

# مجلة حقوق الإنسان و الحريات العامة

مجلة نصف سنوية محكمة تصدر عن  
مخبر حقوق الإنسان والحريات العامة



مخبر بحث  
حقوق الإنسان والحريات العامة  
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم الجزائر



Université Abdelhamid Ibn Badis - Mostaganem  
Faculté de Droit et des Sciences Politiques



# Revue Droit de l'Homme et Libertés Publiques

Revue semestrielle éditée par  
Laboratoire de recherche:  
Droit de l'Homme et Libertés Publiques



## DHLP

Laboratoire de recherche  
DROITS DE L'HOMME ET LIBERTES PUBLIQUES  
Université Abdelhamid Benbadis, Mostaganem, Algerie

N° 5 - Janvier 2018

ISSN 2507-7503



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
مخبر حقوق الإنسان والحريات العامة



UNIVERSITE  
Abdelhamid Ibn Badis  
MOSTAGANEM

# مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة

مجلة دولية علمية محكمة

العدد الخامس

1 جانفي 2018

ISSN 2507-7503

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## التعريف بالمجلة :

مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة هي مجلة دورية علمية دولية محكمة سداسية تصدر عن مخبر الحقوق والحريات العامة بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم تحت إشراف هيئة علمية من الباحثين ذوي الخبرة والكفاءة من داخل وخارج الوطن، وبمتابعة من هيئة تحكيم ذات كفاءة تشكل دوريا لتقييم البحوث والدراسات.

هذه المجلة آلية لتطوير الفكر القانوني. فهي تسعى إلى إثراء الرصيدين الفكري والعلمي للكلية و تشجيع الأبحاث و الدراسات الجادة والقيمة التي تواكب المستجدات على الصعيدين الدولي والوطني وتستند إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

المجلة متخصصة في الدراسات والبحوث العلمية الأكاديمية المحكمة من أهل الاختصاص في ميدان الحقوق والعلوم السياسية التي يصدرها نخبة من الباحثين في جامعات جزائرية ودولية، تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال حقوق الإنسان والحريات العامة.

## الرئيس الشرفي للمجلة

الأستاذ الدكتور: مصطفى بلحاکم

مدير جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم

مدير المجلة ومدير النشر

الدكتور عباسة الطاهر

مدير مخبر حقوق الإنسان والحريات العامة – مستغانم

## الهيئة العلمية للمجلة ولجنة القراءة

### - من داخل الجزائر:

- د. بن بكرة عفيف- جامعة مستغانم.
- د. جلطي منصور- جامعة مستغانم.
- د. لعيمش غزال- جامعة مستغانم
- أ.د. إقلولي محمد – جامعة تيزي وزو.
- أ.د. إقلولي أولد رايح صافية – جامعة تيزي وزو.
- أ.د. إرزيل كاهنة - جامعة تيزي وزو.
- د. كريم كريمة – جامعة سيدي بلعباس.
- د. زهدور السهلي – جامعة وهران.
- د. مروان محمد – جامعة وهران.
- د. بوسماحة الشيخ – جامعة تيارت.
- د. بن عيشة عبد الحميد – جامعة الجزائر.
- د. غلاي محمد – جامعة تلمسان.
- د يحيى لخضر – جامعة الأغواط.
- د. قاش ميلود – جامعة الشلف.
- د. بواط محمد – جامعة الشلف.
- د. مهدي بخدة – المركز الجامعي بغيليزان.
- د. خليفة خلفاوي – المركز الجامعي بغيليزان.
- د. الحاج علي بدر الدين – جامعة سعيدة.
- د. يوبي عبد القادر- جامعة سيدي بلعباس
- د. العربي شحط عبد القادر – جامعة وهران
- د. عباسة طاهر – جامعة مستغانم.
- أ.د. مزيان محمد الأمن- جامعة مستغانم.
- أ.د. بن عزوز صابر- جامعة مستغانم.
- أ.د. باسم محمد شهاب- جامعة مستغانم.
- أ.د. يقنيش عثمان - جامعة مستغانم.
- د. حيتالة معمر - جامعة مستغانم.
- د. فنيخ عبد القادر- جامعة مستغانم.
- د. حيدرة محمد - جامعة مستغانم.
- د. فرقاق معمر- جامعة مستغانم.
- د. ساجي علام - جامعة مستغانم.
- د. عباسة دربال صورية - جامعة مستغانم.
- د. بلغيث عبد الله - جامعة مستغانم.
- د. حمو بوعلام - جامعة مستغانم.
- د. حميدة نادية - جامعة مستغانم.
- د. بن فريحة رشيد - جامعة مستغانم.
- د. يحيى عبد الحميد - جامعة مستغانم
- د. عبد الاوي جواد - جامعة مستغانم
- د. برزوق حاج - جامعة مستغانم.
- د. عيساني رفيقة - جامعة مستغانم.
- د. قماري نضرة - جامعة مستغانم.
- بلحناني فاطيمة- جامعة مستغانم.

## - من خارج الجزائر:

- أ.د. علي جميل حرب - جامعة لبنان.
- د.براء منذر كمال - جامعة تكريت - العراق.
- أ.د. عطية الجيار - جامعة الجيزة - مصر
- د. ناصر عبد الرحيم نمر العلي - روسيا الاتحادية.
- د. راشد العنزي - جامعة الكويت.
- د. ادوارد نشأت - مصر
- د.سارة الوادي - جامعة المغرب
- أ. عمر لعسري - جامعة الرباط - المغرب.

## - هيئة التحرير

### رئيس هيئة التحرير

- د. حميدة نادية- جامعة مستغانم .

### أعضاء هيئة التحرير

- د. بن فريجة رشيد- جامعة مستغانم.
- د. حيدرة محمد - جامعة مستغانم.
- د. فرقاق معمر - جامعة مستغانم.
- د. ساجي علام - جامعة مستغانم.
- أ. حساين محمد - جامعة مستغانم.

## - الهيئة التقنية

- أ. بن قودي أمين- جامعة مستغانم.

## شروط النشر في المجلة

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، متسمة بالعمق والدقة، ويشترط أن تتوفر في البحوث المقدمة المواصفات الآتية:

- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن لا يكون البحث قد نشر أو قدم للنشر في أي مجلة ويتحمل الباحث كامل مسؤولياته في حال اكتشاف بأن مساهمته منشورة أو معروضة للنشر.
- أن لا يكون البحث جزء من كتاب، أو فصلاً من رسالة أو أطروحة جامعية.
- أن تكون البحوث مقدمة بإحدى اللغات التالية: العربية، الفرنسية، الإنجليزية.

- أن يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية.

- أن تلتزم المقالات بالدقة والسلامة اللغوية.

- أن يلتزم الباحث بمواصفات النشر التالية:

1- حجم الورقة **papier** : 16.2cm X 22.9cm – enveloppe c5.

2- حواف الورقة **marges**: 2cm من كل الجهات إلا جهة بداية الكتابة 2.5cm (جهة اليمين للغة العربية، جهة اليسار للغتين الإنجليزية والفرنسية).

3- نوع الخط:

اللغة العربية المتن Sakkal Majalla حجم 15 وفي الهوامش نفس الخط مع حجم 11.

اللغة اللاتينية المتن Sakkal Majalla أو Time new roman حجم 14 وفي الهوامش نفس الخط مع حجم 10.

4- حجم المقال: لا يقل المقال عن 12 صفحة ولا يزيد عن 30 صفحة وفقا لحجم الورقة المعتمد لنشر المجلة.

5- عنوان المقال: يكتب بحجم 17 باللغة العربية أو 16 باللغة اللاتينية، وبخط خشن G في وسط السطر.

6- بيانات المؤلف: يكتب اسم ولقب مؤلف المقال والدرجة العلمية في سطر يبدأ من جهة اليسار للصفحة، وتحت الاسم الكامل للمؤسسة الأصلية والبلد، تكتب كل البيانات السابقة بنفس حجم متن المقال بخط خشن G.

7- الملخص: يدرج في بداية المقال ملخص باللغة العربية لا يتجاوز 10 أسطر إضافة إلى الكلمات المفتاحية، مع ترجمة الملخص إلى إحدى اللغتين الإنجليزية أو الفرنسية.

8- المقدمة: يجب أن تتضمن مقدمة المقال تمهيدا للموضوع، تحديد مجال الدراسة، أهمية الموضوع، أهداف البحث، الإشكالية، المنهج المتبع وخطة الدراسة.

9- العناوين: تكتب العناوين داخل المقال بنفس حجم خط المتن بخط خشن G ودون تسطير.

يجب إدراج تحت كل عنوان تمهيد يفصل بينه وبين العناوين الفرعية له.

10- الفقرات: يجب الاعتماد على فقرات قصيرة مع احترام علامات الوقف (نقطة، فاصلة، نقطة فاصلة ...)

- يترك فراغ بداية كل فقرة قدره 1 سنتمتر بطريقة آلية منتظمة.

- يترك بين السطور فراغ interligne قدره 1 سنتمتر.

- يترك بين كل فقرة وفقرة فراغ بيني espacement قدره 6pt.

- يتم تحديد النص justifier بطريقة آلية.

- لا يترك فراغ بين حرف الواو والكلمة التي تليها، ولا بعد الكلمة وعلامة

الوقف، وهذا تفاديا لوجود حرف الواو أو علامة الوقف آخر السطر.

- يتم إدراج رقم الهامش بعد علامة الوقف وليس قبلها، بهذا الشكل،<sup>1</sup>  
11- الخاتمة: يجب أن تتضمن الخاتمة أهم النتائج والاقتراحات وليس مجرد تلخيص للمقال.

12- الهوامش: تكتب الهوامش بطريقة الإدخال الآلي Insertion automatique في نهاية كل صفحة.

تكتب كل البيانات بخط عادي دون تمييز بتسطير أو بخط خشن. وفقا للطريقة التالية:

الكتب: اسم ولقب المؤلف، (فاصلة) العنوان، الجزء إن وجد، عنوان الجزء، دار النشر، بلد النشر، السنة، الطبعة، الصفحة. (نقطة)

المقالات: اسم ولقب المؤلف، العنوان، المجلة، جهة الإصدار، البلد، المجلد، العدد، السنة، الصفحة.

أشغال الملتقيات: اسم ولقب المؤلف، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى، المكان، التاريخ، الصفحة.

مواقع الانترنت : اسم ولقب المؤلف، عنوان المقال، تاريخ النشر، تاريخ الاطلاع، رابط المقال.

النصوص التشريعية: طبعة التشريع ورقمه، تاريخ الصدور، موضوع التشريع، رقم الجريدة الرسمية، السنة، الصفحة.

الاجتهاد القضائي: طبعة الحكم والجهة المصدرة له، الغرفة أو القسم، رقم القضية، تاريخ الإصدار، مصدر الاقتباس.

13- حفظ المستند: يحفظ المستند ويرسل بصيغة:

document word 97-2003 (\*.doc)

## ملاحظات مهمة:

- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال المقدمة للنشر من التطرف الفكري أو المساس بحقوق وحرريات الأشخاص الطبيعية والمعنوية.
- ترتيب المقالات والبحوث يخضع لاعتبارات علمية وفنية.
- لا ترجع المقالات إلى أصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
- إن المقالات المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها، ويتحمل وحده صحة المعلومات الواردة فيها، ولا تتحمل المجلة أية مسؤولية قانونية.
- كل مقال لا يحترم شكل النموذج المحدد من قبل المجلة يرفض تلقائياً.

## الفهرس

الصفحة	المؤلف وعنوان المقال
20-1	د/ باية عبد القادر - أستاذ محاضر "أ"؛ المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت قراءة في أحكام القانون العضوي 11/16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات
43-21	د/ ربعة بن عزوز - أستاذة محاضرة "ب" جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان إشكالية تقنين عقود الأعمال في الجزائر
61-44	د/ شيخ محمد زكرياء - أستاذ محاضر "ب" جامعة عبد الحميد بن باديس- مستغانم ط/ نهاري نصيرة طالبة دكتوراه جامعة محمد بن أحمد وهران -2- دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في حماية الأطفال الأسرى أثناء النزاعات المسلحة
75-62	د/ قوسطو شهرزاد أستاذة محاضرة "ب" جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس الآليات القانونية لمكافحة السرقة العلمية في البيئة الجامعية في ضوء القرار الوزاري رقم 933
96-76	د/ شامي يسين أستاذ محاضر قسم "ب" المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت - الاقتصاد الإجرائي والحد من الجزاءات الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - البطلان والسقوط نموذجا
131-97	د/ فصراوي حنان، أستاذة محاضرة "ب" جامعة الدكتور مولاي الطاهر- سعيدة آليات الحماية الدولية للاجئين

150-132	د/ بوسنة زينب أستاذة محاضرة قسم "ب" جامعة الجزائر 1- تطور حماية حقوق المرأة في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان
163-151	د/ منصور بختة أستاذة محاضرة قسم "ب" جامعة الجيلالي اليابس-سيدي بلعباس. حق المؤلف في تقرير نشر مصنفة
187-164	ط/ خيرفؤاد - طالب دكتوراه الأستاذ المشرف: د/عباسة طاهر- أستاذ محاضر "أ" جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم المسؤولية الجنائية للدولة عن أعمالها غير المشروعة
203-188	ط/ حمري عبد القادر - طالب دكتوراه جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم شروط القيد في السجل العقاري
219-204	ط/ زعيطي زوييدة - طالبة دكتوراه جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم رضا المريض في عقد العلاج الطبي
250-220	ط/ العربي دواجي عمر- طالب دكتوراه جامعة محمد بن أحمد وهران 2- طبيعة العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان
263-251	ط/ محفوظ إكرام- طالبة دكتوراه تحت إشراف: د/أسود محمد الأمين- أستاذ محاضر "أ" جامعة الدكتور مولاي الطاهر- سعيدة أثر التصرفات الدولية الانفرادية على قواعد العرف الدولي - الاحتجاج والتحفظ نموذجاً-
277-264	ط/ دزار عبد الهادي - طالب دكتوراه جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس الحق في الخصوصية كآلية لكبح ممارسة حرية التعبير

304-278	ط/ أمينة عبيشات- طالبة دكتوراه د/ براهيم عماري - أستاذ جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف الوقف المائي ودوره في تفعيل الأمن البيئي المستدام
326-305	ط/ حاشي محمد إسماعيل - طالب دكتوراه تحت إشراف: د/ إلياس نعيمة - أستاذة محاضرة "أ" جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة. الجهود الدولية في منع انتهاكات حقوق الإنسان وتحقيق الأمن الإنساني
354-327	ط/ صادقي عباس- طالب دكتوراه جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان أثر التحوّلات الاقتصادية على القبول بشرطيّ التحكيم والثبات التشريعي في العقود الإدارية
371-355	ط/ حاج بوسعادة فتيحة طالبة دكتوراه جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان حماية أموال القاصر المودعة لدى البنك
386-372	ط/ زرقوق عبد الجليل – طالب دكتوراه جامعة مصطفى اسطنبولي- معسكر مبدأ الإفصاح والشفافية في شركة المساهمة
398-387	ط/ سعيداني لخضر – طالب دكتوراه جامعة محمد بن أحمد - وهران 2 أ.د/ عمر بلبلشير – جامعة مصطفى اسطنبولي - معسكر واقع الأقليات ببلاد المغرب قراءة في نوازل "المعيار المغرب" لأحمد الونشريسي

423-399	<p>أ/ أيت بن اعمر غنية - طالبة دكتوراه جامعة محمد بن أحمد - وهران 2 الإجراءات الاستثنائية للبحث و التحري عن جريمة تبيض الأموال في قانون الإجراءات الجزائية</p>
444-424	<p>أ/ براهيمي أسيا المركز الجامعي: بلحاج بوشعيب عين تيموشنت نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون</p>

## قراءة في أحكام القانون العضوي 11/16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات

د/ باية عبد القادر - أستاذ محاضر "أ"  
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت

الملخص:

تعتبر الانتخابات بالنسبة للدول الحديثة ذات النظم الديمقراطية الوسيلة الشرعية الوحيدة للوصول إلى السلطة بجميع مستوياتها، ذلك أن النظام الديمقراطي مبني على أساس أن الشعب هو مصدر كل السلطات، ومن ثم فإن هذه الانتخابات يُفترض فيها الشفافية والنزاهة. ولتجسيد ذلك، توضع آليات لمراقبة هذه الانتخابات، هذه الآليات تختلف من دولة لأخرى من أجل الوصول إلى نتائج تعكس الإرادة الشعبية الحقيقية. تعالج هذا الورقة البحثية أحكام القانون العضوي 11/16 المتعلق بإنشاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر ومدى إلمام هذا التشريع الهام بكل جوانب الرقابة المفترضة على العمليات الانتخابية في الجزائر.

الكلمات المفتاحية: الهيئة العليا المستقلة، مراقبة، الانتخابات.

### Abstract :

For modern countries with democratic systems, elections are the only legitimate means of reaching power at all levels. The democratic system is based on the fact that the people are the source of all authorities. Therefore, these elections are supposed to be transparent and fair. To make this happen, mechanisms are put in place to monitor these elections. These mechanisms vary from state to state in order to reach results that reflect the true popular will.

This paper deals with the provisions of Organic Law 16/11 concerning the establishment of the Independent High Electoral Commission in Algeria and the extent to which this important legislation is familiar with all aspects of the supposed control over electoral processes in Algeria.

**Keywords:** Supreme Independent Commission, Monitoring, Elections.

### مقدمة:

تعد عملية الرقابة على الانتخابات إحدى أهم ركائز الحكم الديمقراطي ذلك أن هذه العملية تعمل على تحفيز وتعزيز الالتزام بالإطار القانوني، كما أنها تلعب دورا كبيرا في الحد من السلوكات المريبة التي قد تصاحب العملية الانتخابية وتساعد على إخضاع القائمين على الإشراف على هذه الانتخابات لمبدأ المسؤولية والمحاسبة.

وهناك نوعان للرقابة على الانتخابات، ويتمثل النوع الأول في الرقابة الوطنية وهو بدوره ينقسم إلى صنفين، فالصنف الأول هو رقابة الدولة وأجهزتها المختلفة منفردة أو رقابة الدولة وأجهزتها المختلفة بالاشتراك مع منظمات المجتمع المدني أما الصنف الثاني من الرقابة على الانتخابات فيظهر في الرقابة الأجنبية وينقسم أيضا إلى نوعين، رقابة تقوم بها الأمم المتحدة والمنظمات الدولية، و رقابة أجنبية تقوم بها الدول الأخرى والمؤسسات التابعة لها.

ومن خلال هذه الورقة البحثية سنحاول التطرق إلى الرقابة الوطنية على الانتخابات في صورتها المتمثلة برقابة بعض أجهزة الدولة بالاشتراك مع منظمات المجتمع المدني.

وحتى نكون أمام انتخابات نزيهة وشفافة وفق المعايير الدولية يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط والآليات التي تجسد حقيقة هذه النزاهة، وتأتي في مقدمة هذه الآليات إقرار المشرع بتشكيل لجان مستقلة قد تكون مهمتها

الإشراف والرقابة على العملية الانتخابية في جميع مراحلها وإما أن يقتصر دورها على الرقابة فقط.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالنوع الثاني من اللجان المستقلة التي أوكل إليها عملية الرقابة على العملية الانتخابية برمتها، وبداية من سنة 2012 شهدت الجزائر إصلاحات سياسية وإدارية، حيث صدر في هذه السنة العديد من القوانين والتشريعات لمواكبة هذا الإصلاح<sup>1</sup>، ومن بين تلك التشريعات صدر قانون الانتخابات 01/12 المؤرخ في 2012/01/12 الذي أقر تشكيل اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات وتحديد اختصاصاتها حينما نصت المادة 171 منه على أن: " تحدث لجنة وطنية لمراقبة الانتخابات. ويتم وضعها بمناسبة كل اقتراع، وتكلف بالسهر على وضع حيز التنفيذ الجهاز القانوني والتنظيمي المعمول به الذي يحكم الانتخابات".

غير أن النقد المستمر لعمل هذه اللجنة من قبل الأحزاب السياسية المعارضة وبعض طوائف المجتمع المدني جعلت من المشرع الدستوري أن يتوجه إلى الإقرار بإنشاء هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات في صلب التعديل الدستوري الصادر بالقانون 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2017 وذلك حين نص على تشكيلها بنص المادة 194 منه<sup>2</sup>.

وقد تطلبت هذه المراجعة الدستورية إجراء تعديلات على بعض القوانين لتواكب هذا التعديل الدستوري، فاستتبع ذلك بإصدار القانونين العضويين 10/16 و 11/16 المؤرخين في 25 أوت لسنة 2016، حيث تضمن الأول نظام

<sup>1</sup> - من بين تلك التشريعات، قانون الولاية 07/12، وقانون الانتخابات 01/12، قانون الإعلام 04/12، قانون الأحزاب 06/12.

<sup>2</sup> - القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتعلق بالتعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، ص 03.

الانتخابات والذي بموجبه ألغي قانون الانتخابات 01/12، أما الثاني فيتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

هذه الورقة البحثية المتواضعة تحاول الإجابة على التساؤل الذي مفاده: ما مدى إلمام القانون العضوي 11/16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بكل جوانب الرقابة الحقيقية والفعالة للعملية الانتخابية؟ وتكون الإجابة على هذا التساؤل من خلال المباحث الثلاث التالية:

المبحث الأول: مسار تقنين الرقابة على الانتخابات في التشريع الجزائري بعد دستور 1989.

المبحث الثاني: التعريف بالهيئة العامة المستقلة لمراقبة الانتخابات ومهامها.

المبحث الثالث: تقييم المعالجة القانونية للهيئة العامة المستقلة لمراقبة الانتخابات.

المبحث الأول: مسار تقنين الرقابة على الانتخابات في التشريع الجزائري بعد دستور 1989

إن معيار الانتخابات الحرة و النزيمية والعدالة يرتكز بالدرجة الأولى على النظام الانتخابي، هذا الأخير الذي يتمثل في مجموعة القوانين التي تبين وقت انعقاد الانتخابات من له الحق في ممارسة حق الاقتراع وكيفية تحديد الدوائر الانتخابية كما يشمل أيضا العملية الانتخابية، ابتداء من التسجيل الأول للمقترعين ومرورا بالدعاية الانتخابية حتى فرز الأصوات.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - فيصل شطناوي، محاضرات في الديمقراطية، مكتبة حامد للنشر والتوزيع، الأردن، دون سنة النشر، ص180.



وما يسجل على قانون الانتخابات 13/89 والمعدل والمتمم بالقانون 06/91 المؤرخ في 02 أفريل 1991 والقانون 17/91 المؤرخ في 15 أكتوبر 1991 أنه لم يتطرق ولم يتضمن أي نص على رقابة الانتخابات إلا ما خلا من النص على رقابة المترشحين أنفسهم أو من يمثلهم وهذه في حد ذاتها لا ترقى إلى مدلول الرقابة الحقيقي.

ونظرا للأحداث المأساوية التي عاشتها الجزائر من الفترة 1992 إلى غاية 1995 فإنه لم تجر أي انتخابات خلال هذه الفترة ، وفي نهاية سنة 1995 وتحديدًا بتاريخ 16 نوفمبر 1995 أجريت أول انتخابات - رئاسية- بعد توقيف المسار الانتخابي سنة 1992. وبعد أن عُـدِلَ دستور 1989 سنة 1996 صدر الأمر 06/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المنظم للانتخابات وهذا الأخير بدوره لم يتضمن إنشاء لجان أو آليات للرقابة على الانتخابات وكذا الأمر بالنسبة للتعديل الذي طرأ عليه من خلال القانون العضوي 01/04 المؤرخ في 07 فيفري 2004.

وفي إطار الأمر 06/97 شهدت الجزائر العديد من الاستحقاقات الانتخابية، عرفت خلالها بعض التجاوزات، ناهيك عن العزوف الشعبي الذي كان يرافق كل عملية انتخابية للاعتقاد السائد بعدم نزاهة الانتخابات، ومن ثم كان اللجوء إلى إجراء تعديلات على قانون ينظم الانتخابات مسألة ملحة وضرورة لإرساء وضع سليم بما يخدم الاعتداد بنتائج انتخابية نزيهة وشفافة.

**المطلب الثاني: مسار التقنين من سنة 2011 إلى غاية صدور القانون العضوي 11/16.**

في مساهمة للوضع الإقليمي الذي كان سائدا في بعض الدول العربية ابتداء من سنة 2011 وما سمي إعلاميا "بثورات الربيع العربي" سارعت السلطة إلى طرح حزمة قوانين في مجالات مختلفة ولأجل ذلك صدرت العديد من

التشريعات التي سميت حينها بحزمة قوانين الإصلاح كان من بينها القانون العضوي 01/12 المتضمن قانون الانتخابات الذي اعتبر نقلة نوعية في مسألة الرقابة على العمليات الانتخابية في الجزائر، إذ أقر المشرع الجزائري ولأول مرة إنشاء لجنة وطنية مستقلة مهمتها مراقبة سير العملية الانتخابية عبر كل مراحلها وتنتهي مهمتها بانتهاء عملية الاقتراع، حيث نصت المادة 171 من هذا القانون على أن: "تحدث لجنة وطنية لمراقبة الانتخابات. ويتم وضعها بمناسبة كل اقتراع، وتكلف بالسهر على وضع حيز التنفيذ الجهاز القانوني والتنظيمي المعمول به الذي يحكم الانتخابات".

وما إن جرت الانتخابات التشريعية لعام 2012 حتى أعادت الأحزاب المعارضة للسلطة وبعض فعاليات المجتمع المدني نقدها الشديد لعمل هذه اللجنة سواء من ناحية الطرح القانوني الذي عالج به المشرع عمل هذه اللجنة أو الدور الرقابي المؤدى من قبل اللجنة خلال انتخابات 2012.

**المبحث الثاني: التعريف بالهيئة العامة المستقلة لمراقبة الانتخابات ومهامها.**

أقر التعديل الدستوري لسنة 2016 على إنشاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات تاركا أمر تحديد تشكيلتها ومهامها وتنظيمها للقانون، وتنفيذا لذلك صدر القانون العضوي 11/16 المؤرخ في 25 فيفري 2016 الذي تضمن النظام القانوني لهذه الهيئة الدستورية.

**المطلب الأول: التعريف بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.**

استحدث التعديل الدستوري الصادر بالقانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات لما لها من أهمية في ضمان نزاهة الانتخابات وشفافيتها في كل مراحلها بحيث أدرج أحكامها ضمن المادة 194 من الدستور.

ويأتي استحداث هذه اللجنة بعد أن شهدت الجزائر استحقاقات انتخابية عديدة كما تطرقنا آنفا وخاصة بعد صدور دستور 1996 وبعد مطالبة الطبقة السياسية بتفعيل دور أكثر للجان مراقبة فعالة ومن ثم استجابات السلطة لهذه المطالب وذلك بإصدار هذا القانون العضوي.

ولقد قدمت المادة الأولى من القانون العضوي 01/16 الهيئة على أنها هيئة رقابية تتمتع بالاستقلالية المالية والاستقلالية في التسيير كما تضمن هذا القانون 52 مادة يهدف من خلالها إلى تجسيد مبادئ الدستور المتعلقة بالشفافية ومصداقية الانتخابات وتكريس دولة القانون وتعزيز التجربة الديمقراطية مع تدعيم الحقوق والحريات الفردية والجماعية.

ويتضمن هذا القانون أيضا نصوصا عن تكريس أطر عمل واضحة المعالم بغية تجسيد استقلالية هذه الهيئة وحيادها وطابعها التمثيلي من خلال تفعيل جملة من التدابير كالطبيعة القانونية التي تتمتع بها والتي تعطيها الاستقلالية التامة في التسيير وكذا استقلاليتها المالية. ونص أيضا على أن رئيس هذه الهيئة يتم اختياره من بين الشخصيات الوطنية بعد استشارة الأحزاب السياسية قبل تعيينه من طرف رئيس الجمهورية.

كما أن هذه الهيئة تتشكل من 410 عضوا بالتساوي بين القضاة وأعضاء آخرين يتم انتقاؤه من بين الكفاءات المستقلة من ضمن المجتمع المدني على أن تباشر الهيئة تباشر مهامها على كامل التراب الوطني وخارجه من أجل ضمان رقابة العملية الانتخابية.

وينص أيضا على الشروط الواجب توفرها في أعضائها وكيفية انتقائهم من بين القضاة وأعضاء من لجنة خاصة عالية المستوى يرأسها رئيس المجلس الوطني والاقتصادي والاجتماعي بالنسبة للكفاءات المختارة بعنوان "المجتمع المدني".

كما يشترط أن يكون التمثيل وطنيا عبر كل ولايات الوطن وحتى من الجالية الوطنية بالخارج.

**المطلب الثاني: مهام وصلاحيات الهيئة وفق القانون العضوي 11/16.**

خول القانون العضوي 11/16 للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات صلاحيات رقابية متعددة قبل الاقتراع وأثناءه وبعده، حيث تتكفل قبل الاقتراع بمراقبة عملية مراجعة القوائم الانتخابية وضمان حق المترشحين في الحصول على هذه القوائم والتكفل الكامل بالتوزيع المنصف لوسائل الحملة الانتخابية للمترشحين.

فأثناء عملية الاقتراع تتكفل هذه الهيئة بضمان حق المترشحين في حضور عمليات التصويت والتأكد من احترام توزيع أوراق التصويت والحرص على توفر هذه الأوراق وباقي العتاد الانتخابي وكذا التأكد من احترام المواقيت الافتتاح واختتام مكاتب التصويت.

وبعد عملية الاقتراع، فإن هذه اللجنة تملك صلاحيات واسعة تتمثل أساسا في التأكد من ضمان السير القانوني لعملية الفرز وضمان للمترشحين ممارسة حقهم في تسجيل احتجاجاتهم بخصوص عملية الفرز، بالإضافة إلى ضمان حقهم في الحصول على نسخ المحاضر المتعلقة بالفرز.

