع من رأس المال يعود إلى أسهم صدرت مقابل تحويل أدوات دين أو صكوك تمويلية إلى أسهم، ولم تنته بعد المدة المقررة لتحويلها إلى أسهم.<sup>(52)</sup>

ولقد حدد المنظم آلية وقواعد تحويل الصكوك إلى أسهم، فأوجب أن تكون أدوات الدين متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأن تكون أدوات الدين قابلة للتداول بالطرق التجارية.

وأوجب المنظم السعودي موافقة الجمعية العامة غير العادية على الإصدار بالأكثرية النظامية، وأوجب تعديل نظام الشركة الأساسي وشهر قرار الجمعية العامة غير العادية بالطرق النظامية، وراعى ضوابط زيادة رأس المال وفقاً لنظام السوق المالية، وإذا كان المنظم السعودي قد أجاز تحويل أدوات الدين والصكوك التمويلية إلى أسهم إلا أنه قد حظر في الوقت ذاته على الشركة تحويل الصكوك التمويلية وأدوات الدين إلى أسهم في حالتين هما:

1- إذا لم تتضمن شروط إصدار أدوات الدين والصكوك التمويلية إمكان تحويلها إلى أسهم بزيادة رأس مال الشركة.

2- إذا لم يوافق حامل أداة الدين أو الصك التمويلي على هذا التحويل.<sup>(53)</sup>

(50) لهزيد من البيان عن حقوق حملة السندات ينظر: محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 322، مصطفى كمال

طه، مرجع سابق، ص 241

(51) انظر: المادة (138) من نظام الشركات السعودي.

(52) انظر: المادة (137) من نظام الشركات.

(53) انظر: المواد من 121 إلى 125 من نظام الشركات السعودي، وانظر: علي حسن يونس، مرجع سابق، ص

572-573، مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 241

## الخاتمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه. وبعد فأحمد الله على إتمام هذا البحث، وأسأله القبول والمزيد من فضله، وقد توصلت في ختام هذا البحث إلى النتائج الآتية:

1- يمثل رأس المال للشركة بصفة عامة ولشركة المساهمة بصفة خاصة شريان الحياة؛ إذ تعتمد عليه في إنجاز مشروعاتها، كما أنه يكون محل نظر المتعاملين معها، حيث يمثل الضمان العام للدائنين لذلك أولاه المنظم السعودي عناية كبيرة، فالزم الشركة وهي في بداية نشأتها بأن تحدد رأس المال الذي تحتاجه لممارسته نشاطها بما لا يقل عن الحد الأدنى الذي وضعه.

2- تعتبر زيادة رأس المال من أهم القرارات التي تتخذها الشركة أثناء فترة حياتها لمواجهة توسعاتها إذا ما اتسعت دائرة نشاطها وأصابها النجاح، أو لمواجهة الخسائر التي منيت بها.

3- وضع المنظم السعودي نظاماً قانونياً دقيقاً تتم في إطاره زيادة رأس مال الشركة، تختلف درجة بساطته وشدته بحسب نوع رأس المال الذي تتعلق به الزيادة.

4- تستطيع الشركة زيادة رأس مالها عن طريق إحدى الطرق الآتية:

– إصدار أسهم نقدية أو عينية جديدة وطرحها للاكتتاب.

– تحويل السندات إلى أسهم.

– تحويل ما على الشركة من ديون إلى أسهم.

– تحويل احتياطي الشركة إلى أسهم.

5- على الرغم من تعدد طرق زيادة رأس مال الشركة إلا أن طريقة واحدة يترتب عليها من الناحية الفعلية إضافة أموال جديدة إلى ذمة الشركة وهي زيادة رأس مال الشركة عن طريق إصدار أسهم نقدية أو عينية جديدة يتم طرحها للاكتتاب.

6- تلتزم الشركة عند زيادة رأس مالها بتقرير حق الأولوية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة للمساهمين القدامى، مع ضرورة أن يتم ذلك في إطار من العدالة والمساواة، فلا يجوز أن يقتصر على بعض المساهمين دون البعض الآخر إلا فيها نصّ عليه النظام.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

### المصادر والمراجع

- 1- أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
- 2- أبو زيد رضوان، شركات المساهمة وفقاً لأحكام القانون رقم 159 لسنة 1981م، مكتبة الكتب العربية، 1983م.
- 3- أحمد محمد محرز، الوسيط في الشركات التجارية، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 2004م
- 4- أكنم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، مطبعة مدني، بدون سنة نشر.
- 5- أكنم أمين الخولي، دروس في القانون التجاري السعودي، الرياض، 1973م.
- 6- ثروت عبد الرحيم، شرح القانون التجاري المصري الجديد، الجزء الأول، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، 2010.
- 7- سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، مصر، 2016.
- 8- عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط1، 2008م.
- 9- علي حسن يونس، الشركات التجارية، مطبعة القاهرة، القاهرة، 1919م
- 10- علي حسن يونس، الشركات التجارية، مكتبة الكتب العربية، 1991م.
- 11- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، المجلد الرابع، بدون سنة نشر.
- 12- لائحة حوكمة الشركات، الصادر عن مجلس هيئة السوق المالية، بموجب القرار رقم 2017-16-8 وتاريخ 1438/5/16هـ، الموافق 2007/2/13م بناء على نظام الشركات الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 1437/1/28هـ.
- 13- محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، الطبعة الرابعة، 1417هـ، الرياض.
- 14- محمد صالح، شركة المساهمة في القانون المصري والقانون المقارن ومشروع قانون الشركات، مطبعة جامعة فؤاد الأول، الطبعة الأولى، 1949م.

- 15- محمد فريد العربي، الشركات التجارية المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة العربية، 2009م.
- 16- محمد كامل ملش، موسوعة الشركات، طبعة فاصد خير، 1980م.
- 17- محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، القاهرة، 1986م.
- 18- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، 2008م.
- 19- نادية محمد معوض، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 2001م.
- 20- نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/3) وتاريخ 28/محرم/1437هـ.
- 21- نظام الشركات السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/6 بتاريخ 22/3/1385هـ، قرار مجلس الوزراء رقم 185 بتاريخ 17/3/1385هـ.

## تأثير المصالح السياسية على فعالية المحكمة

### الجنايئة الدولية في ضوء الحرب السورية

#### *The impact of political interests on the effectiveness of the International Criminal Court in the light of the Syrian war*

الأستاذ ولد يوسف مولود \*

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري تيزي وزو

تاريخ إرسال المقال: 2020-05-15 تاريخ قبول المقال: 2020-07-13 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

الملخص: وصفت الحرب السورية بأكبر مأساة إنسانية، لم يشهدها التاريخ الحديث من قبل، أمام إخفاق جميع مبادرات المجتمع الدولي للتوصل لحل توافقي سياسي، إذ تعكس الأزمة السورية التحديات التي تواجه محاولات التوفيق بين اعتبارات تحقيق العدالة والاعتبارات السياسية، مما يؤثر سلبا على فعالية المحكمة الجنائية الدولية في وضع حد للإفلات من العقاب، وممارسة اختصاصها على الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب أشدّ الجرائم خطورة .

الكلمات الدالة: المحكمة الجنائية الدولية، الجرائم الدولية، مبدأ العقاب، مجلس الأمن، الحرب السورية، المصالح السياسية، السلم والأمن الدوليين.

**Abstract:** The Syrian war has been described as the greatest human tragedy never witnessed before in modern history due to the failure of all initiatives of the international community to reach a political compromise, the Syrian crisis reflects the challenges facing attempts to reconcile justice and political considerations, which negatively affects the effectiveness of the International Criminal Court in ending impunity, and the exercise of its jurisdiction over the persons responsible for the most serious crimes.

**Keywords:** International Criminal Court, international crimes, the principle of punishment, Security Council, The Syrian war, Political interests, International peace and security.

« Bien que nous soyons une institution judiciaire, nous opérons dans un environnement politique, qu'on le veuille ou non. »

Fatou Bensouda

Procureure générale de la Cour pénale internationale <sup>1</sup>

\* المؤلف المرسل

مقدمة:

نحج المجتمع الدولي في مفاوضات روما<sup>2</sup>، بعد محاولات ومجهودات كبيرة من إنشاء المحكمة الجنائية الدولية في الواحد جويلية من عام 1998، متجاوزا بذلك جوانب القصور والنقائص التي اعترت المحاكم العسكرية الدولية<sup>3</sup>، والمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة<sup>4</sup>، وبدخول نظامها الأساسي حيز التنفيذ في 17 جويلية 2002، أصبح بإمكان المجتمع الدولي أن يعتمد فعلا على وجود

<sup>1</sup>-Cité in: Rick Gladstone, «A life long passion is now put to practice in The Hague», New York Times, 19 janvier 2013, p.7, in: www.nytimes.com

<sup>2</sup>- Kofi Annan avait ouvert la conférence de Rome en appelant les délégués à procéder comme si « les yeux des victimes des crimes du passé et ceux des victimes potentielles de demain étaient fixés sur nous. Ce sont leurs appels à la justice qui nous ont poussés vers notre destination finale», voir : **Kofi Annan**, Interventions, une vie dans la guerre et dans la paix, Odile Jacob, Paris, 2013, p.167.

<sup>3</sup>- تم إقرار المسؤولية الجنائية الدولية للفرد من خلال محاكمات نورمبرغ وطوكيو، التي تشكلان حجر الأساس الذي قام استنادا إليه القضاء الجنائي الدولي حتى يومنا هذا، أنشأت المحكمة العسكرية الدولية لنورمبرغ بموجب اتفاق لندن في 8 أوت 1945، وأنشأت المحكمة العسكرية الدولية لطوكيو بموجب الإعلان الصادر عن القائد العام لقوات الحلفاء في اليابان "مارك آرثر" في 26 أبريل 1946، انظر: عبد الله سليمان، "الأزمة الراهنة للعدالة الدولية الجنائية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 23، العدد 01، ديوان المطبوعات الجامعية، مارس 1986، ص 67.

-Voir aussi: **Antonio Cassese**, «Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut du tribunal de Nuremberg », United Nations Audiovisual Library of International Law, pp.1-9, in: www.un.org/law/avl

- Voir également : **Isabelle Bournier et Christophe Bouillet** , Crimes de Guerre Justice des hommes, Édition Casterman, Paris ,2010, pp.16-17.

<sup>4</sup>- أنشأت المحكمتين الجنائيتين الدوليتين الخاصتين بيوغسلافيا سابقا ورواندا من طرف مجلس الأمن الدولي بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة على إثر الإنتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي الإنساني، فأنشأت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقا، بموجب قرار مجلس الأمن رقم 827 المؤرخ في 25 ماي 1993، والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا بموجب قرار مجلس الأمن رقم 955 المؤرخ في 8 نوفمبر 1994.

- Voir à ce sujet : **Salvatore Zappalà**, La justice pénale internationale, Montchrestien, Paris, 2007, pp.62-63.

آلية فعالة لمعاقبة مرتكبي الجرائم الدولية، كأول هيئة قضائية دولية دائمة<sup>5</sup>، ومن أجل تحقيق الغاية الأساسية المتمثلة في وضع حدّ لظاهرة الإفلات من العقاب<sup>6</sup>.

لازمت الاعتبارات السياسية بصفتها النقيض للعدالة الجنائية الدولية، جهود المحكمة الجنائية الدولية في ممارسة اختصاصها على الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب أشدّ الجرائم خطورة، خاصة الحرب السورية، إذ شهدت منذ 15 مارس 2011 نزاعاً دائماً، بدأ باحتجاجات شعبية سلمية ضد النظام، سرعان ما قوبلت بالقمع والقوة، إلى أن تحولت إلى حرب مدمرة شارك فيها أطراف عدة<sup>7</sup>، أمام حيرة وسكون المجتمع الدولي، وإخفاق جميع المبادرات الدولية بالتوصل لحل توافقي سياسي<sup>8</sup>، وطرح عدد مبادرات بهدف التوصل إلى حلّ سلمي للأزمة، لكن جهودها كانت تتعثر في كل مرة بسبب عوامل عدة، أبرزها الفيتو الروسي والصيني في مجلس الأمن الدولي ضد أي قرار يدين نظام الرئيس بشار الأسد.

واعترف الرئيس السابق للمحكمة الجنائية الدولية "فيليب كيرش" صراحة بأن ( تسييس المحكمة الجنائية الدولية هو من أكثر الموضوعات التي تحظى بالاهتمام وأكثرها تداولاً بالنقاش)<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> - Le Statut de Rome créant la Cour donnait corps aux espoirs fondés en la justice «potentiellement universelle», voir : Antonio Cassese, «Is the ICC Still Having Teething Problems?», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, N°3, 2006, p. 434.

<sup>6</sup> - Voir: Luigi Condorelli, « La Cour Pénale Internationale : Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 103, N°1, 1999, p.7.

<sup>7</sup> - وثّق المرصد السوري لحقوق الإنسان مقتل 371222 شخصاً، بينهم أكثر من 112 ألف مدني، موضحاً أن بين القتلى المدنيين أكثر من 21 ألف طفل، و13 ألف امرأة، راجع: [الموقع الرسمي للمرصد السوري لحقوق الإنسان](http://www.syriaahr.com)، في : [www.syriaahr.com](http://www.syriaahr.com)

- ووصل عدد الفارين قسراً من ديارهم إلى 12 مليون شخص، فيهم ما يقارب 6.5 مليون شخص مشرد داخلي، وأكثر من 4 مليون شخص ملتمس لجوء، إضافة إلى 13.5 مليون سوري يحتاجون إلى المساعدة الإنسانية العاجلة، راجع: [موقف مكتب الأمم المتحدة لتنسيق الشؤون الإنسانية](http://www.unocha.org/syrian-arab)، في الموقع الإلكتروني: [www.unocha.org/syrian-arab](http://www.unocha.org/syrian-arab) [republic/syria-country-profile/about-crisis](http://republic/syria-country-profile/about-crisis).

<sup>8</sup> - انظر: ترميل تركي الدرويش، سعد علي البشير، " الأزمة السورية...هل من حل قانوني دولي؟ "، *مجلة القانون والمجتمع*، المجلد2، العدد 2، 2016، ص ص 137-138.

<sup>9</sup> - انظر: فيليب كيرش، " المحكمة الجنائية الدولية ومسؤولية المجتمع الدولي "، *مجلة الإنساني*، العدد 27، 2004، ص 13.

مما يثير إشكالا حول مدى تأثير المصالح السياسية للدول الكبرى على فعالية المحكمة الجنائية الدولية في ممارسة اختصاصها على الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب أشد الجرائم خطورة في سوريا؟

للإجابة على هذه الإشكالية، سنحاول تسليط الضوء على الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني في سوريا (أولا)، و(ثانيا) عجز مجلس الأمن في إحالة الجرائم المرتكبة في سوريا إلى المحكمة الجنائية الدولية.

### أولا/ الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني في سوريا:

تعتبر الجرائم المرتكبة في سوريا منذ بداية الاحتجاج بتاريخ 15 مارس 2011، والتي مازلت مستمرة لحد الآن، انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني، والقانون الدولي لحقوق الإنسان، على مدار واسع النطاق راح ضحيتها المدنيين الأبرياء، ومازالت هذه الجرائم ترتكب لحد الساعة، حيث يستمر النظام في شن غارات جوية، وعمليات قصف عشوائية على الأماكن التي يتواجد فيها السكان، وقتل مئات المدنيين وعمليات التعذيب، والإحتجاز التعسفي، وهذا ما يؤكد أن القوات النظامية التابعة للنظام مسؤولة عن تلك الجرائم الشنيعة، وبات أمر محاكمة مرتكبي هذه الجرائم لا بد منه، باعتبار أن مساءلة مرتكبي الجرائم الدولية جنائيا يعد بمثابة مبدأ من مبادئ القانون الجنائي الدولي، ويشكل قاعدة أمر لا يمكن مخالفتها، وهذا مبدأ كرسه نظام المحكمة الجنائية الدولية، حتى لا يقلت من العقاب المجرمين الذين اقترفوا الجرائم التي توصف على أنها أشد خطورة على السلم والأمن في المجتمع الدولي<sup>10</sup>.

ولقد اقتصر القتال في بدايته على طرفين هما القوات النظامية السورية، وقوات منشقة عنها ممثلة في "الجيش السوري الحر"، الذي ضم في صفوفه ما عرف حينها "بلواء الضباط الأحرار"، ثم ما لبث أن امتد ليشمل أطرافا أخرى خارجية غير نظامية على رأسها "حزب الله" اللبناني، وعشرات الميليشيات الشيعية المتحالفة معه أبرزها "عصائب أهل الحق"، و"كتائب سيد الشهداء"، التي دخلت جميعها إلى جانب النظام وجندت أفرادا شيعة من دول مختلفة.

فتتج عن ذلك تشكيل ميليشيات سنية مختلطة قوامها سوريون وأجانب تحسب على المعارضة، منها "الجهة الإسلامية"، و"جيش المجاهدين"، و"أجناد الشام"، وهو ما أكسب القتال

<sup>10</sup> - راجع: صديقي سامية، "إمكانية المساءلة الجنائية لمرتكبي الجرائم في سوريا أمام المحكمة الجنائية الدولية"، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية، 10 جانفي 2017، على الرابط:

<http://democraticac.de>

صبغة إقليمية من جهة، وطائفية من جهة أخرى، وهذا أحد دواعي تدخل إيران - الحليف السوري- لوجستيكيا، عن طريق الإمداد بالقيادات العسكرية والسلاح، والمؤونة وغيرها.

ومع ذلك فلم ينحصر القتال بين الطوائف المختلفة فحسب، بل تجاوز ذلك بكثير، فأصبح العديد من العمليات العسكرية يجري بين قوات غير نظامية منتمة إلى الطائفة ذاتها، كما هو الحال بالنسبة لجهة النصر التي تقاوم الجيش التابع لتنظيم " الدولة الإسلامية"، إضافة إلى مقاتلتها لقوات النظام وحلفائه، ليس هذا وحسب بل سرعان ما ظهر على خطوط القتال الانفصاليون الأكراد مدعومين بمليشيات تساندهم منها على سبيل المثال " البشمركة"، ومليشيا " حزب العمال الكردستاني"، مما أكسب الصراع المسلح الدائر في سوريا بعدا عرقيا إضافة إلى البعد الطائفي، بعد أن كان مجرد حراك سلمي.

وفي شهر سبتمبر 2014 قادت الولايات المتحدة الأمريكية تحالفا دوليا، شاركت فيه دول غربية وأخرى عربية لتوجيه ضربات جوية شمالي سوريا ضد " الدولة الإسلامية"، وغيرها من الجماعات المسلحة التي تعتبرها متطرفة، وهو ما جرى بترحيب من النظام السوري، تلاه بعد سنة كاملة، أي في سبتمبر 2015 تدخل عسكري جوي من روسيا، جاء استجابة لطلب من الرئيس السوري، ورافقه الإعلان عن تشكيل مركز معلوماتي في العراق، يشارك فيه هذا الأخير مع روسيا وسوريا وإيران لمحاربة تنظيم " الدولة الإسلامية"<sup>11</sup>.

ومن أبرز الانتهاكات الجسيمة للنظام السوري لقواعد القانون الدولي والإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، نذكر على سبيل المثال:

#### - توجيه القوات الحكومية هجمات عشوائية ضد السكان المدنيين:

وذلك باستهداف مناطق أهلة بالسكان بالقصف المدفعي والبراميل المتفجرة التي تلقى من المروحيات، وهي أسلحة تقليدية شديدة الانفجار وغير موجّهة، أو باستخدام ذخائر تحوي غاز السارين، غاز الكلورين، القنابل العنقودية، والقنابل الحارقة، استخداما منهجيا ومتكررا، وهي كلها

<sup>11</sup> - عكسة إسعاد، " تقييم نظام المسؤولية الجنائية عن جرائم الحرب على ضوء الحالة السورية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، العدد 10، مارس 2016، ص 81.

من قبيل الأسلحة الكيميائية التي تحظرها الاتفاقيات الدولية لأنها تسبب حروفاً خطيرة لمن يتعرضون لها، وتؤدي غالباً إلى الموت<sup>12</sup>.

إن الجرائم المرتكبة ضد المدنيين في سوريا هي جرائم ضد الإنسانية، تتوافر فيها عناصر الركن الدولي، المنصوص عليها في المادة (7) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>13</sup>، والتي تتجسد في الهجوم الواسع أو المنهجي ضمن سياسة تتبعها الدولة، وفي الهجوم الموجه ضد مجموعة من السكان المدنيين، وفي كون مرتكبوا الجرائم على علم بأن أفعالهم الجرمية جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد السكان المدنيين<sup>14</sup>.

#### - الهجوم على منظومة الرعاية الصحية:

استهدفت القوات الحكومية المنشآت الصحية من قبيل المستشفيات الميدانية، كما احتجزت عاملين ومنتطوعين في المجال الطبي، وقتلت المئات منهم، ومنعت وصول الإمدادات الطبية للمناطق المحاصرة رغم الإشراف عليها من هيئات الإغاثة الإنسانية<sup>15</sup>.

#### - الحصار ومنع وصول الإغاثة الإنسانية:

فرضت القوات الحكومية حصاراً في العديد من المحافظات السورية، وفي ضواحيها، لعل أشهرها حصار "الغوطة الشرقية" و"اليرموك" و"مضايا"، وقد علق المدنيون في مناطق الحصار بسبب الهجمات العشوائية، وعمليات القنص، مما عرضهم لنقص حاد في الخدمات الأساسية

<sup>12</sup>- انظر: قرار مجلس الأمن رقم (2235) الذي أدان بموجبه استخدام القوات النظامية للأسلحة الكيميائية، الموقع الرسمي للأمم المتحدة، على الرابط:

[http://www.un.org/arabic/docs/viewdoc.asp?docnumber=S/RES/2235\(2015\)](http://www.un.org/arabic/docs/viewdoc.asp?docnumber=S/RES/2235(2015))

<sup>13</sup>- انظر: المادة (7) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

<sup>14</sup>- انظر: **قالا فريد ابراهيم**، " المحكمة الجنائية الدولية واختصاصها عن الجرائم المرتكبة ضد المدنيين في سوريا"، **مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية**، المجلد 18، عدد 01، 2014، ص 178.

<sup>15</sup>- للاطلاع أكثر انظر تقرير لجنة التحقيق الدولية في سوريا بعنوان "الاعتداء على الرعاية الصحية في سوريا"، تقرير مقدم إلى مجلس حقوق الإنسان، الدورة الرابعة والعشرين حول البند الرابع من جدول الأعمال المتعلقة بحالات حقوق الإنسان التي تتطلب اهتمام المجلس، متوفر على الموقع الرسمي لمنظمة حظر الأسلحة الكيميائية، على الرابط:

<https://www.opcw.org/ar/documents-reports/technical-secretariat/>

وللمجاعة ، وفي فترات الهدنة التي كانت توافق عليها القوات الحكومية ، فإن هذه الأخيرة كانت تعرقل الإمدادات الإنسانية الدولية ، ووصولها لمستحقيها.

#### – الإخفاء القسري وعمليات التعذيب:

اعتقلت قوات الأمن الحكومية الآلاف في الحجز المطول بانتظار المحاكمة دون توجيه أي اتهام لهم ، وهو ما تمّ في ظروف مختلفة أثناء أداء الوظيفة ، مدهامة المنازل ، تمشيط الأحياء السكنية ، وعند الحواجز ، بل وأحيانا كان يتم ذلك عند إجلاء المدنيين العالقين خلال فترات الهدنة ، ويتعرض المعتقلون لأقصى أنواع التعذيب ، وغيرها من المعاملة اللاإنسانية ، منها العنف الجنسي كبتّر أعضائهم التناسلية ، أو إجبارهم على مشاهدة اغتصاب أصدقائهم ، وكثير منهم لقوا حتفهم في ظروف غير إنسانية ، ولم يسمح لأسرهم باستلام جثثهم ، وأحيانا لا يتم إخطار أسرهم بالوفاة ولا بالاعتقال أساسا<sup>16</sup>.

كما أكدت العديد من التقارير الدولية والوطنية ازدياد جرائم العنف الجنسي المرتكبة ضد النساء والفتيات ، بينها تقرير لجنة الإنقاذ الدولية التي وصفت الاغتصاب " سمة بارزة ومقلقة" في الحرب السورية ، وقد ورد في تقرير الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان بأن أغلب إدعاءات الاغتصاب ، وأشكال العنف الأخرى ، والتي اطلع عليها وفد الفدرالية قد ارتكبتها القوات الحكومية والشبيحة أثناء تفتيش البيوت ، وعند نقاط التفتيش ، وأثناء الاحتجاز ، بالاعتداء على النساء في أماكن عامة أو أمام أقارب لهن<sup>17</sup>.

وبدورها قامت الجماعات المسلحة المناوئة للدولة بارتكاب انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان ، وخاصة منها " الدولة الإسلامية " ، و"جبهة النصرة" اللتان تجتدان ضمن قواتهما مقاتلين أجنب ، وأهم هذه الانتهاكات:

- أشارت اللجنة الدولية المستقلة لتقصي الحقائق في سوريا التابعة للأمم المتحدة إلى أن " هناك أسس مقبولة للاعتقاد بالاعتصاب ، والاعتداء الجنسي وقعا ضد رجال ونساء وأطفال على يد القوات الحكومية والشبيحة ، كما كان الاغتصاب والاعتداء الجنسي جزءاً من أعمال التعذيب في مراكز الاحتجاز الرسمية وغير الرسمية " ، وأفادت وكالة الأمين العام للأمم المتحدة للشؤون الإنسانية ومنسقة الإغاثة في حالات الطوارئ (فاليري أموس) بأن " القلق يساورها إزاء الطبيعة الأثمة والعشوائية للعنف الذي يحدث ، وتساعد معدلات العنف الجنسي ، التي تؤثر على السيدات في سوريا " ، للتفصيل أكثر ، انظر: " العنف ضد المرأة في سوريا: الخروج من الصمت " ، تقرير بعثة الفيدرالية الدولية لحقوق

الإنسان ، مارس 2012 ، ص 6 ، في الموقع الإلكتروني: [www.fidh.org](http://www.fidh.org)

<sup>17</sup> - انظر: "الانتهاكات الواقعة على النساء في سوريا والأثر المحجف للنزاع عليهن" ، تقرير المنظمات الغير حكومية ، رابطة النساء الدولية للسلام والحرية ، تشرين الثاني 2016 ، ص 7.

– استخدام الأسلحة التي لا تميز بين الضحايا:

أهمها قذائف الهاون والدبابات والمدفعية، والمتفجرات المصنوعة من أسطوانات الغاز، إضافة إلى تنفيذ تفجيرات انتحارية بسيارات، وشاحنات في المناطق الواقعة تحت سيطرة الحكومة، مما أدى إلى قتل وجرح المدنيين عشوائيا.

– أعمال القتل غير المشروع:

والتي تطل بشكل خاص الأسرى من قوات النظام، ومن جماعات مسلحة فيهم النشطاء الحقوقيين والإعلاميون، وقد كانت قوات "الدولة الإسلامية" تنفذ بحق هؤلاء عمليات إعدام علنية أحيانا، إما بإطلاق النار أو بقطع الرؤوس، وبعض هذه العمليات كان يصوّر وينشر على الأنترنت على سبيل الدعاية أو التهديد أو ابتزاز المواقف.

– الحصار ومنع الإغاثة الإنسانية ومهاجمة الفرق والمنشآت الطبية:

كحصار شمال غربي "حلب" الذي تواصل عاما كاملا، ومنعت خلاله إمدادات الغذاء والماء عن السكان المدنيين، بما فيها المعونات الإنسانية، واستهداف العاملين في المجال الطبي، واحتجازهم لأغراض مختلفة إما لاستنطاقهم، أو إجبارهم على تقديم الرعاية الصحية لفائدة المقاتلين، وكثيرا ما ينتهي الحجز بالقتل.

– عمليات الاختطاف:

التي تمارسها الجماعات المسلحة عادة على النشطاء المحليين منهم والأجانب، فضلا عن الصحفيين، والعاملين في مجال الإغاثة، وعموما يتم احتجاز كل من يشتبه في انتمائه إلى قوات معادية أي كانت طبيعتها، ومن ثم تعريضهم للتعذيب أو المعاملة اللاإنسانية أو المهينة، أو حتى للإعدام دون محاكمة.

– تجنيد الأطفال في العمليات العدائية:

وهذا الانتهاك ساد بشكل خاص في المناطق الكردية التي سيطر عليها "حزب الاتحاد الديمقراطي" وهي "عفرين" "كوباني" أو عين العرب"، و"الجزيرة"، حيث قام هذا الأخير باستخدام الأطفال عند نقاط التفتيش، وفي عمليات القتال ضد قوات تنظيم "الدولة الإسلامية"، الذي يجنّد بدوره الأطفال ويلحقهم بكتائب خاصة تحت تسمية "أشبال الخلافة"، ناهيك عن انتهاكات أخرى تطل الأطفال للاختطاف، والاعتقال التعسفي، وما ينجر عنه من انتهاكات لحقوق المعتقلين تصل حتى الإعدام.

– التهجير القسري للسكان المدنيين:

لقد أدت الاشتباكات، وعمليات القصف فيما بين الجماعات، أو بينها وبين النظام إلى تهجير قسري للمدنيين الذين وجدوا أنفسهم مستهدفين دون أن يكون لهم أي يد في النزاع، إذ أفاد مكتب الأمم المتحدة لتنسيق الشؤون الإنسانية أن (7.8) مليون شخص قد نزحوا من ديارهم داخل سوريا، أما عدد اللاجئين خارجها فقد تخطت عتبة الأربعة ملايين نسمة.

أما الانتهاكات المرتكبة من طرف التحالف الدولي الذي تقوده الولايات المتحدة الأمريكية فقد تمثلت في شن هجمات طالت المدنيين فمنذ 23 سبتمبر 2014 وحتى 23 جانفي 2016، سقط 312 مدني، بينهم 121 طفلا وامرأة، ونفس الشيء ينطبق على الغارات الروسية التي أسفرت عن سقوط 1411 مدني، من بينهم 227 طفلا وامرأة منذ بدايته في سبتمبر 2012 حتى نهاية يناير 2016<sup>18</sup>.

ثانيا/ عجز مجلس الأمن في إحالة الجرائم المرتكبة في سوريا إلى المحكمة الجنائية الدولية: تحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية يتم من قبل الدول الطرف فيها، أو قيام المدعي العام بنفسه من تحريكها، أو يقوم مجلس الأمن بإحالة الحالة إليها، إذا رأى أنا الوضع يشكل انتهاك للسلم والأمن الدوليين، وفي حالة كانت الدولة غير طرف في نظام المحكمة الجنائية الدولية. هناك نصوص في نظام روما الأساسي يبدو فيها بصورة واضحة من صياغتها تأثير الاعتبارات السياسية، ومن أبرزها:

– صياغة المادة (12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص)<sup>19</sup>، فلغرض ممارسة المحكمة لاختصاصها بالنظر في الجرائم الخاضعة لولايتها أن تكون الدولة طرفا في النظام الأساسي، أما إذا لم تكن الدولة التي وقعت الجريمة على إقليمها، أو من قبل رعاياها طرفا في النظام الأساسي، المطلوب أن تعلن تلك الدولة قبول اختصاص المحكمة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة إذا لم تكن طرفا، وعلى هذا الأساس لم تستطع المحكمة أن تتعامل مع الجرائم المرتكبة من قبل أشخاص تابعين إلى الولايات المتحدة الأمريكية أو إسرائيل أو الصين أو بريطانيا أو روسيا... الخ، من الدول غير الأطراف، أو تلك الجرائم المرتكبة على إقليمها، فتستخدم الدول الكبرى الدائمة العضوية في مجلس الأمن حق الفيتو أمام أي جريمة قد تتهم بارتكابها

<sup>18</sup>- عكسة إسعاد، المرجع السابق، ص 84.

<sup>19</sup>- انظر: المادة (12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

مستقبلا، أو لمساعدة حلفائها في حالة التفكيك باستخدام سلطة مجلس الأمن بموجب المادة (13/ب).

– صياغة المادة (13/ب) من النظام الأساسي للمحكمة (ممارسة الاختصاص)<sup>20</sup>، حيث أن السلطة الممنوحة لمجلس الأمن هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها إخضاع دول غير طرف لاختصاص المحكمة<sup>21</sup>، إلا أن اشتراط موافقة الدول الخمسة الدائمة العضوية لن يؤدي إلى تحقيق العدالة الدولية، بسبب أن الدول غير الأطراف في نظام روما، والتي تتمتع بعضوية دائمة ستفرض أن تحال الجرائم المرتكبة على إقليمها، أو من قبل رعاياها موضوعا لقرار الإحالة من قبل مجلس الأمن إلى المحكمة، وتستخدم حق النقض، ليقصر تطبيق العدالة بالانتقائية وعلى الدول الضعيفة فقط، والتي ليس لها مصالح مشتركة مع الدول الدائمة العضوية<sup>22</sup>.

ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها، يتوجب على الدولة أن تقدم إعلان للمحكمة يتضمن قبولها لاختصاصها، وباعتبار سوريا ليست طرفا في المحكمة الجنائية الدولية، ولم تقم بإيداع إعلان لقبول اختصاصها فإن القناة الوحيدة حتى تتمكن المحكمة من مساءلة مرتكبي الجرائم في سوريا هو إحالة الوضع من قبل مجلس الأمن، متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وباعتبار أن مجلس الأمن تتحكم فيه الدول الدائمة العضوية التي تملك حق الفيتو الذي يسمح لها بتحريكه حسبها يخدم مصالحها فقط، تم نقض قرار الإحالة من قبل روسيا والصين أكثر من مرة، وما تجدر الإشارة إليه أن الجرائم المرتكبة في سوريا لا تسقط بالتقادم وبالتالي فإن المساءلة مرتكبيها تبقى قائمة<sup>23</sup>.

إن مجلس الأمن عاجز عن إصدار قرار في إطار الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، يحيل بموجبه الجرائم المرتكبة في سوريا إلى المحكمة الجنائية الدولية حتى تمارس اختصاصها، رغم عدم

<sup>20</sup>- انظر: المادة (13/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

<sup>21</sup>-Voir: Noémie Blaise, « Les interactions entre la Cour pénale internationale et le Conseil de Sécurité : Justice versus politique ? », R.I.D.P., Vol. 82, N° 3/4, 2011, p.424.

<sup>22</sup>- يجب أن يكون هناك تغيير في آلية اتخاذ مجلس الأمن لقراره في إحالة الجرائم إلى المحكمة الجنائية الدولية، على أن يصدر قرار مجلس الأمن لإحالة أي حالة بأغلبية تسعة أصوات من أصل خمسة عشر صوتا من أعضاء المجلس، دون اشتراط أن يكون من ضمنهم الخمس الدائمين العضوية، واعتبر بأنه من المستحيل أن تتنازل القوى الكبرى عن هذا الحق .

<sup>23</sup>- صديقي سامية، المرجع السابق.

كون سوريا طرفا في نظام روما الأساسي، ورغم عدم إعلانها بقبول اختصاص المحكمة، وذلك على الرغم من القرارات الكثيرة التي اتخذها للتخفيف من حدة النزاع المسلح القائم في سوريا<sup>24</sup>.

إذ قدمت فرنسا لمجلس الأمن مشروع قرار بتاريخ 12 ماي 2014 يدعو إلى إحالة أطراف النزاع المسلح في سوريا إلى المحكمة الجنائية الدولية، عرض على التصويت بتاريخ 22 ماي 2014، وصوّت لصالحه 13 دولة في حين اعترضت عليه روسيا والصين، وهو ما اعتبرته حينها المنظمات الإنسانية استخفافا بضحايا النزاع المسلح وخيانة لهم، وللقضايا ذات البعد الإنساني.

وقد بررت الصين استخدامها لحق النقض بأن قرار الإحالة ينبغي أن يقوم على أساس احترام السيادة القضائية للدول ومبدأ التكامل، إلى جانب روسيا التي اعتبرت أن دوافع الوفود التي تؤيد مشروع القرار وعواطفهم مفهومة، لكن من الصعب أن نفهم دافع فرنسا، لأن الوفد كان يدرك تماما النتيجة النهائية لطرح مشروع النص.

ويعتبر مجلس الأمن يتكون من الدول الخمسة الدائمة العضوية التي تملك حق الفيتو، فقد تم نقض مشروع القرار لإحالة الوضع في سوريا على المحكمة الجنائية الدولية من قبل روسيا والصين عدة مرات لأسباب سياسية تخدم مصالحهم، وبالتالي يبقى حق الفيتو الذي تملكه الدول الدائمة في مجلس الأمن لعبة في يدها تحركه وقت ما تشاء حسبما يخدم مصالحها، مما يعيق عمل مجلس الأمن خصوصا أمام الحالات التي تنتهك فيها حقوق الإنسان في مختلف دول العالم لاسيما المناطق العربية.

وعليه فما زال القضاء الجنائي الدولي لم يتحرك إلى الآن، رغم تحرك العديد من الأطراف الدولية سواء منها المنظمات الدولية غير الحكومية كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، ومنظمة العفو الدولية، ومنظمة مراقبة حقوق الإنسان، أو الأجهزة الدولية التابعة للأمم المتحدة كالمفوضية السامية لحقوق الإنسان، ومجلس حقوق الإنسان، أو حتى الدول ذاتها على غرار سويسرا التي قدمت رسالة إلى مجلس الأمن في 14 جانفي 2014 باسم 28 دولة تطالبه فيها بإحالة الملف السوري إلى المحكمة الجنائية الدولية.

<sup>24</sup>- مثل القرار رقم (2139) الذي أدان شن القتال والاحتجاز التعسفي، والقرار (2165) الذي طالب كافة أطراف النزاع المسلح بالسماح بإيصال الإغاثة الإنسانية عبر خطوط القتال والمناطق المحاصرة، والقرار (2171) الذي أدان أعمال القتل غير المشروع، وغيرها من الانتهاكات الفادحة، وتجنيد المقاتلين الأجانب في صفوف الجماعتين المسلحتين "الدولة الإسلامية"، و"جبهة النصرة".

- خلو المادة (08) من نظام روما الأساسي من النص على اختصاص المحكمة بالنظر في استخدام الأسلحة النووية وأسلحة الدمار الشامل، وحبّة الدول في استبعاد الأسلحة النووية هو عدم وجود قاعدة في القانون الدولي الجنائي تحضّر الأسلحة النووية<sup>25</sup>.

ولا شك أن استبعاد السلاح النووي من القائمة الواردة بالأسلحة التي يترتب على استخدامها انتهاكات خطيرة للقوانين، والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في القانون الدولي، سيضعف من فعالية المحكمة، خصوصا وأن تأثير وخطورة، ودمار الأسلحة النووية يفوق بمئات المرات المخاطر التي تخلفها الأسلحة التقليدية<sup>26</sup>.

ونشير أنه حتى لو قام المدعي العام للمحكمة الجنائية الدولية من تلقي الشكاوي من الدول الأطراف في المحكمة التي تبدي تعاطفها مع الشعب السوري، وبدأ في التحقيق في الجرائم المرتكبة في سوريا فإنه يصطدم بحق الإجراء للنظر في القضية من قبل مجلس الأمن، الذي يملك صلاحية توقيف التحقيق لمدة 12 شهرا قابلة للتجديد، دون تحديد عدد التجديدات، مما يعيق استمرار المحكمة الجنائية الدولية في ممارسة اختصاصها في النظر في الدعوى المرفوعة أمامها.

حيث جاءت المادة (16) من نظام روما الأساسي بصفة عامة<sup>27</sup>، إذ أشارت إلى البدء أو المضي، وهذا يعني أن المجلس يتمتع بسلطة طلب التأجيل في أي مرحلة تكون عليها الدعوى

<sup>25</sup>- انظر: المادة (08/ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

<sup>26</sup>- إن ادعاء الدول النووية الكبرى بعدم وجود قاعدة في القانون الدولي يحظر استخدام الأسلحة النووية، وبالتالي لا يجوز إدراجها في النظام الأساسي للمحكمة ادعاء مردود عليه، كون أن الاتجاه الغالب في الفقه يذهب إلى القول بتعارض الأسلحة النووية مع مبادئ القانون الدولي العرفي، إذ تقول الأستاذة (لويز دوسولد) أن القواعد العرفية تحرم استخدام الأسلحة النووية، ويؤيد رأيها ما جاء في فقرات رأي محكمة العدل الدولية حول هذه الأسلحة عام 1996، وكذلك ما ورد في ديباجة إعلان سان بترسبورغ 1868، وما ورد في المادة (36) في البروتوكول الأول لعام 1977 الملحق باتفاقية جنيف لعام 1949، وكذلك أدمج الشرط الذي ورد في اتفاقيات لاهاي لعام 1899 و 1907 في ديباجة البروتوكول الإضافيين لعام 1977، مما يستوجب تعديل المادة (08) من النظام الأساسي، بحيث تشمل الأسلحة النووية وأسلحة الدمار الشامل نظرا لخطورتها وتعارضها مع قواعد القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، انظر: عبد الله علي عبود سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 295.

<sup>27</sup>- انظر: المادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

المنظورة أمام المحكمة، حتى ولو في المراحل الأخيرة لحسم الدعوى، وهذا يؤدي إلى إهدار الأدلة، وضياع آثار الجريمة وفقدان الشهود<sup>28</sup>.

إن الغرض من هذا النص هو تسييس المحكمة<sup>29</sup>، ونعتبر أن السلطة الممنوحة لمجلس الأمن ليست مجرد تعليق أو إيقاف، وإنما تعطيل نشاط المحكمة الجنائية الدولية<sup>30</sup>، وبذلك تبعية هيئة قضائية لولاية هيئة سياسية<sup>31</sup>، حيث أطلق (الأستاذ حازم محمد عتلم) على هذه السلطة تسمية (سلطة مجلس الأمن في اغتيال الادعاءات المرفوعة إلى المحكمة الجنائية الدولية)<sup>32</sup>. وانتقدت بعض الدول والمنظمات غير الحكومية إسناد سلطة الإحالة لمجلس الأمن على أساس أنه يمكن أن يؤثر في استقلالي المحكمة وحيادها<sup>33</sup>، حيث ستصبح أكثر عرضة للضغط السياسي من جانب الدول الكبرى، وخاصة الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن، فيما لو أسيء استخدام حق النقض "الفيتو"، وقد كان هذا من أهم ما اعترضت عليه الوفود العربية في مؤتمر

<sup>28</sup>-انظر: محمد سعدي، "العدالة الجنائية الدولية بين قوة الخطاب وخطاب القوة"، المحلة العربية لحقوق الإنسان، المجلد1، العدد 9، ديسمبر 2002، ص229.

<sup>29</sup>-Voir: Noémie Blaise, « Les interactions entre la Cour pénale internationale et le Conseil de Sécurité : Justice versus politique ? », R.I.D.P., Vol. 82, N° 3/4, 2011, pp.421-444.

<sup>30</sup>-Voir: Daniel Iagolnitzer, « Comment lutter contre toute impunité : Quelques remarques », in : Justice internationale et impunité, Le cas des Etats-Unis, Sous la direction de Nils Andersson, Daniel Iagolnitzer et Vincent Rivasseau, L'Harmattan, Paris, p.291.

<sup>31</sup>-Voir: Ioannis Prezas, « La justice pénale internationale à l'épreuve du maintien de la paix, à propos de la relation entre la Cour pénale internationale et le Conseil de Sécurité », R.B.D.I., Vol. 39, N° 1, 2006, p. 63.

<sup>32</sup>- حازم محمد عتلم، " نظام الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثاني، مارس 2007، ص 34، وأيضا انظر: بركاني أعمار، مدى مساهمة مجلس الأمن في إنشاء المحاكم الجنائية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي الجنائي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005، ص ص 91-92.

<sup>33</sup>- لقد أشار أعضاء مجلس الوزراء لمنظمة الوحدة الإفريقية المجتمعين في بوركينا فاسو من 01/05/1998 إلى 05/05/1998 في مشروع تصريح حول إنشاء المحكمة الجنائية الدولية، أنه يجب أن لا تتضرر هذه المحكمة في نشاطاتها القضائية بسبب الاختيارات السياسية، لا سيما تلك المتعلقة بمجلس الأمن، راجع: الأزهر لعبيدي، حدود سلطات مجلس الأمن في عمل المحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 28.

وما<sup>34</sup>، إذ رأت هذه الدول أن حصر سلطة إحالة الجرائم أمام المحكمة الجنائية الدولية في مجلس الأمن وحده يؤثر على دور المحكمة في تحقيق العدالة الدولية، ويمكن أن ينال من إرادة الدول المعنية وسيادتها<sup>35</sup>، واستخدام مجلس الأمن لهذه السلطة كوسيلة للتهديد أو الضغط السياسي<sup>36</sup>. حيث تتغلب الاعتبارات السياسية على المقتضيات القانونية، ولعل ذلك يعكس الكيفية التي كانت تتنافس القوى الكبرى عبرها على صلاحية مجلس الأمن من أمد بعيد، كما يقول "الأستاذ محمد بجاوي"، وهو يعبر عن فكرة لم تأخذ إطارا تنظيميا لكنها مقبولة إلى حد ما، وبمقتضاها فإن مجلس الأمن يطبق قواعد خاصة من "قانون مستقل" قائم بذاته، تمت صياغة معظمه من المجلس نفسه بتقدير كامل من النهوض بمسؤوليته بحفظ السلم والأمن الدوليين، تتجلى في اعتبار مجلس الأمن ليس مجرد هيئة تطبيق القانون بل هو "القانون ذاته"، إذا رأى أن حالة معينة تشكل تهديد للسلم يمكن أن يقرر ما هي التدابير التي ينبغي اتخاذها<sup>37</sup>.

#### خاتمة:

إن الجرائم المرتكبة في حق الشعب السوري تشكل جرائم تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وتستلزم معاقبة مرتكبيها تحقيقا للعدالة، ومنع الإفلات من العقاب، وباعتبار أن سوريا لم تصادق على نظام روما الأساسي ولم تقم بإيداع إعلان قبول اختصاص المحكمة، فإنه لا ينطبق عليها اختصاصها رغم أن الجرائم المرتكبة بحق الشعب السوري تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، و يبقى السبيل الوحيد حتى تتمكن المحكمة من مساءلة مرتكبي الجرائم في سوريا، هو قيام مجلس الأمن بإحالة القضية إليها استنادا إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، لأنه يملك صلاحية تكييف أي حالة على أنها تشكل تهديد للسلم والأمن الدوليين.

<sup>34</sup> - أنظر: المادة (59) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

<sup>35</sup> - أنظر: المادة (60) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

<sup>36</sup> - يلاحظ أن السلطة التقديرية الواسعة لمجلس الأمن الدولي لا تعتمد على معيار واضح، ثم أن المعيار الواضح يتنافى مع وجود حق النقض الجاهز للاستعمال الفوري، إن التحذيرات التي يطلقها المجلس والمقررات التي يصدرها تشكل جميعها وسائل ضاغطة للتصدي الفوري للعدوان، أو لتهديد السلم الدولي، وهي تشكل مقدمة لاستعمال عقوبات وإجراءات أشد قسوة، راجع: محمد المجذوب، مجلس الأمن ودوره في حماية السلام الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2012، ص ص 104-105.

<sup>37</sup> - Mohammed Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p.11.

لقد أصبحت المحكمة الجنائية الدولية تحت رحمة مجلس الأمن، خاصة عندما يتعارض اختصاص المحكمة مع أولويات حفظ السلم والأمن الدوليين، المقرر والمكيف وفقا لإرادة الأعضاء الدائمين، ومن الناحية الواقعية فان المحكمة لا يمكن لها أن تقوم بالعمل المنظور أمامها بكل حرية، لأن دورها في الأول والأخير يتوقف على التأييد الذي يمنحه لها مجلس الأمن بشكل انفرادي وتقديري<sup>38</sup>.

ما يمكن ملاحظته أن هذا الإطار الميثاقي في إصدار القرارات الجزائية من قبل مجلس الأمن أفضت إلى مسلكية جزائية مرتبطة بالإرادة السياسية التوافقية للدول الخمسة الدائمة العضوية، وهو الأمر الذي حول مجلس الأمن من جهاز دولي ميثاقي يطبق النصوص الميثاقية إلى جهاز سياسي بامتياز<sup>39</sup>.

وفي هذا الصدد يقول الباحث القانوني الدولي (كيفن جون هيلر): «هل سوريا هي الوضع الذي يستلزم جذب انتباه المحكمة الجنائية الدولية ؟ بالطبع هي كذلك، لكن المحكمة تتبع قانون الانتقائية المتأصلة، مادامت الدول المتهمه صديقة لأحدى الدول الخمس، فإنه لن يتم تقديم أي دعوى ضد تلك الدولة».

<sup>38</sup>- انظر: محمد حسن القاسمي، " المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن: عشر سنوات من التعايش أم من التصادم!"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 57، جانفي 2014، ص 30.

<sup>39</sup>- راجع: بوعزة عبد الهادي، مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية في علم متغير، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 228.

## الرقابة المستقلة على العملية الانتخابية في الجزائر *Independent monitoring of the electoral process in Algeria*

طالب دكتوراه: زيوش عبد الرؤوف \*

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة تيزي وزو

[raoufbiik@gmail.com](mailto:raoufbiik@gmail.com)

تاريخ إرسال المقال: 2020-05-13 تاريخ قبول المقال: 2020-07-10 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

المخلص:

تهدف هذه الدراسة إلى استعراض التطور القانوني للرقابة المستقلة على الانتخابات في الجزائر وصولاً إلى السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، فقد استحدث المشرع الجزائري بالاستناد إلى المادة 141 من الدستور آلية جديدة للحفاظ على شفافية وحيادية الانتخابات.

حيث أنشأت السلطة الوطنية المستقلة لتحل مكان الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات التي حلت محل كل من اللجنة الوطنية القضائية للإشراف على الانتخابات واللجنة الوطنية السياسية لمراقبة الانتخابات، وصدر القانون العضوي 19-07 المتعلق بالسلطة المستقلة في 15 سبتمبر 2019 بعد أن تمت المصادقة عليه من قبل غرفتي البرلمان.

**الكلمات المفتاحية:** الرقابة المستقلة، الإطار القانوني، العملية الانتخابية، القانون العضوي 19-07، القانون العضوي 19-08، السلطة المستقلة.

### Abstract:

This study aims to review the legal development of independent monitoring of elections in Algeria to the independent national elections authority. According to Article 141 of the Constitution, the Algerian legislator has introduced a new mechanism to maintain the transparency and neutrality of the elections.

It established the Independent National Authority to replace the Independent Supreme Electoral Observatory, which replaced both the National Judicial Committee to oversee elections and the National Political Committee for Monitoring Elections, and Organic Law 19-07 related to the Independent Authority was issued on September 15, 2019 after it was ratified by two chambers of Parliament.

**Key words:** Independent Control, Legal Framework, Electoral Process, Organic Law 19-07, Organic Law 19-08, Independent authority.

\* المؤلف المرسل

المقدمة:

يجب محاولة لترسيخ المساواة الديمقراطية، وإضفاء لأكثر مصداقية، ولتبيد الشكوك بالعملية الانتخابية، اتجهت نية السلطة الجزائرية إلى إيجاد آليات وضمانات تؤدي إلى المزيد من الشفافية والنزاهة من خلال تجسيد آلية الرقابة على العملية الانتخابية، هذه الآلية تتمثل في مجموعة الإجراءات التي تتسم بالموضوعية والحياد من قبل أشخاص تم تكليفهم بشكل رسمي بممارسة أعمال المتابعة والرقابة وتقصى الحقائق، حول صحة إجراء وسير العملية الانتخابية و التحقق من الدعاوى التي تشير إلى حدوث أية انتهاكات تذكر في هذا المجال، على أن يتم ذلك وفق اللوائح والقوانين المعمول بها في هذا الإطار، حيث تهدف الرقابة إلى التأكد من سير العملية الانتخابية بشكل نزيه بعيدا عن التزوير والتلاعب بأي شكل كان.<sup>1</sup>

كما أن عملية الرقابة قد تتصف بالاستقلالية، وتبعاً لذلك تعتبر الرقابة المستقلة عملية رصد وجمع المعلومات وإصدار الملاحظات والتقييمات حول سير العملية الانتخابية، بناء على المعلومات التي تم جمعها من قبل المراقبين وممثلي المترشحين، مع الالتزام بعدم التدخل في سير تلك العملية، فالمراقب يمثل مصلحة عامة وهدفه الأساسي تأكيد نزاهة العملية الانتخابية أمام الرأي العام أو الجمهور بطبيعة عمله فإنه شخص حيادي يراقب العملية الانتخابية دون التدخل في سيرها ولا يجوز للمراقب أن يبدي ملاحظات أو شكوى خطية حول سير العملية الانتخابية ولكن يحق له تدوين ملاحظاته ورفعها لهيئة الرقابة التابع لها ويحق لهيئة الرقابة أن تقدم الملاحظات للهيئات المختصة.<sup>2</sup>

نتيجة للتجربة الطويلة للجزائر في مجال تنظيم الانتخابات ومراقبتها، وبعد إنشاء عدة لجان وهيئات مستقلة أنيطت بها مهمة مراقبة العملية الانتخابية، وبعد الأحداث السياسية الأخيرة أفضت الإصلاحات إلى إعادة النظر في أحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات لعام 2016 من خلال إصدار القانون العضوي رقم 08-19، والقانون العضوي رقم 07-19 المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، ما من شأنه أن يضمن "نزاهة العمليات الانتخابية وشفافيتها"، واستحداث هذا الأخير سلطة وطنية مستقلة تكلف برقابة الانتخابات، والتي تعتبر مؤسسة دائمة تخلف الهيئات المؤقتة التي كان يتم إنشاؤها بمناسبة كل انتخابات، تتولى مراقبة عملية مراجعة القوائم الانتخابية وضمان حق المترشحين في الحصول على هذه القوائم والتكفل الكامل بالتوزيع المنصف لوسائل الحملة الانتخابية للمترشحين.

<sup>1</sup> - محمد أبو غدير، الرقابة الوطنية والدولية... هل تحقق نزاهة الانتخابات، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<https://www.startimes.com/?t=26005630>

<sup>2</sup> - قواعد سلوك المراقبين ووكلاء القوائم الانتخابية، لجنة الانتخابات المركزية- فلسطين، منشور على الموقع الإلكتروني:

من خلال ما سبق يمكننا القول بأنه لنجاح أي عملية انتخابية لا بد من وضع سلطة مستقلة ومحايدة نزيهة وشفافة تتولى عملية إدارة ومراقبة الانتخابات.

وعليه نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يعتبر النظام القانوني المنهني للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات نظام محكم ودقيق، يساهم في تجسيد حيادية واستقلال السلطة المنظمة لعملية الانتخاب ويحقق شفافية وتعددية ونزاهة هذه الأخيرة؟

بالتالي سنتطرق في هذه الدراسة إلى الأطر القانونية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات التي تجسدت من خلال أحكام الدستور وكذلك القانون العضوي 19-07<sup>3</sup> الخاص بهذه السلطة، بتقسيم الموضوع إلى محورين رئيسيين، على النحو الآتي:

### 1- الأساس الدستوري للرقابة المستقلة على الانتخابات

كان أول قانون نظم الانتخابات في الجزائر المستقلة هو القانون 63-305<sup>4</sup> الصادر بتاريخ 20 أوت 1963، ثم صدر القانون 80-08<sup>5</sup> المؤرخ في 28 أكتوبر 1980 ليليه القانون 89-13<sup>6</sup> المؤرخ في 07 أوت 1989، وأخيرا القانون العضوي الذي صدر بموجب الأمر 97-07<sup>7</sup> المؤرخ في 06 مارس 1997 المعدل والمتمم بموجب القانون 04-01<sup>8</sup> الصادر في 07 فيفري 2004.

يسجل هنا تطورا إيجابيا في مسألة الانتخاب، بحيث انتقل تنظيم شروط ممارسة حق الانتخاب من مجرد مرسوم في 1963، إلى قانون عضوي سنة 1997 مرورا بالقوانين العادية. يكمن الطابع الإيجابي هنا في انتقال تنظيم حق الانتخاب من مجال التنظيم في ظل دستور 1963 إلى مجال القانون في ظل دستوري 1976 و1989<sup>9</sup>، مكسبا إيّاه حصانة أكثر ضداً ما يمكن أن يتعرض إليه من تعديلات في مختلف جوانبه من طرف السلطة التنفيذية، غير أن هذا لا يكسبه قدرا كافيا من الحصانة

<sup>3</sup> - القانون العضوي رقم 19-07 المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، يتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، ج.ر.ج.، عدد 55، الصادر في 15 سبتمبر 2019.

<sup>4</sup> - القانون رقم 63-305 المؤرخ في 20 أوت 1963، ج.ر.ج.، عدد 58، الصادر في 20 أوت 1963، حدد سن الانتخابات ونظم الاستشارات الانتخابية القادمة ليحيل في المادة الثالثة منه على المرسوم رقم 63-306 المؤرخ في 20 أوت 1963 والذي يعتبر قانون الانتخابات من بالمعنى الشكلي له.

<sup>5</sup> - القانون رقم 80-08 المؤرخ في 28 أكتوبر 1980، يتضمن قانون الانتخابات، ج.ر.ج.، عدد 44، الصادر في 28 أكتوبر 1980.

<sup>6</sup> - القانون رقم 89-13 المؤرخ في 07 أوت 1989، المتضمن نظام الانتخابات، ج.ر.ج.، عدد 32، الصادر في 07 أوت 1989.

<sup>7</sup> - الأمر رقم 97-07 المؤرخ في 6 مارس 1997، المتضمن القانون العضوي المتعلق بالنظام الانتخابي، ج.ر.ج.، عدد 12، صادر في 06 مارس 1997.

<sup>8</sup> - القانون العضوي رقم 04-01 المؤرخ في 07 فيفري 2004، المتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر.ج.، عدد 09، الصادر في 11 فيفري 2004.

<sup>9</sup> - نص على ذلك دستور 1976 في مادته 151 فقرة 10، وكذلك دستور 1989 في نفس المادة.

لها نعرفه عن طبيعة النظام السياسي الجزائري و هيمنة السُّلطة التنفيذية عليه، خاصة في ظل الأحادية الحزبية وحتى في ظل التعددية السياسية بعد صدور دستور 1989.

غير أن ما يجب تسجيله هو التحوُّل النوعي الذي جاء به تعديل الدستور في استفتاء 28 نوفمبر 1996، بخلقه نوعا جديدا من القوانين في هرم القيم القانونية الجزائرية، ألا وهي القوانين العضوية، وأدراج نظام الانتخابات من ضمن المواد التي يشرِّح فيها البرلمان بقوانين عضوية.<sup>10</sup> يعتبر هذا تطورا نوعيا نظرا للمكانة التي تحتلها القوانين العضوية في تدرج القواعد القانونية، فهي تأتي حسب الفقه الدستوري في المكانة الثانية وراء القوانين ذات الطابع الدستوري (Les lois constitutionnelles) فتكون لها علوية على القانون العادي بما تتميَّز فيما يتعلق بإجراءات إعدادها، وذلك ضرورة خضوعها لرقابة المجلس الدستوري حسب المادة 141 الفقرة 3 من الدستور<sup>11</sup>، قصد التحقق من مطابقتها له. فلجوء المشرِّع الدستوري إلى هذا الأسلوب يمكن أن يفسَّر على أنه تقليد للمشرِّع الدستوري الفرنسي الذي لجأ إلى هذا الأسلوب منذ دستور 1948 في مادته 115 التي أحال فيها على قوانين عضوية أغلبها ذات طابع انتخابي، كما يمكن تفسير ذلك على أنه تدعيم لهذه السُّلطة أي الانتخاب، وجعله في مركز أكثر حماية بمنأى عن اعتداءات السُّلطة التنفيذية على المبادئ الدستورية، فلا يمكن للقانون العضوي المتعلق بالانتخابات أن يرسى قواعد منافية لها أقره الدستور فيما يخص الاقتراع العام، بل يهتم فقط بتنظيم الهيئة الناخبة من حيث الشروط الواجب توافرها في الناخب بما لا يتنافى والدستور وإلا أصبح غير دستوري.<sup>12</sup>

#### 1-1- الرقابة المستقلة في ظل الدساتير السابقة:

اعتمدت الجزائر من أجل ضمان نزاهة العملية الانتخابية وضمان حياد الإدارة في مواجهة المترشحين على عدة آليات لم تكن موجودة في السابق، حيث عمدت منذ الانتخابات التشريعية لعام 1997 على استحداث اللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات التي تعد هيئة خاصة ذات فروع محلية تتمتع بصلاحيات مراقبة قانونية العمليات الانتخابية في إطار احترام الدستور وقوانين الجمهورية عبر مختلف مراحلها إلى غاية الإعلان الرسمي للنتائج.<sup>13</sup>

كما تم إعادة تجديد اللجنة الوطنية المستقلة لمراقبة الانتخابات الرئاسية لعام 2009 كآلية من الآليات التي تساعد على ضمان نزاهة الاقتراع وضمان حياد الإدارة، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد

<sup>10</sup>- عبد المؤمن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائرية- مقاربة حول المشاركة والمنافسة السياسية في النظام السياسي الجزائري-، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2006-2007، ص.ص. 23، 24.

<sup>11</sup>- القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. ح، عدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

<sup>12</sup>- عبد المؤمن عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 24.

<sup>13</sup>- السعيد سليمان، حياد الإدارة كشرط لنزاهة العملية الانتخابية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

بل تغيرت تسمية اللجنة فيما بعد وأصبحت تسمى باللجنة السياسية الوطنية لمراقبة الانتخابات في تشريعات 2002 وكذلك رئاسيات 2004، هذا التغيير في التسمية صاحبه أيضا تغيير في تشكيله اللجنة.<sup>14</sup>

وبذلك تكون الجزائر قد عرفت بعد التعديل الدستوري لسنة 1996<sup>15</sup> نظامين انتخابيين، حيث صدر الأمر رقم 97-07 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ثم صدر القانون العضوي رقم 12-01<sup>16</sup> المؤرخ في 12 يناير 2012 يتعلق بنظام الانتخابات تم فيه وضع قواعد جديدة تتضمن العملية الانتخابية وتلغي الأحكام المخالفة له.<sup>17</sup> وإذا كان الأمر رقم 97-07 هو نتيجة للتعديل الدستوري لسنة 1996، فإن القانون العضوي رقم 12-01 جاء لغرض تعميق المسار الديمقراطي وزيادة وتيرة التطور الديمقراطي للمؤسسات السياسية<sup>18</sup>، وبصدور هذا الأخير أستحدث نوعين من اللجان الوطنية، الأولى وهي اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات، وهي ذات تشكيلة قضائية بحتة تتولى مهمة الإشراف على تنفيذ أحكام القانون العضوي الانتخابي، لم تعرف الجزائر مثيلا لها منذ الاستقلال، أما الثانية وهي اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات تم وضعها بمناسبة كل اقتراع.<sup>19</sup>

ليتم بعد ذلك بالتعديل الدستوري 2016، إنشاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات لمالها من أهمية في ضمان نزاهة الانتخابات وشفافيتها في كل مراحلها، إذ يعتبر ذلك بمثابة تنويع لتجربة طويلة للجزائر في مجال تنظيم الانتخابات ومراقبتها، وهو ما سنفصله في العنصر الموالي.

#### 1-2- الأساس الدستوري للهيئة العليا في ظل تعديل 2016:

لقد عرفت الجزائر لأول مرة إنشاء لجان وطنية مستقلة سنة 1995 بمناسبة أول انتخابات رئاسية<sup>20</sup> انتهت مهامها مع انتهاء العملية الانتخابية وتلك كانت الانطلاقة الأولى لها لتصبح في كل

<sup>14</sup>- أونيسي ليندة، الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ج 2، العدد 08، جامعة خنشلة، جوان 2017، ص. 635.

<sup>15</sup>- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر. ج. ج. عدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996.

<sup>16</sup>- القانون العضوي رقم 12-01 يتعلق بنظام الانتخابات، المؤرخ في 12 يناير 2012، ج. ر. العدد 01، الصادر في 14 يناير 2012.

<sup>17</sup>- بوسالم رايح، النظام الانتخابي الجزائري في إطار التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، المجلد ب، العدد 48، ديسمبر 2017، ص. 192.

<sup>18</sup>- عمار بوضياف، قانون الانتخابات، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 16.

<sup>19</sup>- أونيسي ليندة، مرجع سابق، ص. 635.

<sup>20</sup>- بلحاج جيلالي، اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات، مجلة الفقه والقانون، العدد 12، المملكة المغربية، أكتوبر 2013، ص. 189.

موعد انتخابي إلى جانب استدعاء الملاحظين الدوليين لمتابعة ومراقبة العملية الانتخابية، حيث تعتبر الرقابة الدولية هذه كآلية مساعدة لتحقيق إحدى مسارات الديمقراطية وضمان حياد الإدارة. ورغبة لتحقيق ذلك اهتدى المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2016، للعديد من التعديلات التي تشكل في مجملها نقلة نوعية في مجال تعزيز الحقوق الأساسية للفرد خاصة السياسية منها، باعتبارها رمز لارتقاء التشريعات، حيث وسع هذا التعديل من حقوق المعارضة حسب المادة 144، بهدف خلق نوع من التوازن بين السلطة الحاكمة والمعارضة وتعزيز هذا بشكل أكبر من خلال المادة 194 منه، والتي تشكل استجابة لأحد أهم مطالب المعارضة السياسية في مجال مراقبة الانتخابات من خلال دسترة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، حيث أسندت إليها مهمة ضمان شفافية العملية الانتخابية عن طريق الإشراف، ومراقبة جميع المواعيد الانتخابية في الجزائر كما خول لها الدستور صلاحيات رقابية واسعة عبر جميع مراحل العملية الانتخابية.

في هذا الإطار أصدر المشرع القانون العضوي 16-11 المؤرخ في 25 أوت 2016 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات وهذا لتحديد كفيات سير هذه الأخيرة والذي يتضمن 52 مادة وجاء أساسا لتجسيد الشفافية ومصداقية الانتخابات و تكريس دولة القانون و تعزيز التجربة الديمقراطية، وتعتبر هذه الهيئة كضمانة إضافية لنزاهة المسار الانتخابي، في هذا الصدد ينص القانون العضوي 16-11 على اختيار رئيس هذه الهيئة بعد مشاورات مع الأحزاب السياسية، كما يشير النص إلى تشكيلة الهيئة<sup>21</sup> (410 عضو) نصفهم قضاة يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء والنصف الآخر كفاءات مستقلة من المجتمع المدني يمثلون كل الولايات والجالية الوطنية في الخارج وكذا جميع فاعلي المجتمع المدني.

نجد أن هذه الهيئة صلاحيات واسعة منها تلك التي تمارسها قبل الاقتراع والمرتبطة أساسا في السهر على نزاهة كل العمليات المرتبطة لاسيما بمراجعة القوائم الانتخابية وإيداع الترشيحات وتسليم القوائم الانتخابية والتوزيع المنصف لوسائل الحملة. أما خلال الاقتراع تكلف الهيئة العليا بالتأكد من توفر أوراق التصويت واحترام الترتيب والسهر على احترام مواقيت فتح وغلق مكاتب التصويت، ونجدها تتمتع بصلاحيات حتى بعد الاقتراع وتمثل في السهر على نزاهة عمليات الفرز واحترام حق المترشحين في تدوين تظلماتهم في محاضر الفرز والحصول على نسخ من هذه المحاضر. إضافة لهذه الصلاحيات التي تتمتع بها و المقترنة بالاقتراع، نجدها تتمتع بصلاحيات أخرى عامة لاسيما الطلب من النيابة تسخير القوة العمومية وإخطارها بالمخالفات المسجلة والتي قد تكتسي

<sup>21</sup>- المادة 4 من القانون العضوي 16-11 المؤرخ في 25 أوت 2016، يتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج.ر.ج، عدد 50، الصادر في 28 أوت 2016.

طابعا جنائيا وإخطار السلطات العمومية والمرشحين بكل تقصير أو تجاوز من أجل تدارك الوضع والقدرة على الحصول على كل وثيقة أو معلومة تتعلق بتنظيم وسير لتقييمها العمليات الانتخابية.<sup>22</sup>

### 1-3- الأساس الدستوري للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات:

نظرا للظروف والاضطرابات السياسية التي شهدتها الجزائر منذ بداية 2019، والتي أدت إلى إسقاط النظام السابق وسعيا للحفاظ على استقرار واستمرارية الدولة، كان لا بد من العودة إلى المسار الديمقراطي والقانوني لبناء نظام جديد يتماشى مع طموحات وآمال الشعب عن طريق الانتخابات، وتحقيقا لهذا الغرض تم الاستناد في إنشاء السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات على جملة من المواد الدستورية نذكر على رأسها المادة 141 التي تعطي للبرلمان صلاحية صنع القوانين المتعلقة بنظام الانتخابات وهذا المصطلح الأخير الواسع يشمل كل ماله علاقة بالانتخاب، ومنه أمكن للبرلمان أن ينشئ السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في ظل ما يمنحه له الدستور من صلاحيات دستورية.<sup>23</sup> وقد جاء استحداث السلطة المستقلة كنتيجة لعدة نقائص واختلالات وانتقادات وجهت للهيئة العليا، في مقدمتها:

- استحواذ رئيس الجمهورية على سلطة تعيين أعضاء الهيئة، وهذا ما يؤثر على استقلاليتها، لاسيما وأن نصف عدد أعضائها من القضاة.  
- بالنسبة أيضا لرئيس الهيئة العليا، فقد أثار بعض الانتقاد بسبب انتهاج أسلوب التعيين بدل الانتخاب، فكان هذا الانتقاد وجيه بعض الشيء ويحمل جانب من الصحة، على الرغم من أن هناك من يرى بأن أسلوب التعيين الذي أقره المؤسس الدستوري أحيط كذلك بجملة من الإجراءات التي تضمن نوعا ما ديمقراطية التعيين، والمتمثلة في استشارة الأحزاب السياسية بموجب المادة 194<sup>24</sup> من الدستور.

- اقتصار صلاحياتها في مراقبة الانتخابات، وهي جد محدودة وغير كافية، حيث لا يمكنها التدخل في التجاوزات التي تتم داخل مراكز الاقتراع.  
- عمومية الشروط المطلوبة في الأعضاء من الكفاءات المستقلة، حيث لم تشترط الكفاءة والمؤهل العلمي بالنظر إلى المهام المنوطة بهم التي تتطلب دراية بالأمور القانونية.  
لهذه الأسباب وغيرها، يمكن القول أن رفع الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات إلى مصاف الهيئات الدستورية وإن كان خطوة مهمة لصالح هذه الهيئة غير أنه غير كافي لضمان فعالية

<sup>22</sup>- المواد من 15 إلى 24 من القانون العضوي رقم 16-11، مرجع سابق.

<sup>23</sup>- القانون رقم 16-01، المتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

<sup>24</sup>- المادة 194 من القانون رقم 16-01، المتضمن التعديل الدستوري تنص على أن: "تحدث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات، ترأس الهيئة شخصية وطنية يعينها رئيس الجمهورية بعد استشارة الأحزاب السياسية"، مرجع سابق.

هذه الهيئة، حيث يجب مراعاة عدة عوامل تعمل على إضعاف دور هذه الهيئة كما سبق الذكر<sup>25</sup>، لذا وجب على المشرع إيجاد حل، ولعله كان إنشاء السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات مع سد الثغرات السابقة.

## 2- الأساس القانوني للرقابة المستقلة على الانتخابات

من الثابت بما كان أن الجزائر من الدول التي شملها التغيير، بانتهاجها للتعددية الحزبية وبسبب التطورات التي عرفها العالم في مجال تكريس مبادئ الديمقراطية وتطويع أنظمة الحكم وكذا تعزيز آليات ضمان انتخابات نزيهة وشفافة. مما دفع بالمشرع الجزائري على الرغم من إبقائه على هيكلية إدارة الانتخابات الذي كان معمولاً بها في عهد الحزب الواحد، إلى إشراك إلى جانب الإدارة، آليات تنظيمية جديدة مستقلة تسهر على ضمان شفافية ونزاهة العملية الانتخابية وذلك باستحداثها للجان رقابية وطنية مستقلة، وكذا دعوة ملاحظين دوليين.

### 1-2- الرقابة المستقلة في ظل القوانين السابقة:

عرفت الجزائر أول آلية لمراقبة الانتخابات خلال الفترة الانتقالية التي عاشتها البلاد لاسترجاع الثقة المفقودة بين مؤسسات الدولة والشعب نتيجة توقيف المسار الانتخابي وحدث فراغ مؤسستي، فمُثل تاريخ 1995 النواة الأولى لظهور الرقابة السياسية على الانتخابات في التجربة الانتخابية الجزائرية في ظل قانون الانتخابات رقم 89-13، وبمناسبة أول انتخابات رئاسية عرفتها الجزائر بعد موجة التحول الديمقراطي ومن أجل إضفاء شفافية ونزاهة أكبر على العملية الانتخابية وإعطاء شرعية ومصداقية على مؤسسات الدولة استحدث المشرع لجنة أنشأت بموجب المرسوم الرئاسي 95-269 والتي تتمثل في اللجنة السياسية لمراقبة الانتخابات والتي عرفت تحولاً كبيراً من حيث القيمة القانونية فبعد أن كانت تشكل بموجب مرسوم رئاسي يصدر عن السلطة التنفيذية التي لها السلطة التقديرية في استحداثها من عدمه بمناسبة كل انتخاب، بعدها توالى عملية إحداث هذه اللجنة في كل المناسبات الانتخابية في ظل تطبيق الأمر رقم 97-07 المتعلق بتنظيم الانتخابات، حتى أصبحت بموجب القانون العضوي للانتخابات 12-01 مقننة تشكل بمناسبة كل استحقاق سياسي<sup>26</sup>، والملاحظ أنها كانت تحدث قبل صدور القانون السابق الذكر، في كل مناسبة بموجب مرسوم رئاسي، نذكر منها المراسيم الرئاسية الآتية:

<sup>25</sup> زهية حلفاية وساعد العقون ولبلى لبيض، الآلية المؤسساتية لمراقبة الانتخابات قبل وبعد القانون العضوي رقم 19-07، مجلة أسنة للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 2، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2019، ص ص. 255، 256.

<sup>26</sup> بن لطرش البشير، المنظومة الدستورية و القانونية للإدارة الانتخابية في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص.265.