وقصد أداء أحسن لصلاحياتها حسب ما ينص عليه مشروع القانون العضوي المنشئ لها، تتمتع هذه الهيئة العليا بجملة من الآليات تمكنها من التدخل تلقائيا أو بناء على إخطار من أحد الأطراف المعنية بعملية الاقتراع، كما تتمتع بسلطة اتخاذ القرارات ويمكنها عند الحاجة أن تطلب من النائب العام تسخير القوة العمومية.

### المبحث الثالث: تقييم المعالجة القانونية للهيئة

إننا نعني بتقييم المعالجة القانونية للهيئة، ذلك التقييم الذي ينحصر في مدى توضيح المشرح للطبيعة القانونية لهذه الهيئة المستحدثة  
المطلب الأول: تقييم الهيئة من حيث الطبيعة القانونية وتنظيمها.

تنص المادة الثانية من القانون العضوي 11/16 على أن الهيئة هي هيئة رقابية تتمتع بالاستقلالية المالية والاستقلالية في التسيير، ويتضح من نص المادة أن مهمتها لا تتجاوز مسألة الرقابة دون الإشراف، هذا المطلب الأخير الذي نادى به أحزاب المعارضة خلال التشاور معها بشأن التعديل الدستوري لسنة 2016 غير أن السلطة لم تقم بتبليته لاعتبارات سياسية متعددة، ومن ثم فإن إنشاء هذه الهيئة لفي نظر العديد من الأحزاب السياسية لا يختلف كثيرا عن اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات السابقة الملغاة بقانون الانتخابات الجديد 10/16 . وللمقارنة هذا ما أخذ به المشرع التونسي حين أقر

بالرغم من أن نص المادة الثانية من القانون 11/16 أقر تمتع الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بالاستقلالية المالية والاستقلالية الإدارية إلا أنه لم يشر إلى تمتعها بالشخصية المعنوية، وإن كانت الاستقلالية في الحالتين المذكورتين سابقا تعتبران من باب الاعتراف بالشخصية المعنوية فقد يطرح التساؤل التالي: هل بإمكان الهيئة أن ترفع دعوى ضد أي شخص طبيعي أو معنوي أو العكس وذلك في حالة ما إذا رأى أحد المترشحين أن الهيئة تقاعست على القيام بعمل طلب منها أو دون طلب<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عمليا الهيئة ليست في حاجة الى ذلك لان بإمكانها اتخاذ القرار الذي تراه مناسبا باعتبار أن قراراتها غير قابلة للطعن بنص المادة 21 من القانون 11/16 )

كما أن النص على الرغم من اعتماده الهيئة في كل اقتراح أي أن مدتها ليست محددة باقتراح بعينه مثل اللجنة الوطنية لمراقبة الانتخابات المشكلة وفق قانون 01/12 إلا أن صفة الديمومة لم تذكر في تحديد طبيعة هذه اللجنة. كما أن هذا القانون لم يشر تماما لمسألة الاستفتاء التي تعتبر مراقبتها عملا أصيلا للهيئة وفق نص المادة 194 من الدستور ويتضح أن المشرع الدستوري قد أغفلها متعمدا معتبرا أن الاستفتاءات تدخل تحت مسمى الانتخابات ضمنا، وهو الأمر الذي لا نراه قد يستساغ باعتبار أن كل من العمليات الانتخابية والاستفتاء لها طبيعتها الخاصة ومن ثم كان من بابا أولى التطرق إلى مسار عملية الاستفتاء ودور الهيئة فيها.

وفي مقارنة مع هذه الهيئة فإن القانون الأساسي رقم 23 لسنة 2012 التونسي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة للانتخابات فإن الفصل الأول منه ينص على أن " تحدث هيئة عمومية مستقلة ودائمة تسمى الهيئة العليا المستقلة للانتخابات تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي مقرها تونس العاصمة ". ثم أضاف في الفصل الثاني : تسهر الهيئة العليا المستقلة للانتخابات على ضمان انتخابات واستفتاءات حرة وتعددية ونزاهة وشفافة".

ومن ثم فإن نص القانون العضوي 11/16 لم يتطرق أيضا إلى الاستقلال الإداري لهذه الهيئة وتحدث فقط عن الاستقلال المالي والاستقلالية في التسيير وهذا الأخير لا يعني الاستقلال الإداري.

ونشير إلى أن المادة 194 من الدستور المعدل لسنة 2016 بعد أن تطرقت إلى إحداث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات في فقرتها الأولى عادت في الفقرة الثانية من نفس المادة مستعملة مصطلح اللجنة فنصت على أن "...تسهر اللجنة العليا على شفافية الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية وكذا

الاستفتاء ونزاهتها منذ استدعاء منذ استدعاء الهيئة الناخبة حتى إعلان النتائج يوم الاقتراع".

ووفقا لهذا النص فإن المشرع الدستوري عبر عن الهيئة بمصطلح "اللجنة وهو ما يعتبر ازدواجية في توظيف المصطلحات المتعلقة بتسمية هذه الهيئة وقد يتداخل مع عبارة "اللجنة الدائمة" Le comité permanent التي هي أحد الأجهزة الثلاثة التي تتكون منها الهيئة<sup>1</sup>. وبالرجوع للنص الفرنسي نجده قد استعمل لفظ نفس المصطلح La Haute Instance وليس le Comité وهي الترجمة الصحيحة والأصوب من المصطلح المكتوب بالعربية وهو ما نراه أمرا عارضا ولا يمس بالتسمية الحقيقية بالهيئة التي أكدها بعد ذلك القانون 11/16 المتعلق بالهيئة.

ولم يشر القانون العضوي 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات الذي يتضمن 225 مادة إلى دور الهيئة ولو من باب الإشارة أو الإحالة في الباب الخامس منه المعنون بـ: "الأحكام المتعلقة بمراقبة عمليات التصويت والمنازعات الانتخابية". مكتفيا قبل ذلك في المواد 153 و 158 و 160 منه بالنص على وجوب حصول ممثل الهيئة على محضر نتائج الانتخابات من طرف اللجان الانتخابية البلدية والولائية وللمقيمين في الخارج.

وبخصوص المادة السادسة منه فإنها أوكلت مسألة تعيين الأعضاء بعنوان الكفاءات والبالغ عددهم 205 عضوا الى لجنة خاصة يرأسها رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي ومن ثم فقد صدر المرسوم التنفيذي 270/16 المؤرخ في 30 أكتوبر 2016 الذي يحدد تشكيلة وسير اللجنة الخاصة المكلفة باقتراح أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بعنوان الكفاءات المستقلة من

<sup>1</sup> - نصت المادة 25 من القانون العضوي 01/16 المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات على أن الهيئة تضم ثلاثة أجهزة: الرئيس، المجلس، اللجنة الدائمة.

ضمن المجتمع المدني، وهذا المرسوم في مادته الرابعة حدد تشكيلة هذه اللجنة والمتكونة من:

- رئيس المجلس الوطني لحقوق الإنسان،
- رئيس المجلس الوطني للفنون والآداب،
- رئيس المجلس الوطني للأسرة والمرأة،
- قائد الكشافة الإسلامية الجزائرية،
- رئيس الهيئة الوطنية لترقية الصحة وتطوير البحث،
- رئيس الجمعية الوطنية لمساندة الطفولة والعسر الاجتماعي في الوسط المؤسسي،
- شخصية وطنية يعينها الوزير الأول."

ما يلاحظ من الناحية الشكلية نجد أن هذه اللجنة الخاصة يحدد تشكيلتها وسيورها مرسوم تنفيذي، وقد كلفت وفق المرسوم نفسه - التنفيذي - باقتراح أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بعنوان الكفاءات المستقلة من ضمن المجتمع المدني، هؤلاء الأعضاء الذين يعتبر تعدادهم نصف أعضاء الهيئة هذه الأخيرة التي تعتبر هيئة دستورية، وبملاحظة بسيطة يتضح أن العضو المعين بمرسوم تنفيذي هو من يقترح العضو الذي سوف يعين بمرسوم رئاسي.

أما بخصوص تعيين النصف الآخر من أعضاء الهيئة الممثلين للسلك القضائي والبالغ عدد 205 عضوا فإن المجلس الأعلى للقضاء هو المخول باقتراحهم ، وفي هذا الشأن فقد صدرت المراسيم الرئاسية الثلاثة المؤرخة في 04 جانفي 2017 حيث تضمن المرسوم الرئاسي 05/17 تعيين القضاة أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات أما المرسوم الرئاسي 06/17 فقد تضمن تعيين الكفاءات المستقلة المختارة من ضمن المجتمع المدني وأخيرا المرسوم الرئاسي 07/17 المتعلق بنشر التشكيلة الاسمية للهيئة.

وبهذه التشكيلة تكون الهيئة قد ضمت أعضاء غير منتخبة بل على طريقة التعيين من قبل رئيس الجمهورية بعد الاقتراح الذي يقدمه المجلس الأعلى للقضاء بخصوص القضاة المعينين في الهيئة أو عن طريقة الاختيار من قبل لجنة خاصة فيما يتعلق بأعضائها بعنوان الكفاءات المستقلة من ضمن المجتمع المدني.

ونرى أن كلا الطريقتين لا تعبران عن منهج سليم في اختيار أعضاء الهيئة، فاللجنة الخاصة التي وكل إليها اختيار أعضاء الهيئة والتي يرأسها رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي يعتبر جل أعضائها غير منتخبين بل معينين من قبل السلطة التنفيذية رأسا فضلا على عدم معرفة المعايير الدقيقة التي على أساسها اختيار هؤلاء الأعضاء سواء كانوا قضاة أو كفاءات مستقلة.

ومن جانبنا نرى أنه كان من الأجدر اختيار هؤلاء الأعضاء عن طريق الانتخاب سواء بالنسبة لفئة القضاة على أن تسند هذه العملية للمجلس الأعلى للقضاء، وبنفس الطريقة يمكن اختيار أعضاء الكفاءات من ضمن المجتمع المدني بعد وضع معايير للترشح تكون مدروسة بعناية ثم تقام انتخابات تشرف عليها لجنة خاصة تعين بمرسوم رئاسي. وهذه الطريقة أقل ما توصف بأنها اتبعت مسلكا واضحا وشفافا في اختيار أعضاء الهيئة. والاستقلالية في نظرنا لا تبدأ من تاريخ التعيين بل تبدأ مع المنهج المتبع في اختيار هؤلاء الأعضاء.

وفي ما يتعلق بالشروط التي وضعتها المادة 7 من القانون العضوي 11/16 المتعلقة بعضوية الهيئة فنرى أن اشتراط عدم الانتماء لأي حزب كانت من الأحسن أن تقترن بمدة معينة ولتكن مثلا بخمس سنوات، مع إضافة أداء اليمين حتى ولو اقتصر الأمر على رئيس الهيئة وأعضاء اللجنة الدائمة باعتبار أن العمل المنوط بهذه الهيئة لا يقل أهمية عن الإشراف على الانتخابات، حيث ينص القانون 10/16 في المادة 31 منه على فرض أداء اليمين بالنسبة لأعضاء مكاتب التصويت الذين يقومون بعمل يوم واحد هو يوم الاقتراع - وهذا لا

يقلل من قيمة هذا المكلف ولا من قيمة المهمة التي يؤديها - ويتقاضى أجرا أقل بكثير مما يتقاضاه عضو الهيئة، إلا أن هذا الأخير غير معني بأداء اليمين .

ونصت المادة الخامسة من القانون 11/16 على أن ترأس الهيئة شخصيو وطنية يعينها رئيس الجمهورية<sup>1</sup>، بعد استشارة الأحزاب السياسية وقد صدر المرسوم 248/16 المؤرخ في 2016/11/03 المتضمن تعيين رئيس الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، وبقراءة سطحية لنص المادة الخامسة من نص القانون المنثني للهيئة فان هذه الاستشارة اختيارية وليست إلزامية، أي أن القيام بالفعل الاستشاري اختياري ثم إن نتيجة الأخذ بهذه الاستشارة أيضا اختيارية، ذلك ووفق لهذا النص دائما، لا يوجد ما يجبر الرئيس على الذهاب لهذه الاستشارة ولا يوجد ما يجبره على الأخذ بنتيجتها.

ثم يطرح إشكالا آخر، حول من يقترح اسم الرئيس الشخصية الوطنية فهل هي الأحزاب المستشارة أم رئيس الجمهورية، وكيف يمكن فعل ذلك إن كانت عدد الأحزاب المشاركة كثيرة العدد فضلا على أن يطرح إشكالا آخرًا يتمثل في وجود أحزاب للمعارضة وأخرى للموالة، ومن ثم فإننا نرى أن استعمال عبارة بعد استشارة الأحزاب السياسية لا تغني من جوع في قاموس العلاقات القانونية إذا ما استعملت دون تأكيد على وجوب الأخذ بها.

ونرى أنه كان بالإمكان أن يعين هذا الرئيس من قبل أعضاء الهيئة أنفسهم ولكن مسألة النصفين المتساويين بين عدد القضاة وعدد ممثلي المجتمع المدني تحول عمليا دون تحقيق ذلك، إلا في حالة اتفاقهم على اختيار مترشح من إحدى الطائفتين وهذا الأمر يبدو صعب التحقيق على أرض الواقع.

<sup>1</sup> - نصت المادة الخامسة من القانون 11/16 على أن : " ترأس الهيئة شخصية وطنية يعينها رئيس الجمهورية بعد استشارة الأحزاب السياسية".

كما أن القانون 11/16 نص على أن الهيئة تعد نظامها الداخلي ويجب أن ينشر في الجريدة الرسمية وهذا الذي تم ، حيث أعدت الهيئة نظامها الداخلي وقد صدر في الجريدة الرسمية العدد 13 المؤرخ في 26 فيفري 2017.

**المطلب الثاني: تقييم الهيئة من حيث الدور الرقابي المنوط بها.**

سميت الهيئة في صلب القانون العضوي 11/16 بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات غير أن المشرع لم يقم بتقديم تعريفات في هذا القانون لبعض المصطلحات كما هو شأن بالنسبة لبعض القوانين الأخرى ذات الأهمية، ومن بين تلك المصطلحات المهمة في هذا القانون مصطلح "الهيئة" "مراقبة"، "مستقلة"، من أجل تحديد مدلول المصطلح والفضاء الممكن أن يمارس فيه وذلك على غرار بعض التشريعات المقارنة ومنها القانون 11/30 المغربي المؤرخ في 02/11/2011 والمتعلق بالملاحظة المستقلة والمحايمة للانتخابات الذي نص عليها الدستور المغربي لسنة 2011 لأول مرة.

هذا القانون الذي قام بتعريف مصطلح الملاحظة في المادة الأولى منه على أنها: "كل عملية تهدف إلى التتبع الميداني لسير العمليات الانتخابية وجميع معيقاتها بموضوعية وتجرد وحياد. وتقييم ظروف تنظيمها وإجرائها ومدى احترامها للقواعد الدستورية والنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالانتخابات والمعايير الدولية من خلال إعداد تقارير بشأنها تتضمن ملاحظات الجهات المعدة لهذه التقارير وعند الاقتضاء توصياتها التي ترفعها إلى السلطة المعنية".

ونظام الملاحظة المستقلة للانتخابات، يختلف عن المراقبة، إذ يكفي الملاحظون بتسجيل ما يحدث من خروقات في تقارير ترفع إلى السلطات المعنية بينما المراقبون لديهم صلاحية التدخل لإيقاف أي خروقات شابت العملية الانتخابية. وفي حالة القانون الجزائري 11/16 تعتبر مسألة رقابة بالنظر إلى

الدور الذي منحه المشرع لهذه الهيئة لتقوم بدورها الرقابي ولا يقتصر على الملاحظة، ومن ثم كان من الأولى على المشرع تقديم تعريف مدلول مصطلح رقابة.

والدور الرقابي الذي تلعبه هذه الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات رقابة شاملة أي أن هذه الرقابة لا تقتصر على رقابة تصرفات الإدارة العامة أو على الجهات التي تقوم بالإشراف على الانتخابات بل يتعداه إلى الرقابة على الأطراف الأخرى الفاعلة في العملية الانتخابية كالأحزاب السياسية المتنافسة أو المترشحين الأحرار، وذلك وفقا لنص المادتين (19) و (20).<sup>1</sup>

ووفقا لنص المادة 21 فإن قرارات الهيئة غير قابلة للطعن، ويبدو أن المشرع قد سلك هذا المنحى أخذا بعين الاعتبار بأن نصف أعضاء الهيئة هم قضاة، وكذلك ربما للوقت والجهد خلال العملية الانتخابية، فضلا على أن القرارات التي سوف تصدرها الهيئة بمناسبة أداءها مهمتها الانتخابية ستكون في الغالب لصالح توخي نزاهة حقيقية. ولكن ذلك لا يعني عدم وقوع اللجنة في أخطاء في قراراتها.

وعلى سبيل المقارنة للاستدلال على هذا الاتجاه فإن قرارات اللجان البلدية والولائية المشكلة وفق قانون الانتخابات 10/16 الحالي أو السابق 01/12 الملغى والتي يرأسها أيضا قضاة فإن قراراتها قابلة للطعن أمام المحكمة الإدارية،

<sup>1</sup> - تنص المادة 19 من القانون العضوي 11/16 على أن: "تتوهم الهيئة العليا للإشعار السلطات المكلفة بتسيير العمليات الانتخابية بكل ملاحظة أو تفسير أو نقص تتم معابته في تنظيم العمليات الانتخابية واجراءها. يتعين على السلطات التي يتم اخطارها أن تتصرف بسرعة وفي أقرب الاجال ، لتصحيح الخلل المبلغ عنه ؟ن وأن تعلم الهيئة كتابيا بالتدابير والمساعي التي شرع فيها".

كما نصت المادة 20 من نفس القانون على أن: " تؤهل الهيئة العليا لإشعار الاحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين ، وكذا ممثلهم المؤهلين قانونا، بكل ملاحظة أو تجاوز صادر عنهم تعابته خلال مختلف مراحل العمليات الانتخابية يتعين على الاطراف التي يتم اشعارها أن يتصرفوا بسرعة وفي اقرب الاجال ، لتصحيح الخلل المبلغ عنه وأن تعلم الهيئة العليا كتابيا بالتدابير والمساعي التي شرع فيها".

وإن كان من الجانب العملي وبحكم تجربتها الأولى خلال الانتخابات التشريعية التي جرت في ماي 2017 فإن تلك القرارات المتخذة من قبل الهيئة كانت قليلة جدا مقارنة بنوعية الاستحقاق الانتخابي الذي أجري في هذا التاريخ.

كما نصت المادة 35 من قانون الهيئة في المطلة الرابعة منها على أن مجلس الهيئة يصادق على التقرير النهائي لتقييم العمليات الانتخابية الذي تعرضه عليه اللجنة الدائمة. لكن النص لم يشير إطلاقاً إلى الحالات التي قد يمتنع فيها بعض أعضاء المجلس عن التصويت أو عن النسبة المقبولة للمصادقة، وقد أجاب عن هذه التساؤلات النظام الداخلي للهيئة المعد من قبل مجلس الهيئة السابق الذكر في المادة 20 منه حين نص على أن: " يشترط لانعقاد دورات المجلس حضور أغلبية أعضائه. وفي حالة عدم اكتمال النصاب، تعقد الدورة وتعد صحيحة بعد انقضاء مدة يوم واحد."

ومن ثم يتبين أن السؤال السابق لم يتم الإجابة عنه إجابة وافية وخاصة فيما يتعلق بصفة الأغلبية التي تصوت على التقرير النهائي، فهل هي أغلبية مطلقة أم نسبية؟، بل إن المادة لم تشترط حتى تأجيل الجلسة لأجل آخر حتى يكتمل النصاب، كما يطرح التساؤل بشأن عدم تحديده لذلك فهل كان عن عمد أم أغفلها سهواً أو اكتفى بذكر الأغلبية دون قيدها بأي وصف لاتجاه نيته نحو الأخذ بالأغلبية البسيطة. في هذه الحالة وفي هذه النقطة نرى أنه كان من الأجدر اشتراط حضور الأغلبية المطلقة ويكون ذلك استثناءً بالنسبة للمصادقة على التقارير النهائية لتقييم العمليات الانتخابية الذي تعرضها اللجنة الدائمة على المجلس، هذه التقارير التي ترسل إلى رئيس الجمهورية وجوبا، والتي يمكن أن يتخذ بعض القرارات المتعلقة بالعملية الانتخابية بناء عليها.

## الخاتمة:

إن أهم ما يمكن أن تهدف إليه الرقابة في إطار عمل الهيئة بدولة ديمقراطية وليست فقط ذات نظام ديمقراطي وفق المعايير المعترف بها دوليا هو بناء الثقة بين المواطنين وبين السلطة التنفيذية من خلال ضمانات الشفافية والنزاهة، بغية تشجيع القبول والافتناع بنتائج الاقتراعات مما يشجع لا محالة على تشجيع المواطنين والشباب على الخصوص في المشاركة السياسية وتشجيع الناخبين على المشاركة في الانتخابات، للتقليص من حدة وخطورة ظاهرة العزوف السياسي التي استفحلت في الجزائر وظهرت بشكل بارز في الجزائر. بل إن الظاهرة انتقلت من عزوف الناخب إلى عزوف المترشح المثقف نفسه للانتخابات<sup>1</sup>.

وكما تطرقنا آنفا فإن للعملية الانتخابية جانبان يتمثلان في كل من الإجراءات والسياق العام والمتبع للحالة الجزائرية في إطار الرقابة على الانتخابات يسجل اهتمام كامل بالجانب الأول المتمثل في الإجراءات لكن الجانب الثاني للعملية الانتخابية والمقصود به السياق العام والذي يظهر في مجموعة الخصائص والسمات والممارسات التي تحيط بالعملية الانتخابية وترتبط بها وتؤثر فيها مثل طبيعة النظام السياسي، المناخ السياسي الذي تجري فيه الانتخابات، الثقافة السائدة، هذه وغيرها هي التي في أمس الحاجة إلى مراجعة

<sup>1</sup> - صرح نائب الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات بمناسبة الانتخابات المحلية التي ستقام يوم 23 نوفمبر 2017 أن نسبة الجامعيين المترشحين قليلة جدا، معتبرا أن ذلك لا يمكن أن يؤكد بأن الذين لا يملكون مستوى جامعي فاقدين للثقافة الانتخابية لأن هناك من انخرط منذ سنوات في الحزب الذي ينتمي إليه و له رصيد من النضال السياسي، و عليه يمكن أن يكون أكثر كفاءة من الجامعي، و قال في ذات الخصوص « القضية تحتاج إلى دراسة اجتماعية علمية و أكاديمية تحدد سبب هذا التباين الكبير و سبب عزوف الطبقة المثقفة عن الترشح، و إذا استمر الوضع بهذا الحال فإن ذلك سيشكل أزمة أخلاقية و ثقافية في المجتمع الجزائري، نحن في الهيئة العليا نستعين بخبراء لتحليل هذه الظواهر الانتخابية لأنها متعلقة بتعديل النصوص القانونية. عن الموقع الإلكتروني: <https://www.djazairss.com> تاريخ التصفح:

شاملة في الجزائر. ومن ثم فإننا نقترح أن يلغى قانون الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات ويحل محله هيئة لها طبيعة قانونية أخرى تكون كالآتي :

- إنشاء هيئة عليا مستقلة يسند إليها الإشراف والرقابة على الانتخابات وذلك أسوة ببعض الهيئات الموجودة على مستوى بعض الدول العربية كتونس والتي قطعت شوطا لا بأس به في إرساء نظام انتخابي ديمقراطي يحقق قدر كبير من النزاهة والشفافية .

- إسناد مهمة الرقابة والإشراف على الاستفتاءات لهذه الهيئة.

- وضع مدونة سلوك انتخابي أو ميثاق سلوك انتخابي سواء من قبل هذه الهيئة العليا لوضع هذا الميثاق وتفعيله. هذا الميثاق الذي يكون من الضروري أن يتضمن النص على مبادئ النزاهة والشفافية والحياد وحسن توظيف المال العام وعدم تضارب المصالح.

- تكوين المشرفين على مختلف مكونات المسار الانتخابي.

- إبداء الرأي في جميع مشاريع النصوص ذات العلاقة بالانتخابات والاستفتاءات.

## إشكالية تقنين عقود الأعمال في الجزائر

د/ ربعة بن عزوز – أستاذة محاضرة "ب"

جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان

### الملخص

أدى التطور التكنولوجي والعلمي إلى تلاشي العقود الكلاسيكية التي أصبحت عاجزة نوعا ما عن مواكبة هذا التطور، فتوصل المتعاملون الاقتصاديين إلى استحداث عقود جديدة تتوافق مع طبيعة مختلف المصالح الاقتصادية والتطور الذي آلت إليه وتمثلت هذه العقود في عقد التسيير وعقد الفرانشيز وتحويل الفاتورة وعقد الاعتماد الإجاري وعقد الاعتماد المستندي والتي اصطلح عليها عقود الأعمال، وتدخل المشرع الجزائري في مرحلة الإصلاحات الاقتصادية في فترات متقاربة وقام بتقنين هذه العقود سواء ضمن القواعد العامة او بقواعد خاصة بينما ترك البعض الآخر منها دون تنظيم الكلمات المفتاحية: الفرانشيز، شراء الدين التجاري، الاعتماد الاجباري، الاعتماد المستندي، التسيير.

### Sommaire

Le développement technologique et scientifique a conduit à la disparition des contrats classiques devenus un peu impuissants face à ce développement. Les transactions économiques ont conduit à l'élaboration de nouveaux contrats correspondant à la nature des différents intérêts économiques et au développement qui en a résulté: contrat de gestion, contrat franchise, transfert de la facture, contrat de crédit-bail et le, crédit-documentaire.

Le législateur algérien est intervenu au stade des réformes économiques à des périodes proches et a codifié ces contrats soit dans le cadre des règles générales, soit par des règles particulières, tandis que d'autres les ont abandonnés sans organiser

**les mots clés :** Franchise, Achat de dette commerciale, crédit- bail, crédit-documentaire, management.

## مقدمة

أدى التطور التكنولوجي والعلمي إلى تلاشي العقود الكلاسيكية التي أصبحت عاجزة نوعا ما عن مواكبة هذا التطور، فتوصل المتعاملون الاقتصاديين إلى استحداث عقود جديدة تتوافق مع طبيعة مختلف المصالح الاقتصادية والتطور الذي آلت إليه وتمثلت هذه العقود في عقد التسيير وعقد الفرانشيز وتحويل الفاتورة وعقد الاعتماد الإجاري والتي اصطلح عليها "عقود الأعمال"، وتدخل المشرع الجزائري في مرحلة الإصلاحات الاقتصادية في فترات متقاربة وقام بتقنين هذه العقود سواء ضمن القواعد العامة او بقواعد خاصة بينما ترك البعض الآخر منها دون تنظيم ومن هنا تظهر إشكالية البحث المتمثلة في:

كيف تم تقنين عقود الأعمال وما هي أهم المشاكل التي تطرحها هذه العقود في الجزائر؟

## المبحث الأول: عقود الأعمال في القواعد العامة في القانون الجزائري

بعد أن تبنت الدولة الجزائرية مؤخرا سلسلة من الإصلاحات الاقتصادية صاحبها حركة إزالة التنظيم وانسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي فتخلى المشرع الجزائري على التقنيات القانونية التقليدية وجاء بتقنيات جديدة تستجيب للتوجه الجديد للدولة الجزائرية ومن هنا بادر المشرع الجزائري بتبني أول عقد وهو عقد التسيير وذلك بإدراجه في تعديل القانون المدني الذي استتبع

بعقد آخر فيما بعد وهو عقد تحويل الفاتورة ولكن هذه المرة في أحكام القانون التجاري.

**المطلب الأول: تنظيم عقد التسيير ضمن أحكام التقنين المدني:**

يُعرّف عقد التسيير على أنه:

"ذلك العقد الذي بموجبه يضع المالك "المسيّر" كلّ أو بعض من أملاكه تحت تصرف شخص آخر يسمى "المسيّر" ويمنحه سلطة القيام بكل عمل مادي وقانوني لحسابه وهذا بهدف تثمين هذه الأملاك".<sup>1</sup>

وقد عرّفه المشرع الجزائري في المادة الأولى من قانون 01/89 المؤرخ في 1989/02/07م على أنه: "هو العقد الذي يلتزم بموجبه متعامل يتمتع بشهرة معترف بها يسمى مسيراً إزاء مؤسسة عمومية اقتصادية أو شركة مختلطة الاقتصاد بتسيير كل أملاكها أو بعضها بعضاً باسمها ولحسابها مقابل أجر فيضفي عليها علامته حسب مقاييسه ومعاييرها ويجعلها تستفيد من شبكاته الخاصة بالترويج والبيع".

لبقاء المؤسسة الاقتصادية في ظل اقتصاد تنافسي يجب أن تتمتع بفعالية وقوة اقتصادية من أجل تحسين المردودية الاقتصادية، حيث ترتبط هذه الأخيرة في جوهرها بمعدل الأرباح الذي يشكل الهدف الاستراتيجي والضمانة لاستمرارية المؤسسة وقدرتها على منافسة المؤسسة المماثلة لها في الأسواق المحلية والعالمية وكذا توسيع وخلق استثمارات جديدة مما يساند الاقتصاد الوطني، وهذا ما يلتزم به المسير في عقد التسيير حيث يقع عليه التزام بتحسين المردودية الاقتصادية

<sup>1</sup> - KAHLOULA. Mohamed : A propos du contrat de management entreprise de gestion touristique de Tlemcen E.G.T.T – FLAMINGO Intercontinental, Revue des sciences juridiques et administratives, de la faculté de droit de Tlemcen, ISSN 1112, 4334 N 4, 2006, p39.

والمالية للملك المسير من خلال الرفع من شأن المنتجات والخدمات، تحسين نوعيتها وكذا اقتحام الأسواق الخارجية.

ويطرح عقد التسيير في القانون الجزائري المشاكل التالية:

- إذا كان المشرع الجزائري في القانون المدني كرس الغاية الأساسية من وراء هذا العقد وهي اكتساب الطرف الوطني الخبرة والكفاءة الضروريين للنهوض بالمؤسسات الاقتصادية مستقبلا دون حاجة إلى التعاقد مع متعاملين أجنبى لكن كان عليه أن يكرس بالنصوص القانونية المشاكل التي تعترى هذه العملية والمتمثلة في الشروط التعسفية التي يدرجها المسير في العقد مثل تحديد التجهيزات التي تقع على عاتق الطرف الوطني مما يثقل كاهل ميزانية صاحب المال مما يزيد في تبعيته للخارج، بالإضافة إلى أن المسير لا يكتفي بتقاضى الأجرة كما هو وارد في العقد وإنما يتقاضى مبالغ مالية إضافية بالعملة الصعبة مقابل الإشهار واستعمال الشهرة والعلامة التي تنتهي بانتهاء العقد.

- عدم مراعاة المشرع الجزائري خصوصية هذا العقد والذي يختلف عن العقود الكلاسيكية الواردة في القانون المدني تحت طائفة العقود المسماة.

- عدم تحديد صفة المتعامل الأجنبي أي المسير، بالإضافة إلى أنه لم يبين الشكل القانوني للشركة المسيرة وعدم تبيان أهداف الاستغلال مسبقا ولا أي حد أدنى من المردودية مما يعطي للمسير سلطة تقديرية واسعة.

**المطلب الثاني: تنظيم عقد تحويل الفاتورة في القانون التجاري:**

يعد عقد تحويل الفاتورة من العقود الحديثة جدا التي عرفتها سوق المعاملات التجارية الدولية وذلك نظرا لحاجة المشاريع إلى السيولة النقدية اللازمة لتسيير نشاطهم أو تطويرها، رغم امتلاكهم ويكمن الهدف الأساسي الذي كان وراء ابتكار نظام تحويل الفاتورة هو حاجة المشاريع إلى السيولة النقدية اللازمة لتسيير نشاطاتهم أو توسيعها أو تطويرها رغم امتلاكهم لديون مترتبة لهم بذمة

مدينتهم وتلك الديون تكون إما غير مستحقة وإما ديونا مترتبة على مدينين يقيمون في بلد آخر وتحتاج إلى وقت وإجراءات لتحصيلها<sup>1</sup>.

ويكمن الهدف الأساسي الذي كان وراء ابتكار نظام تحويل الفاتورة هو حاجة المشاريع إلى السيولة النقدية اللازمة لتسيير نشاطاتهم أو توسيعها أو تطويرها رغم امتلاكهم لديون مترتبة لهم بذمة مدينتهم وتلك الديون تكون إما غير مستحقة وإما ديونا مترتبة على مدينين يقيمون في بلد آخر وتحتاج إلى وقت وإجراءات لتحصيلها<sup>2</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد عرف في المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري عقد تحويل الفاتورة على أنه: "عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى (وسيط) محل زبونها المسمى (المنتهي)، عندما تسدد فوراً لهذا الأخير المبلغ التام لأجل محدد ناتج عن العقد، وتتكفل بتبعية عدم التسديد، وذلك مقابل أجر:" وهو تعريف نراه معيباً، وأوجه ذلك ما يلي:

- إن ما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه ذهب مذهباً لم يذهب أحد من الفقه أو التشريع المقارن، عندما صنف هذا العقد في القانون التجاري، ضمن الفصل المتعلق بالأوراق التجارية؛ فإذا كان يمكن قبول سند الشحن وسند الخزن، كأوراق تجارية، فإنه من الصعب أن نقبل إدراج هذا العقد ضمن هذه الأوراق، لأنه يصعب تداوله عن طريق التظهير، المؤلف في الأوراق العادية.

- يعتبر هذا التعريف تعريفاً غير معبر عن مضمون هذا العقد بالنظر إلى أن عملية تحويل الفاتورة لا تقتصر على التزام الوسيط بدفع مبلغ الفواتير مسبقاً وإنما تلزمه بتقديم خدمات إضافية جد هامة بالنسبة إلى المنتهي

<sup>1</sup> - ذكرى عبد الرازق محمد: عقد شراء فواتير الديون التجارية factoring، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 7.

<sup>2</sup> - نادر عبد العزيز شافي: عقد الفاكورتونج (عقد شراء الديون التجارية) دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص 10.

كمسك المحاسبة للمنتهي الشيء الذي يمكن هذا الأخير من التفرغ لعمليات البيع والإنتاج وتزويده بالمعلومات حول وضعية زبائنه وتحذيره من العملاء المشكوك في نزاهتهم.

- لقد خص المشرع الجزائري هذا العقد بخمس مواد فقط من المادة 543 مكرر 14 إلى 543 مكرر 18 من القانون التجاري وهي محاولة محتشمة لتنظيم هذا العقد ولا تكفي لتغطية كل جوانبه.

- تجاوز المشرع الجزائري لصلاحيات مجلس النقد والقرض، المؤهل الوحيد قانونا باتخاذ جميع القرارات، المتعلقة بالترخيص بفتح البنوك والمؤسسات المالية وتعديل قوانينها الأساسية وسحب اعتمادها؛ وبما أن الشركات محولة الفاتورة تقوم بأعمال مصرفية بحتة، فكان يتعين إخضاعها لسلطة مجلس النقد والقرض في منح التأهيل أو سحبه، وليس للوزارة.

- أغفل المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 331/95 التطرق للأحكام والشروط الشكلية الواجب توافرها في شركات تحويل الفاتورة الأجنبية، والتي ترغب في فتح فروع لها في الجزائر، خاصة فيما يتعلق بالهيكلية الإدارية لهذا الفرع ومدا ارتباط هذا الفرع بالمؤسسة الأم، وأسس تنظيم الرقابة والضوابط الداخلية المعتمدة في الفرع المزمع إنشاؤه.

المبحث الثاني: عقود الأعمال بين تنظيمها في القوانين الخاصة وبين عدم تنظيمها

حاول المشرع الجزائري تنظيم بعض عقود الأعمال بقوانين خاصة مثل عقد الاعتماد التجاري بينما ترك عقود أعمال أخرى دون تنظيم لا ضمن القواعد العامة ولا ضمن قانون خاص مثل عقد الفرانشيز وعقد الاعتماد المستندي.

## المطلب الأول: عقد الاعتماد الايجاري

لقد قام المشرع الجزائري بتعريف الاعتماد الايجاري من خلال نص المادة الأولى من الأمر رقم 09/96 المتعلق بالاعتماد الايجاري على أنه: "يعتبر الاعتماد الايجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركات تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاص طبيعيين كانوا أم معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهي أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية."

وبالتالي فإنه تتوافر مراكز قانونية ثلاثة وهي البائع أو المقاول و المؤجر والمستأجر فيقوم البائع ببيع الآلات والمعدات التي يتم اختيارها من قبل المستفيد أو المستأجر أو يتم بناء العقار المطلوب من طرف المقاول وفقا للمواصفات المطلوبة ليتم تسليمه إلى المستأجر ثم يقوم المؤجر أو شركة الليزنج أو الاعتماد الايجاري بتأجيره إلى المستأجر<sup>1</sup>.

رغم تنظيمه لهذا العقد إلا أن المشرع الجزائري قد أغفل العديد من المشاكل القانونية التي قد تثار بمناسبة هذا العقد مما يعيق انتفاع المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بهذه الآلية المستحدثة في التمويل، وتتمثل هذه المشاكل في:

## 1- انعدام التوازن العقدي في الالتزامات المتقابلة بين الأطراف:

من خلال التعريف الذي قدمه التشريع الجزائري نستنتج أنه كان قاطعا في اعتبار العلاقة التي تربط بين شركة الاعتماد الايجاري والمستأجر أنها ذات

<sup>1</sup> - علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، 1993، ص 675.

طبيعة ايجارية<sup>1</sup> وما يلاحظ في هذا العقد قيام المؤجر باستغلال الطبيعة المكملة لقواعد الايجار، وتضمنين هذا العقد من الأحكام ما يتفق مع مصالحه والمثال على ذلك إعفاؤه من تحمل الالتزام بالصيانة والضمان وغيرها من الالتزامات المفروضة عله كونه في مركز المؤجر وهكذا استطاع المؤجر في هذا العقد أن يتمسك بقالب الايجار ولكنه لم يشأ ترتيب آثاره التقليدية، وحتى ولو فرضنا أن يمكن الخروج على القاعدة المكملة والاعتداد بدور الإيرادات الخاصة في تنظيم جانب من العلاقة على وجه مخالف لحكم القاعدة ولكن في مجال الاعتماد الايجاري نلاحظ إهدار كلياً ونمطياً لأحكام الايجار برمتها أدى ذلك إلى تشويه الايجار مما يتحتم معها إعادة النظر في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الايجاري.

ونظراً لانحصار التزامات المؤجر في هذا العقد في حدود ضيقة الأمر الذي لن يترك مجالاً واسعاً لإثارة مسؤوليته بالرغم من المشكلات العديدة التي قد تعترض استعمال المستأجر (المؤسسات الصغيرة والمتوسطة)<sup>2</sup>.

## 2- عدم فاعلية خيار تملك الأصل المؤجر في نهاية العقد:

إن عقد الاعتماد الايجاري يعطي للمشروع المستفيد من استعمال الأشياء محل العقد من تملكها في نهاية مدة العقد المتفق عليها<sup>3</sup>، هذه الوضعية

<sup>1</sup> - انظر المادة الأولى من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، المؤرخ في 10/01/1996، الجريدة الرسمية، العدد 3، لسنة 1996.

<sup>2</sup> - عسالي عبد الكريم: عقد الاعتماد الايجاري الدولي، رسالة دكتوراه تخصص القانون الخاص، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، السنة الجامعية 2014-2015، ص 299 وما بعدها.

<sup>3</sup> - سمير محمد عبد العزيز: التأجير التمويلي ومداخله المالية، المحاسبية، الاقتصادية والتشريعية والتطبيقية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، الطبعة الأولى، 2001، ص 73.

القانونية أوجدت رأياً في الفقه مفاده أنه هناك وعد بالبيع صادر عن المؤجر أو شركة الاعتماد الايجاري.<sup>1</sup>

وعلى ضوء الشروط الاتفاقية التي يتضمنها عقد الاعتماد الايجاري لا يكون للمستأجر إعمال حقه في تملك الأصول المؤجرة ما لم يوف بكافة الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتقه.

وبالتالي مصالح المؤجر في تضمين عقد الاعتماد الايجاري وعدا بالبيع أو خيار التملك للمستأجر فهي تسعى إلى نقل ملكية الأصول المؤجرة إليه حيث لن تستفيد بالاحتفاظ بملكيتها نظرا لصعوبة تسويقها،<sup>2</sup> لأن المؤجر في عقد الاعتماد الايجاري يتعرض فعلا إلى خسارة جسيمة إذا تم استرداد أصله بعد انتهاء العقد دون إعمال خيار الشراء أو في حالة فسخ العقد حيث يصعب عليه تسويقه وفي ذلك ضرر حقيقي للمستأجر الذي غالبا ما يستعمل خيار التملك إذا كان الأصل قد استنفذ معظم طاقته التشغيلية وحتى ولو استعمله فيكون حينها مضطرا خاصة إذا كانت القيمة المتبقية من ثمن الأصل \_ إذا أخذنا بعين الاعتبار الأقساط التي دفعها المستأجر خلال مدة الايجار عند تحديد ثمن الشراء\_ أقل من قيمته الحقيقية في السوق وقت الاسترداد.<sup>3</sup>

وإذا كان الوعد البيع الذي يتضمنه عقد الاعتماد الايجاري سوف يمكن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة التي هي هنا في مركز المستأجر من تملك هذا الأصل في نهاية مدة العقد إلا أنه سوف تجد نفسها مضطرة في بعض الأحيان

<sup>1</sup> - إلياس ناصيف: العقود الدولية، عقد الليزينغ أو عقد الايجار التمويلي في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، ص 136.

<sup>2</sup> - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 76.

<sup>3</sup> - محمود فهي: التأجير التمويلي، الجوانب القانونية والمحاسبية والتنظيمية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 75.

إلى شراء أصل استهلكت طاقته التشغيلية وما دفعها لذلك هو ميزة احتساب الأقساط الإيجارية المدفوعة سابقاً<sup>1</sup>.

### 3- إثارة مسؤولية المستأجر عند استلام الأصل:

إذا نظرنا إلى عملية الاعتماد الإيجاري من منظور اقتصادي لوجدنا أن المؤسسات الصغيرة والمتوسطة باعتبارها المستفيد تكون هي محورها الارتكازي، ذلك أن حاجتها إلى الحصول على الأصل ضمن عناصر الإنتاج في داخل مشروعها هي الشرارة المولدة للعملية برمتها وبذلك تكون بحاجة إلى تدخل كل من البائع والمؤجر حيث أن الأول من أجل توريد الأصل والثانية من أجل تمويل هذا الأصل<sup>2</sup>.

لذلك في مجال الاعتماد الإيجاري للمنقولات يتوجه المستأجر (المؤسسات الصغيرة والمتوسطة) إلى البائع للوقوف على أوصاف المعدات الإنتاجية المنشودة وعلى شروط تملكها حتى لو يتولى المؤجر إبرام عقد البيع، وبالتالي تمكين المستأجر (المؤسسات الصغيرة والمتوسطة) من الانتفاع بذلك الأصل، ولهذا يشير البعض إلى أنه في أغلب الفروض يكون البائع وسيطاً في التقاء المستأجر بالمؤجر<sup>3</sup>، ويتمتع المستأجر بقسط وافر في حرية اختيار المعدات التي ينبغي استعمالها دون تدخل من قبل المؤجر الذي يكتفي بقبول أو رفض التمويل على ضوء ما تسفر عنه المفاوضات التي تجري بين البائع والمستأجر من جانب وما تسفر عنه دراسة المركز المالي للمستأجر من جانب آخر.

ويكون المستأجر وكيلاً عن المؤجر في اختيار المعدات وبائعها فيما يعرف بالوكالة الأصلية سوف، إلا أن تمام إبرام عقد البيع ليس حتمياً، ولتفادي لأية

<sup>1</sup> - علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة: التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، مذكرة ماجستير، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002، ص 40.

<sup>2</sup> - هاني دويدار، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص 35.

<sup>3</sup> - هاني دويدار: الناظم القانوني للتأجير التمويلي، مكتبة الإشعاع، الطبعة الثانية، 1998، ص 255.

إشكالات فسخ عقد الاعتماد الايجاري الذي سبق تكوينه في حالة تخلف عقد البيع يتقرر تعليق إبرام العقد الأول على تماما إبرام العقد الثاني، ويبقى المؤجر مع ذلك بتوكيله للمستأجر في اختيار المنقول وبأنه بإمكانية إثارة مسؤولية المستأجر استنادا إلى خطئه في تنفيذ الوكالة فيلتزم بتعويض المؤجر عن جميع الأضرار التي لحقت به.

وعموما إذا تم البيع فإن المؤجر يتدخل لتمويل الصفقة فقط ولا تعنيه المسائل الفنية الأخرى المتعلقة بتنفيذه، لذلك يكلف المستأجر باستلام المنقول مباشرة من البائع وبالتالي يبقى بعيدا عن الإشكالات التي تطرح بمناسبة التسليم مثل معاينة المبيع على حالته الظاهرة وكشف ما يعتريه من عيوب.

ويقوم المستأجر بتحرير محضر الاستلام وأن المنقول هو مطابق للمواصفات أما إذا كانت فيه عيوب ظاهرة تنقص من قيمته أو تحول دون استعماله يتعين على المستأجر الامتناع قطعيا عن تسلمه وإلا كان مسؤولا عن ذلك في وجه المؤجر وعليه تحرير محضر بالأسباب التي جعلته يمتنع عن التسلم وإلا اعتبر قد قبل تسلم المنقول دون أية تحفظات ولا يستطيع بعد ذلك الامتناع عن تنفيذ عقد الاعتماد الايجاري وهو حسب ما نستنتج من النصوص القانونية التي نظمت عقد الاعتماد الايجاري في الجزائر.

إضافة إلى ذلك يتحمل المستأجر جميع النفقات الناشئة عن استلام المنقول من البائع فضلا عن نفقات تسليمه إلى المستفيد بوصف شركة الاعتماد الايجاري مؤجرة .

##### 5- شرط الوفاء بالأقساط بموجب معدل متحرك :

إذا كانت الأقساط الإيجارية في هذا العقد تمثل إهلاكاً لرأس المال بالنسبة إلى المؤجر ، فإنها تمثل أقساط ثمن تملك الأصل بالنسبة إلى المستفيد أو مقابل الانتفاع بالأصل المؤجر في حالة عدم استعمال خيار الشراء.

ويحتفظ المؤجر عادة بحقه في تعديل أقساط الأجرة , سواء في الفترة الواقعة بين توقيع العقد وبين تسليم الأصول المؤجرة إلى المستأجر، أو قبل البدء في مدة الإيجار، وليس هذا فقط، وإنما قد يقوم بتعديل هذه الأقساط حتى في مرحلة تنفيذ العقد متى كان هناك اتفاق بين الطرفين على ذلك، فمتى وجد هذا الاتفاق، ارتقت إرادة الطرفين إلى مرتبة القانون، وصار العقد شريعة المتعاقدين. فإذا تضمن عقد الإيجار التمويلي هذا الشرط، وهو احتفاظ المؤجر الممول بحقه في تعديل أقساط الأجرة، سمي هذا الشرط بـ"شرط وفاء الأقساط بموجب معدل متحرك"<sup>1</sup>.

حيث إنه إذا كان من المقرر أن المدين لا يلتزم إلا بالوفاء بقدر عدد النقود المذكور في العقد طبقاً للقواعد العامة، فإن انخفاض قيمة العملة الوطنية قد يكون في مصلحة المدين، ويعتبر بمصلحة الدائن .

و على ضوء مصالح هذا المؤجر، لا يعتد هذا الأخير في المعدل المتحرك إلا بحركته صعوداً، دون حركته هبوطاً.

لذلك يتعين على المشرع الجزائري تحقيق نوع من التعادل بين مصلحة المؤجر والمستأجر فيما يخص تعديل أقساط الأجرة، خاصة على تخفيض الأجرة إذا انخفض سعر المال المؤجر، أو في حالة الحكم بتخفيض ثمن المأجور لأحد الأسباب المتعلقة بعبء في صناعته أو بنقص في مواصفاته.

وحتى يكون هناك ربط بين القيمة التأجيرية وبين ثمن الأموال المؤجرة. وبالتالي تحقيق نوع من التعادل بين مصلحة المؤجر التمويلي ومصلحة المستأجر الذي هو هنا المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ما لم يتفق على خلاف ذلك.

<sup>1</sup> - نجوى ابراهيم البدالي: عقد الايجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص 341.

## 6- تحمل تبعة هلاك الأصل المؤجر:

إن المشرع الجزائري في الأمر 09/96 السابق ذكره والمتعلق بالاعتماد الإيجاري راعى في مسألة هلاك المال المؤجر، الدور التمويلي الذي تقوم به المؤسسة الممولة (المؤجر) فأعفاها من المسؤولية الناجمة عن هلاك المال المؤجر وألقها على عاتق المستأجر ولو حصل الهلاك لسبب خارج عن إرادته كالقوة القاهرة أو خطأ المؤجر أو الغير فهي إذن جعلت العبرة بالتسليم أو الحيازة للنظر فيمن يتحمل تبعة الهلاك وليس الملكية، مع أنه من المفروض هنا أن المالك (المؤجر) يضمن تبعة الهلاك، حيث يجب أن تراعى مسألة أن المؤجر هو الذي يتحمل تبعة هلاك الأموال المؤجرة باعتباره ملتزما بتمكين المستأجر من الاستمرار في الانتفاع بهذه الأموال، فإذا هلكت فإنه يستحيل عليه تنفيذ الالتزام وبالتالي يحق للمستأجر أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته المتقابلة وطلب فسخ العقد، ولذلك تلزم مؤسسات الاعتماد الإيجاري المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بإبرام تأمين ضد كل الأخطار وطوال مدة العقد على الأموال المؤجرة وبحيث إذا هلكت هذه الأخيرة استحق مبلغ التأمين للمؤسسة الممولة (المؤجر).

## 7- تأثير عقد البيع على تنفيذ عقد الاعتماد الإيجاري:

مع أن المشرع الجزائري من خلال خصائص عقد الاعتماد الإيجاري اعتبره عقد ذو طابع ثلاثي، إلا أنه لم يبين بنص صريح مدى تأثير العلاقتين من الناحية القانونية، في حالة ما إذا اعتري علاقة المؤجر بالمورد أو المقاول عارض من العوارض، كأن يحكم ببطلان أو فسخ العقد (البيع أو المقاول)، ذلك أن القواعد العامة التي تحكم البطلان تقضي، بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد وهنا يتعين قيام المؤجر برد الأموال إلى المورد.

## المطلب الثاني: بقاء كل من عقد الفرانشيز والاعتماد المستندي دون تنظيم

### أولاً: عقد الفرانشيز

يعتبر عقد الفرانشيز من العقود الهامة المستحدثة فهو وسيلة استثمار غير مباشرة، حيث أصبح هذا العقد أحد الآليات التي يتحقق من خلالها تكامل المشروعات المختلفة، حيث تتلخص هذه العملية في وجود نشاط اقتصادي ناجح في أي مجال سواء كان المجال الصناعي أو المجال الخدمي أو السلعي أو غيرها من المجالات الأخرى، ويرغب صاحبه في التوسع والانتشار، دون أن يستثمر أمواله الخاصة في إنشاء فروع ووحدات جديدة، فيعرض هذا النشاط على مستثمر آخر الذي يحصل أيضاً على ترخيص في استخدام العلامة التجارية لصاحب المشروع كما يتم تزويده بطرق التشغيل والإدارة والتدريب الضروري له ولمساعدته طوال فترة العقد مقابل مبلغ من المال يدفع بالاتفاق بين الطرفين.

ويعتبر عقد الفرانشيز خياراً استراتيجياً يفضله المتعامل الاقتصادي الأجنبي رغم توافر إمكانية وشروط الاستثمار المباشر في الدولة المستقبلة لعدة أسباب:<sup>1</sup>

- تجنب مخاطر الاستثمار المباشر مثل التأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة والمصادرة.

- قلة الموارد المالية اللازمة للاستثمار المباشر في الدولة المضيفة.

الرغبة في التوسع السريع في عدد كبير من الأسواق في وقت قياسي وهذا غير ممكن تحقيقه عن طريق الاستثمار المباشر.

<sup>1</sup> فوزي نعيبي: الإعفاءات التجارية ودورها في ترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مجلة الإدارة، مجلة سداسية، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، 2001، المجلد 10، العدد 2، ص152.

وتظهر فوائد هذا العقد بالنسبة للفرانشيزور في كونه يسمح له بزيادة شهرة علامته التجارية وانتشارها في مناطق مختلفة غير المناطق التي يمارس فيها نشاطه دون تحمل نفقات مالية قد تكون كبيرة نظراً للاستقلالية التي ذكرناها الموجودة بين الفرانشيزور والفرانشيزي حيث يعتبر الثاني تاجراً مستقلاً يتحمل لوحده جميع مصاريف إنشاء وإدارة مؤسسته، من خلال إقامة شبكة من عدة موزعين يقومون بإعادة بيع المنتجات وتقديم الخدمات موضوع الفرانشيز.

كما يسمح هذا العقد للفرانشيزور من خلال الأتاوى التي يتحصل عليها من الفرانشيز، استرجاع المبالغ التي صرفها بهدف امتلاك العلامة التجارية وزيادة شهرتها، وكل مصاريف جهود البحث العلمي والتوصل للمعرفة الفنية محل العقد.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للفرانشيزي فإن هذا العقد يساعده على التغلغل في الأسواق بشكل أسرع وأكثر أماناً من خلال الاستفادة معرفة فنية مختبرة تعطيه ميزة تنافسية على غيره من التجار دون تكبد نفقات أبحاث وتجارب علمية معينة من أجل الوصول إلى هذه المعرفة الفنية، ومن خلال علامة تجارية مشهورة وموجودة مسبقاً دون اللجوء إلى إنشاء علامة تجارية جديدة قد لا تستطيع جذب الزبائن، وبهذا العقد يستطيع تكرار النجاح الذي حققه الفرانشيزور في هذا المشروع.

أما بالنسبة للمستهلك فتتوافر له بواسطة اعتماد هذا العقد المنتجات والخدمات غير مشكوك في جودتها لأنها تحمل علامة تجارية مشهورة، بسبب التزام الفرانشيزي بالمحافظة على الجودة وممارسة الرقابة من قبل الفرانشيزور من أجل الحفاظ على سمعة شبكته وعلامته التجارية.

<sup>1</sup> - ياسر سيد محمد الحديدي: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في الفكر الاقتصادي والقانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 57.

وليس هذا فحسب فقد يساهم عقد الفرانشيز بفوائد عديدة حتى على الاقتصاد الوطني لأي دولة كتشغيل الأيدي العاملة، وزيادة الاستثمار في المشاريع الصغيرة والمتوسطة، رفع جودة المنتج المحلي وبالتالي زيادة الطلب عليه عن طريق تحفيز الأعوان الاقتصاديين المحليين من أجل منافسة المنتج الأجنبي، رفع كفاءة اليد العاملة الوطنية من خلال التدريب التي تتلقاها في المشاريع القائمة والمعرفة الفنية المنقولة.<sup>1</sup>

فيما يتعلق بنشاط الفرانشيز في الجزائر فلقد تأخر ظهور هذا النوع من العقود لغاية بداية التسعينات بعد انفتاح الاقتصاد الوطني على الاقتصاد العالمي، وخصوصا بتحرير التجارة الخارجية وتسهيل عمليات الاستثمار الأجنبي في الجزائر،<sup>2</sup> ثم تقرير بعدها الاستفادة من الإعفاءات من الحقوق الجمركية على المواد المستوردة عند ممارسة الأنشطة الإنتاجية أو التجارية.<sup>3</sup>

غير أن هذا النشاط بقي ضعيفاً مقارنةً مع واقع القطاع في الدول العربية والأجنبية وبالفعل فإن عدد شبكات الفرانشيز في الجزائر لا يتعدى العشرين شبكة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - دوار جميلة: المبادئ العامة لعقد الفرانشيز في التشريعات الوضعية، مداخلة أقيمت في مداخلة أقيمت في المؤتمر الوطني حول عقود الأعمال ودورها في تنمية الاقتصاد الوطني الذي نظم من طرف جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 17-18/05/2012.

<sup>2</sup> - راجع الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15/07/2006.

والأمر رقم 03/10 المؤرخ في 26/08/2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 22/96 المؤرخ في 09/07/1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج.

<sup>3</sup> - وهو ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 85/13 المؤرخ في 06/02/2013 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 89/10 المؤرخ في 10/03/2010 الذي يحدد كيفية متابعة الواردات المعفاة من الحقوق الجمركية في إطار اتفاقيات التبادل الحر، ج. المؤرخة في 10/02/2013، العدد 9، ص 7.

<sup>4</sup> - يوسف جيلالي: المرجع السابق، ص 12.

كما أن معظم شبكات الفرانشيز المتواجدة في الجزائر تُعد شبكات دولية وليست وطنية<sup>1</sup>، كما أن معظم هذه الشبكات في الجزائر تتعلق بقطاع التوزيع فقط أي الفرانشيز المعروف عند هذه الشبكات هو فرانشيز التوزيع فقط باستثناء بعض الشبكات التي تتعلق بفرانشيز الإنتاج مثل شبكات **Danone**<sup>2</sup> **Coca-Cola, Pepsi-Cola**

ويرجع ضعف هذا النشاط في الجزائر لعدة أسباب ولكن تبقى أهم عقبة هي تحويل مبالغ الأتاوى المستحقة للشركات المانحة الأجنبية حيث يرفض البنك المركزي تحويل الأموال إلى الخارج إلا إذا تعلق الأمر بأرباح الشركات أو بتعاملات عينية من شأنها دخول منتج أو خدمة يمكن تحديد قيمتها وقيمتها.<sup>3</sup>

وكما سبق وأن قلنا فإنه لا يوجد في الجزائر عقود فرانشيز محلية حيث أن أغلب عقود الفرانشيز هي عقود تربط بين شركات أجنبية تملك علامات مشهورة وفرانشيزي من جنسيات جزائرية الأمر الذي يجعل هذه العقود عقوداً دولية وليست وطنية.

ولهذا يعتبر عقد الفرانشيز في الجزائر عقداً غير مسمى حيث أنه لم ينظم بمقتضى نص قانوني خاص رغم وعود الحكومة الجزائرية وتمت المصادقة على

<sup>1</sup> - عكس ما هو عليه الحال في بعض الدول العربية مثل مصر.

<sup>2</sup> - يوسف جيلالي: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، اطروحة دكتوراه تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران، 2010-2011، ص12.

<sup>3</sup> - راجع الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22/07/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الجريدة الرسمية العدد 44 المؤرخة في 26/07/2009.

والأمر رقم 03/10 المؤرخ في 26/08/2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 22/96 المؤرخ في 09/07/1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المنشور بالجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخة في 01/09/2010.

ونظام مجلس النقد والقرض رقم 03/90 المؤرخ في 08/09/1990 الذي يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخيلها، الجريدة الرسمية العدد 45 المؤرخة في 24/10/1990.

مشروع قانون يحدد شروط ممارسة حق الفرانشيز وقامت بإيداعه لدى المجلس الشعبي الوطني،<sup>1</sup> ولكن قد أشار إليه المشرع الجزائري بشكل غير مباشر في إطار القانون رقم 29/88 الذي قلّص من احتكار الدولة للتجارة الخارجية وسمح للمؤسسات الخاصة الوطنية بالتدخل في مجال التجارة الخارجية لكن قيده بشرط الحصول على رخصة الاستيراد،<sup>2</sup>

ولكن غياب تنظيم قانوني خاص بهذا العقد في الجزائر لا يعني عدم خضوعه هذا العقد لأية أحكام قانونية بل هناك العديد من النصوص القانونية القابلة للتطبيق على هذا العقد وأهمها:

#### أ- القانون المدني:

باعتباره الشريعة العامة للعقود وهنا تنص القاعدة على أن العقد غير المسمى تسري عليه الأحكام العام للعقد،<sup>3</sup> ومن ثم تعتبر المواد من 54 إلى 123 من القانون المدني صالحة للتطبيق على عقد الفرانشيز.