● المرسوم الرئاسي رقم 95- 269، المرسوم الرئاسي رقم 97- 58، المرسوم الرئاسي رقم 99- 01، المرسوم الرئاسي رقم 02- 129، المرسوم الرئاسي رقم 04- 20، والرسوم الرئاسي رقم 07- 115. فيما يخص القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 12-01 نجده خصص بابا بأكمله لآليات الإشراف والمراقبة هو الباب السادس (الفصل الثاني)، وتضمن 20 مادة (168-187) احتوت الكثير منها على عديد الفقرات، وهو ما يعكس اهتمام المشرع بمحور الرقابة والإشراف على العملية الانتخابية لهاله من دور فعال في تكريس نزاهة العملية الانتخابية، فنص على إنشاء لجنتين بمناسبة كل اقتراع، إحداهما تسمى اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات والأخرى تدعى اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات، مهمتهما العامة السهر على سير الانتخابات، بصورة شفافة وصحيحة، مطابقة لأحكام قانون الانتخابات، لتأتي بعدهما الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في ظل القانون العضوي رقم 16- 11، وستتناول كل هيئة على حدة بمزيد من التفصيل أدناه:

#### أ- اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات:

خصصها القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 12-01 بثلاث مواد (168، 169، 170) أهم ما تضمنته هذه المواد أن اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات تتكون حصريا من القضاة يعينهم رئيس الجمهورية المادة (168)، وتمثل مهمتها الأساسية طبقا للمادة 169 في الإشراف على تنفيذ أحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، في الفترة الممتدة من تقديم الترشيحات إلى نهاية العملية الانتخابية، وأنها في إطار مهمتها العامة المذكورة تتولى النظر في: -التجاوزات المسجلة أثناء الانتخابات،

- انتهاك أحكام القانون العضوي المتعلق بالانتخابات،

- القضايا التي تحال إليها من قبل اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المادة (170).<sup>27</sup>

وقد تم تشكيل اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات لأول مرة بمناسبة الانتخابات التشريعية لسنة 2012، وعليه أصبحت هذه اللجنة تشارك هيئات قضائية وغير قضائية فضلا عن المجلس الدستوري وهذا في السهر على حسن سير العملية الانتخابية بجميع مراحلها.<sup>28</sup>

#### ب- اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات:

إن المواد المتعلقة بهذه اللجنة كثيرة (171- 187) وتنشأ هذه اللجنة مثل سابقتها بمناسبة كل اقتراع، وقد حدد لها القانون العضوي 12- 01 صلاحيات كثيرة، ومهمتها العامة هي مراقبة العمليات الانتخابية وحماية وضمان مبدأ الحياد والنزاهة، من طرف الأعوان المكلفين بها، والتحقق من أن جميع أحكام قانون الانتخابات قد نفذت، وهي بالتالي مؤهلة لمعاينة تطابق العمليات الانتخابية مع أحكام القانون، وفي جميع مراحلها أثناء التحضير لها وفي وقت إجرائها، وأن التدابير القانونية المتعلقة بها اتخذت كلها وفي وقتها، فلها مثلا أن تتأكد بواسطة ممثلها أن مراجعة القوائم

<sup>27</sup>- بوسالم رايح، مرجع سابق، ص.ص 195. 196.

<sup>28</sup>- سماعين لعبادي، المنازعات الانتخابية- دراسة مقارنة لتجري الجزائر وفرنسا في الانتخابات الرئاسية والتشريعية- أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص. 304.

الانتخابية، وتسليم نسخ منها وتعليق قائمة أعضاء مكتب التصويت، ودراسة ملفات المترشحين وتوزيع هياكل التجمعات وأماكن الإشهار، وتمكين الممثلين من حضور عمليات التصويت تمت وفقا لما ينص عليه القانون.

إذا مهمة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات يمكن تلخيصها بكلمة "الحراسة" في وقت الانتخابات إن ما يمكن قوله حول اللجنتين اللتين نص عليهما القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات رقم 01-12 أن: مهمة اللجنة المشرفة على الانتخابات تشبه مهمة القاضي الذي ينظر في المخالفات المسجلة، وفي التجاوزات وخرق أحكام القانون، وفي القضايا التي ترفع إليه من طرف اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات، أما مهمة اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات، فتمثل في الحراسة في وقت الانتخابات، أي أنها حارس يتابع ويسجل ولا يحكم وإنما يبلغ عن الانحرافات والنقائص إلى جهات أخرى، من أجل التدخل لتصحيح الأوضاع، وإلى اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات، من أجل النظر في التجاوزات، بينما مهمة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة 2016 بموجب المادة 194 منه فتمثل في: السهر على شفافية الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية، وكذلك إعلان النتائج المؤقتة للاقتراع.<sup>29</sup>

## 2-2- الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات:

استحدثت المشرع الجزائري بموجب المادة 194 من الدستور آلية جديدة للحفاظ على شفافية وحيادية الانتخابات. حيث أدرجت الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في التعديل الدستوري الذي اعتمد يوم 7 مارس 2016، وتحل هذه الهيئة محل اللجنة الوطنية القضائية للإشراف على الانتخابات، واللجنة الوطنية السياسية لمراقبة الانتخابات<sup>30</sup>، وصدر القانون العضوي المتعلق بهذه الهيئة في 28 أوت 2016 بعد أن تمت المصادقة عليه من قبل غرفتي البرلمان.

وتعد الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات هيئة رقابية تتمتع بالاستقلالية المالية واستقلالية في التسيير، ويقع مقر الهيئة في الجزائر العاصمة.

وقد تم التطرق إلى تشكيلة الهيئة العليا في القانون العضوي رقم 16-11 والمتعلق بها حيث تم النص على تشكيلتها في الفصل الثاني من هذا القانون تحت عنوان تشكيلة الهيئة العليا. ويتألف الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات شخصية وطنية يعينها رئيس الجمهورية بعد استشارة الأحزاب السياسية.

وتحتوي الهيئة العليا تركيبة متشكلة من 410 عضو يعينهم رئيس الجمهورية، نصفهم قضاة يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء، والنصف الآخر كفاءات مستقلة من المجتمع المدني يمثلون كل

<sup>29</sup>- بوسالم رايح، مرجع سابق، ص 196.

<sup>30</sup>- نظرا لأن لهذه الهيئة المكرسة دستوريا نفس المهام الموكلة إلى اللجنتين المنصوص عليهما في القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات 01-12، وبالتالي فإن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات ستحل محل اللجنتين السابقتين (اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات واللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات).

الولايات والجالية الوطنية بالخارج وكذا جميع فاعلي المجتمع المدني<sup>31</sup>، وتتطلب عضوية الهيئة إضافة إلى كون العضو من الكفاءات المستقلة بعض الشروط ومنها إن يكون ناخبا ولا يكون منتخبا، وأن لا ينتسب العضو إلى أي حزب سياسي، وألا يكون قد حكم عليه في جريمة بحكم نهائي ولم يرد اعتباره، ولا يكون في أي منصب من المناصب العليا في الدولة.

تتولى الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات مهمة السهر على شفافية الانتخابات ونزاهتها، والتأكد من احترام جميع المتدخلين في العملية الانتخابية من هيئات ومؤسسات إدارية وأحزاب سياسية ومرشحين وناخبين، لأحكام القانون المنظم للانتخابات ونصوصه التطبيقية منذ استدعاء الهيئة الانتخابية إلى غاية إعلان النتائج المؤقتة للاقتراع.<sup>32</sup>

منح المشرع للهيئة العليا عدة صلاحيات لمراقبة العملية الانتخابية عبر جميع مراحلها سواء قبل أو أثناء أو بعد الاقتراع.<sup>33</sup>

هنا يمكننا القول أن دسترة هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات يعتبر خطوة مهمة في طريق تحقيق شفافية ونزاهة الانتخابات، وإن لم ترق إلى مطلب المعارضة بإنشاء هيئة مستقلة ذات تشكيلة تعددية تدير العمليات الانتخابية برمتها وفي جميع مراحلها ابتداء من التسجيل في القوائم الانتخابية وإلى غاية إعلان النتائج النهائية، ولا تخضع لتوجيهات السلطات العمومية، مما يؤدي حتما إلى نزاهة الانتخابات وشفافيتها، مثل ما اعتمد في بعض الدول من بينها تونس بعد سقوط نظام بن علي حيث تم إنشاء الهيئة العليا المستقلة للانتخابات وهي مستقلة تماما عن الحكومة، تم انتخابها من طرف الهيئة العليا المكلفة بتحقيق أهداف الثورة، وتكليفها بتنظيم الانتخابات والإشراف عليها<sup>34</sup>، وهو ما قد يكون تم اعتماده أيضا في الجزائر من خلال إنشاء السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات.

### 2-3- الرقابة المستقلة في ظل القانون العضوي رقم 19-07:

نص المشرع على السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، بموجب المادة الثانية من القانون العضوي رقم 19-07 بقوله: « تنشأ سلطة وطنية مستقلة للانتخابات تمارس مهامها بدون تحيز، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي وتدعى في صلب النص "السلطة المستقلة"»، وقد حددت المادة الثالثة من نفس القانون العضوي الجزائر العاصمة كمقر للسلطة المستقلة، كما لها امتدادات على المستوى المحلي وفي الخارج.

نلاحظ أن نصوص القانون العضوي المذكور أعلاه، جاءت بأحكام ذات خصوصية بالنسبة للسلطة المستقلة والهدف المرجو من هذه الخصوصية هو ضمان نزاهة وشفافية العملية الانتخابية

<sup>31</sup>- بخلاف اللجنة الوطنية للإشراف على الانتخابات التي تشكل من قضاة فقط، واللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات التي تتكون من أمانة دائمة تشكل من الكفاءات الوطنية وممثلي الأحزاب والمرشحين الأحرار.

<sup>32</sup>- المادة 2 من النظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج.ر.ج.ج، عدد 13، الصادر بتاريخ 26 فيفري 2017.

<sup>33</sup>- المادة 12، 13 و14 من القانون العضوي رقم 16-11، مرجع سابق.

<sup>34</sup>- بوسالم رابع، مرجع سابق، ص 197.

وممارسة مهامها وصلاحياتها بدون تدخل من أي جهة أخرى<sup>35</sup>، كما أن عمل السلطة المستقلة يتطلب تنظيمها هيكليا يشمل تركيبة بشرية وأجهزة إدارية تتمثل في هيئات موجودة على المستوى المحلي وفي الخارج، على النحو الآتي:

### 2-3-1- تشكيلة السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات:

تتكون السلطة المستقلة على المستوى الوطني من ثلاث هيئات هي مجلس السلطة المستقلة ومكتبها ورئيسها، وسوف تفصل تشكيلة كل هيئة تبعا لما يلي:

أ- مجلس السلطة الوطنية المستقلة: يتشكل مجلس السلطة الوطنية من خمسون (50) عضوا يتم اختيارهم عن طريق الانتخاب من طرف النظراء وهم موزعون على النحو التالي:

- عشرون (20) عضوا من كفاءات المجتمع المدني،
- عشرة (10) أعضاء من الكفاءات الجامعية،
- أربعة (04) قضاة من المحكمة العليا و المجلس الدولة،
- محاميان (02)،
- موثقان (02)،
- محضران قضائيان (02)،
- خمسة (05) كفاءات مهنية،
- ثلاثة (03) شخصيات وطنية،
- ممثلان (02) عن الجالية الوطنية بالخارج،<sup>36</sup>

ب- مكتب السلطة الوطنية المستقلة: يتولى مكتب السلطة الوطنية المستقلة مساعدة الرئيس في أداء مهامه، ويتشكل من ثمانية (08) أعضاء من بينهم نائبا الرئيس، أين يتم انتخابهم من قبل الأعضاء الخمسون الذين يشكلون مجلس السلطة لمدة لا تتجاوز السنتين.<sup>37</sup>

ج- رئيس السلطة الوطنية المستقلة: ينتخب رئيس السلطة الوطنية المستقلة من طرف أعضاء مجلس السلطة خلال انعقاد اجتماعه الأول بعد تعيين أعضائه و بأغلبية الأصوات، وفي حالة تساوي الأصوات يفوز المترشح الأصغر سنا.<sup>38</sup>

كما أن للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات امتداد على المستوى المحلي يتمثل في مختلف المندوبيات الولائية و المندوبيات البلدية المتواجدة عبر جميع بلديات الإقليم الوطني وممثليات دبلوماسية في الخارج، ينشئ هذه المندوبيات والممثليات مجلس السلطة المستقلة:<sup>39</sup>

35- رضا شلالي وأحمد عبد الرحمن بن سالم ومحمد الأمين حاشي، السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في الجزائر- العملية الانتخابية من هيئات الرقابة إلى سلطة التنظيم والإشراف-، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد5، العدد1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس 2020، ص. 206.

36- المادة 26 من القانون العضوي رقم 19-07، مرجع سابق.

37- المادة 30 و31 من القانون نفسه.

38- المادة 32 من القانون نفسه.

39- المادة 37 من القانون نفسه.

- **المندوبيات الولائية:** تشكل المندوبيات الولائية من (03) إلى (15) عضوا بما فيهم منسق المندوبية، وذلك تبعا لعدد البلديات الموجودة في كل ولاية ولتوزيع الهيئة الناخبة فيها، وتحدد هذه التشكيلة بقرار من رئيس السلطة المستقلة بعد مصادقة مجلسها على ذلك<sup>40</sup>، وتمارس المندوبية الولائية للسلطة المستقلة مهامها تحت سلطة منسقتها وتحت إشراف رئيس السلطة الوطنية المستقلة<sup>41</sup>.
- **المندوبيات البلدية:** تحدد تشكيلة المندوبية البلدية بمناسبة كل استشارة انتخابية بقرار من رئيس السلطة المستقلة، بناء على اقتراح منسقي المندوبيات الولائية وبعد مصادقة مكتب السلطة المستقلة<sup>42</sup>، وتمارس هذه الأخيرة مهامها تحت سلطة منسقتها وتحت إشراف منسق المندوبية الولائية المختصة إقليميا<sup>43</sup>.
- **الممثلات الدبلوماسية في الخارج:** إن مهام السلطة الوطنية تتطلب إلى جانب المندوبيات محلية، ممثلات دبلوماسية في الخارج لمساعدتها في القيام بتنظيم العملية الانتخابية، ويتم إنشائها من طرف مجلس السلطة المستقلة، نلاحظ أن شرط مصادقة المجلس هو إضفاء للمبدأ الديمقراطي وتكريسا لاستقلالية السلطة المستقلة في التعيين دون أي تدخل من السلطات العمومية في اتخاذ القرار، إلا أن منسقي المندوبيات والممثلات يعينهم الرئيس بدون مصادقة من المجلس، وإن كنا نرى أنه من الأجدر أن يتم تعيينهم بعد مصادقة أعضاء المجلس لتوسيع مشاركة كل أعضاء السلطة، تجسيدا للديمقراطية داخل السلطة وخاصة فيما يتعلق بهذا النوع من التعيين<sup>44</sup>.

### 2-3-2- شروط العضوية والقيود الواردة عليها:

لابد من توفر مجموعة من الشروط في عضو السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات حتى يتمتع بهذه العضوية بالإضافة إلى قيود ترد على أعضاء هذه السلطة، نوردتها فيما يلي:

#### أ- شروط العضوية في السلطة المستقلة:

- أن يكون مسجلا في قائمة انتخابية.

- يعترف له بالكفاءة والنزاهة والخبرة والحياد، وإن كنا نرى هذا الشرط غير دقيق وغير محدد ويثير التساؤل من هي الجهة التي تصدر هذا الاعتراف، ولذلك نقترح أن يتم الاكتفاء بالاعتراف بالكفاءة فقط على أساس الشهادة الأكاديمية ليتم انتخابه من الهيئة التي ينتمي إليها، وبذلك نصل إلى نوعية

40- المادة 38 من القانون نفسه.

41- المادة 41 من القانون نفسه.

42- حددت تشكيلة اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية المادة 15 من القانون العضوي رقم 19- 08 المؤرخ في المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، يعدل ويتم القانون العضوي رقم 16- 10 المؤرخ في 25 أوت 2016، والمتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر.ج. عدد 55، الصادر في 15 سبتمبر 2019.

43- قدور ضريف، السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات- نظامها القانوني، تنظيمها ومهامها-، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد13، جامعة عباس لغرور، خنشلة، جانفي 2020، ص ص. 255، 256.

44- كما حددت تكوين لجنة مراجعة القوائم الانتخابية في كل دائرة دبلوماسية أو قنصلية المادة 16 من القانون العضوي رقم 19- 08، مرجع سابق.

ذات مستوى عال في التركيبة البشرية للسلطة المستقلة تمكنها من القيام بدور فعال في ضمان العملية الانتخابية.

- عدم الانخراط في حزب سياسي منذ خمس سنوات على الأقل، وأن تحديد المدة بخمس سنوات على الأقل تتناسب مع مدة العهدة الانتخابية في المجالس المحلية والمجلس الشعبي الوطني، وهي فترة كافية إن كان لأحد الأعضاء تأثير عليه من أحد المنتخبين من حزبه السياسي فتكون عهده الانتخابية قد انتهت.

- أن لا يكون شاغلا وظيفه عليا في الدولة، وهذا تجسيدا لمبدأ الحياد والاستقلالية من خلال تجنب أي تأثير يكون من السلطات العمومية.

- أن لا يكون عضوا في أحد المجالس المحلية أو البرلمان، ونلاحظ أن هذا الشرط جاء أكثر دقة مما جاء عليه سابقا في المادة 07 من القانون العضوي 10-16 المتعلق بالنظام الانتخابي "أن لا يكون منتخبا" على الإطلاق.

- أن يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكاب جنابة أو جنحة بعقوبة سالبة للحرية، ولم يرد اعتباره باستثناء الجرح غير العمدية.

وأما بالنسبة لبقية الشروط فهي موضوعية، وتوفرها هو تعزيز لاستقلالية السلطة المستقلة لضمان نزاهة العملية الانتخابية.<sup>45</sup>

ب- القيود الواردة على أعضاء السلطة المستقلة:

- لا يمكن لعضو السلطة المستقلة أن يترشح للانتخابات خلال عهده.

- يتقيد عضو السلطة المستقلة بواجب التحفظ والحياد، ولا يمكنه المشاركة في نشاط الحملة الانتخابية أو دعم أي مترشح.

- يؤدي أعضاء مجلس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات اليمين القانونية أمام رئيس مجلس قضاء الجزائر العاصمة، وأما بالنسبة لأعضاء المندوبيات الولائية المندوبيات البلدية تؤدي اليمين القانونية أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا، ويمارس عضو المجلس مهامه لمدة أربعة (04) سنوات غير قابلة للتجديد، ويتم التجديد النصفي لأعضاء مجلس السلطة كل سنتين، ويتم تحديد النصف الأول لأعضائها عن طريق القرعة.<sup>46</sup>

نستخلص مما سبق أن القيود التي أوردها المشرع على الأعضاء جاءت لإضفاء الحياد والنزاهة لتعزيز ضمان العملية الانتخابية، وأن أداء اليمين القانونية أمام مجلس قضاء الجزائر

45. بوعلام بن سماعيل وعبد الرحمن بن جيلالي، السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات كآلية مستحدثة لتنظيم الانتخابات، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد4، العدد4، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2019، ص. 160، 161.

46. المادتين 22 و23 من القانون العضوي رقم 19-07، مرجع سابق.

العاصمة بالنسبة لأعضاء المجلس أو أعضاء المندوبيات الولائية والبلدية، ما هو إلا مؤشر قوي على خضوع السلطة للقانون فقط، مما يعزز دورها في ضمان العملية الانتخابية.<sup>47</sup>

### 2-3-3-3- صلاحيات السلطة المستقلة:

تتولى السلطة المستقلة تحضير الانتخابات وتنظيمها وإدارتها والإشراف عليها، ابتداء من عملية التسجيل في القوائم الانتخابية، إلى غاية إعلان النتائج الأولية أي أن مهامها تتبع كافة مراحل العملية الانتخابية، وهو الأمر الذي تتولى توضيحه تبعا لما يأتي:

#### أ- صلاحيات قبل عملية الاقتراع:

- مسك البطاقة الوطنية للهيئة الناخبة والقوائم الانتخابية للبلديات والمراكز الدبلوماسية والقنصلية في الخارج وتعيينها بصفة مستمرة ودورية، طبقاً لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات،<sup>48</sup>

- إعداد بطاقات الناخبين وتسليمها لأصحابها،

- استقبال ملفات الترشيح لانتخابات رئيس الجمهورية والفصل فيها طبقاً لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات،

- تسخير وتعيين مؤطري مراكز ومكاتب التصويت،<sup>49</sup>

- تحديد أماكن تعليق ملصقات المرشحين وكل ما يتعلق بإشهار الحملة الانتخابية، وضمان توزيعها العادل والمنصف داخل كل دائرة انتخابية<sup>50</sup>، بالإضافة إلى توزيع قاعات الاجتماعات والهيئات على المرشحين بعدالة وإنصاف، وبالقرعة عند الاقتضاء، لاحتضان تجمعات الحملة الانتخابية،<sup>51</sup>

- التوزيع العادل والمنصف للحماس الزمني المخصص للمرشحين في وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية بالتنسيق مع سلطة الضبط المشرفة على السمع البصري،<sup>52</sup>

- إبداء الرأي في كل ما يتعلق بمشاريع القوانين والتنظيمات ذات الصلة بالانتخابات،

- التحسيس في مجال الانتخابات، ونشر ثقافة الانتخاب،

- المساهمة في ترقية البحث العلمي في المواضيع الانتخابية بالتعاون مع مراكز البحث والهيئات المتخصصة،

- إعداد ميثاق للممارسات الانتخابية الحسنة والعمل على ترقيتها لدى كل فاعلي المسار الانتخابي،

- مراقبة تمويل الحملات الانتخابية والسهر على مطابقته للقوانين سارية المفعول،

- ضمان حماية البيانات الشخصية الخاصة بالناخبين والمرشحين طبقاً للتشريع المعمول به،

- تكوين وترقية أداء أعوان ومؤطري العمليات الانتخابية،

47- بوعلام بن سماعيل وعبد الرحمن بن جيلالي، مرجع سابق، ص. 161.

48- المادة 13 مكرر من القانون العضوي رقم 19-08، مرجع سابق.

49- المادة 8 من القانون العضوي رقم 19-07، مرجع سابق.

50- المادة 182 من القانون العضوي رقم 19-08، مرجع سابق.

51- المادة 8 من القانون العضوي رقم 19-07، مرجع سابق.

52- المادة 177 و178 من القانون العضوي رقم 19-08، مرجع سابق.

— إعداد قائمة مراكز ومكاتب التصويت والتكفل بتعيينها وتوزيع الهيئة الناخبة عليها.<sup>53</sup>

ب- **صلاحيات أثناء وبعد عملية الاقتراع:**

— توفير الوثائق والعتاد الانتخابي طبقا للقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات،

- اعتماد ممثلي المترشحين مراقبي العمليات الانتخابية في مراكز ومكاتب التصويت،

- تسهيل عمل المؤسسات الإعلامية والصحفيين لمتابعة مختلف مراحل العمليات الانتخابية، بالتنسيق مع الجهات المختصة،<sup>54</sup>

- التنسيق مع الجهات المختصة للعمليات التي تندرج في إطار البعثات الدولية لملاحظة الانتخابات واستقبالهم وانتشارهم ومرافقتهم، وكذا مع السلطات العمومية المختصة، كل الإجراءات الأمنية المتعلقة بالعملية الانتخابية لضمان حسن سيرها،<sup>55</sup>

- مراقبة مدى احترام المواقيت القانونية لافتتاح واختتام التصويت،<sup>56</sup>

- سهر السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات على التأكد من تطابق عملية التصويت مع الأحكام التي يقتضيها القانون العضوي للانتخابات وكذا القانون العضوي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بالإضافة إلى القوانين ذات الصلة، و تتدخل تلقائيا في حالة خرق أو مخالفة هذه الأحكام،<sup>57</sup>

— الإشراف على عملية فرز الأصوات،

- تمكين ممثلي المترشحين من استلام نسخ من مختلف المحاضر، طبقا لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات،

- إعلان النتائج الأولية للانتخابات،<sup>58</sup>

- تعد و تشر السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات تقريرا مفصلا عن كل عملية انتخابية خلال أجل أقصاه (45) يوما من تاريخ الإعلان الرسمي عن النتائج النهائية، تكون مصادق عليها من قبل مجلس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بحضور منسقي المندوبيات.<sup>59</sup>

**2-3-4- ضمانات استقلالية السلطة المستقلة:**

لم يكتف المشرع الجزائري بجعل تشكيلة السلطة المستقلة تقوم على العدد الجماعي والتنوع تحقيقا لاستقلالية أعضائها وعدم خضوعهم لأية جهة بل زاد على ذلك بأن اعترف لها بالاستقلالية المالية والإدارية وكذا تمتعها بالشخصية المعنوية، وذلك رغبة منه في منحها استقلالية

53- المادة 8 من القانون العضوي رقم 07-19، مرجع سابق.

54- المادة نفسها من القانون نفسه.

55- المادة 9 من القانون نفسه.

56- نظمت المواقيت القانونية المادة 39 من القانون العضوي للانتخابات والمعدلة بموجب القانون 08-19 بحيث يبدأ الاقتراع على الساعة الثامنة (8) صباحا ويختتم في نفس اليوم على الساعة السابعة (7) مساء.

57- المادة 11 من القانون العضوي رقم 07-19، مرجع سابق.

58- المادة 8 من القانون نفسه

59- المادة 10 من القانون نفسه.

وحرية أكثر في ممارسة مهامها، هذا ما أكدته المادة الثانية من القانون العضوي 19-07 بقولها: « تنشأ سلطة وطنية مستقلة للانتخابات تمارس مهامها بدون تحيّز، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي وتدعى في صلب النص "السلطة المستقلة"»، وهو ما يخول لها الحق في التقاضي أي القيام بمتابعة الغير قضائياً أو تمكين الغير من متابعتها قضائياً، كما يصبح لها ذمة مالية خاصة بها وما يترتب على ذلك من حقوق كتخصيص لها ميزانية تسيير خاصة واعتمادات مالية لتمكينها من القيام بمهامها التنظيمية عند كل عملية اقتراع في أحسن الظروف.<sup>60</sup>

وتشمل مالية الانتخابات كل النفقات التي تتولى الدولة على العملية الانتخابية صرفها بغية تغطية جل فعاليات الانتخابات وفي مختلف جوانبها لغرض تنظيم وتنفيذ العمليات الانتخابية، حيث نصت المادة 45 من القانون العضوي 19-07 على أنه: « تزود السلطة المستقلة بميزانية تسيير خاصة بها وتحدد مدونة النفقات وشروط وكيفيات تنفيذها طبقاً للتشريع المعمول به، تطبيقاً لذلك تتولى السلطة المستقلة إعداد ميزانية الانتخابات وتوزيع اعتماداتها ومتابعة تنفيذها بالتنسيق مع المصالح المعنية».

ويسهل تحديد بعض النفقات المتعلقة مباشرة بعمل السلطة المستقلة، بينما يصعب تخمين بعضها الآخر وتحديده تحديداً مفصلاً ودقيقاً وذلك لكونها تشكل جزءاً لا يتجزأ من ميزانيات الخدمات العامة لمؤسسات وجهات حكومية أخرى.

على هذا الأساس يكفل الاستقلال المالي لأعضاء السلطة المستقلة حرية كبيرة تمكنهم من ممارسة مهامهم بعيداً عن الإغراءات المادية للسلطة التنفيذية، غير أنه إذا كان عنصر الاستقلالية ضماناً جوهرية وأساسية لمصادقية قرارات السلطة في نظر الهيئة الناخبة، فإن العنصر المالي يعتبر عنصر جوهرية في فاعلية السلطة ككل، لذلك تقاس هيبة السلطة بمدى تمتعها بالاستقلال المالي وبمدى قدرتها على إدارة العملية الانتخابية ككل.<sup>61</sup>

الخاتمة:

تضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 أحكاماً كثيرة تتعلق بموضوع الانتخابات، أدى ذلك إلى إعادة النظر في القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات بإلغائه كلياً وإصدار قانون عضوي رقم 16-10 المتعلق بنظام الانتخابات، والذي يحدد الإطار التنظيمي لسير الحملة الانتخابية، وتضمن التدابير الإجرائية والأخلاقية التي ينبغي على كل مترشح الالتزام به، كما أن ذات التعديل الدستوري شكل أساساً لإنشاء سلطة وطنية مستقلة تتولى مهمة السهر على شفافية

<sup>60</sup> - قدور ضريف، مرجع سابق، ص. 256.

<sup>61</sup> - المرجع نفسه، ص. 256.

الانتخابات ونزاهتها، والتأكد من احترام جميع المتدخلين في العملية الانتخابية من هيئات ومؤسسات إدارية وأحزاب سياسية ومرشحين وناخبين لأحكام القانون المنظم للانتخابات رقم 19-08 ونصوصه التطبيقية، وعزز هذه السلطة بجملة من الآليات لتمكينها من التدخل في حالة الإخلال بالعملية الانتخابية، واتخاذ الإجراءات الضرورية لوضع الحد لهذه التجاوزات.

كما حددت طبيعة السلطة المستقلة، تشكيلتها، طريقة سير أعمالها وصلاحياتها في إطار القانون العضوي رقم 19-07 المتعلق بها، فمن الجانب النظري نجد أن المشرع قد هيا كافة الآليات والوسائل والإمكانيات من أجل ضمان السير الحسن لهذه الهيئة وقيامها بدورها في أحسن الظروف، لكن تبقى مسألة الجزم بنجاح هذه الهيئة من عدمها مرتبطة بتقييم أدائها أكثر في المواعيد الانتخابية اللاحقة.

من خلال هذه الدراسة لاحظنا مجموعة من النقاط التي يجب استدراكها بهدف تفعيل دور هذه السلطة وإعطائها مصداقية أكثر، وتمثل هذه النقاط في:

- رفع السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات إلى مصاف الهيئات الدستورية.
- تحديد المقصود بمصطلح "الشخصية الوطنية التوافقية" المذكور في نص المادة 26 من القانون العضوي رقم 19-07 لعدم إعطائه تأويلات أخرى عند تعيين رئيس السلطة المستقلة مستقبلا.
- وضع المعايير التي يستند إليها لاختيار الأعضاء تحتاج إلى تدقيق أكبر فمصطلحات مثل الكفاءة والنزاهة والخبرة والحياد المذكورة في المادة 19 البند 2 من القانون العضوي 19-07، تحتاج في الحقيقة إلى توضيح المقصود بها وما الجهة التي تعترف لهم بهذه الصفات، مما يحقق ضمان لاختيار أعضاء شرفاء باعتبارهم إلى جانب القضاة وسيلة فعلية لتأسيس سلطة مستقلة وعادلة.
- توضيح العلاقة بين السلطة المستقلة والسلطات العمومية التي تقدم كل أنواع الدعم والمساندة التي تطلبها السلطة لتمكينها من القيام بمهامها ومسؤولياتها.
- تحديد طبيعة القرارات الصادرة عن السلطة المستقلة وإضفاء وصف الإلزامية على رأيها فيما يتعلق بمشاريع القوانين والتنظيمات ذات الصلة بالانتخابات.
- كان من الضروري تمديد دور السلطة المستقلة إلى ما بعد إعلان النتائج النهائية تحقيقا لدورها السيادي على عملية الانتخابات.

هذا فيما يتعلق بتقييم الإطار القانوني المنظم للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، أما عن تقييم دور هذه الأخيرة بشكل موضوعي، فإن الحكم عليها سيكون سابق لأوانه باعتبار أن تجربتها لا تزال فتية وتحتاج إلى وقت لتوضع على المحك في الواقع العملي، لذلك يمكن القول أن تأسيس السلطة المستقلة خطوة حسنة النية نحو تجسيد مبدأ سيادة الشعب عن طريق انتخابات حرة، شفافة، تعددية ونزيهة، تعبر عن إرادة الشعب واختياره الحقيقيين، وضمان لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية للانتخاب- من ممارسة حقه في التصويت بحرية وبدون أي تمييز.

المراجع:

## I. النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

1. المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996.
2. القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج، عدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

ب- النصوص التشريعية:

1. القانون رقم 63-305 المؤرخ في 20 أوت 1963، يحدد سن الانتخابات وينظم الاستشارات الانتخابية القادمة، ج.ر.ج.ج، عدد 58، الصادر في 20 أوت 1963.
2. القانون رقم 80-08 المؤرخ في 28 أكتوبر 1980، يتضمن قانون الانتخابات، ج.ر.ج.ج، عدد 44، الصادر في 28 أكتوبر 1980.
3. القانون رقم 89-13 المؤرخ في 07 أوت 1989، المتضمن نظام الانتخابات، ج.ر.ج.ج، عدد 32، الصادر في 07 أوت 1989.
4. الأمر رقم 97-07 المؤرخ في 6 مارس 1997، المتضمن القانون العضوي المتعلق بالنظام الانتخابي، ج.ر.ج.ج، عدد 12، الصادر في 06 مارس 1997.
5. القانون العضوي رقم 04-01 المؤرخ في 07 فيفري 2004، المتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر.ج.ج، عدد 09، الصادر في 11 فيفري 2004.
6. القانون العضوي رقم 12-01 يتعلق بنظام الانتخابات، المؤرخ في 12 يناير 2012، ج.ر.ج.ج، عدد 01، الصادر في 14 يناير 2012.
7. القانون العضوي 16-11 المؤرخ في 25 أوت 2016، يتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج.ر.ج.ج، عدد 50، الصادر في 28 أوت 2016.
8. القانون العضوي رقم 19-07 المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، يتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، ج.ر.ج.ج، عدد 55، الصادر في 15 سبتمبر 2019.
9. القانون العضوي رقم 19-08 المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، يعدل ويثم القانون العضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 أوت 2016، والمتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر.ج.ج، عدد 55، الصادر في 15 سبتمبر 2019.

ج- الأنظمة:

- النظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج.ر.ج.ج، عدد 13، الصادر بتاريخ 26 فيفري 2017.

## II. الكتب:

- عمار بوضياف، قانون الانتخابات، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

## III. الرسائل الجامعية:

1. سماعيل لعبادي، المنازعات الانتخابية-دراسة مقارنة لتجري الجزائر وفرنسا في الانتخابات الرئاسية والتشريعية- أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013.
2. بن لطرش البشير، المنظومة الدستورية و القانونية للإدارة الانتخابية في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

3. عبد المؤمن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائرية- مقاربة حول المشاركة والمنافسة السياسية في النظام السياسي الجزائري-، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2006-2007.

#### IV. المقالات العلمية:

1. أونيسي ليندة، الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ج2، العدد 08، جامعة خنشلة، جوان 2017.
2. بلحاج جيلالي، اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات، مجلة الفقه والقانون، العدد 12، المملكة المغربية، أكتوبر 2013.
3. بوسالم رابح، النظام الانتخابي الجزائري في إطار التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، المجلد ب، العدد 48، ديسمبر 2017.
4. بوعلام بن سماعيل وعبد الرحمن بن جيلالي، السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات كآلية مستحدثة لتنظيم الانتخابات، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 4، العدد 4، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2019.
5. قدور ضريف، السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات- نظامها القانوني، تنظيمها ومهامها-، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 13، جامعة عباس لغرور، خنشلة، جانفي 2020.
6. رضا شلالي وأحمد عبد الرحمن بن سالم ومحمد الأمين حاشي، السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في الجزائر- العملية الانتخابية من هيئات الرقابة إلى سلطة التنظيم والإشراف-، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 5، العدد 1، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس 2020.
7. زهية حلفاية وساعد العقون وليلى لبيض، الآلية المؤسساتية لمراقبة الانتخابات قبل وبعد القانون العضوي رقم 07-19، مجلة أنسنة للبحوث والدراسات، المجلد 10، العدد 2، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ديسمبر 2019.

#### V. المواقع الالكترونية:

1. محمد أبو غدير، الرقابة الوطنية والدولية... هل تحقق نزاهة الانتخابات، مقال منشور على الموقع الالكتروني: <https://www.startimes.com/?t=26005630>
2. قواعد سلوك المراقبين ووكلاء القوائم الانتخابية، لجنة الانتخابات المركزية- فلسطين، منشور على الموقع الالكتروني: [https://www.elections.ps/Portals/30/pdf/GazaReg2012/LocalObserverCodeOfConduct2012\\_AR.pdf](https://www.elections.ps/Portals/30/pdf/GazaReg2012/LocalObserverCodeOfConduct2012_AR.pdf)
- 3- السعيد سليمان، حياد الإدارة كشرط لنزاهة العملية الانتخابية، مقال منشور على الموقع الالكتروني: <https://slimaniessaid.com/File/admini%202.pdf>

## نظام الأمن الغذائي وتحدياته لجائحة فيروس كورونا *The food security system and its challenges for the corona virus pandemic*

د. نبيلة بن عائشة \*

أستاذة محاضرة " أ "

كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة المدية

[benaicha.nabila@univ-medea.dz](mailto:benaicha.nabila@univ-medea.dz)

[nabila.benaicha@gmail.com](mailto:nabila.benaicha@gmail.com)

تاريخ إرسال المقال: 2020-10-24 تاريخ قبول المقال: 2020-11-25 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

### المخلص:

تمر بلدان العالم في الظرف الراهن بأزمة صعبة، والسبب في ذلك هو ظهور وباء كورونا المستجد- كوفيد - 19، الذي ظهر للوهلة الأولى بالصين، ليمتد ودون انحصار إلى باقي الدول، مخلفا لدى النفوس البشرية وقعا صحيا، ولم يكن الاقتصاد العالمي يبنأى عما خلفه الوباء من أضرار مادية، فمخاطر الأوبئة والأمراض الفتاكة، تطرح العديد من الإشكاليات في الاقتصاد والأسواق المالية والتجارة العالمية، فقد شهدت الأسواق العالمية بسبب جائحة كورونا، تدنيا وصفه الاقتصاديون بأنه سيهدد بإحداث عدوى مالية في الاقتصاد العالمي، وحدث تراجع اقتصادي على المستوى العالمي، ومن المرجح أن ينسحب ذلك على الاقتصاديات النامية. وبالتالي يمكن للتباطؤ الاقتصادي أن يزيد من تفاقم مشكلة انعدام الأمن الغذائي القائمة؛ حيث إنه يحد من قدرة الأفراد على الوصول إلى المواد الغذائية المغذية بطرق مختلفة، من بينها انخفاض الدخل أو ارتفاع معدلات انعدام الأمن الوظيفي، ولهذا يحتم الوضع إيجاد حلول وسياسات لمواجهة مشكلة التبعية الغذائية وتحقيق الأمن الغذائي وتحدي جائحة كورونا.

الكليات المفتاحية: جائحة كورونا، الأمن الغذائي، النمو الاقتصادي، الزراعة الاستراتيجية، التراجع الاقتصادي.

### Abstract:

THE COUNTRIES OF THE WORLD ARE CURRENTLY GOING THROUGH A DIFFICULT CRISIS, AND THE REASON IS THE EMERGENCE OF THE NEW EPIDEMIC OF CORONA AS A DELEGATE 19, WHICH APPEARED FOR THE FIRST TIME IN CHINA, TO SPREAD TO THE REST OF THE COUNTRIES, LEAVING HUMAN SOULS WITH AN IMPACT ON HEALTH, AND THE WORLD ECONOMY WAS NOT IMMUNE TO THE MATERIAL DAMAGE LEFT BY THE EPIDEMIC, THE RISKS OF EPIDEMICS AND FATAL DISEASES POSE MANY PROBLEMS IN THE ECONOMY, FINANCIAL MARKETS AND INTERNATIONAL TRADE, AS GLOBAL

\* المؤلف المرسل

MARKETS EXPERIENCED A WEAK CORONA PANDEMIC, WHICH ECONOMISTS HAVE DESCRIBED AS THREATENING TO CAUSE FINANCIAL INFECTION IN THE GLOBAL ECONOMY AND ECONOMIC DECLINE GLOBALLY, AND IT IS LIKELY THAT THIS WILL RETREAT IN DEVELOPING ECONOMIES. THUS, THE ECONOMIC DOWNTURN MAY FURTHER EXACERBATE THE EXISTING FOOD INSECURITY PROBLEM, AS IT LIMITS THE ABILITY OF INDIVIDUALS TO ACCESS NUTRITIOUS FOOD IN DIFFERENT WAYS, FROM LOW INCOME OR HIGH RATES OF JOB INSECURITY, AND FOR THIS, THE SITUATION REQUIRES FINDING SOLUTIONS AND POLICIES TO DEAL WITH THE PROBLEM OF ADDICTION. NUTRITIONAL FOOD SECURITY AND THE FIGHT AGAINST THE CORONA PANDEMIC

**KEYWORDS:** CORONA PANDEMIC , FOOD SECURITY, ECONOMIC GROWTH, STRATEGIC AGRICULTURE, THE ECONOMIC DOWNTURN.

#### 1- المقدمة:

منذ اكتشاف أولى حالاته في مدينة (ووهان) الصينية في ديسمبر 2019، لا يزال فيروس كورونا المستجد يشكل تحديا غير مسبوق للنظم الصحية والاقتصادية لدول العالم على حد سواء. فمنذ أعلنته منظمة الصحة العالمية في فبراير جائحةً عالمية، تسارع انتشار الفيروس خلال أسابيع قليلة ليضرب حوالي 210 دول، متسببا حتى الآن في إصابة ما يزيد عن أربعة ملايين ونصف المليون شخص ووفاة أكثر من 500 ألف حالة حول العالم. وفي الوقت الذي ينشغل فيه علماء الأوبئة وخبراء الصحة بمحاولات إيجاد أمصال علاجية لاحتواء الجائحة؛ تتزايد مخاوف الاقتصاديين بشأن أضرارها الكائنة والخسائر المحتملة على الأنشطة الاقتصادية والأسواق المالية وأسواق العمل. ففي أعقاب تفشي الجائحة، انتاب الاقتصاد العالمي حالة غير مسبوقة لم يشهدها منذ الكساد العظيم في ثلاثينيات القرن الماضي، حيث تسبب انتشار الفيروس في إعاقة حركة التجارة العالمية، وضعف الطلب العالمي، لا سيما الطلب على النفط، وإصابة قطاعات اقتصادية وإنتاجية بالشلل التام. كما أدت سرعة انتشار الوباء وانتقاله بين الدول إلى ارتفاع مستويات الالاقين وتدنى مستويات الثقة؛ مما تسبب في انهيار العديد من الأسواق المالية العالمية الرئيسية وتراجع مؤشرات لمستويات قياسية. وبمنظرة سريعة إلى التحليلات الاقتصادية المتعلقة بآثار الجائحة على المستوى المحلي، نجد أن أغلبها قد ركزت على تداعيات انتشار الفيروس على النمو الاقتصادي وحركة الأسواق المالية؛ في حين أغفلت هذه التحليلات إلى حد بعيد انعكاسات الجائحة على القطاعات الزراعية والنظم الغذائية، وما ينبنى على ذلك من تأثيرات على مستويات الفقر والأمن الغذائي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - ابو حطب عاصم : جائحة كورونا...الاثار الاقتصادية و تداعيات الامن الغذائي ، تاريخ الاطلاع 19ماي2020، الساعة 8.30 من الموقع الالكتروني www.shorouknews.com

ورغم ان مسألة تحقيق الامن الغذائي كانت من بين اهم المحاور التي كانت و لا تزال تشغل اهتمام الباحثين واصحاب القرار في جل دول العالم على حد سواء ، بل اكثر من ذلك فقد اصبحت في الظروف العادية تنصدر قائمة المشكلات التي يواجهها العالم ، وهذا نظرا للانتشار الواسع لمظاهر نقص الغذاء وسوء التغذية في كثير من البلدان وعدم قدرتها على تامين احتياجاتها الغذائية<sup>2</sup> ، وهذا في الظروف العادية، فما وضعها الان بعد حدوث قوة قاهرة أي انتشار فيروس كوفيد 19 او ما يعرف ايضا بفيروس كورونا.

وقد أجمعت التقارير الأولية لمنظمة الأمم المتحدة للزراعة والغذاء وبرنامج الغذاء العالمي أن هذه الجائحة ستكون لها تأثيرات شديدة على المحاور الأربعة الرئيسية التي يركز عليها تحقيق الأمن الغذائي في الدول النامية، وهي توافر الأغذية، وإمكانات الحصول عليها، واستخدامها والبعد التغذوي لها، واستقرار إمداداتها.

ولذا أسفر تفشي فيروس كورونا حول العالم عن جملة من التحديات، لعل أبرزها تلك المتعلقة باحتمالية تصاعد أزمة أمن غذائي قد تهدد ملايين البشر حول العالم، وذلك في ظل ما انطوت عليه الإجراءات المتخذة من جانب بعض الدول للحد من تفشي الفيروس من تداعيات سلبية على سلاسل توريد الأغذية، وتأخر حركة شحن الواردات الغذائية، وهو ما دعا العديد من المنظمات حول العالم إلى التحذير من مغبة أزمة أمن غذائي على المستوى العالمي قد يكون من الصعب تجاوزها بسهولة. وأشار تقرير صادر عن برنامج الأغذية العالمي التابع للأمم المتحدة، في 3 أبريل الجاري، إلى أن جائحة كورونا حتى الآن لم تؤثر على سلسلة الإمدادات الغذائية العالمية، لكنه حذر من حدوث تأثيرات سلبية إذا ما ساد الذعر في صفوف كبار مستوردي الأغذية<sup>3</sup>.

وعليه تطرح الاشكالية التالية : ما مدى تأثير فيروس كوفيد 19 على الامن الغذائي وسبل مواجهته ؟

للإجابة عن الإشكالية اعتمدنا المنهج التحليلي باعتباره من بين انسب المناهج لمثل هذه الدراسات ، لان هذه الدراسة تحتاج الى تحليل الموضوع ودراسة الاحكام و التعليق عليها .

المحور الاول :الاطار العام للامن الغذائي وابعاده الاقتصادية في ظل فيروس كوفيد 19(كورونا).

المحور الثاني: أحكام تداعيات فيروس كوفيد 19 على الأمن الغذائي.

<sup>2</sup>- بقبنيش عثمان ، يوسف معمر : مساعي تحقيق الامن الغذائي المستدام بالجزائر ورهاناته في ظل تداعيات تحرير التجارة الدولية ، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، المجلد 5، العدد 2، سنة 2018، ص 174.

<sup>3</sup>- حسين احمد عبد العليم : اليات مواجهة نقص الامن الغذائي في ظل كورونا ، تاريخ الاطلاع 21 افريل 2020 ، على الساعة 10.00 ، من الموقع الالكتروني <http://futureuae.com>

**المحور الاول : الاطار العام للامن الغذائي وابعاده الاقتصادية في ظل فيروس كوفيد 19(كورونا):**

تمر بلدان العالم في الظرفية الراهنة بأزمة صعبة ، والسبب في ذلك هو ظهور وباء كورونا المستجد- كوفيد- 19 ، الذي ظهر للوهلة الأولى بالصين ، ليتمدد ودون انحصار إلى باقي دول المعمور ، مخلفا لدى النفوس البشرية وقعا صحيا ، وحاصدا وراءه أرواحا تقوق عشرات الألاف ، ناهيك عن الأضرار النفسية من عدم الطمأنينة وبث الخوف في النفوس ، ولم يكن الاقتصاد العالمي بمنأى عما خلفه الوباء من أضرار مادية ، فمخاطر الأوبئة والأمراض الفتاكة ، تطرو العديد من الإشكاليات الاجتماعية، والقانونية ، ليتمدد ذلك إلى الاقتصاد والأسواق المالية والتجارة العالمية.

فقد شهدت الأسواق العالمية بسبب جائحة كورونا ، تدنيا وصفه الاقتصاديون بأنه سيهدد بإحداث عدوى مالية في الاقتصاد العالمي ، ومن المؤكد أنه سيعاني من نقاط ضعف مختلفة تماما عما كان يعاينه العالم قبل عقود خلت ، حيث أضحى العالم مثقلا بالديون بشكل كبير أكثر مما كان عليه الحال حين اندلعت الأزمة المالية الأخيرة لسنة 2008 ، ففي الوقت الذي تتعامل فيه الشركات مع احتمال حدوث توقف مفاجئ لتدفقاتها النقدية ، سيكون جيل جديد نسبيا من الشركات التي تكافح لسداد ديونها العالقة بدمتها ، أشد تأثرا بهذه الأزمة ، فضلا عن التداعيات الخطيرة على النشاط الاقتصادي بسبب توقف حركة الملاحة الجوية ،

والبحرية ، وتعليق كافة الخدمات بالمطارات والموانئ ، فضلا عن توقف حركة القطارات ، وغيرها من وسائل النقل ،<sup>4</sup> و لهذا تتم دراسة النقطتين الأساسيتين هما : أولا مفهوم الامن الغذائي وثانيا أبعاد النمو الاقتصادي و الامن الغذائي في ظل فيروس كوفيد 19.

- مفهوم الامن الغذائي :

شاع استعمال الامن الغذائي في السبعينات في الدول النامية التي عرفت نقصا كبيرا في حجم الانتاج ومستوى المخزون الغذائي ، اذ يرتبط الامن الغذائي بالظروف السائدة في كل مجتمع ، وقد وجدت عدة تعاريف للامن الغذائي منها تعاريف فقهية و تعاريف قانونية :

- جاء تعريف الامن الغذائي بانه : " هو عبارة على الحالة التي يتحقق عندها الاكتفاء الذاتي من الغذاء محليا حسب قدرة الدولة على توفير احتياجات جميع الافراد من السلع و المواد الغذائية من خلال الانتاج المحلي "<sup>5</sup>.

<sup>4</sup>- لصفير أيوب : تحديد الدولة للاسعار على اثر تداعيات وباء كورونا كوفيد 19 ، مقال في كتاب خاص حول الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا ، مكتبة دار السلام للنشر ، المغرب ، تحت اشراف بوحيمدي محمد نبيل و حمزة عبد المهيمن ، سنة 2020 ، ص 365.

- وكذلك تعريفه بأنه : " هو قدرة الدولة على توفير النقد الأجنبي اللازم لتلبية احتياجاتها من الواردات الغذائية " <sup>6</sup>

- وكذا تعريفه بأنه : " قضية ضرورية للدول و لا ينبغي لها ان تعيش عصورا حضارية مختلفة في هذا المجال ، و عدد الاسباب التي تحيط بقضية الامن الغذائي في مقدمتها التنمية الزراعية و الاراضي و الماء و انتاج الغذاء و زيادة الاعتماد المتبادل بين الدول سواء بالنسبة لتبادل السلع الزراعية او بالنسبة لانتقال التكنولوجيا ، ويرى ان قضية الامن الغذائي و مدخلها اصبحت هي التنمية الزراعية المتسارعة " <sup>7</sup>

- ايضا ورد تعريفه : " قدرة المجتمع على توفير الغذاء المناسب لمواطنيها على المدى البعيد والقريب منا ونوعا بالاسعار التي تتناسب مع دخولهم " <sup>8</sup>

- في حين عرفه اخر بأنه : " كفاية جميع افراد المجتمع من السلع الضرورية بعدما كان يعتمد على الاكتفاء الذاتي " <sup>9</sup>

قدمت منظمة الاغذية و الزراعة عدة تعاريف للامن الغذائي التي تستهدف تحقيق الغذاء ، و زيادة الانتاجية ، و الارتقاء بالجودة و استدامة التنمية الزراعية ، وهي تعرف الامن الغذائي بأنه : " حصول جميع الناس في جميع الاوقات بصورة مادية و اجتماعية و اقتصادية على الاغذية الكافية و الامنة و المغذية التي تلبى احتياجاتهم و افضلياتهم مما يمكنهم من ممارسة حياة ملؤها الصحة و النشاط " .

كما تبنت المنظمة العربية للتنمية الزراعية تعريفا للامن الغذائي فهي تعرفه بأنه : " توفير الغذاء بالكمية و النوعية اللازمين للنشاط الحيوي و بصورة مستمرة لكل افراد الامة اعتمادا على الانتاج

<sup>5</sup>- السريتي السيد محمد: الامن الغذائي و التنمية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2000، ص 10.

<sup>6</sup>- ناصر مراد : سياسات تحقيق الامن الغذائي في الدول النامية – حالة الجزائر-، مجلة جديد الاقتصاد ، العدد 05، سنة 2010، ص 45.

<sup>7</sup>- السريتي السيد محمد ، المرجع السابق ، ص 326.

<sup>8</sup>- حمدان محمد رفيق: الامن الغذائي نظرية و نظام و تطبيق ، الطبعة الاولى، دار وائل للنشر، الاردن، سنة 1999، ص 16.

<sup>9</sup>- القاسم صبحي: تحديات الامن الغذائي العربي ، المؤسسة العربية للنشر، عمان، سنة 2010، ص 5.

المحلي و على اساس الميزة النسبية لانتاج السلعة الغذائية لكل قطر و اتاحتها لكل المواطنين بالاسعار التي تتناسب مع دخولهم و امكانياتهم المادية " <sup>10</sup>.

ومن أجل الحصول على صورة شاملة أكثر دقة عن حالة الأمن الغذائي في بلد معين من الضروري تحليل الأبعاد الأربعة للأمن الغذائي تحليلًا شاملاً، حيث يمكن التعريف بكل من هذه الأبعاد من خلال ما يلي :

– توافر الاغذية : التوافر يعتبر بعدا مهما من أبعاد الأمن الغذائي ، فتوريد ما يكفي من الغذاء للسكان أمر ضروري، ولكن غير كافي، كما أنه شرط لضمان ملاءمة وصول الغذاء للأفراد، بمعنى غذاء كاف وبنوعية مناسبة، حيث لا يشمل بعد التوافر كمية الأغذية وحسب بل أيضا جودتها وتنوعها، وتشمل مؤشرات تقييم التوافر مدى كفاية إمدادات الطاقة الغذائية، نسبة السعرات الحرارية المستمدة من الحبوب، الجذور، متوسط إمدادات البروتينات، متوسط الإمداد بالبروتينات من مصدر حيواني ومتوسط قيمة الإنتاج الغذائي.

– الحصول على الغذاء : وصول الموارد الغذائية بشكل ملائم ومستمر نحو الأفراد لأجل أن يكتسبوا أغذية مناسبة وفق نظام غذائي مغذ، أي إمكانية الحصول على الغذاء الكافي للأفراد و الاسر ويتم تحديد فرص الحصول على الغذاء في المقام الأول من خلال الدخل، أسعار الغذاء وقدرة والأسر والأفراد على تلقي الدعم الاجتماعي، بالإضافة إلى أن الحصول على الغذاء أيضا تتأثر إلى حد كبير بالمتغيرات الاجتماعية، إذ يشمل أيضا إمكانية الوصول إلى الأغذية فعليا بالنظر الى مدى توفر البنية التحتية للنقل مثل وجود السكك الحديدية والطرق، وامكانيات الحصول عليها من ناحية اقتصادية ممثلة بمؤشر اسعار الاغذية المحلية ، و معدل انتشار نقص التغذية.

– الاستقرار : إمكانية الحصول على الغذاء الكافي في كافة الأوقات دون أن يكون أمام مخاطر فقدان هذه الإمكانية بسبب صدمة معينة مثل أزمة اقتصادية أو بيئية أو دورة موسمية، أي لكي يصل السكان أو الأسر أو الأفراد إلى مرحلة الأمن الغذائي فإنه يجب أن يكون لهم القدرة على الوصول إلى الغذاء الملائم في كل الأوقات، ولا يجب أن يكون هناك خطر فقدان الوصول إلى الغذاء

نتيجة لأحد الصدمات (الأزمات الاقتصادية أو المناخية) أو الأحداث الدورية (كانعدام الأمن الغذائي الموسمي)، وبذلك فإن مفهوم الاستقرار يشير إلى كل من بعد الإتاحة وبعد الوصول إلى الغذاء.

- الانتفاع : طريقة استعمال الافراد للغذاء يتوقف على نوعية الاغذية ، طريقة الاعداد والتخزين...إلخ، نتائج الإنتفاع من الأغذية خاصة فيما يتعلق بالقصور التغذوي لدى الأطفال دون سن الخامسة كالهزال، هشاشة العظام ونقص الوزن، وقد اضيفت سنة 2013 من إصدار تقرير حالة انعدام الأمن

<sup>10</sup> - عمrani نادية : سياسات الجزائر في تحقيق الامن الغذائي ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد1، صفحة 110.

الغذائي في العالم أربعة مؤشرات أخرى لنقص المغذيات الدقيقة تتمثل في انتشار فقر الدم ونقص فيتامين (A) بين الأطفال دون سن الخامسة، انتشار نقص اليود وفقر الدم عند الحوامل.<sup>11</sup>

### - أبعاد النمو الاقتصادي و الأمن الغذائي في ظل فيروس كوفيد 19:

تظهر لنا ابعاد النمو الاقتصادي و الأمن الغذائي في ظل فيروس كوفيد 19 من خلال التطرق الى نقطتين اساسيتين ، تمثلت الاولى في توقعات النمو الاقتصادي العالمي واستفلاح فيروس كورونا في العالم ، وتمثلت الثانية في كورونا و الأمن الغذائي .

بعد أن ضرب وباء كوفيد-19 (كورونا) العالم منذ فترة فاقت ستة شهور، وأدخل الاقتصاد العالمي في ركود لم يشهد مثله العالم منذ الكساد العظيم في أواخر عشرينيات القرن الماضي. وبينما كان الاقتصاد قد قطع خطوات حثيثة في مسيرة الإصلاح، جاءت أزمة هذا الوباء لكي تعرقل هذه المسيرة، بعد أن ضربت جزءا مهما من مصادر النمو لاسيما قطاعات السياحة والطيران والترفيه وتجارة التجزئة وبعض قطاعات الصناعة، ...<sup>12</sup>

شهد نمو الاقتصاد العالمي تباطؤا في حد ذاته حتى قبل ظهور فيروس كورونا نتيجة للتحديات التي تواجهه والمتمثلة في التوترات التجارية بين الصين والولايات المتحدة الأمريكية، والمخاطر الجيوسياسية، فضلا عن تقلب الأوضاع في بعض دول العالم.

وفي تقرير آفاق الاقتصاد العالمي الأخير ، كانت المنظمات الدولية قد خفضت توقعاتها بشأن النمو الاقتصادي العالمي قبل تقشي وباء كورونا حيث أصدر صندوق النقد الدولي، توقع أن يشهد الاقتصاد العالمي انكماشاً حاداً بواقع 3.0٪ في عام 2020م، مقارنة بعام 2019م، وهو أسوأ بكثير مما ترتب على الأزمة المالية العالمية في 2008-2009م، كما قدر الصندوق الخسائر المحتملة بنحو 9 تريليونات دولار، تشكل أكثر من أربعة أضعاف النسبة السابقة. كما توقع الصندوق أن يفقد الناتج

الإجمالي نحو3.3٪ في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، و بحسب خريطة توقعات الصندوق للدول العربية، فإن اقتصاد السعودية سيفقد نحو 2.3 ، و الإمارات نحو 3.5٪ وقطر نحو 4.3٪، وعمان نحو 2.8 ٪، و أيضا وضع الصندوق متوسطا للانكماش في عام 2020م على صعيد الاقتصادات

<sup>11</sup>- مكيد علي ، بن عياد فريدة : واقع الامن الغذائي الجزائري في ظل مؤشرات الامن الغذائي العالمي ، مجلة البحوث و الدراسات العلمية ، المجلد 12، العدد 1، ص 03.

<sup>12</sup>-رتيب امال : دراسة عن اثار موروننا على الامن الغذائي المصري وحلول مقترحة ، تاريخ الاطلاع 02ماي 2020، على الساعة 10:16، من الموقع الالكتروني [www.elmashhad.online](http://www.elmashhad.online)

المتقدمة قدر بنحو 6.1٪/و أن هذا الانكماش سوف يبلغ نحو 5.9٪ في الولايات المتحدة، و7.2٪/في فرنسا، و8٪ في إسبانيا، و1.9٪، في إيطاليا، وذلك مقابل انكماش بنحو 1٪ للأسواق الناشئة.<sup>13</sup>

في نفس السياق، توقع البنك الدولي بأن ينمو الاقتصاد العالمي بحوالي 2.4 في المائة في عام 2020، إلا أنه أشار إلى أن حالة عدم اليقين التي تحيط بالاقتصاد العالمي ما زالت قائمة، بالتالي فإن توجهات البنك الدولي، تشير إلى إمكانية تعديل هذه التوقعات بما يتماشى مع الظروف الحالية والتهديدات المحتملة التي يسببها تفشي الوباء رغم الجهود الدولية والحزم التحفيزية التي أطلقتها المنظمات الدولية والحكومات والمصارف المركزية العالمية. من ناحية أخرى، أشارت منظمة الأمم المتحدة إلى أن الاقتصاد العالمي في ظل تفشي كورونا من المتوقع أن ينمو بأقل من 2 في المائة عام 2020 مقارنة بتوقعاتها قبل ظهور الفيروس التي بلغت 2.5 في المائة مع احتمال قيام المنظمة بمزيد من التعديلات في ظل حالة عدم اليقين الحالية. علما وأن المنظمة أشارت إلى بعض التحديات القائمة التي يمكن أن تكون عائقاً في تحقيق معدلات النمو التي أشارت إليها ومن بينها النزاعات التجارية والجيوسياسية والاضطرابات المالية، إضافة إلى ذلك تداعيات فيروس كورونا على الاقتصاد العالمي.

كردة فعل على تداعيات تفشي فيروس كورونا على الاقتصاد العالمي الذي يواجه حالة من عدم اليقين، وعدم الوصول حتى الآن لاكتشاف أمصال لعالجه، اتجهت المنظمات الدولية والإقليمية لمراجعة توقعات النمو الاقتصادي لعام 2020، وتبني سيناريوهات أكثر واقعية في الآونة الأخيرة لتقييم تهديد تفشي الوباء على الاقتصاد العالمي. بناء على ذلك، خفضت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية توقعاتها للنمو العالمي إلى 2.4 في المائة. في حين لم يتم حتى الآن الإعلان عن النسب المعدلة لنمو الاقتصاد العالمي من قبل المنظمات الدولية الأخرى (صندوق النقد والبنك الدوليين، ومنظمة الأمم المتحدة).

ووفق تقديرات منظمة التعاون الاقتصادي لمعدل النمو الاقتصادي العالمي في إطار تقرير آفاق الاقتصاد العالمي الذي تصدره، يُعزى انخفاض النمو الاقتصادي العالمي إلى تعديل نمو الاقتصاد الأمريكي في عام 2020 نتيجة لتفشي الفيروس من 2.3 في المائة إلى 1.9 في المائة بسبب تراجع الاستهلاك العام والخاص، وعدم اليقين حول أسعار الأصول. أما في منطقة اليورو فمن المتوقع تسجيل نسبة نمو تبلغ 0.8 في المائة عوضاً عن 1.2 في المائة بسبب انخفاض الصادرات وتباطؤ الاستهلاك. كذلك تم تعديل معدلات نمو الاقتصاد الياباني من سالب 0.7 في المائة إلى سالب 0.2 في المائة عام 2020. كما تم تعديل معدلات نمو الاقتصاد الصيني من 6.1 في المائة إلى 4.9 في المائة.

<sup>13</sup> - عريقات سمير : كورونا و الأمن الغذائي ، الإصدار 6، مصر ، سلسلة أوراق الإزمة مصر وعالم كورونا وما بعد كورونا، معهد التخطيط القومي ، ماي 2020، ص 02 .

ولا تزال هناك مخاطر سلبية أخرى على الاقتصاد العالمي بالنظر الى حالة عدم اليقين التي تسود العالم في هذه الفترة<sup>14</sup>

ومن المؤكد أن الوقت لا يزال مبكرا على التوصل إلى تقييم دقيق بشأن تأثير انتشار العدوى بمرض كورونا المستجد (كوفيد-19) على الأمن الغذائي، فلا زال هناك الكثير مما لا نعرفه بعد، ولا زال هناك العديد من الأسئلة: ما هي الفترة التي سيستمر خلالها الوباء؟، ماهي البلدان المتضررة منه، والأكثر ضررا؟ ما هي السياسات التي ستتبنها الحكومات للاستجابة للأزمة، و جهود الاحتواء، ودرجة فعاليتها؟.

ما هي جوانب و أبعاد تهديد الوباء للأمن الغذائي في العالم؟ وما مدى الاضطرابات المتعلقة بعرض السلع؟ و ما شكل وعمق التحولات في أنماط الإنفاق، والتغيرات السلوكية للمستهلكين، و ما هم حجم التأثير على أسعار السلع؟.

عرف الامن الغذائي اشكالات عديدة وخاصة لدى الدول العربية ، لذا لا يمكن النظر الى مشكلة الامن الغذائي على انها نتاج عدة عوامل ساهمت بشكل او بآخر في تفاقمه من قبيل ارتفاع اسعار النفط وتزايد انتاج الوقود الاحيائي ، ومن ثم اسعار السلع الغذائية و تغير العوامل المناخية او المضاربة و القيود المفروضة على الصادرات ، بقدر ما يمكن ارجاعها الى الاخفاقات البنوية المتتالية لاستراتيجيات التنمية.<sup>15</sup>

فمن المتوقع أن تتفاقم مشكلة انعدام الامن الغذائي القائمة فعلا في العديد من دول العالم ، خاصة تلك الاشد فقرا ، و الاشد معاناة و الأقل اعتمادا على التكنولوجيا، والأكثر اعتمادا على التواصل المباشر، مما يعني أن إجراءات احتواء انتشار المرض المصممة للحد من التواصل بين البشر، قد تؤدي إلى تفاقم معاناة البشرية ، وزيادة التحديات أمام تحقيق هدف خفض الجوع حول العالم.<sup>16</sup>

ولكن في إطار ما ألقه فيروس كورونا من نتائج سلبية على الواقع الاقتصادي عالمياً، أو على مستوى القارة الإفريقية؛ نتيجة إغلاق عدد من الشركات والمصانع، وتوقف حركة الإنتاج بكثير من القطاعات، وكوّن إفريقيا قارة زراعية بالأساس؛ حيث يعيش ثلثا السكان على قطاع الزراعة، ونتيجة انتشار فيروس كورونا، وفرض القيود على تنقلات السكان، أصيب قطاع الزراعة بالتراخي، وتوقفت الرحلات التجارية

<sup>14</sup>- طلحة احمد الوليد : *التداعيات الاقتصادية لفيروس كورونا المستجد على الدول العربية* ، مجلة صندوق النقد الدولي، سنة 2020، ص 06.

<sup>15</sup>- بوسعدة سعيدة : *دور التكامل الغذائي العربي في تحقيق الامن الغذائي*، مجلة حوليات الجزائر 1، المجلد 29، العدد 2، ص 94.

<sup>16</sup>- عريقات سمير، المرجع السابق، ص 04.

في عددٍ من الدول، ممَّا يؤثِّر على احتياجات الدول من المنتجات الغذائية. كما أن أغلب الدول الإفريقية تحتلُّ مستويات منخفضة بالنسبة لمؤشِّر الأمن الغذائي، والذي يُؤثِّر بالضرورة على كفاية العرض؛ مما قد لا يسمح بتكوين المخزون الاستراتيجي اللازم من الأغذية، والذي يُلبي متطلبات الأفراد، مما يَصُرُّ بالأمن الغذائي للمواطنين الأفارقة.<sup>17</sup>

#### المحور الثاني: أحكام تداعيات فيروس كوفيد 19 على الأمن الغذائي:

قالت منظمة الأغذية والزراعة التابعة للأمم المتحدة “فاو” اليوم الخميس، إنَّ أسعار الغذاء العالمية انخفضت لرباع شهر على التوالي في ماي، إذ تضررت الأسعار بفعل التداعيات الاقتصادية لجائحة فيروس كورونا التي حدت من الطلب، وبلغ متوسط مؤشر فاو لأسعار الغذاء الذي يقيس التغيرات الشهرية لسلة من الحبوب والزيوت النباتية ومنتجات الألبان واللحوم والسكر بانخفاض 1.9 بالمائة عن أفريل.

وتراجع مؤشر فاو لأسعار منتجات الألبان 7.3 بالمائة بقيادة انخفاضات حادة في أسعار الزبد والأجبان بما يعود جزئياً لانخفاض في طلبات الاستيراد، كما تراجع مؤشر أسعار الحبوب 1 بالمائة بعد أن واصلت أسعار الحبوب الصلابة انخفاضاتها.

وتراجعت أسعار تصدير القمح وسط توقعات بوفرة في الإمدادات العالمية كما وشهدت أسعار الأرز ارتفاعاً في السوق الدولية، وانخفض مؤشر أسعار الزيوت النباتية 2.8 بالمائة لأقل مستوى في عشرة أشهر كما هبط مؤشر أسعار اللحوم 0.8 بالمائة.

ونشرت فاو أيضاً أولى توقعاتها لموسم الحبوب في 2020 متوقعة أن يبلغ الإنتاج العالمي 2.780 مليار طن بزيادة 2.6 بالمائة عما كان سنة 2019. وقالت الفاو إن من المتوقع أن يشهد إنتاج القمح العالمي في 2020 انخفاضاً لأسباب على رأسها ترجيح حدوث تراجع إنتاج من الاتحاد الأوروبي،<sup>18</sup> وعليه نتطرق الى نقطتين، الأولى تأثير فيروس كوفيد 19 على عرض وطلب الغذاء، و الثانية السياسات المتبناة في تداعيات فيروس كوفيد 19 على الأمن الغذائي.

#### - تأثير فيروس كوفيد 19 على عرض وطلب الغذاء:

يظهر لنا تأثير فيروس كوفيد 19 على الامن الغذائي من خلال تأثير كورونا على عرض الغذاء ومن خلال تأثير كورونا على الطلب على الغذاء.

<sup>17</sup> -رويحة زينب مصطفى: تحديات متصاعدة، اثار انتشار فيروس كورونا على الامن الانساني في افريقيا، تاريخ الاطلاع 08 افريل 2020، على الساعة 6:14، من الموقع الالكتروني [www.qiraatafrican.com](http://www.qiraatafrican.com)

<sup>18</sup> - عياش إيمان: الفاو، انخفاض أسعار الغذاء العالمية للشهر الرابع على التوالي، تاريخ الاطلاع 04 جوان 2020، على الساعة 16:00، من الموقع الالكتروني [www.ennaharonline.com](http://www.ennaharonline.com)

في الوقت الذي يرى البعض أنه ينبغي أن يكون فيه القطاع الغذائي والزراعي أقل تضررا عن غيره من القطاعات، إلا أن الواقع يؤكد على أنه على جانب عرض الغذاء، فإن توقف واضطراب عمليات نقل الأغذية، نتيجة إجراءات الحظر، و الحجر الصحي، وعرقلة سلاسل إمدادات الغذاء، أو انقطاعها نتيجة القيود على التصدير، وزيادة الفاقد من المواد الغذائية وخصوصا السلع سريعة التلف، كل هذا من شأنه أن يؤثر على عرض الغذاء، و ارتفاع الأسعار على الصعيد المحلي، والدولي، كليا أو جزئيا.

وعلى جانب العرض أيضا تجدر الإشارة إلى نهج بعض الدول نحو وضع قيود على التصدير، فبالنسبة للأرز أوقفت "الهند"، وهي أكبر مصدر له في العالم، قنوات التصدير كما أوقفت الخدمات اللوجستية الخاصة بتصديره، واتخذت "فيتنام" وهي ثالث أكبر مصدر للأرز، وأيضا تايلاند، إجراءات مماثلة تحد من تصديره. وبالنسبة للقمح، فإن "كازاخستان" وهي تاسع أكبر مصدر للقمح في العالم، اتخذت بالفعل خطوات لتقييد بيعه، وسط مخاوف بشأن مدى توافرها محليا.

ورغم أن (وزارة الزراعة الأمريكية) أكدت أن الإنتاج العالمي من الأرز والقمح، وهما المحصولان الأكثر تداولاً، سيسجلان على الأرجح مستوى قياسي عام 2020م، عند 1.26 مليار طن، وهذا الإنتاج يمكنه تلبية احتياجات الاستهلاك من المحصولين، وزيادة المخزونات في نهاية العام، إلى مستوى قياسي يبلغ 469.4 مليون طن، ورغم ذلك فانتشار الفيروس بشكل كبير في الولايات الأمريكية، وفرض الحظر، يحول دون وصول هذين المحصولين إلى أماكن الاستهلاك الضرورية، وبالتالي ترتفع بالفعل أسعار الأرز وسط توقعات بزيادة تقييد الصادرات.

أيضا، دعا اتحاد منتجي الزيوت النباتية في روسيا، إلى تقييد بيع بذور دوار الشمس، ودافع وزيرا الزراعة و الاقتصاد الروسيين عن مشروع للحد من الصادرات الروسية من الحبوب، كما تباطأ إنتاج زيت النخيل في ماليزيا، ثاني أكبر منتج له في العالم. وفي أوكرانيا، وهي من أكبر مصدري منتجات الحبوب والزيوت النباتية، فقد أعلنت الحكومة أن للتدخل إذا تطلب الوضع ذلك حيث طالب عدد كبير من المخازن والمطاحن الحكومة بتقليل صادرات الحبوب لمنع ارتفاع أسعار الخبز في حالة تأزم الوضع بسبب كورونا.

وفي هذا يرى خبراء في منظمة الأغذية والزراعة أن «القيود على التصدير» تؤدي في بعض الأحيان إلى مجاعة في الضفة الأخرى من العالم.

على صعيد الطلب على الغذاء، فإن نقص العمالة بسبب المرض، و قلة حركة الأفراد، وانخفاض الدخل، و ارتفاع معدلات انعدام الأمن الوظيفي، وصعوبة الوصول إلى اسواق الغذاء بطرق مختلفة، سوف يؤثر بلا شك على القدرة الشرائية، ويغير من الأنماط الغذائية بين الأفراد، وسينشأ عن ذلك ضعف التغذية الصحية في بعض مناطق العالم.

وامتدادا لتداعيات انتشار فيروس كورونا المستجد على الأمن الغذائي، وبصفة خاصة الانكماش، و التباطؤ الاقتصادي، فإن الانتشار الواسع النطاق للمرض خاصة في البلاد الأكثر فقرا وأشد معاناة من انعدام الأمن الغذائي، قد يؤدي إلى خسائر فادحة فهذه البلدان تكون أكثر عرضة للإصابة، وأقل استعدادا لمواجهة تفشي المرض على نحو وبائي، وبالتالي تزداد احتمالية ارتفاع معدلات الوفيات فيها، وهذا وتجدر الإشارة إلى أن تقرير صادر عن منظمة الأغذية والزراعة، قد رصد وجود تراجع في أنشطة شحن الغذاء، في ظل فرض حظر التجول في كثير من الدول، بالتالي هناك الكثير من الأعمال المتعطلة في كثير من دول العالم. وعلى جانب آخر تضمنت توقعات "الفاو" تباطؤ الإنتاج في مصانع وارتفاع في أسعار اللحوم، و أن الدول النامية ستكون الأكثر تأثرا من هذه الأزمة بسبب تقلص القوى العاملة بها.<sup>19</sup>

- السياسات المتبناة في تداعيات فيروس كوفيد 19 على الأمن الغذائي :

تبنت السياسات العالمية في مواجهة فيروس كوفيد 19 على الامن الغذائي من خلال ايجاد اليات مواجهة الجائحة و رفع التحديات للقضاء على المشاكل و الاسباب المؤثرة على الامن الغذائي ، وعليه نتطرق الى نقطتين ، الاولى مواجهة العالم لتداعيات كوفيد 19 على الأمن الغذائي ، و الثانية التحديات المرتبطة بالأمن الغذائي في زمن كوفيد19.

جاءت نصائح منظمة الأغذية والزراعة،<sup>20</sup> وبرنامج الغذاء العالمي، والمنظمة العربية للتنمية الزراعية، وغيرها من دوائر الاهتمام بالأمن الغذائي في العالم للتغلب على الأزمة المحتملة من خلال التدابير والمبادرات التالية :

• أن وباء كورونا لا يلزم بالضرورة أن يؤدي إلى أزمة تؤثر على الأمن الغذائي، حيث تتوقف درجة تأثير انتشار الفيروس على أسواق المواد الغذائية، على مدى احتفاظ البلدان بهدوئها في مواجهة اضطرابات سلاسل إمدادات الغذاء.

• تبادل المعلومات وإتاحتها بشفافية حول كل ما يرتبط بالجائحة، و آثارها الحالية، والمتوقعة، سوف يساعد على تعزيز السياسات الحكومية، والحيلولة دون انتشار الاضطرابات، و الذعر بين الناس.

• اتخاذ تدابير عاجلة لضمان إبقاء سلاسل الإمداد الغذائي حية، محليا ودوليا، للتخفيف من خطر الصدمات الكبيرة التي سيكون لها تأثير كبير على الجميع، ولا سيما على الفقراء والفئات الأكثر ضعفا.

<sup>19</sup>-عريقات سمير، المرجع السابق ، ص 06.

<sup>20</sup>-فاو، منظمة الأغذية والزراعة سنة 2020.

• اتخاذ التدابير الضرورية في المديين القصير والمتوسط، للتخفيف من آثار الأزمة ودعم تجارة الأغذية عالميا ومحليا، من خلال خفض الرسوم على واردات الغذاء، وتكاليف النقل، و التكاليف الأخرى ذات الصلة، وعدم اللجوء إلى سياسات إفقار الجار، و عدم وضع قيود على الصادرات الغذائية.

• العمل على تأمين استمرار حصول الناس وبشكل خاص الطبقات الهشة، والفئات الأكثر تضررا الأزمة، على الغذاء من خلال، تعزيز برامج الحماية الاجتماعية، ودعم قوتهم الشرائية بإعفاء بعض السلع من الرسوم الجمركية، وضرائب المبيعات، أو تعليقها مؤقتا، ودعم أسعار السلع الأساسية، و تقديم الدعم المالي غير مشروط، أو مقابل العمل حيثما كان ذلك ممكنا ومناسبا.

• تزويد صغار المزارعين بالذور والأدوات والأعلاف، وغيرها من المدخلات الزراعية، إلى جانب دعم الصحة الحيوانية، حتى يتمكنوا من الاستمرار في توليد الدخل و انتاج الغذاء لأسرهم ومجتمعاتهم المحلية.

• على الرغم من أن الاضطرابات في سلسلة الإمدادات الغذائية ضئيلة حتى الآن، فقد ظهرت بالفعل تحديات من حيث اللوجستيات، فالغذاء يحتاج إلى التنقل عبر الحدود دون قيود، وبالامتثال لمعايير سلامة الأغذية القائمة.

• أن تكفل البلدان المانحة استمرار إيصال المساعدة الإنسانية لمستحقيها، و حيثما يقل الأمن الغذائي، في المناطق التي تعاني فعلا من نقص الغذاء، أو تلك المتضررة بسبب أزمة كورونا، فالمرض لا يعترف بالحدود، إذا ترك المجتمع البشري بأسره دون حسيب أو رقيب في مكان واحد، فإنه يظل معرضا للخطر.

هذا وقد عرضت (منظمة الأغذية والزراعة) تقريرا بينت فيه، أن الفئات الإنسانية الأكثر تعرضا لأزمة فيروس كورونا يبلغ عددها بنحو 820 مليون شخص بالعالم، يعانون من الجوع المزمن، منهم نحو 256.1 مليون شخص في أفريقيا، ونحو 513.9 مليون شخص في آسيا، ونحو 42.5 مليون شخص في أميركا اللاتينية بالإضافة إلى نحو 113 مليون شخص يعانون فعلا من انعدام الأمن الغذائي.<sup>21</sup>

كما طالبت المنظمة العربية للتنمية الزراعية التابعة لجامعة الدول العربية الحكومات العربية بتبني مجموعة من الإجراءات والتدابير بالعمل من أجل زيادة إنتاج الغذاء، لمواجهة تداعيات أزمة انتشار كورونا على الأمن الغذائي، مشيرة إلى أن ذلك يتطلب الاستمرار في تكوين ومراقبة مخزونات غذائية كافية من السلع الاستراتيجية وترقية التجارة البينية العربية للسلع الغذائية في هذه الفترة وتبسيط إجراءات استيراد الغذاء، سواء على مستوى التخفيف من القيود الإدارية، أو تسهيل التحويلات المصرفية، أو عند الاقتضاء تنظيم عملية استيراد مشتركة لبعض السلع من طرف دولتين فأكثر.

<sup>21</sup> -عريقات سمير، المرجع السابق، ص 08.

وأكدت المنظمة في بيان رسمي لها، حول تداعيات الفيروس على القطاع الزراعي أن الأمن الغذائي سيكون من أكثر القطاعات تأثراً بهذا الظرف العصيب، الذي يمر به العالم حالياً، حيث رصدت المنظمة مجموعة من الآثار المحتملة لهذا الوضع على الأمن الغذائي العربي بمحاورة المختلفة ومنها صعوبة الوصول إلى أسواق البيع بالجملة والتجزئة وأسواق مدخلات الإنتاج نتيجة لسياسات الإغلاق التي اتبعتها الدول عربياً وعالمياً والتي فرضتها ضرورة التعاطي مع الظاهرة. وأضافت المنظمة أن الأمن الغذائي العربي سوف يتأثر بسبب نقص العمالة نتيجة لتقييد الحركة والآثار السلبية التي سببها ذلك النقص على المساحات المزروعة والإنتاج والحصاد للموسم الحالي والموسم القادمة محلياً وعالمياً، وخاصة إذا طال أمد الجائحة مما سيتربط عليه نقص في المعروض وارتفاع بالطلب وبالتالي ارتفاع الأسعار محلياً وعالمياً، ويزداد أثر ذلك إذا ما تبنت الدول المصدرة لسياسات الإغلاق، وهو ما بدأت دلائله الأولى تلوح في الأفق. وأوضح أن تحقيق الأمن الغذائي سوف يتأثر نتيجة انخفاض أسعار الطاقة وآثاره المحتملة على قدرة الدول العربية المنتجة للبتروكيمياويات على تأمين احتياجاتها الاستهلاكية بالكفاءة المطلوبة، وخاصة إذا ما ارتفعت أسعار الغذاء إلى مستويات عالية، وانخفاض المخزونات الاستراتيجية للدول، وخاصة إذا ما طال أمد الجائحة نتيجة للسحب الزائد دون تعويض.

وأشارت إلى أن الإلتشار المتواصل لفيروس كورونا له تأثيرات سلبية على مستويات الفقر بأبعاده المختلفة وزيادة أعداد الفقراء نتيجة للزيادة المتوقعة في أعداد العاطلين عن العمل وانخفاض دخول ذوي الدخل المحدود ممن يعتمدون في العيش على الدخل اليومي في الريف والحضر على حد سواء، وانخفاض قدراتهم على تأمين احتياجاتهم من السلع الغذائية الرئيسية، وتعرضهم لحالات سوء تغذية وانعدام الأمن الغذائي، وزيادة أعداد الفقراء في المنطقة العربية بأكثر من 8 مليون شخص. ولفتت المنظمة إلى ضرورة وضع برامج للحماية الاجتماعية لتأمين حصول المواطنين وبشكل خاص الطبقات الهشة على الغذاء، وإعفاء بعض السلع من الرسوم الجمركية وضرائب المبيعات أو تعليقها مؤقتاً، وتبني برامج خاصة بدعم القطاع الزراعي وخاصة صغار المنتجين بما يمكنهم من تجاوز الآثار السالبة للجائحة.

وشددت على ضرورة اتخاذ تدابير مؤقتة لحماية المنتجين في القطاع الزراعي في الدول العربية خاصة على مستوى السلع الاستراتيجية، وتنفيذ برامج إرشادية وتحسيسية من أجل مواجهة هدر الغذاء وتخفيض نسبة الفاقد من الغذاء والعودة إلى مفهوم الاكتفاء الذاتي الغذائي في ظل تكرار الأزمات التي قد تعيق مسالك التجارة الدولية للغذاء.

ولفتت المنظمة إلى ضرورة زيادة نسب الاكتفاء الذاتي من محاصيل العجز الاستراتيجية وخاصة الحبوب والسكر والزيوت، وتطوير وتقييم برنامج الأمن الغذائي، وإدخال التحسينات اللازمة عليه لإعطائه القدرة التي تجعله قادراً على إيجاد الحلول المناسبة لإشكاليات الأمن الغذائي العربي في مواجهة تداعيات فيروس كورونا.

واقترحت المنظمة آلية عربية لتمويل التنمية الزراعية أو صندوق عربي لتمويل التنمية الزراعية بإعداد دراسة متكاملة عنه تشمل تحديد الجهات المستفيدة، ومصادر التمويل، وطرق وآليات التمويل، والعون الفني والدعم المؤسسي وضمان مخاطر الائتمان ومعايير الأهلية للاقتراض، وشروط التمويل. وطالبت بإعادة طرح إنشاء البرنامج العربي للغذاء والذي سبق وأن قدمته المنظمة ويهدف إلى مساعدة ضحايا الكوارث الطبيعية والأزمات الغذائية الطارئة، وبخاصة في الدول الأكثر تضرراً، وتحسين مناخ الاستثمار الزراعي في الدول العربية لتحفيز رأس المال العربي على الاستثمار في القطاع الزراعي في الدول العربية ذات المقدرات الزراعية الكبيرة.

وشددت على ضرورة العمل على منح امتيازات وحوافز استثمارية تشجيعية للمشروعات الزراعية الصغيرة والمتوسطة خاصة وأن صغار المزارعين يشكلون الغالبية العظمى من المنتجين الزراعيين في الوطن العربي، وتحديد نسبة يجب أن لا تقل عنها التمويلات الموجهة للقطاع الزراعي في المحافظ التمويلية الوطنية ومحافظ المؤسسات المالية العربية.

ولفتت إلى أهمية التركيز على زيادة الأعمال الزراعية لتحفيز الشباب على الدخول في الزراعة لتوسيع دائرة الإنتاج وتقليل نسب البطالة، وتطوير وتعزيز التجارة الزراعية البينية العربية للتقليل من اعتماد الوطن العربي في تأمين احتياجاته الغذائية على الأسواق العالمية في ظل المتغيرات والمستجدات العالمية، وتنفيذ برامج تستهدف تعزيز قدرات المرأة الريفية العربية وترقية دورها في إنتاج وتحويل وتسويق الغذاء من خلال مدها بالوسائل اللازمة لذلك.

وأشارت المنظمة إلى المتابعة المكثفة لتطور أوضاع الأمن الغذائي العربي، لاتخاذ مجموعة من المبادرات تركز على متابعة ورصد تقلبات الأسواق العالمية للغذاء ومسالك الإمداد به ومد الدول العربية بتلك المعلومات في الوقت المناسب، مع الإصغاء الدائم لجهات القرار الزراعي في الدول العربية، والتفاعل مع ما تقدم به من طلبات المشورة والإسناد الفنيين، وشددت على تكثيف التنسيق مع المنظمات الدولية والإقليمية النظرية، وبوجه خاص مجموعة العشرين ومنظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة ولجنة الأمم المتحدة لغرب آسيا «اسكوا» من أجل المزيد من التكامل وتضافر الجهود، حتى تتمكن الدول العربية من تحقيق أكبر استفادة ممكنة من جهود كل شركائها، ونصل بشعوبنا العربية إلى بر الأمان بعد انقشاع غيوم هذا الظرف الاستثنائي. وشدت المنظمة على ضرورة تنفيذ المزيد من التصميم والمواصلة للتعامل مع أزمة كورونا في كل مناحي التنمية المستدامة، سواء منها الاجتماعية أو الاقتصادية أو البيئية أو الزراعية، لأنه يحتاج نفس طويل مشيدة بالإجراءات العربية لاستمرار تدفق الغذاء الآمن إلى المواطنين والمقيمين

في الدول العربية ومساعدة القطاعات الاقتصادية المختلفة، ومنها القطاع الزراعي، على تخطي آثار جائحة كورونا<sup>22</sup>.

كما تتعدد التحديات المرتبطة بالأمن الغذائي في العالم في الوقت الحالي، وهي تتداخل بشكل أساسي مع إجراءات الدول وسلوكيات المواطنين خلال الفترة الأخيرة، وهو ما يمكن تناوله على النحو التالي:

- تقييم تصدير المواد الغذائية: يرتبط ذلك بالإجراءات والتدابير الاحترازية التي اتخذتها الدول من أجل الحد من تفشي فيروس كورونا، حيث قامت بعض الدول المصدرة للأغذية وكذلك للمنتجات الزراعية بفرض قيود على التصدير خوفاً من طول أمد أزمة كورونا، وتعرض الاحتياطي الاستراتيجي لديها للنفاذ بسبب الطلب المتزايد على الغذاء من جانب المواطنين.

فقد أعلنت روسيا، في أواخر مارس الماضي، تعليق جميع صادراتها من الحبوب بشكل مؤقت. كما حظرت كازاخستان، وهي أحد أكبر مصدري الحبوب في العالم، تصدير معظم المواد الغذائية خارج البلاد. في حين قامت فيتنام بإيقاف منح تراخيص تصدير جديدة للأرز، وذلك في ظل مخاوف من نقص في الإمدادات الغذائية في المدى المنظور. كما أصدرت مصر قراراً بوقف تصدير جميع أصناف البقوليات لمدة 3 أشهر.

- التماهي في تخزين السلع: لجأت العديد من الدول إلى تعزيز مخزونها الاستراتيجي من السلع والمواد الغذائية المهمة، حيث فضلت بعض الدول وقف تصدير المنتجات الزراعية واللجوء لتخزينها انطلاقاً من مخاوف عالمية من حدوث نقص في المواد الغذائية في المدى المتوسط، خاصة في ظل لجوء العديد من الدول إلى إغلاق الحدود، ووقف حركة الطيران، بما يُمثل تهديداً لسلاسل توريد الأغذية، وتأخر حركة شحن الواردات الغذائية حول العالم.

وقد قامت الصين -التي تعد أكبر منتج ومستهلك للأرز- بشراء كميات أكبر منه من المنتجين المحليين على الرغم من أن الحكومة الصينية تحتفظ بمخزونات ضخمة من الأرز والقمح تكفي لمدة عام كامل. فيما قامت كازاخستان بمنع تصدير منتجات غذائية، مثل الجوز والسكر والبطاطس، وقامت بتخزينها. وتوقفت صربيا كذلك عن تصدير زيت عباد الشمس وطلع أخرى من أجل تخزينها. وتمثل تلك السلوكيات تهديداً للمعرض العالمي من المواد الغذائية في العالم.

- تعطل طرق الإمداد وإعدام المحاصيل: تسببت الإجراءات المشددة التي لجأت إليها الدول من أجل الحد من تفشي فيروس كورونا في تعطل طرق الإمداد، مما دفع بعض المزارعين إلى هدر بعض المنتجات لديهم مثل الحليب، وقد قدرت جمعية "مزارعو منتجات الألبان في أمريكا" التعاونية، وهي

<sup>22</sup>- متولي سليم : " العربية للتنمية الزراعية" تطالب بإجراءات عاجلة لمواجهة تأثير كورونا على الامن الغذائي، تاريخ الاطلاع 23 افريل 2020، على الساعة 12:19، من الموقع الالكتروني www.almasyalyoum.com.

الأكبر من نوعها في البلاد، الكمية التي يهدرها المزارعون من الحليب بحوالي 14 مليون لتر كل يوم، بسبب تعطل طرق الإمداد.

وفي السياق ذاته، لجأ بعض المزارعين إلى إعدام المحاصيل الخاصة بهم، وذلك بسبب وجود فائض لديهم في المخزون، وتأثر الطلب على المنتجات في الوقت الحالي. فيما يؤثر نقص الأيدي البشرية في ظل التدابير الاحترازية تأثيراً سلبياً كبيراً على القطاع الزراعي في مجمله. وقد حذر تقرير للمعارضة التركية، في 15 أبريل الجاري، أعده حزب الشعب الجمهوري أكبر أحزاب المعارضة التركية، من أزمة وشيكة في الغذاء على خلفية المشاكل التي أصابت قطاع الزراعة في البلاد بسبب تفشي فيروس كورونا المستجد.

- هلع الشراء: هرع المواطنون حول العالم، تزامناً مع إعلان حالات الحظر والإغلاق في بعض الدول، إلى شراء كميات كبيرة من المواد الغذائية من أجل تخزينها. وفي منتصف مارس الماضي، أجرى الرئيس الأمريكي "دونالد ترامب" اتصالاً هاتفياً بالمديرين التنفيذيين لمتاجر السلع الغذائية وسلاسل الإمدادات، للتأكد من توافر المواد الغذائية. وقد ناشد "ترامب" الشعب الأمريكي عدم تخزين المواد الغذائية الأساسية اليومية.

كما تهافت المواطنون في سنغافورة على شراء السلع الأساسية من الأرز وغيره بشكل كبير، مما دفع رئيس الوزراء السنغافوري "لي هسين لونغ"، إلى طمأنة الناس بوجود كميات كافية منه من أجل التوقف عن الشراء بتلك الكميات الكبيرة.<sup>23</sup>

كما لجأت بعض الدول إلى الاعتماد على أساليب مختلفة في ظل تفشي كورونا من أجل تقليل المخاطر المرتبطة بتراجع الأمن الغذائي لديها، وذلك على النحو التالي:  
- توظيف الطائرات المسيّرة الزراعية: في ضوء نقص العمالة البشرية تنفيذاً للتباعد الاجتماعي، لجأت بعض الدول إلى تعويض العمالة عبر توظيف التكنولوجيا في القطاع الزراعي. فقد استخدمت الصين الطائرات المسيّرة الزراعية للمزارع الكبيرة، وللحكومات المحلية، ولموزعي المنتجات الزراعية، وذلك في إطار تقليل الاتصال البشري. ويأتي الاهتمام بمنتجات وخدمات التكنولوجيا الزراعية في ظل تكثيف الحكومة الصينية جهودها للحد من الاعتماد على واردات المواد الغذائية من الولايات المتحدة ودول أخرى على مدى السنوات القليلة الماضية.

- استراتيجية الممرات الخضراء: دعت المفوضية الأوروبية، في 23 مارس الماضي، دول الاتحاد الأوروبي إلى تبني استراتيجية الممرات الخضراء "Green Lanes" لضمان تدفق الإمدادات الغذائية - خاصة الزراعية منها- بين الدول الأوروبية، إضافة إلى السماح بنوع من الحركة العابرة للحدود للعمال

<sup>23</sup> - حسين احمد عبد العليم: اليات مواجهة نقص الامن الغذائي في ظل كورونا ، تاريخ الاطلاع 21 افريل 2020 ، على الساعة 10.00 ، من الموقع الالكتروني <http://futureuae.com>

الموسميين خلال موسم الحصاد، مع اتخاذ كافة التدابير الوقائية والاحترازية اللازمة في هذا الإطار. - تقديم الدعم للمزارعين: أعلن الرئيس الأمريكي "دونالد ترامب"، في 18 أبريل الجاري، عن برنامج بقيمة 19 مليار دولار لمساعدة المزارعين الأمريكيين على التعامل مع تأثير فيروس كورونا. ومن جانبه، أوضح وزير الزراعة "سوني بيرديو"، أن 16 مليار دولار ستذهب مباشرة للمزارعين، وسيتم استخدام 3 مليارات دولار لشراء منتجات غذائية ستوزع على الأكثر فقراً. - تقييم كميات الشراء من المتاجر: في محاولة من أجل الحفاظ على الكميات المتاحة من المواد الغذائية في المتاجر، لجأت بعض الدول إلى فرض قيود على كميات الشراء، حيث قررت متاجر المواد الغذائية في بريطانيا في 10 مارس الماضي، فرض قيود على زبائنها، من خلال السماح بشراء كميات محددة من المواد الغذائية لكل زبون، وذلك لوقف تجريد المتاجر من المواد الغذائية. وفي المجلد، فإن إطالة أمد انتشار فيروس كورونا، وعدم التوصل للقاح أو علاج فعال للحد من انتشاره في المدى المنظور؛ من شأنه أن يفاقم من معضلة الأمن الغذائي العالمي، ولا سيما في ظل خشية العديد من الدول من إعادة حركة الطيران وفتح الأجواء بشكل طبيعي في الوقت الحالي، وهو ما يؤثر بالضرورة على سلاسل توريد الأغذية. من جانب آخر، فإن المجتمع الدولي مطالب بتعزيز التدفق السلس للتجارة العالمية بما يساعد في تأمين توريد الأغذية، كما أن هناك حاجة ماسة من أجل توفير الإمدادات الغذائية للدول الأكثر احتياجاً، لا سيما في القارة الإفريقية، وسط تحذيرات أممية من إمكانية تحولها إلى بؤرة لتفشي الفيروس في الفترة المقبلة.<sup>24</sup>

#### الخاتمة:

نخلص مما سبق، إلى أن هناك تأثيرات جائحة كورونا على الأمن الغذائي في العالم، لكن المؤكد حتى هذا الوقت، هو حدوث تراجع اقتصادي على المستوى العالمي، ومن المرجح أن ينسحب ذلك على الاقتصاديات النامية. وفي هذه السياقات، يمكن للتباطؤ الاقتصادي أن يزيد من تفاقم مشكلة انعدام الأمن الغذائي القائمة؛ حيث إنه يحد من قدرة الأفراد على الوصول إلى المواد الغذائية المغذية بطرق مختلفة، بينها انخفاض الدخل أو ارتفاع معدلات انعدام الأمن الوظيفي. وفي الوقت الذي قد يبدو فيه الأمر أنه ينبغي أن يكون فيه القطاع الغذائي والزراعي أقل تضرراً عن غيره من القطاعات، إلا أن نقص العمال بسبب المرض، وتوقف عمليات النقل، وإجراءات الحجر الصحي تحد من القدرة على الوصول للأسواق وحدوث انقطاعات في سلسلة التوريد ينجم عنها خسارة المواد الغذائية وهدرها، وهذا من شأنه أن يؤثر في التوريد.

<sup>24</sup> - حسين احمد عبد العليم : المرجع السابق .

و ترتب النتائج التالية :

- صعوبة الوصول إلى أسواق البيع بالجملة والتجزئة، وأسواق مدخلات الإنتاج الزراعي، نتيجة لسياسات الإغلاق التي اتبعتها العديد من دول العالم، وفرضتها ضرورة مواجهة الأزمة.
- نقص العمالة الزراعية نتيجة لتقييد الحركة، وما سيترتب عليه من آثار سلبية على المساحات المزروعة، و الإنتاج، والحصاد للموسم الحالي، وربما المواسم القادمة محليا وعالميا ، خاصة إذا طال أمد الجائحة، مما سيترتب عليه نقص في المعروض، وبالتالي ارتفاع الأسعار محليا و عالميا، ويزداد أثر ذلك إذا ما تبنت الدول المصدرة لسياسات حمائية إغلاقية، وهو ما بدأت دلائلها الأولى تلوح في الأفق.<sup>25</sup>
- اضطراب سلاسل الإمدادات الغذائية، نتيجة التدابير التجارية، وإغلاق الحدود خاصة في الدول التي تعتمد على الأيدي العاملة الخارجية، مثل العمال من دول أمريكا اللاتينية في الولايات المتحدة ، والعمال من دول المغرب العربي لحصد محاصيل في أسبانيا، أو العمال الزراعيين من أوروبا الشرقية الذين يعملون في حقول ألمانيا، مما يؤدي إلى "هدر المنتجات القابلة للتلف وزيادة الفقد الغذائي".
- تراجع الطلب على الغذاء نتيجة البطالة، وانخفاض الدخل، خاصة لدى ذوي الدخل المحدود ممن يعتمدون في العيش على الدخل اليومي، في الريف و الحضر علي حد سواء، وهو ما سيترتب عليه انخفاض قدراتهم على تأمين احتياجاتهم من السلع الغذائية الرئيسية، بالتالي تعرضهم لحالات سوء تغذية و انعدام الأمن الغذائي، حيث تشير بعض التقارير إلى أن أعداد الفقراء في المنطقة العربية سيزيد بأكثر من 8 مليون شخص.
- انخفاض المخزونات الاستراتيجية للدول، ونقص المعروض من إنتاج الغذاء بسبب السحب منها، مع حدوث إعاقات للإنتاج الزراعي، والقيود على حركة التجارة، و قيود على التصدير، تمنع تعويض النقص في هذه المخزونات ، خاصة إذا ما طال أمد الجائحة.
- التأثير على العاملين في الإنتاج الغذائي، وتباطؤ الإنتاج في الصناعات الغذائية، وتوزيع الغذاء بسبب إجراءات الحد من نقشي الفيروس.
- لجوء بعض الدول وكبار المصدرين لإجراءات تقييد لتدفق صادراتها من المنتجات الغذائية، لتضمن لشعوبها كفايتهم في وقت أربك فيه الوباء العالمي سلاسل الإمداد، مما قد يشكل بداية نزعة قومية تعرض الدول الفقيرة التي تستورد أغذيتها لعواقب وخيمة.

<sup>25</sup> - المنظمة العربية للتنمية الزراعية ، بين حول تداعيات أزمة كورونا على الامن الغذائي العربي وسبل مواجهتها ، السودان ، بتاريخ 22 افريل 2020، من الموقع الالكتروني [www.aooda.org](http://www.aooda.org)

• زيادة التهافت على شراء وتخزين السلع وسط تخوف من استمرار أزمة كورونا لأجل غير معلوم، مع توجه الدول المصدرة لزيادة مخزونها من الأغذية، قد يؤدي إلى حدوث اضطرابات متوقعة في الدولة المستوردة، ومنها الدول العربية، حتى لو توفر لدى بعضها المال لذلك.

• بمتابعة التوقعات التي صدرت عن العديد من المنظمات و المؤسسات الدولية، حول تأثير كورونا على الاقتصاد والغذاء في العالم، منذ ظهور كورونا، وحتى وقت الانتهاء من هذه الورقة، تبين أن هذه التوقعات متباينة، وغير مستقرة عند حدود معينة، وتتغير بصورة مستمرة مع تطورات الأزمة وتداعياتها.<sup>26</sup>

• على الرغم من اهتمام الجزائر بهمال الأمن الغذائي من خلال اعتماد سياسة اقتصادية تعطي أولوية النهوض بكافة القطاعات ذات العالقة بالأمن الغذائي، إلا أن مستوى تحقيق الأمن الغذائي لأزال غير كافي (دون المستوى) نظرا لجمود هذه القطاعات المذكورة وعدم مواكبتها للتطورات الحاصلة على المستوى العالمي.

وعليه نقترح الآفاق و التوصيات التالية :

• ضرورة وضع برامج للحماية الاجتماعية لتأمين حصول المواطنين وبشكل خاص الطبقات الهشة على الغذاء، وإعفاء بعض السلع من الرسوم الجمركية وضرائب المبيعات أو تعليقها مؤقتاً، وتبني برامج خاصة بدعم القطاع الزراعي وخاصة صغار المنتجين بما يمكنهم من تجاوز الآثار السالبة للجائحة.

• لا بد من اهتمام أكبر للقطاعات الزراعية ، وذلك بزيادة حجم الانفاق الاستثماري العام الموجه للزراعة و الفلاحة ، وخاصة اعداد دراسات تمشي مع الظروف العادية و الظروف غير العادية مثل انتشار فيروس كوفيد 19.

• لا بد من الاستمرار في تكوين ومراقبة مخزونات غذائية كافية من السلع وترقية استراتيجية التجارة البينية العربية للسلع الغذائية في ظل أزمة كوفيد 19.

• جلب القطاع الخاص وتحفيزه للاستثمار في القطاع الزراعي و الغذائي لكن مع اخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب انتقال وباء كورونا.

• تبسيط إجراءات استيراد الغذاء، سواء على مستوى التخفيف من القيود الإدارية، أو تسهيل التحويلات المصرفية، أو عند الاقتضاء تنظيم عملية استيراد مشتركة لبعض السلع من طرف دولتين فأكثر.

<sup>26</sup>- عريقات سمير : المرجع السابق ، ص 07.

• تزويد صغار المزارعين و الرعاة بالبذور و الأدوات و الاعلاف و غيرها من المدخلات الزراعية، الى جانب دعم الصحة الحيوانية حتى يتمكنوا من الاستمرار في توليد الدخل و انتاج الغذاء لأسرهم ومجتمعاتهم المحلية.

• خلق جو مناخي استثماري مناسب لتحفيز المستثمرين الاجانب في القطاع الزراعي الوطني لكن مع اخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب انتقال وباء كورونا.

• ضرورة اتخاذ تدابير موقته لحماية المنتجين في القطاع الزراعي خاصة على مستوى السلع الاستراتيجية، وتنفيذ برامج إرشادية وتحسيسية من أجل مواجهة هدر الغذاء وتخفيض نسبة الفاقد من الغذاء والعودة إلى مفهوم الاكتفاء الذاتي الغذائي في ظل تكرار الأزمات التي قد تعيق مسالك التجارة الدولية للغذاء.

• توفير الائتمان الزراعي بشروط مسيرة ، و تفعيل الخصوصية للقطاع الزراعي من كل جوانبه خاصة الجانب التمويلي .

• تدعيم الإجراءات التنظيمية والاستثمارية لتطوير الإنتاج المحلي في الجزائر خاصة في مجال الحبوب وذلك من أجل التقليل من حدة التبعية الخارجية، خاصة وأن الحبوب وخاصة القمح الذي يعتبر الغذاء الرئيسي للفرد الجزائري، على اعتبار أن القمح يعتبر كسلاح في أيدي الدول المتقدمة تستعمله كوسيلة ضغط على الدول النامية، و قد اثبتت ذلك جائحة الكورونا.

• ضرورة اعداد دراسة تحليلية للتنمية الزراعية المستدامة ، و اعداد السياسات التوافقية بين الامن الغذائي و الامن المائي.

• العمل على إرساء قواعد تعمل على ترشيد النفقات العمومية خاصة في ظل انهيار أسعار النفط وما لها من آثار سلبية على وضعية الاقتصاد الجزائري، خاصة وأن الجزائر بلد يعتمد على إيرادات الصادرات المتأتية من البترول كمورد أساسي لتمويل برامج التنمية، بدلا من اللجوء إلى التقشف لما له من آثار اجتماعية وسياسية خطيرة، وقواعد قانونية تحمي الامن الغذائي في الجزائر.

• اعتماد إجراءات مالية، نقدية وتجارية تهدف إلى تثمين العمل الفلاحي كما تساهم في تحفيز اليد العاملة المؤهلة واعادة توجيه اهتمامها إلى قطاعي الفلاحة والري باعتبارهما قطاعان لهما أهمية استراتيجية، مع الاخذ بالاحتياطات اللازمة لمنع تفشي فيروس كورونا.

• توسيع الحماية الاجتماعية في كل مكان و لاسيما في المناطق الريفية البعيدة من خلال دعم القوة الشرائية للناس بتقديم مبالغ مالية وتكون غير مشروطة او بمقابل عمل بسيط وممكن و مناسب و لا يؤدي الى تعريضه لخطر انتشار فيروس كورونا .

• العمل على نشر الوعي بضرورة إرساء ثقافة القيام بالأعمال الفلاحية للمواطنين، وذلك من خلال تحفيز الفلاحين وتشجيعهم بمختلف الوسائل المتاحة لزيادة الإنتاج الفلاحي من أجل ضمان تحسين

مستمر في وضعية الأمن الغذائي والرقى به إلى مصاف الدول المتقدمة، و مع التماشي في الوضع الحالي لانتشار فيروس كورونا.

• الامتثال لمعايير سلامة الاغذية القائمة ، واتخاذ تدابير عاجلة لضمان ابقاء الامداد الغذائي محليا ودوليا، للتخفيف من خطر الصدمات الكبيرة التي ستكون لها تأثير كبير على الجميع و خاصة الطبقة الهشة.

#### 5- المراجع:

-الكتب:

- 1- السريتي السيد محمد : ، الامن الغذائي و التنمية الاقتصادية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، سنة 2000.
- 2- القاسم صبحي : تحديات الامن الغذائي العربي ، المؤسسة العربية للنشر ، عمان ، سنة 2010.
- 3- حمدان محمد رفيق : الامن الغذائي نظرية و نظام و تطبيق ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر، الاردن ، سنة 1999.
- 4- عبد السلام محمد السيد : الامن الغذائي للوطن العربي ، سلسلة عالم المعرفة ، الكويت ، سنة 1998.

-المقالات:

- 1- بقتيش عثمان ، يوسف معمر : مساعي تحقيق الامن الغذائي المستدام بالجزائر ورهاناته في ظل تداعيات تحرير التجارة الدولية ، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، المجلد 5، العدد 2، سنة 2018، ص173-ص190.
- 2- بوسعدة سعيدة : دور التكامل الغذائي العربي في تحقيق الامن الغذائي، مجلة حوليات الجزائر 1، المجلد29، العدد 2، ص 75-ص 97.
- 3- طلحة احمد الوليد : التداعيات الاقتصادية لفيروس كورونا المستجد على الدول العربية ، مجلة صندوق النقد الدولي ، سنة 2020 ، ص 6-ص19.
- 4- عريقات سمير : كورونا و الامن الغذائي ، الاصدار 6، مصر ، سلسلة اوراق الازمة مصر وعالم كورونا وما بعد كورونا، معهد التخطيط القومي ، ماي ، 2020
- 5- عمراني نادية : سياسات الجزائر في تحقيق الامن الغذائي ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 1، ص 109-ص122.
- 6- مكيد علي ، بن عباد فريدة : واقع الامن الغذائي الجزائري في ظل مؤشرات الامن الغذائي العالمي ، مجلة البحوث و الدراسات العلمية، المجلد 12، العدد 1، ص 108-ص128.
- 7- ناصر مراد : سياسات تحقيق الامن الغذائي في الدول النامية – حالة الجزائر-، مجلة جديد الاقتصاد ، العدد 05، سنة 2010، ص 44-ص58.
- 8- لصفير ايوب : تحديد الدولة للاسعار على اثر تداعيات وباء كورونا كوفيد 19، مقال في كتاب خاص حول الدولة و القانون في زمن جائحة كورونا ، مكتبة دار السلام للنشر ، المغرب ، تحت اشراف بوحميدي محمد نبيل و حمزة عبد المهيين، سنة 2020.

1- ابو حطب عاصم : جائحة كورونا...الاثار الاقتصادية و تداعيات الامن الغذائي ، تاريخ الاطلاع 19ماي2020، الساعة 8.30 من الموقع الالكتروني [www.shorouknews.com](http://www.shorouknews.com)

2- المنظمة العربية للتنمية الزراعية ، بين حول تداعيات ازمة كورونا على الامن الغذائي العربي وسبل مواجهتها، السودان ، بتاريخ 22 افريل 2020، من الموقع الالكتروني [www.aoda.org](http://www.aoda.org)

3- حسين احمد عبد العليم : البات مواجهة نقص الامن الغذائي في ظل كورونا ، تاريخ الاطلاع 21 افريل 2020، على الساعة 10.00 ، من الموقع الالكتروني <http://futureuae.com>

4- رتيب امال : دراسة عن اثار مورونا على الامن الغذائي المصري وحلول مقترحة ، تاريخ الاطلاع 02ماي2020، على الساعة 10:16، من الموقع الالكتروني [www.elmashhad.online](http://www.elmashhad.online)

5- رويحة زينب مصطفى : تحديات متصاعدة، اثار انتشار فيروس كورونا على الامن الانساني في افريقيا، تاريخ الاطلاع 08 افريل 2020 ، على الساعة 6:14، من الموقع الالكتروني [www.qiraatafrican.com](http://www.qiraatafrican.com)

6- عياش ايمان : الفاو، انخفاض اسعار الغذاء العالمية للشهر الرابع على التوالي، تاريخ الاطلاع 04جوان2020، على الساعة 16:00 ، من الموقع الالكتروني [www.ennaharonline.com](http://www.ennaharonline.com)

7- متولي سليم : " العربية للتنمية الزراعية" تطالب باجراءات عاجلة لمواجهة تاثير كورونا على الامن الغذائي، تاريخ الاطلاع 23 افريل 2020، على الساعة 12:19، من الموقع الالكتروني [www.almasryalyoum.com](http://www.almasryalyoum.com)

8- منظمة الاغذية و الزراعة ، فيروس كورونا المستجد كوفيد 19، من الموقع الالكتروني [www.fao.org/2019-ncov/av/](http://www.fao.org/2019-ncov/av/)

## صلاحيات الديوان الوطني للأراضي الفلاحية للتدخل في بعض التصرفات القانونية الواردة على العقار الفلاحي

*The Jurisdictions of the National office of Agricultural land in the Legal Transactions related to the agricultural real estate*

قاسي نجاة \*

باحثة في صف الدكتوراه علوم، جامعة وهران 2

[kaci-nadjet@live.com](mailto:kaci-nadjet@live.com)

تاريخ إرسال المقال: 2020-11-27 تاريخ قبول المقال: 2020-11-28 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

### المخلص:

نظرا للإعتداءات المتكررة والمستمرة على العقار الفلاحي (مضاربة، زحف الإسمنت، تغيير وجهته الفلاحية، ...)، كان لابد على المشرع من إيجاد آليات ووسائل لحمايته والرقابة عليه، نتيجة لذلك وتطبيقا لأحكام قانون التوجيه العقاري (90-25) تم إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بموجب القانون 87-96 المؤرخ في 1996/02/24، غير أنه لم يتم تفعيل العمل به إلا ابتداء من 2009 بصدر المرسوم التنفيذي 339-09 المؤرخ في 2009/10/22. ويعتبر هذا الديوان هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري كلفه المشرع بمهمة ضبط العقار الفلاحي وتنفيذ السياسة العقارية الفلاحية. وعليه، وفي سبيل أداء مهمته منحه المشرع مجموعة من الصلاحيات الرقابية الواسعة خاصة في مجال التصرفات القانونية الواردة على العقار الفلاحي من أجل حمايته، نذكر منها: صلاحية الديوان الوطني في مجال عقود الإمتياز وعقود الشراكة. وتدخله في حالة تحويل وجهة الأراضي الفلاحية وفي حالة عدم إستغلال الأراضي الفلاحية. كما له صلاحيات في مجال الرقابة على تنفيذ المستثمرين أصحاب الإمتياز لإلتزاماتهم، والرقابة على عملية البناء على الأراضي الفلاحية محل الإمتياز.

الكلمات المفتاحية: العقار الفلاحي؛ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية؛ عقود الإمتياز؛ عقود الشراكة؛ القانون 03-10.

### Abstract:

In view of the repeated and continuous encroachment on the agricultural real estate, the legislator had to find a mechanisms and means to protect and control it, as a result and in application of the provisions of the Real Estate Guidance Law (90-25) the National office of agricultural lands was established according to Law 96-87 of 02/24/1996, however, it was not triggered until the beginning of 2009 with the issuance of Executive Decree 09-339 of 10/22/2009.

\* المؤلف المرسل

This office is a public body of an industrial and commercial nature, charged by the legislator with the task of controlling agricultural lands and implementing its policy. Accordingly, and in order to perform its mission, the legislator granted it a wide range of supervisory powers, especially in the field of legal actions contained in the agricultural real estate in order to protect it, including: its competence in the field of concession and partnership contracts. It also has jurisdictions in monitoring the implementation of the investors' obligations, and controlling the construction process on the agricultural lands subject of the concession.

**Key words:** Agricultural real estate; The National Office of Agricultural lands; Concession; Partnerships; Law 10-03.

#### تمهيد

إن الحديث عن العقار الفلاحي في الجزائر يؤدي لا محالة إلى إثارة المسار التاريخي الذي مر به العقار بصفة عامة سواء خلال الفترة الإستعمارية أو عقبها، حيث لطالما كان العقار مركز السياسات الإقتصادية والسياسية وحتى الإديولوجية وتأثر بهذه الأخيرة. حيث خلال السنوات الماضية أصدر المشرع ترسانة قانونية معتبرة في هذا المجال، في سبيل إنشاء وكذا تحرير السوق العقارية لاحقا وتسهيل وتأمين المعاملات العقارية للمستثمرين الفلاحيين من أجل ضمان الوصول إلى العقار الفلاحي، كون هذا الأخير أداة جوهرية لتحقيق الإكتفاء الذاتي وتحقيق الأمن الغذائي؛ بيد أن وضعية العقار عموما والعقار الفلاحي خصوصا في الجزائر كانت ولا زالت تعاني من عدة إشكالات على مختلف الأصعدة ونظرا لعدة أسباب وعوامل متشابكة بدءا من السياسة الإستعمارية المتبعة أثناء الإحتلال والهادفة للإستيلاء على الأملاك والأراضي، بالإضافة إلى عدم وجود سياسة عقارية محدّدة المعالم بعد الإستقلال وتعدد القوانين والهيئات القائمة بتسيير وتنظيم العقار. ما يهمننا في هذه الدراسة هو إشكالية العقار الفلاحي الذي عرف منذ الإستقلال عدة نظم محاولة لتسوية وضعيته عبر مختلف الإصلاحات، من التسيير الذاتي، الثورة الزراعية، حق الإنتفاع الدائم وصولا إلى حق الإمتياز؛ لهذه الأسباب وغيرها كان لابد من إيجاد وسائل قانونية وهيئات تهدف لضبط وضعيته والحفاظ عليه.

وفي هذا الصدد، أنشأ المشرع الديوان الوطني للأراضي الفلاحية وأوكل له مهمة تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية وضبط العقار الفلاحي، من خلال منحه مجموعة من الصلاحيات خاصة في مجال التصرفات القانونية الواردة على هذا الأخير من أجل حمايته من الإهمال والمضاربة وتغيير وجهته الأساسية أو سطو الإسمنت عليه؛ وعليه نتساءل في هذا البحث عن دور الديوان الوطني

للأراضي الفلاحية بمختلف مديرياته ومصالحه في بعض التصرفات الواردة على العقار الفلاحي؟. وهو ما نحاول الإجابة عنه من خلال ثلاث محاور أساسية: خصصنا الأول للتعريف بهيئة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، والثاني لتدخل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في مجال عقود الإمتياز، أما المحور الثالث فخصصناه لرقابة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية على تنفيذ أصحاب الإمتياز لإلتزاماتهم.

### المحور الأول: التعريف بهيئة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية

يعتبر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هيئة عمومية خوّله القانون مجموعة من الصلاحيات في مجال العقار الفلاحي، وعليه، قبل التطرق لهذه الصلاحيات لابد من التعريف بالديوان من حيث نشأته ومهامه وتنظيمه وعمله.

#### 1. التعريف والنشأة

تمّ إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بموجب المرسوم التنفيذي 96-87<sup>1</sup> المؤرخ في 1996/02/24، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المعدل والمتمم؛ وذلك تطبيقاً لأحكام القانون 90-25<sup>2</sup> المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم. والجدير بالذكر أنه لم يتم تفعيل عمل هذا الديوان إلا ابتداءً من 2009 بصور المرسوم التنفيذي 09-339<sup>3</sup> المؤرخ في 2009/10/22 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 96-87 السالف الذكر. يعتبر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري خاضعة لوصاية الوزير المكلف بالفلاحة ومكلفة بالتنظيم العقاري، منحها الشرع الشخصية المعنوية والإستقلال المالي، تخضع للقانون الإداري في علاقاتها مع الدولة ولأحكام القانون التجاري في معاملاتها مع الغير<sup>4</sup>.

نتج عن عمليات المضاربة على العقار ومخالفة القواعد العامة للتهيئة والتعمير إلى زيادة وتوسيع ظاهرة البناء الغير الشرعي والإستيلاء على الأراضي التابعة للدولة، هذه العمليات المتعددة والمتكررة أدت إلى تشويه المحيط الريفي وتقليص المساحات الزراعية، وخلق عدة مشاكل في مجال شغل الأراضي والتعمير كما أنها تفتت عائقاً أمام مشاريع التنمية المحلية؛ وفي هذا الإطار تم إتخاذ

<sup>1</sup> ج.ر، ع 15، المؤرخة في 1996/02/28.

<sup>2</sup> ج.ر، ع 49، المؤرخة في 1990/11/18.

<sup>3</sup> ج.ر، ع 61، المؤرخة في 2009/10/25.

<sup>4</sup> راجع: المواد من 01 إلى 04 من المرسوم التنفيذي 96-87 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

مجموعة من التدابير لضمان تداول الأراضي وضبط سوق عقارية منتظمة، وهو الأمر الذي تجسد من خلال قانون التوجيه العقاري وإنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية<sup>5</sup>.

## 2. المهام

يعتباره هيئة عمومية يتولى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية ويضطلع في هذا المجال بالمهام التالية:

➤ دراسة وتسيير طلبات الإمتياز عن طريق التفويض - على الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة،

➤ تسيير الأراضي الفلاحية التابعة للملكية الخاصة للدولة الممنوحة للإمتياز ومتابعتها،

➤ متابعة حسن إستغلال الأراضي والمستثمرات الفلاحية والسهر على عدم تغيير وجهتها<sup>6</sup>،

➤ ممارسة حق الشفعة باسم الدولة، لإمتلاك الأراضي الموضوعة للبيع،

➤ إعداد وضبط بطاقات المستثمرات الفلاحية، وإنشاء وتسيير بنك للمعطيات حول العقار الفلاحي والسهر على تطويره<sup>7</sup>.

وفي إطار ممارسته لصلاحياته ومهامه، يستفيد الديوان الوطني للأراضي الفلاحية من كل الوسائل البشرية والمادية الضرورية التي تزوده بها الدولة عن طريق التخصيص<sup>8</sup>، كما يمكن للديوان في نفس الإطار إقتناء كل مستثمرة أو أرض فلاحية يعهد بتهيئتها أو تميمها أو إستصلاحها عن طريق التعاقد، على أن يتنازل عن هذه الأخيرة وعن ثمنها بعد ذلك للدولة<sup>9</sup>. كذلك يؤهل الديوان بإبرام كل صفقة أو إتفاق أو إتفاقية مع هيئات وطنية أو أجنبية على السواء، وشراء أسهم في مؤسسات أخرى، وإجراء كل عملية بغض النظر عن نوعها تجارية كانت أو مالية أو صناعية، منقولة أو عقارية في سبيل

<sup>5</sup> Fatiha Baouche, L'évolution du foncier agricole en Algérie à travers les réformes, Thèse de Doctorat en Droit Rural, Université de Poitiers, 2014, p-p, 144-145.

<sup>6</sup> المادة 05 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>7</sup> المادة 02 من الملحق بالمرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم، السالف الذكر، المتضمن دفتر شروط تبعات الخدمة العمومية للديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المعدل والمتمم.

<sup>8</sup> المادة 08 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>9</sup> المادة 06 و07 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

تسهيل وتبسيط نشاطه؛ وكذا المشاركة أو تنظيم الملتقيات والتظاهرات ذات الصلة بنشاطه داخل وخارج الوطن<sup>10</sup>.

وفي ذات السياق، يهدف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية إلى ضبط وضعية العقار الفلاحية والسهل على عدم تغيير وجهته، حيث تسعى الدولة من خلال إنشاء هذه الهيئة لتفعيل ودعم رقابتها على الأراضي الفلاحية وتأمينها، لا سيما الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والمقدرة بـ 2.5 مليون هكتار موزعة على 100.000 مستثمرة فلاحية و218.000 مستفيد<sup>11</sup>.

### 3. التنظيم والعمل

يتشكل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية من مجلس إداري يدير عمله ومدير عام يسيّره<sup>12</sup>. أما مجلس الإدارة فيرأسه ممثل الوزير بالفلاحة ويتكون من: ممثل وزير العدل، ممثل الوزير المكلف بالأمالك الوطنية، ممثل الوزير المكلف بالجماعات المحلية، ممثل الوزير المكلف بالمالية، ممثل الوزير المكلف بالتهيئة العمرانية، ممثلين عن الغرفة الوطنية للفلاحة، ممثلين عن المنظمات النقابية الأكثر تمثيلا؛ كما له أن يستعين بكل شخص يفيد خلال مداواته<sup>13</sup>. ويتم تعيين أعضاء مجلس الإدارة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد عن طريق قرار يصدره الوزير المكلف بالفلاحة بناء على إقتراح السلطة التي ينتمون إليها<sup>14</sup>. يجتمع المجلس في دورتين عاديتين أو في دورة غير عادية متى تطلب الأمر ذلك بطلب من رئيسه أو المدير العام أو ثلث أعضاءه<sup>15</sup>. فيما يخص باختصاصاته فيتداول المجلس في المسائل التي ترتبط أساسا بتنظيم الديوان وعمله، لاسيما سيره العام ونظامه الداخلي، برنامج عمله، المسائل المالية، شروط إبرام الصفقات والاتفاقيات والمعاملات<sup>16</sup>، ... إلخ. والجدير بالإشارة، أن هذا المجلس لم يتم تنصيبه إلا منذ أوت 2010<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> المادة 09 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>11</sup> Fatiha Baouche, op.cit, p-p, 145-146.

<sup>12</sup> المادة 10 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>13</sup> المادة 13 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>14</sup> المادة 15 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>15</sup> المادة 16 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>16</sup> المادة 12 من المرسوم التنفيذي 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>17</sup> Fatiha Baouche, op.cit, p146.

أما المدير العامّ للديوان، فيتمّ تعيينه بموجب مرسوم رئاسي بناء على إقتراح من الوزير المكلف بالفلاحة<sup>18</sup>، ويعتبر المسير العام للديوان - في ظل إحترام صلاحيات المجلس-، يمثل الديوان، يمارس سلطة سلميّة على مستخدميه، يعدّ الميزانية التقديرية، يقوم بإبرام الصفقات والعقود والإتفاقيات، تحضير إجتماعات مجلس الإدارة وحضورها حضورا إستشاريا؛ كما يسهر على تنفيذ مداوات مجلس الإدارة المصادق عليها من قبل السلطة الوصية<sup>19</sup>.

وفي ذات السياق، وتفعيلا لدور الديوان الوطني للأراضي الفلاحية فإن هذا الأخير يتكون من أربع (04) مديريات مركزية وتسع (09) مديريات جهوية تُشرف على أربع وأربعين (44) مديرية ولائية؛ وتتشكل هذه الأخيرة من ثلاث (03) مصالح تسهيا لعمليها تتمثل في: مصلحة تسيير العقار الفلاحي، مصلحة المنازعات العقارية ومصلحة المعاملات الفلاحية<sup>20</sup>.

### المحور الثاني: تدخل الديوان الوطني للأراضي الزراعية في مجال عقود الإمتياز

أحدث المشرع خلال 2010 نظاما جديدا يقوم محلّ حق الإنتفاع الدائم سماه بحق الإمتياز، وألزم كل مستفيد من حق الإنتفاع تحويله إلى عقد إمتياز، وأوكل هذه المهمة للديوان الوطني للأراضي الفلاحية؛ كما أن هذا الإمتياز ليس حقا مطلقا وإنما يمكن التنازل عنه، كما أن المشرع جاز للمستفيد من هذا الحق من إبرام عقود شراكة لتحسين وتفعيل الإستغلال الأمثل للأراضي الفلاحية. وهو ما تفصل فيه كالتالي:

#### 1. تدخل الديوان الوطني للأراضي الزراعية لمنح عقود الإمتياز

أحدث المشرع بموجب القانون 10-03<sup>21</sup> المؤرخ في 15/08/2010 المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، نظام إستغلال جديد لهذه الأملاك محلّ حق الإنتفاع الدائم والمتمثل في "الإمتياز"، إذ نص هذا القانون على أن يقوم أصحاب

<sup>18</sup> المادة 19 من المرسوم 87-96 المعدل والمتمم.

<sup>19</sup> المادة 18 من المرسوم 87-96 المعدل والمتمم، السالف الذكر.

<sup>20</sup> بوربة كتو لامية، "التنظيم القانوني للبناء على العقار الفلاحي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 1،

تيزي وزو، 2016، ص ص، 311-312.

<sup>21</sup> ج.ر، ع 46، المؤرخة في 18/08/2010.

المستثمرات الفلاحية سواء الفردية أو الجماعية -إبتداء من تاريخ نشر هذا القانون<sup>22</sup>- باللجوء إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية من أجل إيداع طلبات تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز<sup>23</sup>. ويقصد بالإمتياز حسب المادة 02 من ذات القانون ذلك العقد الذي تخول بموجبه الدولة إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والأمالك السطحية التابعة لها لكل شخص طبيعي جزائري الجنسية، بناء على دفتر شروط، ولمدة أربعين (40) سنة كأقصى حد قابلة للتجديد<sup>24</sup>، مقابل دفع مقابل (إتاوة) سنوية. وقد جاء المرسوم التنفيذي 10-326<sup>25</sup> المؤرخ في 2010/12/23 لتحديد كفيات تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، والذي نص على أن تودع طلبات تحويل حق الإنتفاع بصفة فردية من كل عضو في المستثمرة أمام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بغض النظر عن إذا ما كانت المستثمرات جماعية أو فردية<sup>26</sup>؛ ويشترط لمنح الإمتياز لأعضاء المستثمرات حيازتهم لعقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية أو قرار من الوالي وأن يكونوا قد أوفوا بالالتزاماتهم وفقا لمفهوم القانون 87-19<sup>27</sup> المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم<sup>28</sup>.

وقد حددت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 10-326 الملف الذي يجب إيداعه أمام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية والمتشكّل من: إستمارة (وفقا للنموذج الملحق بالمرسوم)، نسخة

<sup>22</sup> تنص المادة 30 من القانون 03-10 على أنه: "يمنح المستثمرون الفلاحيون المذكورون في المادة 5 أعلاه أجل مدته ثمانية عشر (18) شهرا إبتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، لإيداع طلباتهم لتحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

عند إنقضاء هذا الأجل المنصوص عليه أعلاه، وبعد إعدارين متباعدين بفترة شهر واحد (1) يشتهما محضر قضائي بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، يعتبر المستثمرون الفلاحيون أو الورثة الذين لم يودعوا طلباتهم متخليين عن حقوقهم.

وفي هذه الحالة تسترجع إدارة الأمالك الوطنية بكل الطرق القانونية الأراضي الفلاحية والأمالك السطحية، ويمنح حق إمتيازها طبقا لأحكام هذا القانون".

وفي ذات السياق، أشارت المادة 31 من القانون 03-10 على أنه عبئ إستغلال هذه الأراضي في إنتظار منح حق الإمتياز على الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

<sup>23</sup> المادة 09 من القانون 03-10.

<sup>24</sup> نصت المادة 2/14 من المرسوم التنفيذي 10-326 على أنه: "يجد الإمتياز بطلب خطي من المستثمرين أصحاب

الإمتياز ويودع لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية إثنا عشر (12) شهرا على الأقل قبل تاريخ إنقضاءه".

<sup>25</sup> ج.ر. ع، 79، المؤرخة في 2010/12/29.

<sup>26</sup> المادة 02 من المرسوم التنفيذي 10-326.

<sup>27</sup> ج.ر. ع، 50، المؤرخة في 1987/12/09.

<sup>28</sup> المادة 05 من القانون 03-10.

عن بطاقة التعريف الوطنية، شهادة الحالة المدنية، نسخة من العقد المشهر أو من قرار الوالي، نسخة من مخطط أو رسم تحديد الحدود أو مخطط مسح الأراضي في حالة توفر المسح، تصريح شرفي يتضمن جرد لأموال المستثمرة وتعهدا بالوفاء بالتزاماته حسب مفهوم القانون 87-19 المشار إليها سابقا، بالإضافة إلى توكيل يعده الموثق في حالة تركة حتى يقوم أحدهم بتمثيلهم أمام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية. ثم يتولى الديوان دراسة الملف والتوقيع على دفتر الشروط وإرسال الملف إلى إدارة أملاك الدولة لإعداد عقد الإمتياز<sup>29</sup> متى توافرت كل الشروط والوثائق المطلوبة<sup>30</sup>. وعليه تعدّ إدارة أملاك الدولة عقد تحويل الإمتياز الدائم إلى حق إمتياز، وفي حالة مستثمرة جماعية يعدّ هذا العقد لكل مستثمر في الشيوخ وبحصص متساوية<sup>31</sup>؛ ويمكن لكل مستثمر تقديم طلب أمام الديوان لتشكيل مستثمرة فردية<sup>32</sup>، بيد أنّ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية يسعى في هذا المجال لتشجيع تجميع المستثمرات الفلاحية<sup>33</sup>. بعد ذلك يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بناء على دفتر الشروط وعقد الإمتياز المشهر بالمحافظة العقارية، بتبليغ العقد إلى صاحب الإمتياز وتسجيل المستثمرة الفلاحية في بطاقة المستثمرات الفلاحية؛ التي يتحمل صاحب الإمتياز مصاريف التسجيل فيها<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> المادة 05 من المرسوم التنفيذي 10-326.

<sup>30</sup> إذا تطلب الملف معلومات تكميلية أو التحقق من الوثائق المودعة أو الوقائع المصرح بها، يمكن للديوان الإستعانة بلجنة ولائية برئاسة الوالي؛ حسب ما جاءت به المواد 06 و07 و08 من المرسوم التنفيذي 10-326.

<sup>31</sup> المادة 06 من القانون 10-03، والمادة 12 من المرسوم 10-326.

<sup>32</sup> المادة 2/11 من القانون 10-03.

<sup>33</sup> المادة 1/11 من القانون 10-03.

نصت المادة 24 من قانون التوجيه الفلاحي 08-16 أنه: "التجميع عملية عقارية ترمي إلى تحسين بنية المستثمرات الفلاحية لإقليم فلاحي معين عن طريق إنشاء ملكيات فلاحية منسجمة وقابلة للإستثمار، غير منقطعة أو متكونة من قطع مجمعة بشكل جيد، وتسمح بما يأتي:

إلغاء تجزئة الأراضي الفلاحية التي يصعب إستغلالها إستغلالا رشيدا بسبب تشتت القطع،

توفير الظروف الموضوعية التي تشجع على إستعمال التقنيات والوسائل العصرية لإستغلال وحدات الإنتاج وتسييرها، تحديد وتنفيذ التهيئات الريفية التي تنظم تخصيص الأراضي عن طريق وضع مخطط شغل الأراضي، وتسهيل إستغلالها بإنجاز الأشغال الملحقة مثل شبكة الري والتطهير والصرف والمواصلات وفك لعزلة عن المستثمرات، تقليص الأضرار التي لحقت بالثروة العقارية الفلاحية، خاصة جزاء إقامة تجمعات بشرية وهياكل قاعدية للنقل".

<sup>34</sup> المادة 10 من القانون 10-03، والمادة 15 من المرسوم التنفيذي 10-326.

وفي ذات السياق، لا يمنح الإمتياز من خلال تحويل حق الإنتفاع فقط، وإنما يمنح كذلك بالتّرشيح<sup>35</sup> عن طريق طلب يباشره الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بعد الترخيص من الوالي، حيث تمنح الأولوية في هذه الحالة لبقية المستثمرين في المستثمرة الجماعية، للمستثمرين المجاورين بهدف توسيع مستثمراتهم، لمن لهم مؤهلات علمية و/أو تقنية ويقدمون مشاريع لعصرنة المستثمرة الفلاحية وتنميتها<sup>36</sup>.

## 2. تدخل الديوان في مجال التنازل عن حق الإمتياز

من إستقراء أحكام القانون 03-10 والمرسوم التنفيذي 10-326 السالفين الذكر، يفهم أن الأصل أن يمارس صاحب الإمتياز ما يتحبه له عقد الإمتياز من حقوق، وذلك لمدة أربعين (40) سنة قابلة للتجديد، غير أن المشرع أجاز التنازل عن حق الإمتياز سواء بعوض أو بدون عوض، ومنح للديوان الوطني للأراضي الفلاحية صلاحية الرقابة على هذه العملية<sup>37</sup>؛ وهو ما جاءت به المواد من 17 إلى 24 من المرسوم 10-326 والمواد من 13 إلى 15 من القانون 03-10.

### أ. التنازل بدون عوض

يخول التنازل نقل كل الحقوق والإلتزامات المترتبة عن حق الإمتياز<sup>38</sup> من صاحب الإمتياز إلى شخص آخر، وقد سمح القانون حسب ما جاءت به المادة 14 من القانون 03-10، بالتنازل مجانا عن هذا الحق لأحد ذوي حقوق المستفيد للمدة المتبقية من الإمتياز، بيد أن المشرع إشتراط أن يتم التنازل هذا في حالة عجز صاحب الإمتياز الأصلي و/أو بلوغه سن التقاعد. وعلى الراغب في التنازل تقديم طلب بذلك إلى المدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية مرفقا بالوثائق المتبينة لتوفر الشرطين السابقين، وعلى الديوان التأكد من ذلك. وفي ذات السياق، تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم ينح لا للديوان ولا لأصحاب إمتياز نفس المستثمرة الفلاحية ممارسة حق الشفعة في هذه الحالة -

<sup>35</sup> راجع: القرار المؤرخ في 2012/11/11 يحدد كفاءات إعلان الترشح ومعايير إختيار المرشحين لإمتياز الأراضي الفلاحية والأملك السطحية التابعة للأملك الخاصة للدولة، المتوفرة؛ المعدل، ج.ر، ع 44، المؤرخة في 2013/09/15.

<sup>36</sup> المادة 17 من القانون 03-10، والمادة 25 من المرسوم التنفيذي 10-326.

<sup>37</sup> عايدة مصطفاوي، "الرقابة على منح حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية والسياسية، ع 11، البلدة، 2017، ص11.

<sup>38</sup> راجع: المادتين 03 و04 من الملحق الثالث بالمرسوم التنفيذي 10-326 المتضمن دفتر شروط الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملك الخاصة للدولة.

التنازل بدون عوض- ذلك لأنها حالة إستثنائية وردت على سبيل الحصر، تتعلق بدوي المستفيد فقط وبتوفر شروط معينة<sup>39</sup>.

### ب. التنازل بعوض

يجوز لصاحب حق الإمتياز التنازل بعوض عن حقه لفائدة شخص آخر، ويتعين عليه قبل ذلك إعلام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية وتحديد مبلغ التنازل وهوية المرشح لإقتناء حق الإمتياز، إذ يمكن في هذه الحالة للديوان ممارسة حقه في الشفعة<sup>40</sup>. أما إذا تعلق الأمر بمستثمرة جماعية، يقوم الديوان بإخطار بقية أعضاء المستثمرة كتبيا بذلك الذين بإمكانهم ممارسة حق الشفعة، ولهم أجل ثلاثين (30) يوما للرد على ممارسة حق الشفعة<sup>41</sup>. والجدير بالذكر أن هذا التنازل لا يدوم إلا للفترة المتبقية من الإمتياز<sup>42</sup>.

وفي هذا السياق، يمكن تصوّر ثلاث حالات:

**الحالة الأولى:** إذا أبدى بقية المستثمرين رغبتهم في إقتناء حق الإمتياز يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بإعلام المستثمر الراغب في التنازل عن حقه في الإمتياز كتابيا بذلك، من أجل الشروع في إجراءات التنازل<sup>43</sup>.

**الحالة الثانية:** إذا إمتنع بقية المستثمرين عن ممارسة حق الشفعة، أو في حالة عدم ردّهم وفوات الأجال القانونية المحددة أعلاه، يمكن للديوان في هذه الحالة ممارسة هذا الحق وإعلام المستثمر صاحب الإمتياز كتابيا بذلك<sup>44</sup>.

**الحالة الثالثة:** إذا إمتنع كل من المستثمرين والديوان الوطني للأراضي الفلاحية عن ممارسة حق الشفعة، يرخص الديوان لصاحب الإمتياز المتنازل بعد موافقة الوالي، بمواصلة التنازل عن حقه في الإمتياز حسب الأحكام الواردة في القانون 03-10<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> عابدة مصطفاوي، المرجع السابق، ص12.

<sup>40</sup> المادة 17 من المرسوم التنفيذي 326-10.

<sup>41</sup> المادة 18 من المرسوم التنفيذي 326-10.

<sup>42</sup> المادة 2/22 من المرسوم التنفيذي 326-10.

<sup>43</sup> المادة 19 من المرسوم التنفيذي 326-10.

<sup>44</sup> المادة 20 من المرسوم التنفيذي 326-10.

<sup>45</sup> المادة 22 من المرسوم التنفيذي 326-10.

### 3. تدخل الديوان في مجال عقود الشراكة لإستغلال الأراضي الفلاحية

في سبيل تطوير وتحسين إستغلال العقار الفلاحي وتنمية المنتج الفلاحي الوطني، سمح المشرع بموجب المادة 21 من القانون 03-10 وحسب المادة 26 من المرسوم 10-326 لصاحب أو أصحاب المستثمرة الفلاحية المستفيدين من حق الإمتياز، بإبرام إتفاقات شراكة سنوية أو متعددة السنوات مع أشخاص طبيعيين جزائري الجنسية، أو أشخاص معنوية خاضعة كذلك للقانون الجزائري وأن يكون كل المساهمين فيه جزائري الجنسية. ويتم إبرام هذه العقود أمام الموثق الذي يُلزم بإعلام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بمجرد إبرام العقد.

### المحور الثالث: رقابة الديوان على تنفيذ المستثمرين أصحاب الإمتياز لإلتزاماتهم

نظرا للأهمية الإقتصادية والإجتماعية التي يكتسبها العقار الفلاحي، فإن الدولة أخذت على عاتقها مهمة الرقابة على الإستغلال الأمثل لهذا الأخير وحمايته من كل تعدي ومن كل ضرر قد يلحق به، وقد أوكلت هذه المهمة للديوان الوطني للأراضي الفلاحية، الذي يعتبر هيئة عمومية مكلفة بالتنظيم العقاري. حيث يمكن لهذا الأخير ممارسة الرقابة حول ظروف إستغلال الأراضي الفلاحية وكذا الأملاك السطحية التابعة لها، والتحقق من مطابقتها للبنود الواردة في دفتر الشروط، وعلى المستفيد من حق الإمتياز مساعدته في مهمته بتسهيل الدخول إلى المستثمرة وتوفير المعلومات والوثائق اللازمة لذلك<sup>46</sup>.

#### 1. إلتزامات المستثمر صاحب الإمتياز

حيث تتمثل إلتزامات المستثمر المستفيد من حق الإمتياز في ما يلي:

- ◀ توفير الوسائل اللازمة لإثمارها وإعطاء مردودية جيدة.
- ◀ الإدارة الشخصية والمباشرة للمستثمرة والأملاك السطحية التابعة لها، وعدم التنازل سواء الكلي أو الجزئي عن الحقوق الممنوحة له بموجب دفتر الشروط، كما يلتزم بعدم تأجيرها من الباطن.

<sup>46</sup> أنظر: المادة 05 من دفتر الشروط الذي يحدد كفيات منح حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة لصالح الهيئات العمومية، الملحق بالقرار المؤرخ في 29/03/2011، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط الذي يحدد كفيات منح حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة لصالح الهيئات العمومية.

التصريح عن كل إتفاقات الشراكة التي يبرمها والإلتزام بتطبيق إجراءاتها، والإعلام في حالة إلغائها وفقا للأحكام القانونية السارية.

الإلتزام بإستعمال مباني المستثمرة في حدود النشاطات الفلاحية المسجلة أو ذات الصلة بها.

الحفاظ على الوجهة الفلاحية للأراضي الممنوحة والأمولاك السطحية التابعة لها.

تسيير الأراضي الممنوحة والأمولاك السطحية التابعة بصفة منتظمة ودائمة، والإلتزام بعد تركها دون إستغلال لمدة سنة دون عذر مقبول.

دفع مبالغ الإتاوة السنوية في آجالها، وسداد كل الرسوم والمصاريف التي تخضع لها الأملاك.

الإلتزام بعدم البناء على الأراضي الممنوحة دون إستصدار ترخيص بذلك.

إعلام الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بكل طارئ أو مستجد يقف دون السير العادي للمستثمرة.

إلتزام الهيئة العمومية صاحبة الإمتياز المباشر على الأراضي والأمولاك السطحية التابعة بإحترام عقود النجاعة<sup>47</sup>.

وعليه فقد إعتبر المشرع المستثمر صاحب حق الإمتياز مخرلا بإلتزاماتها متى لم يحترم أحد الواجبات أو الإلتزامات المذكورة أعلاه، وهنا تتدخل الدولة ممثلة في الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لإتخاذ الإجراءات اللازمة. حيث بعد معاينة كل إخلال من هذه الإخلالات ومعاينتها من طرف المحضر القضائي، يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بإعداره للإمتثال لأحكام القانون ودفتر الشروط وكذا الإلتزامات التعاقدية، وذلك في ظرف زمني يحدده الديوان في الإعذار المبّغ له،

<sup>47</sup> راجع: المادة 22 و23 من القانون 03-10؛ والمادة 03 من الملحق الثالث بالمرسوم التنفيذي 10-326 المتضمن دفتر شروط الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة؛ وكذا المادة 04 من الملحق بالقرار المؤرخ في 29/03/2011، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط الذي يحدد كصفات منح حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة لصالح الهيئات العمومية.

وفي حالة عدم الإمتثال بعد فوات الأجل المحدد يوجّه لهذا الأخير إعدار آخر، وعند إنقضاء الأجل المحدد في الإعدار الثاني دون إمتثال صاحب الإمتياز تقوم إدارة الأملاك الوطنية بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بفسخ عقد الإمتياز فسخا إداريا. ويكون هذا الفسخ قابلا للطعن القضائي في أجل شهرين من تبليغه. ويترتب عن هذا الفسخ إلغاء عقد الإمتياز وأيلولة الأرض والمحلات المستعملة للسكن للدولة؛ أما الأملاك السطحية التابعة لها فيمنح له تعويض تحدده إدارة أملاك الدولة مع طرح 10% كتعويض للدولة في إصلاحا للأضرار المحتملة المترتبة على إخلال صاحب الإمتياز بالتزاماته، ويحتسب في مبلغ التعويض هذا الإمتيازات والرهون التي تثقل المستثمرة؛ ويكون مبلغ هذا التعويض قابلا للطعن أمام الجهات القضائية المختصة.<sup>48</sup>

## 2. تدخل الديوان في حالة عدم إستغلال الأرض الفلاحية و/أو ملحقاتها

يعتبر المشرع عدم إستغلال الأراضي الفلاحية الممنوحة في ظل حق الإمتياز تعسفا في إستعمال الحق، غير أن هذا الأخير لا تطبق عليه أحكام القانون المدني ولا يعتبر جزاءه جبر الضرر عن طريق التعويض، وإنما قرّر قانون التوجيه العقاري عقوبات أخرى لهذا الفعل<sup>49</sup>؛ إذ يقع على عاتق المستثمر الإلتزام بالإستثمار والإستغلال الفعلي والمباشر للأرض والأملاك السطحية التابعة لها؛ حيث تعدّ أرضا غير مستغلة كل أرض فلاحية تثبت بشهرة علنية أنها لم تُستغل إستغلالا فلاحيا فعليا على الأقل لمدة موسمين فلاحيين متتاليين، وعليه متى تبث عدم إستغلالها يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بعد إخطار صاحبها وعدم الإستجابة لطلبه وفوات أجل جديد، يتخذ الديوان الإجراءات اللازمة<sup>50</sup>، هذه الإجراءات قد تؤدي إلى إسقاط حق المستفيد وفسخ العقد. ومن صلاحيات الديوان في هذا المجال حسب المادتين 51 و 52 من قانون التوجيه العقاري ما يلي:

<sup>48</sup> المادة 28 من القانون 03-10، والمادة 06 من القرار المؤرخ في 2011/03/29، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط الذي يحدد كيفية منح حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة لصالح الهيئات العمومية؛ أنظر كذلك: المادة 08 من الملحق الثالث بالمرسوم التنفيذي 10-326 المتضمن دفتر شروط الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

<sup>49</sup> ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، ط 2015، دار هوم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 279.

<sup>50</sup> أنظر: المواد من 48 إلى 53 من القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18، يتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، ج.ع، ع 49، المؤرخة في 1990/11/18.

### أ. وضع الأرض حيز الإستثمار

تكون هذه الحالة عندما يكون المالك عاجزا عاجزا مؤقتا عن إستغلال الأرض لأسباب قاهرة، فيتم وضع الأرض حيز الإستثمار على نفقة المالك أو الحائز الظاهر -إذا كان المالك الحقيقي مجهولا-؛ بيد أن المشرع لم يبين حالة وجود مستأجر وعدم إستغلاله للأرض المستأجرة، كما أنه لم يحدّد مدّة وضع الأرض للإستثمار ولا كيفيات ذلك أي إذا ما كان يمنح إستثمارها للفلاحين المجاورين أو أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هو من يقوم بذلك<sup>51</sup>.

### ب. عرض الأرض للتأجير

تكون هذه الحالة كذلك متى كان المالك عاجزا مؤقتا عن إستغلال الأرض لأسباب قاهرة، غير أن المشرع لم يبين متى يلجأ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لهذا الإجراء، وإنما ترك السلطة التقديرية للديوان في تقرير ما يراه ملائما لإستغلال الأرض الفلاحية.

### ج. بيع الأرض

عندما تكون الأرض خصبة أو خصبة جدا ولا يستغلها صاحبها بصفة منتظمة ودائمة، ففي هذه الحالة إما يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ببيعها في المزاد العلني، وإما يقوم مالك هذه الأرض بعرضها على الديوان الوطني للأراضي الفلاحية حتى يتم البيع لصالحه بعد الإقتاق على الثمن، كما يمكن للمالك عرض مشتري للأرض على الديوان الذي يحق له ممارسة حق الشفعة أو إجازة البيع<sup>52</sup>.

### 3. تدخل الديوان في حالة تحويل الوجهة الفلاحية للأراضي و/أو الأملاك

#### التابعة

تأخذ وصف الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يوجه لإستهلاك الإنسان أو الحيوان أو يوجه للإنتاج الصناعي سواء بطريقة مباشرة أو بعد تحويله؛ وتصنف الأراضي الفلاحية إلى أراضي خصبة جدا وأراضي خصبة ومتوسطة وضعيفة الخصوبة وفقا لمعايير موضوعية وتقنية تتعلق خاصة بالتربة والإنحدار والمناخ والسقي<sup>53</sup>. ويحدد تصنيف الأراضي الفلاحية الموضوعة للإمتياز بناء على تصريح صاحب الإمتياز، من

<sup>51</sup> دغيش أحمد، "تدخل الدولة لضمان إستغلال العقار الفلاحي وعدم الإضرار به"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع3، سبتمبر 2014، ص ص. 97-96.

<sup>52</sup> دغيش أحمد، المرجع السابق، ص ص. 98-97.

<sup>53</sup> المواد 04 و 05 من القانون 25-90.

قبل لجنة ولأية يرأسها مدير المصالح الولائية وتتشكل من ممثلي: مديرية أملاك الدولة للولاية، مديرية الموارد المائية، مديرية الديوان الوطني للأراضي الفلاحية للولاية ورئيس المجلس الشعبي الولائي أو ممثله؛ وبمجرد إنتهاء اللجنة من أشغالها يُعدّ رئيسها مقرّر تصنيف الأراضي الفلاحية الممنوحة للإمتياز، ويوجّه لمدير أملاك الدولة للولاية وإلى مدير الديوان الوطني للأراضي الفلاحية للولاية وكذا تليغه إلى المعني بالأمر صاحب الإمتياز. وتكون هذه المقررات قابلة للتظلم أمام لجنة وطنية يحدد الوزير المكلف بالفلاحة تشكيلتها وعملها<sup>54</sup>.

ونظرا للأهمية الاقتصادية والوظيفة الإجتماعية التي تلعبها هذه الأراضي، فقد سعى المشرع لحمايتها والحفاظ على طابعها الفلاحي، وبالتالي يقع على المستثمر صاحب الإمتياز الإلتزام بعدم تغيير تخصيص الأراضي الممنوحة له في إطار الإمتياز و/أو الأملاك السطحية التابعة لها، سواء تعلق الأمر بمستثمرة جماعية أو فردية وإلا تعرض صاحبها أو أصحابها لإسقاط حق الإمتياز وفسخ العقد<sup>55</sup>. حيث جاء في نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 96-87 المعدل والمتمم السالف الذكر، أنه على الديوان الوطني للأراضي الفلاحية "أن يسهر على" ألا تؤدي أية صفقة تتعلق بالأراضي الفلاحية إلى تغيير وجهتها الفلاحية".