#### ب- القانون التجاري:

وهنا نتساءل هل يكفي تطبيق القانون التجاري على عقود الفرانشيز في الجزائر خاصة إذا علمنا أن القانون التجاري الجزائري ينظم عمليات التوزيع بشكل عام وهي من أهم مجالات عقد الفرانشيز؟

أم أن القانون التجاري هذا غير كافٍ لحكم العلاقات الناشئة عن عقود الفرانشيز؟

<sup>1</sup> - تمت المصادقة على مشروع قانون حق الفرانشيز في اجتماع الحكومة المنعقد في 2009/09/14.

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية رقم 42 المؤرخة في 1988، ص 1427.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قتاده: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005م، ص 24.

ما من شك أن هذا العقد يُعد من قبيل الأعمال التجارية المحددة في المواد 02 و03 و04 من هذا القانون ونظراً لكون نشاط الفرانشيز يربط بين أشخاص يكتسبون صفة التاجر ويتصرفون بصدد أعمال تجارية فهذا يفترض تطبيق القانون التجاري على هذا العقد<sup>1</sup> وبالتالي خضوع هذا العقد للنظام القانوني للأعمال التجارية.<sup>2</sup>

### ت- القوانين المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية:

تعتبر الملكية الفكرية أو الحقوق الذهنية هي نتاج العقل والذهن وتشمل أنواعاً مختلفة من المنجزات العقلية أو الفكرية حيث تنقسم إلى نوعين هما: الملكية الصناعية والتجارية وتشمل الرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والنوع الثاني هو الملكية الأدبية والفنية وتشمل حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ويجوز لأي شخص استغلال إنتاجه الفكرية في التجارة أو الصناعة.<sup>3</sup>

إن عقد الفرانشيز يقوم أساساً على الترخيص باستعمال عنصر أو أكثر من عناصر الملكية الفكرية مثل العلامات والأسماء التجارية والرسوم والنماذج الصناعية وغيرها... وهذا يفترض تطبيق النصوص المتعلقة بهذه الحقوق على عقد الفرانشيز مثل الأمر 06/03 المؤرخ في 2003/07/19م المتعلق بالعلامات<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - طبقاً للمادة الأولى مكرر من القانون التجاري: "يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار...".  
<sup>2</sup> - راجع المادة 30 من القانون التجاري والمتعلقة بحرية الإثبات في المواد التجارية، والمواد: 05 و06 و07 و08 بخصوص الأهلية التجارية، والتضامن المفترض مثل ما جاء في المادة 551 من القانون التجاري بخصوص المسؤولية التضامنية للشركاء في شركة التضامن عن ديون الشركة.  
كما أن القائم بالأعمال التجارية يعتبر تاجراً وبالتالي يخضع التاجر لالتزامات معينة مثل مسك الدفاتر التجارية والقيود في السجل التجاري. أنظر، المواد: 01 و09 و10 و19 من القانون التجاري الجزائري.  
<sup>3</sup> - د. فرحة زراوي صالح: الكامل في القانون التجاري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الثاني، الحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، 2001، ص 1 و2.  
<sup>4</sup> - المنشور في الجريدة الرسمية العدد 44 المؤرخة في 2003/07/23.

وكذلك الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19 م المتعلق ببراءات الاختراع،<sup>1</sup> والأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/28 م المتعلق بالرسوم والنماذج.<sup>2</sup>

### ث- القوانين المتعلقة بالمنافسة وتنظيم الممارسات التجارية:

يهدف فرانشيز التوزيع وهو أحد أنواع عقد الفرانشيز إلى تداول المنتوجات من المنتجين إلى الموردين ومعيدي البيع وهذا ما يجعله يخضع للأحكام القانونية المنظمة للمنافسة ومكافحة الممارسات الرأمية لتقاسم الأسواق، وإساءة استعمال وضعية الهيمنة على السوق ووضعية التبعية الاقتصادية وهي الأحكام المنصوص عليها بموجب الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 م المتعلق بالمنافسة.<sup>3</sup>

وبما أن عقد الفرانشيز هو عقد من عقود التوزيع فإن المشرع الجزائري قد أخضع جميع نشاطات التوزيع لنص المادة 02 من هذا الأمر.<sup>4</sup>

أضف إلى ذلك الأمر رقم 02/04 المؤرخ في 2004/07/23 م المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية المؤرخة في 2007/07/23 العدد 44.

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية المؤرخة في 1966/05/03 العدد 35.

<sup>3</sup> - الجريدة الرسمية المؤرخة في 2003/07/20 العدد 43.

<sup>4</sup> - نصت هذه المادة على أنه: "تطبق أحكام هذا الأمر على:

نشاطات الإنتاج بما فيها النشاطات الفلاحية وتربية المواشي ، ونشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها والوكلاء ووسطاء بيع المواشي وبائعو اللحوم بالجملة ونشاطات الخدمات والصناعة التقليدية والصيد البحري وتلك التي يقوم بها أشخاص معنوية عمومية وجمعيات ومنظمات مهنية مهما يكن وضعها القانوني وشكلها وهدفها.

الصفقات العمومية بدءً بنشر الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة.

غير أنه لا يجب أن لا يعيق تطبيق هذه الأحكام أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحية السلطة العمومية".

<sup>5</sup> - الجريدة الرسمية المؤرخة في 2004/07/27, العدد 41.

## لكن رغم ذلك:

• أن المشرع الجزائري تناقض مع نفسه في المادة 09 حيث سمح بتبرير الاتفاقات المقيدة للمنافسة من خلال نص تشريعي أو تنظيمي من جهة ومن خلال أثرها الايجابي على الاقتصاد من جهة أخرى، ولكنه منع بصورة مطلقة كل تصرف استثنائي مهما كانت طبيعته دون أي تبرير في المادة 06 من قانون 12/08 المعدلة للمادة 10 من أمر 03/03 رغم أنه يمكن أن يتجلى هذا الاستثناء من خلال اتفاق الفرانشيز خاصة إذا كان يحتوي على شروط الحصرية والذي يعتبر شكلاً من أشكال الاتفاقات العمودية والتي يمكن أن تدخل ضمن نطاق الإعفاء عند توافر الشروط اللازمة.

- لذلك يتعين على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص ينظم هذا العقد وعدم تركه للقواعد العامة التي لا يمكنها أن تستعيب الآلية التي يتضمنها عقد الفرانشيز

## ثانياً: الاعتماد المستندي

تحتاج التجارة الدولية على وسائل حديثة تساعدنا على تطوير تعاملاتها التجارية و ذلك لا يتم إلا بواسطة الاعتماد المستندي الذي يعتبر من أهم الخدمات المصرفية التي تلعب دوراً تجارياً، واقتصادياً على صعيد العلاقات التجارية الدولية، ونظراً للتشجيع البنوي لهذه الوسيلة التي تتسم بالاستمرارية وتنوع في سائل التنفيذ بشكل يتلائم والمتغيرات التي تطرأ على المجال التجاري.

وهو " تعهد خطي يصدر من البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب زبونة ( المستورد) يتعهد بموجبه بدفع أو قبول سحبات أو سفتجة مسحوبة من المستفيد أو يفوض بنكا آخر ليقوم بالدفع نيابة عنه مقابل استفتاء كامل الشروط والتعليمات الواردة في الاعتماد "

وقد أدرجت المحكمة العليا تعريفا للاعتماد المستندي من خلال قرارها الصادر في 2006/06/06 على أنه: "حيث التذكير أن القرض المستندي هو وسيلة دفع ثمن بضاعة منقولة أو معدة للنقل من طرف بنك الزيون المستورد لها للبايع مقابل تسليم مستندات تمثل تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته".<sup>1</sup>

وإن المشرع الجزائري قد تبني صراحة في قانون المالية التكميلي 2009 الاعتماد المستندي كوسيلة إجبارية لتنفيذ عمليات التجارة الدولية وبالرغم من ذلك فهو لم يمل أي اهتمام بتنظيم هذه الآلية، وعليه فمن الجدير به تنظيمها ضمن القانون التجاري الجزائري حتى يزيل اللبس والغموض عنها ويبرز أهميتها للمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين.

### الخاتمة

من خلال ما سبق يتضح لنا أن من خلال فكرة تقنين عقود الأعمال في الجزائر نستنتج ما يلي:

- تبني المشرع عقود الأعمال في النصوص القانونية سواء في القواعد العامة أو بقوانين خاصة بدون توفير المناخ الاقتصادي لها.
- وإذا كان التشريع الجزائري قد اقتبس العديد من الأحكام الخاصة بهذه العقود أو النشاطات من القانون الفرنسي ولعل الدافع في نظرنا إلى ذلك هو التأثير الكبير بالمجموعة القانونية ألاتينية إلا أن عملية اقتباس الأنظمة القانونية الناشئة في بيئة مغايرة عن تلك التي ستطبق فيها مرهون باستخلاص ما في هذه الأنظمة من مزايا واستبعاد ما فيها من مساوئ فمثلا إذا أخذنا عقد الاعتماد الإيجاري وأول ما يلاحظ على التجربة الفرنسية في هذا المجال أنها كرسست هيمنة مؤسسات الاعتماد الإيجاري على المضمون الاتفاقي فاستطاعت

<sup>1</sup> - قرار رقم 400293 في 2006/06/06 للمحكمة العليا عن الغرفة التجارية والبحرية، مجلة المحكمة العليا، العدد 2 ، 2007.

هذه الأخيرة أن تضمن الاتفاق الذي يربطها بالمتعاملين الاقتصاديين ببعض الشروط والقوالب العقدية التي تتفق ومصالحها فتولد بذلك الإخلال بالتوازن العقدي وأصبح هذا العقد وسيلة لتركيز رأس المال بيد الشركات الكبرى المتخصصة من خلال دفع المشروعات الصغيرة والمتوسطة المستفيدة من العمليات الائتمانية إما إلى التصفية أو إلى الإفلاس أو الاندماج.

فهل انتبه المشرع الجزائري فعلاً إلى هذا الوضع خاصة وأنه قد أسند في السياسة الاقتصادية المتبعة إلى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحجم دور فعال في تنمية اقتصاد البلاد؟

- ترك بعض عقود الأعمال الهامة دون تنظيم قانوني خاص مثل الفرانشيز والاعتماد المستندي علما أن القواعد العامة لا يمكن أن ترعاها نظراً لخصوصية هذه العقود.

## دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في حماية الأطفال الأسرى أثناء النزاعات المسلحة

د/شيخ محمد زكرياء - أستاذ محاضر "ب"  
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم  
ط/ نهاري نصيرة - طالبة دكتوراه  
جامعة محمد بن أحمد - وهران 2

### الملخص

لقد لعبت اللجنة الدولية للصليب الأحمر دورا كبيرا وفعالاً في مجال حماية الأطفال الأسرى في النزاعات المسلحة وذلك بالاعتماد على أهم مبادئها كمبدأ الإنسانية، الحياد، عدم التحيز، الاستقلال، التطوعية، الوحدة والعالمية وذلك قبل وقوعهم في قبضة العدو من خلال إصدارها لعدة أعمال تمثلت أهمها في خطة عمل الحركة لصالح الأطفال المتضررين من النزاعات المسلحة لسنة 1995، المؤتمر الدولي للصليب الأحمر والهلال الأحمر وخطة عمل الحركة الدولية للصليب الأحمر 2002/2003، أو بعد وقوعهم في الأسر وذلك من خلال تدخلها عن طريق جهودها الإنسانية بقصد حماية الأسرى حيث تقوم بتذكير الأطراف المتحاربة بواجباتها القانونية إزاء أسرى الحرب عند اندلاع النزاع المسلح، كما يكون للجنة فضلاً عن المهمة التي تتولاها أن تقوم بتلقي ونقل الشكاوى من الجمعيات الوطنية العاملة في أراضي أطراف النزاع وكذا عقد الاجتماعات على الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني بما فيها تلك المتعلقة بحماية الأطفال الأسرى.

غير أنه وبالرغم من هذه الجهود إلا أنها تبقى مستقرة وعاجزة عن وضع حد لمختلف الانتهاكات المرتكبة يومياً ضدّ فئة الأطفال الأسرى مما يستدعي تدخل فوري من طرف المجتمع الدولي لوضعها موضع التنفيذ.

الكلمات المفتاحية: الصليب الأحمر، الأطفال، الأسرى، النزاعات المسلحة.

## Abstract :

The International Committee of the Red Cross (ICRC) has played a significant role in the protection of child prisoners in armed conflicts by relying on its most important principles such as humanity, impartiality, impartiality, independence, voluntarism, unity and universality. The Movement's Action Plan for the Benefit of Children Affected by Armed Conflicts of 1995, the International Conference of the Red Cross and Red Crescent and the International Red Cross Movement's Action Plan 2002-2003, or after its capture, through its humanitarian efforts to protect prisoners, The warring legal obligations in respect of prisoners of war at the outbreak of armed conflict, as is the Commission as well as the task undertaken by you to receive and transfer complaints from national associations operating in the territory of the parties to the conflict

As well as holding meetings on serious violations of international humanitarian law, including those relating to the protection of child prisoners.

Despite these efforts, however, they remain stable and unable to put an end to the various violations committed daily against the group of children who are in need of immediate intervention by the international community to put them into practice.

**Keywords:** Red Cross, children, prisoners, armed conflict.

## مقدمة:

كما هو الشأن بالنسبة للكثير من قواعد القانون الدولي العام، تتعرض قواعد القانون الدولي الإنساني إلى انتهاكات خطيرة من قبل الدول التي تخوض الحروب والنزاعات المسلحة، خصوصا تلك المتعلقة بحماية الأطفال الأسرى ومع أن القانون الإنساني وضع آليات لمراقبة تطبيق هذه القواعد، فإن طبيعة

المراقبة غير الإلزامية تشجع أطراف النزاع في كثير من الأحيان على إتيان مخالفات جسيمة يتحمل نتائجها المأساوية العديد من الضحايا من المدنيين الأبرياء، والأسرى من الجنود.<sup>1</sup>

إلا أنه في إطار سعي المعنيين بالقانون الإنساني إلى تعزيز دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في المراقبة أخذت تلعب هذه الأخيرة دورا متزايدا في المساهمة في توقيف الانتهاكات التي قد تتعرض لها قواعد القانون الدولي الإنساني عامة وأحكام اتفاقية جنيف خاصة، بغض النظر عن تلك الصعوبات التي تواجهها أثناء قيامها بمهامها الأساسية.

وعليه نتساءل عن مفهوم هذه اللجنة الإنسانية، وكذا الدور الذي تطلع به اتجاه الأطفال عموما والأسرى منهم خصوصا ؟

### المبحث الأول: مفهوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر

إن اللجنة الدولية للصليب الأحمر منظمة محايدة خاصة، وقد تكفلت بوجه خاص - بسبب حيادها - بتقديم خدماتها لصالح ضحايا النزاعات المسلحة، وإلى حين إبرام اتفاقيات 1929، لم يعترف للجنة بدور مستقل، إلا أنها أقامت حقها في الممارسة الدولية عن طريق إرسال المعونة إلى ضحايا النزاعات المسلحة وأمنتها لهم.

وهكذا وجدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر (المطلب الأول) نفسها في معسكرات الأسرى، وبدأت في إبداء رأيها حول أحوال الأسرى للدولة المحتجزة ونتيجة للنشاط الذي قامت به في الحرب العالمية الأولى اعترفت بدورها المستقل سنة 1929،<sup>2</sup> والذي أصبح من بين أهم المبادئ التي يؤسس عليها عمل اللجنة إلى جانب العديد من المبادئ الأخرى (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> محمد رضوان. المبادئ العامة للقانون الدولي الإنساني والعدالة الجنائية. مطبعة إفريقيا الشرق، المغرب، 2010، ص 240.

<sup>2</sup> فريد تريكي، حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الإنساني والفقهاء الإسلاميين. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، قسم القانون العام، 2014/2015، ص 253.

## المطلب الأول: تعريف اللجنة الدولية للصليب الأحمر

اللجنة الدولية للصليب الأحمر، هي منظمة غير حكومية، وهي تعمل منذ نشأتها على الاضطلاع بدور الوسيط المحايد في حالات النزاع المسلح والاضطرابات ساعية بمبادرة منها، أو استنادا إلى اتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين إلى كفالة الحماية العون لضحايا النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.<sup>1</sup>

ويرجع الفضل في تأسيس اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى مبادرة المواطن السويسري "جون هنري دونان"<sup>2</sup> الذي شهد معركة "سولفيرينو" في إيطاليا، والتي اندلعت نيرانها بين جنود "نابليون الثالث" الفرنسي وجيوش "ماكسيمليان" النمساوي سنة 1589.<sup>3</sup>

ونتيجة لذلك، وفي عام 1863 تم إنشاء "جمعية جنيف للمنفعة العامة" وهي جمعية خيرية بمدينة "جنيف"، متكونة من خمسة أعضاء،<sup>4</sup> لمحت إمكانية وضع أفكار "دونان" موضع التطبيق.<sup>5</sup>

وفي عام 1886 تم تغيير اسمها ليصبح "اللجنة الدولية للصليب الأحمر" وهي منظمة سويسرية، تخضع للقانون المدني السويسري،<sup>6</sup> إلا أن نشاطها

<sup>1</sup> فيصل شطاوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، دار الحامد، الأردن، 1999، ص 175.  
<sup>2</sup> عاش ما بين (1828-1910) وهو سويسري الأصل، ولد "دونان" في جنيف، من عائلة عرفت بالوجاهة والثروة، مال منذ نعومة أظافره إلى أعمال البر والإحسان، كما كانت له جهود في مواجهة الرق.  
- يراجع بهذا الصدد: عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطور، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 88.  
<sup>3</sup> إنصاف بن عمران، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، مذكرة ماجستير، تخصص: القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2009، ص 47.  
<sup>4</sup> - يتمثل هؤلاء الأعضاء في: جوستاف موانيه، ألبا، مونوار، الجنرال دوفور فضلا عن هنري دونان.  
<sup>5</sup> - ابراهيم أحمد خليفة، الرقابة الدولية على تطبيق القانون الدولي الإنساني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 111.  
<sup>6</sup> - يجتمع أعضاء اللجنة الدولية في النسبية السويسرية طبقا لنص المادة 1/7 من النظام الأعلى لهذه اللجنة التي تنص على أنه: "تختار اللجنة الدولية للصليب الأحمر أعضائها من المواطنين السويسريين وتتألف من 15 إلى 25 عضوا".

الدولي ومقرها بجنيف، وتعمل المنظمة لمساعدة الضحايا من خلال توفير الحماية لهم من الحروب والنزاعات المسلحة الدولية والداخلية بعد موافقة أطراف النزاع، من خلال الاطلاع على أحوال أسرى الحرب والمحتجزين من المدنيين والمعتقلين لأسباب أمنية إلى جانب الاطلاع على السجون لمعرفة مدى توفر الشروط الإنسانية فيها.<sup>1</sup>

وينسب إلى اللجنة الدولية تأسيس الحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، هذه الأخيرة هي منظمة إنسانية مهمة على الصعيد الدولي، تنشط من إنشائها في مجال القانون الدولي وتحديدًا في مجال القانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، غير أن اهتمامها بالفرع الأخير بدأ خلال العقد الأخير من القرن العشرين، بينما كان الفرع الأول جزء من عملها على الدوام، ومن ناحية أخرى فقد تطورت مهام هذه الحركة عبر الزمن، حيث أصبحت أنشطتها اليوم تتم في زمن السلم والحرب على السواء، وتحولت من مجرد محاولة التخفيف من حدة آلام الإنسان إلى السعي إلى تفاديها.<sup>2</sup>

وتتألف الحركة إضافة إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر من الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر والهلال الأحمر ومن الإتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر.

فالجمعيات الوطنية للصليب الأحمر هي عبارة عن وحدات وطنية أسست لغرض الإغاثة التطوعية المستقلة، تهدف إلى مساعدة السلطات العامة وقت النزاعات المسلحة للمشاركة في مجال الخدمات الطبية والعسكرية والمدنية طبقاً لاتفاقية جنيف، وفي وقت السلم في مجالات الرعاية والصحية

<sup>1</sup> علي عبد الرزاق الزبيدي، حسان محمد شفيق، حقوق الإنسان، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع،

الطبعة العربية، الأردن، 2009، ص 128.

<sup>2</sup> فاطمة بليش، حماية أسرى الحرب في القانون الدولي الإنساني، مذكرة ماجستير، التخصص: القانون

العام، جامعة حسية بن بوعلي، الشلف، 2007/2008، ص 111.

والاجتماعية مكافحة الأمراض والأوبئة والتخفيف من معاناة ضحايا الكوارث الطبيعية وخدمة البيئة المحلية.

أما بالنسبة للإتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر فهو منظمة إنسانية ليس لها طابع حكومي أو سياسي أو عرقي أو مذهبي، تأسس في مدينة باريس سنة 1919، ويتمثل هدفه العام في توحيد جهود جمعيات الهلال والصليب الأحمر في جميع أنحاء العالم، وذلك من أجل رفع المعاناة المترتبة عن الأمراض والكوارث الكبرى والتخفيف منها وتقديم المعونة للمتضررين.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: مبادئ اللجنة الدولية للصليب الأحمر

يهدف القانون الدولي الإنساني في الأساس إلى الحيلولة دون الإفراط في استعمال القوة، واستخدامها بالقدر الذي يتناسب مع الأهداف العسكرية وبذلك تسعى اللجنة الدولية للصليب الأحمر لنشر كافة مبادئ الإنسانية لمنع أو على الأقل الحد من التجاوزات التي قد ترتكب زمن الحرب<sup>2</sup>، خصوصاً ضد الأطفال الأسرى، إذ تسند مصداقية اللجنة في الاضطلاع بالدور المعهود إليها بغرض كفالة تنفيذ و تطبيق الاتفاقيات الإنسانية، احترامها الدقيق للمبادئ السبعة<sup>3</sup> التي اعتمدها في نشاطها ومهامها والمتضمنة بنظامها الأساسي<sup>4</sup>، والتي أقرتها الدول الأطراف في الاتفاقيات ووافقت على احترامها، ولقد قام بتقسيم هذه المبادئ إلى ما يلي:

<sup>1</sup> - إنصاف بن عمران، المرجع السابق، ص 58، 59.

<sup>2</sup> - إنصاف عمران، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 116.

<sup>3</sup> - المنصوص عليها في المادة 04 الفترة (1/أ) من النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الأحمر والمادة 05 من النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر.

<sup>4</sup> مجيد موات، آليات حماية أسرى الحرب، مذكرة ماجستير، التخصيص: القانون الدولي الإنساني، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2009، ص 220.

## الفرع الأول: المبادئ الأساسية

تتمثل هذه المبادئ في مبدأَي الإنسانية وعدم التحيز للذات يعدان مبدءان أساسيان لعمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وكما يرى الأستاذ "جان بكتيه" أن هذين المبدئين يشكلان نوعاً من الصرامة داخل الحركة، وهما يعبران كذلك وقبل كل شيء على الاحترام الكبير للكائن البشري، وعلى أساس هذين المبدئين يتحدد هدف الخدمات الإنسانية التي تؤديها اللجنة الدولية للصليب الأحمر لصالح ضحايا النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية<sup>1</sup>.

### أولاً: مبدأ الإنسانية

تنبثق عن مبدأ الإنسانية كل المبادئ الأخرى باعتباره الأساس الذي يقوم عليه جميع أعمال عناصر الحركة، فهو المحرك لنشاطات اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

ويقصد بهذا المبدأ أن الحركة الدولية للصليب الأحمر، التي ولدت من الرغبة في إغاثة الجرحى في ميادين القتال دون تمييز بينهم، تسعى سواء على الصعيد الدولي أو الوطني إلى منع المعاناة البشرية حيثما وجدت و التخفيف منها، ويتمثل هدفها في حماية الحياة والصحة وكفالة الاحترام للإنسان كما تسعى الحركة الدولية للصليب الأحمر إلى تعزيز التفاهم والصدقة والتعاون والسلام الدائم بين الشعوب<sup>2</sup>.

### ثانياً: مبدأ عدم التحيز

لقد جاء النص على مبدأ "عدم التحيز" تكريساً لنداء "هنري دونان" بعد انتهاء معركة "سولفيرينو"، الذي قال فيه "اعتنوا بالجرحى من الأعداء كانوا أم الأصدقاء".

<sup>1</sup> إنصاف بن عمران، المرجع السابق، ص 64.

<sup>2</sup> عبد القادر حوبة، الجهود الوطنية والدولية لإنفاذ القانون الدولي الإنساني، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016/2015، ص 88.

ويعبر عنه في النظام الأساسي للحركة الدولية بأنه: "لا تميز الحركة بأي شكل بين الأشخاص على أساس الجنسية أو العرق أو الحالة الاجتماعية أو الانتماء السياسي، وهي تثابر وحسب على إيغاة الأفراد بقدر معاناتهم، وتقدم العون على أساس الأولوية للنواب الأشد إجحاً<sup>1</sup>.

ويقصد بهذا المبدأ عدم التمييز بين الناس على أساس الجنسية أو العرق أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو الانتماء السياسي وأعضاء الأولوية لإيغاة أشد الحالات ضعفاً ومعاناة، ويقصد به الرغبة في مد يد العون لكل الضحايا دون استثناء<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: المبادئ المشتقة

ويقصد بها مبدأي الحياد والاستقلال، وهما وسيلتان لتطبيق المبادئ الأساسية عامة، كما أنها تكفل للجنة الدولية للصليب الأحمر ثقة جميع الأطراف، بحيث أنها مبادئ لا غنى عنها في تقديم الخدمات التي تؤديها اللجنة الدولية لصالح ضحايا النزاعات المسلحة ومن بينهم الأطفال الأسرى.

#### أولاً: مبدأ الحياد

يعتبر مبدأ الحياد "أمراً ضرورياً لعمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وذلك من أجل الاحتفاظ بثقة الجميع<sup>3</sup>، لهذا فقد عبرت ديباجة النظام الأساسي للحركة الدولية عن الحياد بأنه: "في سبيل الاحتفاظ بثقة الجميع تمتنع الحركة عن الاشتراك في الأعمال العدائية وفي جميع الأوقات عن المجالات السياسية أو العرقية أو الدينية أو المذهبية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> إنصاف بن عمران، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> مجيد موات، المرجع السابق، ص 220.

<sup>3</sup> عبد القادر حوبة، المرجع السابق، ص 88.

<sup>4</sup> إنصاف بن عمران، المرجع السابق، ص 66.

## ثانياً: الاستقلال

تصف ديباجة النظام الأساسي للحركة الدولية مبدأ الاستقلال في العبارة التالية "الحركة مستقلة، وعلى الجمعيات الوطنية وهي هيئات مساعدة للسلطات العامة في أنشطتها الإنسانية وتخضع للقوانين التي تنظم بلدانها، وان تتمكن من الاحتفاظ باستقلال يسمح لها بالعمل دائماً وفقاً لمبادئ الحركة".

ويعني مبدأ الاستقلال أن اللجنة الدولية يجب أن تقف ضد كل تدخل ذي طابع سياسي أو إيديولوجي أو اقتصادي، من شأنه أن يبعدها عن الطريق الذي رسمته ضرورات مبادئ الإنسانية وعدم التحيز والحياد.

### الفرع الثالث: المبادئ التنظيمية

إن المبادئ التطوعية والوحدة والعالمية مبادئ تنظيمية لها طبيعة مؤسسية، وهي تمثل أسلوب تآدية العمل، فطبيعة الخدمة في اللجنة الدولية هي تطوعية، أما مبدأ الوحدة والعالمية فهما معياران تطبيقان يتصلان بهيكل اللجنة الدولية وسير عملها.

### أولاً: مبدأ التطوعية

لقد عرفت الحركة الدولية للصليب الأحمر مبدأ التطوعية في ديباجة نظامها الأساسي على أنه "الحركة الدولية منظمة طوعية للإغاثة لا تدفعها بأي حال من الأحوال رغبة الربح"، وبالتالي فاللجنة الدولية منظمة إغاثة طوعية لا تعمل لأجل تحقيق المصلحة الخاصة فهي لا تسعى إلى تحقيق الربح بأي صورة من الصور<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> انصاف بن عمران، المرجع السابق، ص 66، 67.

## ثانياً: مبدأ الوحدة

مؤدى هذا المبدأ هو أن يوجد في أي بلد سوى جمعية واحدة للهلال الأحمر أو الصليب الأحمر، و يجب أن تكون مفتوحة أمام الجميع، وأن تمارس نشاطها في كامل إقليم هذا البلد، وهذا ما نصت عليه ديباجة النظام الأساسي للحركة الدولية.

## ثالثاً: مبدأ العالمية

لقد نصت ديباجة الحركة الدولية بأن الهلال والصليب الأحمر حركات عالمية النطاق<sup>1</sup> تتمتع فيها كل الجمعيات بحقوق متساوية، وتقع عليها مسؤوليات وواجبات متساوية في مساعدة بعضها البعض<sup>2</sup>، ويقصد بذلك أن تقوم اللجنة الدولية بأعمالها والمتمثلة في الإغاثة لكل البشر من أنحاء المعمورة<sup>3</sup>.

تعتبر هذه المبادئ الركيزة الأساسية التي تؤسس عليها اللجنة الدولية للصليب الأحمر عملها في مجال حماية الأطفال الأسرى في النزاعات المسلحة.

## المبحث الثاني: دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في حماية حقوق الأطفال الأسرى

تبين بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى، أن الأطفال والنساء هما الفئتان الأكثر تعرضاً لمآسي الحرب الإنسانية، الاقتصادية والاجتماعية وفي جميع المجتمعات التي تخوض الحروب، ونظراً لكون الأطفال قاصرون عن تدبير شؤونهم وعاجزون عن تحسين أوضاعهم كان لا بد ممن يدافع عنهم وينادي

<sup>1</sup> لقد حقق هذا المبدأ نشاطاً موسعاً للجنة الدولية للصليب الأحمر في كل أنحاء العالم، حيث أن لها بعثات ووفود في نحو 180 بلداً عبر العالم، كما يعمل معها قرابة 11 ألف موظف أغلبهم من مواطني البلدان التي تعمل فيها. - يراجع: إنصاف بن عمران، المرجع السابق، ص 68.

<sup>2</sup> عبد القادر حوبة، المرجع السابق، ص 89.

<sup>3</sup> مجيد موات، المرجع السابق، ص 221.

بحقوقهم<sup>1</sup>، وهذا ما اضطلعت به اللجنة الدولية للصليب الأحمر، من خلال قيامها بالعديد من الجهود في هذا المجال سواء قبل عملية الأسر أو بعدها (المطلب الأول)، إلا أنه كثيراً ما يعرقل هذه الجهود وينقص من فعاليتها العديد من العوائق والصعوبات (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: جهود اللجنة الدولية للصليب الأحمر في مجال حماية الأطفال الأسرى**

لقد أسهمت اللجنة الدولية للصليب الأحمر من خلال تطبيق اتفاقيات جنيف ولاسيما الاتفاقية الثالثة، في إعطاء أهمية كبيرة لحماية الأطفال أثناء النزاع المسلح بشكل عام، كما قد قامت ببلورة العديد من الاتفاقيات لكفالة هذه الحماية كاتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 (المادة 38) منها، معاهدة أوتاوا لسنة 1997 والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998 (المادة 08) منه والتي نصت على اعتبار تجنيد الأطفال جريمة حرب والبروتوكول الملحق باتفاقية حقوق الطفل المعتمد سنة 2001.<sup>2</sup>

وعليه نلاحظ أن الجهود المبذولة من طرف اللجنة الدولية في مجال النزاعات المسلحة هي حماية قبلية أي تحمي الطفل قبل تجنيده ووقوعه في الأسر، وبعدياً أي بعد تجنيده خصوصاً إذا كان في مراكز خاصة كوقوعه أسير حرب مثلاً.

<sup>1</sup> محمد يحيى قاسم النجار، حقوق الطفل بين النص القانوني والواقع وأثرها على جنوح الأحداث، دراسة تطبيقية في علم الاجتماع القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2013، ص 131.

<sup>2</sup> محمود سعيد محمود سعيد، الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 254.

## الفرع الأول: حماية الطفل قبل الوقوع في الأسر

لقد قامت اللجنة الدولية للصليب الأحمر في العديد من نشاطاتها الداخلية بتوفير حماية للأطفال من الاشتراك في النزاعات المسلحة ووقوعهم في الأسر فيها، ومن بين أهم هذه النشاطات نذكر ما يلي:

أولاً: خطة عمل الحركة لصالح الأطفال المتضررين من النزاعات المسلحة  
1995

لقد ورد في هذه الخطة التزامين قانونيين يتمثل الأول في منع استخدام الأطفال كجنود وذلك من خلال تعزيز المعايير القانونية الوطنية والدولية، والتي تحظر التجنيد العسكري للأشخاص الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر، كما تحظر استخدامهم في الأعمال العدائية، والاعتراف بهذه المعايير من جانب كافة المجموعات المسلحة الحكومية وغير الحكومية.

وكذلك منع الأطفال من الانضمام إلى القوات أو الجماعات المسلحة عبر إمدادهم ببدايل عن التجنيد وعن طريق تنمية وعي المجتمع بالحاجة إلى الحيلولة دون انضمام الأطفال للنزاع المسلح، أو تشجيعهم على ذلك، فالحاجة قائمة إذن لتنمية الوعي العام بشأن الآثار طويلة المدى بالنسبة للأطفال أنفسهم والمجتمع الذي يعيشون داخله، كما يتعين الدعوة لعدم استخدام الأطفال كجنود.

أما الالتزام الثاني فيتمثل بالقيام بتدابير ملموسة لحماية ومساعدة الأطفال من ضحايا النزاعات المسلحة.

## ثانياً: المؤتمر الدولي للصليب الأحمر والهلال الأحمر

يجتمع المؤتمر الدولي للصليب الأحمر كل أربع سنوات من حيث المبدأ، وقد تم اعتماد قرارات عدة خلال المؤتمرات الدولية واجتماعات مجلس

المندوبين الأخرى بشأن حماية الأطفال الذين يواجهون نزاعاً مسلحاً كالقرار رقم 2 ج (د) سنة 1995، والقرار 2 ج (ز) في نفس السنة.

### ثالثاً: خطة عمل الحركة الدولية للصليب الأحمر 2003/2002

تعمل الحركة على ضرورة الاحترام الكامل من جانب كافة أطراف النزاع المسلح لالتزاماته بموجب القانون الدولي الإنساني.

وفيما يتعلق بمشاركة الأطفال في الأعمال العدائية، مباشرة كانت أو غير مباشرة طوعية كانت أو إجبارية، فإن مكونات اللجنة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر لا تزال تطالب بالإجماع وبكل قوة بأن تكون الثامنة عشرة في الحد الأدنى من العمر<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حماية الطفل بعد وقوعه في الأسر

يعترف اليوم بتعدد أدوار اللجنة الدولية للصليب الأحمر الخاصة بالقانون الدولي الإنساني على أكثر من مستوى، ويقر ذلك النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر والهلال الأحمر، وكذلك الدول الأطراف في اتفاقيات جنيف والمنظمات الحكومية<sup>2</sup>، فإذا اتفق أطراف النزاع على تدخل اللجنة الدولية لبذل جهودها الإنسانية بقصد حماية الأسرى وإغاثتهم بما فيهم الأطفال الذين يرجح أنهم قد وقعوا في قبضة العدو، أو جاء تدخلها لعدم وجود دولة حامية تتولى تلك المهمة، فإن من حق هذه اللجنة أن تشرف على تطبيق

<sup>1</sup> محمود سعيد محمود سعيد، المرجع السابق، ص 257، 262، 263.

<sup>2</sup> عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطور، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 155.

اتفاقية جنيف الثالثة وتتحقق من تنفيذ كافة الأحكام الواردة بها فيما يتعلق بمعاملة هؤلاء الأطفال الأسرى<sup>1</sup>.

حيث تقوم اللجنة الدولية بتذكير الأطراف المتحاربة بواجباتها القانونية إزاء أسرى الحرب عند اندلاع النزاع المسلح، فتلفت انتباه الدول على أن أسرى الحرب يخضعون مباشرة لحكومة الدولة التي وقعوا في أسر قواتها وليس للأشخاص أو القوة التي قامت بأسرهم، وتذكر كذلك بأن الهدف من حجز الأسرى هو منعهم من الاستمرار في القتال وليس توقيع جزاء عليهم أو الثأر منهم وبالنتيجة أن تتفق معاملتهم مع الغرض ولا تتعداه<sup>2</sup>.

كما وأنه لا تستطيع اللجنة الدولية القيام بأنشطتها من خلال التواجد فحسب في البلد الذي يشهد حالة الحرب، وإنما تحتاج أيضا إلى الوصول إلى مناطق النزاع التي يتواجد بها الضحايا، فتقديم الحماية اللازمة أثناء النزاع يتطلب بالضرورة التواجد على مقربة من الضحايا، ويعد انتشار المندوبين في المناطق التي تجري فيه النزاعات وتكتسب طبيعة حساسة، والوصول للأشخاص الأكثر عرضة للخطر وخاصة أسرى الحرب شرطين ضروريين للحماية النشطة وقد نصت م 126 من الاتفاقية الثالثة على هذا التواجد، ومن هذا المنطق فيحق للمندوبين للجنة الدولية زيارة جميع الأماكن الجغرافية التي يتواجد بها الأطفال الأسرى<sup>3</sup>.

وحين تلاحظ اللجنة الدولية، أثناء اضطلاعها بمهامها، وقوع انتهاكات لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين بما فيها تلك الأحكام المستقلة بحماية أسرى الحرب فإنها تجري اتصالات سرية بالسلطات المسؤولة، فإذا كانت

<sup>1</sup> عبد الواحد محمد يوسف الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2007، ص 420.

<sup>2</sup> مجيد موات، المرجع السابق، ص 223.

<sup>3</sup> فاطمة بلعش، المرجع السابق، ص 115.

الانتهاكات جسيمة ومتكررة، ومؤكدة على وجه اليقين فإن اللجنة الدولية تحتفظ لنفسها بالحق في اتخاذ موقف علني تدين فيه هذا الانتهاك للقانون الدولي الإنساني، وذلك حين ترى أن هذا الإعلان من شأنه أن يخدم مصالح الأسرى المتضررين أو المهددين بهذه الانتهاكات<sup>1</sup>.

كما يكون للجنة فضلا عن المهمة التي تتولاها أن تقوم بتلقي ونقل الشكاوى، وهناك فئتان من هذه الأخيرة، الأولى تتلقاها من الجمعيات الوطنية العاملة في أراضي أطراف النزاع وتتعلق بعدم أو سوء تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني، وفي هذه الحالة تقوم اللجنة بإجراء جهود مكثفة للتأكد من هذه الشكاوى بزيارة معسكرات الأسرى، لتقوم بعدها بالاتصال بالمسؤولين لإقناعهم بتصحيح الأخطاء أو نقائص التطبيق التي يبلغ عنها مندوبيها، أما الفئة الثانية فهي تتضمن الاجتماعات على الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني بما فيها تلك المتعلقة بحماية الأطفال الأسرى، التي ترتكب في ظروف لا تستطيع فيها اللجنة أن تتخذ إجراء مباشرا لحماية هؤلاء الأسرى كأن تكون قد ارتكبت في مسرح عمليات بعيدا عن متناول اللجنة الدولية، فتقوم بنقل هذه الاحتجاجات من أحد أطراف النزاع المسلح بالطرف المتهم طالبة منه إجراء تحقيق في المسألة مع إبداء استعدادها بنقل الإجابة إلى الطرف الآخر<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: عوائق عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر

لا شك أن الدور المحوري للجنة الدولية للصليب الأحمر المتمثل في تطوير القانون الدولي الإنساني على المستوى القانوني والعمل على الاحترام والرقابة على تنفيذ قواعده خصوصا تلك المتعلقة بحماية الأطفال الأسرى، يجعل من

<sup>1</sup> محمد فهد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 335-336.

<sup>2</sup> نغم إسحاق زيا نغم إسحاق زيا، القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 326.

هذه اللجنة حارسا وراعيا للقانون الدولي الإنساني، لكن وظيفة الحارس لتنفيذ قواعد قانونية إنسانية في أكثر الفترات عنفا أي زمن الحرب ليست مهمة سهلة، وتواجهها العديد من الصعوبات على المستوى القانوني والمدني<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: العوائق القانونية للجنة الدولية للصليب الأحمر

هناك عوائق تعترض عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر ترجع إلى نظامها القانوني، مما ساهم في التأثير سلبا على فعالية مساهمتها في المهام المنوطة بها والمتمثلة في تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني والرقابة على تنفيذها من خلال مساعدة ضحايا النزاعات المسلحة كالأطفال أسرى الحرب.

### أولا: عدم وضوح مركزها القانوني

إن عدم وضوح الوضع القانوني للجنة الدولية، يستدعي إعادة النظر في نظامها الأساسي حتى يتضح مركزها القانوني أكثر محليا ودوليا، ذلك لأنه من جانب يعترف لها بالشخصية القانونية من طرف الاتحاد السويسري، كما تمنح لها تفويضات بموجب المعاهدات الإنسانية، واستنادا لذلك تذهب "غابور رونا" العاملة في الوحدة القانونية للجنة الدولية إلى إعطاء وصفا خاصا قد يرقى إلى مصاف المنظمات الحكومية أين يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، لكن المعايير القانونية للمنظمات الدولية غير متوفرة لدى اللجنة الدولية كونها لم تنشأ باتفاقية دولية وهي محكومة بالقانون المدني السويسري، لذلك فلا بد من توضيح لوضعها القانوني بدقة.

<sup>1</sup> كمال أحسن، آليات تنفيذ القانون الدولي الإنساني في ضوء المتغيرات الدولية للقانون الدولي المعاصر، مذكرة ماجستير، التخصص: قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/2012، ص 55.

## ثانياً: شعار اللجنة الدولية للصليب الأحمر

إن اللجنة الدولية للصليب الأحمر تعلم أن شعارها وشارتها وتسميتها تحمل دلالات إيديولوجية ودينية تقف حائلاً أمام عالميتها وعملها الميداني في بعض المناطق كالعراق مثلاً الذي شهد غياباً شبه تام للجنة الدولية في بداية النزاع والتي تم استهدافها عام 2003.

فعلى اللجنة إعادة النظر في ذلك وحتى إن كان في رمز الصليب الأحمر تقديراً لسويسرا، فإن ذات العلم السويسري يدل على شعار إيديولوجي، وليس في اعتماد شارة عالمية تدل هي الأخرى على البعد الإنساني إنقاص لمكانة سويسرا<sup>1</sup>.

## ثالثاً: سرية عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر

قضية السرية في عمل اللجنة الدولية كثيراً ما تكون محل انتقاد من عدة جهات، كون العالم يتجه نحو الشفافية والتنديد بالانتهاكات، وعلى اللجنة الدولية ترشيد هذه الوسيلة وتحسين استخدامها ومما يؤخذ على اللجنة الدولية في حرب لبنان الأخيرة سنة 2006، أنه ورغم توافر كل الشروط وجسامة الانتهاكات للقانون الدولي الإنساني والجرائم الإسرائيلية المتكررة على المدنيين، لم تعلن اللجنة عن هذه الانتهاكات مما يطرح تساؤلاً عن منهج عملها.

## الفرع الثاني: العوائق الميدانية للجنة الدولية للصليب الأحمر

إذا عدنا إلى العمل الميداني للجنة لوجدنا فيه بعض مظاهر الضعف ويعود ذلك إلى النزاعات التي دارت في مناطق العالم واتسمت باللبشاعة، والتي تسببت في انتشار حالات الفوضى، لهذا فقد وجدت اللجنة الدولية نفسها في موقف مناقض لا تحسد عليه، ففي الوقت الذي اتسع نطاق قبولها أكثر من أي

<sup>1</sup>كمال أحسن، المرجع السابق، ص 56.

وقت مضى وجدت نفسها تواجه مصاعب تشل حركتها في أغلب الأحيان، إذ يستنجد بها السياسيون لكنهم لا يستطيعون ضمان أمن مندوبيها وقوافلها<sup>1</sup>.

#### الخاتمة:

وختاماً من استقراء الجهود المبذولة من طرف اللجنة الدولية للصليب الأحمر في مجال حماية الأطفال الأسرى في النزاعات المسلحة، نلمس نوعاً من التقدم في هذه الجهود، غير أنها تبقى مستقرة وعاجزة إن صحّ القول عن وضع حد لمختلف الانتهاكات المرتكبة يومياً ضدّ فئة الأطفال الأسرى، وأصدق مثال على ذلك ما يجري كل يوم وبشكل مستمر للأطفال الأسرى الفلسطينيين، مما يستدعي دق ناقوس الخطر لدعوة المجتمع الدولي للتكفل السريع والفعال بهذه الفئة الضعيفة.

<sup>1</sup> فريد تريكي، المرجع السابق، ص 257.

## الآليات القانونية لمكافحة السرقة العلمية في البيئة الجامعية

## في ضوء القرار الوزاري رقم 933

د/ قوسطو شهرزاد - أستاذة محاضرة ب

جامعة الجيلالي اليابس - سيدي بلعباس

## ملخص:

تعتبر السرقة العلمية جريمة أخلاقية قبل أن تكون جريمة علمية تتنافى مع مبدأ الأصالة والأمانة العلمية التي يجب أن تتسم بها البحوث العلمية والرسائل والأطروحات الأكاديمية.

وفي سبيل الحد من تداعيات هذه الظاهرة وتأثيرها السلبي على الجامعة الجزائرية، فقد أصدرت وزارة التعليم العالي و البحث العلمي القرار الوزاري رقم 933 بتاريخ 2016/07/28 و الذي حاول الإحاطة بالعديد من جوانب هذه الظاهرة، بدءا بتعريفها ثم النص على بعض التدابير للتصدي لهذه الجريمة ومكافحتها.

الكلمات المفتاحية: السرقة العلمية ، السطو العلمي، الإنتحال العلمي، البحث العلمي، القرار الوزاري رقم 933.

**Abstract:**

Scientific theft is a moral crime before it is a scientific crime that is incompatible with the principle of originality and scientific honesty that must be characterized by scientific research, letters and academic theses.

In order to reduce the repercussions of this phenomenon and its negative impact on the Algerian University, the Ministry of Higher

Education and Scientific Research issued Ministerial Resolution No. 933 on 28/07/2016, which tried to take note of many aspects of this phenomenon, starting with the definition and then the provision of some measures To address this crime and combat it.

**Keywords:** scientific theft, scientific robbery, scientific plagiarism, scientific research, Ministerial Resolution No. 933.

### مقدمة:

تعتبر السرقة العلمية من أكثر الممارسات المنافية للبحث العلمي انتشارا في الأوساط الجامعية، ومن أشدها ضررا على حقوق المؤلفين.

ويمكن تعريف السرقة العلمية بشكل مبسط في المحيط الجامعي على أنها تحدث عندما يقوم الكاتب ( الطالب، الأستاذ الباحث، أو الأستاذ الباحث الإستشفائي) متعمدا استخدام كلمات أو معلومات خاصة بشخص آخر دون ذكر هذا الشخص أو مصدر هذه الكلمات أو المعلومات، ناسبا إياها إلى نفسه. وهذا التعريف يشمل الأعمال المنشورة ورقيا أو إلكترونيا.

وتعتبر السرقة العلمية جريمة أخلاقية قبل أن تكون جريمة علمية تتنافى مع مبدأ الأصالة والأمانة العلمية التي يجب أن تتسم بها البحوث العلمية والرسائل والأطروحات الأكاديمية.

إن ظاهرة السطو، أو الانتحال العلمي ليست وليدة اليوم، بل هي قديمة قدم البشرية فقد عرفها الإنسان منذ القدم، إلا أنها قد انتشرت أكثر وتطورت بتطور التقنيات الرقمية، حيث أن شبكة الإنترنت قد ساهمت في نشر السرقة العلمية واتساع مجالها، فقد أدت إلى تسهيل وتسريع الوصول إلى

محتوى مختلف المؤلفات و المنشورات لاستغلالها في البحوث العلمية، مما أثر سلبا على جودة و أصالة التعليم العالي و البحث العلمي في الجامعات.

وفي سبيل الحد من تداعيات هذه الظاهرة وتأثيرها السلبي على الجامعة الجزائرية، فقد أصدرت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي القرار الوزاري رقم 933 بتاريخ 2016/07/28 و الذي حاول الإحاطة بالعديد من جوانب هذه الظاهرة، بدءا بتعريفها ثم النص على بعض التدابير للتصدي لهذه الجريمة و مكافحتها. منها ما هي وقائية مثل التحسيس والتوعية و تعزيز تدابير الرقابة من خلال تأسيس قاعدة بيانات رقمية... إلخ و منها ما هي عقابية من خلال إصدار عقوبات في حق الطالب أو الأستاذ الباحث المرتكب لهذه الجريمة كإبطال مناقشة الرسائل و المذكرات الجامعية، وإبطال المنشورات محل السرقة من عملية التقييم و سحبها من النشر مع سحب اللقب الحائز عليه مرتكب جريمة السرقة العلمية.

من خلال ما تم عرضه يثور الإشكال حول مضمون هذا القرار، فكيف عرف هذا القرار السرقة العلمية و ما هي أنواعها من منظوره؟ و ما هي الآليات القانونية التي أقرها لمكافحة جريمة السرقة العلمية في الأوساط الأكاديمية؟

هذه الإشكاليات ستم الإجابة عنها باعتماد المنهج الوصفي التحليلي لأنه يتلاءم مع موضوع بحثنا أين سيتم وصف الظاهرة و فهم سياقاتها في ضوء تحليل المواد الواردة في القرار الوزاري رقم 933. و هذا من خلال مبحثين يتم تناول مفهوم السرقة العلمية و تحديد صورها و أسبابها في المبحث الأول. وصولا إلى آليات و تدابير مكافحتها و سبل تجنبها و مكافحتها في المبحث الثاني.

## المبحث الأول: مفهوم السرقة العلمية وأسبابها

السرقة العلمية هي استخدام غير قانوني وغير معترف به لأفكار وأعمال الآخرين، يحدث بقصد أو بغير قصد، سواء كانت السرقة مقصودة أو غير مقصودة، فهي تمثل انتهاكا خطيرا.<sup>1</sup>

وقد تناولها القرار الوزاري رقم 933، ومن خلال هذا المبحث سنحاول تبين تعريف القرار السالف الذكر لجريمة السرقة العلمية وتحديد صورها (المطلب الأول). ثم الأسباب المؤدية لارتكابها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تعريف السرقة العلمية وصورها

السرقة العلمية حسب محمود عودة هي (عملية تحويل الأفكار أو تعديل السياق أو التغيير في بعض المصطلحات اللغوية، ببساطة هي عملية غسيل للأبحاث).<sup>2</sup>

وقد عرفها القرار الوزاري رقم 933<sup>3</sup> الصادر عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي الجزائرية: "بأنها كل عمل يقوم به الطالب أو الأستاذ الباحث، أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي، أو الباحث الدائم أو كل من يشارك في عمل ثابت للانتحال أو تزوير النتائج أو غش في الأعمال العلمية المطالب بها في أية منشورات علمية أو بيداغوجية أخرى".

<sup>1</sup> وكالة الجامعة للدراسات العليا ، البحث العلمي، الأنواع الضوابط والشروط، الخطة الوطنية للعلوم التقنية والإبتكار، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، ص. 03.

<sup>2</sup> محمود عودة، البحث الإجتماعي في سياق التخصصة والتكليف الهيكلي، ضمن كتاب مؤتمر أخلاقيات البحث العلمي الإجتماعي ، المنعقد بتاريخ 16-18 أكتوبر 1995 ، المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، القاهرة ، ص. 138.

<sup>3</sup> المادة 03 من القرار رقم 933 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها، الصادر عن وزارة التعليم العالي والبحث العلمي الجزائرية، بتاريخ 28 جويلية 2016 ، ص. 03.

والملاحظ أن هذه المادة قد أعطت تعريفا دقيقا للسرقة العلمية حيث أنها قد قامت بتحديد جوانبها وصورها، أي الحالات التي يمكن إدراجها ضمن نطاق السرقة العلمية وهي كالآتي:

1. اقتباس كلي أو جزئي للأفكار أو المعلومات أو نص أو فقرة أو مقطع من مقال منشور أو من كتب أو مجلات أو دراسات أو تقارير أو من مواقع إلكترونية أو إعادة صياغتها دون ذكر مصدرها أو أصحابها الأصليين.
2. اقتباس مقاطع من وثيقة دون وضعها بين شولتين و دون ذكر مصدرها وأصحابها الأصليين.
3. استعمال معطيات خاصة دون تحديد مصدرها وأصحابها الأصليين.
4. استعمال برهان أو استدلال معين دون تحديد مصدرها وأصحابها الأصليين.
5. نشر نص أو مقال أو مطبوعة أو تقرير أنجز من طرف هيئة أو مؤسسة و اعتباره عملا شخصيا.
6. استعمال إنتاج فني معين أو إدراج خرائط أو صور أو منحنيات بيانية أو جداول إحصائية أو مخططات في نص أو مقال دون الإشارة إلى مصدرها وأصحابها الأصليين.
7. الترجمة من إحدى اللغات إلى اللغة التي يستعملها الطالب أو الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم بصفة كلية أو جزئية دون ذكر المترجم أو المصدر. أي ترجمة المصنفات دون تصريح من صاحب الحق على المصنف الأصلي.
8. قيام الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر بإدراج اسمه في بحث أو أي عمل علمي دون المشاركة في إعداده.

9. قيام الباحث الرئيسي بإدراج اسم باحث آخر لم يشارك في إنجاز العمل بإذنه أو بدون إذنه بغرض المساعدة على نشر العمل استناداً لسمعته العلمية. وهو ما يطلق عليه " رزنيك ديفيد" بالمجاملة في التأليف وهي الحالة التي يتم فيها تضمين أسماء بعض الأشخاص كمؤلفين لمصنفات لم يقوموا بتأليفها، الأمر الذي يتناقض ومبدأ مسؤولية المؤلف عما ألفه.<sup>1</sup>

10. قيام الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر بتكليف الطلبة أو أطراف أخرى بإنجاز أعمال علمية من أجل تبنيها في مشروع بحث أو إنجاز كتاب علمي أو مطبوعة بيداغوجية، أو تقرير علمي.

11. استعمال الأستاذ الباحث أو الأستاذ الباحث الإستشفائي الجامعي أو الباحث الدائم أو أي شخص آخر أعمال الطلبة و مذكراتهم كمداخلات في الملتقيات الوطنية و الدولية أو لنشر مقالات علمية بالمجلات و الدوريات.

12. إدراج أسماء خبراء و محكمين كأعضاء في اللجان العلمية للملتقيات الوطنية أو الدولية أو في المجلات و الدوريات من أجل كسب المصداقية دون علم و موافقة وتعهد كتابي من قبل أصحابها، أو دون مشاركتهم الفعلية في أعمالها.

وعليه وبعد تحليل صور و حالات السرقة العلمية التي حددها القرار الوزاري رقم 933 يلاحظ أنها تنقسم إلى مجموعتين، مجموعة مرتبطة بعمليات الاقتباس سواء كلي أو جزئي أو استعمال معلومات ومعارف الآخرين دون الإشارة إلى أصحابها الأصليين. و المجموعة الثانية تتعلق بأعمال المشاركة و إدراج أسماء

<sup>1</sup> - رزنيك ديفيد ، أخلاقيات العلم ، ترجمة عبد النور عبد المنعم ، سلسلة عالم المعرفة ، عدد 316، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت ، 2005، ص. 97-98.

في أبحاث غير مشارك فيها، واستغلال أعمال ومنجزات الطلبة وتقديمها في مؤتمرات وما شابه ذلك.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: أسباب السرقة العلمية في الجامعة الجزائرية

في ظل تعدد الأطراف المسؤولة عن تفشي ظاهرة السرقة العلمية في الجامعة الجزائرية، وكذلك تباين الأهداف من هذه الممارسات، فإنه ليس من السهل حصر دوافع الانتحال أو السرقة العلمية إلا أنه يمكن ذكر البعض منها بإيجاز على النحو التالي:

1. ضعف الوازع الديني والأخلاقي: فضعف الوازع الديني إن لم نقل غيابه يعد السبب الرئيسي في السرقات العلمية. فلو استحضر المنتحل مراقبة الله له لما أقدم على هذا الفعل المجرم شرعا وقانونا، خاصة في ظل مجتمع مسلم يبحث على الصدق والأمانة و حفظ حقوق الآخرين. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من غشنا فليس من." إضافة إلى غياب الوازع الأخلاقي، حيث تقول الأستاذة Genevieve KOUBI " السرقة العلمية تتعارض مع علم الأخلاق".<sup>2</sup> أي أن مرتكب جريمة السرقة العلمية لا أخلاق له فالسرقة العلمية هي جريمة أخلاقية قبل أن تكون جريمة علمية.

<sup>1</sup> - آمال ينون، ميثاق أخلاقيات الأستاذ الجامعي، نحو محاربة جريمة السرقة العلمية في الجزائر- رؤية تحليلية-، ضمن كتاب أعمال الملتقى المشترك حول الأمانة العلمية، الجزائر العاصمة، 11 نوفمبر 2017، ص. 142-143.

<sup>2</sup> - Genevieve KOUBI, S'interroger sur le plagiat dans les recherches universitaires et scientifiques, Le plagiat de la recherche scientifique, ouvrage collectif sous la direction de Gilles J. Guglielmi et Geneviève Koubi avec la collaboration de Jean-Noël Darde, Héléne Maurel-Indart et Mathieu Touzeil-Divina, éditions L.G.D.J, 2011, p 02.

نقلا عن طالب ياسين، جريمة السرقة العلمية وآليات مكافحتها في الجامعة الجزائرية في ضوء القرار الوزاري 933، ضمن كتاب أعمال الملتقى المشترك، الأمانة العلمية، الجزائر العاصمة، 11 نوفمبر 2017، ص.88.

2. مشكلة الوقت أو الزمن: فمن الأسباب المؤدية إلى السرقة العلمية الضغط الذي يعيشه الطالب أو الأستاذ الباحث لاستكمال بحثه مع ضيق وعدم كفاية الوقت. خصوصا وان البحث العلمي عملية شاقة تحتاج إلى أعمال مختلف عمليات العقل من تحليل وتركيب، كما تحتاج إلى قراءة واسعة وجيدة خاصة حول موضوع البحث وهو ما يتطلب الحصول على وقت مناسب للقيام بعمل يكون عملا علميا في المستوى. وهذا الجانب يظهر أكثر وضوحا في مذكرات طلبة الدراسات العليا ( الماجستير و أطروحات الدكتوراه) و مذكرات الماجستير لنظام ل م د أين يقدم الطالب على البحث عن أساليب تسهل عليه إنجاز مذكرته أو أطروحته وتقديمها في الآجال المحددة. فيعمد إلى استنساخ مذكرة بأكملها من جامعة أخرى أو من الإنترنت. ولا يختلف شأن الطلبة عن الأساتذة والباحثين الذين تظهر عند بعضهم هذه الظاهرة خاصة في الأوراق التي يشاركون بها في مختلف التظاهرات العلمية والتي غالبا ما تكون محددة بآجال وتواريخ زمنية قصيرة مما يضطر الباحث إلى انتحال أعمال الغير دون الإشارة إلى مصدرها.

كما يمكن إثارة نقطة في غاية الأهمية ونحن بصدد الحديث عن عامل الوقت و دوره في السرقة العلمية و تتمثل في تأجيل الباحث لأعماله إلى آخر أجل، فهذا سيكون حافزا قويا للسرقة العلمية، و من الأسباب التي يدفع بها المنتحل اللوم عنه هو قصر الوقت.

3. الكسل والخمول الفكري والبحثي: الذي طغى على بعض الطلبة والباحثين مما يجعلهم يبحثون عن أسهل الطرق للحصول على المعلومات.