وفي ذات السياق، تجدر الإشارة إلى أنه وبالرغم من أن تغيير المستثمر صاحب الإمتياز للوجهة الفلاحية للأراضي الممنوحة له والأملاك التابعة لها يشكل خطرا وتهديدا على هذه الأخيرة يوجب حمايتها من طرف الدولة؛ إلا أننا نلاحظ أن الدولة تقوم غالبا بإلغاء تصنيف أراضي فلاحية وتخصيصها لإنجاز مشاريع عمرانية أو صناعية أو تنموية، وأن هذه الأراضي غالبا ما تكون أراضي فلاحية خصبة أو خصبة جدا، نذكر مثلا: المرسوم التنفيذي 11-335 المؤرخ في 20/09/2011 يتضمن إلغاء تصنيف قطع أراض فلاحية مخصصة لإنجاز سكنات ومرافق عمومية على مستوى ولاية الجزائر<sup>56</sup>، وكذا المرسوم التنفيذي 14-292 المؤرخ في 16/10/2014 يتضمن إلغاء تصنيف قطع أراض فلاحية مخصصة لإنجاز مناطق صناعية على مستوى بعض الولايات<sup>57</sup>. حيث نصت المادة 36 من قانون التوجيه العقاري 90-25 على أن القانون وحده يمكنه الترخيص بتحويل وجهة أي أرض فلاحية

<sup>54</sup> أنظر المواد من 03 إلى 05 من المرسوم التنفيذي 12-124 المؤرخ في 19/03/2012، يحدد المناطق ذات الإمكانات الفلاحية التي يعتمد عليها كأساس لحساب إتاوة أملاك الدولة بعنوان حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج.ر، ع 17، المؤرخة في 25/03/2012.

<sup>55</sup> عابدة مصطفاوي، المرجع السابق، ص 19.

<sup>56</sup> ج.ر، ع 53، المؤرخة في 28/09/2011.

<sup>57</sup> ج.ر، ع 61، المؤرخة في 16/10/2014.

خصبة أو خصبة جدا إلى أراضي قابلة للتعمير بالتقيد بمعايير تقنية ومالية يحددها القانون. غير أننا نتساءل عن من يقوم بدور الرقابة على مثل هذه التحويلات التي تشكل خطرا على الأراضي الفلاحية ذات النوعية العالية (خصبة وخصبة جدا)، بل وأحيانا مسقية أو مغروسة؟.

وقد إنتهت السلطات المعنية مؤخرا لذلك وحاولت تدارك الوضع من خلال إصدار وزير الفلاحة والتنمية الريفية منشورا وزاريا رقم 558 المؤرخ في 2014/09/03، والذي جاء ضمنه أن حصيلة تحويل الأراضي الفلاحية لأغراض التعمير والصناعة إزداد مؤخرا بطريقة مفرطة وغير سابقة وذلك في إطار تجاهل كلي للقواعد القانونية والتنظيمية الناطمة لمثل هذه الأفعال والمعاقبة عليها؛ وأن الإستمرار في مثل هذه الممارسات سيؤثر سلبا على المجهودات التي بذلتها السلطات العمومية في سبيل تحقيق الأمن الغذائي المستدام، خاصة في ظل ضعف المساحة الفلاحية المستعملة المقدر بـ 3% فقط من المساحة الكلية، والتي التّمن 8/1 منها فقط تشكل أراضي مسقية. وعليه دعى وزير الفلاحة والتنمية الريفية كل السلطات المحلية والوطنية المعنية لاسيما مدراء المديرات الولائية الفلاحية ومدراء محافظات الغابات الولاية والديوان الوطني للأراضي الفلاحية، إلى إتخاذ كل التدابير والإجراءات الضرورية والمناسبة للتصدي ووضع حد لهذه التعديلات التي تضرّ بالإقتصاد الوطني. حيث إعتبر الوزير المحافظة على الطابع الفلاحي الأراضي الزراعية مسألة أولوية، كما أنه نص على أن تخضع كل عملية تحويل وجهة الأراضي الفلاحية والتي تبادر بها الدولة لغايات تنمية أو التعمير والصناعة يجب أن تحترم الأحكام القانونية والتنظيمية من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن تخضع للموافقة المسبقة من السلطات المركزية لوزارة الفلاحة والتنمية الريفية؛ ذلك من أجل تحقيق التسيير والإستغلال العقلاني للأراضي الفلاحية وتفاذي ضياع وتبذير هذه الثروة المتناقصة والغير المتجددة.

#### 4. تدخل الديوان في رقابة البناء على الأراضي الفلاحية محل الإمتياز

منع المشرع إقامة أي منشأة أو بناية داخل المستثمرات الفلاحية إلا بعد الحصول على رخصة بذلك حسب القوانين المعمول بها في مجال التعمير والبناء، كما أوجب على المتحصل على رخصة البناء إلزامية إحترام حقوق البناء والمواصفات المتعلقة بالبناء على الأراضي الفلاحية والمحددة بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1992/09/13<sup>58</sup>، يتعلق بحقوق البناء المطبقة على الأراضي الواقعة خارج المناطق العمرانية للبلديات، المتمم بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2015/11/18<sup>59</sup>؛ حيث إذا تعلق الأمر بأراضي زراعية ذات الإمكانيات العالية والحسنة أو المتوسطة

<sup>58</sup> ج.ر، ع 86، المؤرخة في 1992/12/06.

<sup>59</sup> ج.ر، ع 03، المؤرخة في 2016/01/17.

والأراضي الصحراوية المستصلحة والأراضي الرعوية أو ذات الطابع الرعوي والأراضي الحلقائية، يجب أن لا تتجاوز المساحة المخصصة لبناء منشآت التجهيزات 50/1 من المساحة الكلية للأرض، وألا تتجاوز البنائات ذات الإستعمال السكني 250/1 من المساحة الكلية للأرض الفلاحية عندما تكون مساحة هذه الأخيرة أقل من خمس (05) هكتارات، وترفع هذه المساحة بخمسين (50) مترا مربعا لكل هكتار إذا تجاوزت مساحة الأرض خمسين هكتارا في حالة منشآت التجهيزات أما في حالة البنائات ذات الإستعمال السكني فيضاف عشرون مترا مربعا لكل هكتار إذا كانت مساحة الأرض تتراوح بين 5 و 10 هكتارات، وإذا تجاوزت هذا الحدّ تحسب عشرة أمتار مربعة عن كل هكتار.

أما إذا تعلق الأمر بأراضي زراعية ذات إمكانيات ضعيفة فهنا يجب ألا تتجاوز مساحة البنائات 25/1 من المساحة الكلية بالنسبة لمنشآت التجهيزات بنفس الشروط والزيادة المذكورة أعلاه؛ أما بالنسبة للبناءات ذات الإستعمال السكني فيجب ألا تتجاوز 10/1 من المساحة الكلية إذا كانت أقل من (1000) متر مربع وإذا تجاوزت هذا الحدّ تضاف إليها عشرون مترا لكل ألف (1000) متر مربع بالنسبة للأراضي الزراعية ذات الإمكانيات الضعيفة والتي تتوفر فيها ضغوطات طوبوغرافية؛ أما الأراضي التي لا توجد بها ضغوطات طوبوغرافية فيجب ألا تتجاوز مساحة البنائات المخصصة للسكن 100/1 من المساحة الإجمالية. غير أنه يجوز لوزير الفلاحة الترخيص بهذه البنائات التي تتعدى المواصفات المذكورة بناء على إقتراح من لجنة وزارية مشتركة خاصة، إذا كانت هذه البنائات موجهة لإحتضان منشآت التجهيزات المدرجة في إطار الإستثمار الفلاحي<sup>60</sup>.

وفي حالة عدم الحصول على ترخيص مسبق أو عدم إحترام المواصفات المذكورة أو عدم التقيد بما جاءت به الرخصة، يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية عن طريق مصالح مديرياته بتسجيل الإعتداءات على الأراضي الفلاحية وعرضها على اللجان الولائية المختصة للفصل في هذه المخالفات<sup>61</sup>.

مما سبق عرضه بخصوص صلاحيات الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في مجال العقار الفلاحي، نلاحظ أن المشرع قد منحه عدة صلاحيات في مجالات متعددة، غير أنه في مقابل ذلك نجد هذا الديوان يفتقر لكل الوسائل المادية والبشرية للقيام بمهامه، الأمر الذي يعرقل من فعاليته، وهو ما توصلنا إليه بعد طرح التساؤل على مسؤولي الديوان الذين أكدوا نقضا فاضحا في الإمكانيات

<sup>60</sup> أنظر: المواد 03، 04، 05 و06 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13/09/1992، المتمم، السالف الذكر.

<sup>61</sup> بورية كتولامية، المرجع السابق، ص ص، 308-312؛ عائدة مصطفاوي، المرجع السابق، ص ص، 13-16.

حيث ليس لهم أعوان كثيرون والديوان ليست لديه وسائل نقل كافية من أجل قيام أعوانه بمهمة الرقابة على أكمل وجه.

### الخاتمة

في الختام، يمكن القول أن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية هيئة عمومية رقابية، وبالتالي فإن مهمته لا تتمثل في تسوية وضعية العقار الفلاحي وإنما في تجنب وقوع إعتداءات جديدة عليه مما قد يزيد من تأزم وضعيته؛ كما نشير إلى أن هذا الديوان وبالرغم من الصلاحيات المتعددة والمهمة الممنوحة له إلا أنه من الناحية العملية لم يتمكن من أداء الدور المنوط به نظرا لنقص الإمكانيات المادية والبشرية والتقنية الممنوحة له، ضف إلى ذلك تأخر تفعيل هذه الهيئة إذ تم إنشائها سنة 1996 بموجب المرسوم التنفيذي 96-87 بينما لم يتم تفعيلها إلا سنة 2009 بصور المرسوم التنفيذي 09-339.

وفي ذات السياق نوجه مجموعة من التوصيات العامة والمتمثلة فيما يلي:

نظرا لتعقيد الإجراءات وتعددتها وتداخل الصلاحيات بين مختلف الفاعلين في مجال العقار الفلاحي، ندعوا لتحرير هذا الأخير من الإجراءات الإدارية وإيجاد آليات مبسطة لتمكين الفلاحين وعَمال الأرض من الإستثمار المنتج للثروة في المجال الفلاحي في أوسع مجالاته، مع احتفاظ الديوان بدوره في الرقابة؛

ندعوا المشرع لتفعيل النصوص القانونية وتوفير الإمكانيات اللازمة لهذه الهيئة من أجل القيام بمهمتها على أكمل وجه ووضع حدّ للاختلالات والإعتداءات والمضاربات التي يتعرض لها العقار الفلاحي يوميًا؛

مراجعة القانون 10-03 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، ومراسيمه التنفيذية بها يكفل رفع اللبس عن العديد من التناقضات المتواجدة بين مختلف النصوص القانونية، وخاصة المذكرات الوزارية المشتركة والتعليمات؛

المراجع:

1- المراجع باللغة العربية:

-الكتب:

لبلى زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، ط 2015، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

-المقالات:

بوربعة كتو لامية، "التنظيم القانوني للبناء على العقار الفلاحي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع 1، تيزي وزو، 2016.

دغيش أحمد، "تدخل الدولة لضمان إستغلال العقار الفلاحي وعدم الإضرار به"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع3، سبتمبر 2014.

عايدة مصطفاوي، "الرقابة على منح حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية والسياسية، ع 11، البليدة، 2017.

-القوانين:

القانون 87-19 المؤرخ في 08/12/1987 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج.ر، ع 50، المؤرخة في 09/12/1987.

القانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، ج.ر، ع 49، المؤرخة في 18/11/1990.

القانون 10-03 المؤرخ في 15/08/2010 المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج.ر، ع 46، المؤرخة في 18/08/2010.

المرسوم التنفيذي 96-87 المؤرخ في 24/02/1996، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المعدل والمتمم، ج.ر، ع 15، المؤرخة في 28/02/1996.

المرسوم التنفيذي 09-339 المؤرخ في 22/10/2009 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 96-87، ج.ر، ع 61، المؤرخة في 25/10/2009.

المرسوم التنفيذي 10-326 المؤرخ في 23/12/2010 لتحديد كيفية تطبيق حق الإمتياز لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج.ر، ع 79، المؤرخة في 29/12/2010.

المرسوم التنفيذي 12-124 المؤرخ في 19/03/2012، يحدد المناطق ذات الإمكانات الفلاحية التي يعتمد عليها كأساس لحساب إتاوة أملاك الدولة بعنوان حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج.ر، ع 17، المؤرخة في 25/03/2012.

القرار المؤرخ في 29/03/2011، يتضمن الموافقة على دفتر الشروط الذي يحدد كيفية منح حق الإمتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة لصالح الهيئات العمومية.

- Thèse de doctorat :

Fatiha Baouche, L'évolution du foncier agricole en Algérie à travers les réformes, Thèse de

Doctorat en Droit Rural, Université de Poitiers, 2014.

## حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين في التشريع الفلسطيني

*The Right of Individuals to Contest the Unconstitutionality  
of Laws in Palestinian Legislation*

أ. هديل وائل أبو مرعي

محامية متهمة، وباحثة في مرحلة الماجستير، تخصص القانون العام  
الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين.

[hadeelabumaree@gmail.com](mailto:hadeelabumaree@gmail.com)

د. أحمد عبد الحكيم شهاب\*

محامي، دكتوراه في القانون العام والقضاء

محاضر بكلية الشريعة والقانون

الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين

[ashehab@iugaza.edu.ps](mailto:ashehab@iugaza.edu.ps)

تاريخ إرسال المقال: 2020-10-19 تاريخ قبول المقال: 2020-12-08 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

المخلص:

تتركز دراستنا حول وسائل إقامة الدعوى الدستورية، حيث أنه بموجب هذه الوسائل يصل علم المحكمة بالدعوى الدستورية طبقاً للأوضاع القانونية السلمية، فقام المشرع الفلسطيني بتحديد طرق تحريك الدعوى الدستورية في سبيل الرقابة على دستورية القوانين، سنقوم بتكيز دراستنا حول حق الفرد في الطعن بعدم الدستورية، ثم بيان الإجراءات التي يتبعها إقامة دعوى دستورية. وقد خلصت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، أهم النتائج أن المشرع الفلسطيني لم يوفق في قصر الحق في الدعوى الأصلية على الجهات المعنية في القرار بقانون دون إعطاء الحق للأفراد والهيئات وهم أصحاب المصلحة الأكبر في إلغاء التشريعات التي تمس حقوقهم وحررياتهم، أما أهم التوصيات نوصي بالعدول عن التعديل الوارد في القرار بقانون، بقبامه بإلغاء حق الأفراد من اللجوء للدعوى الأصلية المباشرة، وحصرها لبعض الفئات والهيئات الاعتبارية، وهو ما يشكل انتقاصاً لحق الفرد صاحب المصلحة من اللجوء للتقاضي المباشر لتحقيق مصلحته الشخصية.

الكلمات المفتاحية: الدعوى الدستورية، المحكمة الدستورية، الطعن، فلسطين.

\* المؤلف المرسل

**Abstract:**

Our study focused on the means of instituting a constitutional lawsuit, as according to these means, the court's knowledge of the constitutional lawsuit in accordance with the sound legal conditions stipulated in the court's law, and its effectiveness, are explained by the Palestinian legislator, so the Palestinian legislator has defined ways to initiate the constitutional case in the Palestinian Constitutional Court Law. After reviewing the legal text, we find that the Palestinian legislator has adopted four methods to initiate the constitutional lawsuit in order to control the laws, which are the referral method from the subject court, the subsidiary defense method, the confront from the Supreme Constitutional Court, and the original direct lawsuit. We will focus our study on the right of the individual to challenge the unconstitutionality of laws, as individuals have the right to protect their rights if they are violated, and then explain the procedures that the individual follows to institute a constitutional case. The study concluded with a set of findings and recommendations, the most important of which is that the Palestinian legislator has given the right to the Supreme Constitutional Court to use the blocking license on its own. This is because it is unacceptable for the legislator to authorize the right of referral to the lower court than the Constitutional Court and then deprive the Constitutional Court itself from using the right to confront, which is the court that has general jurisdiction over adjudication of constitutional disputes.. While the Palestinian legislator was unable to limit the right to the original lawsuit to The bodies designated in the decision by law without giving the right to individuals and bodies, knowing that persons, whether natural or legal, are the major stakeholders in canceling legislation that affects their rights and freedoms, and as for the most important recommendations, we recommend that we change the amendment contained in the decision by law, by abolishing the right of individuals to resort to lawsuits. This constitutes a diminution of the right of the individual having an interest from resorting to direct litigation to achieve his personal interest, as well as working on organizing all procedures for hearing the constitutional case from the moment it is filed until it is decided in the law of the Supreme Constitutional Court. The analogy with the articles that regulate the litigation process in ordinary cases cannot be relegated to the constitutional lawsuits of the special nature of these cases, the importance of their rulings, and the legal implications thereof.

**Key words:** Constitutional Case, Constitutional Court, Appeal, Palestine.

**1- المقدمة:**

تعتبر الرقابة القضائية على دستورية القوانين من أهم الطرق التي تكفل احترام الحقوق والحريات العامة التي نص عليها الدستور، فهي الضمانة الحقيقية لمساءلة السلطة التشريعية والتنفيذية أمام الهيئة القضائية في حالة تجاوزها للحدود التي رسمها المؤسس الدستوري في تنظيمه لممارسة تلك الحقوق والحريات، حيث أصدر الرئيس الفلسطيني قراراً رئاسياً بتشكيل أول محكمة دستورية فلسطينية علماً، مكونة من قضاة محاكم، وأكاديميين وخبراء في القانون الدستوري، وتم فيما بعد

إقرار قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006، والذي سيكون موضع دراستنا في تفسير نصوص القانون وبيان أهم التعديلات التي طرأت على هذا القانون، والقصور الذي شاب التعديلات.

## ● أهمية الموضوع

– يسלט الضوء حول طرق تحريك الدعوى الدستورية وبيّن الإجراءات المتبعة في تحريكها

– يتناول حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين، أي إمكانية لجوء الأفراد بشكل مباشر إلى المحكمة الدستورية لمخاصمة نص وارد في قانون ما بدعوى مخالفته لنص دستوري.

– يتناول عدد من الإشكاليات التي قد تعترض الأفراد في اللجوء للمحكمة الدستورية.

● **الإشكالية:** تتلخص الإشكالية في سؤال مركزي: مدى إمكانية الأفراد في اللجوء إلى المحكمة الدستورية بطريق الدعوى الأصلية المباشرة، حيث تتمثل في مدى إعطاء الحق للأفراد باللجوء بشكل مباشر للمحكمة الدستورية لتحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين أو اللوائح المخالفة لأحكام الدستور دون اشتراط وجود دعوى يكون الفرد طرفاً فيها أمام المحاكم النظامية أو هيئات ذات الاختصاص القضائي.

● **الفرضيات:** يجوز إعطاء الحق للأفراد والهيئات في الطعن بعدم دستورية القوانين بطريق الدعوى الأصلية المباشرة، ذلك لأنهم أصحاب المصلحة الأكبر في إلغاء التشريعات التي تمس حقوقهم وحررياتهم.

● **المنهجية المتبعة:** استخدمت الباحثة المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال استعراض وتحليل النصوص القانونية التي تضمنها قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، حول الطرق المتبعة في تحريك الدعوى الدستورية، وقمنا بمقارنة بعض نصوص القانون الفلسطيني المتمثل في نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006، مع القانون المصري المتمثل في نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 المعمول به ليومنا هذا حول الوسائل المتبعة في تحريك الدعوى الدستورية.

## 2- طرق تحريك الدعوى الدستورية

تعد الرقابة على دستورية القوانين من المبادئ الدستورية الأساسية التي تشكل ضمانة مهمة تكفل قيام دولة القانون، وهذه الرقابة تعني خضوع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والتنفيذية للرقابة القضائية الدستورية المختصة للتأكد من مطابقتها للنصوص الدستورية، وبالتالي وضع رقابة

على القواعد القانونية التي يضعها المشرع العادي، والتي يجب عليها ألا تخالف الأحكام أو النصوص التي جاء بها الدستور، وإلا ترتب إلغاء أو عدم تطبيق القانون المخالف للدستور<sup>(1)</sup>.

تبنى المؤسس الدستوري الفلسطيني موضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وهذا ما أكدت عليه المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني حول ضرورة تشكيل المحكمة الدستورية العليا، كما نصت المادة السادسة من قانون السلطة القضائية على ذلك، وأفرد لها المشرع الفلسطيني قانون خاص ينظمها ويحدد اختصاصاتها، فصدر قانون المحكمة الدستورية رقم (3) لسنة 2006م.

قام المشرع الفلسطيني بتحديد طرق تحريك الدعوى الدستورية في نص المادة 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006م، وبعد الاطلاع على النص القانوني نجد أن المشرع الفلسطيني تبنى أربع طرق لتحريك الدعوى الدستورية في سبيل الرقابة على دستورية القوانين، وهي طريق الدعوى الأصلية المباشرة، طريق الإحالة من محكمة الموضوع، طريق الدفع الفرعي، وطريق التصدي، حيث ذكر الدكتور فتحي الوحيد في تقريره عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها في نص مشروع قانون المحكمة الدستورية أن هناك ثلاثة وسائل لممارسة المحكمة الدستورية لاختصاصها (التصدي، الإحالة، الدفع)، وأضاف أن المشرع الفلسطيني تأثر بالمشرع المصري، حيث حكمت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم قبول الدعوى الدستورية الأصلية كوسيلة للطعن بعدم دستورية النصوص التشريعية، كما برر بعض الفقه الدستوري عدم الأخذ بطريق الدعوى الأصلية، والاكتفاء بالوسائل الثلاث المذكورة آنفاً بالمبررات التالية<sup>(2)</sup>:

- خشية إباحة حق الطعن المباشر إلى إساءة استعماله وتكدس قضايا المحكمة الدستورية.
- الأصل مراعاة كافة القوانين واللوائح لأحكام الدستور إلى أن يثور خلاف جدي بشأن عدم دستورية أي نص منها عند طرحه على القضاء لتطبيقه، فيعرض أمر دستوريته للبت فيه.

أقر المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006م طريقة الدعوى الأصلية المباشرة، ثم تم تقييد هذه المادة بقرار بقانون سيتم الحديث عنها تفصيلاً:

(1) عبد الإله اشتيوي، الضمانات القانونية لنفاذ قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018، ص83.

(2) فتحي الوحيد، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، سلسلة التقارير القانونية 60، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، ص30

يحق للأفراد تحريك الدعوى الدستورية بطريقتين طريقة الدعوى الأصلية وطريقة الدفع الفرعي، حيث تعد الدعوى الأصلية إحدى الآليات المتبعة لدى الدول التي تتبنى أسلوب الرقابة القضائية وتتجسد بدعوى قضائية قائمة بذاتها منفصلة عن غيرها من النزاعات، وبموجبها يحق لصاحب الشأن الذي تضرر من التشريع المخالفة للقواعد الدستورية رفع دعوى أمام المحكمة المختصة بشكل مباشر للنظر فيه، أما الآلية الأخرى تتمثل بالدفع الفرعي، وبموجبها يحق للأفراد الطعن بعدم دستورية قانون أو لأئحة بالدفع الفرعي، وتفترض هذه الوسيلة وجود دعوى أمام القضاء ويدفع أحد الخصوم في هذه الدعوى بعدم دستورية التشريع المطبق على هذا النزاع، وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية دفع هذا الخصم تمنحه ميعاد معين لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية الفلسطينية<sup>(3)</sup>.

### 1.3 - طريقة الدعوى الأصلية المباشرة

تبنى قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني أسلوب الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية المباشرة أو ما يسمى الادعاء المباشر، وذكرنا سابقاً أن المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 المعمول به ليومنا هذا لم يتبنى هذه الوسيلة ولم يشر إليها أبداً مكتفياً بالطرق الأخرى<sup>(4)</sup>.

عرف الدكتور باسم بشناق الدعوى الدستورية الأصلية بأنها: "دعوى قضائية تمكن صاحب المصلحة المتضرر من قانون معين برفع دعوى أصلية للمحكمة الدستورية المختصة طالباً إلغاء ذلك القانون لأنه مخالف للدستور، ودون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من الدعاوى القضائية"<sup>(5)</sup>.

تتمثل هذه الطريقة في إعطاء الحق للأفراد باللجوء بشكل مباشر إلى المحكمة الدستورية لتحريك الرقابة القضائية على دستورية القوانين أو اللوائح المخالفة لأحكام الدستور دون اشتراط وجود نزاع أو دعوى موضوعية يكون الفرد طرفاً فيها أمام محكمة من المحاكم النظامية، فإذا تحققت المحكمة من عدم دستوريته قضت بإلغائه بالنسبة للكافة ويعتبر القانون بعد الحكم كأن لم يكن ولا يجوز الاستناد

(3) نوار محمود بدير، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2016، ص48.

(4) عبد الإله اشتيوي، الضمانات القانونية لنفاد قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018، ص105.

(5) باسم صبحي بشناق، محاضرات في النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة نيسان للطباعة والنشر، غزة، 2016، ص254.

إليه بعد ذلك<sup>(6)</sup>، والحكم الصادر في هذه الحالة يكون ذا حجية عامة ومطلقة يسري في مواجهة ذوي الشأن<sup>(7)</sup>

### - أهداف الدعوى الأصلية المباشرة

حصر فقهاء القانون الأهداف التي يتوخاها المشرع من منح الأفراد والهيئات العامة صاحبة المصلحة الطعن في دستورية التشريعات بطريق الدعوى الأصلية في حماية الحقوق والحريات، والرقابة على دستورية القوانين والتحقق من شرعية أعمال الدولة، وتعميق قيم الديمقراطية في ضمير الشعب من خلال وضع الرقابة الدستورية في متناول أفراد الشعب.

### 2.3- حق الأفراد في الطعن بعدم دستورية القوانين

تجدد الإشارة إلى أن الحق في رفع الدعوى لا يكون لجميع الأفراد بشكل حر، ولكن يوجد قيد على من يريد أن يرفعها وهو شرط وجود مصلحة، وأن يكون قد أصابه ضرر أو مجرد احتمال وقوع ضرر فيما لو طبق القانون عليه، وهذا ما أكدت عليه المادة (27)، حيث يحق لصاحب الشأن الذي تضرر من التشريع المخالف للقواعد الدستورية وتوافر فيه شرط المصلحة بأن أصابه ضرر أو قد يصيبه بالمستقبل رفع دعوى أمام المحكمة المختصة بشكل مباشر للنظر فيه حتى وإن لم يطبق عليه التشريع بعد، وللمحكمة أن تقضي بإلغائه إذا تبين عدم دستوريته، دون ارتباطها بنزاع قائم أمام محكمة أخرى<sup>(8)</sup>، وتبنى المشرع الفلسطيني هذا النوع من الرقابة وخول الشخص المتضرر بإمكانية الطعن.

لم يحدد المشرع الفلسطيني المقصود "بالشخص المتضرر" ومقدار الضرر المؤدي لرفع الدعوى ونوعه إذا ما كان مادي أو معنوي، الأمر الذي يخلق إشكالية ويفتح المجال أمام العديد من الأشخاص لرفع مثل هذه الدعاوى التي قد تكون كيدية، ويتجه جانب من الفقه الدستوري إلى ضرورة تقييد الدعاوى الأصلية ببعض الشروط كأن ترتبط بجزء في حالة خسارة المدعي للدعوى أو ظهرت بعض الأدلة التي تثبت كيدية، حيث أن المتضررين هم أصحاب المصلحة في رفع الدعوى<sup>(9)</sup>.

<sup>(6)</sup> باسم صبحي بشناق، محاضرات في النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة نيسان للطباعة والنشر، غزة، 2016، ص 106، نقلاً عن الفراء، طرق إقامة الدعوى الدستورية، ص 25.

<sup>(7)</sup> فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م، ص 228.

<sup>(8)</sup> نوار محمود بدير، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2016، ص 48.

<sup>(9)</sup> نوار محمود بدير، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2016، ص 49.

انفرد المشرع الفلسطيني باعتراف فكرة الدعوى الأصلية باعتبارها طريقاً من طرق تحريك الدعوى الدستورية متجاوزاً بذلك مع الفقه الفلسطيني الذي رأى ضرورة الأخذ بها، حيث ان مشروع قانون المحكمة الدستورية العليا لم ينص بادئ الأمر على الدعوى الأصلية، إلا أن المشرع الفلسطيني أثناء دراسته لمشروع القانون تجاوب مع المذكرة التي قدمها الدكتور فتحي الوحيدى لرئيس اللجنة القانونية بالمجلس التشريعي الفلسطيني<sup>(10)</sup>، والتي جاء في البند الرابع منها على أن "يجب إضافة مادة لاختصاص المحكمة تبيح رفع الدعوى الأصلية مباشرة أسوة ببعض الدول المتقدمة..."، حيث يرى الفقه الدستوري الحديث ضرورة منح الأفراد حق رفع دعوى أصلية بعدم الدستورية؛ لأنه هذا يكفل فرصة أوفى لإثارة مسألة الدستورية ويعفي المواطنين من الانتظار لحين إقامة دعوى ضدّهم، وبعد ذلك يتسنى لهم ابداء الدفع بعدم الدستورية، وتقتنع المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بجدية الدفع أو تقوم بإحالة الأوراق من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مسألة الدستورية، وبالطبع هذا سيؤدي إلى المشاركة الفعالة من المواطنين، وكذلك الهيئات العامة في الزام المشرع العادي حدود الدستور، ومن الممكن تقادي الاعتراض القائم على تكديس الطعون أمام المحكمة، مما يعوقها عن التفرغ لمهامها، وذلك عن طريق وضع شروط متعلقة بالمصلحة في الدعوى، بمعنى أن يشترط فيرفع الدعوى الأصلية بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أن يكون في مركز قانوني يمسه النص المطعون فيه، فضلاً عن إمكانية فرض غرامة مالية على من يخسر الدعوى الأصلية الدستورية، مما يحد من عدد الدعاوى أمام المحكمة بحيث لا يرفع الدعوى إلا من كان جاداً ومقتنعاً بعدم دستورية النص الذي يطعن فيه، كما أنه إذا كان هناك تخوف من إباحة الطعن للأفراد عن طريق الدعوى الأصلية، ومن أجل تقادي الانتقادات الموجهة إليها فإنه يمكن إعطاء الحق في رفع الدعوى إلى الهيئات الموجودة في الدولة والتي تتمتع بشخصية معنوية عامة مستقلة كالجامعات وكليات الحقوق والنقابات وبصفة خاصة نقابة المحامين والمجالس البلدية وغيرها، فمثل هذا القول يقضي على التخوف من إعطاء الأفراد بذواتهم الحق في اللجوء إلى الدعوى الأصلية، كما يجعل من هذه الوسيلة طريقاً عملياً للرقابة على دستورية القوانين، والنص المقترح هو: "يجوز للأفراد والهيئات التي تتمتع بالشخصية المعنوية العامة رفع دعوى أصلية أمام المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة على أن يكون صاحب الدعوى الدستورية في مركز قانوني يمسه النص المطعون فيه، وتقرض غرامة مالية تقدرها المحكمة الدستورية على من يخسر الدعوى الأصلية الدستورية"<sup>(11)</sup>

(10) تجاوب المشرع الفلسطيني أثناء دراسته لمشروع القانون مع المذكرة التي قدمها الدكتور فتحي الوحيدى لرئيس اللجنة القانونية بالمجلس التشريعي الفلسطيني السيد زياد أبو زياد بتاريخ 2005/7/10، في البند الرابع التي تنص على ضرورة إقرار طريق الدعوى الأصلية المباشرة.

(11) عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص 197.

وبخصوص تعديل نص المادة (27) من قانون المحكمة الدستورية رقم 3 لسنة 2006، فقد نصت المادة (11) من القرار 2012/10/30 الخاص بتعديل قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 بقانون والتي جاء فيها: "تعديل الفقرة (1) من المادة (27) من القانون الأصلي لتصبح على النحو الآتي: 1. بطريق الدعوى الأصلية المباشرة المقامة من: أ. رئيس السلطة الوطنية. ب. رئيس أو ثلثي أعضاء مجلس الوزراء. ج. رئيس أو ربع أعضاء المجلس التشريعي. د. رئيس أو ثلثي أعضاء مجلس القضاء الأعلى. هـ. المفوض العام للهيئة المستقلة لحقوق الإنسان. ز. ممثلو الأحزاب السياسية المرخصة للعمل في أراضي السلطة الوطنية."

تجدد الإشارة إلى أن النص القانوني يتحدث عن الدعوى الأصلية المباشرة للتقاضي أمام المحكمة الدستورية العليا بلا قيد أو شرط، بل يسمح لأي متضرر أن يقيمها أمام المحكمة، وهذا كان محل نقد يؤدي إلى فتح باب دعاوى الكيدية التي تزيد من عبء المحكمة الدستورية، وتؤثر على فاعليتها، أما القرار بقانون قيد هذه الدعوى واشترط إقامتها من قبل جهات معينة<sup>(12)</sup>

تري الباحثة أن المشرع الفلسطيني لم يوفق في قصر الحق في الدعوى الأصلية على الجهات المعينة في القرار بقانون دون إعطاء الحق للأفراد والهيئات، مع العلم أن الأشخاص سواء طبيعيين أو معنويين هم أصحاب المصلحة الأكبر في إلغاء التشريعات التي تمس حقوقهم وحررياتهم المخالفة للدستور، وبالتالي كان يتعين أن يشملهم الحق في تحريك الدعوى الأصلية، حتى لا يقفون عاجزين أمام تشريعات تنال من حقوقهم وحررياتهم، ولا يجدون سوى وسيلة الدفع الفرعي في دعوى موضوعية قد لا ترفع أبداً، أو ترفع بعد مدة طويلة من نفاذ التشريع، وقد تقرر محكمة الموضوع عدم جدية الدفع، ومن ناحية أخرى فإن التعديل يتحدث عن إقامة الدعوى بواسطة "ممثلو الأحزاب السياسية..." فمن هي الأحزاب المرخصة في فلسطين، وعلى أي أساس تم اختيار هذه الجهات الستة لتكون مؤهلة لإقامة الدعوى الأصلية المباشرة؟!، وبالتالي كان على المشرع أن يحيط تلك الطريقة بالضمانات الكافية للحد من اسراف الأفراد في الطعن في نصوص التشريع، دون تقييد هذا النص بمجموعة من الجهات على سبيل الحصر، وحرمان الأفراد من حقهم في الطعن بعدم الدستورية.

### 3.3 طريق الدفع الفرعي

أخذ المشرع الفلسطيني بطريق الدعوى الفرعية كأحد طرق اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى، وهذا ما أكدت عليه المادة (3/27)، ومفاد هذه الطريقة أن يكون هناك قضية مطروحة أمام القضاء العادي تخص مسألة متعلقة بأمر من الأمور إما أن تكون مدنية أو تجارية أو جنائية أو إدارية...، ومن خلال هذه القضية يقوم أحد الخصوم بالدفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه، فإن قررت المحكمة أن الدفع صحيح وجدي، وجب عليها أن تؤجل الفصل في الدعوى

<sup>(12)</sup> أشرف صيام، قراءة قانونية في القرار بقانون بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، موقع دنيا الوطن،

المنظورة أمامها، وتمهل من آثار هذا الدفع بأن يرفع دعوى بذلك والدفع أمام المحكمة الدستورية في مدة لا تزيد عن 90 يوم وفقاً لقانون المحكمة الدستورية الفلسطيني<sup>(13)</sup>

تعتبر وسيلة الدفع أكثر الأساليب شيوعاً لتحريك الدعوى الدستورية، وهي وسيلة دفاعية، والقرار الصادر بصددها يكون ذو حجية نسبية تقتصر آثاره على النزاع المطروح أمام القاضي فقط<sup>(14)</sup>

وبالتالي لا يُجَاب مبدي الدفع عن طلبه تلقائياً، بل لابد أن يتأكد قاضي الموضوع أولاً من جدية الدفع المُثار، ومعنى الجدية أن يكون القانون أو اللائحة المظنون في دستوريتهما متصل بموضوع النزاع<sup>(15)</sup> أن يكون الدفع في القضية مثار من قبل الخصم<sup>(16)</sup>.

#### - ضوابط وشروط الدفع الفرعي

نعرض هذه الشروط وفقاً لما ورد في قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم 3 لسنة 2006:

- أن يتم الدفع أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي.
- أن يكون هذا الدفع مثاراً من أحد الخصوم في الدعوى
- يجب أن يكون الدفع جدياً ومتعلقاً بالدعوى ولازماً للفصل فيها
- يجب صدور قرار من القاضي بتأجيل نظر الدعوى، وتكليف من آثار الدفع برفع دعوى أمام المحكمة الدستورية مدة لا تتجاوز تسعين يوماً، فإن لم يتم رفع الدعوى خلال هذه المدة فيعتبر الدفع كأن لم يكن، أي أن هذا الميعاد يعتبر ميعاد سقوط حق الخصم في الدفع.

ترى الباحثة أن هذه الطريقة تعزز من دور الفرد في مراقبة دستورية القوانين بشكل غير مباشر، بحيث ينتظر الفرد تطبيق القانون عليه بسبب قضية معروضة أمام القضاء يكون طرفاً فيها، وبالتالي يدافع عن نفسه من خلال الطعن بعدم دستورية هذا القانون، ونحن من جانبنا نعزز من دور الفرد في المشاركة في الحياة الديمقراطية في الدولة خاصة وأن الفرد يعتبر جزء من المجتمع.

<sup>(13)</sup> عبد الإله اشتبوي، الضمانات القانونية لنفاذ قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018، ص 112.

<sup>(14)</sup> فتحي الوحيدي، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، سلسلة التقارير القانونية 60، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، ص 39.

<sup>(15)</sup> عبد الإله اشتبوي، الضمانات القانونية لنفاذ قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018، ص 113.

<sup>(16)</sup> محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012

يعطي المشرع في الدول التي تأخذ بفكرة الرقابة على دستورية القوانين لمحكمة الموضوع إحالة أي نص تشريعي ترى أنه غير دستوري إلى المحكمة الدستورية لتقول كلمتها النهائية فيه، وهذه الطريقة هي طريقة الإحالة من محكمة الموضوع، أما طريقة التصدي تعني أنه إذا تبين لمحكمة الموضوع وهي تناقش نزاعاً معروفاً عليها أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بالفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول، سنقوم بالتحدث عن طريقتي التصدي والإحالة بالتفصيل:

#### 4-1 طريق الإحالة من محكمة الموضوع

تعني أنه يحق لأي محكمة، وكذلك لأي هيئة من الهيئات ذات الاختصاص القضائي إذا تراءى لها أثناء مباشرة اختصاصاتها عدم دستورية تشريع لازم للفصل في النزاع المطروح أمامها، فعليها أن توقف الدعوى وتحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية، وذلك الاختصاص معقود إلى المحاكم القضائية كافة على اختلاف درجاتها وأنواعها سواء كانت محاكم إدارية أو مدنية أو جزائية أو عسكرية، وكذلك هو حق مناصب بالهيئات ذات الاختصاص القضائي<sup>(17)</sup>، بمعنى أن هذا الفصل في المسألة الدستورية يعتبر مسألة أولية بالنسبة للفصل في الدعوى الأصلية المطروحة على محكمة الموضوع، أي يتوقف عليها هذا الفصل، فلا بد من حسمها والفصل فيها أولاً حتى يمكن الفصل في الدعوى الأصلية.<sup>(18)</sup>

يستعمل القاضي هذه الوسيلة حتى لو لم يدفع أحد الخصوم أمامه بعدم الدستورية، فحق الإحالة هو حق أصيل لقاضي النزاع الأصلي، له أن يستعمله بصرف النظر عن استعمال الخصوم لحقهم في الدفع الفرعي بعدم الدستورية من عدمه<sup>(19)</sup> ويكون لمحكمة الموضوع تجاه هذه الدعوى سلطة تبرز في تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية<sup>(20)</sup>.

<sup>(17)</sup> فتحي الوحيددي، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، دار المقداد للطباعة، 2004م، ص 141

<sup>(18)</sup> قضي أحمد محمد الرفاعي، تحريك الدعوى الدستورية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، القدس، 2016م، ص 47.

<sup>(19)</sup> قضي أحمد محمد الرفاعي، تحريك الدعوى الدستورية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، القدس، 2016م، ص 48.

<sup>(20)</sup> مروان حسن عطية، حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، كلية القانون في جامعة بابل، العراق، 2017، ص 654.

وبخصوص ضوابط سلوك طريق الإحالة<sup>(21)</sup>، فسنتناولها وفق ما ورد في المادة (2/27) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية:

- يجوز الإحالة للطعن بعدم الدستورية في نص ما من جانب أي محكمة مهما كانت درجتها، وذلك لأن النص جاء بصيغة التعميم.
- أن يكون النص المطعون فيه لازماً للفصل في النزاع المعروف أمام محكمة الموضوع.
- يجب وقف السير في الدعوى لحين الفصل في مدى دستورية النص الذي أثار الطعن.
- تكون الإحالة بدون رسوم.
- لم يحدد المشرع موعد لرفع الدعوى الدستورية من جانب القضاء؛ أي أن القاضي هنا يملك سلطة تقديرية في رفعها للمحكمة الدستورية.
- إن سلوك طريق الإحالة يوسع من نطاق الرقابة على دستورية القوانين، بحيث يقوم قاضي الموضوع في مواجهة النصوص غير المتوافقة مع القانون الأساسي حين تطبيقها على النزاعات المعروضة عليه، وبالتالي يحيلها للمحكمة الدستورية للنظر في مدى دستورتها، وبعد تحضير الدعوى تحكم المحكمة بدستورية أو عدم دستورية النص المدعى بعدم دستوريته.

#### 4. 2 - طريق التصدي:

أعطى المشرع الفلسطيني للمحكمة الدستورية العليا صلاحية التصدي لأي نص قانوني يشوبه عيب عدم الدستورية وذلك وفقاً للفقرة الرابعة من المادة (27) من قانون المحكمة حيث تستلزم وجود قضية معروضة أمام المحكمة الدستورية بغض النظر عن ماهية هذه القضية، وخلال نظرها لهذه القضية يظهر نص قانوني متصل بها يكون مشكوك في دستوريته، وبالتالي تتصدى له المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها وبدون أي طلب من أحد، وتفصل فيه بما تراه مناسب ووفقاً لما يتوافق مع القانون الدستوري، حيث أن هذه الرخصة لا تعني قطعاً أن النص المتصدي له غير دستوري، إذ لا يعتد بتصديها إلا عندما يصدر حكم نهائي يفصل في دستوريته<sup>(22)</sup>

<sup>(21)</sup>عبد الإله اشتوي، الضمانات القانونية لفاذ قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018، ص111.

<sup>(22)</sup>المرجع نفسه، ص114.

- يجب أن يكون تصدي المحكمة الدستورية للنص بمناسبة نظر قضية معروضة أمامها.
- أن يكون النص الذي تتصدى له المحكمة الدستورية متصلاً بالنزاع المعروض أمامها.
- استخدام المحكمة لطريق التصدي لا يعني القطع في عدم دستورية النص الذي تم التصدي له، حيث أن الأمر في حينه لا يعدو أن يكون وجهة نظر مبدئية ويبقى النص على حاله إلى حين الفصل في دستوريته من عدمه بشكل نهائي.
- لا يشترط أن يكون النص الذي تم التصدي له لازماً للفصل في النزاع المعروض أمام محكمة الموضوع، وإنما يكفي مجرد اتصاله بذلك النزاع.
- طريق التصدي لا يقيد المحكمة الدستورية ببعاد، وذلك مثل طريق الإحالة وبخلاف طريق الدفع الفرعي.
- نرى أن المشرع وفق في إعطاء الحق للمحكمة الدستورية في استعمال رخصة التصدي من تلقاء نفسها؛ وذلك لأنه من غير السائع أن يخول المشرع حق الإحالة للمحكمة الأقل درجة من المحكمة الدستورية ثم يحرم المحكمة الدستورية ذاتها من استعمال حق التصدي، وهي المحكمة صاحبة الولاية العامة بشأن الفصل في المنازعات الدستورية.

#### 5- إجراءات سير الدعوى الدستورية والفصل فيها

تتجسد إجراءات رفع الدعوى الدستورية بتلك التي يتوجب اتباعها ابتداءً من إيداع لائحة الدعوى، مروراً بقيدتها في سجل المحكمة الدستورية العليا، انتهاءً بعرض الملف على المحكمة، حيث ان بعض الدول جعلت للدعوى الدستورية تنظيمياً خاصاً مغايراً للإجراءات المتبعة عند رفع الدعاوى العادية، بينما أحالت في البعض منها لها هو معمول به أمام المحاكم الأخرى، أما فيما يخص مشرعنا الفلسطيني نصت المادة (26) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه "فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل، تسري على قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات) التي تقدم للمحكمة) الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها"، سنتحدث عنها تفصيلاً:

#### 1-5. إيداع الطلبات ولوائح الدعوى

يتفق كل من المشرعين المصري والفلسطيني على أنه لكي تتصل الدعوى الدستورية بمحكمة وفقاً للأوضاع القانونية، يقتضي أن يكون هناك طلب من أحد الخصوم يمثّل في صحيفة الدعوى، أو

<sup>(23)</sup> عبد الإله اشتيوي، الضمانات القانونية لنفاد قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018، ص 115.

بصدور قراراً بالإحالة من المحكمة الموضوعية إلى المحكمة الدستورية، وحتى في حالة تصدي المحكمة الدستورية للنص القانوني المشكوك بعدم دستوريته، فإنه يشترط أن يكون ذلك أثناء ممارستها لاختصاصاتها، ويكون ذلك بعد اتخاذ إجراءات تحضير الدعوى<sup>(24)</sup>

كما يتفق كلاً من المشرعين على وجوب أن يتضمن هذا القرار، أو لائحة الدعوى المرفوعة إليها بياناً بالنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وهذا ما أكدت عليه المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري، وأكدت المادة (28) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني وجوب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة أو لائحة الدعوى المرفوعة إليها بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة."

يتضح بأن الدعوى الدستورية ترفع إما بموجب لائحة دعوى لدى المحكمة الدستورية العليا مباشرة من الأفراد كما هو مقرر وفقاً للنظام القانوني الفلسطيني، أو من قبل الجهات التي نص عليها القرار بقانون تعديلاً لنص المادة (1/27)، أو بعد الدفع أمام محكمة الموضوع ومنح الطرف الذي أثار الدفع مهلة قانونية حسب الأصول لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية<sup>(25)</sup>، أو بموجب قرار الإحالة الصادر عن محكمة الموضوع إلى قلم المحكمة العليا وفقاً للنظامين الفلسطيني والمصري، وفي جميع الأحوال فإنه يجب تقديم لائحة الدعوى إذا كانت بالطريق المباشر، أو الدفع الفرعي، أو قرار الإحالة إلى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، بحيث إذا تمت هذه الخطوة انعقدت الخصومة<sup>(26)</sup>

تجدر الإشارة أن المشرع المصري أوجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية موقفاً عليها من محام مقبول للحضور أمامها، أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل، وأن يرفق بالطلب صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما النزاع أو التناقض، وإلا كان الطلب غير مقبول، أما عن مشرعنا الفلسطيني فقد اشترط لمباشرة الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا<sup>(27)</sup>، حيث إن الدكتور عمر التركماني انتقد المشرع الفلسطيني عندما اشترط لمباشرة

<sup>(24)</sup> عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص230، مُشاراً إليه في رقابة دستورية القوانين، عبد العزيز محمد سالم، ص346 وما بعدها.

<sup>(25)</sup> المهلة القانونية المنصوص عليها في قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني 90 يوم، أما المهلة القانونية في قانون المحكمة الدستورية المصري ثلاث أشهر، ونرى أن المشرع الفلسطيني وفق في تحديد مدة أدق وأوضح من المهلة المتبعة في القانون المصري، وذلك لأن عدد الأيام في الأشهر غير منتظمة وبالتالي يؤثر على حقوق وحريات الأفراد في الطعن على دستورية القوانين

<sup>(26)</sup> عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص231.

<sup>(27)</sup> أنظر المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 3 لسنة 2006م

الإجراءات أمام المحكمة الدستورية ان يكون ذلك بواسطة ممثل عن (هيئة قضايا الدولة)، ذلك أنه لا يوجد هيئة تسمى هيئة قضايا الدولة، وأضاف التركماني أن الجهة المخولة بتمثيل الحكومة أمام المحاكم في جميع القضايا هي نيابة الحكومة التابعة للنيابة العامة<sup>(28)</sup>، كما وسع المشرع الفلسطيني من نطاق الجهات المخولة بتقديم دعوى تفسير النصوص التشريعية بالمحكمة<sup>(29)</sup>

## 2-5. شكل لائحة الدعوى

لم يتطلب المشرع في قانون المحكمة الدستورية العليا المصري والفلسطيني شكلاً معيناً للائحة الدعوى، بل أحال ذلك الأمر للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات العامة في الدعوى المدنية، وهذا ما أكدت عليه المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني، كما نص المشرع الفلسطيني في المادة (33): "يعتبر مكتب المحامي الذي وقع صحيفة الدعوى أو الطلب، ومكتب المحامي الذي ينوب عن المطلوب ضده في الرد على الطلب محلاً مختاراً لكل منهما، ما لم يعين أي من الطرفين لنفسه محلاً لإعلانه فيه"، حيث حرص المشرع على بيان الموطن المختار للمحامي.

## 3-5. استيفاء الرسوم القضائية والكفالة

اعتبر كل من المشرعين الفلسطيني والمصري الرسوم القضائية والكفالة المالية الواجب أدائها شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، وحرصاً التأكيد على ذلك في نصوص قانونية حينما اشترطاً على رافع الدعوى الدستورية دفع رسماً ثابتاً يفرض على جميع الدعاوى المقدمة للمحكمة من خلال الدفع الفرعي، أو الدعوى الأصلية المباشرة كما هو الحال في النظام القانوني الفلسطيني، وكفالة مالية واحدة تصدر إذا خسر المدعي دعواه، فحدد المشرع الفلسطيني مقدار رسم الدعوى الدستورية مائة دينار أردني أو ما يعادلها من العملة المتداولة قانوناً، ويتضمن هذا الرسم على جميع الإجراءات القضائية الخاصة بالدعوى شاملة اعلان الأوراق والأحكام، وهو ذات القدر الذي فرضه ككفالة مالية، وهذا ما أكد عليه في المادة (45) من قانون المحكمة الدستورية العليا.

وتشتمل الاستثناءات الواردة على القاعدة الأصلية الخاصة بتنظيم رسوم الدعوى والكفالة:

- إعفاء الدعاوى التي اتصلت بالمحكمة عن طريق الإحالة من محكمة الموضوع، ويتضح ذلك من خلال قانون المحكمة الدستورية العليا المادة (2/27).
- يتعلق فيمن يعجز عن أداء تلك الرسوم، ويثبت ذلك للمحكمة، حيث نجد أن المشرع الفلسطيني نص في المادة (46) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطيني على ذلك.

<sup>(28)</sup>عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص231.

<sup>(29)</sup>أنظر نص المادة (30) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية.

## 4-5- قيد وتحضير الدعوى الدستورية

بعد أن يتم إيداع لائحة الدعوى، أو قرار الإحالة لدى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، تأتي المرحلة لانية من إجراءات التداعي أمام المحكمة تتمثل في قيد الدعوى الدستورية وإعلانها لذوي الشأن لتقديم مذكراتهم القانونية حسب الأصول ومن ثم تحضيرها تهيئاً لرفعها لهيئة المحكمة الدستورية لمباشرة الفصل فيها، وهذا هو الاجراء الثاني بالنسبة لكل من فلسطين ومصر<sup>(30)</sup>

## 5.5- إجراءات قيد وإعلان الدعوى الدستورية

أوجب المشرعان الفلسطيني والمصري على قلم كتاب المحكمة الدستورية قيد قرارات الإحالة والدعاوى والطلبات المقدمة إلى المحكمة يوم ورودها أو تقديمها في سجل مخصص لذلك، كما ألزم قلم كتاب هذه المحكمة أن يقوموا بإعلان ذوي الشأن بالقرارات أو الدعاوى أو الطلبات خلال 15 يوم من ذلك التاريخ، وتعتبر الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية، وهذا ما أكدت عليه المادة (32) من قانون المحكمة الدستورية، ثم تأتي مرحلة إعلان الخصوم ليتسنى لهم الرد عليها حسب الأصول.

لذلك أتاح المشرع الفلسطيني لكل من تلقى إعلاناً عن قرار الإحالة أو لائحة الدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه مذكرة بملاحظاته مشفوعة بالمستندات، وللخصم الرد عليه بمذكرة قانونية مرفق بها المستندات اللازمة لتأييد صحة ما أورده في مذكرته سالفة البيان خلال الخمسة عشر يوماً التالية، وهذا ما أكدت عليه المادة (34) من قانون المحكمة، كما لا يجوز لقلم الكتاب أن يقبل أي أوراق جديدة من الخصوم بعد انقضاء المواعيد، و يتوجب عليه أن يحرر محضراً مشتملاً على بيانات تمثلة في تاريخ تقديم الأوراق، واسم مقدمها وصفته.

## 5-6- تحضير الدعوى الدستورية وعرضها على المحكمة

بعد انتهاء المدة المقررة للإعلان وتبادل المذكرات القانونية بين الخصوم، يتوجب على قلم كتاب المحكمة عرض ملف الدعوى على الجهة المحددة قانوناً لتحضيرها تهيئاً لنظرها من قبل المحكمة وهو أمر لازم في جميع طرق اتصال الدعوى الدستورية بمحكمة، حيث اتبع المشرع الفلسطيني إجراءات مختصرة في تحضير الدعوى الدستورية حصره فيما أوجبه على قلم كتاب المحكمة من ضرورة عرض ملف الدعوى أو الطلب على رئيس لمحكمة الدستورية العليا مباشرة خلال ثلاثة أيام من تاريخ انقضاء المواعيد المبينة في الإجراء الأول، دون مرورها على أي هيئة أو لجنة تتبع المحكمة كما فعل المشرع المصري، وبعد أن يقوم رئيس المحكمة بتعيين جلسه للدعوى يقوم قلم الكتاب بإخطار ذوي الشأن طبقاً للأصول المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وقد وضع قيد على قلم

<sup>(30)</sup> عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص241.

#### 7-5- إجراءات نظر الدعوى الدستورية أمام المحكمة

بعد أن تتصل الدعوى الدستورية بالمحكمة، ويتم عرض أوراقها حسب الإجراءات السابقة تصبح الدعوى الدستورية بحوزة المحكمة مهيئة للفصل فيها، ويجب أن يكون ذلك الأمر متفقاً مع الإجراءات التي نص عليها المشرع، فجد أن جزء من تلك الإجراءات خضع للقواعد العامة المنصوص عليها في التشريعات المنظمة للدعاوى المدنية، بينما نظم البعض الإجراءات في نصوص قانون المحكمة الدستورية، وحصر مشرعنا الفلسطيني تلك الإجراءات في المواد (31، 36، 37).

#### 8-5- دراسة ملف الدعوى والتثبت من صحة الإجراءات الشكلية

إن دراسة ملف الدعوى والتثبت من صحة الإجراءات الشكلية يعتبر أول إجراء تباشره المحكمة الدستورية العليا قبل الولوج في تفاصيل موضوعها، فإذا تيقنت بأن المدعي سلك جميع الإجراءات القانونية السليمة فتمضي حينها قدماً للفصل في موضوعها، أما إذا ثبت لها أن هناك عيوب أصابت تلك الإجراءات، فحينها يتوجب عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى<sup>(32)</sup>، حيث قرر المشرع الفلسطيني عدم جواز مباشرة الإجراءات أمام المحكمة إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، ويعين رئيس المحكمة محامياً للمدعي الذي يثبت إفساره، وهو الأمر الذي أكد على بيانه في المادة (31) من قانون المحكمة الدستورية.

#### 9-5- تكييف المحكمة الدستورية للدعوى والفصل فيها

بعد تثبت المحكمة الدستورية العليا من صحة الإجراءات الشكلية السابقة، تبدأ المرحلة الثانية من الإجراءات التي تباشرها المحكمة الدستورية للفصل في الدعوى، وهي إعطاء المحكمة التكييف القانوني السليم للواقعة المعروضة عليها، ويتحدد ذلك على ضوء طلبات المدعي.

وضح الدكتور/ أحمد فتحي سرور في بحث له المعايير التي يتوجب على المحكمة أن تتوخاها عند تكييفها للواقعة المعروضة عليها، استخلصها من قضاء محكمة النقض المصرية فيقول في ذلك: إن

<sup>(31)</sup> عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص 249.

<sup>(32)</sup> عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010م، ص 251، نقلاً عن مصطفى عبد الحميد عباد، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ص 480.

محكمة النقض ألزمت في قضائها قاضي الموضوع أن يبحث الواقعة بجميع أوصافها حتى ينزل عليها التكييف القانوني السليم، وأن هذا المبدأ ليس موجه إلى المشرع وحده، أيضاً إلى القاضي<sup>(33)</sup>

### 10-5- حجية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية

تكتسب الأحكام التي تصدر من المحكمة الدستورية العليا حجية الشيء المقضي فيه مثل جميع الأحكام القضائية القطعية، وتشمل هذه الحجية جميع الأحكام الصادرة من المحكمة في الدعوى سواء في الاختصاص أو القبول أو الموضوع، حيث قرر المشرع الفلسطيني بأن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية ذو حجية مطلقة وعامة، مما يؤدي إلى تصفية النزاع حول دستورية القانون أو اللائحة مرة واحدة وبصفة نهائية، وبالتالي لا يسمح في المستقبل بإثارة هذه المشكلة من جديد بصدور الحالات الجزئية التي يمكن أن يحكمها هذا القانون أو تلك اللائحة؛ لذلك تعد الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا ملزمة لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، كما تعد ملزمة للسلطة التشريعية بحيث يجب عليها أن تعيد النظر في القانون الذي يُحكم بعدم دستوريته حتى يتفق مع الدستور، وتعد ملكة كذلك للسلطة التنفيذية عند تطبيق القانون الذي قضى بعدم دستوريته، ويجب عليها أن تلغي اللوائح التي قررت المحكمة عدم دستورتها.<sup>(34)</sup>

وأخيراً تجدر الملاحظة إلى أن القرار بقانون الذي أصدره الرئيس محمود عباس بتاريخ 2012/10/30 بأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا عدل طرق اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة بما نص عليه في المادة (11)<sup>(35)</sup>، والحقيقة أن هذه المادة عليها الكثير من المآخذ أهمها محاولتها إلغاء حق الأفراد من اللجوء للدعوى الأصلية المباشرة وحصرتها لبعض الفئات والهيئات الاعتبارية، وهو ما يكل انتقاصاً صارخاً لحق الفرد صاحب المصلحة من اللجوء للتقاضي المباشر لتحقيق مصلحته الشخصية، كما أن حصر الدعوى الأصلية بالأحزاب السياسية المرخص لها بالعمل السياسي يعتبر من النصوص الشكلية التي نجد لها تطبيقاً عملياً على أرض الواقع، لاسيما في ظل تأخر إصدار قانون الأحزاب الفلسطيني حتى تاريخه، وحتى لو صدر القانون فهناك الكثير من التنظيمات السياسية المؤثرة في

<sup>(33)</sup> أحمد فتحي سرور، دور محكمة النقض في توحيد كلمة القانون، بحث منشور على رابطة شباب المحاماة.

<sup>(34)</sup> عبد الإله اشتبوي، الضمانات القانونية لنفاذ قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2018، ص 119.

<sup>(35)</sup> قرر فيها بأن "تعديل الفقرة (1) من المادة (27) من القانون الأصلي لتصبح على النحو التالي: بطريق الدعوى الأصلية المباشرة المقامة من رئيس السلطة، رئيس أو ثلثي أعضاء مجلس الوزراء، رئيس أو ربع أعضاء المجلس التشريعي، رئيس أو ثلثي أعضاء مجلس القضاء الأعلى، المفوض العام للهيئة المستقلة لحقوق الإنسان، ممثلي الأحزاب السياسية المرخصة للعمل في أراضي السلطة الوطنية."

المنطقة لن تقبل تسوية أوضاعها رسمياً وفقاً لهذا القانون طالما ما زال الاحتلال الإسرائيلي باقياً؛ لأن ذلك سيتعارض مع أيديولوجيتها القائمة على المقاومة وتحرير فلسطين.<sup>(36)</sup>

## 6- الخاتمة:

تعد الحقوق والحريات من أهم الركائز التي تقوم عليها الدساتير المعاصرة، ونظراً لأهميتها دائماً ما يُنص عليها في صلب الوثائق الدستورية، إلا أن وجودها بشكل نصوص ليس كافياً لاحترامها وإنما ينبغي أن توجد ضمانات كافية لحسن تطبيقها ضد انتهاكات السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومن أبرز أوجه الحماية لها حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية، وقد خلصت الباحثة إلى العديد من النتائج والتوصيات:

النتائج المتوصل إليها:

- تستقل الدعوى الدستورية عن الدعوى الموضوعية، فهي ليست جهة طعن لما تقضي به محكمة الموضوع، وانما هي جهة قضائية مستقلة ذات اختصاص أصيل، بحيث إذا ما اتصلت الدعوى الدستورية بها اتصالاً وفقاً للأوضاع الإجرائية المحددة قانوناً، فهي تعالج موضوعاً مغايراً لموضوع الدعوى الأصلية الذي أثرت بشأنه الدعوى الدستورية
- يعتبر الميعاد المقرر لرفع الدعوى الدستورية المنصوص عليه في قانون المحكمة من المواعيد الحتمية التي تقيد كلاً من محكمة الموضوع وذلك حينما صرحت للأفراد الذين أثاروا الدفع الفرعي من رفع دعواهم الدستورية أمام المحكمة العليا خلالها، كما يقيد الأفراد بالزامهم رفع دعواهم المذكورة خلال تلك الفترة، والا فلن تقبل دعواهم.
- قصر المشرع المصري وسائل اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة على ثلاث طرق وهي الإحالة، أو الدفع، أو التصدي، ولم يأخذ بأسلوب الدعوى الأصلية، وبالتالي لا يجوز رفع الدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا المصرية للطعن في تشريع أو نصاً يخالف الدستور، بينما وجدنا أن المشرع الفلسطيني قد اعتنق طريق الدعوى الأصلية بالإضافة إلى الطرق التي تبناها المشرع المصري.
- وفق المشرع الفلسطيني في إعطاء الحق للمحكمة الدستورية العليا في استعمال رخصة التصدي من تلقاء نفسها؛ وذلك لأنه من غير السائق أن يخول المشرع حق الإحالة للمحكمة الأقل درجة من المحكمة الدستورية ثم يحرم المحكمة الدستورية ذاتها من استعمال حق التصدي، وهي المحكمة صاحبة الولاية العامة بشأن الفصل في المنازعات الدستورية.

<sup>(36)</sup> عمر حمزة التركماني، شريف أحمد بعلوشة، الوجيز في القانون الدستوري الفلسطيني، المبادئ العامة للقانون الدستوري النظام الدستوري الفلسطيني، مكتبة نيسان، غزة، ط1، 2019، ص 146.

– لم يوفق المشرع الفلسطيني في قصر الحق في الدعوى الأصلية على الجهات المعنية في القرار بقانون دون إعطاء الحق للأفراد والهيئات، مع العلم أن الأشخاص سواء طبيعيين أو معنويين هم أصحاب المصلحة الأكبر في الغاء التشريعات التي تمس حقوقهم وحررياتهم المخالفة للدستور.

### الاقتراحات وأفاق البحث

- يقترح الباحث على المشرع الفلسطيني أن يحيط طريق الدعوى الدستورية الأصلية بالضمانات الكافية للحد من اشراف الأفراد بالطعن في نصوص التشريعات طعوناً كيدية تثقل بكاهلها على أداء المحكمة لوظيفتها، وذلك من خلال وضع قيود معينة للأفراد، وليس حصرها لجهات معينة.
- نقترح العدول عن التعديل الوارد في القرار بقانون، بقيامه بإلغاء حق الأفراد من اللجوء للدعوى الأصلية المباشرة، وحصرها لبعض الفئات والهيئات الاعتبارية، وهو ما يشكل انتقاصاً صارخاً لحق الفرد صاحب المصلحة من اللجوء للتقاضي المباشر لتحقيق مصلحته الشخصية.
- نقترح بالعمل على تنظيم كافة الإجراءات الخاصة بنظر الدعوى الدستورية منذ لحظة رفعها، وحتى الفصل فيها في قانون المحكمة الدستورية العليا، وذلك أن القياس على المواد التي تنظم عملية التقاضي في الدعاوى العادية لا يمكن انزاله على الدعاوى الدستورية للطبيعة الخاصة لهذه الدعاوى، ولأهمية أحكامها، وللآثار القانونية المترتبة عليها.
- نقترح على المشرع الفلسطيني بالقيام بتعديل النظام المتبع في إجراءات تحضير الدعوى الدستورية وفقاً للنظام المتبع في فلسطين قبل أن تعرض على المحكمة، وذلك بإسناد المهمة إلى هيئة أو لجنة قانونية تنبع المحكمة الدستورية؛ مهمتها التخفيف من الأعباء الملقة على كاهلها، وذلك بإعانتها على تنفيذها، واستكمال الإجراءات الناقصة فيها، ووضع تقرير برأيها قبل عرضها على المحكمة، وذلك أسوة بما اتبعه المشرع المصري.

### 7- المراجع

#### • الكتب

- عمر حمزة التركماني، شريف أحمد بعلوشة، الوجيز في القانون الدستوري الفلسطيني، المبادئ العامة للقانون الدستوري النظام الدستوري الفلسطيني، ط1، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، فلسطين، غزة، 2019.
- محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012م.

- أنور حمدان الشاعر، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري مع شرح مبسط للنظام الدستوري الفلسطيني، ط2، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، فلسطين، غزة، 2019.
- فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011م.
- باسم صبحي بشناق، محاضرات في النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع، فلسطين، غزة، 2016.
- فتحي الوحيدى، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا، دار المقداد للطباعة، فلسطين، غزة، 2004م.
- حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري في ضوء الدساتير العربية المعاصرة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009م.

#### ● المقالات

- مروان حسن عطية، حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، 278، كلية القانون في جامعة بابل، العراق، 2017.
- قصي أحمد محمد الرفاعي، تحريك الدعوى الدستورية، رسالة ماجستير منشورة، جامعة القدس، القدس، 2016م.
- نوار محمود بدير، دور القضاء الدستوري الفلسطيني في حماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير منشورة، جامعة بيزيت، فلسطين، 2016م.
- عبد الإله اشتبيوي، الضمانات القانونية لتنفيذ قواعد القانون الأساسي الفلسطيني، رسالة ماجستير منشورة، الجامعة الإسلامية، غزة 2018.
- عمر حمزة التركماني، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006م، رسالة ماجستير منشورة، جامعة الأزهر، غزة، 2010م.
- أحمد فتحي سرور، بحق بعنوان دور محكمة النقض في توحيد كلمة القانون، بحث منشور على موقع دائرة المعارف القانونية، 2010/8/26.
- فتحي الوحيدى، المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية في مشروع القانون الخاص بها، سلسلة التقارير القانونية 60، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن.
- أشرف صيام، قراءة قانونية في القرار بقانون بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية العليا، موقع دنيا الوطن، 7-12-2012م.

## القواعد الإجرائية لمبدأ الموازنة Procedural Rules For The Principle Of Equilibrium

إبراهيم بوعمره

طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم  
السياسية جامعة سوسة- تونس

[ibrahim.bouamra@FDSEPS.u-sousse.tn](mailto:ibrahim.bouamra@FDSEPS.u-sousse.tn)

عبد العالي حفظ الله \*

طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم  
السياسية جامعة المسيلة

[abdellali.hafdallah@univ-msila.dz](mailto:abdellali.hafdallah@univ-msila.dz)

د. فواز لجلط

أستاذ محاضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة

[faouaz.ladjelat@univ-msila.dz](mailto:faouaz.ladjelat@univ-msila.dz)

تاريخ إرسال المقال: 2020-11-19 تاريخ قبول المقال: 2020-12-10 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

**المخلص:** مبدأ الموازنة بين أطراف الخصومة الجزائية يقتضي إتاحة فرص الدفاع عن مصالح الخصوم والمساواة بينهم في محاكمة علنية وحيادية، تستلزم معاملتهم معاملة متكافئة وفق متطلبات الشرعية الإجرائية المتضمنة قواعد إجرائية تهدف إلى تطبيق القانون الجنائي على نحو عادل، وما يتضمنه من ضمانات تجسد التوازن بين حقوق الادعاء العام، والحقوق والحريات للأفراد في شتى مراحل الدعوى الجزائية، وفي مختلف درجات التقاضي.

الكلمات المفتاحية: توازن، خصومة جزائية، أطراف، مصالح الخصوم، الشرعية الإجرائية، المحاكمة العادلة.

**Abstract:** The principle of balancing between the parties to the criminal litigation requires providing opportunities to defend the interests of the litigants and to equate them in a public and impartial trial, whose treatment requires equal treatment in accordance with the requirements of procedural legitimacy which includes procedural rules aimed at applying the criminal law in a fair manner, and the guarantees it embodies in a balance between the rights of the public prosecution And the rights and freedoms of individuals in all stages of the criminal case, and in the various levels of litigation.

Key words: BALANCE CRIMINAL, LITIGATION, PARTIES, OPPONENTS INTERESTS, PROCEDURAL LEGALITY, FAIR TRIAL.

\* المؤلف المرسل: عبد العالي حفظ الله، الإيميل: [abdellali.hafdallah@univ-msila.dz](mailto:abdellali.hafdallah@univ-msila.dz)

## المقدمة:

تقتضي غاية المحاكمة العادلة على تجسيد جملة من الضمانات أثناء سير الخصومة الجزائية، تكفل تحقيق التوازن والمساواة بين أطراف الخصومة فيما يتمتعون به من حقوق وواجبات إجرائية، وجوهر هذه الموازنة هو معاملة القضاء لهم معاملة متكافئة مع إتاحة حق الدفاع عن مصالحهم على نحو تراعى فيه الموازنة، تكريسا لمبادئ المحاكمة العادلة، ولذلك كان لزوما على القضاء الالتزام بالحياد ومراعاة المعايير التي تستوجبها المحاكمة الجزائية لتطبيق ضمانات تحفظ حقوق الخصوم عن طريق قواعد إجرائية غايتها تحقيق المحاكمة العادلة.

### أهمية الدراسة:

تظهر أهمية البحث في مبدأ الموازنة بين أطراف الخصومة الجزائية هو أنها من المبادئ التي تشكل دعامة أساسية من دعامات النظام الجنائي الإجرائي، والتي يسعى إليه القضاء وإحاطته من طرف التشريعات والموثيق الدولية بسياج من الحصانة ضد أي إجراء يمكن أن يخل بميزان العدل، وفقا لما تقرره المصلحة العامة، وفي حدود ما نظمها القانون دون تعسف أو انحراف في استعمال السلطة، فتكريس مبدأ الموازنة بين حقوق أطراف الدعوى الجزائية واجب دستوري قبل أن يكون التزام قانوني، ويقع على عاتق القاضي الذي ينبغي أن يلتزم بمتطلبات الشرعية الجنائية.

كما أن الموازنة بين خصوم الدعوى العمومية التزام قانوني وأخلاقي لدى القاضي الجزائري بإقامة التوازن بين الحقوق الشخصية للأطراف، وما تقتضيه المصلحة العامة إذ أن الموازنة من المبادئ الدستورية التي لها دور أساسي في تحقيق العدالة الجنائية وينجر عن عدم الحرص في التقيد بهذا المبدأ اختلال ميزان العدل وخرق المبادئ العامة نظرا لما يتميز به مبدأ الموازنة أنه ينبثق عن مجموعة الضمانات والمبادئ المتكاملة في المحاكمة الجزائية

### إشكالية الدراسة:

وتتمحور حول تساؤل مفاده:

## كيف يمكن تحقيق التوازن العادل بين أطراف الخصومة الجزائية؟

### أهداف الدراسة:

يهدف هذه الورقة البحثية إلى الإحاطة بضمانات المحاكمة الجزائية ومبادئها التي استنبطت منها مبدأ الموازنة بين الخصوم، ذلك أنه مبدأ لم تنص عليه التشريعات الجزائية بصورة صريحة، وإنما هو ناتج عن جملة من تكريس المبادئ والإجراءات التي توضح مدى التزام الجهة القضائية بتجسيد التوازن والمساواة بين أطراف الدعوى العمومية المعروضة عليها، خاصة أن البحث في موضوع مبدأ الموازنة لم ينل من الدراسات اللازمة، وهذا ما يهدف أيضا إلى إثراء الأبحاث القانونية بجزئية أساسية في القواعد الإجرائية المتعلقة بالدعوى الجزائية.

أما من الناحية العملية فيهدف هذا البحث إلى الوقوف على التطبيق العملي للقضاء ومدى تكريس مبدأ الموازنة عن طريق الإجراءات، و تجسيد المبادئ و الضمانات، وكذلك مدى حماية الحقوق أثناء النظر في النزاع بداية من تحريك الدعوى إلى غاية انقضاءها.

### منهج الدراسة:

إن طبيعة موضوع هذه الورقة البحثية يقتضي استخدام المنهج الاستقرائي، وهذا نظرا لكون مبدأ الموازنة من المبادئ التي لم ينص عليها في التشريع صراحة وإنما يستشف عن طريق جملة من القواعد التي تنبثق منه، الأمر الذي يستلزم استنباط واستقراء الأحكام التي تتضمن القواعد الإجرائية والمبادئ والضمانات المرتبطة بالخصومة الجزائية.

### تقسيمات الدراسة:

على ضوء ما تقدم بيانه، وللإجابة على الإشكالية المطروحة تم تقسيم هذه الورقة البحثية

إلى محبتين:

تم التطرق في الأول إلى أطراف الخصومة الجزائية، وفي الثاني إلى المتابعة الجزائية كمحل لمبدأ الموازنة.

### المبحث الأول: أطراف الخصومة الجزائية

إن الخصومة الجزائية بموجب الدعوى العمومية تحوي أطرافا أصليين لا يمكن أن تقوم الدعوى من دونهم، وأطرافا أخرى قد تتواجد في بعض الدعاوي دون غيرها مثل المدعي بالحق المدني أو المضرور والمسؤول المدني، وتعتبر النيابة العامة والمتهم أو كما يسمى في بعض التشريعات بالمدعى عليه جزائيا، من بين أهم أطراف الدعوى العمومية،<sup>1</sup> وذلك أنه لا يمكن تصور دعوى عمومية دون وجود شخص متهم بوقائع معاقب عليها طبقا لقانون العقوبات، ولا دعوى جزائية من دون ممارسة النيابة العامة لها باسم المجتمع ونيابة عنه.

وستتطرق ضمن هذا المبحث إلى أطراف الخصومة الجزائية كونهم محلا لمبدأ الموازنة، والمتمثلون في المتهم (المطلب الأول)، والضحية (المطلب الثاني)، والنيابة العامة الطرف الأصيل في الدعوى العمومية (المطلب الثالث).

#### المطلب الأول: المتهم

إن تحريك الدعوى العمومية ضد مرتكب الجريمة هو من يعطيه مركز المتهم إذ قد يحدث أن يرتكب شخص ما فعل معاقبا عليه لكن لا تحرك الدعوى العمومية ضده لسبب من الأسباب، وبالتالي فلن يكون متهمها بمجرد ارتكابه للجريمة، بل متابعة الدعوى ضده من قبل النيابة العام هو من يوجد هذا المركز القانوني، إذ يأخذ الشخص المركز القانوني للمتهم بعد تحريك الدعوى العمومية ضده بناء على إحالتها أمام جهات التحقيق أو الحكم، أما في مرحلة الاستدلالات فإن مركز المتهم لم يتحقق بعد، وهو ما يطلق عليه بمصطلح المشتبه فيه، أي محل الشك والظن.

فمعظم التشريعات إن لم نقل جلها لم تعرف المتهم بشكل حاسم وألقت عبء ذلك على الفقه والقضاء، ولأجل ذلك سوف نذكر عدة تعريفات تبين مفهوم المتهم، وقبل ذلك نشير إلى أن كلمة

1 محمد علي سالم الحلبي، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

"متهم" قد اشتقت من فعل اتهم يتهم فهو متهم على وزن اسم مفعول وأدغم في تاء الأفعال فصار بعد الإبدال "أوتهم" على وزن: "افتعل".<sup>2</sup>

يعرف المتهم بأنه: "كل شخص تثور ضده شبهات ارتكابه فعلا إجراميا فيلتزم بمواجهة الادعاء بمسؤوليته عنها، والخضوع للإجراءات التي يحددها القانون، وتستهدف تمحيص هذه الشبهات وتقدير قيمتها ثم تقدير البراءة أو الإدانة"،<sup>3</sup> ومنهم من عرفه أيضا بأنه: "الشخص الذي تطلب سلطة الاتهام نسبة الجريمة إليه ومعاقبته عنها بوصفه فاعلا أو شريكا أو مت دخلا أو محرضا فيها"،<sup>4</sup> وهو في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية المدعى عليه (المتهم) غير مسؤول مدنيا عن الضرر الناشئ عن الجريمة أو مسؤولا عن غيره.<sup>5</sup>

وفي سياق التعريفات المذكورة عرف المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة ضمنا المتهم بأنه: "من توجد ضده دلائل تحمل على الاشتباه في ارتكابه جناية أو جنحة" وهذا من خلال المادة 50 المعدلة بالأمر 02-15 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية.

وقد فرق التشريع الجزائري الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى بين المتهم والمشتبه فيه من جهة، وبين المتهم والمحكوم عليه من جهة أخرى، فالمشتبه فيه لا تتوافر ضده دلائل كافية، وقد ميز المشرع بينهما موضوعيا وإجرائيا، فمن الناحية الموضوعية، وضع معيارا يتمثل في وجود دلائل كافية فبتحققها يتحول المشتبه فيه إلى متهم، ومن الناحية الإجرائية فإن الاتهام لا تمارسه إلا جهة قضائية ممثلة أصلا في النيابة العامة ابتداء وانتهاء، واستثناءا جهات التحقيق أو قضاة الحكم كل فيما يخصه.<sup>6</sup>

وقد ميز المشرع الجزائري كذلك بين المتهم والمحكوم عليه من حيث الإجراءات والمراكز القانونية، فمن الناحية الإجرائية، اعتبر المتهم هو من لا تزال الإجراءات الجزائية في مراحله تتخذ مجراها، والمحكوم عليه هو من انقضت قبله هذه الإجراءات بحكم سجل إدانته وحدد عقوبته، أما من ناحية المراكز القانونية فالمتهم يستفيد من قرينة البراءة أو قاعدة الأصل في المتهم البراءة بخلاف المحكوم عليه.<sup>7</sup>

2 لسان العرب، لابن منظور(محمد بن مكرم بن علي 630-711هـ)، تصحيح: أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق الصبيري، ط3، إحياء التراث العربي، بيروت، 1999، ج27، ص:31.

3 محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص:94.

4 جلال ثروت وسليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص:205.

5 المرجع نفسه، ص:205.

6 محمد علي سالم الحلبي، المرجع السابق، ص:123.

7 محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص:94.

ومنه، فحسب التعريفات السابقة فالمتهم يعتبر ذلك الشخص الذي توجد ضده دلائل كافية تواجه بها السلطة القضائية المختصة بمناسبة ارتكابه جريمة.

وقد أوجد القانون الجنائي ومن خلال الفقه بعث الشروط التي لا بد من توافرها في الشخص ليكون متهما،<sup>8</sup> إذ يشترط أن يكون شخصا معينا ومعروفا، غير مجهول فإن لم يعين المتهم أو بقي غير معلوم فلا دعوى عمومية ضد مجهول، مع إمكانية انطلاق مرحلة البحث والتحري ضد مجهول لتكثيف الأبحاث عن إيجاد وضبط مرتكب الجريمة كما يشترط لتعيين المتهم أن لا تقام الدعوى إلا ضد من تحققت فيه صفة الاتهام بأن يكون مقترفا للجريمة أو شارك فيها أو ساعد أو حرض عليها، ذلك من خلال توافر الدليل على إمكانية نسبتها له.<sup>9</sup>

ويشترط كذلك لتوجيه الاتهام لشخص ما أن يكون متمتعا بأهليته وإدراكه وإرادته الحرة التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، وإلا أعفي من المسائلة والعقاب.

وقد عززت الدساتير والتشريعات الإجرائية والجزائية وقوانين العقوبات من مركز المتهم الذي أصبح طرفا موجبا في الدعوى العمومية، متعديا بذلك النظرة الكلاسيكية له بأنه ذلك الشخص المجرم البغيض والمنبوذ من طرف المجتمع والسلطات، مستعجلا محاكمته وإيلامه بتسليط العقاب عليه، وأصبح يتمتع أكثر بالضمانات القانونية الحديثة التي تطورت مع تطور مفاهيم حقوق الإنسان عموما، والإنسان المتهم خصوصا، تعزيزا لقرينة البراءة وحقه في محاكمه عادلة.<sup>10</sup>

#### المطلب الثاني: الضحية

لقد ساهمت بعض القوانين في إيجاد معنى قانوني للضحية، فمعنى الضحية في المواثيق الدولية يشمل الوصفين معا، المجني عليه والمضروب من الجريمة، ويعتبر الإعلان العالمي بشأن المبادئ الأساسية من أجل ضحايا الجريمة وإساءة استعمال السلطة والصادر في 11 ديسمبر 1985، أول إعلان حدد معنى الضحية، وعلى ضوء هذا فقد عرف الضحية في مادتها الأولى بما يلي: "الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فردي أو جماعي، بما فيه ذلك الضرر البدني أو العقلي أو المعاناة النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات إهمال يشكل انتهاكا للقوانين الجنائية النافذة في الدول الأعضاء بما فيها القوانين التي تجرم الإساءة الجنائية لاستعمال السلطة".

يمكن اعتبار شخص ما ضحية بمقتضى هذا الإعلان بصرف النظر عن العلاقة الأسرية بينه وبين الضحية، ويشمل مصطلح الضحية عند الاقتضاء العائلة المباشرة للضحية الأصلية أو من يعولها،

8 محمد علي سالم الحلبي، المرجع السابق، ص: 29.

9 مكي بن سرحان، النيابة العامة ومبدأ الملائمة في تحريك الدعوى العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سعيدة، 2019/2020، ص: 257.

10 عبد الحميد عمارة، ضمانات الخصوم أثناء مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريعين الوضعي والإسلامي، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص: 95.

المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء هذا التدخل لمساعدة الضحايا في محتهم أو لمنع الإيذاء.

ويعرف القرار الصادر عن مجلس الاتحاد الأوروبي الصادر في 15 مارس 2001 في مادته الأولى المتضمنة تعريف الضحية كالتالي: " الشخص الذي يعاني من ضرر بما في ذلك الضرر في السلامة البدنية أو العقلية أو المعاناة النفسية أو الخسارة المادية والناجمة مباشرة عن طريق أفعال أو حالات إهمال تشكل انتهاكا للقوانين الجنائية لدولة عضو".<sup>11</sup>

ولقد تباينت تعريفات الضحية في معظم القوانين المقارنة وذلك من حيث الضرر الذي يلحق به وطبيعة مستوى تأثيره عن غيره، أو من حيث الأشخاص الذي هو ملزم بتعويضه. وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي نستشف من مضمونه أن المشرع الفرنسي قصد بمصطلح الضحية، كل شخص لحقه ضرر، فبالنظر إلى نص المادة 85 منه رقم 204 لسنة 2004، فقصد بمصطلح الضحايا كل شخص يدعي أنه متضرر من جنابة أو جنحة يمكن له أن يتأسس كطرف مدني.<sup>12</sup>

أما بالنسبة للقوانين العربية، فالقانون اليمني أورد تعريفا تشريعا له من خلال المادة 20 من قانون الإجراءات الجنائية التي جاءت تحت عنوان التسمية والتعريف، حيث قرر بأن المدعي بالحق الشخصي: المجني عليهم أو أولياء الدم أو ورثة المجني عليه الشرعيون أو من يقوم مقامه قانونا، المدعي بالحق المدني، كل من لحقه ضرر من الجريمة ماديا أو معنويا.<sup>13</sup>

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا واضحا للضحية، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات الجنائية، يلاحظ أن المشرع استعمل مصطلح الضحية وهذا حسب نص المادة 36 من القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية: "يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي..... ويخطر الجهات القضائية المختصة للتحقيق أو المحاكمة للنظر فيها أو بأمر بحفظها بمقرر يكون قابلا للمراجعة يعلم به الشاكي أو الضحية إذا كان معروفا في اقرب الأجال". ونجده أيضا استعمل مصطلح المضرور وهذا وفق لما نصت عليه المادة الأولى فقرة 02 من قانون الإجراءات الجنائية والتي جاء فيها: "كما يجوز للطرف المضرور أن يحرك هذه الدعوى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون".

كما استعمل المشرع الجزائري أيضا مصطلح المدعي المدني، وكمثال على ذلك ما نصت عليه المادة 72 من قانون الإجراءات الجنائية، ونص أيضا على مصطلح المدعي المدني في العديد من المواد من نفس القانون، على سبيل المثال المواد (105، 77، 76، 337 مكرر).

11 بوعزني رتيبة، حقوق الضحية في المتابعة القضائية الجنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2013/2014، ص: 41.

12 بوجبير بوثينة، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2001/2002، ص: 42.

13 بوعزني رتيبة، مرجع سابق، ص: 43.

كما أكد القضاء في العديد من المرات على أن الشخص الذي وقعت عليه الجريمة يطلق عليه اسم الضحية وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 24 فبراير 1985 والذي جاء فيه على أنه "الأصل أن رفع الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن الجريمة مقصور على المضرور أي أنه الشخص الذي وقعت عليه الجريمة ويعبر عنه عادة بالضحية"<sup>14</sup>. والملاحظ أن القانون الجزائري بالرغم من أنه لم يضع تعريفاً للضحية إلا أنه أورد لفظ الضحية في قانون الإجراءات الجزائية والتي نظمها نصوصه القانونية، وكذلك القوانين الخاصة بتعويض الضحايا، فلربما أراد المشرع بذلك أن يتماشى مع ما أوصت به أغلب المؤتمرات الدولية والإقليمية الخاصة بالضحية.

يستخلص من خلال التعريفات التي تضمنتها القوانين المقارنة والمواثيق الدولية أنها لم تصل إلى تعريف قانوني دقيق للضحية، وهذا يعود إلى التباين في النظر من جوانب متعددة للضحية قانونياً، فهناك من ركز في تعريفه للضحية على معيار الضرر وهناك من ركز في على النتيجة الإجرامية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه بالرغم من تعدد الاتجاهات العلمية والقانونية في تحديد معنى الضحية، إلا أن هذا المصطلح يشمل كل شخص لحقه ضرر وهو بذلك ملزم بالتعويض.

وتبرز حقوق الضحية بصفته خصماً، في جميع المراحل الإجرائية للمتابعة القضائية الجزائية، ابتداءً من مرحلة التحقيق القضائي، وأخيراً إلى مرحلة المحاكمة، فبالنسبة لمرحلة التحقيق والمحاكمة فقد وسع المشرع من نطاق دور الضحية في المتابعة القضائية الجزائية، حيث يمارس من خلالها مجموعة من الحقوق الإجرائية تكفل له حماية أكبر بحيث يكون له الحق في الادعاء المدني أمام جهات التحقيق المختصة، أو التدخل أمام جهة الحكم.<sup>15</sup>

وإن كانت حقوق الضحية خلال المتابعة الجزائية تشكل بالغ الأهمية، فالقضاء هو الحارس الطبيعي والأمين للحقوق والحريات، وهو الرقيب الشرعي في كافة مراحل المتابعة القضائية، فالقضاء له دور في صيانة الحقوق والحفاظ على كرامة الإنسان وسكينة المجتمع وأمن وحقوق الإنسان، وعليه، فقد كفل قانون الإجراءات الجزائية العديد من الحقوق للضحية كما هو الشأن للمتهم خصمه في الدعوى العمومية، يمارسها سواء أثناء مرحلة التحقيق أو أثناء مرحلة المحاكمة.

#### المطلب الثالث: النيابة العامة

النيابة العامة هي سلطة الادعاء أو الاتهام في الدعوى الجزائية، وهي بهذا تقوم بعدة أدوار رئيسية أهمها تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها باسم المجتمع، وقد اختص المشرع بهذا الدور الأخير بصفة أصلية طبقاً لمقتضى الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على: "الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود

14 علي شلال، تحريك الدعوى العمومية من طرف المضرور، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2001/2000، ص: 58.

15 محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص: 129.

إليهم بها بمقتضى القانون".<sup>16</sup> وتؤكد المادة 1/29 منها على هذه الصفة الأصلية والأساسية للنيابة العامة في مجال المباشرة تحديداً على: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون وهي تمثل أمام كل جهة قضائية...". وبمفهوم المادتين المذكورتين فإن النيابة العامة تختص دون غيرها برفع الدعوى الجزائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها ولا يجوز لها ترك الدعوى الجزائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وللنيابة العامة الخيار في تحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها بغير تعليق حقها هذا على إرادة أخرى، فلا يجوز إلزام النيابة العامة بممارسة رخصة أناتها القانون بها وهذا كقاعدة عامة واستثناء من ذلك وعلى سبيل الحصر عدد المشرع إجراءات معينة تتوافر فيها بعض الاعتبارات وعلى أساسها علق وغل حق النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية على شكوى من الضحية أو على إذن أو طلب من جهة حددها صراحة، في بعض الأحيان نجد مشرع يبتغي تحقيق حكمة خاصة فيخرج عن الأصل ويخول حق تحريك الدعوى العمومية لمن لحقه ضرر من الجريمة بصفة مباشرة أو غير مباشرة، كما أجاز لجهة القضاء الجالس في بعض الحالات إقامة هذه الدعوى.<sup>17</sup>

ومن خلال ما سبق تبيانه يظهر أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة المعاصرة كالفرنسي والمصري قد خص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجزائية مباشرة ولم يجز رفعها من غيرها إلا في الحالات المحددة في القانون والتي سبق الإشارة إليها، وهو بهذا يكون قد أخذ بنظام التنقيب والتحري وهو أيضاً عندما اشترط لرفع الدعوى في الأحوال السالف ذكرها بالنسبة للطرف المدني أو المدعي بالحقوق المدنية بالطريق المباشر في حالات معينة يكون أيضاً قد أخذ بالنظام الإتهامي في تحريك الدعوى.

تعتبر النيابة العامة في التشريع الجزائري خصماً أصيلاً في الدعوى الجزائية خاصة أثناء مرحلة المحاكمة كونها تحظى بمركز قانوني خاص بالنسبة للغاية من الدعوى وهناك من يرى بأنها خصم شكلي لا يبتغي من وراء أعمال الدعوى العمومية جلب غنم أو دفع غرم، وأن غايتها المصلحة العامة وتطبيق القانون بشكل صحيح وهي بهذا توصف بالخصم العادل بخلاف الخصوم الآخرين في الدعوى، فهم حقيقيون يهدفون من وراء الدعوى إلى تحقيق مصالحهم الخاصة فلا دعوى بدون مصلحة.<sup>18</sup>

إن المركز القانوني للنيابة العامة كخصم في الدعوى لن يسلم من الانتقادات بل ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى أنه إذا كان لا يصدق على النيابة وصف الخصم فإنه يصور النيابة على أنها خصم للمتهم، على الأقل من الناحية الظاهرية لأجل تحقيق نوع من الموازنة بين حقوق المتهم وسلطات

16 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بين النظري والعملي، ج1، دط، منشورات أمين، الجزائر، 2012، ص:39.

17 عبد الحميد عمارة، المرجع السابق، ص:79.

18 رؤوف عبید، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط18، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص: 22.

النيابة العامة، غير أن تلك الموازنة لن تتحقق بصفه موضوعية ما دام أن الخصوم غير متساوين في أعمال الإجراءات ولا يخلو دستور في العالم من الإشارة إلى مبدأ مساواة الخصوم أمام القضاء، وقد نص الدستور الجزائري في المادة 140 منه على أن: "...أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده القانون"، ولتكريس هذا النص عمليا يقتضي وقوف الخصوم على قدم المساواة ودون تمييز، إلا أن ذلك في الوقت الحالي يكاد يكون أمرا متعذرا بسبب الأوضاع الموروثة عن الشريعة اللاتينية الجرمانية في التشريعات الوضعية على اختلاف توجهاتها وأهدافها وتنوع السياسات الجنائية<sup>19</sup> بحيث يلاحظ أن ممثل النيابة العامة وهو يقوم بدور الخصم في أي قضية جزائية ولو بصفة شكلية، أي ولو باعتباره خصما شكليا فهو يظهر في المرافعة جالسا أو واقفا في أعلى المنبر في مستوى قضاة الحكم يصول ويجول، بينما يلاحظ كل من المتهم ودفاعه واقفين في الأسفل الأمر الذي يعطي صورة حية لعدم المساواة بين الخصوم.

وقد تضمنت قوانين الإجراءات الجزائية العديد من النصوص القانونية التي تركز عدم المساواة بين الخصوم خاصة في مرحلة المحاكمة، وباستقراء تلك النصوص يتبين أن المشرع الجزائري قد جعل من النيابة العامة خصما ممتازا عن بقية الخصوم الآخرين محتذيا ومتقنيا أثر المشرع الفرنسي في أغلب الأحيان.<sup>20</sup>

فالنيابة العامة باعتبارها خصما في الدعوى يجب أن تتمتع بنفس الحقوق والواجبات التي يتمتع بها باقي الخصوم بغض النظر عن الدور المنوط بها المستند إلى فكرة المصلحة العامة التي تهدف إلى حمايتها فلا يمكن التذرع بهذا لتبرير مركزها كخصم ممتاز، والواقع من الأمر، أن النيابة العامة هي مجرد طرف في الدعوى الجنائية وليست خصما فيها لأنها ليست لديها مصلحة خاصة تهدف إلى تحقيقها من وراء طلباتها، ومع ذلك فإن قيام النيابة العامة بوظيفة الادعاء قد أضفى عليها من حيث الظاهر صفات الخصم، وقد كان حسن التنظيم الإجرائي هو الهدف من وراء تصوير النيابة العامة كخصم إجرائي في الدعوى الجنائية، فقد أريد من وراء ذلك تحقيق كيف قدر كبير من الموازنة بين حقوق المتهم وسلطات النيابة العامة، وذلك للتقليل من التفوق الذي تحوزه النيابة العامة على المتهم بحكم وظيفتها.<sup>21</sup>

19 يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، ص: 55.

20 عبد الحميد عمارة، المرجع السابق، ص: 41.

21 أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص: 104.

### المبحث الثاني: المتابعة الجزائية كمحل لمبدأ الموازنة

تقوم فكرة المتابعة الجزائية على الأنشطة الإجرائية التي تباشرها سلطة الادعاء بوصفها ممثلة للمجتمع في تحقيق المصلحة العامة في تقرير العقاب، والقائمة على حفظ حقوقه، وتطبيق الأحكام الصادرة لاسمه، والتي تستهدف – أي الأنشطة الإجرائية- تحقيق الردع والضبط الاجتماعي وتقصي العدالة الجزائية وإصلاح المحكوم عليهم.

وسوف نستعرض ضمن هذا المبحث من وقتنا البحثية إلى مفهوم المتابعة الجزائية بالتطرق لتعريفها ومبادئها التي تقوم عليها (المطلب الأول)، كما نبين أبعادها الإجرائية بما تتضمنه من عنصر التكييف وممارسة الدعوى العمومية وانتهاء بالتصرف فيها (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: مفهوم المتابعة الجزائية

تحتل المتابعة الجزائية في القوانين الإجرائية مكانة مرموقة، وقد أولى لها فقهاء القانون الجنائي اهتماما كبيرا بالدراسة بالتأصيل والتحليل بوصفها نشاطا إجرائيا يتم عن طريق الجهات القضائية، وهذا من أجل الحصول على حكم يثبت أو ينفي حقها الموضوعي في العقاب، وستنطرق في هذا الصدد إلى تعريف المتابعة الجزائية (الفرع الأول) والمبادئ التي تقوم عليها (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريفها

المتابعة الجزائية هي مجموعة الإجراءات التي تبدأ لحظة تحريك الدعوى الجزائية إلى حين انقضاءها سواء بصدر حكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء،<sup>22</sup> كما تعرف أنها مجموعة من الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تبدأ بتحريك الدعوى وتنتهي بصدر حكم أو بسبب آخر من أسباب انقضاءها.<sup>23</sup> وبالتالي فالمتابعة الجزائية تمثل جميع الإجراءات المتخذة بعدها حتى تنقضي بصدر حكم بات أو عند توافر أحد أسباب انقضاء الدعوى العمومية.

وتبدأ المتابعة الجزائية برفع الدعوى العمومية إلى قاضي التحقيق أو قضاة الحكم مباشرة في الجرح والمخالفات، ومن هذا المنطلق تمثل مجموعة النشاطات الإجرائية التي يكون القاضي محورها بحيث يترتب عن ذلك نشوء رابطة قانونية بين كل من النيابة العامة والمتهم والقاضي، ولا قيام للمتابعة الجزائية إلا بتوافر الأطراف المشار إليها جميعا غير أنه لا يشترط أن يكونوا في وقت واحد فقد تتحرك الدعوى ضد مجهول فإذا ما عرفت شخصيته أو هويته اکتملت الأطراف الثلاثة للعلاقة الإجرائية وتنشأ وقتها الخصومة الجزائية.<sup>24</sup>

22 أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص: 107.

23 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، ج2، د.ط، منشورات أمين، الجزائر، 2010، ص: 33.

24 عبد الحميد عمارة، المرجع السابق، ص: 47.

إن المتابعة الجزائية في جوهرها ما هي إلا علاقة قانونية إجرائية واحدة يعبر عنها بالعلاقة الأصلية وهي لا تحول دون قيام علاقات قانونية أخرى فرعية تستمد وجودها من العلاقة الأصلية نفسها، كحق الاستعانة بمدافع وسؤال الشهود والاطلاع على الأوراق ووجوب التزام القاضي باحترام ذلك.<sup>25</sup>

### الفرع الثاني: مبادئها

تتميز المتابعة الجزائية بخاصتي العمومية وعدم القابلية للتنازل، فالمتابعة الجزائية هي ملك للدولة لحماية سلطتها في العقاب، وتهدف من وراءها إلى تحقيق الصالح العام الذي يتوقف على تحديد شخصية ومركب الجريمة واتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة في سبيل الكشف عن الحقيقة، فالمتابعة الجزائية يباشرها رجال القضاء حسب مقتضيات المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية بغض النظر عن السماح بالبدء في إجراءاتها بواسطة الطرف المضرور بتحريكها.

ويسود المتابعة الجزائية مجموعة من المبادئ التي تنظمها، وهي:

**أولاً: الفصل بين قضاة التحقيق والحكم والنيابة:** أي عدم جواز جمع القاضي الواحد في موضوع ما بين صفتين مختلفتين، كعضو في النيابة أو محقق أو قاضي حكم وهذا ما تنص عليه المادة 2/212 من قانون الإجراءات الجزائية التي تمنع الجمع بين صفتي التحقيق والحكم،<sup>26</sup> فلا يجوز للقاضي الذي حقق في موضوع ما أن يجلس للفصل فيها في أي درجة كانت عليها القضية.

وعليه، وانطلاقاً من ضمان حقوق المتقاضين وبيادية، فصل القانون أثناء المتابعة الجزائية بين القضاة كل واختصاصه أثناء سير الدعوى العمومية، كما أن المادة 1/260 تكرر هذا المبدأ بنصها على أن: "لا يجوز للقاضي الذي سبق له بنظر قضية، بوصفه قاضياً للتحقيق أو الحكم أو عضو بغرفة الاتهام أو ممثلاً للنيابة العامة، أن يجلس للفصل فيها بمحكمة الجنايات".

**ثانياً: التقاضي على درجتين:** يعتبر من أهم المبادئ في حماية الحقوق عند المتابعة الجزائية، ومن أهميته يرتقي إلى كونه قاعدة دستورية نصت عليها المادة 2/160 من الدستور المعدل والمتمم سنة 2016،<sup>27</sup> ثم أكدته القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية، وهذا يفيد إعطاء الفرصة للمتقاضين لمراجعة أحكام القضاء والحق في الطعن فيها سواء ما تعلق بإجراءات التحقيق التي تراجع أمام غرفة الاتهام كونها درجة ثانية للتحقيق، أو مراجعة الحكم الصادر في الموضوع، وقد أضاف قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون 07/17 حق التقاضي أيضاً على درجتين في مواد الجنايات وهذا ما يعكس الأهمية التي توليها معظم التشريعات المقارنة والدساتير والمواثيق الدولية لحق التقاضي على درجتين في المتابعة الجزائية.

25 جلال ثروت وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص: 144.

26 عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج2، دار هومة، الجزائر، 2018، ص: 53.

27 إذ تنص على: "...يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفيات تطبيقها".

ثالثا: سرية التحقيق: يقصد به عدم الاطلاع على إجراءات التحقيق وعدم علانيته للجمهور أو للغير دون أطراف المتابعة الجزائية، ويعني بها أيضا إجراء التحقيق في جو من السرية والكتمان بالنسبة للجمهور،<sup>28</sup> فتتنص المادة 1/11 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر 02/15 على: " تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون الإضرار بحقوق الدفاع". وعليه، فإن القانون يلزم كل من ساهم في التحقيق بوجود كتمان السر المهني بعدم إذاعة أسرار التحقيق تحت طائلة العقاب.

رابعا: الحق في الدفاع: يقر القانون حق الدفاع وهو مبدأ مضمون دستوريا حسب ما نصت عليه الدساتير والتشريعات الإجرائية، فلا يمكن أن يستغنى عن الدفاع أثناء سير إجراءات المتابعة الجزائية بجميع مراحلها.<sup>29</sup>

#### المطلب الثاني: الأبعاد الإجرائية للمتابعة الجزائية

بما أن المتابعة الجزائية هي عبارة عن مجموعة من الأنشطة الإجرائية التي تتم بواسطة القضاء الجزائي، فهي تقتضي بروز عناصر تجسدها بها في ذلك ما تقوم به النيابة العامة بوصفها سلطة اتهام وادعاء في مباشرة الدعوى الجزائية وممارستها وتقرير مآلها، ولهذا سوف نستعرض من خلال هذا المطلب إلى تكييف المتابعة الجزائية (الفرع الأول)، وممارستها والتصرف فيها (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تكييفها

يعتبر تكييف الواقعة الجزائية هي ردها إلى أصلها وتطابقها بين النص القانوني والواقعة، وعلى قاضي الموضوع أن يرجع الواقعة إلى نص معين وهو مقيد بفهمه للنصوص القانونية وإلمامه بقواعد القانون مع تطبيقها على القدر الثابت من وقائع الدعوى.<sup>30</sup>

وإذا كان التكييف هو بمثابة إسناد الفعل المحظور إلى النص القانوني الذي جرمه فإن هذا الوصف يخضع لعملية المراقبة والتغيير أثناء سير الدعوى، وهو عمل فكري وذهني وليس مجرد عمل مادي وألي، لأنه يعتمد على ما يقوم به القاضي من فهم للنصوص القانونية والإحاطة بمعناه وفقا لإرادة المشرع وفي إطار المصلحة التي يحميها.<sup>31</sup>

ومن الناحية القضائية، يعتبر التكييف أول إجراء تباشره النيابة العامة كأصل عام من أجل تحريك الدعوى الجزائية، وقد اعتبره المشرع من المسائل القانونية التي تخضع إلى رقابة المحكمة العليا وهذا حسب مقتضيات المادة 500 من قانون الإجراءات الجزائية، لذا فقد أصدرت بشأنه العديد من القرارات ومن بينها القرار رقم 37202 الصادر في 15 جانفي 1985 جاء فيه أن: " التكييف هو إلحاق

28 علي شلال، المرجع السابق، ص: 88.

29 عبد الله أوهابيه، المرجع السابق، ص: 64.

30 فضيل العيش، المرجع السابق، ص: 229.

31 نصر الدين مروك، محاضرات في الإثبات الجنائي - النظرية العامة للإثبات الجنائي-، ج1، د.ط، دار هومة،

الجزائر، 2007، ص: 243.

الواقعة القانونية المطبقة عليها ومقارنتها مع النموذج الإجرامي المحدد قانونا من حيث العناصر المكونة للجريمة، ...<sup>32</sup>

يعتبر التكيف بوابة التقاء الواقع بالقانون بحيث يمكن دراسته من الناحية الموضوعية من خلال اعتباره أهم مواضيع قانون العقوبات لأنه يمثل العلاقة بين النص القانوني والفعل،<sup>33</sup> كما يمكن دراسته من الناحية الإجرائية كونه أول إجراء تقوم به النيابة العامة من أجل مباشرة وظيفة الاتهام وهو المسؤول المباشر على تحديد مصير الدعوى العمومية وكذا الآثار القانونية المترتبة فيما بعد سواء الموضوعية أو الإجرائية.

#### الفرع الثاني: ممارستها

يقصد بممارسة المتابعة الجزائية مجموعة الإجراءات المتبعة عبر مراحلها المختلفة ابتداء بأول إجراء المتمثل في تحريك الدعوى العمومية أو رفعها، وتقديم الطلبات أمام قاضي التحقيق والظعن في أوامره وتكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة والمرافعة في الدعوى وإبداء الطلبات، أي أن استعمال الدعوى العمومية يشمل جميع الإجراءات التي يتطلبتها سير المتابعة الجزائية منذ نشأتها حتى تقديم الظعن في الأحكام والفصل فيها بحكم نهائي غير قابل للظعن فيه بأي من أوجه الظعن المقررة قانونا.<sup>34</sup>

وكأصل العام النيابة العامة هي التي تمارس المتابعة الجزائية أو بعض الجهات الأخرى استثناء كالمدعي المدني أو المحاكم في حالة جرائم الجلسات، وتمثل أمام كل جهة قضائية حسب مقتضيات المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية لكن لا تعني أن هذه السلطة مطلقة فقد أجاز القانون لبعض الموظفين سلطة مباشرة الدعوى العمومية فيما يخص الجرائم المتعلقة بمجال عملهم كما هو الحال في المادة 279 من قانون الجمارك على سبيل المثال التي تنص على أن أعوان إدارة الجمارك سلطة ممارسة ومباشرة الدعوى أمام القضاء الجزائي، فتص: "يؤهل أعوان الجمارك في المجال الجمركي للقيام بجميع الاستدعاءات والإنذارات والإشعارات الضرورية للتحقيق في القضايا الجمركية وكذا جميع التصرفات والأعمال المطلوبة لتنفيذ الأوامر القضائية والقرارات الصادرة في مجال النزاعات الجمركية المدنية منها أو الجزائية ماعدا الإكراه البدني".

ويختلف تحريك الدعوى العمومية عن استعمالها من حيث أنها تؤدي معان مختلفة ومن حيث النتائج المترتبة عنها، فاستعمال المتابعة الجزائية لا تقيد بشأنها النيابة العامة عموما، عكس ما هو مقرر في إقامة الدعوى العمومية بتحريكها أو رفعها أمام الجهة القضائية المختصة تحقيقا أو حكما.

32 جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج1، د.ط، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر، 1996، ص:261.

33 عبد الله أوهابيبية، المرجع السابق، ص:78.

34 عبد الله أوهابيبية، المرجع نفسه، ص:79.

ويظهر مبدأ الموازنة كضمان للمحاكمة العادلة في تمتع أطراف المتابعة الجزائية بذات الحقوق والحريات، فيتعين أن تتاح لكل طرف إمكانية معقولة لعرض طلباته ودفاعه، فمتى حرم أحدهم من هذه الحقوق كانت الخصومة غير متوازنة، كما أن الموازنة أثناء المتابعة الجزائية هي مساواة عادلة تراعى فيها الأوضاع والأحوال الموضوعية بالنسبة لكل فئة من المتقاضين والمراكز القانونية المتناظرة، إذ أن اختلاف هذه المراكز يبيح اختلاف القواعد القانونية التي تحكم كل مركز على حدى. وبما أن المتابعة الجزائية تشتمل على عدة مراحل بداية من تحريكها ومباشرتها، ثم التحقيق فيها ونهاية بمرحلة المحاكمة، فإن مبدأ الموازنة يقتضي تجسيده خلال كافة مراحل الخصومة الجزائية التي تعتبر محلها.

### الخاتمة:

ختاما لهذه الورقة البحثية ومن خلال مضمونها نكون قد تناولنا جزئية أساسية ومهمة جدا في مبادئ المحاكمة العادلة عند الخصومة الجزائية، ونظرا لأهميتها وارتباطها الوثيق بالحقوق والضمانات فإن ذلك يستوجب الإحاطة بجوانب مبدأ الموازنة من طرف التشريعات الجزائية والدراسات والمعاهدات والمواثيق الدولية، بالإضافة إلى العمل القضائي الذي يعنى بميزان العدالة. وفي هذا الصدد فإن موضوعنا ينطوي على استخلاص جملة من الاستنتاجات وبلورة عدة اقتراحات على النحو التالي:

#### 1- نتائج الدراسة:

- ① إن مبدأ الموازنة عنصر بارز وأساسي ويعتبر مبدأ وضمان وحق في ذات الوقت بما أنه يعد حجر الأساس في حماية ميزان العدل من الاختلال، ولهذا نجده ضمنيا في تشريعات سامية كالدراسات والمواثيق الدولية، خاصة العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وتهدف أساسا إلى ضمان حقوق كافة الأطراف في الدعوى الجزائية بمختلف مراحلها ودرجاتها.
- ② إن مبدأ الموازنة لا يرتبط بحق المتهم فقط نظرا لاهتمام الباحثين في دراسة ضمانات المتهم، بل هو مبدأ متكامل يضمن حق الادعاء العام كونه ممثل الحق العام وأيضا حماية مصالح الضحية وهذا ما يكرس التوازن والمساواة بينهم في إطار الخصومة الجزائية ضمن قالب قانوني يوفر الضمانات لكل الأطراف.
- ③ إن مبدأ الموازنة بالرغم من أنه لم ينص عليه صراحة، لكن يفهم ضمنا عن طريق التطبيق العملي للمبادئ والضمانات التي تهدف إلى إقامة العدل وفق نظام المحاكمة العادلة.
- ④ إن مبدأ الموازنة يشمل جميع مراحل الدعوى العمومية بداية من تحريكها إلى انقضائها، وبالتالي فإنه لا يقتصر على مرحلة دون أخرى خلافا لبعض المبادئ التي تنطوي على بعضها فقط.
- ⑤ مبدأ الموازنة يتيح مراجعة الأحكام الجزائية، وهذا ما يدل على أنه مبدأ يسري في جميع درجات التقاضي أمام الجهات القضائية الجزائية، وذلك عبر إتباع جملة من القواعد الإجرائية

التي تحقق التوازن بين مقتضيات الحق العام في اقتضاء العقاب ومستلزمات حماية حقوق الأطراف.

## 2- توصيات ومقترحات الدراسة:

1 ضرورة أن يتضمن التشريع الجزائري الإجرائي نصوصا تركز مبدأ الموازنة صراحة وتقرير كافة الضمانات التي ينطوي عليها، خاصة أن القانون الجزائري يفتقر إلى النص على التوازن بين الخصوم.

2 يجب التركيز على مسألة حياد القاضي باعتباره ضمان أساسي لميزان العدالة وبالتالي وجب مراجعة الأخلاقيات المتعلقة بالنظام الأساسي للقضاة.

3 إعادة النظر في الامتيازات المطلقة للنيابة العامة التي تعتبر خصما ممتازا في الخصومة، وهذا ما يعيق المساواة بين الأطراف بصورة مثالية وشكل صحيح، خاصة أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي، حيث أنه بمناسبة استجواب متهم يقوم وكيل الجمهورية بتوجيه أسئلة له دون منح هذا الحق للدفاع، خلافا للقانون التونسي الذي يلزم النيابة العامة بالصمت من طرف قاضي التحقيق والكلام إلا بإذن، وهذا ما يجسد معنى التوازن بين جميع الأطراف، وحبذا لو يجسد المشرع الجزائري هذا الأمر.

## المراجع:

أولا: الكتب:

- 1- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- 2- جلال ثروت وسليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 3- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج1، د.ط، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر، 1996.
- 4- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط18، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006.
- 5- عبد الحميد عمارة، ضمانات الخصوم أثناء مرحلة المحاكمة الجزائية في التشريعين الوضعي والإسلامي، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.
- 6- عبد الله أوهايبة، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج2، دار هومة، الجزائر، 2018.
- 7- فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بين النظري والعملي، ج1، د.ط، منشورات أمين، الجزائر، 2012.
- 8- فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، ج2، د.ط، منشورات أمين، الجزائر، 2010.
- 9- لسان العرب، لابن منظور محمد بن مكرم بن علي (630-711هـ)، تصحيح: أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق الصبيري، ج 27، ط 3، إحياء التراث العربي، بيروت، 1999.
- 10- نصر الدين مروك، محاضرات في الإثبات الجنائي - النظرية العامة للإثبات الجنائي-، ج1، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2007.

11- محمد علي سالم الحلبي، الوجيز في أصول المحاكمات الجزائية، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

12- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

13- يوسف مصطفى رسول، التوازن في الإجراءات الجزائية، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، د س ن.

ثانيا: الرسائل والأطروحات الجامعية:

1- بوجبير بوثينة، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة قسنطينة، 2001./2002

2- بوعزني رتيبة، حقوق الضحية في المتابعة القضائية الجنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2013./2014

3- علي شمالال، تحريك الدعوى العمومية من طرف المضرور، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2000/2001.

4- مكي بن سرحان، النيابة العامة ومبدأ الملائمة في تحريك الدعوى العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سعيدة، 2019/2020.

## جريمة خطف الطائرات في ضوء أحكام القانون الدولي The crime of hijacking aircraft in light of the provisions of international law

د. سامية كريفة\*

أستاذة محاضرة ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس المهدية

[pr.samiadroit@gmail.com](mailto:pr.samiadroit@gmail.com)

تاريخ إرسال المقال: 2020-12-07 تاريخ قبول المقال: 2020-12-14 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

الملخص: تهدف هذه الورقة البحثية إلى تأكيد الأهمية التي تحظى بها الطائرة كوسيلة نقل مهمة، قوامها السرعة والأثمن، وأمام تزايد استعمالها، جعل منها عرضة لأعمال إجرامية خطيرة، في مقدمتها الاعتداء عليها بالخطف، حيث أصبحت من أكبر التحديات التي تواجه المجتمع الدولي، دفع هذا الوضع إلى تزايد الأضرار الناجمة عن انتشار الجريمة، في ظل وجود مجموعة من العوامل ساعدت على ذلك، مما يقتضي معالجة القصور الذي ينتاب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بقمع جريمة خطف الطائرات، واعتماد تدابير أكثر صرامة، فحاجة المجتمع الدولي ماسة لبذل المزيد من الجهود المستمرة في هذا المجال.

كلمات مفتاحية: خطف الطائرات، الأمن الدولي، الجريمة، الطيران المدني.

**Summary:** the aim of this paper is to emphasize the importance of aircraft as an important means of transport, consisting of speed and credit, and its increasing use has made it vulnerable to serious criminal ACTS, including kidnapping, which have become the greatest challenge facing the international community. It was necessary to remedy the inadequacy of international conventions on the suppression of the crime of hijacking and to adopt stricter measures. The international community is in dire need of more sustained efforts in this area.

**Keywords :** hijacking, international security, crime, civil aviation

\* المؤلف المرسل

تعد جريمة خطف الطائرات من أهم الجرائم في العصر الحديث، التي لم تكن مألوفة من قبل، دفع إلى ظهورها تطور وتقدم صناعة الطائرات، خاصة وأنها واحدة من أبرز وسائل النقل على الصعيدين الوطني والدولي، نظرا لاتساعها لآلاف المسافرين، وتحليقها في الجو لساعات طويلة، مما يتوقع حدوث أفعال تشكل جرائم تهدد أمن وسلامة الطائرات، وتخلف العديد من الأخطار الإنسانية على الفرد<sup>(1)</sup>.

تقع جريمة اختطاف الطائرات تحت تأثير عدة بواعث، فقد يكون الباعث تحقيق غرض سياسي، كتقرير المصير أو مقاومة الاحتلال، أو سببه الرغبة في اللجوء إلى دولة يصعب دخولها بالطرق المشروعة، كما قد تختطف الطائرة لهدف شخصي بغية الحصول على أموال كفدية<sup>(2)</sup>.

رغم قدم جريمة خطف الطائرات، إلا أن نتائجها لم تصل إلى القدر الذي هي عليه الآن من التأثير، وهذا يرجع إلى التطور العلمي، وظهور الطائرة كوسيلة نقل حديثة، مما ساعد على انتشار الجريمة، وتعاضم آثارها باعتبارها أكبر مهدد للسلم والأمن الدوليين<sup>(3)</sup>.

جعل هذا الوضع من جريمة خطف الطائرات من مواضيع الساعة، لما لها من أهمية على الصعيدين العلمي والعملي، من خلال تزايد عمليات الاختطاف، واتساع المخاطر الناجمة عنها في الواقع العملي<sup>(4)</sup>.

سعت الجماعة الدولية أمام هذه التحديات التي تطرحها الجريمة إلى مكافحتها من خلال إبرام جملة من الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن، ومن ضمنها نجد اتفاقية طوكيو عام 1963<sup>(5)</sup>، الهادفة إلى توحيد الإجراءات لمكافحة جريمة خطف الطائرات<sup>(6)</sup>، وكذلك اتفاقية لاهاي عام 1970، بشأن

<sup>1</sup> -م.د عبد العزيز شعبان خالد الحديثي، أحكام جريمة اختطاف الطائرات في القانون الدولي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 1، ص 2.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> - عبید سيف الطنجي، الجرائم التي ترتكب ضد الطائرات، والعوامل المؤثرة في معدلات جريمة خطف الطائرات، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد 1، جويلية 2018، ص 231.

<sup>4</sup> -م.د عبد العزيز شعبان خالد الحديثي، مرجع سابق، ص 2

<sup>5</sup> - اتفاقية طوكيو الموقعة في 14/09/1963 أصبحت سارية المفعول في 04/12/1969 بشأن أفعال غير مشروعة على متن الطائرة.

<sup>6</sup> - اتفاقية مونترال سنة 1971 بشأن قمع أعمال غير المشروعة ضد أمن الطيران المدني.

مكافحة اختطاف الطائرات<sup>(7)</sup>، حيث تعد من بين أهم الاتفاقيات التي ترمي نصوصها إلى زيادة كفاءة الدول في التعامل مع هذه الجريمة، بالإضافة إلى اتفاقية مونتريال لمكافحة الجرائم ضد أمن الطيران المدني، وتقر بضرورة تسليم المختطف، وتوقيع العقاب عليه<sup>(8)</sup>.

تؤكد أغلب التشريعات الدولية على إجراءات قمع الجريمة، وتوقيع الجزاءات على مرتكبيها، كما أن التشريعات الجنائية المقارنة هي الأخرى تسعى لحماية المصالح العليا، والقيم الأساسية للمجتمع، إلى جانب المجال الدولي<sup>(9)</sup>.

يهدف البحث إلى توضيح مفهوم جريمة خطف الطائرات، وتكريس الأطر القانونية المحددة، وآليات مكافحة هذه الجريمة، خصوصا أمام تزايد معدلها، وتأثيرها على الاستقرار السياسي، في ظل انتشار التنظيمات الإرهابية، وضعف الأجهزة الأمنية في بعض المطارات، وما يضيف نوع من الأهمية هو تطور جريمة خطف الطائرات، حيث أصبحت تهدد السلم والأمن الدوليين، هذا ما يحتم تضاعف الجهود للوصول إلى إستراتيجية فعالة لمواجهة الجريمة، دفع هذا الوضع إلى طرح الإشكالية التالية:

ما مدى نجاعة الجهود الدولية المعتمدة لقمع جريمة خطف الطائرات أمام تزايد انتشارها بتقنيات متطورة، وتعاطم آثارها على مصالح المجتمع الدولي؟

ومن هذا الطرح تم اقتراح جملة من الفرضيات:

-تزايد انتشار هذه الجريمة في الواقع الدولي، وتعاطم آثارها، سببه استخدام التقنيات المتطورة في ارتكاب الجريمة، وعدم مواكبة النصوص القانونية لها.

-عدم قدرة المجتمع الدولي على الحد من نتائج جريمة خطف الطائرات، مرده الثغرات المطروحة في الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن.

وللبحث في الموضوع اعتمدنا المنهج التحليلي، من خلال القراءة التحليلية لأحكام القانون الدولي المعالجة لتدابير قمع الجريمة.

وللإجابة على الإشكالية نقسم البحث إلى مبحثين يتضمن المبحث الأول مفهوم جريمة خطف الطائرات، من خلال تعريفها، والإشارة إلى طبيعتها القانونية، وتحديد أركانها، وتتناول في

<sup>7</sup>- سعيد يوسف محمد يوسف، محاضرات الجريمة الدولية غير منشورة، أقيمت على طلبة ماجيستر، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة المهدية، دفعة 2009، 2010.

<sup>8</sup>- المرجع نفسه.

<sup>9</sup>- المرجع نفسه.

المبحث الثاني الجهود الدولية المتخذة لقمعها، من خلال التطرق للأحكام المتابعة، والتسليم، والعقاب بالنسبة لمرتكبيها، على ضوء الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالموضوع، وكذلك قرارات الأجهزة الأمنية في هذا المجال.

**المبحث الأول: مفهوم جريمة خطف الطائرات في القانون الدولي:** اهتم المجتمع الدولي بهذه الجريمة نظرا لما تشكله من خطورة، في عرقلة حركة النقل، وتهديد سلامة الأشخاص، إذ يتبلور هذا الاهتمام في العديد من الاتفاقيات الدولية المجرمة لهذا الفعل، التي تناولت الأركان الأساسية التي تقوم عليها جريمة خطف الطائرات، مما يقتضي معالجة تعريف الجريمة وطبيعتها القانونية، والتطرق إلى أركانها باعتبارها جريمة دولية ضمن الجرائم المهددة لأمن البشرية.

**المطلب الأول: تعريف جريمة خطف الطائرات:** اختلف الفقه، وكذلك الاتفاقيات الدولية في تعريف الجريمة وفق ما يلي:

**الفرع الأول: المحاولات الفقهية لتعريف جريمة خطف الطائرات:** اختلف الفقه في تعريف، وتحديد طبيعة الجريمة، حيث كانت محل جدل العصر الحديث لدى المؤتمرون، فقد طرح العديد من فقهاء وأساتذة القانون الدولي تعريفا لجريمة خطف الطائرات، حيث عرفها الدكتور "المحمدي بداوي" في مؤلفه "الإرهاب الدولي بين التجريم والمكافحة"، بأنها قيام شخص أو أكثر بصورة غير قانونية، وهو على ظهر الطائرة في حالة طيران بالاستيلاء عليها، أو تغيير مسارها، وممارسة سيطرتها عليها بالقوة<sup>(10)</sup>.

يعد تعريف جريمة خطف الطائرات، والاعتداء على سلامتها وتغيير مسارها، نوعا من جرائم الحراية لدى الفقه الإسلامي، لأنها تتضمن أخذ المال مجاهرة اعتمادا على القوة، وهذا ما تضمنته اتفاقية طوكيو عام 1963، المحددة لشروط جريمة خطف الطائرات، وبالتالي تعد مطابقة لشروط وعناصر جريمة الحراية، وفي ظل هذا أصدر مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية قرارا بإيقاع عقوبة القتل على كل من ثبت شرعا، أنه قام بعمل من أعمال التخريب، والفساد المزعزع للأمن، بالاعتداء على الممتلكات الخاصة والعامة، بما فيها تفجير الطائرات<sup>(11)</sup>.

<sup>10</sup> -المحمدي بواوي: الإرهاب الدولي بين التجريم والمكافحة بدون رقم الطبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة سنة 2004، ص57.

<sup>11</sup> - موقف فقه الإسلامي من خطف الطائرات على الموقع الإلكتروني :

[www.muraget.com/researches-files181.doc](http://www.muraget.com/researches-files181.doc) تم الاطلاع عليه يوم 12، 8، 2019، ص 2

الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات الدولية من تعريف جريمة خطف الطائرات: يعتمد الأساس القانوني لتجريم فعل خطف الطائرات على ثلاث اتفاقيات دولية، متمثلة في اتفاقية طوكيو بشأن جرائم وأفعال أخرى معينة ترتكب على متن الطائرة، التي أصبحت سارية المفعول عام 1963، واتفاقية لاهاي بشأن الاستيلاء غير المشروع على الطائرات عام 1970، واتفاقية مونتريال عام 1971، بشأن قمع الأعمال غير المشروعة المرتكبة ضد سلامة الطيران المدني عام 1973<sup>(12)</sup>.

أكدت معاهدة الجرائم والأفعال المرتكبة على متن الطائرة الموقعة في طوكيو بتاريخ 1969/12/14، ضمن أحكام المادة 11 منها، على أنه يعد اختطافا للطائرة ذلك الفعل المرتكب من طرف شخص ما على متن طائرة، في حالة طيران، عن طريق القوة والتهديد باستخدامها، أو ممارسة السيطرة غير المشروعة على الطائرة، وفي هذه الحالة للدولة المتعاقدة أن تتخذ جميع التدابير المناسبة لإعادة السيطرة عليها<sup>(13)</sup>.

رغم أن اتفاقية طوكيو أكدت على أنه من واجب الدولة المتعاقدة القبض على من يشتبه فيه بارتكابه أفعال خطف الطائرة، ويتم التحقيق الدولي بشأنه، وتخطر دولة تسجيل الطائرة، ومع ذلك لم تنص على اعتبار الاستيلاء غير القانوني على الطائرة جريمة تستوجب العقاب<sup>(14)</sup>.

كما عرفت اتفاقية قمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات الموقعة في لاهاي بتاريخ 1970/12/16، جريمة خطف الطائرات وفق أحكام المادة الأولى منها، على أنها أي شخص على متن طائرة في حالة طيران، يقوم بغير حق مشروع، وبالقوة أو التهديد باستخدامها، أو استعمال أي شكل من أشكال الإكراه بالاستيلاء على الطائرة، أو ممارسة السيطرة عليها، أو يشترك مع أي شخص آخر للقيام بهذه الأفعال<sup>(15)</sup>.

يستنتج من خلال هذا التعريف عدة عناصر وشروط أهمها:

**أولاً- أن يكون الفعل غير مشروع:** يعتبر الفعل غير مشروع إذا صدر من شخص ليس له حق فرض الرقابة على الطائرة، واستخدام القوة بجميع أشكالها سواء المادية أو المعنوية، أو التهديد بها، وأن يقع الفعل على متن الطائرة، ويستثني هذا الشرط من نص الفقرة الأولى المادة 12 من اتفاقية

<sup>12</sup> -موقف فقه الإسلامي من خطف الطائرات على الموقع الالكتروني :

[www.muraget.com/researches-files181.doc](http://www.muraget.com/researches-files181.doc) تم الاطلاع عليه يوم 12، 8، 2019، ص 2

<sup>13</sup> -محمد عودة الجبور، الجرائم الواقعة على امن الدولة وجرائم الإرهاب في القانون الأردني والقوانين العربية، الطبعة

الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 367

<sup>14</sup> -المرجع نفسه، ص 368.

<sup>15</sup> -المرجع نفسه، ص 368.

طوكيو في الاستيلاء غير المشروع على الطائرة، من جهته خارج الطائرة عن طريق استخدام أجهزة لاسلكية<sup>(16)</sup>.

ثانيا- وقوع الفعل أثناء الطيران: يعد هذا الشرط من بين النقاط الهامة، التي أكدت عليها الفقرة 3 المادة الأولى من اتفاقية لاهاي، وأقرت أن يقع الفعل أثناء الطيران، أي منذ اللحظة التي يتم فيها تشغيل القوة المحركة لإقلاع الطائرة.

وأما فيما يتعلق بالتسمية فالمصطلح يرجع إلى ما بين 1930- 1933، حيث استعمل مصطلح *hizach raise your hanas* "معناه رفع أيدي عاليا دلالة على التسليم، وكان سائدا بين العصابات المهربة للمشروبات، وبعد الاهتمام بالجريمة أكثر أطلق عليها "air piray"، معناه "قرصنة جوية"، وهذا ما تبنته العديد من الدول في تشريعاتها الداخلية، وفي المؤتمرات الدولية، وبعدها شاع مصطلح "التغيير غير القانوني لمسار الطائرة"، وفي اللغة العربية شاع مصطلح "خطف الطائرات"<sup>(17)</sup>.

**المطلب الثاني: تحديد الطبيعة القانونية لجريمة خطف الطائرات:** اختلفت التوجهات الفقهية بشأن الطبيعة القانونية، لجريمة خطف الطائرة، خاصة بعد اتساعها في الآونة الأخيرة، حيث ظهرت عدة توجهات في ذلك وفق ما يلي:

**الفرع الأول: جريمة خطف الطائرات جريمة دولية:** اختلف الفقه حول تحديد طبيعة جريمة خطف الطائرات، منهم من اعتبرها جريمة دولية، أمثال الفقيه "جلاسير" الذي رأى أن جريمة خطف الطائرات جريمة دولية، تصيب بالضرر المصالح الإنسانية المشتركة، واعتبر بناء على هذا الوصف أن السلوك الإجرامي يصيب بالضرر العلاقات الدولية، فيما يخص التجارة الدولية الجوية، وحرية الطيران، واعتبر العقاب على هذا العمل غير المشروع، ناتج عن الالتزام الدولي الذي تقره هذه الدول<sup>(18)</sup>.

لم يسلم الرأي المؤكد على اعتبار جريمة خطف الطائرات جريمة دولية، من نقد الكثير من الفقهاء، مما أدى إلى الفشل في الاقتراح الرامي إلى إدراج جريمة خطف الطائرات كجريمة دولية أثناء

<sup>16</sup> - سلامة إسماعيل محمد، تعريض وسائل المواصلات للخطر في نظرية القانون الجنائي مع دراسة تحليلية لظاهرتي خطف الطائرات والإرهاب، بدون رقم الطبعة، مطبعة جامعة القاهرة، 1994، ص ص191، 190.

<sup>17</sup> - الأخضر ديهي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الإرهاب الدولي وخطف الطائرات، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2005، ص ص114، 115، 116.

<sup>18</sup> - عبد الله سليمان سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، رقم الطبعة وسنة النشر، ص248.

المناقشات التي دارت حول الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن، وذلك أن اتفاقية لاهاي المتعلقة بقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات لم تضيف عليها صفة الدولية، وكذلك اتفاقية مونتريال إثر النقاشات التي دارت حولها، واكتفت باعتبار خطف الطائرات "جريمة"، دون إضفاء صفة الدولية عليها<sup>(19)</sup>.

**الفرع الثاني: جريمة خطف الطائرات عملية قرصنة:** طالب اتجاه فقهي حديث، في ظل حداثة الجريمة، ومنه حداثة تجريمها، إدراج الجريمة ضمن جدول أعمال الجمعية العامة عام 1969، تحت ما يعرف "بالقرصنة من الجو"، ومثل هذا الاتجاه عدة دول منها الأرجنتين، وأستراليا، وبلجيكا، والبرازيل وجمهورية الدومينيكان، وإكوادور، ليكسمبورغ، ومدغشقر، وهولندا، ونيوزلندا، وكذلك بعض التشريعات الداخلية في كل من أوروبا وأمريكا، قد نصت صراحة في تشريعاتها على مصطلح "القرصنة"، ففي إنجلترا مثلا وردت بعض النصوص تجرم "القرصنة" منذ عام 1535، وبعدها عام 1700 و 1771<sup>(20)</sup>

نادى معهد القانون الدولي بإصدار تقرير سنوي عام 1970، اعتمد مصطلح "قرصنة" لتوضيح مدى صواب الرأي القائل أن جريمة خطف الطائرات هي جريمة قرصنة أم لا، ولتحديد هل القواعد التي تحكم الأفعال التي ترتكب على متن الطائرة تتشابه مع تلك التي ترتكب على متن السفن، هذا يتطلب تحديد المقصود بالقرصنة البحرية، التي حدد العرف الدولي أركانها، حيث تعد اتفاقية جنيف لأعالي البحار المبرمة بتاريخ 19-04-1958 أول اتفاقية دولية تناولت تحديد القرصنة البحرية ضمن المادة 15 منها، حيث جاء في نصها اعتبار القرصنة أي فعل من الأفعال التالية: أي عمل غير مشروع من أعمال العنف أو القبض أو السلب يرتكب لأغراض خاصة، بواسطة طاقم أو مركب سفينة خاصة أو طائرة خاصة، ويكون موجه في أعالي البحار ضد سفينة أو طائرة أخرى، أو أشخاص أو أموال خارج نطاق الاختصاص لأي دولة، وأي مساهمة إدارية في عملية تقوم بها السفينة أو طائرة العلم بالوقائع التي تجعلها سفينة أو طائرة قرصان، وأي تحريض أو تسهيل عمدي، وفعل من الأفعال المذكورة في الفقرتين السابقتين وفقا للمادة 15، التي تفر أنه لقيام الجريمة يلزم توافر جملة من العناصر لتكون جريمة قرصنة وهي: أن يكون العمل غير مشروع، ومن أعمال العنف، أي أن يعتمد الإكراه بجميع أنواعه، وأن يستهدف هذا الفعل تحقيق مصلحة شخصية، وليس بالضرورة أن يكون باعث مادي،

<sup>19</sup> - المرجع نفسه، ص 249، 248.

<sup>20</sup> - حسين إبراهيم صالح عبيدة، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1994، ص 207.

ومن هنا لا تعد جريمة خطف الطائرة قرصنة، إذا كانت لبواعث سياسية، وأن يكون هذا الفعل بواسطة أشخاص موجودين على ظهر سفينة خاصة أو طائرة خاصة<sup>(21)</sup>.

تعرض الرأي الذي يعتبر خطف الطائرات قرصنة للنقد، لعدة أسباب أهمها أن اعتبار القرصنة جريمة دولية، فإن أركانها وفقا لما حدده الفقه والعرف أو اتفاقيات الدولية تختلف عن الأركان التي تقوم عليها جريمة خطف الطائرات، وهذا بمقارنة المادة 15 من اتفاقية جنيف لأعالي البحار، واتفاقية طوكيو 1963 لقمع الأفعال المرتكبة على متن الطائرة، في المادة 11 منها نرى أن جريمة القرصنة لا ترتكب إلا في أعالي البحار، أو في مكان لا يخضع لسيادة دولة معينة، على عكس جريمة خطف الطائرات تقع أثناء تحليق الطائرة في المجال الجوي لدولة أخرى، كما أن جريمة القرصنة تقتض وقوع أفعال العنف من طاقم أو ركاب سفينة أو طائرة خاصة، ضد سفينة أو طائرة أخرى، عكس جريمة خطف الطائرات التي يفترض وقوع الفعل على متن الطائرة المخطوفة، والجمعية العامة قررت تغيير مصطلح "قرصنة" إلى "تغيير مسار الطائرات بالقوة"<sup>(22)</sup>.

**الفرع الثالث: جريمة خطف الطائرات شبه قرصنة:** نادى جانب من فقهاء القانون الدولي، إلى تكيف فعل الاعتداء على الطائرات على أنه شبه قرصنة، واستندوا في ذلك على فكرة الاختصاص في عقاب كل من خطف الطائرات والقرصنة، كما نصت على ذلك اتفاقية جنيف لأعالي البحار في المادة 14 منها "لكل دولة الحق في عقاب جريمة القرصنة"، ونصت كذلك اتفاقية طوكيو ضمن أحكام المادتين 3 و 4 منها على عقاب كل من يرتكب جريمة الخطف، كما عالجت المادة 4 من اتفاقية لاهاي الاختصاصات الدولية للدول أطرافها، وبالتالي فإن الحق المخول للدولة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوطيد سلطتهم، واختصاصاتهم على جريمة الاختطاف، وفقا لما تقرر في اتفاقيتي طوكيو ولاهاي، جعلت من اختصاص الدول في ردع وعقاب خطف الطائرات يتشابه مع الردع الذي أكدت عليه اتفاقية جنيف لأعالي البحار<sup>(23)</sup>.

**المطلب الثالث: أركان جريمة خطف الطائرات:** تقوم أي جريمة سواء كانت داخلية أو دولية بتوافر أركان، وهذا ما ينطبق على جريمة خطف الطائرات، التي يكون فيها قيام الخطف بالتهديد المادي أو المعنوي للقائد الطائرة أثناء الطيران، بغرض الاستيلاء عليها، أو تغيير مسارها، وهذا ما يدخل ضمن عناصر الركن المادي، ويكون هذا الفعل بعلم وإرادة الجاني، واتجاه نيته إلى اعتماد هذا الفعل، بغرض الاستيلاء غير المشروع على الطائرة، ويلزم أن يكون للدول يد في تحريض الأشخاص الخاطفين ضد دولة عدوانية.

<sup>21</sup> - محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات طبيعة دولية، بدون رقم الطبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة، ص ص 252، 253، 254.

<sup>22</sup> - سلامة إسماعيل محمد، مرجع سابق، ص ص 196، 195.

<sup>23</sup> - محمد منصور الصاوي، مرجع سابق، ص ص 295، 294، 293.

**الفرع الأول:-الركن الشرعي لجريمة خطف الطائرات:** لكي نعتبر جريمة خطف الطائرات فعل غير مشروع قام به الخاطف يلزم تحديد الأساس القانوني سواء كان عرف أو ضمن اتفاقيات تحرم الفعل، وتحدد العقوبات ضد المتهم حتى تعد جريمة دولية، وهذا ما سنتناوله كما يلي:

**أولاً-العرف الدولي كأساس لتجريم خطف الطائرات:** أثبتت الأرقام المذهلة لعملية الخطف، كثرة حوادث خطف الطائرات واتساعها على النطاق الدولي، حيث وصلت ذروتها، إذ بلغ عددها سبعين حادث عام 1969، ورغم هذا إلا أن تجريم الأفعال في صورة اتفاقيات دولية لم يظهر إلا منذ عام 1963<sup>(24)</sup>، وبالتالي فإن جريمة خطف الطائرات هي مثلها مثل باقي الجرائم الدولية في إطار القانون الدولي الجنائي، كان ركنها الشرعي مستمداً من العرف، وهنا القاضي يرى مدى تطابق فعل الخطف مع العرف، مما أدى إلى خلق إشكالات في التفسير الموسع، مع علم أن القانون الجنائي لا يأخذ به.

**ثانياً-الاتفاقيات الدولية كأساس لتجريم خطف الطائرات:** عقدت منظمة الطيران المدني عدة مؤتمرات دولية بعد عام 1963، تمخض عنها جملة من الاتفاقيات الدولية، مجرمة للاستيلاء غير المشروع، أو ما يعرف بخطف الطائرات، ممثلة في اتفاقية طوكيو عام 1963 متعلقة بالأفعال غير المشروعة المرتكبة على متن الطائرة، وتلبيها اتفاقية لاهاي عام 1970 لقمع الاستيلاء غير المشروع على خطف الطائرات، وأخيراً اتفاقية مونتريال لقمع الاستيلاء غير المشروع على الطائرات، أصبحت هذه الاتفاقيات مصدر أساسي ضمن الركن الشرعي لتجريم أفعال اختطاف الطائرات على المستوى الدولي<sup>(25)</sup>.

**الفرع الثاني:الركن المادي والمعنوي لجريمة خطف الطائرات:** لا تقوم أي جريمة سواء كانت داخلية أو دولية إلا بتوافر أركانها، وهذا ما ينطبق على جريمة خطف الطائرات، ومن هذه الأركان نجد الركن المادي المنطوي على عناصر وفقاً لما تناولته الاتفاقيات الدولية المقررة لقمع الجريمة، وكذلك الركن المعنوي المبني على القصد الجنائي، وفق ما جاء في أحكام الاتفاقيات الدولية.

**أولاً:عناصر الركن المادي لجريمة خطف الطائرات:** تناولت المادة 11 من اتفاقية طوكيو عناصر الركن المادي لجريمة خطف الطائرات بنصها: "إذا كان استخدام شخص للقوة على متن الطائرة أو هدد باستخدامها بطريقة غير شرعية لعرقلة سيرها، أو الاستيلاء عليها، أو التحكم فيها أثناء الطيران أو كان سلوكه على وشك الوقوع...."

<sup>24</sup> - حسين صالح إبراهيم عبيدة ، مرجع سابق ، ص 211.

<sup>25</sup> - سلامة إسماعيل محمد ، مرجع سابق ، ص 207 ، 211 ، 219.

كما تنص المادة الأولى الفقرة الأولى من اتفاقية لاهاي : "تعتبر جريمة دولية ما يأتيه أي شخص على متن طائرة أثناء طيرانها، بطريقة غير مشروعة من أفعال العنف والتهديد به، والاستيلاء أو ممارسة رقابته عليها أو الشروع في أي من هذه الأفعال" ، ومن خلال هذه النصوص نستنتج اشتغال عناصر الركن المادي لجريمة الخطف على عدة عناصر.

يعتبر استخدام القوة أو التهديد بها أهم عنصر في الركن المادي لقيام جريمة خطف الطائرة، وفق ما جاء ضمن أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالموضوع، ويقصد به ممارسة أفعال العنف بجميع أشكاله سواء المادي أو المعنوي ضد قائد الطائرة، حتى يغير مسارها، وهنا يمكن الخاطف يستعمل عدة أساليب ضد القائد منها : تهديده، واستعمال معه كافة وسائل الضغط، ولكن الواقع العملي لم يفصح عن هذه الوسائل، واقتصر على الإكراه المادي<sup>(26)</sup>، ومن بين أمثلة العنف المادي نجد : قيام الجاني بطعن قائد الطائرة بسلاح أبيض، ليمنعه من القيادة، والعنف المعنوي، كإشهار سلاح في وجه القائد أو التهديد به<sup>(27)</sup>.

بعد التهديد باستعمال القوة أبرز وسائل ارتكاب جريمة اختطاف الطائرات، وقد يدخل ضمن هذا الطرح إشهار مسدس، أو التهديد بقنبلة أو سلاح حاد وغيرها، كما يحصل الاختطاف باستعمال القوة فعلا بقتل أحد أفراد طاقم الطائرة، أو إصابته بجروح، ذلك أن اللجنة القانونية لاتفاقية لاهاي اتجهت إلى استبعاد حالات اختطاف الطائرة دون توافر استخدام القوة أو التهديد بها<sup>(28)</sup>.

يشكل وقوع الفعل على متن الطائرة شرط لا يقل أهمية عن التهديد بالقوة في قيام جريمة الخطف، وهذا ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية، وما أثبتته تطبيقها واقعيًا، وبالتالي فإن استخدام المختطف لأجهزة لا سلكية لإبلاغ تهديده للقائد لا يخضع لهذا القانون.

اشترطت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بقمع جريمة خطف الطائرة ضرورة أن يكون استخدام القوة أو التهديد بها قد وقع على الطائرة أثناء الطيران، وهنا نلاحظ أن عبارة "أثناء الطيران" طرحت خلاف حولها عند تفسير اتفاقية طوكيو، حيث ورد في فقرة الثالثة من مادتها الأولى: "أن الطيران يبدأ من اللحظة التي يتم فيها تشغيل القوة المحركة، إلى اللحظة التي يتم فيها قطع الطائرة لممر الهبوط"<sup>(29)</sup>.

<sup>26</sup> - حسين صالح إبراهيم عبدة، مرجع سابق، ص 112، 213

<sup>27</sup> - سلامة إسماعيل محمد، مرجع سابق، ص 184.

<sup>28</sup> - محمد عودة الجبور، مرجع سابق، ص 370، 371.

<sup>29</sup> - حسين صالح إبراهيم عبدة، مرجع سابق، ص 213.

أقرت المادة الخامسة من ذات الاتفاقية أن "الطيران يبدأ من لحظة إغلاق أبواب الطائرة بعد ركوب المسافرين، إلى لحظة فتح الأبواب لنزولهم"، ونجد أن أعضاء المؤتمر أخذوا بنص المادة الأولى، ولما تعرض الموقوف للانتقادات، فهناك من تبنى نص المادة الخامسة من الاتفاقية، وكذلك من الأحكام الواردة في هذا الشأن ضمن اتفاقية لاهاي نجد المادة الثانية منها التي أشارت إلى أنه في الهبوط الاضطراري يعتبر الطيران ممتد<sup>(30)</sup>.

إن أهم نقطة أكدت عليها الاتفاقيات الدولية، وهي أن الشخص المرتكب للخطف، يلزم أن يكون على متن الطائرة، و لو كان له شريك ليس على متنها<sup>(31)</sup>.

**ثانيا: عناصر الركن المعنوي لجريمة خطف الطائرات:** يتخذ الركن المعنوي لجريمة خطف الطائرات، صورة القصد الجنائي الذي يقوم على الإرادة، وذلك أن الجاني يلزم أن يكون على علم بأن فعله ينطوي على التدخل في السير الطبيعي للطائرة، ولا عبرة بالبواعث الدافعة للجريمة<sup>(32)</sup>.

كما تتطلب هذه الجريمة لقيام ركنها المعنوي أن يكون الجاني جادا في فعله، فإذا تبين أن الجاني لم يكن جادا في فعله، ولم يتجاوز المزاح، فإن الجريمة لا تقوم لانعدام القصد، ولكن ينبغي مراعاة ظروف الطيران الدقيقة، فلو أن أحد المسافرين أشهر مسدس اتجاه القائد، فإن الجريمة تامة، حتى ولو كان المسدس خالي من الرصاص<sup>(33)</sup>.

يقضي الركن المعنوي توافر عنصري العلم والإرادة، بمعنى علم الجاني بأن ما يقوم به يدخل في إطار العمل غير المشروع ضد الطائرة ويعرقل سيرها، ويهدف إلى الاستيلاء غير المشروع عليها، وينبغي أن ينصرف العلم إلى الصفة الإجرامية للفعل، وإن جهلها تدفع عنه المسؤولية، وبالتالي الغلط يعد عذر في مجال القانون الدولي الجنائي، كما ينبغي أن تنصرف إرادته إلى التدخل في تغيير مسار الطائرة، وإذا لم يتحقق هذا انعدم القصد الجنائي، ذلك أنه بتوافر نوايا أخرى كالقتل أو سرقة الركاب، كما لا يعتد بالبواعث سواء أكانت سياسية أو اقتصادية أو شخصية، فالأمر سيان في جميع الحالات التي تدفع الخاطف إلى القيام بعملية الخطف<sup>(34)</sup>.

**الفرع الثالث: الركن الدولي لجريمة خطف الطائرات:** تتميز جريمة خطف الطائرة على المستوى الداخلي عن الدولي، بالركن الدولي، إذ يلزم أن تكون دولية لكي يعتد بها في القانون

<sup>30</sup> - حسين صالح إبراهيم عبيدة، مرجع سابق، ص 214.

<sup>31</sup> - محمد عودة الجبور، مرجع سابق، ص 371.

<sup>32</sup> - أحمد عبد الحكيم عثمان، مرجع سابق، ص 142.

<sup>33</sup> - عبد الله سليمان سليمان، مرجع سابق، ص 142.

<sup>34</sup> - نفس المرجع السابق، ص ص 216، 215.

الدولي الجنائي، وحتى يتم توقيع العقاب على الجاني، وهذا ما هو ورد ضمن القاعدة العامة في القانون الدولي الجنائي، وأما فيما يتعلق باتفاقيتي لاهاي وطوكيو لم تشرا إلى هذا الركن.

ومن بين الشروط في هذا الموضوع أن يقع الخطف وفق خطة مرسومة من جانب دولة على دولة أخرى، أينا كان الحق الذي تم المساس به، وهذا الاعتداء يعد مساس بالسيادة الإقليمية للدولة المعتدي عليها، ولا يمكن استبعاد ما ورد ضمن المادة الأولى من اتفاقية لاهاي، لما أقرت أن فاعل الجريمة ممكن شخص طبيعي، ولم تشر إلى قيامه باسم الدولة، وبالتالي فإن الركن الدولي يتحقق إذا كلفت إحدى الدول شخص من رعاياها باختطاف طائرة مملوكة لدولة أخرى، لإرغامها على اتخاذ تصرف معين للإفراج عن الرهائن، أو التصالح في ديون، ويستوي أن تكون الدولة مجتمعة الأركان أو غير مجتمعة<sup>(35)</sup>.

ولكن بتوافر الشروط المذكورة، فإن جريمة خطف الطائرات، قد ترتكب بتحريض الدولة لشخص لارتكابها ضد دولة أخرى، أو ممكن تقع داخل الدولة بين أفرادها، وهذا في حالة الطائرة التي تكون متوجهة نحو رحلة داخلية، وبالتالي هنا الجريمة لا ترقى إلى جرائم الخطف الدولية، ولا تكون مسندة إلى أحكام القانون الدولي الجنائي، باعتبارها لا تعد جريمة دولية، ويتكفل القانون الداخلي للدولة التي وقعت فيها، وكذلك القضاء الوطني هو المختص بمعاقة الخاطف وفقا لقواعد القانون الجنائي الداخلي من حيث المكان.

**المبحث الثاني: الجهود الدولية لقمع جريمة خطف الطائرات:** لاقى موضوع قمع جريمة خطف الطائرات عناية كبيرة من جانب سائر أعضاء المجتمع الدولي، بما في ذلك الدول والمنظمات الدولية، حيث اعتبرت غالبية الدول خطف الطائرات جريمة مستقلة يعاقب عليها القانون كالإصدار المكسيك قانون في ذلك الشأن عام 1968، وكوبا عام 1969، الولايات المتحدة الأمريكية عام 1972، كما أدرك كذلك قانون الطيران المدني المصري مسيرته للتشريعات الدولية<sup>(36)</sup>.

**المطلب الأول: جهود المنظمات الدولية لقمع جريمة خطف الطائرات:** سعت منظمة الأمم المتحدة لاعتماد جملة من الإجراءات لقمع جريمة خطف الطائرات، باعتبارها على رأس المنظمات الدولية التي تضمن الأمن للبشرية، من خلال أجهزتها المختلفة، وهذا بالإضافة إلى منظمة الطيران المدني التي لعبت دورا بالغ الأهمية هي الأخرى في قمع الجريمة.

<sup>35</sup> - حسين صالح إبراهيم عبيدة، مرجع سابق، ص ص. 216، 217.