4. الترقيات في مجال العمل و تحصيل درجات وظيفية أعلى و الإستفادة من المزايا التي تمنحها الجامعة خاصة فيما يرتبط بالتريصات في الخارج. ففي الوقت الذي كان ينتظر فيه أن تكون الترقية العلمية والمنح البحثية حوافز

للأستاذ و الباحث من أجل البحث و النشاط العلمي، أصبحت لدى الكثير من الأساتذة و الباحثين أكثر الدوافع للإنتحال و السرقات العلمية. فتحول الهدف من البحث العلمي جمع الشهادات والنقاط من أجل الحصول على منحة أو ترقية جامعية.

5. المحسوبة والوساطة في نشر الأبحاث، ما يدفع ببعض الباحثين لإدراج اسم باحث آخر لم يشارك في إنجاز العمل بغرض المساعدة في نشره استنادا لسمعته العلمية.

6. غياب ثقافة العقاب، فمن الأسباب الرئيسية للسرقة العلمية في الجامعات هو التسامح مع مرتكبي هذه الجريمة، وإرجاع السبب إلى عدم الإلمام الكافي بأساليب البحث العلمي السليمة، وطرق جمع البيانات من طرف الطلبة.

**المبحث الثاني: آليات و تدابير مكافحة جريمة السرقة العلمية في ضوء القرار الوزاري رقم 933**

مع تنامي ظاهرة السرقة العلمية و انتشارها بشكل رهيب في الجامعة الجزائرية، وجب على القائمين على هذا المجال التحرك على وجه السرعة من أجل وضع سبل من شأنها الحد من هذه الظاهرة المتنامية. و عليه فقد جاء القرار الوزاري رقم 933 بجملة من التدابير و الإجراءات. منها تدابير التحسيس و التوعية بحجم هذه المشكلة (المطلب الأول). و إجراءات أخرى قانونية عقابية (المطلب الثاني). سنتناول كل منها في هذا المبحث.

### **المطلب الأول: الآليات الوقائية من السرقة العلمية**

تضمنت المواد من 04 إلى 07 من القرار الوزاري 933 النص على الآليات و التدابير الوقائية أهمها التحسيس و التوعية بخطورة جريمة السرقة العلمية )

الفرع الأول)، و كذا تفعيل دور مؤسسات التعليم العالي الجزائرية في مجال تنظيم التأطير والرقابة ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التحسيس والتوعية بجريمة السرقة العلمية

إن السرقة العلمية تهدد بنيان البحث العلمي، و تسبب في قتل روح الإبداع و التنافس بين الباحثين، و عليه فإن أنجع علاج لهذه الظاهرة هو التحسيس و التوعية بخطورتها. وهذا ما نصت عليه المادة 04 من القرار 933 حيث أكدت على ضرورة أن تقوم مؤسسات التعليم العالي و البحث العلمي باتخاذ تدابير تحسيس و توعية تخص:

- تنظيم دورات تدريبية لفائدة الطلبة و الأساتذة و الباحثين<sup>1</sup> - لاسيما أولئك الذين يحضرون أطروحة الدكتوراه- حول الطرق و المناهج الصحيحة لإنجاز البحوث العلمية وفقا لاحترام قواعد الأمانة العلمية.
- كما تكون التوعية بخطورة السرقة العلمية أيضا بإدراج أخلاقيات البحث العلمي و التوثيق كمقياس يدرس للطلبة في كل أطوار التكوين العالي.<sup>2</sup>
- ضرورة إدراج عبارة التعهد بالإلتزام بقواعد النزاهة العلمية<sup>3</sup> في بطاقة الطالب - بالنسبة للطلبة- طوال مسارهـم الجامعي مع التذكير بالإجراءات العقابية التي تتخذ ضدهم في حالة ثبوت جريمة السرقة العلمية في حقهم.

<sup>1</sup>- راجع نص المادة 04 فقرة 1 من القرار الوزاري 933

<sup>2</sup>- راجع نص المادة 04 فقرة 3 من القرار الوزاري 933

<sup>3</sup>- راجع نص المادة 04 فقرة 5 من القرار الوزاري 933

• كما يتعين على كل طالب أو أستاذ باحث إضفاء إلتزام بالنزاهة العلمية عند تسجيل موضوع بحث أو مذكرة أو أطروحة، يودع لدى المصالح الإدارية المختصة لوحدة التعليم و البحث.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: تفعيل دور مؤسسات التعليم العالي الجزائرية في مجال تنظيم التأطير والرقابة

لقد أوضحت المادة 05 من القرار الوزاري 933 كيفية تنظيم تأطير التكوين في الدكتوراه و نشاطات البحث العلمي الذي تتولاه المجالس العلمية في مؤسسات التعليم العالي و البحث العلمي. حيث قامت هذه المادة بتفعيل دور هذه المجالس العلمية بشكل كامل، خصوصا في مجال الرقابة على المذكرات والرسائل و البحوث العلمية و ذلك من خلال:

• تحديد عدد مذكرات الماجستير و أطروحات الدكتوراه التي يمكن الإشراف عليها من قبل كل أستاذ بستة 06 أطروحات و مذكرات في مجال العلوم و التكنولوجيا. و تسعة 09 في ميدان العلوم الإنسانية. و هذا حتى يستطيع المشرف متابعة كل مراحل إعداد و كتابة الأطروحة أو المذكرة.

• إحترام تخصص كل أستاذ في مجال الإشراف على نشاطات البحث، لأن ذلك من شأنه أن يعمل على اكتشاف السرقة العلمية في حالة ارتكابها من طرف الطالب.

• تشكيل لجان المناقشة و الخبرة العلمية من بين الكفاءات المختصة في ميدانها العلمي.

<sup>1</sup> - راجع نص المادة 07 من القرار الوزاري 933

● إنشاء قاعدة بيانات خاصة بعناوين الأطروحات والمذكرات وموضوعاتها بحيث يستند عليها الطالب في اختيار موضوع لم يسبق تناوله من قبل. و ذلك من أجل تجنب عملية النقل و السرقة العلمية.

● إلزام طالب الدكتوراه بالإمضاء على ميثاق الأطروحة.

● إلزام الطالب أو الأستاذ أو الباحث بتقديم تقرير سنوي عن حالة تقدم أعمال بحثه أمام الهيئات العلمية المختصة من أجل متابعته و تقييمه.

بالإضافة إلى تفعيل دور المجالس العلمية بالمؤسسات الجامعية للحد من السرقة العلمية و مكافحتها، و جب على مؤسسات التعليم العالي اتخاذ تدابير و إجراءات رقابية مكملة جاء النص عليها في المادة 06 من القرار الوزاري 933 منها:

● تأسيس قاعدة بيانات رقمية، على مستوى كل مؤسسة جامعية تتضمن كل الأعمال المنجزة من قبل الطلبة و الأساتذة الباحثين حيث تعمل قاعدة البيانات هذه على كشف كل تكرار لموضوعات أو حدوث سرقات علمية.

● تأسيس قاعدة بيانات رقمية تحمل أسماء الأساتذة و تخصصاتهم وسيروهم الذاتية و مجالات اهتمامهم العلمية و البحثية بغية الإستعانة بخبرتهم.

● الإستعانة ببرمجيات معلوماتية كاشفة للسرقات العلمية سواء باللغة العربية أو باللغات الأجنبية من خلال شراء حقوق استعمال هذه البرامج أو استغلال تلك البرامج المجانية المتوفرة على شبكة الإنترنت. فمن شأن هذه البرامج أن تكشف الإنتحال بمضاهاتها للنصوص و كشف التطابق الحاصل فيه.

## المطلب الثاني: التدابير العقابية

إضافة إلى الآليات الوقائية و الرقابية التي تم التطرق إليها سابقا فقد تناول القرار الوزاري 933 في طياته مجموعة من التدابير العقابية حيث نص في مادته 08 على ضرورة إنشاء مجلس آداب و أخلاقيات المهنة الجامعية على مستوى كل مؤسسة جامعية. حيث يقوم هذا المجلس بمباشرة إجراءات النظر في الإخطارات عن السرقات العلمية و توقيع العقوبات على مرتكبيها. و عليه فقد تم النص على العقوبات المقررة في حق الطالب أو الأستاذ المرتكب لجريمة السرقة العلمية الواردة حالاتها في نص المادة 03 من القرار السالف الذكر. و في ما يلي سنتناول مضمون هذه العقوبات.

### الفرع الأول: العقوبات المقررة في حق الطلبة

نصت عليها المادة 35 من القرار الوزاري 933. فبالإضافة إلى العقوبات المقررة في التشريعات ذات الصلة بالجانب التأديبي للطلبة لاسيما القرار الوزاري 371<sup>1</sup>، فإن الطالب المرتكب لجريمة السرقة العلمية يتعرض لعقوبات تأديبية إذا ما ارتكب إحدى الحالات الواردة في نص المادة 03 من القرار الوزاري 933 والتي تشكل سرقة علمية. حيث يتم إبطال مناقشة الطالب لمذكرة الليسانس أو الماجستير أو الماجستير أو الدكتوراه، و سحب اللقب الحائز عليه من وراء مناقشته إحدى رسائل التخرج السالفة الذكر.

### الفرع الثاني: العقوبات المقررة في حق الأساتذة

<sup>1</sup> - القرار الوزاري 371 المتضمن إحداهن المجالس التأديبية في مؤسسات التعليم العالي المؤرخ في 11 جوان 2014.

فبالإضافة إلى العقوبات المقررة في حق الأساتذة بموجب الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية<sup>1</sup>، فإن المادة 36 من القرار الوزاري 933 قد نصت على أن كل أستاذ جامعي يرتكب إحدى الحالات الواردة في المادة 03 من القرار السالف الذكر والتي تشكل سرقة علمية ذات صلة بإعداد مذكرات الماجستير أو الدكتوراه أو مختلف النشاطات العلمية والبيداغوجية أو أعمال التأهيل الجامعي أو أية منشورات علمية، يتعرض إلى إبطال المناقشة و سحب اللقب الحائز عليه أو وقف نشر تلك الأعمال أو سحبا من النشر.

وتضيف المادة 38 من نفس القرار أنه للجهات المتضررة الحق في مقاضاة المرتكبين للسرقات العلمية.

#### خاتمة:

بعد استعراضنا لظاهرة السرقة العلمية والتي أصبحت تنتشر بشكل كبير داخل الأوساط الجامعية متسببة في المساس بمصداقية و سمعة الجامعة وبالتالي التأثير سلبا على جودة التعليم العالي وأصالة البحث العلمي. نخلص إلى أن القرار الوزاري 933 قد توسع بتدابير الوقاية و الرقابة على السرقة العلمية كما أنه قد نص على عقوبات ردعية يمكن أن تحول دون تفاقم هذه الظاهرة في الجامعة الجزائرية مستقبلا. إلا أنه من جانب آخر فإن فحوى القرار يوضح حجم التحديات التي تنتظر مؤسسات التعليم العالي و البحث العلمي من أجل تطبيق أحكامه والتي تنطوي على صعوبات جمة خاصة مع ما يبرزه الواقع من ممارسات في المؤسسات الجامعية ولعل خير مثال عليها التأطير.

<sup>1</sup> - راجع المواد من 163 إلى 176 من الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المؤرخ في 15 جويلية 2006، الجريدة الرسمية رقم 46.

## الاقتصاد الإجرائي والحد من الجزاءات الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - البطلان والسقوط نموذجاً

د/ شامي ياسين - أستاذ محاضر قسم "ب"  
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت

### ملخص

إن القوانين الإجرائية متشعبة بإجراءات تؤدي إلى عرقلة اقتضاء الحقوق حتى أنه ولكثرتها فانه يصعب حصرها وهو ما يعيب مواجهتها، فبالرغم من دور الإجراءات في تسهيل الخصومة إلا أننا أحيانا نصطدم بإجراءات تؤخر الفصل في الدعوى وإجراءات تمنع المتقاضين من اقتضاء حقوقهم، إلا أن المشرع قد تنبه لذلك وحاول في تعديله الأخير الإسراع في الإجراء من خلال الاقتصاد في الإجراءات والحد من الهدر الكبير فيها .

الكلمات المفتاحية : اقتصاد إجرائي ، البطلان ، السقوط ، الخصومة المدنية التصحيح الإجرائي

### Sommaire

Malgré le rôle des procédures dans la facilitation du litige, nous rencontrons parfois des procédures qui retardent le rejet des procédures et des procédures qui empêchent les justiciables d'exercer leurs droits, mais le législateur peut en être averti. Dans son dernier amendement, il a essayé d'accélérer la procédure en économisant sur les procédures et en réduisant le gaspillage.

**Mots-clés:** économie procédurale, invalidité, chute, rivalité civile, correction procédurale.

## مقدمة

يلجأ المدعى إلى القضاء بقصد حماية حقه والحصول على حكم مقرر له ومتى اتخذت الإجراءات الشكلية الصحيحة التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية انعقدت الخصومة مرتبة له حقوقا من قبل الدولة وذلك بالقيام بمجموعة متعددة من الإجراءات، فيقوم الخصوم ببعض منها بينما تقوم الجهات القضائية - المحكمة وأعوان القضاء - ببعض الآخر منها.

ولعل مخالفة هذه السبل الإجرائية المحددة قانونا قد يرتب التعرض لجزاءات وقد تكون هذه سببا لضياح وهدر الأعمال الإجرائية التي تم اتخاذها بمناسبة خصومة معينة دون الوصول إلى النهاية الطبيعية لهذه الخصومة لأي سبب كان.

ولعل الإشكالية التي نطرحها هي : هل وفق المشرع الجزائري في الحد من الهدر الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟.

والسؤال المطروح هو يساهم الإجراء الذي وضع لتسهيل اقتضاء الحقوق في تأجيل ومنع الحصول عليها؟.

وإذا كان الأمر كذلك فما هي الحلول التي وضعها المشرع للحد من الهدر الإجرائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟.

**المبحث الأول: جزاء السقوط كهدر للإجراءات وسبل الاقتصاد فيه**

الخصومة القضائية نظام قانوني يسعى إلى تحقيق هدف معين، فإذا تحقق هذا الهدف استنفذ الغرض الذي وجد من أجله ويؤدي إلى انقضاء الخصومة، فإن توقف بدون مبرر قانوني أدى به إلى الزوال<sup>1</sup> وسقوط الخصومة يؤدي إلى زوالها واعتبارها كأن لم تكن.

<sup>1</sup> - عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، الجزائر: دار، ط2، 2015 ص543.

## المطلب الأول- الإطار المفاهيمي لسقوط الخصومة

إن امتنع الخصوم لمدة طويلة عن القيام بالإجراءات والمساعي اللازمة قانوناً فهذا يعني بدون شك أنهم لا يهتمون بالخصومة وهو ما يشكل قرينة على إهمالهم لها وحتى في حالة عدم ثبوت اهتمام فإنه لا يمكن السماح بإطالة أمد الإجراءات ولذا تعين جزاء إجرائي عن عدم تحرك الخصوم بسقوط الخصومة .

يقصد بسقوط الخصومة هو انقضاء حق القيام بإجراء معين بسبب تجاوز الحدود التي رسمها القانون لمباشرته<sup>1</sup> وعرف بأنه زوالها واعتبارها، كان لم تكن بسبب عدم قيام المدعى بنشاطه اللازم لسيرها<sup>2</sup>، وركودها مدة سنتين عن قصد وإهمال، مما يترتب عنه بطلان جميع الإجراءات التي تمت فيها .

وسقوط الخصومة هو نوع من زوال الخصومة المتوقفة بآثارها زولاً إجرائياً بسبب عدم السير فيها بفعل المدعى أو امتناعه عن متابعتها وهو ما قرره المحكمة العليا في قرارها والذي جاء فيه ما يلي:

"حيث أن الطاعنين ينعون على القرار المطعون فيه بدعوى أن المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية تنص على أنه يجوز للمدعى عليه أن يطلب سقوط الخصومة في حين أن الطاعنين هم المدعين في هذه الدعوى بينما المجلس صرح بأنهم هم المدعى عليهم في الاستئناف مما يسمح لهم بالمطالبة بسقوط الخصومة، وبذلك فإن المجلس لم يأخذ بعين الاعتبار صفة الأطراف في الدعوى الأصلية... وبالتالي يصبح من حق المستأنف عليه أن يتمسك بسقوط الخصومة أمام جهة الاستئناف ولو كان مدعياً أصلياً أمام المحكمة الابتدائية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مغني بن عمار، سقوط الحق الاجرائي لمخالفة الشكليات المتعلقة بالمواعيد وتطبيقاته في القضاء الجزائري، 2016، مجلة المنبر القانوني، العدد 11، 2016، المملكة المغربية، ص 7.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط 15، الاسكندرية: منشأة المعارف، 1990، ص 356.

<sup>3</sup> قرار الغرفة المدنية (القسم الثالث) الصادر عن المحكمة العليا، ملف رقم 326964، المؤرخ في 2006/02/15، غير منشور، نقلاً عن: عمر زودة، مرجع نفسه، ص 544.

فالمدعي هو محرك النشاط القضائي ويقع عليه عبئ أثقل في تسير الخصومة وموالاتها فإن أهمل في القيام بهذا الواجب وجب زجره برفض الحماية القضائية المطلوبة بإزالة الإجراءات التي يؤدي لتحقيق الحماية المبتغاة.<sup>1</sup>

وإن أثبت عدم إهمال المدعي فإنه لا يرتب السقوط مهما طاللت المدة ويحسب ميعاد السقوط من آخر إجراء صحيح قام به الخصوم.

وسقوط الخصومة لا يهدف إلى مجرد التخلص من القضايا الراكدة التي لا يمشى الخصوم في إجراءاتها حتى لا تتأبد الخصومات، فالمشرع لن يكون أحرص على بقاء الخصومة من صاحبها الذي لا يهتم بها وإنما هو أصلاً يقع على المدعي الذي يمتنع أو يهمل متابعة السير في دعواه.

كما أن السقوط هو جزء إجرائي مقرر لأحد الخصوم في مواجهة الآخر وعليه فما مدى إعمال مبدأ الوجاهية بين الخصوم بصدد تطبيق هذا الجزاء .

### الفرع الأول- شروط سقوط الخصومة

تتمثل شروط سقوط الخصومة في عدم السير في الخصومة وإهمال المدعي للخصومة بالإضافة إلى شرط الزمن الذي تطلبه القانون لسقوط الخصومة والتي فصلها فيما يلي:

#### أولاً-عدم السير في الخصومة

ويفترض هذا الشرط أن الخصومة قد بدأت ولم يصدر حكم في موضوعها بعد ومع ذلك فإجراءاتها لم تبدأ السير وكما سبق القول فإن الخصومة تنعقد بتبليغ المدعي عليه أو بحضوره، وقبل ذلك فلا يوجد خصومة

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، أحمد خليل، أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة ، 2004، ص601.

وبالتالي فلا يتصور سقوط خصومة غير موجودة وإن اتخذت الإجراءات دون الانعقاد - دون تبليغ أو بتبليغ باطل أو دون حضور - فإنها تكون باطلة ويتم التمسك بالبطلان في أي وقت كما أنه عند قفل باب المرافعة يتوقف نشاط الخصومة وبالتالي لا تسقط الخصومة .

كما يجب أن تكون الخصومة رغم قيامها في حالة ركود أي لا يتم القيام بالأعمال الإجرائية اللازمة لسير الخصومة والتي يقع على عاتق المدعى القيام بها ولكن لكي يتحقق السقوط يجب أن لا يكون هناك نشاط في الخصومة<sup>1</sup>.

وجزاء السقوط هنا يكون بسبب عدم إعمال مبدأ الوجاهية من خلال عدم تواجبه الخصوم أثناء الخصومة بالإجراءات أي أن كل الخصوم حملت همتهن من جانب الإجراءات فانعدام الوجاهية في كامل مراحل الخصومة يؤدي إلى سقوط الخصومة فهو مقرر هنا بسبب وقف إجراءات الدّعى من خلال عدم تواجده الخصوم بالادعاء من جانب المدعى وبالرد من جانب المدعى عليه.

ولعلّ من أهم أسباب عدم السير في الخصومة قيام حالة من حالات الوقف أو الانقطاع فوفاة المدعى عليه أو فقده أهليته أو زوال صفته الإجرائية مع عدم قيام المدعى بتبليغ من حل محله تصحيحاً لشكل الدعوى يؤدي لعدم السير في الخصومة وهنا يتجلى انعدام حق الدفاع من خلال عدم التبليغ والذي يؤدي للتجهيل بالمراكز الإجرائية للخصوم مما يقودنا لسقوط الخصومة فان استمر الحال على ما هو عليه لمدة سنتين من الزمن فان ذلك يؤدي لسقوط الخصومة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الاختصاص الدعوى، الخصومة الأحكام وطرق الطعن فيها مع تعديلاته حتى سنة 1999، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999، ص 695.

<sup>2</sup> -عمر زودة، مرجع سابق، ص 565.

## ثانياً: إهمال المدعى.

إنّ امتناع المدّعي عن السير في الخصومة لا يكفي لسقوطها، بل يجب إلى جانب ذلك أن يعود هذا الركود إلى إهمال وتقاعس المدّعي في إعادة السير في الخصومة كعدم تنفيذ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع أو في حالة انقطاعها بسبب وفاة المدّعى عليه أو المستأنف عليه أو تغير حالة هذا الأخير الشخصية كفقد الأهلية أو زوال الصفة ولا يقوم المدعى أو المستأنف بإعادة السير في الخصومة فإذا مرت عليها بعد زوال سبب الانقطاع ومن تاريخه مرت مدة سنتين تعرضت الخصومة إلى السقوط .

وعليه فإنه يقع على عاتق المدعى أو المستأنف متابعة السير في الخصومة بعد الانقطاع ففي حالة الوفاة يجب على المدعى أن يقوم بإعادة السير في الخصومة في مواجهة الخف العام أو في مواجهة من حل محل فاقد الأهلية أو الشخص الذي تغيرت صفته فان كان غير ذلك كان ركود الخصومة بسبب إهمال هذا الأخير<sup>1</sup>.

أما في حالة التأكد من أن الركود لا يرجع لإهمال المدعى أو من في حكمه بل يرجع إلى القوة القاهرة مثلاً فلا تسقط الخصومة وهو ما نصت عليه المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "كل الآجال المقررة في هذا القانون من اجل ممارسة حق أو من اجل حق يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق.... باستثناء حالة القوة القاهرة....".

وميعاد سقوط الخصومة من مواعيد السقوط فيسرى على هذا الميعاد إذا كان راجع إلى إهمال المدّعي أو من في حكمه .

<sup>1</sup>-نبيل اسماعيل عمر، وآخرون، مرجع سابق، ص605.

وسقوط الخصومة بسبب الإهمال من طرف المدعي قد جاء لاستبعاد التجهيل الإجرائي عن الخصومة وإعمالا لمبدأ الوجاهية، حيث أنه في حال انقطاع الخصومة وعدم رجوع المدعي للسير فيها نظرا لأنه صاحب المصلحة الأولى به العودة بالخصومة للحياة من جديد فإنه يعاقب بسقوط الخصومة في حال إهماله بعد مرور وقت معين يحدده القانون، فإن لم يحدث وعاد بها للسير في الإجراءات كنا بصدد تجهيل إجرائي يؤدي لسقوط الحق المطالب به وانتفاء الحماية القضائية له<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: السلطات الممنوحة للقاضي والتي قد تسبب سقوط الدعوى.**

قد تكون السلطات الواسعة الممنوحة للقضاة سببا في سقوط الدعوى فله أن يلزم الأطراف بالحضور شخصيا حسب المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بل وأيضا أن يطلب القيام بإجراءات يأمر بها هو وهذا حسب نص المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية و إدارية وهنا في حالة عدم التمكن من القيام بالإجراءات التي ارتأى القاضي القيام بها قد تتعرض الدعوى للسقوط في ظرف سنتين من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي الذي يكلف أحد الخصوم القيام بمساعي وهذا حسب نص المادة 223.

بل وأكثر من هذا فقد نص المشرع في القانون الجديد على غرامة مدنية وهذا في المادة 347 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: "يجوز للمجلس القضائي إذا تبين له أن الاستئناف تعسفي أو أن الغرض منه الإضرار بالمستأنف عليه ، أن يحكم على المستأنف بغرامة مدنية من عشرة آلاف دينار جزائري (10.000 دج) إلى عشرين ألف دينار جزائري (20.000 دج) دون الإخلال بالتعويضات التي يمكن أن يحكم بها للمستأنف عليه."

<sup>1</sup>-نبيل اسماعيل عمر، التجهيل الإجرائي ماهيته أثاره علاجه دراسة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 62.

## المطلب الثاني: الاقتصاد الإجرائي في ما يتعلق بجزاء السقوط.

لقد حاول المشرع الحد من الهدر الإجرائي عن وهذا من خلال التضييق في حالات سقوط الدعوى

### الفرع الأول: تحدد ميعاد انقضاء مدة سنتين لسقوط الخصومة

وهو إجراء يتيح المجال واسعا أمام الأطراف ويعطيهم الوقت الكافي لتجنب سقوط الدعوى وهدر الإجراءات.

حيث أن المشرع قد اشترط انقضاء مدة سنتين على ركود الخصومة كما اشترط انه لا يكفي أن يعود الركود إلى إهمال المدعى بل إلى جانب ذلك يجب أن يستمر الركود لمدة سنتين كاملتين وهو اجل معقول للحد من الهدر الإجرائي ويبدأ هذا الميعاد من آخر اجل إجراء صحيح تم في الخصومة<sup>1</sup> وهو ما نصت عليه المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها :

"تسقط الخصومة بمرور سنتين تحسب من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي الذي كلف احد الخصوم للقيام بالمساعي".

ويشير هذا النص إلى أن ميعاد السقوط يحسب من تاريخ صدور الحكم في حين أنه وبعد صدور هذا الحكم قد تتخذ عدة إجراءات تقطع الميعاد وعليه فان الأستاذ عمر زودة يرى بأنه كان على المشرع النص على بداية الميعاد من آخر إجراء ، وإذا صدر الحكم ولم تتخذ أي إجراء بعد ذلك فان حساب ميعاد السقوط يكون من تاريخ صدور الحكم .

ويخضع حساب ميعاد السنتين وفق الأحكام العامة في حساب المواعيد وهنا وجب التفريق بين انقطاع الخصومة بسبب الوفاة أو فقدان الأهلية أو

<sup>1</sup> قرار الصادر بتاريخ 2006/07/19 رقم 337111 القسم الثالث ، الغرفة المدنية بالمحكمة العليا ، أشار إليه ، عمر زودة ، مرجع سابق ، ص 559

زوال الصفة وقطع ميعاد سقوط الخصومة ذلك أنه وخلال سريان ميعاد السقوط تتخذ أثناءه إجراءات قطعه كإعادة السير في الخصومة بعد توقفها وتبليغ العريضة إلى الخصم الآخر ومن تاريخ هذا الإخطار يتحقق علم الورثة أو من في حكمهم بوجود الدعوى ويمكن هنا أن ينسب إليهم الإهمال لكن بشرط علمهم بالخصومة.

وعليه فمن غير العدالة بدء مدة السنتين دون تبليغهم إلا انه لا يغنى عن هذا التبليغ علم من حل محل من قام به سبب الانقطاع المؤكد بوجود خصومة بأية طريقة قاطعة أخرى بوجود الخصومة فان لم يقم المدعى عليه بهذا التبليغ فان الخصومة لا تسقط وان تعرضت للانقضاء بمضي المدة على إن حق التمسك بعدم التبليغ بوجود الخصومة إنما هو قاصر على ورثة المدعى ومن في حكمهم حتى لا تجري مدة السقوط في حقهم.<sup>1</sup>

وبالتالي يتعين على المدعى في هذه الحالة إعلام ورثة خصمه أو من حل محل فاقد الأهلية بقيام الخصومة بينه وبين مورثهم أو من قام فقدت أهليته ويكون موالاته السير في إجراءاتها في مواجهتهم قبل انقضاء الوقت المحدد ولا يعتبر جهل المدعى بورثة خصمه وموطنهم عذرا مانعا بل عليه التحري عنهم محافظة على مصالحته وعدم تعريض دعواه للسقوط بفعله أو امتناعه.<sup>2</sup>

وبذلك فإنه يترتب وقف المواعيد والإجراءات التي كانت سائرة إلى أن يتم إخطار من يقوم مقام الخصم الذي حدث له العارض لأننا هنا بصدد حالة تجهيل إجرائي حينما حدث سبب الانقطاع بالوفاة أو فقد الأهلية أو زوال الصفة .

<sup>1</sup> -نبيل اسماعيل عمر، الوسيط، مرجع سابق، ص 696.

<sup>2</sup> - قرار محكمة النقض المصرية، رقم 445 لسنة 35 ق جلسة 1970/01/20، نقلا عن: محمد شتا أبو سعد محمد شتا أبو سعد، الدفوع المتعلقة بعوارض الخصومة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص166.

وبحدوث هذا العارض توقف جميع المواعيد الجارية ،فحق العلم بالخصومة أمر ضروري لتحقيق سريان المدة المنصوص عليها في القانون حيث أن عدم علم من يجب إبلاغهم بالخصومة لا يرتب أي أثر بما فيه سقوط الخصومة بمضي المدة .

وهو ما يفهم من نص الفقرة الثانية من المادة 133 من قانون المرافعات المصري والذي نص على أنه تستأنف الدعوى إذا حضر الجلسة التي كانت محددة لنظرها وارث المتوفى أو من يقوم مقام فاقد الأهلية أو من يقوم مقام من زالت صفته وبأشر في سير الخصومة فهذه الفقرة تواجه حالة التي تكون فيها الدعوى مؤجلة وحدث سبب الانقطاع في فترة التأجيل وفي الجلسة الجديدة حضر من يقوم مقام الخصم الذي قام به العارض فهنا لا يحدث سبب الانقطاع لحدوث واقعة قانونية وهي الحضور فحققت بذلك هذه الواقعة الهدف من الإجراء وهو أعمال الواجهية،<sup>1</sup> وهذا يتطلب القانون توافر عدة إجراءات لقطع سريان ميعاد السقوط.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: وضع شروط صارمة لتحديد الإجراء القاطع لميعاد السقوط

حدد المشرع شروطا وجب توفرها لانقطاع سريان ميعاد السقوط ولعل أهمها هو صدور الإجراء من احد الخصوم وان يتخذ في مواجهة الخصم الآخر وان يتعلق بالخصومة ويدفعها إلى السير نحو الفصل في موضوعها وان يكون الإجراء صحيحا وهي شروط يجب توافرها في الإجراء الذي يقطع سريان ميعاد السقوط.