<sup>36</sup> - عصام عبد الفتاح عبد السميع مطر، الجريمة الإرهابية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005،

الفرع الأول: جهود منظمة الأمم المتحدة لقمع جريمة خطف الطائرات: ساهمت أجهزة منظمة الأمم المتحدة في قمع جريمة خطف الطائرات، خاصة مجلس الأمن والجمعية العامة.

أولاً: دور الجمعية العامة في قمع جريمة خطف الطائرات: اعترفت الجمعية العامة بالدور الحيوي للطيران المدني، لما له من أهمية في تعزيز وإدارة العلاقات الودية بين الدول، و اعتبرت أن تحقيق الأمن والسير الحسن للطيران المدني، من مصلحة جميع الشعوب، وهذا ما تجسد من خلال قراراتها التالية:

أ- قرار رقم 2551 بشأن تغيير مسار الطائرات: أصدرت الجمعية العامة قراراً تحت عنوان "تغيير مسار الطائرات المدنية بالقوة أثناء طيرانها" تحت رقم : 2551 ، بتاريخ 12-12-1969 ، وجاء في مضمونه مناقشة الدول لاتخاذ كل الإجراءات المناسبة، لتأكد من أن تشريعاتها توفر نظام ملائم لإجراءات قانونية فعالة لمكافحة هذه الجريمة، كما ألزم الدول بضرورة كفالة محاكمة جميع الأشخاص الذين يرتكبون أفعالا من شأنها أن تعرض سلامة الطائرات والأشخاص للخطر، وطالب القرار أيضا بالتعاون التام مع منظمة الطيران المدني، ومناقشة الدول بانضمام إلى اتفاقية طوكيو 1963<sup>(37)</sup>.

ب- قرار رقم 2645 بشأن اختطاف الطائرات: أصدرت الجمعية العامة في شأن حماية الطيران المدني كذلك قرار آخر، إضافة إلى القرار الأول في دورتها الخامسة والعشرين، بتاريخ 20 نوفمبر 1970 ، بشأن اختطاف الطائرات، أو التدخل في النقل الجوي، وقد جاء في مضمون القرار أن الجمعية العامة اعترفت بالدور الحيوي الذي يلعبه الطيران المدني، وقد ساورها القلق العميق إزاء أعمال اختطاف الطائرات، والقرصنة غير المشروعة، واعترفت أن هذه الأعمال تعرض الطيران المدني للخطر، وسلامة الركاب والطاقم، وبالتالي أكدت أن الطيران المدني<sup>(38)</sup> لا يحقق الفائدة والأهمية المرجوة منه، إلا بكفالة سلامته من عمليات الخطف التي يتعرض لها سواء على المستوى الدولي، أو حتى تلك العمليات التي تقع على المستوى الداخلي، وطالبت الجمعية العامة من خلال قرارها هذا بقمع جميع أعمال العنف المستهدفة للركاب أو الطاقم أو الطائرة، أو تلك المستهدفة لمراقبي الملاحة الجوية، والوسائل المستخدمة في النقل الجوي المدني، لهذا طالب مناقشة الدول لاتخاذ كل الإجراءات المناسبة، والتأكد من أن تشريعات الدول توفر نظام قانوني ملائم، و فعال لمكافحة جريمة خطف الطائرات، وطالب القرار أيضا من الدول اتخاذ التدابير اللازمة للقمع، أو جعل الجريمة ضمن اختصاصها، وتأمين ملاحقة مرتكبيها ومعاقبتهم<sup>(39)</sup>.

<sup>37</sup> - الأخصر ديهيي ، مرجع سابق، ص138.

<sup>38</sup> - محمد منصور الصاوي ، مرجع سابق، ص112.

<sup>39</sup> - الأخصر ديهيي ، مرجع سابق، ص138.

كما طلبت الجمعية العامة في هذا القرار من الدول، أن تقوم وفقا لميثاق الأمم المتحدة، بعمل مشترك يرمي إلى قمع الأعمال التي تعرض النقل الجوي المدني للخطر، وشكل القرار الصادر عن الجمعية العامة، وما جاء فيه من إجراءات وأساليب للردع أساسا لإبرام اتفاقية لاهاي لسنة 1970 بخصوص مكافحة اختطاف الطائرات، واتفاقية مونتريال لسنة 1971 لقمع أعمال غير المشروعة ضد أمن الطيران المدني<sup>(40)</sup>.

يلاحظ أن قرارات الجمعية العامة لها قوة أدبية خاصة، وأنها تتسم بالضعف من حيث المعالجة العلمية لمشكلة اختطاف الطائرات، بالإضافة إلى الخلاف بين الدول الأعضاء في موضوع التسليم، ففي تصويت الجمعية العامة عام 1965 رفضت 59 دولة تأييد القرار القاضي بتجريم الاختطاف، ومن خلال المناقشات من سنة 1969 إلى 1970 فإن أغلبية الدول رأيت أن الدولة التي ينزل فيها مختطف الطائرة لها أن تمتنع اللجوء السياسي، وممكن لا تمتنع له ذلك، وسكتت عن فكرة ما إذا كان الدافع السياسي يبطل إجراءات التسليم أم لا<sup>(41)</sup>.

**ثانيا: دور مجلس الأمن في قمع جريمة خطف الطائرات:** نتيجة لتزايد جريمة اختطاف الطائرات المدنية، وأمام الدور الذي يلعبه مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن للبشرية، فقد عمد إلى إصدار قرارات ذات الصلة بالجريمة والمتمثلة فيما يلي:<sup>(42)</sup>

**أ-قرارات بتاريخ 09-09-1970:** اتخذ مجلس الأمن قراره بشأن اختطاف الطائرات سنة 1970، تضمن القرار قلق مجلس الأمن البالغ من تهديد حياة المدنيين الأبرياء نتيجة الاختطاف، كما ناشد مجلس الأمن ضمن أحكام القرار جميع الدول الأطراف المعنية، أن تطلق على الفور صراح الركاب وملاحى الطائرة المختطفة دون استثناء، وطالب من الدول أيضا أن تتخذ جميع التدابير القانونية لمنع وقوع حوادث الاختطاف الأخرى للطائرات.

**ب-قرار مجلس الأمن بتاريخ 20/7/1972:** أكد مجلس الأمن ضمن هذا القرار أن أعضاءه يساورهم القلق العميق إزاء عملية خطف الطائرات، التي أصبحت تهدد حياة الركاب والملاحين، ومنه فإن أعضاء مجلس الأمن يرون ضرورة إنهاء الأعمال الموجهة ضد سلامة، وأمن الطيران المدني، التي ترتكب في مختلف أنحاء العالم.

<sup>40</sup> -محمد منصور الصاوي ، مرجع سابق ، ص 113 ، 112.

<sup>41</sup> -الأخضر ديهي ، مرجع سابق ، ص 139.

<sup>42</sup> -دور مجلس الأمن في قمع جريمة خطف الطائرات على الموقع :

<http://www.law-zag.com/vb/showthread.plppt=4596> تم الاطلاع عليه يوم 13 أوت 2019

الزم القرار الدول أن تتخذ التدابير المناسبة ضمن اختصاصها لردع هذه الأفعال، بما فيها أن تتخذ إجراءات فعالة إزاء مرتكبي مثل هذه الأفعال، وفي ختام القرار دعى مجلس الأمن جميع الدول إلى توسيع وتقوية الاتحاد لضمان نجاعة الجهود في هذا المجال، وفقا لالتزامات الأمم المتحدة، ولضمان الحد الأعلى من السلامة الممكنة للطيران المدني الدولي، ولذا على الدول جميعا اتخاذ التدابير اللازمة ضمن اختصاصاتها لتحقيق أمن وسلامة الطيران المدني .

ج- قرار مجلس الأمن رقم 731: إثر تدمير طائرة "بان أمريكيان"، التي كانت تحمل الرحلة رقم 103، وطائرة النقل الجوية الفرنسية التي تحمل الرحلة رقم 772، والتي ترتب عنهما إزهاق أرواح المدنيين، حيث وجه الاتهام في هذه القضية إلى ليبيا، وتم تحريك القضية في البداية من قبل الولايات المتحدة الأمريكية. وبريطانيا، وبعدها انضمت فرنسا إلى الدولتين، وأضافت إلى الدعوى قضية الطائرة الفرنسية التي أسقطت فوق النيجر عام 1989، وقد تم رفع الدعوى بعد اكتمال التحقيقات، وتوفر المعلومات الكافية للإدانة، والتي تقدم بها أحد المواطنين الليبيين، يعمل في جهاز المخابرات الليبية، وفر إلى الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(43)</sup>.

يلاحظ أن الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا لم تمنح أي فرصة لتسوية الأزمة سلميا، حيث قامت بعرضها على مجلس الأمن، الذي تبني الموقف الغربي ضد ليبيا، وأعقب الإدانة بإصدار القرار رقم 731 بتاريخ 21 /1/ 1992، ونجد أن القرار ألزم ليبيا بتسليم رعاياها باعتبارهم متهمين في حادث تحطيم الطائرة، ثم أصدر قرارا آخر رقم 748 في 31-03-1992 لما رفضت ليبيا تسليم رعاياها، اعتبر فيه هذا الإجراء مخالف لقواعد القانون الدولي، وفرض عليها مجموعة من الجزاءات والتدابير، ومن ضمنها حظر مدها بالأسلحة والمعدات، وتخفيض البعثات الدبلوماسية والقنصلية إليها.

يعد القرار رقم 731 من أهم القرارات التي أدانت عمليات التفجير، حيث عبر عن قلقه العميق إزاء ما يقع من اعتداءات، وأخطار على الطيران المدني، وما يوضح ذلك هو إصداره قرارات أخرى لاحقة تدين ليبيا، وتفرض عليها عقوبات لرفض الامتثال وتسليم المتهمين، ومن جملة هذه القرارات والإجراءات المعتمدة من قبل مجلس الأمن: إصدارها القرار رقم 748 بتاريخ 31/03/1992 الذي فرض على ليبيا جزاءات لرفض تسليم المتهمين، كما أصدرت الدول الغربية قرار رقم 383 بتاريخ 08/11/1993، منحت ليبيا مهلة لتنفيذ القرار رقم 371، وأمام رفض ليبيا وتمسكها بعدم تسليم المتهمين أصدر مجلس الأمن قراره رقم 883، وأشار في ديباجته بعدم امتثال ليبيا لقراره السابقين، واعتبر قمع الإرهاب أمرا ضروريا لتحقيق السلم والأمن الدوليين<sup>(44)</sup>.

<sup>43</sup> -رجب عبد المنعم متولي، مرجع سابق، ص 181.

<sup>44</sup> - نفس المرجع السابق، ص 182، 183، 185.

تملك قرارات مجلس الأمن الصادرة في شكل توصيات نفس قوة قرارات الجمعية العامة، أما القرارات التي تصدر في شكل عقوبات دولية، وفقا للمادتين 41 و42 من الميثاق، فهي ملزمة لجميع الدول، ومثالها القرار رقم 748 الصادر عن مجلس الأمن، والقاضي بفرض جزاءات دبلوماسية واقتصادية ضد ليبيا في مارس 1992، لرفض تسليم المتهمين في تفجير الطائرة المدنية التابعة لشركة "بان أمريكان" فوق قرية لوكريني<sup>(45)</sup>.

نلاحظ أن قرارات مجلس الأمن تعمل في بعض الأحيان على الكيل بمكيالين، بما يخدم الدول العظمى التي لها حق الفيتو.

**الفرع الثاني: جهود منظمة الطيران المدني لقمع جريمة خطف الطائرات:** أنشأت منظمة الطيران المدني الدولية، بموجب عقد باريس بتاريخ: 3-10-1919، نتيجة إدراك المجتمع الدولي لمثل هذا التنظيم، وكانت تسمى اللجنة الدولية للملاحة، أنيط لها دور حماية الملاحة الدولية، ولكنها فشلت في تحقيق هذا الدور، ومن هنا دعت الولايات المتحدة الأمريكية إلى عقد مؤتمر دولي بشيكاغو بتاريخ 1-11-1944، حيث تم إبرام معاهدة تتضمن ثلاث أجزاء أساسية يتعلق الأول بتنظيم الملاحة الجوية، والثاني بإنشاء منظمة دولية للطيران المدني، والجزء الثالث بتنظيم عمليات النقل الجوي، ودخلت المعاهدة حيز النفاذ بتاريخ 1-4-1947، بانضمام 189 دولة عضو، وخولت للمنظمة جملة من الأهداف عن طريق الأجهزة والهيئات المكونة لها، ممثلة في: الجمعية العامة، ومجلس المنظمة، والأمانة العامة في المنظمة، واللجان المتخصصة، لأن تقوم بحملة من الأهداف، بما فيها تطوير المبادئ القانونية والفنية للمنظمة للملاحة الدولية الجوية، وتسجيل الاتفاقيات بين الدول في مجال الطيران المدني، وتسهيل الطيران من بلد لآخر، وتوفير السلامة والأمن في مجال الطيران، كما تقوم بدراسة المشكلات التي تعترض الملاحة الجوية الدولية<sup>(46)</sup>.

اهتمت منظمة الطيران المدني بحمل الدول على تنفيذ التزاماتها المتعلقة بقمع جريمة خطف الطائرات، في كل ما يعد تدخلا غير شرعي في النقل الجوي، وضمن الدورة السابعة عشر الاستثنائية للجمعية العامة للمنظمة المنعقدة عام 1970، حيث أقر المؤتمرين بضرورة اتخاذ ما يلزم لضمان قيام الدول بالوفاء بالتزامها بموجب ميثاق دولية، دعت إلى عقدها المنظمة الدولية للطيران المدني، من أجل قمع التدخل غير الشرعي ضد أمن وسلامة الطيران المدني، كما أقرت الجمعية العامة للمنظمة دعوة المجلس للاجتماع لإعداد مشروع اتفاقية دولية، لقمع الأعمال غير المشروعة ضد الطيران المدني، كما عقد المجلس التابع لمنظمة الطيران المدني دورته في خريف 1970، وقد

<sup>45</sup> - نفس المرجع السابق، ص140.

<sup>46</sup> - جمال عبد الناصر مانع، التنظيم النظرية العامة والمنظمات العالمية والمتخصصة، بدون رقم طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2006 الجزائر، ص، ص 428-429.

تمخض عنه خطاب لوزير النقل الأمريكي، يبحث الدول التي تتعاضد عن محاكمة مختطفي الطائرة، وتسليم الخاطفين بإجراء مشاورات لعمل مشترك واجب اتخاذه، وقد وافق المجلس على اقتراح الرئيس الأمريكي، واكتفت اللجنة بدراسة المبادئ التي خرجت بها<sup>(47)</sup>

**المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة لقمع جريمة خطف الطائرات:** تناولت الاتفاقيات الدولية مجموعة من الإجراءات القانونية سواء تعلقت بالطائرة المختطفة، أو بالشخص القائم بالخطف وفق ما يلي:

**الفرع الأول: التدابير المتخذة بشأن الطائرة المختطفة في ظل الاتفاقيات الدولية:** تضمنت اتفاقية لاهاي عام 1970، واتفاقية مونتريال عام 1971، جملة من التدابير لقمع جريمة خطف الطائرات، من ضمنها تلك المتخذة بشأن الطائرة المختطفة، وما يوجد عليها من أشخاص، نعالج هذه التدابير وفقا لما تضمنته أحكام القانون الدولي.

**أولا-الالتزامات المتعلقة بالدول المتعاقدة:** ألزمت الاتفاقيات المؤكدة على قمع جريمة خطف الطائرات، الدول المتعاقدة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإعادة الرقابة على الطائرة إلى قائدھا الشرعي، وفق أحكام المادة الحادية عشر الفقرة الأولى من اتفاقية طوكيو عام 1963، وفي نفس السياق جاءت أحكام المادة 9 من اتفاقية لاهاي عام 1970 بشأن قمع الاستيلاء غير مشروع على الطائرات.

وهناك من توسع في تفسير النص، وأقر أن للدول المتعاقدة إرسال طائراتها الحربية لإرغام الطائرة المخطوفة على الهبوط، غير أن هذا الإجراء غير مجدي، ويتضح إثر ما وقع من أمثلة اعتمدت فيها على هذا الإجراء، أنه لم ينعف، من ضمنها إثر اختطاف طائرة يونانية بتاريخ 01-01-1969، حيث أرسلت السلطات اليونانية طائرتين مقاتلتين بغرض إجبار الطائرة المختطفة على الهبوط، ولكن المختطف هدد بنفس الطائرة المخطوفة، وبالتالي فقد واصلت الطائرة المخطوفة رحلتها إلى القاهرة، وأرغمت الطائرتين الحريبتين على الانسحاب<sup>(48)</sup>.

**ثانيا-الالتزامات المتعلقة بالدولة التي تهبط فيها الطائرة:** تلزم الدولة التي تهبط فيها الطائرة باتخاذ الإجراءات اللازمة اتجاه الطائرة، وهذا ما ورد ضمن المادة 11 الفقرة 2 من اتفاقية طوكيو، والمادة 9 الفقرة 3 من اتفاقية لاهاي، وبالتالي لا يجوز الاعتداء عليها، أو المساس بطاقمها، أو بالمسافرين وأمتعتهم، ولا يجوز للدولة المعتدية على الطائرة المختطفة الادعاء بأن ركاب وطاقم الطائرة قد دخلوا بطريقة غير مشروعة لإقليم الدولة التي نزلت بها الطائرة، كما أنه على الدولة التي

<sup>47</sup>- الأخضر ديهي، مرجع سابق، ص: 142.

<sup>48</sup>- حسين إبراهيم صالح عبيدة، مرجع سابق، ص: 218.

هبطت فيها الطائرة إرجاعها إلى من له الحق في حيازتها، سواء كان مالكها الأصلي أو مستأجرها، لتأكيد الغاية التي وجدت من أجلها الطائرة، وهي السرعة، وتوفير الأمن، والطمأنينة للمسافرين، وحتى يتمكن المستأجر من تنفيذ عقد النقل على نفقته الخاصة<sup>(49)</sup>.

تعددت الجهود الدولية لمواجهة هذه الجريمة بين تلك المبدولة بشأن الطائرة، والإجراءات الواجب اتخاذها في مواجهة المتهم، حيث أكدت أحكام المادتين الحادي عشر والتاسعة من اتفاقية طوكيو على ضرورة الالتزام للدول المتعاقدة باتخاذ الإجراءات اللازمة لإعادة الرقابة على الطائرة إلى قائدها الشرعي، وهذا الالتزام يقع على الدولة التي تهبط فيها الطائرة، وقيام هذه الدولة بإجراءات سريعة لمواصلة سير الطائرة، وإعادة الطائرة بما تحمله لمن له الحق في حيازتها، سواء مالكها أو مستأجرها<sup>(50)</sup>.

**الفرع الثاني: التدابير المتخذة بشأن الخاطفين في ظل الاتفاقيات الدولية:** يترتب على قيام الخاطف بعملية الخطف تهديد سلامة الأموال والأشخاص، مما يجعله أخطر عنصر يهدد السلم والأمن، ويعرقل الهدف الأساسي التي وجدت من أجله الطائرة، وبناء عليه أولت الاتفاقيات الدولية اهتماما بالخطاف باعتباره منفذ العملية، وتناولت أيضا الإجراءات اللازمة لردعه وعقابه على فعلته، سواء من حيث الاختصاص القضائي، وتسليم المختطفين كما يلي:

**أولا- الاختصاص القضائي لمعاقبة الخاطفين وفقا للاتفاقيات الدولية:** يحكم الاختصاص القضائي المعتمد في توقيع العقاب، قواعد القانون الدولي العام، المتضمنة العديد من المبادئ، من ضمنها مبدأ الإقليمية: بمعنى أن القضاء يكون مختص في الجريمة مكان وقوعها، أي في الدولة التي وقعت فيها الجريمة، وكذلك نجد عدة مبادئ أخرى من ضمنها كمبدأ الشخصية ومبدأ الجنسية الفعلية، ومبدأ العينية<sup>(51)</sup>، ولكن ما يهم هو الاختصاص القضائي في جريمة خطف الطائرات، وفقا لما تناولته الاتفاقيات الدولية المتعلقة بجمع جريمة خطف الطائرات.

لم تتناول اتفاقية طوكيو الاختصاص القضائي، ولم تفرض العقوبة على مختطف الطائرة، وإنما تناولت الاختصاص فيما يتعلق بالجرائم الواقعة على متنها، ونجد أن اتفاقية لاهاي 1970 بشأن الاستيلاء غير المشروع على الطائرة، أكدت ضمن أحكام المادة الرابعة منها على أن الاختصاص القضائي لعقاب وردع جريمة خطف الطائرات، ممكن يكون للدولة المسجلة بها الطائرة، وممكن

<sup>49</sup>- نفس المرجع السابق، ص ص 219، 220.

<sup>50</sup>- أحمد عبد الحكيم عثمان، مرجع سابق، ص ص 143-144.

<sup>51</sup>- الأخضر ديهيمي، مرجع سابق، ص ص 163-164.

يكون للدولة التي يكون فيها لمستأجر الطائرة مقرا دائما، أو الدولة التي تهبط فيها الدولة المخطوفة وبها المختطف، أو الدولة التي يتواجد المختطف على إقليمها<sup>(52)</sup>.

وما نلاحظه أن الاتفاقية قد سادت بين الدول ، ولم تعطي أولوية في ممارسة الاختصاص لدولة على حساب الأخرى، إن هذه المساواة في الاختصاص قد تؤدي إلى انتهاك مبدأ هام، وهو مبدأ عدم محاكمة المجرم مرتين.

ثانياً: تسليم الخاطفين وفقا للاتفاقيات الدولية: عالجت الاتفاقيات الدولية مسألة تسليم الخاطف وفق عدة أحكام كما يلي:

استبعدت اتفاقية طوكيو عام 1963، أي التزام بالتسليم للمتهم بارتكاب جريمة الاستيلاء على الطائرة، وإن كانت قد طرحت مبدأ التسليم، لكن لم تنظم كيفية تطبيقه، أما اتفاقية لاهاي عام 1970 اعتبرت جرائم الاستيلاء غير المشروع على الطائرات من الجرائم القابلة للتسليم، وهذا ما تضمنه المادة الثامنة من الاتفاقية، وبالتالي فإن الدول التزمت بمقتضى ما جاء ضمن أحكام هذه المادة باعتبار جرائم استيلاء غير المشروع على الطائرات إحدى الجرائم القابلة للتسليم، وهذا وفقا لما تتضمنه أي معاهدة ثنائية، أو متعددة الأطراف، خاصة بتبادل تسليم المجرمين بين هذه الدول، وهنا فيما يتعلق بإجراء التسليم نميز بين حالتين:

أ- الحالة الأولى: في حالة عدم وجود معاهدة تسليم واعتبار وجودها شرط للتسليم : وهذا ما ورد النص عليه ضمن المادة 08 من اتفاقية لاهاي عام 1970، إذا طلبت الدولة المتعاقدة وجوب قيام معاهدة تسليم كشرط لإجراء التسليم، و جاءها طلب التسليم من الدولة متعاقدة أخرى، لا ترتبط معها بمعاهدة، يجوز لها اعتبار المعاهدة أساسا قانونيا للتسليم، ولكن التسليم يتم وفقا للشروط التي ينص عليها قانون الدولة التي يطلب منها التسليم.

ب- الحالة الثانية: وأما في حالة عدم اشتراط المعاهدة لغرض إجراء التسليم، ذلك أن بعض الدول لا تجعل تسليم المجرم مشروط بوجود معاهدات، وهنا تستند في تسليم المجرم أما لقوانينها الداخلية، أو إلى مبدأ المعاملة بالمثل، أو إلى التضامن بين الدول لمكافحة الجريمة.

لا تختلف إجراءات التسليم وفق اتفاقية مونتريال، عن تلك الموجودة في اتفاقية لاهاي، بالإضافة إلى إجراءات أخرى ذات طابع عام لمواجهة العمل الإرهابي وغيرها، من اعتداء على وسائل

<sup>52</sup>- سلامة إسماعيل، محمد، مرجع سابق، ص 227

النقل، وهذا عن طريق التعاون الدولي لقمع الجريمة، وهذا باعتماد عدة وسائل، كالمساعدة البوليسية، والتعاون بين أجهزة الشرطة الجنائية لمكافحة الجريمة<sup>(53)</sup>.

#### خاتمة:

تعد الطائرة أهم وسائل النقل الحديثة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، إلا أنها تعرضت إلى الكثير من حوادث الاعتداء، تتجلى معظمها في ما قام به بعض الأشخاص فيما يسمى بتحويل أو خطف الطائرات، ونظرا لخطورة موضوع الجريمة، وما نتج عنه من تعريض حياة المسافرين للخطر، فقد حظي الموضوع باهتمام كبير من جانب الدول، التي تسارعت إلى النقاش فيما يمكن عمله.

أسفرت جهود الدول على توقيع ثلاث اتفاقيات: متمثلة في اتفاقية طوكيو بشأن الجرائم، والأفعال التي ترتكب على متن الطائرات، المحررة و الموقعة في طوكيو بتاريخ 14/09/1963، واتفاقية لاهاي الخاصة بقمع الاستيلاء غير القانوني على الطائرات، الموقعة في لاهاي بتاريخ 16/12/1970، واتفاقية مونتريال خاصة بقمع الاستيلاء غير القانوني على سلامة الطيران المدني والموقعة في مونتريال بتاريخ 23/09/1971 وكانت هذه الاتفاقيات متدرجة، حيث تكمل الواحدة منها الأخرى، من حيث الموضوع، والتزام القائم على عاتق الدول الموقعة.

جاء موضوع خطف الطائرة في معاهدة طوكيو عام، يتناول الجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرة أو أثناء الطيران، والأفعال التي من شأنها أن تعرض أو يحتمل أن تعرض للخطر سلامة الطائرة أو الأشخاص أو الأموال الموجودة فيها، كما جاء في المعاهدة التزام الدول الموقعة باتخاذ كافة الإجراءات المناسبة، والالزمة لإعادة السيطرة على الطائرة لقائدها الشرعي.

أما في معاهدة لاهاي كان الموضوع الأكثر تناولا الاستيلاء على الطائرة، وهي في حالة طيران أو ياكراه، والإجراءات الخاصة باختصاص الدولة بالنظر الجريمة، والتزام الدول الموقعة بتسليم المتهم للدولة صاحبة الاختصاص لمحاكمته.

أما معاهدة مونتريال فإنها حددت الجرائم على أنها أعمال عنف، تستهدف تعريض سلامة الطائرة أثناء طيرانها للخطر، سواء كان باعتداء شخص على متنها، أو تدميرها أثناء الخدمة أو إتلافها أو إفسادها، وكل ما من شأنه أن يعرض سلامة الطائرة أثناء الطيران بأي وسيلة كانت، حتى لو مجرد معلومات كاذبة.

<sup>53</sup>- سلامة اسماعيل محمد، مرجع سابق، ص: 567، 564، 563.

يتم التوصل إلى النتائج التالية:

فيما يتعلق باتفاقية طوكيو فقد احتوت على نصوص تتسم بالغموض والعمومية، ويمكن بسهولة التنصل من تطبيقها، ومن ضمن المآخذ على الاتفاقية نجد أن اتفاقية طوكيو لم تنص على العقوبات المتخذة ضد خطف الطائرات، ولم تلزم الدولة التي تهبط فيها الطائرة بقمع الاستيلاء غير المشروع عليها كما أغفلت حالة الاشتراك في عمليات الخطف، وما يترتب عليه من جزاء، وبالتالي الاتفاقية لم تكن لها الفعالية في ردع مختطفي الطائرات، ولم تشر للصلاحيات التي يمارسها قائد الطائرة عند وقوع حادث الاختطاف.

كما نرى أن اتفاقية لاهاي لم تعالج بعض الجرائم التي تدخل ضمن اختطاف الطائرات، مثل الجرائم التي ترتكب ضد الطائرات في المطارات، أو ضد المنشآت الأرضية في المطارات، كما لم تتناول إجراءات ضد الدول التي تنهون في تطبيق أحكامها، وبالتالي فإن تطبيقها مرهون بإدارة الدول، كما نرى أن هذه الاتفاقية لم تتناول الاستيلاء غير المشروع من خارج الطائرة.

أدى هذا إلى تزايد وتسارع الجريمة بشكل مستمر، مما يؤدي إلى تزايد الأضرار الناجمة عن الجريمة، وهذا ما يقتضى اقتراح الاقتراحات التالية:

-معالجة القصور الذي ينتاب الاتفاقيات، خاصة فيما يتعلق بتحديد العقوبة الدقيقة لقمع الجريمة، وعدم فسح المجال في العقاب لتقدير الدول.

-اعتماد إجراءات قانونية دقيقة لحل مشكلة التسليم لمرتكبي جريمة خطف الطائرات، في حالة عدم محاكمتهم في الدولة التي يتواجدون فيها، وإعادة النظر في الاتفاقيات المتعلقة بقمع جريمة خطف الطائرات، واعتماد تدابير أكثر صرامة.

قائمة المراجع:

أولاً: المؤلفات:

1-عبد الله سليمان سليمان، المقدمات الأساسية في القانون الدولي الجنائي، ديوان المطبوعات الجامعية، دون رقم الطبعة، وسنة النشر.

2-محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات طبيعة دولية، بدون رقم الطبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة.

3-حسين إبراهيم صالح عبيدة، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية تطبيقية، بدون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1994.

4-سلامة إسماعيل محمد، تعريض وسائل المواصلات للخطر في نظرية القانون الجنائي مع دراسة تحليلية لظاهرتي خطف الطائرات والإرهاب، بدون رقم الطبعة، مطبعة جامعة القاهرة، 1994.

5-المحمدي بوادي، الإرهاب الدولي بين التجريم والمكافحة، بدون رقم الطبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة سنة 2004.

6-عصام عبد الفتاح عبد السميع مطر، الجريمة الإرهابية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

7-عبد العزيز العشواوي، أبحاث في قانون الدولي الجنائي، الجزء الأول، الطبعة رقم 05، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2006.

8-جمال عبد الناصر مانع، التنظيم الدولي، النظرية العامة والمنظمات العالمية والمتخصصة، بدون رقم طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006.

9-أحمد عبد المنعم عثمان، الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشريعة الإسلامية. دار الكتب القانونية، القاهرة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

10-محمد عودة الجبور، الجرائم الواقعة على أمن الدولة وجرائم الإرهاب في القانون الأردني والقوانين العربية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

#### ثانياً: المذكرات:

1-الأخضر ديهمي، الإرهاب الدولي وخطف الطائرات، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر، 2005.

#### ثالثاً: المقالات:

1-أ.م.د عبد العزيز شعبان خالد الحديثي، أحكام جريمة اختطاف الطائرات في القانون الدولي. مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الأول.

2-عبيد سيف الطنيجي، الجرائم التي ترتكب ضد الطائرات، والعوامل المؤثرة في معدلات جريمة خطف الطائرات، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد 1، جويلية 2018.

3-حسين موسى محمد رضوان، مكافحة الجرائم الإرهابية الموجهة ضد سلامة وأمن الطيران المدني، دراسة تحليلية للصوصك الدولية، وقوانين دولة البحرين، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مجلد 31، عدد 62، الرياض، 2010.

رابعا: الاتفاقيات الدولية:

1-اتفاقية طوكيو الموقعة في 14/09/1963 أصبحت سارية المفعول في 04/12/1969 بشأن أفعال غير المشروعة على متن الطائرة.

2-اتفاقية لاهاي سنة 1970 لمكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات.

3-اتفاقية مونترال سنة 1971 بشأن قمع أعمال غير المشروعة ضد أمن الطيران المدني.

خامسا: المحاضرات:

1-سعيد يوسف محمد يوسف، محاضرات الجريمة الدولية غير منشورة، أقيمت على طلبه ماجيستر، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة المدية، دفعة 2009، 2010.

خامسا: المواقع الالكترونية:

1-موقف فقه الإسلامي من خطف الطائرات على الموقع الالكتروني :

[www.muraget.com/researches-files181.doc](http://www.muraget.com/researches-files181.doc) تم الاطلاع عليه يوم 12، 8، 2019

2-دور مجلس الأمن في قمع جريمة خطف الطائرات على الموقع :

<http://www.law-zag.com/vb/showthread.php?p=4596> تم الاطلاع عليه يوم 13 أوت 2019.

## الطبيعة القانونية لعقود التجارة الالكترونية وتحدياتها

### The legal nature of e-commerce contracts and their challenges

م.م / كارزان زين العابدين صلاح الدين\*

جامعة الإمام جعفر الصادق (ع) - فرع كركوك، قسم القانون

[karzan.zainalabdeen@sadiq.edu.iq](mailto:karzan.zainalabdeen@sadiq.edu.iq)

تاريخ إرسال المقال: 2020-10-25 تاريخ قبول المقال: 2020-12-12 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

الملخص:

لقد أدى تطور نمط حياة الإنسان إلى ضرورة استحداث وسائل عصرية دون التي دأب على استعمالها لتأمين تواصله مع الآخر، فقد تم اكتشاف شبكات الاتصال التي تفاقم استعمالها من وسيلة اتصال وتواصل إلى وسيلة لأبرام العقود والتبادل التجاري عن بُعد، وهو ما أدى إلى ظهور التجارة الإلكترونية، واكتسحت اغلب الجوانب في الحياة اليومية للمجتمع، إذ مكنت من إجراء المعاملات التجارية والمالية بسهولة دون حواجز وموانع حيث اختزلت المسافات والأزمنة اللازمة للمعاملات، إذ تتم عمليات البيع والشراء ومختلف التحويلات المالية من أماكن متباعدة عبر مناطق مختلفة من العالم، وبيسر تام دون تحمل جهود ومخاطر، إلا أنها لا تخلو من التحديات المتنوعة. الكلمات المفتاحية: الطبيعة القانونية، الإلكترونية، الأثبات، المعوقات.

#### Abstract:

The latest development of human lifestyle led to the necessity of identifying moderns in addition to the ones that he used to use to ensure his communication with the others, therefore the communication networks were discovered, the usage of such network has been increased to be turning from a communication way to a mean for distant contracting and commercial exchange, thus led to emerging electronic trade through the newest communication means including internet. The above mentioned communication means swept the different aspects of the community's daily life, as it enabled the commercial and financial transactions easily without barriers and contradictions, as it reduced the distance and time requested for such transactions. Nowadays, the sailing and purchasing process as well as the financial transfers are being conducted easily from distanced locations through different areas of the world, without requiring efforts and risks. And due to the importance of these transactions at the national and global level the public authorities managed to organize and legislate the dealing aspects.

**key words:** Legal, electronic, trade, constraints.

\*المؤلف المرسل: كارزان زين العابدين صلاح الدين، [karzan.zainalabdeen@sadiq.edu.iq](mailto:karzan.zainalabdeen@sadiq.edu.iq)

مقدمة

تمهيد

يُعد العقد التجاري الإلكتروني من الموضوعات الهامة التي يفرضه الواقع والمستقبل، وله أهمية بالغة من الناحية العلمية والعملية، إذ تتجلى أهمية بما له من صلة وثقى بأموال وممتلكات الأفراد باعتبار القانون نتاج اجتماعي، لا يمكن ان يتقاضى ويغمض عينيه عن معطيات التقنيات الإلكترونية الحديثة، حتى لا يُصاب بالجمود ويتهم بالتخلف وإعاقة التقدم العلمي والتكنولوجي، والوقوف حائلاً بين أفراد المجتمع وبين إمكانية الاستفادة منه، وبما ان القانون يخضع لنظام متجانس قادر على التكيف مع التطورات العلمية المتسارعة، فهذا ما يدعوا اطراف المعاملات التجارية إلى الاطمئنان ونبد القلق والثقة في ان قواعد القانون الموجودة تلي التطلعات المشروعة للمجتمع ويستجيب لحاجاته المستجدة والمتزايدة، بالإضافة إلى ان الوقائع القانونية تخضع لنظام الأثبات، إذ بإمكان اطراف العلاقة العقدية إقامة الدليل على دعواهم بطرق الأثبات كافة، بما فيها المخرجات التقنية الحديثة .

ثانياً-مشكلة الدراسة

تكمن إشكالية البحث من خلال الإجابة على التساؤلات الآتية:

- 1- كيف أصبحت العقود التجارية الالكترونية من الأمور المفروضة على الدول والأفراد ؟
- 2- ما مدى إمكانية فناعة اطراف المعاملات التجارية بان التقنيات الالكترونية أصبحت قادرة على أبرام العقود التجارية عن طريق الانترنت ؟
- 3- ما هي قدرة القانون على تقديم الضمانات وحماية اطراف العلاقة العقدية وممتلكاتهم من الغش والتزوير والتلاعب والتظليل من جراء العقود التجارية المبرمة الكترونياً؟ وهل التطور القانوني مواكب للتطور التقني الالكتروني ؟

أهداف الدراسة

يهدف البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- 1-بيان التعريف بالعقود التجارية الالكترونية وسماتها .
- 2-تسليط الضوء حول حجية الأثبات عند أبرام العقود الالكترونية في المعاملات التجارية باعتباره المفتاح لحل العديد من المعوقات وتهدئة النفوس لدى قطاع كبير من المتعاملين في التجارة الالكترونية.
- 3-بيان الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية التي تنظم التعاملات التجارية والتحديات التي تواجهها.

منهجية الدراسة

لأجل تحقيق الأهداف المرجوة من البحث وتماشياً مع أهداف البحث فاني اعتمدت المنهج الوصفي والتحليلي، من خلال تحليل البيانات والنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وأبداء رأينا بها.

### خطة الدراسة

لغرض جمع شتات الموضوع بجانبه القانوني والفني فقد ارتأيت إلى تقسيم خطة البحث إلى مبحثين وكما يأتي:

المبحث الأول: ماهية عقود التجارة الإلكترونية

المطلب الأول: التعريف بالعقود والتجارة الإلكترونية

المطلب الثاني: اقتران الإيجاب بالقبول في عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية وحجيتها في الأثبات

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية

المطلب الثاني: التحديات المواجهة لعقود التجارة الإلكترونية

الخاتمة

### المبحث الأول: ماهية عقد التجارة الإلكترونية

إن العقد الإلكتروني لا يخرج في الواقع، في شروطه وبنائه وتركيبه وأنواعه ومضمونه عن بقية أنواع العقود التقليدية، إلا أنه يتمتع بسماة مختلفة من الناحية الفنية، ويخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود غير المسماة حيث لم يضع المشرع تنظيمًا خاصًا له. ولغرض الإحاطة بالعقود التجارية الإلكترونية فسوف نتناولها بالمطلبين الآتيين:

### المطلب الأول: مفهوم العقود التجارية الإلكترونية وسمااتها

إن أبرام العقود التجارية الإلكترونية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة يُعد موضوعاً يثير اهتمام فكر رجال القانون من مشرعين وقضاة وفقهاء، من خلال ملاحقة المشرع لهذا التطور المذهل والتصدى له بالقواعد القانونية التي تتلاءم معه، ولهذا سوف نتناول التعريف بالعقود التجارية الإلكترونية وسمااتها بالفرعين الآتيتين:

### الفرع الأول: التعريف بالعقود التجارية الإلكترونية وسمااتها

عرف المشرع العراقي العقد الإلكتروني على أنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية"<sup>(1)</sup>، ولم يتطرق المشرع العراقي إلى تعريف التجارة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني<sup>(2)</sup>.

ونظم المشرع العراقي موضوع التعاقد عن بُعد إذ جاء فيه (يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأي طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان)<sup>(3)</sup>.

وأجاز المشرع العراقي للقاضي بأنه يستطيع الاستفادة من وسائل التقدم العلمي والتكنولوجي في استنباط القرائن<sup>(4)</sup>.

(1) المادة (11/1) من قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني رقم 78 لسنة 2012.

(2) انظر قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني رقم 78 لسنة 2012.

(3) المادة (88) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

وعرفت بعض التشريعات الأوروبية التجارة الإلكترونية على أنها مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها ببعض، وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة<sup>(5)</sup>. وتشمل المعلومات والمعاملات التجارية المتعلقة بالمنتجات والخدمات التجارية والمالية والقانونية، لتسهيل عملية إبرام العقد التجاري الإلكتروني، ويتكون من عقدين: الأول: عقد نموذجي بين التجار والمستهلكين بهدف حماية المستهلكين من التعسف. الثاني: عقد خاص بالمراكز التجارية الافتراضية<sup>(6)</sup>. ولذلك نلاحظ ان منظومة التشريعات الفرنسية مكتملة أكثر من غيرها فيما يخص التجارة الإلكترونية وعقودها.

والعقد الإلكتروني هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات، يقترن بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها<sup>(7)</sup>.

أما التجارة الإلكترونية فقد عرفتها منظمة التجارة العالمية<sup>(8)</sup> على أنها "عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال"<sup>(9)</sup>. وعُرفت من قبل الفقه على أنها "الأعمال والنشاطات التجارية التي تتم ممارستها من خلال الشبكة المعلوماتية"<sup>(10)</sup>.

وعرفت على أنها "بنية أساسية تكنولوجية تهدف إلى ضغط سلسلة الوسطاء استجابة لمتطلبات السوق وأداء الأعمال في الوقت المناسب"<sup>(11)</sup>.

ونرى بان عقد التجارة الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه بين طرفين غائبين عن بعضهما بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة كلياً أو جزئياً وينتج اثره ويتمتع بحجتيه في الأثبات.

#### الفرع الثاني: سمات التجارة الإلكترونية

تتميز العقود التجارية الإلكترونية بسمات معينة تختلف عن التجارة التقليدية وكما يأتي:

1- حلول الدعائم الكترونية محلا لدعائم الورقية: يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، اذ يتم بين عاقدين لا يجتمعهما مجلس عقد حقيقي، أنها يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال

(4) المادة (104) من قانون الأثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

(5) التقرير المقدم من مجموعة العمل المشكلة برئاسة وزير الاقتصاد الفرنسي لونتز جافيني سنة 1998.

(6) انظر القانون الفرنسي 200 لسنة 2000، المرسوم الفرنسي رقم 7 لسنة المتعلق بالتنظيم الشامل للتعاقد الإلكتروني، وكذلك القانون رقم 1062 لسنة 2001 المتعلق بالسلامة اليومية.

(7) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 51.

(8) أنشأت منظمة التجارة العالمية بموجب اتفاقية مراكش التي تم التوقيع عليها في 15/4/1994 من قبل ممثلي 118 دولة في مدينة مراكش، وتم أنها إجراءات التصديق ودخلت حيز الوجود في أوائل سنة 1995.

(9) Rovitolakata , Reading in the electronic commerce ,Addison Wesley 1997 , p 35.

(10) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، ص 25.

(11) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، 1 ط، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص 16.

تكنولوجية حديثة، ولذلك فهو ينتهي إلى طائفة العقود عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكيم افتراضي، ويُعقد نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد<sup>(12)</sup>. ويتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، وبعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط إلكترونية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية<sup>(13)</sup>.

2- اختلال التوازن: تتسم عقود التجارة الإلكترونية باختلال التوازن بين التجار والمستهلكين. ولقد يهيمن التجار على مداخل هذه العلاقة التعاقدية من خلال استعماله وسائل متطورة وتقنية في مجال التسويق التجاري. فالمستهلك في هذا العالم الافتراضي يهدف والحصول على سلعاً وخدمات تتطابق مع رغباته باحترام الشروط التي تم الاتفاق عليها مسبقاً، لكن يعارض هذا مع نية بعض التجار ولغرض حماية المستهلك أدخلت بعض التشريعات عدداً من القوانين تهدف إلى تعديل موازين القوة بين الطرفين، من خلال فرضها ضرورة إعلام المستهلك وضمان المنتج كما ضبط المخالفات والعقوبات للحد من عملية الغش والتحويل والتدليس<sup>(14)</sup>.

3- قلة التكاليف: في عقود التجارة الإلكترونية تنخفض تكاليف النقل والخزن إلى أقل حد ممكن، إن تزايد مشكلة خزن الأوراق المكتوبة ونقلها يُعد من المشكلات المهمة للعصر تتعلق في حفظ الأدلة الكتابية التقليدية وتخزينها لفترة طويلة، والرجوع إليها عند الطلب، لاسيما في ظل نظام نقل البضائع الحالي، والذي بلغت فيه مشكلة كمية الوثائق تزن وزناً لا يُعد ولا يحصى وهذا الأمر يجعل من الصعب إيجاد المكان الكافي والملائم لحفظ ذلك، واسهم ظهور الحاسب الآلي في حل تلك المشكلة، إذ يحفظ تلك المعلومات بداخله، دون الحاجة إلى الحيز الكبير لحفظها، وهكذا ظهر ما يعرف بالأرشفة الإلكترونية. وبالتالي فإن التعامل الإلكتروني بالسندات الإلكترونية خفف كثيراً من مشكلة خزن الأوراق المكتوبة. وأدى هذا الأمر إلى تساؤل استخدام السندات التقليدية واستبدالها بسندات إلكترونية<sup>(15)</sup>.

4- ذو طابع تجاري استهلاكي: العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري من جهة وطابع الاستهلاكي من جهة أخرى، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لهذا العقد، إذ أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود ويتسم بطابع

(12) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص 39.

(13) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، 2002، ص 68.

(14) القانون المتعلق بالمنافسة والأسعار التونسي رقم 46 لسنة 1991.

(15) أستاذنا الدكتور عباس للعبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها،

ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 48.

الاستهلاك لأنه غالباً ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، ومن ثم فإنه يُعد من قبيل عقود الاستهلاك ولذلك يخضع العقد الإلكتروني عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك<sup>(16)</sup>.

5- استخدام وسائل الدفع الإلكترونية: من حيث الوفاء، فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية، في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، إذ أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات<sup>(17)</sup>. وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية، والنقود الإلكترونية، والتي تتمثل في نوعين هما، النقود الرقمية، والمحفظة الإلكترونية<sup>(18)</sup>.

6- السرعة في إنجاز الصفقات التجارية: تتميز العقود الإلكترونية بالسرعة في إبرامها، إذ يستطيع الشخص الذي ينوي التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، بتأمين وصول إيجابه إلى الطرف الآخر الذي ينوي التعاقد معه في أي مكان كان والحصول على قبوله في ثواني معدودة. مما يسمح بتوفير الوقت واختصاره وطبي المسافات بشكل كبير لاسيما في التجارة الإلكترونية، والتعاقد الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الفوري، تتسم بالفاعلية التي تسمح بحضور افتراضي معاصر وذلك بتسليم بعض الأشياء، أو أداء بعض الخدمات فوراً<sup>(19)</sup>.

7- الإلتقان والوضوح في الصياغة: تزايد حجم المعاملات التي تتم بين الأفراد وأصبح استخدامها أمراً اعتيادياً في أغلب المؤسسات التجارية التي تبرم عقودها عن طريق التقنيات الحديثة، إذ أن السندات الإلكترونية المستخرجة من هذه التقنيات تحقق العديد من الفوائد للأفراد والشركات التي تثبت عقودها عن طريق هذه السندات التي تتميز بالإتقان والوضوح، إذ يتم إعداد السندات الإلكترونية قبل إرسالها، فتكون بذلك خالية من الأخطاء، فإذا حدثت أخطاء عند كتابة السندات فإن هذه الأخطاء، يمكن تصحيحها عند حصولها فتظهر السندات الإلكترونية منظمة وواضحة وخالية من الأخطاء<sup>(20)</sup>.

ونرى بأن العمل على تنظيم أحكام العقود التجارية الإلكترونية بقواعد قانونية حديثة ومتطورة يتخطى من خلالها حواجز وقيود القواعد التقليدية، وإن أبرام العقود باستخدام هذه الوسائل ينتج عنه آثار في حقوق الأطراف الذي قد يكون كل واحد منهم موجود في دولة تختلف قواعدها القانونية عن القواعد القانونية في دولة أخرى، ويقع على القضاء ان يلعب دوراً خلاقاً فلا يقف حبيس النصوص الجامدة فيتوسع ليمسك العدالة ويحفظ الحقوق

<sup>(16)</sup> خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص 57.

(2) عباس العبودي، مصدر سابق، ص 48.

<sup>(18)</sup> د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص 38.

<sup>(19)</sup> د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص 40.

<sup>(20)</sup> د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص 48.

**المطلب الثاني: اقتران الإيجاب بالقبول في عقود التجارة الالكترونية**  
تُعد الإرادة وشكل التعبير عنها من أهم ما يميز العقود التجارية الالكترونية، من خلال اقتران الإيجاب بالقبول، والتي تحدث عند التقائها أثراً قانونياً من خلال تبادل الرسائل الالكترونية عبر شبكات التواصل الالكترونية، ولغرض الإحاطة بالموضوع فسوف نتناوله بالفروع الآتية:

### الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني

يُعرف الإيجاب من الناحية الفقهية على أنه " تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضه على شخص آخر إمكانية التعاقد معه على ضمن شروط معينه"<sup>(21)</sup>.

والإيجاب والقبول هو كل ما يصدر من المتعاقدين للتعبير عن أرائتهما، أو كل لفظين مستعملين لأبرام العقد أي اللفظ الأول إيجاباً والثاني قبولاً<sup>(22)</sup>. ولكي ينتج الإيجاب أثراً قانونياً لا بد من توافر شروط معينة وكما يأتي:

**1-الوضوح:** يجب ان يكون الإيجاب واضحاً ويصدر بإحدى طرق التعبير المعتادة الصريحة أو الضمنية، وغير ممكن ان يكون السكوت تعبيراً عن الإيجاب، ففق عقد الإيجار مثلاً يجب ان يحدد الشيء المأجور ومدة عقد الإيجار وتاريخ البدء بالتنفيذ والانتهاء، وفي عقد البيع يجب ان يتضمن الإيجاب المقدار والنوع والثلث وأي تفاصيل أخرى<sup>(23)</sup>.

**2-الإيجاب يتسم بالعمومية والتخصيص:** أي ان هذا العقد يكون مطروحاً للتعاقد لمن يرغب من الجمهور وهو ما يؤدي إلى ترسيخ الصفة التفاعلية بين مستخدمي شبكة المعلوماتية<sup>(24)</sup>، أو يكون موجه إلى شخص معين ومعين لكي يحصل التتابع، ويُعد توجيه الإيجاب إلى الجمهور عُدة إيجاباً صحيحاً، أما اذ تعلق الأمر بالإعلان والنشر فلا يعدوا ان يكون دعوة للتفاوض بسبب غياب الشك في الملابسات يجعل التصرف الذي صدر من الطرف الأول يحمل على كونه إيجاباً<sup>(25)</sup>.

**3-إيجاباً باتاً:** اذ تجاوز مرحلة النقاش والتفاوض اصح نهائياً وباتاً الذي يعني وجود إرادة عازمة للسير في أبرام العقد<sup>(26)</sup>.

(21) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ط1، القاهرة، 1967، ص244.

(22) عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية عقد البيع الالكتروني دراسة تحليلية، دار حامد، ط1، 2007 ص109.

(23) د.عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، ط1، بغداد، 1969، ص69.

(24) محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص18.

(25) د. زياد طارق جاسم الراوي، التراضي الالكتروني- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد السابع، ع1، انساني، 2009، ص65.

(26) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص222.

### الفرع الثاني: خصوصية الإيجاب الإلكتروني

ان الإيجاب الإلكتروني له طبيعة خاصة، تتجاذبه وتحكمه العديد من القوانين، بالإضافة إلى خضوعه لأحكام القواعد العامة، فنلاحظ قوانين أخرى تتعلق بالمعاملات الإلكترونية، إلا ان هذا كله لا ينسجم مع الواقع القانوني للإيجاب، الذي يعبر به الشخص الراغب بالتعاقد عن أرادته بشكل بات ونهائي للدخول في عقد معين، كون الرسائل الإلكترونية التي تكون مصحوبه بالإعلان من خلال مجموعة من البيانات تحدد نوع المبيع وصفاته وسعره، على شكل صور في مواقع الشبكة الإلكترونية تحت المستخدمين للشبكات الإلكترونية للدخول وإبرام العقد مع منشاء هذه البيانات<sup>(27)</sup>.

ولكي يكون الإعلان بمثابة إيجاب الكتروني بالمعنى القانوني، لا بد ان يقترن بنية المعلن الصريحة والحازمة للارتباط على وجهه فيفيد أبرام العقد الإلكتروني في حالة اقتراحه بقبول المستفيد<sup>(28)</sup>.

### الفرع الثالث: القبول الإلكتروني

لا يكفي الإيجاب وحده لانعقاد العقد، بل لا بد ان يتبعه قبول مطابق له، والقبول بهذه الصيغة هو تعبير عن الإرادة ويصدر ممن وجه اليه الإيجاب<sup>(29)</sup>.

والقبول هو التعبير عن رضا الشخص الذي وجه اليه الإيجاب لأبرام العقد بالشروط المحددة عليها سلفاً من طرف الموجب، ويجب ان يصدر القبول والإيجاب لأزال قائماً لمحدودية اجل سريانه، فاذا صدر الإيجاب على الخط الإلكتروني استلزم الأمر ان يصدر القبول فوراً قبل انتهاء المحادثة<sup>(30)</sup>.

وُبعد التعاقد بين غائبين يتم في الزمان والمكان الذي يعلم فيها الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص أو قانون يقضي خلاف ذلك، اذ ان التعاقد الإلكتروني غالباً ما يأخذ نطاق دولي خارج الحدود الوطنية، فيداخل في هذا الحكم أكثر من قانون واحد ولا يخضع لنظام معين، ومن هنا تبدأ صعوبة تحديد لحظة انعقاد العقد عبر الانترنت، وعند ملاحظة القوانين النموذجية للتجارة الإلكترونية كانت أغلبها خالية من تحديد زمان ومكان انعقاد العقد<sup>(31)</sup>.

ان التأكد من هوية الأطراف في العقد الإلكتروني تتم من خلال التوقيع الإلكتروني كدليل كتابي يتم توثيقه<sup>(32)</sup>، ويظهر الأشكال عند غياب هذا الدليل، ما لم يكن الدليل الإلكتروني حاسماً كاللجوء إلى رسالة القبول النهائي أو الاستعانة بإجرائيين متتاليين هي الضغط على ما يفيد القبول أولاً وبها يفيد التأكيد ثانياً وهو ما يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات...<sup>(33)</sup>.

(27) المادة 80 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(28) د. زياد طارق جاسم الراوي، مصدر سابق، ص 67.

(29) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 458.

(30) جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، مكتبة السنهوري، بغداد 2006، ص 30.

(31) د. زياد طارق جاسم الراوي، مصدر سابق، ص 69.

(32) يقصد بالتوثيق في المعاملات الإلكترونية: التحقق من شخصية المتعامل مع الطرف الأخر ونسبة التوقيع إليه، وهو أمر ضروري نظراً لأن المعاملات الإلكترونية تتم في واقع افتراضي أو بالأحرى في وسط معنوي يتعين التثبت منه، وللمزيد انظر: ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأزراطة، 2009، ص 168.

(33) المادة (1/ف-ج) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

ونرى بان يتم أبرام العقد الالكتروني بتوافر الشروط الموضوعية الأساسية من رضا ومحل وسبب، وبانعدام احد هذه الشروط يُعد العقد باطلاً، ولا يُنقذ إلا بتطابق الإيجاب والقبول من خلال مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي الذي يُعد بمثابة البوتقة التي تتصهر فيها إرادة طرفي العقد لكي يمثل الإطار المكاني والزمني لالتقاء وتطابق الإرادتين .

**المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود التجارة الالكترونية وتحدياتها**  
أصبحت السلع والخدمات معروضة بطريقة منظورة غير ملموسة، اذ يتفاوض الأطراف المتعاقدة عن بعد، اذ تبادلون المعلومات وسائراً لبيانات بسرعة فائقة، وهذه الوسيلة التي لا تعترف بالكثير من المسلمات التقليدية كالحيازة والسلطة المالكة لها والحدود الجغرافية والكتابة. وبات من الضروري البحث عن وسائل معالجتها وضبطها في أطارها المشروع مما خلق تحدياً أمام النظم القانونية، ولغرض الإحاطة بالموضوع فسوف نتناوله بالمطلبين الآتيين:

**المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد التجارة الالكترونية**  
اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للعقود التجارية الالكترونية وهذا ما سوف نتناوله بالفروع الآتية:

**الفرع الأول: عقود إذعان:** عقود الإذعان<sup>(34)</sup> هي عقود تمنح لأحد أطرافها حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها. أما الطرف الآخر فليس له سوى أن يقبل التعاقد دون مناقشة، أو تفاوض أو تعديل، أي يسلم بكافة الشروط التي يضعها الطرف الآخر، دون زيادة أو نقصان. فليس للقابل خيارات متاحة يقبل إبرام العقد، أو يرفضه، وفي اغلب الأحيان يقبل التعاقد بسبب الحاجة الماسة لبعض السلع والخدمات الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنه مثل خدمات (الكهرباء-الماء- الهاتف-الغاز...). فالرضاء للقابل موجود لكنه مفروض عليه، وهذا الإكراه ليس من عيوب الإرادة. لأنه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بالعوامل النفسية<sup>(35)</sup>.

واتجه الفقه القانوني الحديث بانه يكفي لاعتبار العقد إذعائاً اذا قام أحد أطرافه بإعداد العقد مسبقاً، والطرف الآخر لا يملك إمكانية التعديل في الشروط، أي أنه لا يشترط، أن نكون بصدد سلعة ضرورية وإنما محل احتكار<sup>(36)</sup>.

**الفرع الثاني: عقود رضائية:** إذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني- برامج المحادثة- أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، فالعقد يكون رضائياً، فالطرفان يتبادلان الآراء، ووجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية، والموجه إليه الإيجاب يستطيع التفاوض حول شروط العقد، والمفاضلة بين

(34) عقد الإذعان "بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين وهو المذعن بشروط يملئها عليه الطرف الآخر ولا يسمح له بمناقشتها فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون فيها المنافسة محدودة والعرض يكون موجهاً للكافة وبشروط معينة لمدة غير محدودة. وللزيد انظر، صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص25.

(35) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص15.

(36) خالد مهدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص64.

الحلول المطروحة عليه بحرية، حتى يصل إلى أنسب الشروط وأفضلها بالنسبة له، والعقود التي تبرم بهذه الوسائل تكون من عقود المساومة<sup>(37)</sup>.

وفي ظل غياب قاعدة مادية موحدة على المستوى الدولي تنظم مسألة الإذعان، فإنه يكفي الأخذ بمعيار إمكانية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية، فإذا كانت تلك العقود تجيز التفاوض والنقاش وتسمح للمشتري بمراجعة شروط العقود وإمكانية تعديلها فهي تخرج من نطاق عقود الإذعان.<sup>(38)</sup>

ونرى الرضائية تسود عقود التجارة الإلكترونية على اختلاف أنواعها. فالمتعاقدين إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة، فهناك كثير من البائعين والموردين في السوق الإلكتروني فله حرية مطلقة بأبرام العقود وفق ما يناسبه. الفرع الثالث: عقود دولية: اختلفت الآراء الفقهية حول مفهوم الصفة الدولية في عقود التجارة الإلكترونية. وتتحور هذا الاختلاف حول مدى إمكانية توطين العلاقات القانونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية، وتتخطى الحدود الجغرافية للدول. وهذه الآراء تصنف في اتجاهين: الاتجاه الأول: اتجاه يفرق بين نوعين من العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت وكما يأتي:

النوع الأول: العقود التي يكون فيها مستخدم شبكة الإنترنت في دولة، والمورد لخدمات الاشتراك في الشبكة يكون في دولة ثانية، والشركة التي تقوم بمعالجة البيانات، وإدخالها، وتحميلها عبر الشبكة تكون في دولة ثالثة. فهذا لا يدع مجالاً للشك في دولية هذا العقد، ويحدده معياران، المعيار القانوني الذي يعد العقد دولياً كون المتعاقدين يتواجدون في عدة دول<sup>(39)</sup>. وهذا يعني أن العقد لم ينعقد في دولة واحدة، وإنما انعقد في ظل البعد الهادي بين الأطراف، وتواجدتهم في دول مختلفة في العقد عبر حدود عدة دول، وأثرت عملية انعقاده على عدة دول، دون أن تقلص آثاره في دولة واحدة، وهذا ما يعطي هذا العقد صفة دولية<sup>(40)</sup>.

والمعيار الاقتصادي الذي يعد العقد دولياً إذا تعلق بعقود التجارة، وبناء على ذلك إذا عبرت السلع والخدمات والمنتجات الحدود الدولية لعدة دول، ولا يكون العقد دولي إذا انعقد في نفس الدولة، ويلزم توافر المعيارين القانوني والاقتصادي لاعتماد دولية العقد، ولا يكفي توافر أحدهما دون الآخر<sup>(41)</sup>.

(37) حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012، ص 5.

(38) عمر حسن المؤمني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية وتحليلية مقارنة، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 35.

(39) صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص 35.

(40) سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، 2006، ص 74.

(41) صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص 36.

النوع الثاني: وهي العقود التي تستوفي جميع عناصرها في دولة واحدة، كالأطراف المتعاقدة، والبضائع، والدفع، والبائع، والمشتري من دولة واحدة، فلا يتصور أن يقال: إن هذا العقد دولي، وبناء على ذلك لا يجوز للأطراف الاتفاق على قانون معين، يطبق على علاقاتهم العقدية، فمن البديهي أن يطبق قانون الدولة التي نشأ ونفذ بها العقد<sup>(42)</sup>.

الاتجاه الثاني: يرى أن البعد الدولي هو الغالب على العقود الإلكترونية، أيا كان نوعها، وأنه يؤكد على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيدا لفكرة العولمة، وما ينتج عن ذلك من صعوبة توطين هذه الشبكة، أو توطين المعاملات القانونية التي تجري من خلالها، ولا خلاف في دولية هذه العلاقات بتوافر المعايير اللازمة، وبسبب تواجد الأطراف في دول مختلفة عند إبرامهم للعقود<sup>(43)</sup>.

الفرع الرابع: عقود تجارية: للترقية بين الأنشطة التجارية والمدنية أهمية كبيرة تتمثل في حرية الإثبات في المواد التجارية، والتضامن، والمهل القضائية للمدين، والإفلاس، والتقادم، والقانون الواجب وغيرها، والعقود الإلكترونية تتخذ أشكالا معينة مثل:

أولاً- التجارة الإلكترونية المباشرة أو الكاملة، وهو النوع الرئيسي منها، ويشمل هذا النوع الخدمات، والمنتجات المعينة بصيغة إلكترونية من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية.

ثانياً- التجارة الإلكترونية الجزئية أو غير المباشرة، وتكون هذه في كثير من الأنشطة، كالإعلان، والعروض، والمفاوضات، وإبرام العقود، وتحويل الدفعات من الأثمان إلكترونياً<sup>(44)</sup>. ويجب أن نميز بين نوعين من العقود التي تتم بين المشروعات وكما يأتي:

1-العقود التي تتم بين المشروعات بشكل دائم ومستمر، بغرض إشباع حاجاتها المهنية، فالتاجر قام بها بهدف الربح فهذه عقود تجارية، لأن من قام بها تاجر على صفة الاحتراف لتحقيق أغراضه التجارية من تخطيط، وترويج، وبيع، وينصرف ذات الحكم على الأعمال المدنية التي قام التاجر لحاجاته التجارية<sup>(45)</sup>.

2-العقود التي تتم بين التجار بهدف إشباع حاجاتهم الشخصية، أو المنزلية، أو العائلية، فهذه عقود مدنية على الرغم من قيام التاجر بها، إلا أنها ليست ذات علاقة بتجارته. فالتاجر عندما قام بهذه الأعمال لم يقصد الاتجار بها، أو إعادة بيعها، أو الحصول على الربح منها، بل قام بها لحاجاته الشخصية، والحصول على متطلباتها منها، على الرغم من أنه تاجر، إلا أنه هنا اتخذ صفة المستهلك، وليس التاجر<sup>(46)</sup>.

(42) سمير عبد العزيز الجمال، مصدر سابق، ص75.

(43) صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص36.

(44) نضال إسماعيل برهم، مصدر سابق، ص20

(45) حماد طارق عبد العال، التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، 2003، ص10.

(46) صالح المنزلاوي، مصدر سابق، ص23.

ونرى بان العقود الإلكترونية لا تختلف بشكل أساسي عن العقود القائمة على الورق، ومع ذلك فإن التجارة الإلكترونية تحاكي تماماً أنماط التعاقد المستخدمة عن طريق وسائل الاتصالات الحديثة، وعند ملاحظة القوانين الحديثة المنظمة للتجارة الإلكترونية، يتبين أنها لا تورد نصوصاً خاصة به، مما يدل أنها أرادت أن تحيل أحكامه على القواعد العامة للعقد المنشورة في القوانين المدنية. لكن هذا لا يمنع بأن العقد الإلكتروني له من المميزات ما يجعله يختلف عن سائر العقود التقليدية.

### المطلب الثاني: التحديات المواجهة لعقود التجارة الإلكترونية

ان التغلغل المتعاظم والمتزايد لأنظمة الاتصال الالكترونية، والتي يتم من خلالها أبرام العقود التجارية الالكترونية، دفع المشرعين إلى التفكير ملياً في وضع صيغ تشريعية وتنظيمية تضع الحلول المناسبة لمختلف التحديات التي تواجه أبرام هذه العقود، التي يمكن إيجازها بالنقاط الآتية:

1-حجية الأثبات في العقود التجارية الإلكترونية: ان عدم القدرة على التحقق من شخصية المتعاقدين بالطريقة التقليدية، يؤدي إلى الوقوع في شباك التنصت وسراق بطاقات الائتمان لعملاء التجارة الإلكترونية والمحتالين والمتطفلين أو المخربين والقراصنة<sup>(47)</sup>. والإثبات الإلكتروني هو إقامة الدليل أو الحجة أمام القضاء باستخدام وسيلة إلكترونية أو صيغة أو أكثر من صيغ البيانات الإلكترونية، وتنفيذ العقود التجارية الإلكترونية عند نشوء نزاع بين المتعاقدين يحوم غالباً حول إثبات هذه العلاقة التعاقدية ففي معظم الحالات ينكر أحد الطرفين وجود هذه العلاقة أو ينازع في أحد بنود العقد<sup>(48)</sup>.

2-ضعف السرية وعدم ضمان الخصوصية: تتسم السندات الإلكترونية بضعف السرية لاطلاع ما دون فيها من معلومات من قام بإرسالها أو من خول له بذلك، فالسندات المستخرجة من تقنيات متطورة، تكون فيها المحافظة على سريتها صعبة، واحتمال سرقتها من قبل القراصنة الإلكترونيين، كون هذه التقنيات لا توفر درجة عالية من الأمن عن طريق استخدام نظام التشفير الذي يمكن اختراقه، مما يؤدي إلى فقدان الثقة في التعامل عبر الأنترنت<sup>(49)</sup>. ويُعد موضوع حماية البيانات المتصلة بالحياة الشخصية موضوعاً هاماً، إذ يزيد الضيق النفسي للمستهلكين مع زيادة كمية وعمق المعلومات التي تجمع عنهم في عصر وفرة المعلومات، كون الخصوصية هي قضية اجتماعية مرتبطة بالنظرة إلى النفع مقابل التنازل عن الخصوصية<sup>(50)</sup>.

(47) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت، ط1، ، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 32.

(48) عمار كريم كاظم، ناريمان جميل نعمة، القوة القانونية للمستند الالكتروني، بحث منشور في مجلة كلية القانون، ع7، 2007، ص 181.

(49) طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2011، ص70.

(50) عمار كريم كاظم، مصدر سابق، ص 181.

3- عزوف المستهلكين: عدم القدرة على فحص المبيع قبل أبرام العقد التجاري الإلكتروني والاكتفاء ببعض الصور والصوت أحياناً والتي لا يمكن فحص المبيع بشكل وافي، وفي بعض الأحيان لا يمكن رؤية المبيع إلا بعد وصوله، مما قد يتسبب في ابتعاد كثير من المستهلكين عن التعامل بهذا النوع من العقود<sup>(51)</sup>.

4- غياب التنظيم التشريعي: يمثل غياب الأطار التشريعي الوافي والواضح المنظم للتجارة الإلكترونية، وبخاصة في الدول النامية، غلبة عنصر المخاطرة في هذا النوع من التجارة بسبب ضعف الثقة لحداتها دخول التجارة الإلكترونية إلى هذه الدول، وسهولة التلاعب في المعاملات التي تجري من خلالها، وتأثير بعض التجارب السيئة عليها والخشية أيضاً من اختراق القرصنة شبكة الإنترنت. وإدراك كثير من الشركات لمخاطر الاقتصاد الإلكتروني، مما جعلها ضحية لمخاطر التجارة الإلكترونية، ذلك أنها شرعت في الإتجار عبر الإنترنت دون أن يكون لديها الاستعدادات اللازمة لمواجهة المخاطر الناشئة عن ذلك<sup>(52)</sup>.

5- تحديات تحديد القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة: من التحديات الهامة التي تواجه العقد التجاري الإلكتروني هو تحديد القانون واجب التطبيق عليها للاطلاع على الآثار القانونية الناتجة عنه وتثبيت وقت سريانه، وان أي أخلال قانوني بينود العقد يثور نزاع بين المتعاقدين أثناء أبرام العقد أو أثناء سريانه حول مسألة معينة وخاصة، وان التصرفات القانونية ترتب على أطرافها حقوق والالتزامات متبادلة، اذا اخل احد اطراف العقد من تنفيذ التزامه، فيصعب تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع، ومشكلة تحديد المحكمة المختصة في نظر الدعوى قد تتعلق بشكل رئيسي بالموقع الجغرافي لمحل موضوع الدعوى أو بمكان أبرام العقد، وابرز هذه التصرفات هي العقود وخاصة العقود الملزمة لجانبين وحتى الملزمة لجانب واحد مادام ان هذا العقد يلقي الالتزامات على احد أطرافه فهو ينشأ حقوق اتجاه الطرف الآخر والحق من جانب والالتزام من جانب اخر<sup>(53)</sup>.

6- التحديات الضريبية: يصعب تتبع التسليم المادي للمنتجات الإلكترونية المباعه، إضافة إلى قصور التشريعات عن تنظيم آليات ضريبية وجبركية متعلقة بالتجارة الإلكترونية. فقد تركز الاهتمام في الماضي على سبل تعزيز وفرض الشمولية على كافة الأوعية الضريبية والتي قد تكون ناتجة عن النشاطات والتجارة التقليدية، ولكن في الوقت نفسه لم تمنح معظم الدول لأنظمتها المرونة الكافية للتأقلم مع المستجدات العالمية وخصوصاً التكنولوجية منها، وبالتالي لا يمكن اعتبار الأنظمة الضريبية الآن مهيأة لاستقبال ومتابعة عمليات التجارة الإلكترونية سواء على المستوى الفني أم التشريعي<sup>(54)</sup>.

(51) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مصدر سابق، ص 32.

(52) نضال إسماعيل برهم، مصدر سابق، ص 19.

(53) عبد الفتاح بيومي، التجارة الإلكترونية، د د ن، القاهرة، 2007، ص 324.

(54) نضال إسماعيل برهم، مصدر سابق، ص 19.

ونرى بان فكرة العقد التجاري الالكتروني لا تزال غير واضحة المعالم بشكل دقيق، ولم تتضح صورتها النهائية، فالدول التي قننت هذه العقود في قوانينها قد اختلفت فيما بينها في آلية التنظيم وان اتحدت في النص دون وجود هيكل قانوني متقن.

#### الخاتمة

وضحت الدراسة الأهمية العلمية والعملية للعقد التجارية الإلكترونية، وكشفت عن مدى الاختلاف القائم في تحديد طبيعته القانونية، وقد توصلت إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وكما يأتي:

#### أولاً-الاستنتاجات

1- يحتل التعاقد عبر شبكة الاتصالات والمعلومات الدولية "الأنترنت" موقعاً متميزاً من حيث الآثار التي ترتبت من ظهور شبكة الاتصالات والمعلومات الدولية، لها تمتاز به هذه الشبكة من خصائص في نقل التعبير عن الإرادة ومحل التعاقد في بعض الأحيان، إذ ان شبكة المعلومات والاتصالات الدولية "الأنترنت" من بين الوسائل التي كشف عنها التقدم العلمي والتقني في مجال الاتصالات وهذه الشبكة لها طابع دولي عابر للحدود.

2-لا يختلف العقد الإلكتروني في بنائه ومضمونه عن العقد العادي الذي تحكمه قواعد القانون المدني بوجه عام إلا من حيث الطريقة التي يتم إبرامه من خلالها، وهي الطريقة الإلكترونية. والبيانات الإلكترونية تثبت على دعائم إلكترونية غير ورقية، ذات خواص محددة كالأقراص المغنطة، وذاكرة الحاسب الآلي، المثبتة وغير المثبتة، أو قد تكون مثبتة على دعائم إلكترونية غير مادية من خلال شبكة الأنترنت بما في ذلك البريد الإلكتروني.

3-تثور من جراء التعاقد الإلكتروني عدة مشاكل من النواحي القانونية لانعقاد العقد، إذ يُعد مثل هذا العقد من أنواع العقود عن بعد، وتثور فيه مشكلة قانون الدولة الواجب التطبيق ووسائل التعبير عن الإرادة ومسألة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني "مجلس العقد الإلكتروني" وكذلك مسألة جهات التصديق الإلكتروني ومشكلة الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية عبر شبكة الأنترنت، بالإضافة إلى وسائل إثبات مثل هذه العقود ومدى اعتراف القانون الوطني بها ومدى إلزامية المعاهدات الدولية والمنظمات الدولية المهمة بأمر التعاقد من خلال شبكة الاتصالات والمعلومات الدولية "الأنترنت".

4-الإيجاب والقبول الإلكتروني في العقود التجارية الالكترونية لا يختلف عن الإيجاب والقبول التقليدي (الكتابة) إلا في وسيلة التعبير عنه ونطاقه، كونه قد يصدر من شخصين لا يحملان الجنسية نفسها ولا تربطهم رابطة الوطن الواحد وأصبحت الرسائل الالكترونية والمخاطبات البريدية الالكترونية يتم الأخذ والاعتراف كونها تتمتع بالحجية القانونية ذاتها في ادله الأثبات في العقود التجارية الالكترونية.

5-تكون للبيانات الإلكترونية والمرسلة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة حجيتها الملزمة في الأثبات، ولا يجوز نفي صحتها وإمكانية تنفيذها، ولا يمنع تنفيذها بسبب أنها تمت كلياً أو جزئياً

بشكل إلكتروني، بشرط أن تتم تلك البيانات بحسب الشروط المنصوص عليها في القوانين المعمول بها.

6- نتيجة لسهولة أبرام العقود التجارية الالكترونية فأنها تساهم في دعم التنمية الوطنية في لبلاد من خلال توفير العديد من الفرص في دنيا الأعمال للأفراد سواء كانوا: عملاء – موردين – أصحاب مهن حرة وتساعد في فهم احتياجات العملاء وبالتالي تتيح خيارات التسوق أمامهم بشكل واسع، وهذا بدوره يحقق نسبة رضا عالية لدى الزبائن مقارنة بما تتيحه التجارة التقليدية، وتمنح حافزاً كبيراً لزيادة القدرة التنافسية، واختصار الدورة التجارية إذ يتم الشحن بشكل مباشر من المصنّع إلى المستهلك النهائي مما يوفر التكاليف ويختصر الزمن بالنسبة للموردين، وفتح مجالاً جديداً لكثير من الخدمات المهنية التي يقدمها أصحاب المهن الحرة من محامين وأطباء ومحاسبين، وهذا بدوره يؤدي إلى إيجاد فرص عمل جديدة يقابله إضافة خدمات ومنتجات جديدة.

7- لم يتوقف تأثير تقنية المعلومات على قواعد التعاقد والإثبات، بل امتد إلى كل ما يتصل بآليات الوفاء بالالتزامات العقود وفي مقدمتها آليات الدفع النقدي وأداء الالتزامات المالية محل العقد، وفي هذا الإطار أفرزت تقنية المعلومات وسائل حديثة لتقديم الخدمات المصرفية وإدارة العمل البنكي، كون العقد هو الأداة الأساسية في عمليات التبادل المالي بين الأفراد عموماً، وهو في صورته التقليدية يعتمد على الدعائم المادية الورقية التي تجسد له الوجود المادي رغم ان التطورات التكنولوجية أوردت من قبل وسائل أكثر سرعة كالفكس وغيره فان الدعامة الورقية حتى في ظل هذه الوسائل مازالت تحتفظ بأهميتها، ولكن ظهور الأترنت أدى الى انقلاب حقيقي في هذه المفاهيم التقليدية للوثيقة المكتوبة إذ حولها من وثيقة مادية إلى وثيقة الكترونية.

#### ثانياً-الاقتراحات

1-نقترح على المشرع العراقي ضرورة مواكبة التطورات الالكترونية المتسارعة في مجال الاتصالات، واعتمادها كأسلوب للتعبير عن الإرادة، وإصدار تشريعات حديثة يعالج فيها أحكام المعاملات التجارية الالكترونية، والاعتماد على ما يتم استخراجها من مستندات الكترونية والأخذ بها كأدلة أثبات قانونية .

2-أهمية استقرار نظام الإثبات الإجرائي المتعلق بالوسائل الإلكترونية تحقيقاً للثقة القضائية في أوساط المتعاملين والمستثمرين وانعكاساً للوجه الحضاري للنظام القضائي السعودي المستمد من نصوص الشريعة وقواعدها.

3-العمل على استحداث بعض القواعد الخاصة التي تتناسب مع التقنيات الحديثة والوسائل الالكترونية في التعاقد لأنه لو تركت إلى القواعد العامة فان هذه القواعد يجب ان تطور بحيث لا تتعارض والطبيعة الخاصة للعقود الإلكترونية.

4-صياغة اتفاق دولي خاص يوفر من خلاله نظام قانوني قادر على حل النزاعات التي قد تنشأ بشأن التعاقد التجاري الإلكتروني في حال وجود نزاعات بين اطراف ينتمون لأكثر من دولة حتى يكون من السهل تحديد القانون الواجب والتطبيق والمحكمة المختصة في نظر النزاع.

5- نقترح بالسماح بالإعلان عن العقد على شبكة الأنترنت واعتبار المحررات الإلكترونية لها قوة الأثبات مساوية للمحررات الورقية.

## المصادر

### أولاً-الكتب العامة

- 1- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، 2002.
  - 2- [أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، 2000.
  - 3- جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت، مكتبة السنهوري، بغداد. 2006
  - 4- حماد طارق عبد العال، التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، 2003.
  - 5- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، 2005.
  - 6- سهير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية. 2006
  - 7- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
  - 8- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ط1، القاهرة، 1967.
  - 9- عبد الفتاح بيومي، التجارة الإلكترونية، د د ن، القاهرة، 2007.
  - 10- د. عبدالمجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، ط1، بغداد، 1969.
  - 11- د. عباس للعبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
  - 12- عمر حسن المؤمني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية وتحليلية مقارنة. ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.
  - 13- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية عقد البيع الإلكتروني دراسة تحليلية، دار حامد، ط1، 2007
  - 14- ماجد راغب الحلو، لو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأزربطة، 2009.
  - 15- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005.
  - 16- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الأنترنت، ط1، ، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
  - 17- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006.
  - 18- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
  - 20- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- ثانياً-اطرايح الدكتوراه ورسائل الماجستير
- 1- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة )، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012.
  - 2- طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2011.
- ثالثاً-المجلات والدوريات
- 1- زياد طارق جاسم الراوي، التراضي الإلكتروني-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد السابع، ع1، 2009.

2- عمار كريم كاظم، ناريمان جميل نعمة، القوة القانونية للمستند الالكتروني، بحث منشور في مجلة كلية القانون، ع7، 2007.

رابعاً-القوانين والقرارات

- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- 2- قانون الأثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
- 3- القانون التونسي المتعلق بالمنافسة والأسعار رقم 46 لسنة 1991.
- 4- القانون الفرنسي المتعلق بحرية الاتصالات رقم 719 لسنة 2000.
- 5- قانون السلامة اليومية الفرنسي رقم 1062 لسنة 2001.
- 6- قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.
- 7- قانون المعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني العراقي رقم 78 لسنة 2012.

خامساً-المصادر الأجنبية

1-Rovitolakata , Reading in the electronic commerce ,Addison Wesley 1997.

## تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء في التشريع اليمني *Implementation of administrative decisions through the judiciary in Yemeni legislation*

د. محمد أحمد محمد غوبر\*

رئيس وأستاذ القانون العام المشارك بكلية الشرطة

أكاديمية الشرطة (الجمهورية اليمنية)

[Kanin100@outlook.com](mailto:Kanin100@outlook.com)

[kanin102012@gmail.com](mailto:kanin102012@gmail.com)

تاريخ إرسال المقال: 2020-04-23 تاريخ قبول المقال: 2020-11-27 تاريخ نشر المقال: 2021-01-01

**المخلص:** تطرح مسألة تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء - كما أقرها المشرع اليمني - مسألة بالغة الدقة والأهمية عن طريق الدعوى الجزائية، وأوامر النيابة العامة لعدم تنفيذ القرارات الإدارية، والدعوى المدنية؛ لما تشكلت تلك المسألة من ضمانات أكبر لاحترام حقوق الأفراد.

وبالنسبة لأهم ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج؛ هو رُغم امتلاك الإدارة اللجوء للدعوى الجزائية من جانب؛ والتنفيذ المباشر الجبري من جانب ثان؛ إلا أن ذلك لا يحول بينها وبين اللجوء إلى الدعوى المدنية للحصول على أحكام تلزم الأفراد باحترام القرارات الإدارية.

**كلمات مفتاحية:** (التنفيذ - القضائي - الدعوى - الجزائية - المدنية - الأوامر).

**Abstract:** The issue of the implementation of administrative decisions through the judiciary, as approved by the Yemeni legislature, raises a very important issue through criminal proceedings, public prosecution orders for non-implementation of administrative decisions, and civil proceedings, because this issue constitutes greater guarantees of respect for the rights of individuals.

The most important findings of this study are that the administration has the right to resort to criminal proceedings on the one hand; and direct forced execution on the other; however, this does not prevent it from resorting to civil proceedings to obtain provisions requiring individuals to respect administrative decisions .

**Keywords:** (Execution- Judicial - Criminal Case - Civil - Orders)

\* المؤلف المرسل

### المقدمة:

إن تنفيذ القرارات الإدارية لا يتم في كل الأحوال عن طريق التنفيذ الجبري أو القسري الذي تنهجه الإدارة لكي تدخل قراراتها حيز التنفيذ، بل هناك طرق أخرى مثل التنفيذ عن طريق القضاء. وتنفيذ القرارات الإدارية عن طريق القضاء غالباً ما يتم استناداً وتطبيقاً للقوانين وإرادة المشرع، حيث أن اللجوء إلى القضاء يكون في الحالات التي ينص فيها القانون على جزاء لمخالفة قرار إداري ما مثل التنصيص على عقوبة جنائية<sup>(1)</sup>. أو عن طريق الدعوى المدنية، وهناك وسيلة أخرى أوجدها المشرع اليمني إلى جانب الحالتين المذكورتين سلفاً؛ تتمثل هذه في الأوامر الجزائية الصادرة عن وكلاء النيابة العامة في الحالات التي حددها المشرع.

لهذا يُعد التنفيذ القضائي للقرارات الإدارية هو التنفيذ الأصيل المخول للإدارة العامة لكفالة وضمان قيام الأفراد بتنفيذ القرارات الإدارية<sup>(2)</sup> في غير حالات التنفيذ التي لا تتوفر للإدارة فيها شروط اتباع طريق التنفيذ المباشر الجبري، كما لو لم يتم تنفيذ القرار الإداري اختياراً أو طوعاً، ولم تستطع الإدارة تنفيذه مباشرة عن طريق الجزاءات الإدارية أو إجباراً من خلال التنفيذ المباشر (الجبري) لعدم توافر أي من حالاته ففي اليمن تلجأ الجهة الحكومية أو الإدارة إلى هذا النوع من التنفيذ عن طريق رفع دعوى أمام القضاء لاستصدار أحكام جزائية أو مدنية، اعتباراً من أن الإدارة لها حق التقاضي بموجب تمتعها بالشخصية المعنوية التي تخول لها هذا الحق<sup>(3)</sup>. وهذا أمعاً للمادة (3/88) من القانون رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني<sup>(4)</sup>

❖ **أهمية الدراسة:** ترجع أهمية هذه الدراسة إلى معرفة حالات تنفيذ القرارات الإدارية المختلفة بالطريق القضائي حال الامتناع عن تنفيذ القرارات الإدارية أو مخالفتها، التي بينها وحددها المشرع اليمني. وبيان مدى فعالية اللجوء إلى القضاء في الحفاظ على الحقوق والحريات، وبيان ما إذا كانت هناك علاقة تكاملية بين التنفيذ عن طريق الأوامر

(1) القرارات الإدارية (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي: \_\_\_\_\_

[https://www.facebook.com/permalink.php?id=163995563652508&story\\_fbid=4556858](https://www.facebook.com/permalink.php?id=163995563652508&story_fbid=4556858)

11150147

(2) د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، 1997، ص 213  
(3) د. عمار عوادي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م، ص 158-159  
(4) عندما نصت على أن (الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها متصلاً بصفة الإنسان الطبيعية فيكون له حق التقاضي). كما نصت (م 1/87) منه على أن (الأشخاص الاعتباريون هم الدولة والمحافظات والمدن والمديريات بالشروط التي يحددها القانون والوزارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية).

الجزائية والدعوى الجزائية من جانب، وبين التنفيذ عن طريق الدعوى المدنية والجزائية من جانب آخر.

❖ **أسباب ودوافع الدراسة:** ترجع اختيار هذا الموضوع إلى حداثة الموضوع إذ لم تتناول بالبحث والتأصيل إلا في كتب ومؤلفات عامة وأبحاث معدودة وفي فصول ومباحث محدودة.

❖ **مشكلة الدراسة:** تنبع مشكلة الدراسة عن عدداً من التساؤلات، أهمها، هل الغاية من اللجوء إلى الدعوى الجزائية هو لأجل الإلزام بتنفيذ القرارات الإدارية التي لا تملك الإدارة قانوناً الحق في تنفيذها جبرياً؟ أم أن الغاية من ذلك هو إنزال العقوبة على المخالف كون المخالفة نفسها أو النتائج المترتبة عليها تدخل في إطار الجرائم المعاقب عليها جنائياً؟ رغم تملك الإدارة اللجوء إلى الدعوى الجزائية لتنفيذ قراراتها الإدارية هل يعد ذلك مانعاً لها في اللجوء إلى سبل التقاضي الخاضعة للقانون الخاص المقررة في قانون المرافعات والتنفيذ المدني والقوانين الأخرى ذات الصلة؟

❖ **صعوبات الدراسة:** من أهم الصعوبات التي واجهتنا لإعداد هذا الدراسة الآتي:

1. قلة المراجع الفقهية على الصعيد العام وندرتها فيما يخص الجانب الفقهي في اليمن

2. شحة الأحكام القضائية في اليمن في هذا الجانب.
3. اتساع موضوع الدراسة إلى حد ما نظراً لأن كل جزئية منها تصلح لأن تكون بحثاً مستقلاً بذاته لكنه من جانبنا حاولنا أن نجعله في بحث واحد تناولنا فيها جميع الجوانب المرتبطة بالتنفيذ عن طريق القضاء

❖ **منهج الدراسة:** إن البحث العلمي لن يوثق ثماره إلا إذا سار وفقاً لمنهج علمية محددة، ومن أهم المناهج التي سوف نتبعها؛ المنهج التحليلي الوصفي لغرض فحص وتحقيق مختلف الطرق القضائية التي تلجأ إليها الإدارة من أجل تنفيذ قراراتها قضائياً، وهذا من خلال شرح وتحليل بعضها لمحاولة إبراز موقفنا من خلال هذه الدراسة، اعتمدنا أيضاً على طرق النقد والمقارنة كلما اقتضى الأمر، وذلك باستخلاص مجمل النقائص التي يمكن أن تعثر بها.

❖ **خطة الدراسة:** تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مطالب، تناولنا خلالها؛ التنفيذ عن طريق القاضي الجزائي كمطلب أول، والتنفيذ عن طريق النيابة العامة كمطلب ثاني، والتنفيذ عن طريق القاضي المدني كمطلب ثالث.

**المطلب الأول: التنفيذ عن طريق القاضي الجزائري.**

يتم اللجوء إلى القاضي الجزائري أما عن طريق تحريك الدعوى الجزائية<sup>(5)</sup> في حالة ما إذا نص القانون على عقوبة جنائية كجزاء لمخالفة قرار إداري ما<sup>(6)</sup>. كوسيلة لإنزال العقاب على الأفراد أو إجبارهم على احترام وتنفيذ القرارات الصادرة عن الإدارة، وعلى الإدارة أن تقتنع برفع الدعوى الجنائية أمام القضاء ولا تستطيع أن تستبدل بها التنفيذ المباشر الجبري إذا قدرت أن العقوبة غير رديعة، لأن سبيل ذلك هو تعديل التشريع بتشديد العقوبة ما لم تتوفر حالة الضرورة، وهذا ما يوصلنا لنتيجة أن الدعوى الجنائية تُعد الطريق الأصيل لتنفيذ القرارات الإدارية<sup>(7)</sup>.

أو أن الإدارة لا تمتلك تنفيذ القرارات الإدارية ولا سيما الجزاءات الإدارية العامة (كالغلق والهدم والإزالة ونحوها) وبالتالي يتم إحالة المخالف إلى النيابة العامة لأجل توقيع تلك الجزاءات الإدارية العامة وتنفيذها كعقوبات تكميلية لعقوبة أصلية صادرة عن القضاء الجزائري.

وإما أن الأفراد أو الفرد المخالف لم يلتزم أو لم يقوم بتنفيذ القرار أو تصحيح المخالفة خلال المهلة أو المدة المحددة للتنفيذ، عقب إنذاره أو إخطاره بذلك من قبل الإدارة؛ هنا يحق للأخيرة الحصول على حكم من قاض الأمور المستعجلة بالغلق أو ما شابهه.

أو قد يكون ذلك بسبب عدم تنفيذ القرارات النهائية الصادرة أما عن اللجان الإدارية المنوط بها فض المنازعات في الأحوال المنصوص عليها في القانون، وأما عن اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، كونها من السندات التنفيذية، ولها قوة الأمر المقضي به<sup>(8)</sup>.

(5) عادة ما يتم تحريك الدعوى الجزائية في أحوال المخالفات التي لا يجوز للنيابة العامة إصدار الأمر الجزائي طبقاً للقانون تنوع في رفع الدعوى والمحاكمة الإجراءات المنصوص عليها بقانون الإجراءات الجزائية. والتي يكون موضوعها الامتناع عن تنفيذ قرار إداري؛ لأجل إنزال العقوبات إنزال المقررة نتيجة ذلك للمزيد (راجع) (م 11، م 14) من القانون رقم (17) لسنة 1994م بشأن المخالفات العامة.

(6) د. محمد فؤاد عبدالباسط، القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص 430

(7) جبار كريم، والي مصطفى، رسالة ماستر في الحقوق الخاصة التنفيذية للقرارات الإدارية، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018م، ص 42

(8) (م 1/5/328). من القانون رقم (40) لسنة 2002م المعدل بموجب القانون رقم (2) لسنة 2010م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني بشأن المرافعات والتنفيذ المدني

أولاً: التنفيذ عن طريق العقوبات الصادرة عن القاضي الجزائري:  
يمكننا أن نميز بين حالتين على النحو الآتي:

## 1. التنفيذ عن طريق العقوبات الأصلية:

أن الأساس أو الدافع للجوء الإدارة إلى الدعوى الجزائية حال عدم تنفيذ قراراتها الإدارية؛ هو من أجل توقيع أو إنزال عقوبة الغرامة والحبس أو بإحدى هاتين العقوبتين كعقوبة أصلية<sup>(9)</sup> جراء مخالفة أو عدم تنفيذ القوانين واللوائح أو القرارات الإدارية من خلال الأحكام الجزائية التي تتضمنها والتي تخول للإدارة رفع دعواها أمام القضاء الجنائي<sup>(10)</sup>، كما ذلك واضحاً من خلال المجالات التي نظمها المشرع اليمني سواءً اللائحية منها<sup>(11)</sup>، أو القانونية المنظمة للعديد من المجالات؛ كـ مجال الصيد<sup>(12)</sup> والمياه<sup>(13)</sup> والأغذية<sup>(14)</sup> والصحافة والمطبوعات<sup>(15)</sup>، والبيئة<sup>(16)</sup>، والتموين<sup>(17)</sup>، وقانون الإبعاد<sup>(18)</sup>.

(9) فضلاً عن العقوبات التكميلية (كالغلق والهدم والإزالة) أو (العقوبات التكميلية المقيدة للحرية كعقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة وعقوبة الحرمان من ممارسة بعض المهن والصناعات وسحب الرخص) التي تصدر جنباً إلى جنب العقوبات الأصلية.

(10) د. محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، 2005، ص 11.

(11) تنص (م 108/أ) من القانون رقم (16) لسنة 2013م بشأن المحافظة على المدن والمناطق والمعالم التاريخية وتراثها الثقافي العمراني على أن يعاقب كل من يخالف الفقرة (3) من (م 58) من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات بحسب حجم ومقدار الضرر الواقع على القيمة التاريخية أو الجمالية للموقع أو المبنى أو المعلم التاريخي الذي تقدره الهيئة بناءً على تقرير لجنة فنية متخصصة تشكلها لهذا الغرض فضلاً عن إجباره على إعادة الحال إلى ما كان عليه وعلى نفقته وفي حال استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه لفوات القيمة التاريخية تشدد عقوبة الحبس إلى الحد الأقصى).

(12) تنص (م 22/أ) من القانون رقم (2) لسنة 2006م بشأن تنظيم صيد...، مرجع سابق على أنه (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين النافذة يعاقب كل من خالف أحكام هذا القانون بالسجن مدة لا تزيد على شهرين أو بغرامة لا تقل عن (10.000) عشرة آلاف ريال ولا تقل على نصف قيمة البضاعة ولا تزيد على قيمة البضاعة أو الغذاء أو الصنف المخالف لأحكام هذا القانون أيهما أكبر، مع إيقاف الرخصة لمدة لا تزيد على ستة أشهر وفي حالة التكرار تضاعف العقوبات المنصوص عليها في هذه المادة).

(13) تنص (م 2/69) من القانون رقم (33) لسنة 2002م المعدل بموجب القانون رقم (41) لسنة 2006م بشأن المياه على أن يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين كل من رفض الامتثال للقرارات والأوامر الصادرة إليه من الهيئة بالتوقف عن العمل في موقع المخالفة الذي يؤدي إلى تلوث المياه).

(14) تنص (م 22/أ) من القانون رقم (38) لسنة 1992م المعدل بموجب القانون رقم (13) لسنة 2002م بشأن الرقابة على الأغذية وتنظيم تداولها على أن: -أ- مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها القوانين النافذة يعاقب كل من خالف أحكام هذا القانون بالسجن مدة لا تزيد على شهرين أو بغرامة لا تقل عن (10.000) عشرة آلاف ريال ولا تقل على نصف قيمة البضاعة ولا تزيد على قيمة البضاعة أو الغذاء أو الصنف المخالف لأحكام هذا القانون أيهما أكبر، مع إيقاف الرخصة لمدة لا تزيد على ستة أشهر وفي حالة التكرار تضاعف العقوبات المنصوص عليها في هذه المادة).

2. التنفيذ عن طريق العقوبات التكميلية:

العقوبة التكميلية عقوبة تكمل العقوبة الأصلية وتتوقف على نطق القاضي بها ولا يجوز تنفيذها على المحكوم عليه إذا لم ينص عليها الحكم والعقوبات التكميلية هي الحرمان من كل أو بعض الحقوق كالاتمرار في مزاولة المهنة، واستعمال أو استغلال المحل، والوضع تحت المراقبة والمصادرة فضلاً عن العقوبات التكميلية التي ينص عليها القانون لجرائم معينة<sup>(19)</sup>.

فليس في كل الأحوال تكون الغاية من لجوء الإدارة إلى الدعوى الجزائية هو ردع وعقاب المخالف لأحكام القوانين أو القرارات واللوائح الصادرة عن طريق عقوبة الحبس أو الغرامة أو يحدى هاتين العقوبتين كما سلفا بيانها؛ وإنما - أيضاً - الإلزام بتنفيذ بالعقوبات التكميلية (كالغلق والهدم والإزالة) إلى جانب العقوبة الأصلية، تنفيذاً لحكم أو قرار قضائي بمجرد صيرورة الحكم القضائي الصادر بها نهائياً<sup>(20)</sup> كما أكد على ذلك كل من قانون الجرائم والعقوبات اليمني<sup>(21)</sup> والتشريعات الأخرى ذات الصلة بهذا الأخير كقانون المباني والجمارك ونحوهما<sup>(22)</sup>.

(15) تنص (م 104) من القانون رقم (25) لسنة 1990م، بشأن الصحافة والمطبوعات على أنه (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد في أي قانون آخر يعاقب كل من خالف هذا القانون بغرامة لا تزيد عن (10) ألف ريال أو بالحبس لمدة لا تزيد عن سنة واحدة).

(16) تنص (م 85) من القانون رقم (26) لسنة 1995م بشأن حماية البيئة على أنه (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في الشريعة الإسلامية والقوانين النافذة واللوائح التنفيذية لأحكام هذا القانون والقوانين الأخرى. فإن كل شخص طبيعي أو اعتباري قام أو تسبب بتصرف أي مادة ملوثة عمداً في المياه أو التربة أو الهواء في الجمهورية اليمنية فأحدث ضرراً بالبيئة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات مع الحكم بالتعويضات المادية المناسبة).

(17) عندما نصت (م 3/16) من القانون رقم (24) لسنة 1990م المعدل بالقانون رقم (35) لسنة 1997م والقانون رقم (3) لعام 2000م بشأن التمييز على أنه (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد لآية نتيجة جريمة ناشئة عن ارتكاب أي مخالفة لأحكام هذا القانون يعاقب كل من يرتكب إحدى المخالفات الواردة في البنود من (4) إلى (11) من (م 15) يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن ستين ألف ريال وإذا تكرر ارتكاب أي من المخالفات المشار إليها يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة أو بغرامه لا تقل عن مائة وعشرين ألف ريال ويسحب منه السجل التجاري ويحرم من مزاولة المهنة، ولا تحول هذه العقوبة دون المساءلة الجنائية إذا ترتب على ارتكاب المخالفة فعل جنائي).

(18) م 100 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني

(19) م (12/16) منه

(20) م (700/أ) من قرار النائب العام رقم (20) لسنة 1998م بإصدار التعليمات العامة للنباية العامة.

(21) م (100) من القانون رقم (12) لسنة 1994م المعدل بموجب القرار الجمهوري رقم (16) لسنة 1995م بشأن الجرائم والعقوبات

(22) م (699) من قرار النائب العام رقم (20) لسنة 1998م، مرجع سابق.

كذلك عقوبة سحب ترخيص توزيع الصحيفة أو المجلة من قبل الوزارة إذا صدر حكم قضائي بذلك.<sup>(23)</sup> أو إيقاف النشاط وسحب الترخيص في حالة مخالفة القانون أو اللوائح أو التعليمات الصادرة بموجبه بعد صدور حكم قضائي بات<sup>(24)</sup> وعقوبة الغلق<sup>(25)</sup>، ومنع مزاولة المهنة والمصادرة<sup>(26)</sup>، التي نظمها القانون رقم (25) لسنة 1990م بشأن الصحافة والمطبوعات إلى جانب العقوبة الأصلية المتمثلة في الغرامة التي لا تزيد عن (10) آلاف ريال أو بالحبس لمدة لا تزيد عن سنة واحدة<sup>(27)</sup>. أو كعقوبة سحب السجل التجاري التي نظمها القانون رقم (24) لسنة 1990م المعدل بالقانون رقم (35) لسنة 1997م والقانون رقم (3) لعام 2000م بشأن التموين<sup>(28)</sup>

أخيراً؛ يمكن أن تلجأ الجهة الدائنة في سبيل الحصول على أموالها العامة المرتبطة بجريمة معينة كما لو كانت جريمة تهرب ضريبي، بحيث تطلب مصلحة الضرائب من النيابة رفع الدعوى الجزائية أمام محكمة الضرائب الابتدائية ضد المكلف المتهرب، لتطبيق العقوبات القانونية المفروضة (كالغرامات) كما نضمها القانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل<sup>(29)</sup>

#### الثانية: التنفيذ عن طريق أوامر القاضي المستعجلة.

يتمثل التنفيذ عن طريق أوامر القاضي المستعجلة كما لو صدر حكم أو قرار قضائي مستعجل بغلق المنشأة المخالفة كتدبير احترازي وقائي<sup>(30)</sup>، بحيث تضاعف فترة إغلاق

(23) (م 1/113) من القرار الجمهوري رقم (49) لسنة 1993م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (25) لسنة 1990م بشأن الصحافة والمطبوعات.

(24) (م 8/82) من القرار الجمهوري رقم (140) لسنة 2007م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (13) لسنة 2005م بشأن الجامعات والمعاهد العليا والكلبات الأهلية.

(25) (م 105) منه. من القانون رقم (25) لسنة 1990م بشأن الصحافة والمطبوعات

(26) (م 106) من القانون رقم (25) لسنة 1990م بشأن الصحافة والمطبوعات (راجع) أيضاً (م 25) من القانون رقم (25) لسنة 1999م بشأن تنظيم تداول مبيدات الآفات النباتية، و(م 35) من القانون رقم (26) لسنة 2002م بشأن مزاولة المهن الطبية والصيدلانية.

(27) (م 104) منه.

(28) (م 12/16) منه

(29) (م 2/144) منه

(30) هذا ما نصت عليه (م 1/18) من القانون رقم (20) بشأن تنظيم الصناعة لسنة 2010م على أنه (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد في أي قانون آخر يتم الآتي: إغلاق المنشأة لمدة ثلاثين يوماً بموجب حكم من قاض الأمور المستعجلة عند انقضاء المهلة المحددة للمنشأة دون أن تقوم بتصحيح الاختلالات الناجمة عن مخالفة أحكام (م 16) من هذا القانون بعد أن تكون المنشأة قد تسلمت إخطاراً بذلك من الوزارة أو مكتبها في المحافظة التي تقع المنشأة في إطار اختصاصها الجغرافي يتضمن المهلة ونوع المخالفة).

المنشأة عند تكرار مخالفة أحكام (م 16) من قانون تنظيم الصناعة، وعند تكرار المخالفة لأكثر من ثلاث مرات تغلق المنشأة وتشطب من السجل الصناعي<sup>(31)</sup>.

أو عند الحصول على إذن من المحكمة المختصة في الظروف العادية بهدم البناء أو إزالته عند عدم التزام أو امتناع صاحب المبنى مباشرة إجراءات الهدم خلال المدة المحددة في الترخيص<sup>(32)</sup> أو انتهت المدة دون مباشرة تنفيذ أعمال الهدم يقوم المكتب المختص بعد الحصول على إذن المحكمة المختصة بهدم المبنى وعلى نفقة صاحبه.

أو عند الحصول على إذن من المحكمة المختصة في الظروف غير العادية، كما هو عليه الحال عند حصول تصدع أو انهيار مفاجئ في المبنى أو أحد أجزائه من شأنه أن يعرض سلامة شاغليه أو الغير للخطر<sup>(33)</sup>.

أخيراً؛ يمكن للجهة الإدارية استعمال الحجز بأمر قضائي في سبيل اقتضاء حقوقها<sup>(34)</sup>. وأحياناً أخرى لا يجوز استهزام القرار الإداري بالحجز على السلعة أو الخدمة لأكثر من أسبوعين إلا بأمر من النيابة أو المحكمة المختصة<sup>(35)</sup>.

### المطلب الثاني: التنفيذ عن طريق النيابة العامة

لقد تباين موقف المشرع<sup>(36)</sup> اليمني – أيضاً – بشأن حق الإدارة في اللجوء إلى النيابة العامة بسبب عدم تنفيذ قراراتها الإدارية، تبعاً لنوع العقاب والمخالفة المرتكبة. فليس في كل الأحوال التي بسببها هو بسبب عدم تنفيذ القرارات الإدارية؛ تلجأ الإدارة إلى النيابة العامة لأجل تحريك الدعوى الجزائية، وإنزال العقوبة على المخالف وإلزامه بالتنفيذ.

(31) هذا ما نصت عليه (م 18/أ) من القانون رقم (20) بشأن تنظيم الصناعة لسنة 2010م على أنه (مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد في أي قانون آخر يتم الآتي: إغلاق المنشأة لمدة ثلاثين يوماً بموجب حكم من قاض الأمور المستعجلة عند انقضاء المهلة المحددة للمنشأة دون أن تقوم بتصحيح الاختلالات الناجمة عن مخالفة أحكام (م 16) من هذا القانون بعد أن تكون المنشأة قد تسلمت إخطاراً بذلك من الوزارة أو مكتبها في المحافظة التي تقع المنشأة في إطار اختصاصها الجغرافي يتضمن المهلة ونوع المخالفة).

(32) الترخيص بهدم المبنى يكون بناء على القرارات التي تصدر عن اللجان الفنية التي يشكلها الوزير المختص وتكون نهائية أو تصح ذلك نتيجة انقضاء مدة الطعن في هذه القرارات دون أن يتم الطعن فيها أو موافقة لجنة التظلمات على القرار.

(33) (م 51) من القانون رقم (19) لسنة 2002م بشأن البناء.

(34) تنص (م 20) من القانون رقم (35) لسنة 1991م من والمعدل بموجب القانون رقم (7) لسنة 1997م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة.

(35) (م 32/ب) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (272) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (46) لسنة 2008م بشأن حماية المستهلك

(36) كذلك التي بين القوانين ذات الصلة بتحصيل الأموال العامة، والجمارك وضرائب الدخل، وبين القوانين الأخرى النافذة ذات الصلة بهذه الأخيرة، كقانون المخالفات العامة رقم (17) لسنة 1994م، ولائحته التنفيذية، أو قانون الإجراءات الجزائية، بشأن تنفيذ بعض الجزاءات المالية كالغرامة الجنائية.

وإنما يمكن للإدارة إحالة المخالفة مع كافة الإجراءات التي اتخذت بشأنها إلى النيابة المختصة للنظر فيها على وجه الاستعجال، والحصول على قرار استعجالي منها. أو الحصول من أعضاء النيابة العامة الذين يحدددهم النائب العام إصدار على الأوامر الجزائية في المخالفات التي يحددها كل في دائرة اختصاصه وفي كل الأحوال فقد اشترط المشرع اليمني في قانون المخالفات العامة رقم (17) لسنة 1994م<sup>(37)</sup> شرطين لأجل قيام الإدارة بإحالة المخالفة للنسبة العامة؛ الشرط الأول: لا تكون الجهة الإدارية مخولة قانوناً بتنفيذ القرار أو الجزاء الإداري والشرط الثاني: أن تكون المخالفة المرتكبة معاقب عليها قانوناً أي أن يوجد نص قانوني أولاً يجرم عدم تنفيذ الجزاءات الإدارية العامة خصوصاً والقرارات الإدارية عموماً ويرتب على ذلك عقوبة جنائية.

#### الفرع الأول: التنفيذ عن طريق الأوامر الجزائية.

فضلاً عن استعانة الجهة الإدارية بالنسبة العامة لتحريك الدعوى الجزائية لتنفيذ قراراتها الإدارية مباشرة في أحوال المخالفات التي لا يجوز للنسبة العامة إصدار الأمر الجزائي، يجوز للإدارة - أيضاً - الاستعانة بالنسبة العامة في أحوال المخالفات التي يجوز للنسبة العامة إصدار الأوامر الجزائية التي يحددها (المخالفات) كل في دائرة اختصاصه<sup>(38)</sup> والتي يتولى إصدار تلك الأوامر أعضاء النيابة العامة الذين يحدددهم النائب العام في المخالفات التي يحددها كل في دائرة اختصاصه، وهم وكلاء النائب العام بالمحكمة التي من اختصاصها نظر الدعوى دون غيرهم من المساعدين<sup>(39)</sup>، والذي على وكيل النيابة المختص أن يصدر الأمر الجزائي مكتوباً وفق صيغة معينة<sup>(40)</sup>. في نهاية محضر جمع الاستدلالات بعد قيد القضية وإعطائها الوصف القانوني<sup>(41)</sup>. والعقوبات التي يمكن توقيعها

(37) (م 24/ب) من القرار الجمهوري رقم (41) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم (17) لسنة 1994م الصادر بتاريخ 22 فبراير 2010م.

(38) (م 25) من القرار الجمهوري رقم (41) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم (17) لسنة 1994م الصادر بتاريخ 22 فبراير 2010م.

(39) (م 552) من قرار النائب العام رقم (20) لسنة 1998م، مرجع سابق.

(40) على النحو التالي: (أمر بتغريم المتهم [فلان ويذكر اسمه عند تعددهم] مبلغ ريالاً (والمصادرة أو رد الشيء إلى أصله أن كان لأي منهما محل). ويجب إيضاح اسم الأمر وصفته في إصدار الأمر والتوقيع عليه بإمضاء مقروء وبعد ذلك يحرر الأمر على النموذج المعد لذلك من أصل وصوره ويبقى الأصل دائماً ضمن أوراق القضية ويلاحظ أن العقوبات تتعدد تباعاً لتعدد المخالفات لأنها مخالقات نظام وليست جرائم تنقيد (بما نص عليه في (م 115) من قانون الجرائم والعقوبات الشرعية من تنفيذ عقوبة الجريمة الأشد وحدها) وهذا الأمر بين في (م 116) من قانون الجرائم والعقوبات التي أوجبت تنفيذ الغرامات جميعها عند تعددها (راجع) (م 553) من قرار النائب العام رقم (20) لسنة 1998م، مرجع سابق.

(41) (م 553) من قرار النائب العام رقم (20) لسنة 1998م، مرجع سابق.

بناءً على ذلك هي الغرامة التي لا تتجاوز نصف الحد الأدنى المقرر للمخالفة والمصادرة ورد الشيء إلى أصله<sup>(42)</sup>

على أنه لا يجوز إعلان الأمر الجزائري للمخالف إلا بعد موافقة النائب العام أو من يعينه من رؤساء النيابة العامة على النموذج الذي يقرره وزير العدل<sup>(43)</sup>.

طبعاً يراعى في هذه الحالة أحوال المخالفات التي لا يجوز للنيابة العامة إصدار الأمر الجزائري، وبالتالي تتبع في رفع الدعوى أمام المحكمة الإجراءات المنصوص عليها بقانون الإجراءات الجزائية مع ضرورة مراعاة ما تنص عليه القوانين الأخرى من قيود وإجراءات خاصة<sup>(44)</sup>.

كما يراعى - أيضاً - إذا حضر المعارض الجلسة المحددة واعررض المخالف على الأمر الجزائري خلال سبعة أيام من تاريخ إعلانه أو العلم به بتقرير يودع بقلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة وتحدد جلسة لنظر الاعتراض يخطر بها المعارض في الحال، سارت المحكمة في نظر الدعوى بالإجراءات المعتادة ويجوز للمحكمة تشديد الجزاء كما يجوز لها أن توقع عليه غرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف ريال إذا لم يكن اعتراضه صحيحاً ويكون الأمر الذي يصدر في حقه في هذه الحالة نهائياً، أما إذا لم يحضر المعارض الجلسة المحددة اعتبر متنازلاً عن اعتراضه وأصبح الأمر واجب التنفيذ<sup>(45)</sup>.

#### الفرع الثاني: التنفيذ عن طريق الأوامر الاستعجالية.

قد يجيز المشرع للإدارة المختصة عند ثبوت مخالفة أي من أحكام القانون أو هذه اللائحة إشعار المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً أو خلال فترة زمنية تحدد من قبل الإدارة المختصة وفقاً لطبيعة كل سلعة أو إحالة المخالفة مع كافة الإجراءات التي اتخذت بشأنها إلى النيابة المختصة للنظر فيها على وجه الاستعجال<sup>(46)</sup>.

من أهم صور الأوامر الاستعجالية المقررة للنيابة العامة - أيضاً - تلك الأوامر التي تكون بناءً على طلب الجهة الإدارية المختصة، غلق المنشأة لمدة ثلاثين يوماً بموجب أمر مستعجل من النيابة المختصة في الأحوال التي ينص عليها القانون<sup>(47)</sup>.

(42) م (25) من القرار الجمهوري رقم (41) لسنة 2010م، مرجع سابق.

(43) م (27/ب) من القرار الجمهوري رقم (41) لسنة 2010م، مرجع سابق.

(44) م (29) من القرار الجمهوري رقم (41) لسنة 2010م، مرجع سابق.

(45) م (28) من القرار الجمهوري رقم (41) لسنة 2010م، مرجع سابق.

(46) عندما نصت م (1/32) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (272) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (46) لسنة 2008م بشأن حماية المستهلك على أن (على الإدارة المختصة عند ثبوت مخالفة أي من أحكام القانون أو هذه اللائحة إشعار المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً أو خلال فترة زمنية تحدد من قبل الإدارة المختصة وفقاً لطبيعة كل سلعة أو إحالة المخالفة مع كافة الإجراءات التي اتخذت بشأنها إلى النيابة المختصة للنظر فيها على وجه الاستعجال).

(47) عندما نصت م (18/ب) من القانون رقم (20) بشأن تنظيم الصناعة لسنة 2010م على أن (تغلق المنشأة لمدة ثلاثين يوماً بموجب أمر مستعجل من النيابة المختصة عند ضبط مواد خام أو منتجات صناعية مخالفة لدى المنشأة

كما لا ننسى الحالات التي بنتها القوانين الأخرى النافذة التي تملك فيها الجهة الإدارية سلطة إغلاق المحل نهائياً أو بصورة مؤقتة، وسحب الترخيص أو الحرمان من مزاوله المهنة أو النشاط بصفة دائمة أو مؤقتة؛ نتيجة ارتكاب المخالفات وعدم الالتزام بالقوانين واللوائح والنظم الأخرى، أو تكرار المخالفة وعدم تصحيحها أو إزالتها، مع إحالة المخالف للنيابة العامة من قبل الجهة الإدارية المختصة<sup>(48)</sup>، كما ينطبق ذلك إيقاف العمل أو النشاط من قبل الوزير أو الجهة الإدارية المختصة إذا كان يترتب على المخالفة وقوع أي ضرر يتعلق بالنظام العام<sup>(49)</sup>

### الفرع الثالث: تنفيذ عقوبة الحجز الإداري بناء على طلب حجز أصولي من النيابة

لوزير المالية أو من يفوضه في ذلك أن يحدد الجهات المختصة بالتحصيل لمتابعة المكلفين أو المدينين الذين لم يسددوا ما عليهم طواعية بشرط أن يكون الدين ثابتاً<sup>(50)</sup> إذا امتنع المكلف أو المدين عن دفع ما استحق عليه قانوناً فتتخذ بحقه وفقاً للقانون الإجراءات المتتالية الآتية<sup>(51)</sup>: إجراء التبليغ أو الإنذار النهائي، بحيث يبلغ المكلف أو المدين المتخلف عن الدفع إنذاراً شخصياً بطريق التبليغ الإداري بوجود تسديد ما هو مترتب عليه خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه للإنذار<sup>(52)</sup>، بعد انقضاء فترة الإنذار المشار إليها ولم يقم المكلف أو المدين بإداء ما هو مترتب عليه من الأموال العامة أو تسديد ما عليه من ديون ثابتة في ذمته، يكون على جهة التحصيل رفع طلب إلى النيابة العامة لاستصدار قرار بالحجز<sup>(53)</sup> على أموال المكلف أو المدين<sup>(54)</sup>.

تشكل خطراً على الأمن أو الصحة العامة أو البيئة، ويقوم الموظفون المكلفون من الوزارة أو مكاتبها في أمانة العاصمة والمحافظات بالرقابة على المنشأة بتحرير محضر ضبط يدون فيه نوع المخالفة وترخيصها وضبطها ومكان وقوعها ورفع المحضر فور الانتهاء منه إلى الوزير أو المحافظ لإحالة المحضر إلى النيابة العامة المختصة (48) (راجع) (م 113) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (111) لسنة 2001م بشأن لائحة الاشتراطات الصحية لمحلات تجهيز وبيع المواد الغذائية وما في حكمها، و(م. 34) من قانون تنظيم أعمال البناء. (49) (راجع) أحكام (م 32/ب) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (272) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون بشأن حماية المستهلك، مرجع سابق، (م 40/أ) من القانون رقم (20) لسنة 1998م بشأن البذور والمخصبات الزراعية، و(م 7/141) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (351) لسنة 2008م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون البناء رقم (19) لسنة 2002م. (50) (م 11) من قرار وزير المالية رقم (49) لسنة 1993م بشأن لائحة تحصيل الأموال. (51) (م 8) من القانون رقم (13) لسنة 1990م بشأن تحصيل الأموال العامة. (52) (م 9) من القانون رقم (13) لسنة 1990م بشأن تحصيل الأموال العامة. (53) يعتبر الحجز التنفيذي وفقاً لقانون تحصيل الأموال العامة حجز إداري لا حجز قضائي، بخلاف المعمول به في قانون المرافعات أو قانون ضرائب الدخل (54) (م 18) من قرار وزير المالية رقم (49) لسنة 1993م بشأن لائحة تحصيل الأموال العامة

إذا لم يبادر المكلف أو المدين إلى تسديد ما بذمته خلال (30) يوماً من تاريخ تطبيق الحجز على أمواله تباشر الجهة المختصة قانوناً بالتحصيل إجراءات بيع أمواله عن طريق المزاد العلني بعد الحصول على حكم قضائي له صفة الاستعجال<sup>(55)</sup>.

وفي أحوال أخرى كما يجوز عند الاقتضاء بقرار من النيابة العامة بناءً على اقتراح مدير الجهة الإدارية حجز ما يكفي من أموال المخالفين والمسؤولين عن التهريب ضماناً للرسوم والغرامات والمصادرات والتعويضات وفق القانون على أن تقام الدعوى بأصل الحق أمام المحكمة المختصة خلال شهر يبدأ من تاريخ إيقاع الحجز<sup>(56)</sup>. على أن تنظر المحكمة القضية بصورة مستعجلة ويكون الحكم صادراً بالنفاذ المعجل بقوة القانون ولو لم يتضمن الحكم ذلك<sup>(57)</sup>.

كما يجوز أن تنفذ الغرامة بالطريق الإداري فإذا لم تدفع خلال أسبوع من تاريخ المطالبة بها استبدل بها الإكراه البدني - الذي تقوم به النيابة العامة - أو تشغيل المخالف في المرافق العامة وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية<sup>(58)</sup>.

**الفرع الرابع: التنفيذ عن طريق استعانة الإدارة بالنيابة أو التنسيق معها.**

قد تكون الإدارة في هذه الحالة أو الصورة مخولة قانوناً بالتنفيذ المباشر الجبري للقرارات أو الجزاءات الإدارية، إلا أنه ينقصه القوة المادية لأجل القيام بذلك، حينها، تستعين الإدارة بالنيابة العامة في تنفيذ تلك القرارات جبرياً، وذلك عقب استنفاد الطرق الإدارية من إخطار أو تبليغ بأمر التنفيذ، ونحوها وأمثلة ذلك كثيرة كما أتى بها المشرع اليمني؛ كما لو استعانت الجهة الإدارية أو الوزارة بالنيابة العامة - وسلطات الضبط المختصة - لتنفيذ إجراء أو أمر الإغلاق الإداري<sup>(59)</sup>. أو عند استعانتها بالنيابة العامة عند تنفيذ أمر رئيس مجلس الوزراء بشأن إلغاء عقود إيجار الأراضي والعقارات التي يكون إخلائها ضرورياً للاستغلال أو لإقامة منشآت ذات نفع عام عليها<sup>(60)</sup>. كما قد تقوم الجهة الإدارية (الهيئة العامة للمحافظة على المدن التاريخية) بتنفيذ قرار الإزالة على نفقة المخالف في حالة امتناعه عن إزالة المخالفة بالتنسيق مع النيابة العامة<sup>(61)</sup>.

(55) (م 15) من القانون رقم (13) لسنة 1990م بشأن تحصيل الأموال العامة.

(56) (م 9) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (244) لسنة 2010م بشأن لائحة مخالفات تسويق المواد البترولية ومكافحة تهريبها.

(57) (م 10) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (244) لسنة 2010م، بشأن لائحة مخالفات... مرجع سابق.

(58) (م 6) من القانون رقم (17) لسنة 1994م بشأن المخالفات العامة، (م 15) من القرار الجمهوري رقم (41) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات، مرجع سابق

(59) (م 57) من القانون رقم (13) لسنة 2010م بشأن التعليم العالي.

(م 113) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (111) لسنة 2001م، بشأن لائحة الاشتراطات الصحية...، مرجع سابق.

(60) (راجع) أحكام المواد من (140) إلى (146) من القرار الجمهوري رقم (170) لسنة 1996م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون أراضي وعقارات الدولة رقم (21) لسنة 1995م.

(61) (م 8) من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (204) لسنة 2001م بشأن لائحة ضوابط البناء في المدن التاريخية.

المطلب الثالث: التنفيذ عن طريق القاضي المهدي<sup>(62)</sup>

إن مسألة لجوء الإدارة في فرنسا إلى القاضي المدني لم تكن محل اتفاق على المستويين القضائي والفقهية، بحيث انتهت الجدال حول ذلك بأن استقر الاجتهاد القضائي العادي والإداري - في فرنسا - بالإضافة إلى تأييد الفقه له<sup>(63)</sup>، بأن الطريق القضائي الوحيد هو اللجوء إلى الدعوى الجزائية فقط لغرض احترام قراراتها الإدارية، فإذا لم تلجأ الإدارة للقضاء الجنائي أو إذا لم ينص القانون عليها كطريق لتنفيذ القرارات الإدارية يبقى أمام الإدارة التنفيذ الجبري<sup>(64)</sup>، ولكن هنالك حالات ترد على سبيل الاستثناء يجوز للإدارة فيها اللجوء إلى المحاكم العادية بدعوى مدنية<sup>(65)</sup>، منها وجود نص يلزم الإدارة بإقامة الدعوى المدنية أو عدم السماح لها بأن تلجأ إلى التنفيذ المباشر الجبري أو الطلب من القضاء العادي برفع تجاوز الأفراد على الأموال العامة<sup>(66)</sup> أو قررا الطرد من احتلال أملاك وطنية بدون سند، وفي مجال عقود الإدارة العامة، أو إذا استحال قانونا استخدام امتياز التنفيذ المباشر، في حالة النص القانوني الصريح<sup>(67)</sup>:

(62) ترفع الدعوى هنا أمام القاضي الإداري وبهذا لا يعني أنه عندما تسلك الإدارة الطريق المهدي أنه يجب أن ترفع أمام القاضي المدني بل أمام القضاء الإداري، وتعتبر مع ذلك دعوى مدنية لأن الإدارة سلكت الطريق المهدي ولم تلجأ للقاضي الجزائي، والعلة في ذلك أن القاضي المهدي لا يختص بالمنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها ومحل الدعوى يتعلق بتنفيذ القرارات الإدارية الصادرة عنها، باستثناء المنازعات التي يكون طرفها أشخاص خاصة لا عامة. كما لو أصدرت جهة الإدارة قرار يقضي بإلزام شخص معين بالخروج من السكن الوظيفي ورفض المعني بالأمر بالامتثال للقرار الإداري، فهذا الرفض يخول للإدارة حق اللجوء للقاضي الإداري بغرض استصدار حكم الإخلاء. ترفع الدعوى هنا أمام القاضي الإداري وتعتبر مع ذلك دعوى مدنية لأن الإدارة سلكت الطريق المهدي ولم تلجأ للقاضي الجزائي. (راجع) تنفيذ القرار الإداري. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.startimes.com/f.aspx?t=28051747>

(63) أيد الفقه هذا القضاء على أساس القاعدة المقررة في فرنسا، والتي تقضي بعدم اختصاص المحاكم القضائية بأعمال الإدارة بصفة عامة، أيضاً تأسيساً على مبدأ توزيع الاختصاص القضائي بين جهتي القضاء في نظام يقوم على الإزدواجية القضائية. (راجع) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة عين شمس، 1989، ص 664 (64) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري مرجع سابق، ص 667 وما بعدها. (65) تنفيذ القرار الإداري. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://fadaok.ahlamontada.com/t88-topic>

(66) ففي فرنسا نجد القضاء الإداري هناك يملك ولاية توقيع العقوبات بحق المخالف للقوانين التي تحمي المال العام في حالة التجاوز عليه أو إحداث أضرار به (راجع) ذكرى عباس علي الدايني، وسائل الإدارة لإزالة التجاوز على الأموال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون في جامعة بغداد، 2005م، ص 67، د. ماهر صالح علاوي القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، 1991، ص 223

(67) د. علي خاطر الشنطوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 671، نقلاً عن مزاولي سعيدة، كريش مليكة، تنفيذ القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة الدكتور يحيى فارس بالهدية، كلية الحقوق، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الليسانس، 2012/2013م، ص 673.

أما في مصر؛ فإن الاتجاه السائد فقها وقضاً هو إمكانية لجوء الإدارة العامة إلى القضاء العادي لاستصدار حكم منه بغرض إلزام الأفراد بتنفيذ قراراتها.

على الرغم من امتلاك الإدارة لوسيلة التنفيذ المباشر الجبري، واللجوء الدعوى العمومية<sup>(68)</sup> لا تمنعها من اللجوء إلى وسائل القانون الخاص إذا ارتأت أن هذه الوسائل هي الأفضل في تحقيق مقتضيات سير المرافق العامة، وبالتالي فإن حق الإدارة في التنفيذ المباشر في بعض الحالات هو ميزة لا تمنعها من حق اللجوء للطريق الأصيل وهو طريق القضاء المدني، وإن كان المشرع في حالات معينة يجرم امتناع الأفراد عن تنفيذ القرارات الإدارية، فإن ذلك لا علاقة له بالدعوى المدنية حيث تستهدف الأولى العقاب أما الثانية فهدفها تنفيذ القرار الإداري<sup>(69)</sup>.

وقضت المحكمة الإدارية العليا إلى تأكيد هذا الأمر بقضائها الذي ذهب فيه إلى أنه "... من المقرر أن التنفيذ المباشر رخصة للإدارة، ومن ثم فإن الإدارة تترخص في إجرائه بحسب مقتضيات المصلحة العامة، فيصح لها بدلا من إجراء هذا التنفيذ المباشر أن تركز إلى القضاء وتسلك طريق حجز ما للمدين لدى الغير بحسب قواعد قانون المرافعات، ولا شذوذ في ذلك ولا خروج على مقتضيات القانون والمصلحة العامة، ذلك أن التنفيذ المباشر ليس الأصل في معاملة الإدارة للأفراد وإنما الأصل أن تلجأ الإدارة – شأنها شأن الأفراد- إلى القضاء لاستيفاء حقوقها. " ووفقا لهذا الحكم يكون بوسع الإدارة وهي بصدد تنفيذ قراراتها ذات الطبيعة المالية أن تتبع أسلوب حجز ما للمدين لدى الغير استنادا إلى نص المادة (253) من قانون المرافعات والتي تشترط لصحة هذا الإجراء أن يكون الدين محقق الوجود حال الأداء<sup>(70)</sup>.

فتستطيع الإدارة أن تلجأ إلى القضاء المدني وذلك للحصول على أحكام تلزم الأفراد باحترام القرارات الإدارية المخاطبين بها وتنفيذها، لأنه لا يوجد مانع قانوني يحول دون ذلك، بل إن هناك مميزات تؤيد هذا الرأي<sup>(71)</sup>

(68) إذا كانت الدعوى العمومية هي الوسيلة القضائية العامة التي يمكن للإدارة اللجوء إليها لتنفيذ قراراتها الإدارية شريطة أن تنص القوانين على عقوبات جنائية توقع بحق الأفراد الراضين أو المخالفين لتنفيذ القرارات الإدارية بطبيعة الحال، فإن الإدارة بإمكانها الحق في التداوي واللجوء للقضاء المختص برفع دعوى تلزم الأفراد بالامتثال لقرارها (راجع) د.عبدفتاح الشرقاوي، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2014م، ص221.

(69) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط1، 1957، ص467.

(70) التنفيذ الجبري للقرار الإداري. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://contadmin.forumaroc.net/t88-topic>

(71) أهمها الآتي: 1- إن طريق الدعوى المدنية أدى إلى احترام الحقوق والحريات الفردية لأنه يعطي الإدارة الحق في اللجوء إلى القضاء بشأن تنفيذ قراراتها الإدارية مثلها مثل الأفراد العاديين تماماً. 2- يعد هذا الطريق من أسلم الطرق للإدارة لأنه يجنبها كل مسؤولية في تنفيذ قراراتها، فالتنفيذ المباشر هو امتياز للإدارة تقوم به على مسؤوليتها وإذا لجات

وفي اليمن نظرا للولاية العامة للمحاكم العادية فيه بالنظر في مختلف المنازعات<sup>(72)</sup> بسبب الأخذ النظام القضائي الواحد المأخوذ به في اليمن، فالاختصاص منعقد نوعياً للمحاكم الابتدائية بالنظر في مختلف الدعاوى سواءً كانت إدارية أو جنائية أو تجارية أو مدنية أو أحوال شخصية أو غيرها من القضايا، وبالتالي يمكن للإدارة أن تلجأ إلى المحاكم الابتدائية لطلب تنفيذ قراراتها عموماً، وتنفيذ الجزاءات الصادرة عنها في مواجهة الأفراد المخالفين خصوصاً .

فما سبق يؤكد لنا بأن قاضي الاختصاص بالنسبة للمنازعات التي تنشئ خصوصاً بين الإدارة والأفراد من أجل تنفيذ قراراتها التي صدرت في مواجهتهم؛ هو القاضي الفرد التي تتكون منه المحكمة الابتدائية أو أحد قضاتها الثلاثة إلا ما أستثنى بقانون<sup>(73)</sup>. "مع مراعاة التخصص النوعي والمكاني"<sup>(74)</sup>.

نخلص مما سبق إلى إمكانية لجوء الإدارة العامة - في اليمن - إلى القضاء العادي لاستصدار حكم منه بغرض إلزام الأفراد بتنفيذ قراراتها. وذلك على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: التنفيذ عن طريق الإلزام بحكم قضائي.

يُعد لجوء الإدارة للقضاء هنا هو الطريق الآخر (الاختياري) البديل عن اتباع أسلوب الملاحقة الإدارية بموجب قرارات التحصيل، أو بموجب قرار التغريم لتحصيل أموالها العامة، حيث يمكن للإدارة؛ كمصلحة الجمارك اللجوء إلى الإجراءات المدنية والمتمثلة في رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة بالنظر والبس في الدعاوى والطلبات الجمركية، بناءً على طلب خطي من رئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك<sup>(75)</sup>؛ يكون موضوعها (تحصيل الرسوم الجمركية والرسوم والضرائب والتكاليف الأخرى التي تستوفيها وغراماتها والمصادرات المتعلقة بها)<sup>(76)</sup>.

إليه في غير حالته أو تجاوزت الشروط المقررة لاستعماله فقد يكون سبباً في الحكم عليها بالتعويض 3- تكون العقوبات الجنائية على درجة كبيرة من التفاهة مما يشجع الأفراد على عدم احترام القرارات الإدارية، وعندئذ يكون من الأصلح أن تمنح الإدارة الحق في اللجوء للقضاء المدني للحصول على حكم يلزم الأفراد باحترام القرارات وإجبارهم على ذلك من خلال تنفيذ حكم القضاء. (راجع). د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، 1957، ص466، 467. (راجع) د. محمد فؤاد عبدالباسط، الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الأول (القرار الإداري)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص 723.

(72) (راجع) أحكام م (1/89/مرافعات يمني)، (9 م، 47) من القانون رقم (1) لسنة 1991م بشأن السلطة القضائية وتعديلاته.

(73) م (2/89/مرافعات يمني).

(74) م (92، م 183/مرافعات يمني)، (م 2) من قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (177) لعام 2010م بشأن إنشاء محكمتين إداريتين مختصتين، (م 2) من القانون رقم (32) لسنة 2001م بشأن محاكم الأموال العامة، كما لا ننسى المحكمة المختصة بالمنازعات الجمركية، ومحكمة الضرائب المختصة بالمنازعات الضريبية.

(75) م (206) من القانون رقم (14) لسنة 1990م المعدل بالقانون رقم (12) لسنة 2010م بشأن الجمارك.

(76) م (5/4/3/1/221) من القانون رقم (14) لسنة 1990م المعدل.... بشأن الجمارك

كما يجوز في الأحوال الأخرى اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى أمامه قد يكون موضوعها الامتناع عن تنفيذ قرار إداري بالاستهلاك الإداري والإلزام بتنفيذه عن طريق القضاء أو الاستهلاك القضائي<sup>(77)</sup>.

#### الفرع الثاني: التنفيذ عن طريق الحجز التنفيذي والبيع.

الحقيقة أن لجوء الإدارة إلى تنفيذ القرارات الإدارية عن طريق الدعوى المدنية ليس هو الوسيلة الوحيدة لتنفيذ تلك القرارات ورفع دعوى مباشرة أمام القضاء بعدم التنفيذ، حيث أنه بالإمكان، اللجوء إلى قاضي التنفيذ المدني، كما لو تم استنفاد الطرق الإدارية، أو أن أصبحت تلك القرارات نهائية تحوز قوة الأمر المقضي به، أو أن تلك القرارات أصبح تنفيذها واجب ومستحق الأداء كما لو كان محتواها دين ومستحقات وأموال عامة عائدة للدولة نتيجة ديون على المكلفين أو المدينين، أو أن تكون تلك المنازعات قد صدرت فيها أحكام نهائية لصالح الجهة الدائنة.

فبعد استنفاد مقدمات التنفيذ بالطريق المقررة في قانون المرافعات أو الطرق الإدارية (تبليغ، أو إخطار أو إنذار) المقررة وفقا للقوانين الأخرى ذات الصلة، قصد التحصيل الجبري للديون المستحقة للدولة، وإجبار المدينين على تنفيذ قرارات التحصيل والتغريم التي تصبح نهائية وفقا للقواعد العامة؛ فإنه يمكن بالتالي تنفيذ تلك القرارات بنفس الآلية التي تنفذ بها الأحكام الصادرة في القضايا الجبركية بعد اكتسابها الدرجة القطعية<sup>(78)</sup> بجميع وسائل التنفيذ القانونية<sup>(79)</sup> على أموال المكلفين المنقولة وغير المنقولة وفقاً للأصول القانونية النافذة.

كذلك بالنسبة لتحصيل الديون التي تكون مستحقة وواجبة الأداء، كالدين الضريبي، والغرامات والجزاءات<sup>(80)</sup> كما لو كانت دين ضريبي؛ لا يختلف كثيراً عن تحصيل الدين الجبركي حيث تُحصل الضريبة المستحقة من واقع ربط الضريبة النهائي في موعد لا يتجاوز عشرين يوماً من تاريخ تبليغ المكلف بالسداد<sup>(81)</sup>. أو عند انتهاء الموعد القانوني للاعتراض أو الطعن أو الحكم النهائي<sup>(82)</sup>.

(77) ومن صور ذلك في التشريع اليمني؛ مجال الاستهلاك القضائي للعقارات في حالة عدم الاتفاق بين الطرفين إما إدارياً أو رضائياً، حيث تفصل المحكمة المختصة في طلب الاستهلاك على وجه الاستعجال متحرية العدل والحق إن لم تتمكن من الوفاق بين الطرفين. (راجع أحكام المواد (3، 9، 26) من القانون رقم (1) لسنة 1995م بشأن الاستهلاك للمنفعة العامة.

(78) (م 203، م 205) من القانون رقم (14) لسنة 1990م المعدل.... بشأن الجمارك، مرجع سابق.

(79) ويقصد بالوسائل القانونية جميع وسائل التنفيذ المنصوص عليها في قانون المرافعات والتنفيذ المدني أو في قانون الإجراءات الجزائية أو القوانين الأخرى ذات الصلة أو غيرها سواء على شخص المدين أو على أمواله.

(80) (م 144/ب/2) من القانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل

(81) (م 149/أ) من القانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل

(82) (م 201/أ) من قرار وزير المالية رقم (508) لسنة 2010 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل.

وللبداء في السير في إجراءات الحجز التنفيذي، متى ما أصبح الدين الضريبي واجب الأداء، وتخلّف المكلّف عن التسديد بعد انتهاء فترة الإنذار (النهائي) بالدفع<sup>(83)</sup>، فللمحكمة بناءً على طلب من رئيس المصلحة أو من يفوضه، أن تصدر أمراً بالحجز التنفيذي على أموال المكلّف المدين بما يساوي المبالغ والضرائب المستحقة عليه، ويشمل الحجز ما يكون للمحجوز عليه من أموال لدى الغير من النقود أو الأوراق المالية أو غيره سواءً كانت مستحقة في الحال أو في المستقبل<sup>(84)</sup>.

أخيراً قد يصل الأمر إلى التنفيذ على شخص المدين، عند الاستعانة بالحبس لتحصيل المبالغ المحكوم بها للدولة في الجرائم أو المنازعات الجبركية؛ حيث يجوز لمصلحة الجمارك اللجوء إلى الطرق الإدارية لتحصيل المبالغ المحكوم بها للدولة كالاستعانة بالحبس<sup>(85)</sup>

وفي الأخير لا ننسى أن القرارات الإدارية التي يطعن في عدم مشروعيتها أمام قضاء الإلغاء، والذي قد ينهي الحكم في موضوع الدعوى برفض الطعن موضوعاً، وبالتالي الإلزام بتنفيذ القرارات الإدارية من قبل الإدارة لا من قبل الأفراد.

كما لو أصدرت جهة الإدارة قرار يقضي بالإلزام بالإخلاء للهدم الكلي أو الجزئي أو الترميم أو الصيانة عند نظرها في طلب إخلاء المباني والمنشآت التي يخشى سقوطها، أو سقوط جزء منها مما يعرض الأرواح والأموال للخطر، وكذلك المنشآت التي تحتاج ضرورة غلى ترميم أو صيانة لتأمين سلامتها<sup>(86)</sup>، وتم الطعن فيه من قبل ذوي الشأن وفصلت المحكمة فيه على وجه السرعة برفض الطعن (أي الحكم بشروعيتها)<sup>(87)</sup>.

#### الخاتمة:

أن من حالات التنفيذ عن طرق القضاء للقرارات أو الجزاءات أو اللوائح الإدارية التي لم تنفذ طوعاً من قبل المخاطبين بها خلال المهلة المحددة قانوناً وفقاً لما قرره المشرع اليمني؛ حالتين؛ الأولى: إذا لم تكن مخولة قانوناً بالتنفيذ أي بتنفيذ القرارات أو الجزاءات الإدارية، الثانية: تتمثل فيما إذا كانت المخالفة المرتكبة معاقب عليها قانوناً أي أن هناك جزاء (جنائي) مقرر بالقانون على عدم تنفيذ القرار أو الجزاء الإداري. كما لو تم إحالة المخالف للنيابة العامة.

(83) م (201) من قرار وزير المالية رقم (508) لسنة 2010 بشأن اللائحة التنفيذية لقانون بشأن ضرائب الدخل، مرجع سابق.

(84) م (154) من القانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل

(85) م (236) من القانون رقم (14) لسنة 1990م المعدل .... بشأن الجمارك، مرجع سابق.

(86) م (93) من القانون رقم (22) لسنة 2006م بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

(87) م (96) من القانون رقم (22) لسنة 2006م بشأن تنظيم العلاقة ....، مرجع سابق.

كما أكدت هذه الدراسة أن الدعوى الجزائية هي الطريق الأصيل لإنزال عقوبات الحبس أو الغرامة أو أي منهما على كل من أمتنع أو خالف أحكام القرارات الإدارية، إلا أنها ليست الطريق الوحيد للإلزام بتنفيذ القرارات، فإلى جانبها، توجد الدعوى المدنية كطريق أصيل لذلك، إلى جانب الأوامر الجزائية الصادرة عن النيابة العامة في أحوال المخالفات الذي يجوز لها ذلك.

ولهذا فإنه رغم امتلاك الإدارة حق اللجوء للقضاء الجنائي – أو وسيلة التنفيذ الجبري – فإن ذلك لا يحول بينها وبين اللجوء إلى الطريق القضائي (الدعوى المدنية). للأسباب التي ذكرناها في ثنايا هذه الدراسة

رغم امتلاك النيابة العامة إصدار الأوامر الجزائية في المخالفات التي يحددها كل في دائرة اختصاصه دون تحريك الدعوى الجزائية، إلا أنه في المقابل، بالنسبة لأحوال المخالفات التي لا يجوز للنيابة العامة إصدار الأمر الجزائي تتبع في رفع الدعوى أمام المحكمة الإجراءات المنصوص عليها بقانون الإجراءات الجزائية كتحويل الدعوى الجزائية. وبالتالي تتعدم العلاقة التكاملية بين الأوامر الجزائية وبين الدعوى الجزائية .

### قائمة المراجع:

#### 1. الكتب القانونية:

- د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط1، 1997م.
- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة عين شمس، 1989م.
- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط1، 1957م.
- د. عبدالفتاح الشرفاوي، التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2014م.
- د. علي خطار الشنتاوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003م.
- د. عمار عوايدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، الطبعة الخامسة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009م.
- د. ماهر صالح علاوي القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، 1991.
- د. محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، 2005م.
- د. محمد فؤاد عبدالباسط، الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الأول (القرار الإداري)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012م.
- د. محمد فؤاد عبدالباسط، القرار الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

#### 2. الرسائل العلمية:

- جبار كريم، والي مصطفى، رسالة ماستر في الحقوق الخاصة التنفيذية للقرارات الإدارية، جامعة عبدالرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018م.
- ذكرى عباس علي الدايني، وسائل الإدارة لإزالة التجاوز على الأموال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون في جامعة بغداد، 2005م.

- مزاي سعيدة، كريش مليكة، تنفيذ القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدية، كلية الحقوق، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الليسانس، 2012/2013م.

### 3. المراجع الإلكترونية:

- التنفيذ الجبري للقرار الإداري. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://contadmin.forumaroc.net/t88-topic>

- القرارات الإدارية (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

[https://www.facebook.com/permalink.php?id=163995563652508&story\\_fbid=455685811150147](https://www.facebook.com/permalink.php?id=163995563652508&story_fbid=455685811150147)

- تنفيذ القرار الإداري. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://www.startimes.com/f.aspx?t=28051747>

- تنفيذ القرار الإداري. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:

<http://fadaok.ahlamontada.com/t88-topic>

### 4. القوانين:

- القانون رقم (1) لسنة 1991م بشأن السلطة القضائية وتعديلاته.

- القانون رقم (12) لسنة 1994م المعدل بموجب القرار الجمهوري رقم (16) لسنة 1995م بشأن الجرائم والعقوبات.

- القانون رقم (13) لسنة 1990م بشأن تحصيل الأموال العامة.

- القانون رقم (13) لسنة 1994م بشأن الإجراءات الجزائية.

- القانون رقم (14) لسنة 1990م المعدل بالقانون رقم (12) لسنة 2010م بشأن الجمارك.

- القانون رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني.

- القانون رقم (17) لسنة 1994م بشأن المخالفات العامة.

- القانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل.

- القانون رقم (19) لسنة 1999م بشأن تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري

- القانون رقم (19) لسنة 2002م بشأن البناء

- القانون رقم (20) بشأن تنظيم الصناعة لسنة 2010م.

- القانون رقم (20) لسنة 1998م بشأن البذور والمخصبات الزراعية.

- القانون رقم (22) لسنة 2006م بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

- القانون رقم (24) لسنة 1990م المعدل بالقانون رقم (35) لسنة 1997م المعدل بالقانون رقم (3) لعام 2000م بشأن التموين.

- القانون رقم (25) لسنة 1999م بشأن تنظيم تداول مبيدات الآفات النباتية.

- القانون رقم (26) لسنة 2002م بشأن مواولة المهين الطبية والصيدلانية.

- القانون رقم (35) لسنة 1991م من والمعدل بموجب القانون رقم (7) لسنة 1997م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة.

- القانون رقم (40) لسنة 2002م المعدل بموجب القانون رقم (2) لسنة 2010م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني بشأن المرافعات والتنفيذ المدني.
- القانون رقم (6) لسنة 1990م المعدل بالقانون رقم (24) لعام 2003م بشأن الجنسية اليمنية
- القانون رقم (25) لسنة 1990م، بشأن الصحافة والمطبوعات.
- 5. اللوائح والقرارات والأنظمة:
- القرار الجمهوري رقم (140) لسنة 2007م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (13) لسنة 2005م بشأن الجامعات والمعاهد العليا والكليات الأهلية
- القرار الجمهوري رقم (41) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون المخالفات رقم (17) لسنة 1994م الصادر بتاريخ 22 فبراير 2010م.
- القرار الجمهوري رقم (49) لسنة 1993م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (25) لسنة 1990م بشأن الصحافة والمطبوعات
- قرار النائب العام رقم (20) لسنة 1998م بإصدار التعليمات العامة للنيابة العامة
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (111) لسنة 2001م بشأن لائحة الاشتراطات الصحية لمحلات تجهيز وبيع المواد الغذائية وما في حكمها
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (204) لسنة 2001م بشأن لائحة ضوابط البناء في المدن التاريخية
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (272) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (46) لسنة 2008م بشأن حماية المستهلك.
- قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (351) لسنة 2008م بشأن اللائحة التنفيذية لقانون البناء رقم (19) لسنة 2002م.
- قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (177) لعام 2010م بشأن إنشاء محكمتين إداريتين مختصتين.
- قرار وزير المالية رقم (49) لسنة 1993م بشأن لائحة تحصيل الأموال
- قرار وزير المالية رقم (508) لسنة 2010م بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (17) لسنة 2010م بشأن ضرائب الدخل.

# Legal Conditioning of the Doctor's Professional Error

## A Comparative Study

**HARIZ Asma \***  
Assistant professor "A"  
University Oran 2  
Mohamed ben Ahmed  
[asmahariz@yahoo.fr](mailto:asmahariz@yahoo.fr)

**GHALI Kahla**  
Assistant professor "A"  
University Oran 2  
Mohamed ben Ahmed  
[kahlaghali@yahoo.fr](mailto:kahlaghali@yahoo.fr)

Received: 13/12 /2020

Accepted: 29/12 /2020

Published 01/01/2021

### Abstract:

This study aims to determine the peculiarity of the doctor's error due to his close relationship with the medical work. This latter is not considered like other works in his art and industry. It is a work whose main characteristic is difficulty and complexity because it is related to the most precious possession of a person in his life, which is his body, which requires the doctor to have special knowledge of the medical professional field.

One of the most important results reached is that the doctor has an obligation to take care, and every breach of this obligation constitutes a medical error that raises the doctor's civil liability. Therefore, the doctor must observe the scientific rules in the medical profession.

**Key words:** Doctor, medical error, breach of obligation, pictures, medical liability.

---

\* Corresponding author

## **Introduction:**

After the medical field at one time, did not raise the problem of determining the error or even its existence, given that the prevailing perception at the time, was the infallibility of the medical field, and that the medical act, given the probabilities which govern it, plus the uncertain nature of its results, and the impossibility of holding doctors responsible for medical acts, considering that the profession of doctor is above all, a humanitarian profession, the question is now out of date; and legal liability for damage suffered by others, regardless of the cause of such damage, or the area in which it occurred, has been established<sup>1</sup>.

However, medical errors have remained distinct from other mistakes in other fields. They still raise many legal questions about their nature and specificity, especially in the practical applications of medical responsibility. Perhaps the most important evidence of this is the failure of most legislation to regulate the idea of errors in the medical field, and the continuous researches conducted by the legal studies, aiming at establishing a legal system for this type of errors. Perhaps is this, as numerous jurists refer to, due to the mysterious nature of the human body.

The history of medical errors is replete with events, but at the present time, acceptance of the commission of medical errors, which affect human life, is no longer taken for granted by society, after the prevailing idea was (act of God, and that doctors are not responsible). However, under modern laws, the principle of legal accountability for damages has become presently, unavoidable and doctors are chargeable for their errors.

So what is meaning of a medical error? Is medical error subject to the general principles of civil responsibility error?

In order to address the specific aspects of this problem, we decided to address it in an analytical approach that would fit with the nature of the topic, by determining (first), the meaning of the medical

---

<sup>1</sup>-Mohand Boukoutis, The responsibility of the State in the medical field (An analytical and legal approach in the light of administrative law), Publications of the magazine Al-Manara of administrative legal studies, Rabat, p. 68.

error creating liability, and ( secondly), by examining some images of medical error and its practical applications in the field of medical liability.

**First: Determination of the meaning of a medical error establishing liability**

At first glance, it may seem that the definition of a medical error does not require much effort, and that it is no more than a type of mistake in the medical field. In fact, it is not so simple. We must acknowledge that It is difficult to define the concept of medical error and grasp its meaning, considering its particular nature, in terms of connection to the human body, and its relation to medical science<sup>2</sup>, as a science founded on scientific theories; the problem that has been raised in legal case law. We will define the concept of a medical error that creates liability (1) with its standard statement (2).

**1- The concept of medical error:**

In fact, the idea of error appeared for the first time among the jurists of the medieval Church. However, the credit goes to the two jurists, Doma and Potier, who clearly highlighted the idea of error. They are the ones who established civil liability in its two forms, tort and contractual, on error. Except that they called for the graduation of the error in contractual liability without doing the same for tort liability; arguing that the obligation of contractual liability is often positive. Unlike the tort liability obligation, which is always negative, based on the notion of "Do no harm», and therefore not gradual<sup>3</sup>.

The technical errors that are the responsibility of professionals are not limited to errors that are made through bad intentions, but rather go beyond any behavior considered to be a deviation from the standards known to practitioners, and the care required in the performance or exercise of the profession in accordance with the rules of the art. In this

---

<sup>2</sup>-Medicine science, like other experimental sciences, is characterized by the property of evolution. Medical theories are unstable and new theories appear every day, according to the emergence of new technologies and in view of the limitless.

<sup>3</sup>-Fatima Al-Zahraa Manar, Civil Responsibility of the Anesthesiologist, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Jordan, First Edition, 2012, p.208.

context, Muhammad Shuraim defines professional error as follows: "It is the error that people make in the exercise of their profession by moving away from the well-established principles of a defined professional behavior. This error results of the violation of recognized principles and rules, of a profession. it is: "the seed of evil which gives thorny branches"<sup>4</sup>.

Which in turn, cover with their shadow the doctor, the patient, the judge and the lawyer without any satisfaction on their part."

Medical error is a general form of error, and we find it useful to include some jurisprudential definitions of medical error.