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل عمر، التجهيل الإجرائي، مرجع سابق، ص58.

<sup>2</sup> - عمر زودة، مرجع سابق، ص560.

## أولاً : وجوب صدور الإجراء من أحد الخصوم

من البديهي أن يطرأ عارض يشل حركة الخصومة<sup>1</sup> وسواء وقع هذا الركود أمام المحكمة أول درجة أو إمام جهة الاستئناف فان هذا يعرض الخصومة للسقوط إذا انقضت عليها مدة سنتين مال يحدث طارئ خلال الميعاد، ولعل هذا الطارئ يختصر فيما يقوم به الخصوم من إجراءات من اجل إعادة سير الخصومة بعد وقفها لأي سبب من أسباب الوقف.

فيجب على المدعى أو من كان في حكمه أن يقوم بالإجراء قبل انقضاء الميعاد أما إذا قام به المدعى عليه بعد انقضاء مدة السنتين قصد إعادة السير في الخصومة فان ذلك يعتبر تنازلاً منه عن حقه في التمسك بسقوط الخصومة وإذا أعاد المدعى عليه السير في الدعوى قبل انقضاء الميعاد القانوني فان الإجراء يعتبر صادراً من المدعى عليه بقطع ميعاد السقوط .

وينبغي على هذا ويقوم عليه أنه لا تعد من الإجراءات القاطعة للسقوط تسليم نسخة من الحكم من طرف احد الخصوم إلى الخبير للشرع في عمله الذي كلفته به المحكمة، أو إيداع تقرير الخبرة لدى أمانة المحكمة من قبل الخبير أو إرسال نسخة منه إلى الخصوم أو مطالبة الخبير بأتعايه أو طلب نسخة من تقرير الخبرة من احد الخصوم أو سحب ملف القضية من طرف احد الخصوم استعداداً لإعادة السير في الخصومة.<sup>2</sup>

## ثانياً : وجوب اتخاذ الإجراء في مواجهة الخصم

لانقطاع سريان الميعاد اشترط المشرع أن يتخذ الإجراء في مواجهة الخصم الآخر بحيث يكون موجهاً للطرف الآخر فلا يكفي صدوره من احدهم فقط دون

<sup>1</sup> - أحمد ابو الوفا، مرجع سابق ،ص626

<sup>2</sup> عمرزودة ، مرجع سابق ، ص562

تبليغه للطرف الثاني وبالتالي فإن أي إجراء يتخذه المدعي في مواجهة المدعى عليه لا يقطع مدة التساقط إذا لم يوجه إليه هذا الإجراء ومن ثمة فإن الطلب الذي يقدمه احد الخصوم إلى أمين الضبط من اجل استرداد ملف القضية تمهيدا لإعادة السير فيها لا يعد من قبيل الإجراءات القاطعة لميعاد السقوط، وحتى تسليم نسخة من الحكم إلى الخبير لتنفيذ المهمة المرسدة إليه ينطبق عليه نفس الحكم كما لا يكفي لإعادة السير في الخصومة تسجيل عريضة إعادة السير في أمانة الضبط دون تبليغها للطرف الآخر

### ثالثا: وجوب تعلق إجراء قطع الميعاد بالخصومة

بالإضافة للشروط التي سبق ذكرها فإنه من الشروط الواجب توفرها في الإجراء القاطع لميعاد السقوط وجوب أن يكون هذا الإجراء متعلقا بالخصومة وليس من الإجراءات التي تتخذ خارج نطاقها وعليه فلا تعد من إجراءات قطع مدة السقوط الرسالة التي يبعثها احد الخصوم للأخر أو إجراءات الصلح أو رفع دعوى مستعجلة رامية إلى وضع العقار محل النزاع تحت الحراسة القضائية.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: جزاء البطلان ودور الاقتصاد الإجرائي في الحد منه

أن المشرع قد حدد بنفسه الإجراءات والأوضاع الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان وهذا طبيعي مادام هو الذي يرسم الإجراءات للمتقاضين فهو الأدرى بما يقصد تحقيقه من ضمانات أساسية للأطراف في جميع الأحوال. ولا يكون الحكم بالبطلان في هذه الأحوال معلقا على توافر ضرر للتمسك به مادامت قد ارتكبت المخالفة التي رتب القانون البطلان جراء ارتكابها.<sup>2</sup> فقد كانت القاعدة في القانون الفرنسي القديم ألا بطلان بغير ضرر إلا أن الأمر تغير فالبطلان سواء جاء لمخالفة قاعدة موضوعية أو إجرائية فهو في حقيقته ليس

<sup>1</sup> عمر زودة، مرجع سابق، ص 563

<sup>2</sup> -أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 493.

إلا جزاء لمخالفة العمل القانوني لنموذجه المنصوص عليه قانوناً، وهو ما يسبب هدراً كبيراً للإجراءات من خلال إبطال عمل قضائي قد أخذ الكثير من الوقت.

### المطلب الأول: مفهوم البطلان

إن كان قانون الإجراءات المدنية قد أوجب في الإجراءات مواعيد وبيانات وأوضاع وأشكال معينة وذلك ضماناً لما تحققه هذه الإجراءات من مصالح قانونية وإذا كان هذا القانون قد رتب البطلان جزاء عدم تحقق الغاية من الشكل الذي يتطلبه في الإجراء جزاء النقص الذي يعتبره أو الخطأ الذي يصيبه فإنه من باب أولى أن يترتب هذا البطلان إذا تعمد الخصم حرمان خصمه من هذه الضمانات التي أقرها القانون لكل طرف في الدعوى<sup>1</sup>.

والبطلان في نطاق الإجراءات المدنية هو أكثر الجزاءات التي يتم التمسك بها بقصد إحباط النتائج التي كان من الممكن أن يولدها العمل الإجرائي لو تم اتخاذه صحيحاً، وعليه فإن البطلان الإجرائي يعرف بأنه وصف يلحق بالعمل الإجرائي يؤدي إلى عدم ترتيبه للآثار القانونية التي تترتب عليه أصلاً فيما لو كان صحيحاً<sup>2</sup>.

والبطلان في مجال العمل الإجرائي يعود أساساً إلى تعيب الشكل أكثر من غيره من المقتضيات الموضوعية استناداً إلى أن العمل الإجرائي يستند في أساسه إلى الشكلية المفترضة.

<sup>1</sup>-فارس على عمر، سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي، مجلة الرافدين للحقوق التي تصدر عن جامعة الموصل، العراق، عدد 25، سنة 2005، السنة 10، ص 210

متوافر على الرابط: [www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=36341](http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=36341) (تاريخ التصفح 2017/12/22)

<sup>2</sup>-عمر زودة، مرجع نفسه، ص 474.

## الفرع الأول : تعريف البطلان

البطلان هو وصف قانوني يلحق العمل الإجرائي نتيجة مخالفته لنموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار القانونية التي يرتبها على هذا الإجراء ولو كان صحيحا، أي انه تكييف قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون عليه إذا كان هذا العمل كاملا.<sup>1</sup>

والبطلان الإجرائي ينشأ عن تخلف المقتضيات الشكلية فيسمى بالبطلان لعبيب الشكل وقد ينشأ عن تخلف احد المقتضيات الموضوعية فيسمى بالبطلان الإجرائي الموضوعي.

فعنصر البطلان هما العيب لمخالفة القانون وعدم ترتيب الآثار القانونية بسبب ما شاب العمل من عيب .

## الفرع الثاني: نظام البطلان الإجرائي في القانون الجزائري.

اعتمد المشرع الجزائري نظاما هجيناً يجمع بين القاعدة التي تقضي بأنه لا بطلان بدون نص وبين القاعدة التي تقضي بأنه لا بطلان بدون ضرر.

### أولاً : لا بطلان بدون ضرر

لا يكفي طبقاً لهذا المبدأ مجرد مخالفة الشكل حتى يحكم بالبطلان وإنما يجب للحكمة أن يثبت أن هذه المخالفة أضرت بمصالح الخصم المتمسك بالبطلان وأساس هذا المبدأ أن الغاية من القانون هي حماية مصالح معينة فإذا لم يلحق الضرر بهذه المصلحة فإن الحكم بالبطلان يعتبر مخالفاً للعدالة ومنافياً لإرادة المشرع.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> نبيل اسماعيل عمر، أحمد خليل، أحمد هندي، مرجع سابق، ص 661

<sup>2</sup> شويحة زينب، الاجراءات المدنية في ظل القانون 08/09، ج1، دار أسامة للطباعة والنشر، 2009، ص 109

ولم يتضمن قانون الإجراءات المدنية القديم نصا صريحا بخصوص قاعدة " لا بطلان بدون ضرر"، واكتفت المادة 462 من القانون القديم بالنص على أنه: "إذا كان البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع به ليس من النظام العام فيجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيحه ويرجع أثر هذا التصحيح إلى تاريخ الإجراء المطعون فيه بالبطلان أو بعدم الصحة".

ولكن ورغم الفراغ القانوني، فإن المحكمة العليا كرست قاعدة " لا بطلان بدون ضرر"، إذ قضت في عدة قرارات أنه إذا لحق إجراء من الإجراءات ضررا للخصم أو لحقوق الدفاع، فإنه يبطل حتى وإن كان العيب المتصل بهذا الإجراء هو عيب في الشكل فقط. وطبعا فإن تقدير الضرر من عدمه يرجع للقاضي،<sup>1</sup> وقانون الإجراءات المدنية والإدارية كرس في هذا المجال قضاء المحكمة العليا إذ أن المادة 60 أقرت صراحة مبدأ " لا بطلان بدون ضرر" إذ نصت أنه " لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه".

### ثانيا : لا بطلان بدون نص

كما أن الجزاء الجنائي لا يتقرر إلا بنص فلا جريمة ولا عقوبة بغير نص فان الجزاء الإجرائي يجب أن لا يتقرر إلا بناء على نص فلا بطلان بغير نص فالمشرع ينفرد بتحديد حالات البطلان فيقرر أنه لا بطلان بغير نص كما يقرر وجوب الحكم بالبطلان كلما نص عليه المشرع وأساس هذا المبدأ أن آثار خطيرة تترتب على البطلان فيجب أن ينفرد المشرع بتحديد حالاته.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> قرار الغرفة المدنية، بتاريخ 16 مارس 1983، رقم 27972، جمال سايس، الاجتهاد القضائي الجزائري ج.4، منشورات كليك، ط.1، 2013، ص322.

<sup>2</sup> نبيل اسماعيل عمروأخرون، مرجع نفسه، ص662.

نصت المادة 60 في فقرتها الأولى على أنه " لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك " .

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد نص على قاعدة أن لا بطلان بدون نص منصوص عليه صراحة في القانون وهو التيني الصريح لنظام البطلان الذي كان سائدا في المجموعة الفرنسية القديمة لسنة 1806.<sup>1</sup>

فالمقصود بنص المادة أعلاه أن القاضي لا يحكم بالبطلان إلا إذا نص عليه صراحة فلا يكفي النص الضمني بأن يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية كعبارة لا يجوز أو يجب ، وبالرجوع إلا نصوص التشريع الإجرائي المدني الجزائري نرى أن المشرع لم يستعمل عبارة البطلان إلا في ثلاث حالات وهي نص المادة 8 في فقرتها الرابعة ونص المادة 275 والمادة 643 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية في حين أنه في باقي الحالات استعمل عبارة "تحت طائلة عدم القبول شكلا".

إلا أنه يعاب على هذا النظام الجمود الذي يقعد به عن موائمة مقتضيات العمل فمن الصعب على المشرع ملاحقة ما يفرزه تطور العصر من أشكال جديدة مما يجعل الاعتماد على هذا النظام معيبا بالقصور.

فضلا عن أن هذا النظام يفترض لسلامة تطبيقه نظاما تشريعا محكم الوضع يزن فيه المشرع أهمية كل مخالفة لأوامره ونواهيه ويرتب عليها الجزاء الذي يناسبها .

<sup>1</sup> عمرزودة . مرجع السابق ، ص 486

## المطلب الثاني: تصحيح العمل الإجرائي كشكل للاقتصاد في الإجراءات القضائية.

البطلان من مشكلات القانون،<sup>1</sup> فكل نظام إجرائي يقف دائما حياله غير قادر على الوصول فيه إلى قاعدة تتفق مع مقتضيات العدالة وتسلم من النقد فهل من العدالة أن يبطل الإجراء كلما مسته مخالفة لقاعدة من قواعد الإجراءات المدنية فيهدر معها الحق الموضوعي في كثير من الحالات نتيجة بطلان الإجراءات التي هي مقررة أصلا لتوجه صاحبه إلى السبيل الذي تؤدي به إلى الانتفاع بحقه.

ثم إذا قيل بالاستغناء عن البطلان فلا يستتبع ذلك بطلان نواهي القانون وأوامره الأساسية فيستحيل على النظام الإجرائي أن يسير ويعمل وينتج على الوجه المطلوب، ولذلك فإن البطلان إجراء لا يمكن الاستغناء عنه ولو كان مؤداه إهدار الحقوق .

إلا أن القانون قد قلل من خسائر البطلان من جانب الحق الموضوعي بوضع قواعد تمكن من اقتصاد إجراء البطلان والحد من الهدر الإجرائي الذي يمكن أن يسببه مثل هذا الإجراء ولعل المشرع الجزائري بإقراره لإجراءات عديدة منها تصحيح العمل الإجرائي الباطل هو أحد أهم السبل في نظرية اقتصاد الإجراءات.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية القديم لم ترد به قواعد تنظم تصحيح العمل الإجرائي المعيب ، غير أن قانون الإجراءات المدنية الجديد ورد فيها نص يقضي بجواز تصحيح البطلان للعيوب الشكلية والموضوعية وهو ما جاءت به الماديتين 62 و 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

<sup>1</sup> أحمد ابو الوفا ، مرجع سابق ، 491

## الفرع الأول: تصحيح العمل الإجرائي لعيب شكلي

يتم تصحيح الأعمال الإجرائية في القانون بناء بموجب عدة حالات ونذكر منها:

### أولا : تحول العمل الإجرائي

يمكن أن يتحول العمل الإجرائي الباطل إلى إجراء صحيح ويكون هذا التحول على نمط تحول العقد وانتقاصه في القانون الموضوعي، وهذا التحول ليس إلا تكييفاً لمقتضيات العمل غير المعيبة حيث انه بتوافر بعض العناصر لإجراء آخر وجب أن يعتد بها ،ومن أمثلة ذلك إذا تحول الطلب العارض الذي اعتبر باطلا تبعا للحكم ببطلان عريضة الدعوى الأصلية إلى طلب أصلي إذا كان قد قدم للمحكمة بالطرق المعتادة لرفع الدعوى وكانت مختصة به، وتحول الاستئناف بالمقابل إلى استئناف أصلي إذا توافرت فيه شروط ذلك ،وكذلك إذا كان حلف اليمين الحاسم باطلا لعيب شكلي فانه يمكن إن يتحول إلى إقرار قضائي صحيح وكذلك تسليم صورة من التبليغ في موطن غير موطن المبلغ إليه فإذا صادف إن تسلم المبلغ إليه صورة من التبليغ في موطن غير موطنه وهو تبليغ باطل حسب قانون الإجراءات إلا انه يتحول إلى تبليغ صحيح وسليم مادام المستلم هو المبلغ إليه شخصيا.

ومن ذلك نجد أن الإجراء الباطل قد تحول إلى إجراء صحيح وذلك طالما توافرت في الإجراء الباطل عناصر إجراء آخر أي أن التحول الإجرائي يجوز إذا كانت العناصر الباقية غير المعيبة بتوافر بموجبها إجراء آخر صحيح<sup>1</sup>.

وحسب رأي الأستاذ عمر زوده فانه ومع عدم نص المشرع الجزائري على الأخذ بنظام تحول العمل الإجرائي على عكس المشرع المصري والذي نص عليه في المادة 24 من قانون المرافعات، إلا أن المسألة على حد تعبيره هي مسألة عمل

نبيل اسماعيل عمرواخرن ،مرجع سابق ، ص 699<sup>1</sup>

باطل يتحول إلى عمل صحيح وتبعاً لذلك فإنه يخضع لأحكام القواعد العامة التي يخضع لها العمل الإجرائي الصحيح دون حاجة إلى نص خاص<sup>1</sup>.

### ثانياً: تصحيح البطلان بالتكملة

للحد من البطلان واقتصاداً في إجراءات الخصومة ومنعاً للمبالغة في التمسك بالشكل فإنه يسمح بتصحيح البطلان بالتكملة وذلك بإزالة العيوب التي شابت الإجراء سواء بتحديد الإجراء الباطل بحيث يحل محله إجراء آخر صحيح أو بتجديد شق منه لتغيير العنصر المعيب فيه أو بإضافته كتسليم التبليغ بالحضور أمام المحكمة حيث يجب أن تحدد فيه مهلة لا تقل عن 20 يوماً قبل انعقاد الجلسة ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ تسليم التبليغ، فإذا تضمن التبليغ مهلة أقل من تلك المحددة في القانون وحضر المبلغ إليه وتمسك ببطلان التبليغ لهذا السبب فإن القاضي لا يحكم ببطلانه ويتم تصحيح هذا التبليغ بالتكملة بإعطاء المبلغ إليه مهلة جديدة<sup>2</sup>.

ويشترط لتصحيح الإجراء الباطل بالتكملة أو بالتجديد شرطان الأول أن يتم التصحيح في الميعاد الذي ينص عليه القانون للقيام بالعمل الإجرائي فحيث يحدد القانون ميعادا حتمياً لاتخاذ الإجراء خلاله فإنه يتعين أن يتم التصحيح خلال هذا الميعاد إذ أنه بفوات الميعاد يسقط حق الخصم في اتخاذ الإجراء<sup>3</sup> طبقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأنه إذا حدد القانون ميعادا للقيام بعمل ما فيجب أن يتم هذا العمل بجميع مقتضياته في هذا الميعاد، أما الشرط الثاني فهو تمسك صاحب المصلحة بالتصحيح حيث أنه ليس للمحكمة أن تأمر

عمرزودة، مرجع سابق، ص 509<sup>1</sup>

عمرزودة، مرجع نفسه، ص 511<sup>2</sup>

أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 758<sup>3</sup>

بالتصحيح من تلقاء نفسها مهما كان العيب الذي يشوب العمل الإجرائي إلا في الحالات التي نص عليها القانون .

### ثالثا : تصحيح البطلان بالنزول عنه

نظرا لخطورة إجراء البطلان كجزاء إجرائي فان المشرع حاول تقييده وحصره في أضيق نطاق ولعل السبب الوجيه لذلك هو اقتصاد الإجراءات، ومن الوسائل التي استخدمها المشرع لتحقيق هذا الغرض أجازته والنزول البطلان من صاحب المصلحة، فقرر أنه يحق لمن تقرر البطلان لمصلحته أن ينزل عن التمسك به<sup>1</sup> ويترتب على ذلك عدم قابلية العمل الإجرائي للبطلان .

وهذا ما نصت عليه المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على أنه " لا يجوز التمسك ببطلان الأعمال الإجرائية إلا لمن تقرر البطلان لصالحه " والبطلان للعيوب الشكلية كله لا يتعلق بالنظام العام حيث أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم ببطلان سواء كان متعلقا بالنظام العام أو بالشكل الجوهرى ما لم يكن منصوصا عليه في القانون .

فإذا نزل صاحب المصلحة عن البطلان ولم يتمسك به يصبح العمل الإجرائي المعيب صحيحا ومن أمثلة ذلك أن يتسلم الخصم التكليف بالحضور بيوم العطله الأسبوعية فيقع باطلا تبليغه ويصحح البطلان عن طريق عدم التمسك به من الخصم لان البطلان مقرر لمصلحة المدعى عليه .

### رابعا : تصحيح الإجراء بالحضور

إن اقتصاد الإجراءات هو والحد من الهدر هو احد أهداف المشرع التي أتى بها بموجب القانون 09/08 ويتضح ذلك جليا من خلال إعطاء المشرع لفرصة

<sup>1</sup> بربرة عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص102

للخصومة للسير دون قطعها أو تأجيلها لأسباب قد يعتبرها البعض واهية  
وليست ماسة بحقوق الدفاع

ويعتبر التكاليف بالحضور أحد أهم الشروط التي يجب توافرها في الخصومة  
لأنها كما يرى الفقه الحديث هو سبب انعقاد الخصومة أصلا فقد لا يكلف  
الخصم بالحضور ويعتبر هذا مساسا بحقه في الواجهة والدفاع أصلا .

إلا أن المشرع واقتصاد الإجراءات قرر أن حضور المدعى عليه أو ممثله  
القانوني يصحح التكاليف بالحضور لأنه بحضوره وتمكينه من إبداء دفاعه  
وممارسته حقه في الدفاع عن نفسه في الدعوى تتحقق بذلك الغاية من الشكل  
القانوني مما يؤدي إلى انتفاء أي ضرر يمكن أن يلحق به <sup>1</sup>.

#### الخاتمة:

إن الهدر الإجرائي هو احد أهم أسباب تأجيل عدم الفصل في القضايا  
ونعتبره أحد اكبر أسباب هضم حقوق المتقاضين ويتحمل هذا الهدر كل من  
الخصوم والقاضي والمشرع كل بطريقته.

ولم نذكر في دراستنا هذه أسباب الهدر الإجرائي والتي هي كثيرة بكثرة  
الإجراءات في القوانين الإجرائية إلا أن المشرع حاول تدارك هذه الإشكالات من  
خلال ابتكاره لأنظمة تحد وتقتصد من الإجراءات على كثرتها.

ولعل اتخاذ كل من السقوط والبطلان كأمثلة على تعامل المشرع مع الهدر  
الإجرائي والاقتصاد في الإجراءات كان السبيل الأمثل لتبيان نجاح المشرع إلى حد  
كبير في لعب دور في تسهيل اقتضاء الحقوق في مدد معقولة وهو ما تعرضنا له  
من خلال هذه الدراسة.

<sup>1</sup> عمرزودة ، مرجع سابق ، ص514

## آليات الحماية الدولية للاجئين

د/ فصرأوي حنان، أستاذة محاضرة "ب"  
جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة

ملخص:

يعرف العالم خلال السنوات الأخيرة ظاهرة نزوح لا مثيل له في التاريخ فقد وصل عدد اللاجئين لمستويات قياسية، ترجع سببها إلى الحروب والاضطهاد والكثير من النزاعات والقمع في عدد من البلدان، فازداد اهتمام هيئات الأمم المتحدة والمنظمات الدولية والإقليمية بقضية اللاجئين، حيث قامت بوضع تعريف للاجئ وبالتالي تحديد من يستحق هذه الحماية القانونية، كما حددت اتفاقية 1951 لحماية اللاجئين حقوقاً من أجل حماية اللاجئ ووضعت التزامات لآبدهم من أداءها. كما تتمثل الآليات المؤسسية الخاصة بحماية اللاجئين في مختلف الأجهزة التي ترعى شؤون اللاجئين. وفي مقدمة هذه الأجهزة المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، فضلاً عن مختلف الجهود التي تقدمها اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ووكالة غوث وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين في الشرق الأوسط (الأونروا).

الكلمات المفتاحية: الحماية، الدولية، اللاجئين.

### Abstract :

these last years, The world has witnessed an unprecedented phenomena of displacement: the number of refugees worldwide peaked. This high number is due to war, persecution and many conflicts and repressions in several countries, as evidenced by the 1951 United Nations Convention on Refugees and the United Nations. The territorial asylum of 1967, the reasons for the admission of a refugee, The United Nations Convention on Refugees

(1951) established rights for the protection of refugees and made commitments that they must respect. Institutional mechanisms for refugees protection are represented in various organizations. The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), as well as the various initiatives of the International Committee of the Red Cross (ICRC) and the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA).

**Keywords :** protection – international – refugees.

### مقدمة

يعرف العالم خلال السنوات الأخيرة ظاهرة نزوح لامثيل له في التاريخ فقد وصل عدد اللاجئين لمستويات قياسية حيث يقدرون حسب المفوضية السامية للاجئين بحوالي 65 مليوناً و10 ملايين بدون جنسية وتأتي منطقة الشرق الأوسط وإفريقيا الشمالية في المقدمة ثم إفريقيا فآسيا وأمريكا اللاتينية فأوروبا، واعتباراً من منتصف شهر آذار/ مارس عام 2016، سجلت المفوضية 2.1 مليون سوري لاجئ في مصر والعراق والأردن ولبنان، وسجلت الحكومة التركية 1.9 مليون سوري.

وسجلت المفوضية أكثر من 28 ألف لاجئ في شمال أفريقيا. وكان هناك ما يقرب من 900 ألف طلب لجوء من السوريين في أوروبا بين 2011 و2015،<sup>1</sup> وعلى رأس الدول المستقبلة هناك تركيا وباكستان ولبنان. إن هاته الأعداد الكبيرة ترجع إلى الحروب والاضطهاد والكثير من النزاعات والقمع في عدد من البلدان.

<sup>1</sup> : انظر موقع شبكة المعلومات الدولية للامم المتحدة كالتالي :

<http://www.un.org/ar/sections/issues-depth/refugees/index.html>

لكن العقود الأخيرة شهدت حروباً ضخمة وإبادة وحروب أهلية لم يسبق لها مثيل مما أفرز الأعداد الهائلة للنازحين .

المبحث الأول: مفهوم اللجوء.

المطلب الأول : أسباب اللجوء.

ورد في اتفاقية الأمم المتحدة بخصوص اللاجئين عام 1951 م، وبروتوكول الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي عام 1967<sup>1</sup>، الأسباب الداعية لقبول اللاجئين، حيث ورد فيها " أن اللاجئين كل شخص يوجد خارج بلد جنسيته أو إقامته، وعنده خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عنصري، أو ديني، أو القومية، أو الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب رأي سياسي، ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أن يستظل بحماية ذلك البلد أو العودة إليه خشية تعرضه للاضطهاد"<sup>1</sup>.

الفرع الأول: الخوف من التعرض للاضطهاد.

تمثل عبارة "خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد" العبارة الأساسية في التعريف، ويقصد بالخوف ما كان ناتجاً عن التعرض للتعذيب والاضطهاد وهو حالة نفسية تستدعي من اللاجئين الهروب لمكان يشعر فيه بالأمان، ويجب أن يكون خوف ملتمس اللجوء له ما يبرره مرتبط بالاضطهاد، غير أنه لم تحدد أي من الاتفاقيات المتعلقة باللجوء تعريفاً للاضطهاد، ويبدو أن عدم وضع مفهوم جوهري لهذا المصطلح في اتفاقية 1951 كان عن قصد، مما يوحي بأن واضعي

<sup>1</sup> الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 التي اعتمدت في 28 جويلية 1951 من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، الذي دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرارها رقم 429 (د-5) المؤرخ في 14 ديسمبر 1950، بدء تاريخ نفاذها في 22 أبريل 1954، وفقاً لاحكام المادة 43.

نص الاتفاقية أرادوا لهذا المفهوم أن يتم تفسيره بطريقة مرنة ليتضمن أشكال الاضطهاد المتغيرة باستمرار<sup>1</sup>.

لكن يمكن أن يستنتج من الفقرة الأولى من المادة (33) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 على أن الاضطهاد هو كل تهديد للحياة أو الحرية بسبب العرق أو الدين أو القومية أو الرأي السياسي أو الانتماء إلى طائفة اجتماعية معينة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التعرض للاضطهاد بسبب التمييز والعرق.

ويكون التعرض للاضطهاد بسبب التمييز والعرق خاصة أنه في كثير من المجتمعات توجد اختلافات في المعاملة والحقوق والفرص مما يولد شعورا بالخشية وعدم الأمان فيما يتعلق بوجوده مستقبلا، حيث لقي التمييز بسبب العرق إدانة على الصعيد العالمي بوصفه انتهاكا صارخا لحقوق الإنسان لذلك فإن التمييز يمثل عنصرا مهما في تحديد أسباب اللجوء.

ويعني العرق مجموعة أقل عددا من بقية سكان دولة يكون أعضاؤها في وضع غير مسيطر متمتعين بجنسية الدولة الموجودين على إقليمها ويتصرفون بصفات تختلف عن تلك التي يتصف بها سائر مواطني الدولة، كما يظهرون بشكل ضمني شعورا بالتضامن وهدفهم هو المحافظة على ثقافتهم أو ديانتهم أو لغتهم.

<sup>1</sup>: سلام أمانة، مبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين في القانون، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة البحرين، 2015، ص20.

<sup>2</sup>: المرجع نفسه، ص20.

### الفرع الثالث: التعرض للاضطهاد بسبب الدين والانتماء والرأي السياسي.

إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينادي بالحق في حرية الفكر والعقيدة والدين، وذلك الحق يشمل على مبدأ الحرية الدينية والمعتقد الذي يعتنقه الإنسان فهي حرية مكفولة للإنسان وفق الإعلانات والوثائق الدولية<sup>1</sup>.

ويتعرض للملاحقة والاضطهاد بسبب الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة تشتمل في العادة على أشخاص ذوي خلفيات وعادات وأوضاع اجتماعية متماثلة، وقد يكون الانتماء لهذه الطائفة الاجتماعية المعينة هو سبب الانتهاك نظراً لعدم وجود ثقة في ولاء هذه الفئة، فاللجوء الديني ينصرف معناه إلى ما قد يتعرض له الفرد من مضايقات في معتقداته الدينية وممارسة الاضطهاد الشخصي ضده، فهو نوع من أنواع اللجوء التي أشارت إليه معظم المواثيق الدولية ومنها على الخصوص اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين<sup>2</sup>.

وما يؤدي إلى الخوف من الاضطهاد كذلك الرأي السياسي وهو ناتج عن اعتناق آراء سياسية مخالفة لما ينتهجه النظام السياسي الحاكم، إلا أن ذلك الخوف لا بد له ما يبرره من انتهاكات فعلية كالسجن أو التضييق. فاللجوء السياسي يكون سببه دوافع سياسية كأن تختلف وجهات النظر والآراء السياسية بين الشخص المعني والسلطات الحاكمة في دولته، أو قد ينتهي الشخص لبعض الجمعيات والأحزاب التي تتبنى أفكاراً وآراء مخالفة لسياسة الحكومة، أو رفضه الانتماء إلى الحزب الحاكم<sup>3</sup>، فهو مكفول قانوناً لأي إنسان مورست بحقه الاضطهادات بشتى أنواعها فهو يخضع لقواعد القانون الدولي

<sup>1</sup> : المادة 18 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة 1948 .