Munthir Al-Fadl for instance, defines the medical error as follows: "It is a breach by the doctor of his duty to give lively emotional care, corresponding to established scientific facts"<sup>5</sup>. " Or it is a failure of the doctor's conduct, not by a vigilant doctor who finds himself in the same external conditions as a responsible doctor"<sup>6</sup>.

These definitions show that medical error is manifested in the deviation from established scientific principles of medicine science. whether in the failure to perform the contract of hospitalization or its flawed execution of the contractual liability<sup>7</sup> or in the breach of a general obligation imposed by law on the medical profession not to harm the patient in dereliction of responsibility.

As for the concept of error before the legislation, and by reference to the provisions of the Algerian Civil Code (articles 172-176) on the provisions of liability, and articles 124-140 bis1, on the provisions of liability, it is clear that the Algerian legislature has made the error the

---

<sup>-4-</sup> SHERIM Muhammad Bashir, *Medical errors between commitment and responsibility*, Cooperative Press, Jordan, 2000, pp. 159, 161.  
<sup>5-</sup> Al-Fadl Munthir, *Medical Responsibility. A research published in the Journal of Law*, Amman, Jordan, 1995, p.13  
<sup>6-</sup> Abu Jamil Wafa Helmy, *The Medical Error (a jurisprudential and judicial analytical study in France and Egypt)*, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1987, p. 41  
<sup>7-</sup> Mohamed Al-Hajouji, *Civil Responsibility for Private Clinics in Morocco*, Al-Omnia Press, Rabat, First Edition, 2013, p.208.

basis of civil liability in general. While the error in article 124 is limited to: "Any act whatsoever committed by the person in his own fault and causes harm to others shall be subject to compensation<sup>8</sup> by the person who caused it".

It is also clear that the tort error in Algerian legislation is based on two elements: The first is a material element of abuse, and the second is a moral element of awareness and discernment. There is no fault of unawareness in Algerian legislation, except in the case of the Algerian<sup>9</sup> Civil Code, article 125, paragraph 2, which establishes non-discernmentary liability for error, if the victim is unable to obtain compensation from the perpetrator.

It should be noted that most legislations do not provide a definition of medical error, except for a few. The Libyan legislature came up with an integrated<sup>10</sup> legal system through which it defined the parameters of medical liability. The medical error is defined in the text of article 23 of the Code as follows: "Medical liability for every professional error resulting from the exercise of a medical activity causing harm to others. An Professional error is considered to be any breach of an obligation imposed by the legislation in force or by the established scientific principles of the profession, all taking into account the circumstances and the means put in place available.

---

<sup>8</sup> - And the legislator tends to replace the word (work), meaning (error), and this is what has been stated in the text of Article 124 in French language.

<sup>9</sup>-ontrary to the text of Article (278) of the Jordanian Civil Code, which states the following: "If a discerning boy or a non-discerning boy or their rulers destroys someone else's money, he is obligated to guarantee his money." This article did not consider the responsibility of the indiscriminate as a permissible liability similar to Article (125/2) of the Algerian civil legislation, but rather made it obligatory, and the Algerian article is from the Civil Code of 1975 (Ordinance No. 75/58). It is worth noting that it was amended in 2005. (Law No. 05/10), and we do not find an example of this paragraph in the new amendment.

<sup>10</sup>- Law N°. 17 of 11/24/1986 related to medical liability, J.R. No. 28, twenty-fourth year, issued on December 31, 1986

Is also considered as a presumption of error or breach of obligation, the creation of the damage "The UAE<sup>11</sup> legislator also defined the medical error as follows: "The error due to ignorance of technical matters that everyone in the same medical profession is supposed to know about, or due to negligence or lack of due care.

The Saudi<sup>12</sup> health professions practice system, tried to give a definition of professional medical error, limiting it to seven cases, most of which were medical errors. Whereas Article 27 of the Code stipulates that: "Any occupational health error made by a health practitioner which results in harm to the patient shall be liable for compensation. It shall be considered as a professional health error:

- Treatment error or lack of follow-up.

Ignorance of the technical matters that one who was in his field of knowledge is supposed to be aware of ...".

On the other hand, we find that the French law relating to patients' rights and the quality of the health <sup>13</sup>system explicitly states the following: Error is the basis of medical liability<sup>14</sup>.

## **2- Medical error standard:**

The doctor shall exert honest and vigilant efforts that are consistent with existing conditions and established scientific principles in order to cure the patient and improve his health condition. Violation of such a obligation constitutes a medical error that raises the responsibility of the

---

<sup>11</sup> -Article 27 of the UAE Federal Law No. 10 of 2000 regarding medical liability and medical insurance

<sup>12</sup>- The Saudi Health Professions Practice Law issued by Royal Decree No. M / 59 dated 11/04/1426 AH.

<sup>13</sup>-French Law No. 2002-303 of March 4, 2002, relating to patients' rights and the quality of the health system, JR, No. 54, p. 4118

<sup>14</sup>- Article L.1142-1: "health professionals as well as any establishment, service or organization in which individual acts of prevention, diagnosis or care are carried out, are not responsible for the harmful consequences of acts of prevention, diagnosis or treatment, only in the event of fault.

doctor<sup>15</sup>. Therefore, we shall clarify the criteria for such violation, such as:

A.            Personal standard: It is understood by the personal or realistic criterion, the obligation to which the doctor is subject to exercise what he is accustomed to in vigilance and foresight, so that if it appears that he could have avoided the wrongdoing which was imputed to him and that his conscience gnawed at him for his actions, he would then be considered at fault. On the contrary, if a doctor cannot avoid the harmful act attributed to him after he has done what he is used to in his vigilance and foresight, he is deemed not to be wrong. This led some scholars and some judges to adopt this standard, which takes into account that the doctor has the ability to pay the damage, and that is commensurate with his medical and cultural qualifications and the means at his disposal. He cannot be forced into something that he is incapable of, and that he cannot bear. and on the basis of the foregoing, reaching the truth according to this standard inevitably requires observing the doctor's movements and identifying his behaviors, What the judiciary has difficulty in proving and identifying. In addition, a personal assessment would make an error purely personal, so that the

Error can be attributed to a doctor, whereas it cannot be attributed to another, although both doctors followed the same path and have done the same behavior and were in the same circumstances. so that a doctor accustomed to vigilance and perspicacity, who would come to commit the same act, is liable for said act, therefore he is held to account for at least a lapse of judgment. Whereas a doctor who commits the same act of negligence, is to be rewarded by neither

---

<sup>15</sup>-There are those who believe that this criterion is the standard of a good professional person, that is, a middle-aged and alert person who practices the same profession. A person who professes a certain profession must fully prepare himself for this profession. On this basis, he is held accountable and accountable. The same profession may have many levels that make it natural to take into account the professional level of the person making the mistake when assessing the error: Rais Mohamed, (Towards a New Concept of Medical Error in Algerian Legislation), Supreme Court Journal, Issue Two, 2008, p.72.

holding him responsible nor accountable for his act, unless his behavior reaches a certain degree of carelessness and recklessness. The criticism with this criterion is the fact that it requires an assessment of the error according to the behavior of the doctor himself, and in light of the scientific and medical training obtained, given that it is difficult to touch on these kinds of questions, in most cases.

B. Objective criterion: And it is the average<sup>16</sup> middle person's behavior which is observed and taken as a landmark, in judgment of the behavior of the person who made the mistake, taking into account the external circumstances surrounding him. If his behavior is outside the norm of the ordinary person, he is then, considered to be at fault<sup>17</sup>. And given that one expects from a doctor, more than one expects from another person, the doctor must therefore, provide sincere and vigilant efforts in his work, and during the care given to his patient, and he is being compared to the middle doctor in the same discipline<sup>18</sup>. In other words, the general criterion for measuring error is an objective standard based on the familiar behavior of the average person, or by measuring the behavior of the perpetrator of the wrongdoing by that behavior, taking into account the surrounding external circumstances.

If this deviates from the behavior of the ordinary man, this is considered a fault, and the same way, the doctor's error is measured, namely in the light of the behavior of an ordinary doctor of the same level and under the same circumstances. The scientific standard that can be adopted to measure the behavior of a doctor, is the standard of the behavior of a good physician who is considered competent, experienced, insightful, and accurate on average, and belongs to the same class and the same specialization, and with the same

---

<sup>16</sup>- Muhammad Hussein Mansour, *Medical Responsibility*, New University Publishing House, Alexandria, 1999, p. 18.

<sup>17</sup> -Wael Tayseer Muhammad Assaf, *Doctor's Civil Liability (comparative study)*, a memorandum for obtaining a master's degree in private law, Palestine, 2008, p.67

<sup>18</sup>- Achouch Karim, *The medical contract*, Dar Houma, Algeria, 2007, p. 173.

professional technical level, exerting the necessary care in treating his patient, taking into account stable<sup>19</sup> medical principles.

Every deviation from these obligations constitutes a medical error he is asked about.

In addition, the objective criterion is not absolute, because the judge, to assess the doctor's error, measures his behavior on the behavior of another doctor of the same level and the same specialization. The Algerian legislator has adopted the criterion. objective, through the text of article 172 of the Algerian Civil Code and the judicial power does not take into account, the subjective criterion, where the reference is made to the same person, author of the deviation. Which would make the same act a mistake for one and not for the other.

## **Second: Certain forms of medical error and their applications in the field of medical liability**

Part of the case law is that errors made by a doctor in the performance of medical work engage his civil liability through negligence<sup>20</sup>. They argue that the physician's obligation to treat the patient is an obligation of prudence and care. However, with the publication of the Mercier judgment rendered by the French Court of Cassation on May 20, 1936<sup>21</sup>, the meaning of the adaptation of the legal nature of the liability resulting from the commission of any physician error that would harm the patient has changed. Case law and justice now call for the contractual relationship which binds the patient to the doctor. Hence the determination of the contractual liability of the latter. In this

---

<sup>19</sup>- Muhammad Lamine, *The Doctor's Responsibility for the Prescription*, Al-Wafa Legal Library, Alexandria, First Edition, 2015, p.150

<sup>20</sup> - Ahmed Hassan Abbas Al-Hiyari, *the civil liability of the doctor in the private sector, in the light of the Algerian legal system*. House of Culture for Publishing and Distribution, Jordan, 2005, p.19

<sup>21</sup>-Merciers' decision stipulates that a real contract is born between the doctor and the patient, even if the contract includes the doctor's commitment not to treat the patient but to provide him with elaborate treatment, prudent and consistent with the data acquired, and that failure to comply with this obligation, even unintentionally, entails a liability of the same nature, namely contractual liability.

second aspect, we will approach the determination of the degree of medical error (1) and will explain some of its forms and the medical liability that results from it (2).

### **1. Determine the degree of medical error:**

The explicators of law were divided on the basis to be determined as a reference to establish the responsibility of the doctor. One current advocates the idea of serious error, (a trend known in jurisprudence and the French and Egyptian justice, and calls on justice not to interfere in medical advice and prescribed treatments); but on the other hand calls for the accountability of physicians for serious errors which cannot be committed by less experienced and less intelligent physicians, and would therefore take the judgment of fraud<sup>22</sup>.

This tendency, and because of its violation of the provisions of articles 1382 and 1383 of the French Civil Code, forced the French Court of Cassation to intervene, and to deliver on July 21, 1862 a famous judgment, delivered by the applications division. , declaring that the two aforementioned articles decided on a general rule for attributing error, and that doctors are subject to the law like everyone else. -

Demolombe explained this judgment by distinguishing between two types of errors made by doctors, and he called the first (normal) material error, such as forgetting a scalpel in a patient's stomach after surgery or because the doctor performed a medical procedure while he was drunk.

While he calls the second type of error, purely medical technical errors, And takes the doctor responsible for the first type of error, he excludes all responsibility of the doctor for the second type, except for the violation of the basic principles of medicine and its proven facts, that

---

<sup>22</sup>-Al-Ghamidi Abdullah bin Salem, The professional responsibility of the physician. Al-Andalus Al-Khadra Publishing and Distribution House, Jeddah, 1997, p. 205

he includes under the responsibility of the doctor for serious errors<sup>23</sup>. However, the French Court of Cassation did not distinguish between ordinary error and technical error: judges enjoy a great deal of control when examining modern medical theories and methods, without entering into the determination of the degree of error that gives rise to liability<sup>24</sup>.

## **2. Certain forms of medical error and the liability that results from it:**

The work of the physician begins in the treatment of the patient and the monitoring of his health after obtaining the consent of the patient or the consent of his legal representative. He thus, proceeds to diagnose the disease, prescribe treatment and follow-up. However, the doctor's work is, at these stages, so difficult that he is obliged to treat and take care of the patient; otherwise, he is considered to have committed a medical error<sup>25</sup>.

### **A- Medical error in the diagnosis:**

The diagnosis is an important and highly precise step in medical work, through which the doctor tries to know the disease, its degree of seriousness, its history and its evolution, as well as all the circumstances surrounding him; whether they are related to the disease or to the patient himself, in terms of his state of health, his medical history<sup>26</sup> and genetic factors which are particular to him.

Every doctor is required, to well examine the patient, far from any rush or negligence; and it is more necessary if the patient is visiting him for the first time, and he has never known him before. It is also the doctor's duty to try to apply his knowledge and the rules of his art correctly, to avoid any error in diagnosis. He is also obliged to take note

---

<sup>23</sup>- Dawoud Abdel-Naam Mohamed. Legal responsibility of the physician, Cultural Dissemination Library, Alexandria, 1988, P.18

<sup>24</sup>- Fatima Al Zahraa Manar, previous reference, p. 214.

<sup>25</sup>- Khaled Daoudi, The Medical Error, Dar Al-iisar Al-Al ilmi for Publishing and Distribution, Jordan, first edition, 2018, p.77

<sup>26</sup> - Samira Agrorou, Criminal liability of physicians in the light of modern scientific development (comparative study), An-Najah New Press, Casablanca, first edition P. 22

of the guarantees that science places at his disposal. He must also draw on the opinions of specialists in every case where the diagnosis becomes more accurate.

He is even obliged to observe examination methods, including analyzes and radiology, whenever the patient's health and condition so require. Yet, a doctor may be wrong in diagnosing the disease.

Is he responsible then? To what extent? What is the legal description to apply to a doctor in such a case?

The answer requires a distinction between two situations:

**1-The simple mistake does not require the doctor's responsibility:**

A doctor relies on his natural ability and his own force of intelligence and intuition in observation and deduction. These talents and abilities differ from one doctor to another. It is known that these talents and abilities differ from one doctor to another, so while some of them have a high degree of talent, we find that others are less talented. Therefore, the doctor can not be held accountable on this basis; especially since the law does not impose on him an infallibility or health obligation. His commitment, as it is known, is an obligation to exercise due diligence, not to achieve or guarantee a specific<sup>27</sup> result. The misdiagnosis, unless it is the result of clear ignorance or gross negligence, does not require the responsibility of the author. That was the rule that has been approved since the beginning of comparative jurisprudence in medical affairs, and recently settled by the French judiciary, as long as the doctor has done his duty to the best of his ability<sup>28</sup>.

Likewise, the responsibility of the doctor or surgeon does not arise if the pathological symptoms are similar and differ to the point where the reality of the disease does not appear, even for the most experienced and

---

<sup>27</sup>- Samira Agroru, *ibid.*, 230

<sup>28</sup>-That the diagnostic error attributable to an anesthesiologist - resuscitator and a surgeon was not due to ignorance or negligence in the preoperative examinations ... .. deduced that the parties concerned were not at fault". *Crim. Nov 3, 1988. Bull.Crim N°366 Rev.Sc.Crim. 1990.71.P: 315.*

knowledgeable doctors of the profession's origins and rules; Which was confirmed by the French judiciary in many of its decisions<sup>29</sup>.

Likewise also, the doctor is not responsible if the error in the diagnosis is due to the patient's misleading of the doctor by providing wrong data about the symptoms of his illness or concealing data related to him<sup>30</sup>.

If the doctor proves that, he performed his duty to the best of his ability and still misdiagnosed, then he is not mistaken. But he is considered so, if his error constitutes a clear ignorance of the elementary principles of medicine, which are considered to be the minimum that are consistent with the fundamentals of medicine.

We have to be firm and strict with the specialist doctor, and not accept any excuse for a medical error committed, such as is the case with a general practitioner<sup>31</sup>. Because estimating the doctor's error in the diagnosis, is made by referring to his level on the one hand and his specialty on the other hand. It is obvious that the specialist's mistake is considered more accurate than the general practitioner's mistake, and we do not ask the specialist about his mistake in identifying a disease that does not fall within his jurisdiction.

## **2-The mistake that leads to take the responsibility of the doctor:**

There are many causes of misdiagnosis. Some of them are due to incomplete or hasty examination, and some are due to the lack of use of new exploratory methods, and reliance on what has been scientifically and practically overlooked, and some of them are also caused by the absence of one or more basic scientific elements to prepare a correct diagnosis. However, a misdiagnosis becomes a mistake that necessitates

---

<sup>29</sup>- For a diagnostic error not constitutive in itself of a criminal offense punishable by reason of the complexity and ambiguity of the symptoms, as well as the difficulty of their observation and interpretation ". Crim. 17 Jan 1991. Rev.Sc.Crim.1992.78.obs.Levasseur.

<sup>30</sup>- Muhammad Husayn Mansur, previous reference, p. 44.

<sup>31</sup>-Khaled Daoudi, previous reference, p. 81. .

the responsibility of its author, whenever it arises from lack of caution, gross negligence or clear and gross ignorance on the part of the doctor. Conducting a thorough and complete examination to reach a correct diagnosis is a legal duty imposed on the doctor. This is what was confirmed by Article 36 of the French<sup>32</sup> Medical Ethics Code, which states the following: “The doctor must always prepare his diagnosis with all accuracy and allocate sufficient, and seek help, to achieve this, by every possible means and appropriate scientific methods, and to take the precautions when necessary, by calling on insightful assistance”.

The medical liability arises as well, if the error in diagnosis is due to the doctor's use of surpassing methods that have ceased to be practical.

This requires constant keeping up by the doctor of every new thing related to his profession. Accordingly, some French courts have convicted a doctor for using ancient medical methods to examine a pregnant woman, especially, since these methods would harm the fetus<sup>33</sup>.

Consequently, the strictness in assigning responsibility to the doctor is achieved, when his mistake in diagnosis is gross or results from clear ignorance of the profession's priorities, or gross negligence of what the profession requires as precautions. This cannot be accepted or excused, especially if we consider the dangerous consequences of this ignorance or neglect for the patient. The medical responsibility is undoubtedly fulfilled, and the doctor cannot reject it, except in cases in which the apparent pathological symptoms do not help him to reveal the truth of the disease. Such as the presence of infections with which, it is difficult to know the source of the wounds or the presence of the disease in its initial stages.

**B- An error in using radiation:**

---

<sup>32</sup>-Decree 95-1000 of 06/09/1995 containing the French Code of Medical Ethics, G.R. No. 209 .

<sup>33</sup>-Civ.9      juill1963BC.In      378-paris      13      avril      1964.D1964.64-paris8juill1970.GP.1971.2.80.Civ1juill 1958.D.1958.P: 600 .

Radiology is one of the most recent methods of detecting and treating diseases. In addition to the many advantages, they offer in this aspect, x-rays can pose real risks if used incorrectly. They should therefore, only be used when the patient's condition requires exposure to such a risk<sup>34</sup>. Their use forces the doctor to be careful and cautious in processing, and control their effects. The responsibility of the specialist in this is greater than that of the ordinary physician<sup>35</sup>. He is obligated to read it carefully, and every wrong interpretation or incorrect reading of its requirements demands responsibility<sup>36</sup>.

The French judiciary has subjected x-rays, since their inception, to general rules governing medical responsibility. In this regard, he required the responsibility of the radiologist for any negligence or lack of precaution in the performance of his task. He decreed the responsibility of a doctor who neglects to place the filter for the x-ray machine, causing him to suffer burns. The Paris<sup>37</sup> court also convicted a doctor of negligence and lack of precaution, as a result of rounding the device tube too much, to the patient.

And the judiciary in Egypt, too, did not deviate from the general rules in its decisions on radiation errors. In 1936, one of the Egyptian<sup>38</sup> courts ruled that a doctor was responsible for radiotherapy, which resulted in the patient's injury to a sore on his neck, as a result of the doctor's mistakes

represented in assigning a nurse instead of him, to practice some sessions on the patient, as well as the presence of an error in placing the patient, by bringing too close, the distance between the tube and the skin, in addition to exceeding the number of Sessions..

---

<sup>34</sup>-Abdel Hamid Al-Shawarby, Civil, criminal and disciplinary liability for doctors, pharmacists, and hospitals. Knowledge facility, Alexandria, 2004, p. 223.

<sup>35</sup>. Muhammad Husayn Mansur, previous reference, p. 56.

<sup>36</sup>-Montpellier. 29.5.1934. D. 1934. 453.

<sup>37</sup>-Paris, February 17, 1933 (Gazette du Palais 734-1-1933

<sup>38</sup>-The resumption of Egypt . January 2, 1936 (Official Series S37 No. 93, pp. 260 ff .

In view of the great technical progress that has become known in the field of radiology, whether in terms of improving devices, or in terms of raising the level of those in charge, some have assumed that the doctor's mistake is merely a damage that occurred as a result of the use of radiation<sup>39</sup>.

### **C- Medical error at the anesthesia stage:**

Anesthesia is a medical necessity in surgery. This need, which has increased thanks to progress in surgery in general, and to the improvement of means of anesthesia in particular; by improving its material and human potential; has played a fundamental role, facilitating operations that require complete inactivity of the patient, and also helps reduce pain during operations. Thing that helps - Inevitably, to preserve the patient's abilities during certain operations.

Despite the many advantages that this science has come to achieve, death may occur for reasons that probably, related to the drug used, its amount or percentage, and the extent of its interaction with the patient's health condition. The reason may also, be outside this framework. So it cannot be scientifically estimated or predicted. Hence, the accuracy in the anesthesia procedure, whether comprehensive (general anesthesia) or partial (local anesthesia), is required.

Doctors' responsibility for anesthesia's errors is also linked to the general rules of medical liability, in terms of negligence and failure to take the necessary precautions and caution, according to the rules of medical art. As a result, the physician must not expose his patient to an investigated risk of anesthesia that is not commensurate with the degree of injury he is complaining of<sup>40</sup>. Before carrying out anesthesia, he must perform the necessary examinations before this stage, including an examination of the blood circulation and an examination to confirm the condition of the heart and an examination of the extent to which

---

<sup>39</sup> -Muhammad Husayn Mansur, previous reference, p.57 .

<sup>40</sup> -Abdul Hamid Al-Shawarbi, previous reference, pg. 224.

anesthesia can be tolerated, while taking the necessary precautions imposed by the art of medicine in this field<sup>41</sup>

Thus, there is no blame on the doctor if the use of the drug results in the death of the patient, for reasons beyond the appreciation of knowledge, as long as he has taken all the necessary precautions imposed by the field at this stage; and this is the principle that was established in the French judiciary, since the first case on the subject was brought before it in 1853. The patient's condition and heart must also be monitored during anesthesia, so that he is not administered an amount of anesthesia beyond his tolerance.

Therefore, it became necessary to seek the assistance of an anesthesiologist, or at least, an assistant who is familiar with, and experienced with it, during the procedure, to assess the patient's need for first aid when his health<sup>42</sup> condition requires it.

In addition, since the surgeon is responsible during the operation, for any error that occurs from him, with regard to his assistants, and the nurses who work under his supervision, he is then, responsible for the result, if the person who administered the anesthesia was not a doctor. Because choosing the type of drug and the method of administering it is the work of the surgeon in particular after a careful examination of the patient's condition<sup>43</sup>.

#### **D- Medical error in blood transfusions:**

---

<sup>41</sup> - CA. Paris, 20ème ch. B. 23 juin 1995. (clinique de N. Civilement responsable, juri-DATA. N ° 0022281). (Appel C / TGI Bobigny, 15 ch. 22 juin 1994). V: juri - classeur, Droit. Pén. 1995. no 187.p: 6. Voir aussi: Cass. Crim. 16 fév. 1997.n ° 96 - 82 - 377.

<sup>42</sup>-Abdul Hamid Al-Shawarby, previous reference, p. 223

<sup>43</sup> -Samira Agroru, previous reference, p. 248

Scientists have long studied the possibility of transferring blood<sup>44</sup> to humans to cure certain diseases, or at least, help him heal, as they believe that if blood transfusions were possible for the patient, the patient would in many cases, be cured and would recover health and strength.

The importance of blood transfusion has increased over time and as its importance as a motor and driving force for humans and their cells, was consolidated. Research and related experiments have multiplied and spread all over the world. It has become also, possible to separate all of

---

<sup>44</sup>- Blood is that red liquid that is found in the blood system of the body, and fills arteries and veins and runs in the veins of all living vertebrates, including humans, and is characterized by being renewed, and blood consists of elements of various shapes that circulate in a specific fluid called plasma, which is a fluid in which blood elements move on A method that allows it to carry out its multiple functions in the human body.

And blood contains all the means of life that the body requires, so it carries the hormones and vitamins necessary to activate it, and blood consists of two main parts: plasma and cells. As for blood cells, they consist of three groups:

A - Red blood cells. They are small cells that are not seen with the naked eye, and are seen under the microscope as they swim in a transparent yellow liquid (plasma).

B - White blood cells are larger in size than red cells, but they are less than them in number. White blood cells are considered the body's first line of defense as they play a defensive role against any intruder.

C- Platelets, which are very small and delicate bodies, and their primary role is to contribute to the process of blood clotting, freezing it and stopping bleeding after wounds. As for blood plasma, it is a transparent, yellow-colored liquid, and its primary role is to transmit various stimuli and transmit various signals in a chemical manner between the organs and the brain.

The first attempt at blood transfusion was for Pope "Attusent III" in 1492 AD, and it ended in failure. In 1616 AD, the English scientist William Harvey discovered the blood circulation after it was discovered by the Arab world Ibn Al-Nafis in the third century AD.

In the year 1667 AD, Dr. Denis, the private physician of King Louis 14 of France, carried out a blood transfusion from an animal to a young boy who complained of an incurable fever, and the boy died at the same moment. In 1817 AD, French doctors succeeded for the first time in transfusing human blood to a patient in France, and this was done without regard to the type of blood group, because blood types were not discovered at that time, and they were not discovered until 1900 AD, when the main specific elements were discovered Of three blood groups by the Austrian scientist Landsteiner, the fourth type was discovered in 1902 AD by the worlds von de Castello, (1940. RH) and Storley, and the two scientists Laundsteiner and Weiner also managed to discover the so-called factions.

its components separately, and it has become possible to transfer one or some of these components to the patient according to his needs<sup>45</sup>.

Thanks to this development, blood transfusions spread, and became an essential and indispensable element in the daily medical work. Indeed, the need for it has increased today for many reasons, the most important of which are:

- The large number of victims of accidents and collisions.
- The large number of major surgeries (such as heart surgeries and organ transplants, for example).
- The spread of some serious disease cases that require rapid and immediate blood transfusions, such as cases of severe bleeding due to a lack of platelets, for example.

If blood transfusions often save many patients from certain deaths or degenerative health, they may be in turn, the direct cause of some infectious diseases, resulting from defective or contaminated transferred blood. Moreover, this has led to increased attention in terms of examining it, and to ensure that it is free of any pollution or infectious disease.

Therefore, various comparative legislations stressed the need for blood transfusions, to be carried out in all stages, under the supervision of a competent doctor. He is the most capable person to pursue this process on the one hand, and to ensure a rapid and effective intervention, in the event of any error in this process, on the other hand. He's also responsible for blood examining, and also verifying its suitability, so that it does not harm the patient's health. That is what the French Public Health, Art. 1221.3<sup>46</sup>, has confirmed.

Jurisprudence and the (comparative) judiciary have also confirmed this condition. Some French jurisprudence even made the doctor's obligation in this regard, in order to achieve the result, to transfer

---

<sup>45</sup> -Samira Agroru, previous reference, page 253.

<sup>46</sup>- The blood test can only be done... by a doctor or under his direction and responsibility. “ .

blood an identical blood to the patient, free of diseases and infectious viruses. The judiciary<sup>47</sup> upheld that doctrine in some of its provisions, especially since blood type verification and the extent of infection, and virus-free status are now possible and even easy, thanks to the development of screening mechanisms and capabilities. This is another reason to tighten the doctor's responsibility in this regard, without the need to prove his neglect and recklessness. It is further, because, a medical contract in the case of blood transfusion requires the investigation and even the guarantee of the patient's safety, not just the care.

### **E- Medical error in obstetrics:**

There is no doubt that the responsibility of the obstetrician is certain for all damages to the pregnant woman or her newborn, as a result of negligence or failure to implement the rules and regulations of this field, such as neglecting to tie the umbilical cord to the child, or causing a disability to the newborn child, as a result of the amputation of one of his organs due to a lack of skill. Or as neglecting to seek the help of the anesthesiologist in cases that require this, such as Caesarean sections, and performing the anesthesia by himself, causing harm or death to the pregnant woman. If the responsibility of the obstetrician may not be established, except from the date of the start of the obstetric process, on the other hand. If the obstetrician is responsible for following up the pregnancy from its inception, he will be responsible for every drug or treatment that causes the fetus to abort or affect its health or the health of its mother.

And if the responsibility of the obstetrician may not be established before the date of the start of the birthing process, he is, on the other hand, responsible for any drug or treatment that causes a miscarriage of the fetus or affects his health, or that from the mother; whether he is responsible for monitoring the pregnancy from the start.

---

<sup>47</sup>-Trib.Civ.Toulouse. 14 dec.JCP.1960.2.204. Savatier notes

**Conclusion:**

We have concluded through this study, that the profession of a doctor requires continuous effort. Because the issue is very difficult, and requires a lot of accuracy and vigilance. In addition to the fact that the doctor's obligation, in principle, is an obligation to exert care and every breach of this obligation constitutes a medical error that raises the doctor's civil liability.

To this end, we propose a set of recommendations, the most important of which are the following:

- The establishment of a legal system related to medical errors, in health legislation and the laws of medical ethics
- The doctor must take into consideration the scientific rules and principles of the medical profession.
- Continuous improvement of the carrying through of medical work, in order to avoid the multiplication of medical errors.
- Take care of the patient's person and seek legal means that ensure his protection against the dangers of modern technology.
- Continuous training of general and specialized doctors, in order to acquire competence and skill.
- Take into consideration the external conditions of the medical profession, as being the true standard, by which medical work is observed.

**List of sources and references:**

**First: The sources**

1. Ordinance No. 75-58 of September 26, 1975 incorporating the amended and supplemented Algerian Civil Code, c. R. No. 78 issued on September 30, 1975.
2. French Law No. 2002-303 of March 4, 2002 relating to patients' rights and the quality of the health system, JR, No. 54, p. 4118.
3. Libyan Law No. 17 issued on 11/24/1986 related to medical liability, JR No. 28, the twenty-fourth year issued on December 31, 1986.

4. UAE Federal Law No. 10 of 2000 regarding medical liability and medical insurance.
5. The Saudi Health Professions Practice Law issued by Royal Decree No. M / 59 dated 11/04/1426 AH.
6. Executive Decree No. 92-276 of July 6, 1992 including the code of medical ethics.  
C. R. No. 52, p. 1419.
7. Decree No. 95-1000 of 06/09/1995 containing the French Medical Ethics Code, J.R. No. 209.

## **Second: References**

### **1. References in Arabic:**

#### **a. Literature:**

1. Abu Jamil Wafa Helmy, Medical Error (a jurisprudential and judicial analytical study in France and Egypt), Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1987.
2. Ahmed Hassan Abbas Al-Hiyari, The Civil Responsibility of a Doctor in the Private Sector in Light of the Algerian Legal System, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Jordan, 2005.
3. Al-Ghamdi Abdullah bin Salem, The Doctor's Professional Responsibility, Al-Andalus Al-Khadraa House for Publishing and Distribution, Jeddah, 1997.
4. Abdel Hamid Al-Shawarby, Civil, criminal and disciplinary liability for doctors, pharmacists, and hospitals. , Al-Ma'arif Facility, Alexandria, 2004.
5. Achouch Karim, The Medical Contract, Dar Huma, Algeria, 2007.
6. Daoud Abdel Moneim Mohamed, Legal Responsibility of the Doctor, Culture Dissemination Library, Alexandria, 1988.
7. Fatima Al-Zahraa Manar, The Anesthesiologist's Civil Responsibility, House of Culture for Publishing and Distribution, Jordan, First Edition, 2012.
8. Khaled Daoudi, The Medical Error, Dar Al-Al isar Al-Alami for Publishing and Distribution, Jordan, First Edition, 2018.
9. Mohand Boukoutis, The State's Responsibility in the Medical Field (An Analytical Legal Comparison in the Light of the Administrative Judiciary), Publications of Al-Manara Journal for Legal and Administrative Studies, Rabat, 2014.
10. Mohamed Al-Hajouji, Civil Responsibility for Private Clinics in Morocco, Al-Omnia Press, Rabat, First Edition, 2013.
11. Muhammad Hussein Mansour, Medical Responsibility, New University Publishing House, Alexandria, 1999.

12. Samira Agrorou, Criminal Responsibility of Doctors in Light of Modern Scientific Development (A Comparative Study), An-Najah New Press, Casablanca, 2015.
13. Sherim Muhammad Bashir, Medical errors between commitment and responsibility, Cooperative Press, Jordan, 2000.

**B. Letters and Notes:**

1. Jerboa Mounira, Recent Commitments in Medical Work, PhD dissertation in Law, University of Algiers 1, 2015-2016.
2. Wael Tayseer Muhammad Assaf, The Physician's Civil Liability (Comparative Study), Memorandum for obtaining a Master's Degree in Private Law, Palestine, 2008.

**C. Magazines:**

1. Ben Saghir Mourad, Medical Liability and its Impact on Civil Liability, Journal of Legal and Administrative Sciences, Faculty of Law, Sidi Bel Abbas, Third Issue, 2007.
2. Rice Mohamed, Towards a New Concept of Medical Error in Algerian Legislation, Supreme Court Journal, Second Issue, 2008.
3. Sweileh Boujemaa, Civil Medical Responsibility, The Judicial Review, Issue 1, 2001.

# The Effect of Security Council Resolutions on the International Criminal Court Complementarity Regime

Mouats Madjid \*  
Doctorate, Lecturer Class B  
*madjiddoctorat@hotmail.fr*

Received: 12/08 /2020

Accepted: 29/12 /2020

Published 01/01/2021

## Abstract

This paper carrying out an analysis pertaining to complementarity regime enshrined in the Rome Statute (RS), points out that this principle is the focal point of the ICC, and aims at reconciling international criminal jurisdiction with national judiciary orders; giving priority to national courts. However, when the States fail to exercise jurisdiction, the ICC steps in as a Court of last resort.

The Paper also addresses the issue of whether and to what extent the Security Council (SC) resolutions adopted pursuant to Articles 13 (b) and 16 of the RS can disregard and consequently abrogate the complementarity regime. The study argues that the complementarity regime is made ineffective following resolutions issued by the Security Council under Chapter 7 of the United Nations Charter.

**Key Words:** referral -deferral request –abrogate – complementarity regime

-----  
\* Corresponding author

## **1-Introduction**

The International Criminal Court was set up in 1998 and its founding statute came into force in 2002, with a main objective, to participate in a global fight to end impunity and hold offenders accountable for their crimes during armed conflicts, that threaten peace and security in the world, namely: the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression, all of them codified in the Rome Statute in article 5.

Those most serious crimes of concern to the international community as a whole, must be investigated, prosecuted and punished by states primarily, as they have territorial criminal jurisdiction, as referred to in the tenth paragraph of the Rome Statute Preamble and article 1: “The International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions”. This complementary relationship between the ICC and national criminal jurisdictions means that the ICC is a court that complements and supplements national criminal jurisdictions, and does not have supremacy over national judiciary orders, as it only plays a subsidiary role. The ICC is meant to assume jurisdiction when national legal systems are “unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution “, according to article 17 of the Rome Statute.

However, some scholars argue that the complementarity regime is undermined by the United Nations Security Council (UNSC) when acting under chapter 7 of the UN Charter (UNC), as the organ is vested with the primary responsibility to ensure and maintain international peace and security. In the light of this argument, this article scrutinizes whether and to what extent, the UNSC can disregard the ICC complementarity regime, and, thus abrogate it when acting under Chapter 7. Academic thought is divided on the subject matter. This study seeks to resolve the issue through a comprehensive analysis of the Rome Statute and the UN Charter, to this effect, the analytical and descriptive methods are used for answering the research problematic.

The research is divided into three parts: Part 1 is devoted to analyse the complementarity principle under Rome Statute, part 2 deals with the referral of a situation by the Security Council to the Prosecutor of the ICC acting under chapter 7 of the United Nations Charter (UNC), in which

one or more of the crimes mentioned in article 5 of the Statute is alleged to have been committed, and it also addresses the power of deferral of investigation or prosecution which may be triggered by the UNSC and its implication upon complementarity.

## **2-Complementarity Principle under Rome Statute**

Where should investigation, prosecution and trial of individuals charged with the most egregious crimes be done? In national criminal courts or at the International Criminal Court in The Hague?

Unlike the two ad hoc temporary tribunals (International Criminal Tribunal for former Yugoslavia and International Tribunal for Rwanda) which had primacy over domestic criminal systems, the ICC Rome Statute, hereinafter “Statute” provides that the most serious crimes of concern to the international community must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level, and that it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes, and emphasized that the International Criminal Court under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions<sup>1</sup>, respecting national sovereignty, and it could as well serve as a basis for reconciliation, rule of law, judiciary efficiency, and strengthen democracy, and that the ICC was established in order to fill in lacunae of accountability derived from States’ unwillingness or inability to prosecute. It should be noted that the adoption of this regime is aimed at balancing the interests of States with those of global justice, in order to prevent the impunity of criminals. To this effect, the author proposes to explore the complementarity principle through addressing: admissibility and the procedural framework of admissibility.

### **2.1- Issues of Admissibility before the International Criminal Court**

It must be noted that the Rome Statute sets forth specific limitations on the Court’s subject matter, territorial, personal, temporal jurisdiction, and establishes four admissibility criteria as well. These criteria restrict the situations when the Court shall have the power to exercise its jurisdiction

---

<sup>1</sup> - See the Preamble of the Rome Statute of the International Criminal Court adopted on 17 July 1998, entered into force on 1 July 2002.

over persons for the most serious crimes of international concern: the crime of genocide; crimes against humanity; war crimes and the crime of aggression. It is worth reminding, that the Court has jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of the Statute; that to say, on the 1<sup>st</sup> of July 2002, and they are committed by individuals holding the nationality of one of the States Parties, and the Court's jurisdiction can also be triggered when the above crimes are committed on the territory of one of the States Parties<sup>2</sup>, and finally when a situation is referred to the Court by the UNSC.

In addition to paragraph 10 of the Preamble of the Statute and Article 1, the complementarity regime is addressed once more in Article 17 regarding admissibility issues. Article 17 of the Statute provides that: "1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and Article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

- (a) The case is being investigated or prosecuted by a State, which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;
- (b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;
- (c) The person concerned has already been tried for conduct, which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under Article 20 paragraph 3;
- (d) The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.

Article 17, confirms that at the heart of the Rome Statute, is the idea that first and foremost, the domestic courts should deal with the most egregious crimes, and the ICC will exercise its jurisdiction as a Court of last resort, i.e., when the States fail to prosecute the cases.

---

<sup>2</sup> - See articles 5, 11 and 12 of the Rome Statute of the International Criminal Court.

The first requirement provided by Article 17 (1) (a): either a State is investigating or prosecuting the case at hand, or has investigated it and refrained from prosecuting the person concerned, this inaction leads to the admissibility of situations and cases before the ICC<sup>3</sup>. It poses a debatable point, i.e. the exception to inadmissibility: a case can be admissible before the International Criminal Court, although it is investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, if the latter is “unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution”. The Statute determines unwillingness in a particular case when some specific situations are available:

(a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in Article 5;

(b) There has been an unjustified delay in the proceedings, which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;

(c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were not or are not being conducted in a manner, which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice<sup>4</sup>.

Article (17) (2) (a) requires proof of a purpose of shielding, which is considerably high threshold and raises the question of how such an intent is to be proved before the Court. As far as paragraph (b) is concerned “unjustified delay” in the proceedings, is no easy task to be established, since it is uncertain how such delay should be determined. As for paragraph (c), undoubtedly, a lack of impartiality and independence of the proceedings can only lead to the admissibility of a case where these worked in favour of the accused<sup>5</sup>. In order to define the notions of

---

<sup>3</sup> - Markus Benzing, “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity”. [https://www.mpi.de/files/pdf3/mpunyb\\_7pdf](https://www.mpi.de/files/pdf3/mpunyb_7pdf)

<sup>4</sup> - See Article 17(2) (a-b-c).

<sup>5</sup> - Markus Benzing, *op.cit*, p.610.

independence and impartiality, one has to refer to the jurisprudence of the International Criminal Court of Former Yugoslavia, the International Criminal Court of Rwanda, the European and American Human Rights Courts, and the conclusions of the debates of the Diplomatic Conference for drafting the Statute. As for the unjustified delay, the reference to be adopted is the combination of rules encapsulated in human rights instruments and the rules that make up a common threshold for all national jurisdictional orders.

Inability is another criterion where available makes the concerned state incapable of exercising its primary jurisdiction, and renders the case admissible before the ICC. In this context, article 17(3) provides that: “In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.

The Statute sets out three pre-requisites for inability. These three distinct scenarios are meant to be because of a complete breakdown of the national judicial system of a state or its unavailability, due to significant social destabilizing troubles or when it loses control over its territory or hardly hit by a natural disaster or war. These three circumstances are: “(a) a state is unable to obtain the accused; (b) a state is unable to obtain the necessary evidence and testimony; (c) a state is unable to carry out its proceedings”.

A crucial question is worth asking about unavailability: when could it be said that a national legal system is unavailable? For some scholars, domestic systems will most probably be considered unavailable, simply because the judicial system is non-existent. This probably will rarely occur, it would occur, when a newly political system has been established with no judicial system in place. Yet Some assess that nothing differentiates “total collapse” from “unavailability”, however, it is unlikely that the drafters incorporated the term unavailability as a synonym for total collapse, nor did they include it to grant the ICC an open -ended discretionary power in determining “inability”<sup>6</sup>. It has also

---

<sup>6</sup> -Bassiouni M. Cherif, « The ICC-Quo Vadis”, Journal of International Criminal Justice, vol.3, July 1 2006, p.423.

been indicated that a national judicial order can be deemed “unavailable” if the grave crimes within the jurisdiction of the Court are prosecuted and punished only as common crimes. This assessment seems to go well beyond the requirements of complementarity regime.

A case is as well inadmissible before the Court where the alleged perpetrator has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, unless the proceedings before the domestic court, were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility; or otherwise they were not conducted independently or impartially<sup>7</sup>. Finally, the case is inadmissible before the Court where it is not of sufficient gravity. No interpretation is provided by the Statute to this criterion, so the Court is expected to develop a jurisprudence in virtue of its major scope of discretion. However, the author thinks that “sufficient gravity refers to the most serious crimes of concern to the international community as a whole (article 5 of the Statute), and can be interpreted as relating to perpetrators having an official capacity or military responsibilities, and the wrongdoings must be committed as part of a widespread or systematic attack or part of a general policy.

In conclusion, the idea to be retained is when the State fails to exercise its jurisdiction, a case becomes admissible before the International Criminal Court, as for the voices that contest the large discretionary power of the ICC to assess “inability” or “unwillingness”, the response is that the States have ratified the Rome Statute on grounds of free consent and of good faith and the *pacta sunt servanda* rule, which implies that the States have approved to be bound by the Statute, and the Assembly of States Parties to the Rome Statute can stop and prevent abuses via introducing the necessary amendments.

## **2-2.The Procedural Framework Relating to Admissibility**

This part of the article is dedicated to an overview of the procedural framework of admissibility and its relation with the complementarity principle. In this regard, it should be noted that Articles 18 and 19 complete Article 17, and provide the modalities of implementation of the

---

<sup>7</sup> - See articles 17(1)(c) and 20(3) of the Rome Statute.

complementarity regime i.e., how admissibility works in terms of procedure.

The preliminary rulings regarding admissibility start functioning when one or more of the crimes referred to in Article 5 alleged to have been committed are referred to the Prosecutor or when the latter has initiated an investigation proprio motu in accordance with Articles 13(a) and 13(c) respectively, and following the referral, the Prosecutor is bound pursuant to the Statute to determine whether or not there is a reasonable basis to commence an investigation, in the positive case, he must notify all States Parties and those States which would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned<sup>8</sup>. As a result the effective prosecution of the most serious crimes of concern are ensured by taking measures at the national level in virtue of complementarity. Article 18(2) provides that: “Within one month of receipt of that notification, a State may inform the Court that it is investigating or has investigated its nationals or others within its jurisdiction with respect to criminal acts which may constitute crimes referred to in Article 5 and which relate to the information provided in the notification to States. At the request of that State, the Prosecutor shall defer to the State’s investigation of those persons unless the Pre-Trial Chamber, on the application of the Prosecutor, decides to authorize the investigation”. The next paragraph (Article 18/3) highlights the possibility accorded to the Prosecutor to review the deferral six months after the date of deferral or at any time where there has been a significant change in circumstances based on the State’s unwillingness or inability. The scrutiny of paragraphs (2) and (3) reveals that complementarity puts the onus on States to investigate and prosecute the individuals charged with the alleged serious crimes, however, if it assesses that they fail to do their duty because they are unwilling or unable, or because they don’t fairly and properly conduct the proceedings, the Court steps in and exercises jurisdiction.

It should be noted that four main objectives have been assigned to Article 18 by the drafters of the Statute: highlighting that complementarity is the focal point of the Statute, encouraging and allowing States to investigate and prosecute at an early phase, avoiding parallel investigations and proceedings, and finally, using

---

<sup>8</sup> - See article 18(1) of the Rome Statute.

complementarity as a mechanism for checking and restricting the powers of the Prosecutor of the ICC<sup>9</sup>. However, the Prosecutor is vested with the power to monitor and watch the proceedings which are activated at the domestic level, if they are not conducted properly, after six months or at any time, the Court exercises its jurisdiction in accordance with the complementarity principle.

It is worth recalling in this context that when the Prosecutor decides to initiate investigations proprio motu on the grounds of information made available to him or her, on condition that it provides a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed, he or she cannot commence the investigations unless he receives the authorization from the preliminary chamber. When this procedure occurs, this means that the Court has determined on its own motion that the case is admissible before its judicial bodies. It may happen that challenges to the admissibility of the case on the grounds referred to in Article 17 or challenges to the jurisdiction of the Court are made by the accused person or a State Party or State having accepted the exercise of jurisdiction by the Court.

Modalities relating to challenges made to the jurisdiction or admissibility of a case are embedded in Article 19 paragraph 4 and the subsequent paragraphs. It is indicated that the challenges can only be brought once by any person or State referred to previously, and it takes place prior to or at the commencement of the trial. In exceptional circumstances, the Court may grant a leave for a challenge lodged more than once or at a time later than the commencement of the trial. The decisions rendered by the Pre-Trial Chamber or the Trial Chamber with respect to jurisdiction or admissibility may be appealed against to the Appeals Chamber.

After the analysis of Article 19, it comes out that the mechanism of challenging jurisdiction or admissibility consolidates the notion of complementarity and states that the interests of a State must be observed and its right to prosecute the case before its domestic courts must be

---

<sup>9</sup> -Almoktar Ashnan, *Le Principe de Complémentarité entre la Cour Pénale Internationale et la Juridiction Pénale Internationale*, Thèse de Doctorat, Université François-Rabelais de Tours, France, Soutenue le 16 Juin 2015, p. 205.

preserved as well. However, the State which wishes to successfully challenge admissibility of a case must comply with the requirements included in Article 17 mainly: the ability and willingness to prosecute the crimes, and the State must demonstrate that it conducts genuine proceedings, i.e. its action cannot be a sham; it must be genuine, concrete, effective, and significant. If so, the case will be inadmissible before the Court<sup>10</sup>.

In order to overcome some polemical issues raised by some scholars and some States pertaining to admissibility, it is highly recommended to make further effort via jurisprudence-to give a more accurate interpretation to “inability” and “unwillingness”, and this effort can either be done by the Chambers or the Assembly of States Parties in the framework of its legislative powers.

Subjecting Articles 17, 18 and 19 to scrutiny, one easily concludes that they leave it to the Court itself to assess the admissibility of a case and say the final word on whether to initiate proceedings in connection with a given case.

With regard to the rationale of complementarity: it is well-established that the purpose is to protect States’ right to exercise criminal proceedings over crimes contained in the Statute within their jurisdiction and ensure that they abide by their duty to give full effect to this right, in case of their failure to do so, the Court steps in to prevent the impunity of criminals as a court of last resort. Thus, it appears that complementarity is designed to strike a balance between two conflicting concepts; namely the state sovereignty and international criminal justice.

### **3-Complementarity Regime and the United Nations Security Council Powers (Articles 13 and 16 of the Rome Statute)**

The relationship and interaction between the Security Council and the International Criminal Court can be traced in the United Nations Charter, the Rome Statute provisions and the Negotiated Relationship Agreement

---

<sup>10</sup> -Karolina Wierczynska, Admissibility of a Case before the International Criminal Court, Polish Academy of Sciences, Research Gate, 30 October 2019, p.7 and p.15.

between the International Criminal Court and the United Nations<sup>11</sup>. Both of them are united by a common purpose: to preserve and maintain peace and security in the world<sup>12</sup>, it is as well provided in paragraph 7 of the ICC Preamble that the Court reaffirms the purposes and principles of the Charter of the United Nations. With regard to the Rome Statute, it stipulates in Article 2 that the Court shall be brought into relationship with the United Nations through an agreement.

Besides what has previously been mentioned about the relationship between the Security Council and the International Criminal Court, Articles 13 and 16 of the Rome Statute<sup>13</sup> provide an additional legal basis for that relationship; these two Articles are reiterated in Article 17 of the Negotiated Relationship Agreement aforementioned. The provisions of these two articles grant great powers to the Security Council according to many authors who contend that this UN body (political organ) in virtue of these powers will have sway and control over the proceedings of the Court, and they have warned of the dangers of politicizing the Court and undermining its independence and the principles governing its functioning<sup>14</sup>. Our focus in this particular portion of the paper is whether Articles 13 and 16 actually preclude the complementarity regime from being operational.

### **3.1-Referral of a Situation by the Security Council to the ICC and its Effect on Complementarity**

---

<sup>11</sup> - Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations, Official Journal Publication, Assembly of States Parties to the Rome Statute, 0411012004;

<sup>12</sup> - See the Preamble and Article 39 of the United Nations Charter.

<sup>13</sup> - Articles 13 and 16 are about referral of a situation and request for deferral of proceedings by the Security Council to the Court. They will be examined with more details subsequently.

<sup>14</sup> -Double standard has been practised by the Security Council since it has twice referred situations to the Court: the situation in Darfur, Sudan, Resolution 1593 and situation in Libya, Resolution 1970. However, the Situation in Syria has not been referred yet, despite the horrifying death toll and the evidence of mass atrocities.

Whether or not to grant the SC the power to trigger the Court's jurisdiction was a highly controversial issue during the Rome Diplomatic Conference for the creation of the ICC. The supporters argued that this authority would allow the council "to initiate recourse to the Court by dispensing with the requirement of the acceptance by a State of the Court's jurisdiction, potentially extending the jurisdictional reach of the Court to encompass the entire globe. However, some delegates argued that internationalizing the proposed Court through the rubric of SC resolutions would have worrying consequences for its credibility and moral authority"<sup>15</sup>. The critics of the power to refer a situation expressed concerns over the manipulation of a judicial institution by a political body and that the latter may encroach upon the independence of the Court and undermine some of its core principles.

The friction point over whether or not the SC should be vested with the authority to trigger the Court's jurisdiction, ended up with the adoption of Article 13 (b) of Rome Statute: "The Court may exercise jurisdiction with respect to a crime referred to in Article 5 in accordance with the provisions of this Statute if:(...) (b)-A situation in which one or more crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter 7 of the Charter of the United Nations...". As provided by some scholars, it is reasonable and legal to endow the SC with a mechanism to trigger the jurisdiction of the Court as an enforcement action for the maintenance of international peace and security pursuant to Chapter 7 of the UNC.

The main purpose of this provision 13 (b) is to extend the jurisdiction of the ICC to crimes occurring outside the territory of a State Party and committed by non-nationals of a State Party, since in the case of a Security Council referral it is not necessary to show any link between the crime committed and a State Party. Therefore, in the case of a Security Council referral the state in respect of which a situation has been referred

---

<sup>15</sup> -Harry Orr Hobbs, "The Security Council and the Complementarity Regime of the International Criminal Court: Lessons from Libya", University of Technology Sydney, Faculty of Law, Australia, 2012, pp. 35-36.

to the Court is likely to be a non-party to the ICC Statute<sup>16</sup>. This provision contributes to set up international criminal justice, and thus, peace, as it has a deterrent effect upon individuals who cannot be prosecuted under the Statute.

It is noteworthy that according to Article 13(b) and Article 17 of the Negotiated Relationship Agreement, the referral is effected in the form of a resolution issued by the SC, and pursuant to Article 27 (3) the decisions of the SC pertaining actions under Chapter 7 of the UNC shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurrent vote of the permanent members. In addition, to the previous conditions, the situation referred to the Court shall be made with respect to a crime spelled out in Article 5 of the Statute, and the subject-matter of the referral shall fall under Chapter 7 provisions; that is to say, the SC triggers jurisdiction within the ambit of an action relating to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression<sup>17</sup> in order to maintain or restore international peace and security.

To analyze the impact of the SC referral on the complementarity mechanism, it is relevant to scrutinize the legal framework enshrined in the United Nations Charter (A) and the practical applications that occurred with respect to real cases (B).

**A-** As for the effect of the SC referral resolutions upon the complementarity framework, some provisions enshrined in RS and UNC can provide some basis for discussion. These provisions raise some persisting questions as to whether the UNSC as the principal organ charged with ensuring and maintaining international peace and security, can invalidate complementarity and endow the ICC with jurisdictional supremacy. The author tries to address this contentious issue through analysing some relevant RS and UNC provisions.

---

<sup>16</sup> -Dapo Akonde, “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 10, Issue 2, May 2012, p.300.

<sup>17</sup> -The Charter does not lay out any limitations or definitions to the terms: threat to the peace, breach of the peace and act of aggression. The Security Council enjoys a large discretion to make these determinations in real situations.

Although some scholars argue that complementarity regime does apply to SC referrals of situations to the Court in order to preserve the delicate balance which negotiators at Rome Conference tried to reach between the controversial wills for a Court enjoying complete independence and the necessity to confer the SC the power to refer situations to the Court. The preponderant opinion is that SC triggering mechanism abrogates the complementarity principle. This assumption can find strong evidence in some provisions in RS and the UNC, which grants great powers to the SC, namely the authority to confer jurisdictional primacy upon the Court.

To begin with, Article 18 provides that when a situation has been referred to the Court by a State Party or when the Prosecutor initiates investigations proprio motu on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court, and in case the Prosecutor has determined that there would be a reasonable basis to commence an investigation, he shall notify all States Parties and those States which would normally exercise jurisdiction over the crimes concerned.<sup>18</sup>The purpose of this notification is to give full effect to the complementarity regime to take place; that is to say, to allow national judicial orders to exercise jurisdiction-when able and willing- with respect to the crimes referred to in Article 5 of the RS, as a matter of fact, in accordance with the provisions contained in Article 17 relating to the issues of admissibility.

Notably Article 18 (1) omits any reference to situations referred by the SC pursuant to Article 13 (b). If that is the case, then the ICC would exercise automatic primacy as concerns investigations into such situations, although Article 19 would permit the State concerned or the defendant to challenge the admissibility of a specific case. Nsereko justifies the omission of Article 13(b) referrals by arguing, “the Council has primacy in matters involving international peace and security. Its decisions are binding on all States. Judicial proceedings are some of the measures that it may opt for as a means of maintaining or restoring international peace and security. Once it has opted for and sanctioned

---

<sup>18</sup> -See Articles 13 and 18 of the Rome Statute.

such measures there is no need for further authorization from the Pre-Trial Chamber or from any other authority<sup>19</sup>.

The SC is charged with the primary responsibility for the maintenance of international peace and security and is imbued with strong and broad powers under Chapter 7 of the UNC. These muscular powers stem from the failure of the League of Nations to prevent international conflict, a failure that in turn arises from the non-coercive enforcement powers of the League of Nations Council. The drafters of the UNC bore the failings of the League in mind as they set to work. Agreement between the great powers of the necessity of a strong, centralized body with coercive and far-reaching powers was achieved as early as the Dumbarton Oaks Conference in 1944. The delineations of this broad authority were debated at the San Francisco Conference<sup>20</sup>.

In addition to Article 18(1) which suggests the exclusion of the complementarity regime from being effected in case of referrals from the SC, some UNC provisions seem to go in the same stream; disregarding this principle, which constitutes the cornerstone of RS. It appears that Articles 25, 48 and 103 of UNC grant the SC the authority to undermine the complementarity framework enshrined in the RS. Under Article 48(1) of the UNC “the action required to carry out the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security may determine”. Article 25 encompasses the same meaning: “The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter. Finally, Article 103 states: “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail”.

An in-depth analysis of the three articles of the UNC demonstrates clearly that Members of the United Nations are supposed to abide by the SC resolutions, as a result, they are obliged to waive the investigations

---

<sup>19</sup> -Mark Klamburg, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Brussels, 2017, p.220.

<sup>20</sup> - Harry Orr Hobbs, *op.cit*, pp. 38-39

and prosecutions of cases for the benefit of the International Criminal Court, as no challenges to the jurisdiction or the admissibility of the case would be brought before the International Criminal Court<sup>21</sup>. It should also be noted that the aforementioned UNC articles are conflict-of-laws provisions asserting the preponderance of the UNC over RS., as they bind the Members of the UNO to give primacy to their obligations resulting from the Charter and require them to undertake the actions necessary for the implementation of the SC resolutions, particularly, when the resolutions are taken for the purpose of maintaining international peace and security.

So, read together these provisions appear to indicate that the Council does have the authority to abrogate the ICC's complementarity regime. Any Statute purporting to curtail the powers of the Council must necessarily be read down pursuant to Article 103. The Council's authority to confer jurisdictional primacy on international tribunals is unquestionable, and therefore a SC resolution rejecting the complementarity regime must be followed<sup>22</sup>; since Articles 25, 48 and 103 allow the SC to enforce its decisions and impose them without any serious challenges, as the states whether parties to the RS or not, are all essentially Members of the UN agencies, when the UNSC refers a case to the Court for investigation and prosecution, it involves the UN Member states. In other words, it involves the obligation to co-operate of both State Parties and states not party to the ICC<sup>23</sup>. In the same context, it is outlined that the drafters of the Charter styled their work a "Charter", thereby choosing a name, which denotes an especially elevated class of

---

د. ساسي محمد فيصل، حدود تطبيق مبدأ التكامل على ضوء العلاقات القانونية للمحكمة الجنائية الدولية، رسالة - 21 مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014، ص 171.

<sup>22</sup> -Harry Orr Hobbs, op.cit, p. 40.

<sup>23</sup> -Zhu Wenqi, "On Co-operation by States not Party to the International Criminal Court", International Review of the Red Cross, ICRC, Volume 88 Number 861, 2006, 91.

legal instruments. There is no doubt that in 1945 the term “Charter” was understood to be equivalent to “written constitution”<sup>24</sup>.

**B-Facts** on the ground and practical applications demonstrate that the complementarity regime has been set aside and ignored following the SC referral by virtue of Resolution 1593 of the situation in Darfur (Sudan) since 1 July 2002 to the Prosecutor of the ICC, after taking note of the report of the International Commission of Inquiry on violations of international humanitarian law and human rights law in Darfur. Paragraph 2 begins with the verb “decides” to call upon the Government of Sudan and all other parties to the conflict, as well as all states to cooperate fully with the Court, and paragraph 8 invites the Prosecutor to address the Council within three months of the date of adoption of the resolution and every six months thereafter on actions taken pursuant to the resolution. It is clearly understood from resolution 1593 that the SC confers jurisdictional primacy upon the Court and decides that the latter conducts the proceedings and addresses reports to the SC. In addition, the Resolution does not include any indication to the complementarity regime<sup>25</sup>. Additional evidence that complementarity is kept away in case of SC referrals, appears in the twenty-ninth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the Security Council, in which the Prosecutor reported that her office continued to make progress in the investigations and was pursuing the job of gathering evidence and urged States to fully cooperate with the Court to arrest the alleged perpetrators. The Prosecutor underscored that full cooperation of States, including states not party to the Statute, was crucial for the Office to effectively achieve its mandate to conduct impartial, and effective investigations and prosecutions of crimes. She said that she relied on cooperation by States to gain entry to the territory where alleged crimes occur and to access evidence, witnesses, documents, forensic and judicial records. The Prosecutor added that she was hopeful that Sudan’s political transition would result in a new chapter of positive cooperation, in which Sudan

---

<sup>24</sup> -Bardo Fassender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Columbia Law School, 1998, p. 580

<sup>25</sup> -Security Council Resolution 1593, adopted by the Security Council at its 5158<sup>th</sup> meeting, on 31 March 2005.

would comply with its obligation under UNSCR 1503 and cooperate fully with the Office and the Court. The statement shows clearly that The Prosecutor clings to the jurisdiction of the Court and holds firm to conduct the judicial proceedings with respect to the crimes occurring in Sudan<sup>26</sup>.

Another evidence that the SC referrals abrogate the principle of complementarity, and that the latter is inconsequential in the event of the Security Council triggering mechanism; is the announcement made by the Sudan's ruling council that the country's deposed strongman, Omar El Bachir would be sent for trial on war crimes charges to the ICC<sup>27</sup>.

Similarly, the SC unanimously referred the situation in the Libyan Arab Jamahiriya on 26 February 2011 to the ICC, since 15 February 2011, pursuant to Resolution 1970 (2011), following the violence and use of force against civilians, perpetration of gross and systematic violation of human rights, including the repression of peaceful demonstrators. The SC conferred jurisdiction to the Court when it decided that the "Libyan authorities shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution (...) and urges all States to cooperate fully with the Court...". The Resolution invites the Prosecutor to address the Security Council on actions taken in the framework of the investigations and prosecution performed by the Court<sup>28</sup>. A complete and accurate reading of the Resolution indicates that the Security Council recognises the primary role of the Court to investigate and prosecute the case and is not concerned at all with the complementarity principle.

It is worth recalling that Libya is not a State Party to the Rome Statute; a thing which justifies the referral of the situation by the SC. The referral

---

<sup>26</sup> -The Office of the Prosecutor, International Criminal Court, Twenty-Ninth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1593 (2005).

<sup>27</sup> - New York Times, Sudan's Ex-Ruler May Face War Crimes Trial, Official says, Feb11, 2020.

<sup>28</sup> -Security Council Resolution 1970 adopted by the Security Council at its 6491 meeting, on 26 February 2011.

noted that the widespread and systematic attacks against the civilian population may amount to crimes against humanity, and murder, torture, cruel treatment and outrages upon personal dignity may amount to war crimes. The Prosecutor opened an investigation in March 2011; three suspects were identified as alleged perpetrators of the crimes pointed out above: Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif-el-Islam Gaddafi and Abdullah El Senoussi. Three arrest warrants were issued against the three of them by the Pre-Trial Chamber of the ICC on 27 June 2011. It should be noted that the arrest warrant against Muammar Abu Minyar Gaddafi was withdrawn, on 22 November 2011, due to his death.

As regards the two others, the Libyan Transitional Government introduced an admissibility challenge before the Court, arguing that the authorities in Libya were willing and able to prosecute Saif Gaddafi and Al Senoussi before Libyan national courts. The admissibility challenge of Saif Gaddafi case was based on the principle of complementarity, however, Pre-Chamber 1 rejected the admissibility challenge on 31 May 2013 and reminded Libya of its obligation to surrender him to the Court because it determined that Libya was unable to genuinely carry out the investigation or prosecution against Saif Gaddafi. The Appeals Chamber confirmed the ruling on 21 May 2014. Unlike in the case of Saif Gaddafi, Pre-Chamber 1 decided that the Al-Senoussi case was inadmissible before the Court. The Appeals Chamber unanimously confirmed the Pre-Trial Chamber 1's ruling on 24 July 2014<sup>29</sup>. My assessment with regard to the Court's attitude pertaining to Saif Gaddafi and Al-Senoussi cases, is that: this is no more than unjustified double standard, and a sheer violation of the UNC provisions, namely; Articles 25, 48 and 103, in addition to Article 18 (1) of RS.

### **3-2.The Security Council Deferral Power and its Effect on Complementarity Framework**

The power of the SC to defer ICC proceedings which is described in Article 16 of the RS was a highly problematic and contentious issue. Small states were suspicious of this power and wondered why would the Security Council need to defer ICC proceedings; they deemed it an

---

<sup>29</sup> -Oumar Ba, *States of Justice : The Politics of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2020, pp. 81-82.

irrelevant interference of a political entity in judicially-related issues and could undermine the judicial mandate of the ICC. Other critics contended that if the Court was at the disposal of the Security Council, its credibility and independence would be at risk because of the politicization of the Court's judicial functions<sup>30</sup>. On the contrary, permanent States in the SC considered the power to defer the process initiated by the ICC is granted pursuant to Chapter 7 of the UNC, and finally, they succeeded in imposing it in the Statute. To fully understand the SC deferral power and its impact on complementarity, we will first focus on the content of the deferral power (A) and then, we will deal with the effect of this power on the ICC complementarity framework (B).

### **3.2. A-The Content of the Security Council Deferral Power**

Beyond the power to refer a situation to the Court, Article 16 of the RS conferred the right to deferral to the Security Council, it states: "No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter 7 of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions".

The purpose from endowing the SC with the right to suspend the ICC's proceedings is to allow to resolve the issues brought before the SC within the ambit of the powers granted to this UN Organ under the auspices of UN chapter 7 to restore international peace and security through suspending the investigation or the prosecution for a period of time<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> -Mr. Sadi ( Jordan) said that it was not clear to him why the Security Council should be singled out, in preference to other United Nations Organs, as authorized to make referrals to the Court. Nor did he understand why the Council would need to request the suspension of an investigation for as long as 12 months. The Court should not become a mere appendage to the Council. United Nations Diplomatic Plenipotentiaries on the Establishment of an= International Criminal, Conference of Court, Rome, 15 June-17 July 1998, Official Records, Volume 2, Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole, p. 208.

<sup>31</sup> - موات مجيد، " موقف الولايات المتحدة الامريكية من المحكمة الجنائية الدولية "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، مجلة دولية محكمة نصف سنوية متخصصة في العلوم القانونية و السياسية، جامعة باتنة 1، كلية الحقوق و العلوم السياسية، العدد الثاني عشر، جانفي 2018، ص 393.

Subjecting Article 16 to examination, one can observe that it suggests that there are some requirements which need to be featured in any deferral request. In making the deferral, the SC must be acting under Chapter 7 of the UNC; which means that it may not act without the situation first triggering the threshold language of UNC Article 39, that there be a “threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression.”<sup>32</sup>In accordance with Article 27 of the UN Charter, a resolution making an Article 16 request requires nine affirmative votes from members of the Security Council and the absence of a veto from any of the five permanent Members. Although the question remains open as to the likelihood of the ICC undertaking a separate assessment of the validity of a deferral request<sup>33</sup>. In my view, in virtue of the of UN Charter provisions; namely Article 39 and the requirements contained in Article 16 of RS, it is not, from the point of view of international law, available to the Court to check and assess whether the SC properly triggered the resolution under Chapter 7. Undoubtedly, it belongs exclusively to the SC to determine whether the threshold noted in Article 39 is met or not.

The second requirement relates to the validity period of the deferral request. Article 16 states that the deferral is valid for a period of 12 months and may be renewed by the Council under the same conditions. It's clear that the SC Permanent Members sought to have the upper hand when they imposed a renewable 12 months' period; this means from a theoretical point of view that any deferral request could be read literally to allow an infinite deferral as no indication is mentioned to the number of renewals and there is no one and no international entity that could put an end or limit the renewals. Others have a different point of view, they contend that at the expiration of the 12-month period, in order to renew the deferral request under the same conditions, the SC must once more gather and meet the requirements of the affirmative vote of nine members including the concurring votes or abstentions of the permanent Members on the grounds of a continued threat to peace and security which is a

---

<sup>32</sup> - Jenniffer Trahan, “The Relationship Between the International Criminal Court and the U.N. Security Council: Parameters and Best Practices”, *Criminal law Forum*, 2013, p.435. <https://link.springer.com/article/10.1007/s10609-013-9213-9>

<sup>33</sup> - Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Observers' Notes, Article by Article), Article 16, 2<sup>nd</sup> Edition, 28-06-2008.

highly unlikely prospect, and it is made more improbable under the prevailing international relations characterized by constant disputes and disagreements over international issues between Russia, China on one side and the United States of America on the other side.

Besides the above aspects, Article 16 is described as dangerous and a genuine hurdle to ICC proceedings as it allows the suspension of investigations and prosecutions at any phase of the judicial process. The article commences with setting up a general principle whereby it is not permitted to the Court to commence or proceed with the investigation or prosecution. The provision is binding and clearly enshrines the power of prior and subsequent tutorship over the Court. Prior tutorship is expressed via “No investigation or prosecution may be commenced...” which results in an effective abrogation of Articles 13(a) and 15 of RS which allow a State Party or the Prosecutor proprio motu to refer situations to the Court. Whereas the subsequent tutorship appears via “No investigation or prosecution may be proceeded with...”<sup>34</sup>.

### **B-The Effect of the Security Council Deferral Request on the Enforcement of the Complementarity Regime**

Theoretically, with the suspension of commencement of investigation or prosecution, particularly in case of indefinite deferrals, the complementarity framework can never be triggered since the deferral mechanism prevents the Prosecutor from initiating investigations. With regard to suspending the prosecution when it is proceeded with, the Court could have triggered the admissibility mechanism, but because of the deferral request, complementarity is undermined, and thus, neither the Court nor the State concerned can exercise jurisdiction.<sup>35</sup>

In theory, Article 16 can delay the commencement of an investigation or prosecution for a period of 12 months. The admissibility criteria in

---

<sup>34</sup>- د. علي جمل حرب، القضاء الدولي الجنائي: المحاكم الدولية الجنائية، دار المنهل اللبناني للدراسات، بيروت، 2010، ص ص 515-517.

<sup>35</sup> - The subsequent tutorship results in halting the prosecution and a probable loss of evidence and documents, and witnesses may disappear or die; a situation which may generate a discontinuation of the prosecution, under these conditions, there is no way to raise the issue of complementarity.

Article 17 indicates that the Court will exercise jurisdiction if the national courts are unwilling or unable. However, Security Council deferrals are not correlated to a condition of ‘inaction’ or ‘unwillingness’ or ‘inability’. Article 16 can only delay the ICC jurisdiction by suspending an investigation or prosecution for a period of time (12) months. If the period is renewed continuously, and the conditions for a new resolution are met, then the ICC jurisdiction can be excluded for as long as it is necessary. Based on the above, the complementarity principle is de facto upset, although the admissibility criteria can still be fulfilled<sup>36</sup>. The permanent Members of the SC, by establishing the deferral request provision sought to assign a political card to the SC to hinder the ICC’s complementarity framework pertaining to situations or crimes where their nationals or the nationals of their allies could be involved, thus potentially putting the prospect of justice on hold indefinitely.

The deferral request mechanism has only been effectuated once, through Resolution 1422, renewed by Resolution 1487. The Security Council determined that operations established or authorized are deployed to maintain or restore international peace and security under Chapter 7 of the UNC. Resolution 1422 requests that the ICC shall for a period of twelve-month period starting from 1 July 2002 not commence or proceed with investigation or prosecution, if a case arises involving current or former officials or personnel from a contributing State not Party to the RS over acts or omissions relating to a United Nations, and expressed the intention to renew the request under the same conditions for further 12 month-periods for as long as may be necessary, and decides that Member States shall take no action inconsistent with granting immunity from ICC prosecution to current or former officials or personnel serving or having served in UN peacekeeping operations, and no action inconsistent with their international obligations shall be taken.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> -Nidal Nabil Jurdi, *The International Criminal Court and National Courts: A contentious Relationship*, Routledge Taylor & Francis Group, London and New YORK, 2016, p. 132.

<sup>37</sup>- Security Council Resolution 1422 adopted by the Security Council at its 4572<sup>ND</sup> meeting, on 12 July 2002.

It was clearly stated from the words and terms contained in Resolution 1422 that neither the ICC nor the national judiciary orders would be able to exercise jurisdiction with respect to a crime referred to in Article 5 of the RS, which means that the complementarity principle was hard hit and set aside in virtue of the above mentioned Resolution.

It is worth noting that outrage and frustration were expressed by many States and scholars following the undisguised and shameless political manipulation of Article 16 on the grounds that the article doesn't grant an absolute power to the SC, but it can exclusively be used to deal with a specific situation that is ongoing or that has already occurred.

#### **4-Conclusion**

This article has argued that at the heart of the Rome Statute is the idea that primacy is accorded to national criminal jurisdictions to conduct investigations and prosecutions of the most egregious crimes referred to in Article 5 of the Rome Statute, and the ICC is a Court of last resort; it seeks to complement domestic legal orders. It only steps in when the State which has jurisdiction over a case, is unwilling or unable genuinely to carry out the proceedings.

The article has explored whether the SC resolutions taken in virtue of Articles 13(b) and 16, and acting under Chapter 7 of the UN Charter can abrogate the complementarity regime. It has demonstrated that under SC referrals of situations to the Prosecutor of the ICC, and similarly, under the deferral requests of ICC proceedings pursuant to Chapter 7 of the UN Charter, the applicability of the complementarity principle is disregarded and precluded under Article 18 (1) which suggests that the ICC exclusively exercises jurisdiction over the crimes in case of referrals from the ICC on the basis of the theory of delegation of jurisdictional authority, and Articles 25 and 48 of UNC which clearly indicate that the SC decisions for the maintenance of international peace and security are binding for the Members of the UN. With respect to Article 103, it is clear that it is a valid legal basis suggesting that the obligations emanating from the SC resolutions have priority over conflicting RS obligations, and because of the broad powers vested in the SC, the latter can cancel the effect of complementarity by obliging the States to abstain from their own prosecutions.

As regards the deferral request described in RS Article 16 granting the SC the right to defer ICC proceedings with no restriction on the number of times a request for deferral may be renewed, the study has shown that the enforcement of Article 16 results theoretically in hindering the effective pursuit of the ICC goals, hence, complementarity will not be effected, since the whole process can be indefinitely suspended.

With respect to complementarity, we suggest to introduce amendments allowing to give full effect to complementarity in case of referrals by SC only in post-conflict era and under a new political leadership. With regard to deferral request, my view is that it can help protect against large-scale atrocity crimes. As for the period, it should be renewed and made valid for a period of 12 months renewed once. An amendment should also be introduced through negotiated agreement to be approved by the Assembly of States Parties and the U.N.O granting the ICC the right to monitor if the SC resolution meets the Chapter 7 criteria, and at the expiration of the validity period, the proceedings should be resumed.



**University of MEDEA (Algérie)**  
**Laboratory of sovereignty and globalization**  
**Faculty of Law and political science**

---

**International academic and scientific journal**

# **JOURNAL OF LEGAL STUDIES**

---

**Published semi-annually by Laboratory of sovereignty and globalization**

**Volume 07 -Number 01  
JAN 2021**



<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/318>

ISSN 2437-0304  
EISSN: 2602-5108  
Dépôt légal: 2015-3039