<sup>2</sup> : لمزيد من التفصيل انظر : غلي حميد العبيدي ، مفهوم اللجوء والهجرة في القانون وتطبيقاتها على هجرة العراقيين والسوريين ، مجلة كلية المأمون ، جامعة العراق ، 2016 ، العدد 27 ، ص 208 .

<sup>3</sup> : امانة سلام ، المرجع السابق ، ص21.

لحقوق الإنسان، والهدف منه هو انقاذ حياة أشخاص أو حريتهم، فكل شخص هجر موطنه الأصلي أو أبعد عنه بوسائل التخويف والإرهاب أو الاضطهاد لأسباب سياسية ولجأ إلى إقليم دولة أخرى طالبا للحماية، يسمى لاجئا سياسيا في مفهوم القانون الدولي.

ويتنوع اللجوء بحسب الدوافع والأسباب التي تقف وراءه<sup>1</sup>، هناك لجوء إنساني اذ يعتبر أشهر أنواع اللجوء لأنه لكافة الناس وغير مقتصر على مجموعة بعينها، وغالبا ما ينشأ نتيجة لهجرة أعداد كبيرة من مواطني دولة معينة ونزوحها باتجاه دولة أو دول مجاورة لدولتهم أو بلدان أخرى غير مجاورة، وذلك لأسباب مختلفة كالحروب والنزاعات والصراعات العرقية، ومثال على ذلك سوريا والعراق، أو كأن تكون بسبب الانتهاكات الخطيرة لحقوقهم والحريات العامة، أو بسبب الكوارث الطبيعية والفيضانات والبراكين مما ينشأ عنه وضع إنساني صعب جدا وخطير يستلزم إكمال قواعد القانون الدولي الإنساني ذات العلاقة وتحديدا اتفاقية 1951 الخاصة باللاجئين<sup>2</sup>.

وهناك اللجوء البيئي، فالمفهوم القانوني للجوء البيئي يختلف عن اللجوء الإنساني وغيره من أنواع اللجوء الذي ينص عليه القانون الدولي، فاللاجئ البيئي هو الذي ينتقل مجبرا من مقر سكنه بفعل التغير المناخي أو التبدل البيئي أو التعديل الجيولوجي إلى مقر آخر للالتجاء فيه، وظهر مفهوم اللاجئ البيئي في 1985 ضمن تقرير لبرنامج الأمم المتحدة للبيئة، لكن قوانين اللجوء لا تمنح اللاجئ البيئي وضعاً قانونياً لعدم تشكيل اللاجئين البيئيين ظاهرة جديدة خصوصا وأن هذا النوع من اللجوء يحدث أحيانا داخل البلد ذاته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>: ايناس محمد المهجي، الاسس الدولية لحق اللجوء السياسي والانساني بين الدول، المركز القومي

للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2013، ص 21.

<sup>2</sup>: أمانة سلام، المرجع السابق، ص 21.

<sup>3</sup>: علي حميد العبيدي، المرجع السابق، ص 10.

أما عن اللجوء الاقتصادي أو الغذائي هو نوع آخر من أنواع اللجوء، فقد يتم اللجوء إلى مناطق أو بلدان أخرى بقصد الحصول على لقمة العيش نتيجة الكوارث البيئية أو الطبيعية أو المجاعة التي تصيب بلدا ما، حيث يتصل اللجوء الاقتصادي اتصالا وثيقا باللجوء الغذائي<sup>1</sup>. وهذا النوع من أنواع اللجوء تقف وراءه أسباب اقتصادية فطالبه يسعى إلى تحسين وضعه الاقتصادي والمعاشي ولا يكون الدافع وراء هذا النوع من اللجوء سياسيا أو إنسانيا<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: تعريف اللاجئ.

ازداد اهتمام هيئات الأمم المتحدة والمنظمات الدولية والإقليمية بقضية اللاجئين، حيث قامت بوضع تعريف للاجئ بهدف تبيان الشروط الواجب توافرها في الشخص لكي يكتسب صفة لاجئ ويميزته عن بعض الفئات المشابهة له، إذ يعد تعريف اللاجئ مسألة مهمة بحد ذاتها وهي كذلك حاسمة في معالجة قضية اللاجئين لأنه يترتب على هذا التعريف تحديد من هو الشخص الذي ينطبق عليه وصف اللاجئ وبالتالي يستحق الحماية القانونية، نبين فيما يلي مفهوم اللاجئ في الاتفاقيات الدولية ثم مفهومه في الاتفاقيات الإقليمية<sup>3</sup>.

### الفرع الأول: تعريف اللاجئ في الاتفاقيات الدولية.

وردت مجموعة كبيرة من الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تعرف اللاجئ ونذكر من بينها اتفاقيات حقوق الإنسان المبرمة في منظمة الأمم المتحدة، حيث اعتمدت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 كأول وثيقة دولية يعترف بموجبها بحق اللجوء، وأقرت بموجبه بحق كل فرد في التماس ملجأ في الدول الأخرى للتخلص من الاضطهاد نظرا للأهمية البالغة لموضوع اللاجئين والعلاقة

<sup>1</sup>: المرجع نفسه، ص208.

<sup>2</sup>: أمانة سلام، المرجع السابق، ص22.

<sup>3</sup>: وضاح محمود الجمود، اللجوء وأبعاده الأمنية والسياسية والاجتماعية الملتقى العلمي الذي تنظمه جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص08.

الكبيرة بين حقوق الإنسان وحقوق اللاجئين، فقد أكد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان على أن حق التماس اللجوء يكون بسبب تعرض الشخص للاضطهاد فضلا على الحق في العودة إلى بلده<sup>1</sup>، نستنتج من خلال ما أشير إليه بأن الإعلان العلي لحقوق الإنسان لم يقدم تعريف محدد للاجئ، حيث أقر فقط بحق اللجوء في حالة وقوع الشخص ضحية اضطهاد، كما يعد الإعلان وثيقة غير ملزمة بالنسبة للدول لكونه صادر عن الجمعية العامة على شكل توصية .

نظرا لعدم وضع الإعلان العالمي لتعريف محدد للاجئ، أقرت منظمة الأمم المتحدة اتفاقية خاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 حيث ورد في المادة " 1 " فقرة " 2 " بأن المقصود باللاجئ: " هو كل شخص يوجد نتيجة أحداث وقعت قبل الأول من يناير 1951 ، وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية خارج بلد الجنسية ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أن يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق بنتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع أو لا يريد بسبب ذلك الخوف أن يعود إلى ذلك البلد " .

ويبدولنا من خلال هذا التعريف أنه ينص على تحديد زمني لتاريخ اللجوء مما يعني أن اللاجئ بعد يناير 1951 لا تشمل الاتفاقية ولم تشمل حالات اللجوء في العالم الثالث، وبعض دول أوروبا الشرقية.

نظرا لوجود ثغرات قانونية في تحديد المقصود باللاجئ في الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين 1951، وضعت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1967 بروتوكول خاص بوضع اللاجئين، حيث أضاف في فقرته الثانية من المادة (01) للتعريف الذي تضمنته اتفاقية الأمم المتحدة الخاص بوضع اللاجئين

<sup>1</sup>: جان فيليب لافواييه، اللاجئين والاشخاص المهجرون. المجلة الدولية للصليب الاحمر، العدد 305، 1995.

1951 بأن لفظ " اللاجئ " يسري على كل شخص ينطبق عليه التعريف الوارد في المادة (01) من الاتفاقية كما لو لم ترد في الفقرة من الفرع (أ) منها الكلمات نتيجة أحداث وقعت قبل جانفي 1951 وكلمات بنتيجة مثل هذه الإجراءات ليصبح لفظ " لاجئ " ينطبق على كل من تتوفر فيه الشروط الأخرى دون تحديد الفترة الزمنية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف اللاجئ في الاتفاقيات الإقليمية.

تعددت المواثيق الإقليمية التي تطرقت إلى تعريف اللاجئ " ومن بينها اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية سابقا والاتحاد الإفريقي حاليا، بعد استقلال الكثير من الدول الإفريقية أواخر الخمسينات انتشرت الحروب الأهلية داخل هذه الدول تنافسا على السلطة بين مختلف الأطراف ، مما تسبب في كثير المآسي لمواطني تلك الدول . الأمر الذي أدى إلى مجموعات كثيرة من السكان إلى الهرب منها والبحث عن مكان أكثر أمنا.

هذه الأسباب دفعت منظمة الوحدة الإفريقية إلى البحث في هذه المعضلة وعرض اجتماع لمعالجتها توج باتفاقية خاصة باللاجئين وقعت في 10 أيلول 1969، حيث راعت هذه الاتفاقية الأسباب والآثار الناتجة عن الحروب والمتمثلة في مشكلة اللاجئين وصاغت تعريفا لهم استندت فيه لاتفاقية اللاجئين 1951 ولكنها توسعت في تحديد صفة اللاجئين فذكرت أسباب أخرى للجوء وهي الأسباب الحقيقية لحالات اللجوء وخلصت أن اللاجئ هو: " كل شخص يجد نفسه مضطرا بسبب عدوان أو احتلال خارجي أو سيطرة أجنبية أو بسبب أحداث تهدد بشكل خطير الأمن العام في جزء من بلد منشئه الأصلي، أو من البلد الذي يحمل جنسيته، أو في أراضي أي منهما بالكامل، إلى أن يترك مكان

<sup>1</sup>: تمارا احمد برو ، اللجوء السياسي بين النظرية والتطبيق في ضوء القانون الدولي العام ، منشورات زين الحقوقية ، ط1 ، 2013 ، ص 44.

إقامته المعتادة للبحث عن ملجأ له في مكان آخر خارج بلد منشئه الأصلي أو البلد الذي يحمل جنسيته".<sup>1</sup>

فهذا التعريف جاء أكثر شمولاً ودقة من التعريف الذي جاءت به اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باللاجئين، وذلك لأنها تحدثت عن أسباب اللجوء الشائعة عن الحروب والنزاعات الداخلية وليس الاضطهاد فقط.<sup>2</sup>

وبعد الحروب الأهلية في أمريكا اللاتينية وعبور الآلاف من مواطني هذه الدول هرباً من العنف والحرب داخل بلدانهم عقد اجتماع حول اللاجئين بدعوى من المفوضية العليا لشؤون اللاجئين بكونومبيا بتاريخ 22 نوفمبر 1984 حول الحماية الدولية للاجئين في أمريكا الوسطى أو ما يسمى بإعلان قرطاج الخاص باللاجئين لسنة 1984، حيث عرف اللاجئين بأنهم "الأشخاص الفارين من بلادهم بسبب تهديد حياتهم بسبب أعمال عنف أو عدوان خارجي أو نزاعات داخلية أو خرق عام لحقوق الإنسان أو أية ظروف أخرى".<sup>3</sup>

وعقد مجلس وزراء جامعة الدول العربية اجتماعاً لمناقشة مسألة اللجوء واللاجئين في الوطن العربي في مارس 1994 بعد أزمات اللجوء التي عرفتھا المنطقة، الأمر الذي توج بإقرار هذه الاتفاقية الخاصة باللاجئين في 27 مارس 1994، وأضافت أسباب أخرى في تعريف اللاجئين من ضمنها الكوارث الطبيعية وهو ما أكدته المادة 01 من هذه الاتفاقية: "يعتبر لاجئ كل شخص يلجأ مضطراً إلى عبور حدود بلدهم الأصلي أو مقر إقامته الاعتيادية بسبب

<sup>1</sup> : المادة 1 فقرة 2 من اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية، التي تحكم الجوانب المحددة لمشكلات اللاجئين في إفريقيا، التي اعتمدها مجلس رؤساء الدول والحكومات في دورته العادية السادسة، بأديسأبابا 10 سبتمبر 1969. والتي دخلت حيز النفاذ في 20 يونيو 1974، وفقاً للمادة 11.

<sup>2</sup> : مبرك محمد، وضع اللاجئين في النزاعات المسلحة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012، ص 10.

<sup>3</sup> : بلمديوني محمد، وضع اللاجئين في القانون الدولي الإنساني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعللي، الشلف، العدد 17، جانفي 2017، ص 163.

العدوان المسلط على ذلك البعد، أو الاحتلال له والسيطرة الأجنبية عليه، أو لوقوع كوارث طبيعية أو أحداث جسيمة ترتب عليها، إخلال كبير بالنظام العام في كامل البلد أو جزء منه".

لكن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ إلى الآن بسبب عدم وجود التوقعات الكافية التي تجعلها نافذة.<sup>1</sup>

وطبقا لمبادئ بانكوك ينطبق وصف لاجئ على أي شخص بسبب التعرض للاضطهاد أو الخوف المبني على أسباب معقولة والتي ترجع إلى عنصر اللون، الدين، العقيدة، السياسة أو الانتماء إلى فئة اجتماعية معينة، يغادر الدولة التي هو من رعاياها أو يتمتع بجنسيتها أو دولة أو بلد إقامته المعتادة أو يكون خارج تلك الدولة أو البلد، ولا يستطيع أولا يرغب في العودة إليها أو التمتع بحمايتها.

حيث وضعت هذه المبادئ سنة 1966 وتم تحديثها حتى 2001 فقد اعتمد في المبادئ تعريف واسع للاجئين بالمقارنة مع ما ورد في اتفاقية اللاجئين 1951.<sup>2</sup> كما حددت اتفاقية 1951 لحماية اللاجئين حقوقا من أجل حماية اللاجئ ووضعت التزامات لابد عليهم من أداءها. نتعرض لها في مايلي:

**المبحث الثاني: حقوق اللاجئ وواجباته :**

**المطلب الأول : حقوق اللاجئ :**

تعتبر اتفاقية 1951 أول اتفاقية دولية حقيقية تتناول النواحي الجوهرية من حياة اللاجئ، ولقد بينت هذه الاتفاقية مجموعة من حقوق الإنسان الأساسية التي يجب أن تكون على الأقل معادلة للحريات التي يتمتع بها الرعايا

<sup>1</sup>: المرجع نفسه، ص163.

<sup>2</sup>: سلام امانة، المرجع السابق، ص 41 .

الأجانب في بلد ما، وفي العديد من الحالات الممنوحة لمواطني تلك الدولة وتتمثل هذه الحقوق في:

الفرع الأول: حق اللجوء في عدم إعادته إلى دولة الاضطهاد.

يعتبر هذا الحق هو الركيزة الأساسية في قانون اللجوء، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من إعلان الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي 1967 " لا يجوز أن يتعرض أي شخص لإجراءات كالمنع من الدخول عند الحدود، أو إذا كان قد دخل الإقليم الذي ينشد اللجوء إليه مثل الأبعاد، أو الإعادة القسرية لدولة الاضطهاد". وقد ورد في اتفاقية 1951 المتعلقة بالوضع القانوني للاجئين وكذلك بروتوكولها الإضافي لسنة 1967 ونلاحظ أن المادة 32 من الاتفاقية تضمنت ثلاث ضمانات وهي:<sup>1</sup>

- عدم طرد لاجئ موجود في إقليمها إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني والنظام العام.

- لا ينفذ طرد اللجوء إلا تطبيقاً للقانون، وأن يسمح له بتقديم بيانات لإثبات براءته.

- تمنح الدولة مهلة للاجئ ليلتمس خلالها قبوله بصورة قانونية في بلد آخر.

الفرع الثاني: حق اللجوء في المساواة وعدم التمييز.

عندما بدأ الاهتمام بحقوق الإنسان على الصعيد الدولي كان مبدأ عدم التمييز بين الناس من أهم الركائز التي تبنى عليها الوثائق الدولية المعنية بهذا الخصوص، وقد احتل هذا المبدأ مكاناً بارزاً في اتفاقية اللاجئين لعام 1951

<sup>1</sup>: المادة 32 ف1، 2، 3، من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951.

حيث نصت المادة " 3 " منها على أن تطبق الدول المتعاقدة أحكام تلك الاتفاقية على اللاجئين دون التمييز بينهم على أساس العرق أو الدين أو الموطن.

كما تؤكد المادة " 7 " منها على منح اللاجئين معاملة أفضل، وأن تعاملهم الدولة المستضيفة المتعاقدة معاملتها للأجانب عامة وأن تضع المقيمين بصورة نظامية في نفس مرتبة اللاجئين فيما يخص حق التقاضي، كما أكدت على الإغاثة والمساعدة العامة<sup>1</sup>.

#### الفرع الثالث: حق اللاجئ في التنقل بحرية.

يقصد بالتنقل بحرية إمكانية تغيير الفرد لمكانه وفقاً لحريته فقد جاء في المادة 26 من الاتفاقية الخاصة باللاجئين، تمنح كل الدول المتعاقدة اللاجئين المقيمين على أراضيها بصورة نظامية في إقليمها حق اختيار مكان إقامتهم والتنقل الحر ضمن أراضيها، على أن يكون ذلك رهناً بأي أنظمة تنطبق على الأجانب عامة في نفس الظروف.

#### الفرع الرابع: الحق في التعليم.

ورد في المادة " 22 " من اتفاقية 1951 الخاصة بوضع اللاجئين، تمنح الدول المتعاقدة اللاجئين نفس المعاملة الممنوحة لمواطنيها فيما يخص التعليم الأولي، وتجدر الإشارة هنا أن الحق في التعليم هو من الحقوق العامة التي يساوي فيها جميع الناس، وبالتأكيد منهم اللاجئون.

#### الفرع الخامس: الحق في الرعاية الصحية.

لخصت منظمة الصحة العالمية مفهوم الرعاية الصحية الأولية بأنها: الرعاية الصحية الأساسية التي تتاح لكل فرد في البلاد وهي تقدم بطريقة مقبولة للأفراد والأسر والمجتمع، إذ أنها تتطلب مشاركتهم الكاملة، وهي تقدم

<sup>1</sup>: المادة 16 من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين 1951

بتكلفة في حدود إمكانيات المجتمع، فاللاجئون حينما يلجؤون إلى بلد يجب ضمان الحد الأدنى لهم من الرعاية الصحية وذلك بسبب ما تعرضوا له أثناء قدومهم من نقص الغذاء والتعب الشديد الذي لحق بهم، وكذلك الخوف وعدم الشعور بالأمن كل ذلك يحتم وجوب رعايتهم<sup>1</sup>.

### الفرع السادس: الحق في التجنس.

على الدول المضيفة المتعاقدة بموجب المادة 34 من اتفاقية 1951 التسهيل بقدر الإمكان استيعاب اللاجئين ومنحهم جنسيتها، وتبذل على الخصوص كل ما في وسعها لتعجيل إجراءات التجنس وتخفيض أعباء ورسوم هذه الإجراءات إلى حد أدنى.

هذا وهناك حقوق أخرى تعود في مجملها إلى الحريات العامة لمنع التمييز العنصري بجميع أشكاله، والحق في مغادرة أي بلد، وحرية العقيدة، وأن يتمتع جميع اللاجئين بعد مرور ثلاث سنوات على إقامتهم بالإعفاء من شرط المعاملة بالمثل وتحترم الدولة المتعاقدة حقوق اللاجئين المكتسبة والناجمة عن أحواله الشخصية ولاسيما الحقوق المرتبطة بالزواج، والحق في الغذاء والكساء وحقه في العمل وهي في مجملها منبثقة عما ذكرت من حقوق<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: واجبات اللاجئين.

بداية يجب أن نشير إلى أن الاتفاقيات المتعلقة بموضوع اللاجئين ركزت على حقوق اللاجئين أكثر من واجباتهم ويعود هذا إلى أن اللاجئين هو الطرف الأضعف في معادلة اللجوء، مما يتحتم التركيز على حقوقهم أكثر من واجباتهم.

<sup>1</sup>: صلاح الدين طلب فرج، حقوق اللاجئين في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 17، العدد 1، فلسطين، 2009، ص 180.

<sup>2</sup>: فوزي أو صديق، حقوق اللاجئين بين حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية، 6 جولية 2015 على الموقع [www.oussedikfawzi-com](http://www.oussedikfawzi-com)

حيث جاء في اتفاقية 1951 الخاصة باللاجئين على ضرورة التزام اللاجئين بمجموعة من الواجبات اتجاها الدولة المضيفة وتمثل هذه الواجبات في:

### الفرع الأول: المحافظة على النظام لعام والأمن الوطني.

من حق الدولة المضيفة التي تقوم بتوفير حماية مؤقتة عندما تواجه تدفقا مفاجئا جماعيا، كما أنه ومقابل الحقوق والامتيازات التي تمنح للاجئين فإن هناك واجب والتزام ملقى على عاتق اللاجئين تجاه الدولة المضيفة والبلد الذي يحل فيه، فقد أوجدت الاتفاقيات والمواثيق الدولية أن " على كل لاجئ إزاء البلد الذي يوجد فيه واجبات تفرض عليه خصوصا أن ينصاع لقوانين وأنظمة، وأن يتقيد بالتدابير المتخذة للمحافظة على النظام العام وهذا ما ورد في المادة " 2 " من اتفاقية 1951، ومن حق الدول المضيفة عدم قبول كل شخص ارتكب جريمة جسيمة خارج بلد المنشأ وقبل دخوله كلاجئ، أو شخص ارتكب أعمالا مخالفة لأهداف ومبادئ الأمم المتحدة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تسوية وضعيتهم القانونية دون إبطاء.

على اللاجئين بمجرد دخولهم إلى أراضي الدولة المضيفة تسوية وضعيتهم القانونية دون إبطاء للحصول على إذنها بالإقامة فيها، ومن ثم الحصول على حمايتها وإلا عرضوا أنفسهم لعقوبات جزائية من طرف سلطات تلك الدولة المضيفة، حيث تنص الفقرة " 1 " من المادة " 3 " " تتمتع الدول المتعاقدة من فرض عقوبات جزائية بسبب دخولهم أو وجودهم غير القانوني على اللاجئين الذين يدخلون إقليمها أو يوجدون فيه دون إذن، قادمين مباشرة من إقليم كانت فيه حياتهم أو حريتهم مهددة بالمعنى المقصود في المادة " 1 " شريطة أن يقدموا أنفسهم إلى السلطات دون إبطاء وأن يبرهنوا على وجاهة أسباب دخولهم أو وجودهم غير القانوني ".

<sup>1</sup>وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص20.

الفرع الثالث: استيفاء جميع الشروط القانونية مثلهم مثل الفرد العادي.

لكي يتمتع اللاجئين بحقوقهم عليهم استيفاء جميع الشروط القانونية التي تخول الفرد العادي التمتع بها باستثناء تلك الشروط التي تحول طبيعتها دون استيفاء اللاجئ لها. ولقد نص على هذا الالتزام المادة 6 من اتفاقية 1951 والتي جاء فيها: " لأغراض هذه الاتفاقية تعني عبارة عن نفس الظروف ضمنا أن على اللاجئ من أجل التمتع بحق ما أن يستوفي كافة المتطلبات التي تقتضي من الفرد العادي التمتع بهذا الحق ولاسيما تلك المتعلقة بمدة أو شروط المكوث والإقامة. "

الفرع الرابع: الخضوع للقيود الخاصة بتنقلاتهم في إقليم الدولة المتعاقدة.

تشرط اتفاقية 1951 من اللاجئين الخضوع للقيود التي تصفها الدولة المضيفة فيما يخص تنظيم تنقلاتهم داخل إقليمها: أو الانتقال إلى إقليم دولة متعاقدة أخرى، ولكن على شرط أن تكون تلك القيود ضرورية بحيث تفيد المادة 3 الفقرة 2 من سلطة الدولة المتعاقدة في وضع تلك القيود فتنص:

"تمتنع الدول المتعاقدة عن فرض غير الضروري من القيود على تنقلات هؤلاء اللاجئين. ولا تطبق هذه القيود إلا ريثما يسوي وضعهم في بلد الملاذ أو ريثما يقبلون في بلد آخر، وعلى الدول المتعاقدة أن تمنح اللاجئين المذكورين مهلة معقولة وكذلك كل التسهيلات الضرورية ليحصلوا على قبول في بلد آخر بدخولهم إليه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> د.سرور طالبي المل، حقوق وحماية اللاجئين، سلسلة المحاضرات العلمية، مركز جيل، البحث العلمي، لبنان، طرابلس، ص25.

## المبحث الثالث: الحماية الدولية للاجئين.

لقد أضحت قضية اللجوء من أكثر القضايا الإنسانية إلحاحا التي يواجهها المجتمع الدولي، كون هذه الفئات معرضة للمعاناة، سواء كان ذلك نتيجة صراع أو اضطهاد أو غير ذلك من أنواع انتهاكات حقوق الإنسان، وفي ظل تزايد النزاعات والمخاطر التي تعصف باللاجئين، فإن العالم بحاجة لدعم الآليات المعمول بها حاليا والخاصة بالحماية الدولية للاجئين وأن يدرك أن اللاجئين دفعتهم أخطار وأسباب خارجة عن إرادتهم للبحث عن مكان آمن، وأن الدول معنية بتطبيق الالتزامات المفروضة على عاتقها بموجب الاتفاقيات الدولية والتعامل معها بجدية أكثر وتفعيل الآليات الدولية بشكل أفضل.<sup>1</sup> وعليه سنتطرق الى إبراز أهم المواثيق والآليات الدولية لحماية اللاجئين وفق مايلي:

## المطلب الأول: آليات الحماية الدولية للاجئين.

اهتم القانون الدولي بشكل عام والقانون الدولي الإنساني بشكل خاص باللاجئين وعمل على توفير الحماية اللازمة لهم سواء أثناء النزاع أو بعد استقرارهم في البلدان التي لجئوا إليها.<sup>2</sup> فالبحث عن حقوق اللاجئين والحماية المقررة لهم لم تقتصر على اتفاقية واحدة فقط، ذلك أن الكثير من حقوق اللاجئين تجد منشؤها ومصدرها في اتفاقيات دولية وإقليمية والتي يستفيد منها اللاجئ كإنسان قبل كونه لاجئا، وتسهيل وتشجيع عمل المنظمات الإنسانية المخولة بحماية هذه الفئة وإنشاء أجهزة تعنى بشؤونهم والتي تكمن مهمتها الرئيسية في توفير الحماية الدولية للاجئين، فلقد تجسد الاهتمام الدولي

<sup>1</sup>: موقع منظمة العفو الدولية، التصدي للأزمة العالمية للاجئين، مطبوعات منظمة العفو الدولية، ط1، رقم الوثيقة انظر ذلك على موقع شبكة المعلومات الدولية للمنظمة كالاتي: www.amesty-40/4905/2016.org

<sup>2</sup>: بلمديوني محمد، المرجع السابق، ص164.

باللاجئين وأوضاعهم من خلال الاتفاقيات والإعلانات الدولية والإقليمية المبرمة في هذا الشأن، فضلا عن الدور البارز الذي تلعبه الأجهزة والمنظمات الدولية سواء منها الحكومية وغير الحكومية كالتالي:

### الفرع الأول: النصوص الدولية لحماية اللاجئين.

سنتطرق إلى إبراز مختلف الاتفاقيات الخاصة بحماية اللاجئين سواء على الصعيد الدولي أو على الصعيد الإقليمي.

### البند الأول: النصوص العالمية الخاصة باللاجئ.

تعددت هذه النصوص منها ما ظهر في صورة اتفاقيات. ومنها ما ظهر في صورة اعلانات وفق مايلي .

### اولا: الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين 1951.

تم اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951 من قبل المفوضين في المؤتمر الذي عقد في الفترة ما بين 2-25 جوان 1951 في جنيف بخصوص اللاجئين والأشخاص عديمي الجنسية وبحضور 26 دولة والذي دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى عقده بموجب القرار رقم (429) في 14 ديسمبر 1950، وفتحت الاتفاقية للتوقيع في 28 جويلية 1951 ودخلت حيز النفاذ في 22 أفريل 1954، وإن وضع الاتفاقية جاء في الأساس استجابة لمشاكل اللاجئين في أوروبا بعد الحرب العالمية الثانية.

إن أهمية اتفاقية 1951 تتجسد في كونها أساس القانون الدولي للاجئين فقد تناولت جميع الجوانب القانونية التي تتعلق بمسألة اللجوء.

فعرفت الاتفاقية اللاجئ وحددت نوع الحماية القانونية والمساعدات والحقوق الاجتماعية الأخرى التي ينبغي أن يحصل عليها اللاجئ من الدول الأطراف في الاتفاقية من قبيل حرية العقيدة والتنقل من مكان إلى آخر والحق في الحصول على التعليم ووثائق السفر، وإتاحة الفرصة للعمل وحماية حقوق

الملكية الصناعية والفنية، وحق التقاضي أمام المحاكم، وحق الانتماء إلى الجمعيات وإعادة التوطين والتخيير، والعودة الآمنة إلى بلد المنشأ، وكذلك حددت التزامات اللاجئين في مواجهة دولة الملجأ كما أنها تحدد الأشخاص أو مجموعات الأشخاص الذين لا تشملهم هذه الاتفاقية.

وحسب ما تضمنته المادة 1 من الاتفاقية من تعريف للاجئ كما بينا سابقاً<sup>1</sup>، فإن هذا التعريف هو تعريف ضيق النطاق، حيث قيده الاتفاقية بالشرط الزمني فقد شمل اللاجئين الذين تعرضوا للاضطهاد قبل 1/1/1951، وكذلك قيده بالشرط الجغرافي حيث أعطت الدول التي انضمت إلى الاتفاقية صلاحية تطبيق الاتفاقية على اللاجئين الأوروبيين دون غيرهم، وتهدف الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين 1951 في الأساس لتحقيق شمول جميع اللاجئين بدون استثناء بالحماية الدولية للاجئين والالتزام بالحد الأدنى بمعايير معاملة اللاجئين والتزام اللاجئين بواجبات معينة تترتب عليهم تجاه دولة الملجأ، وحظر طرد اللاجئين من دولة الملجأ لما فيه من خطورة على حياة اللاجئين إلا في حالة إخلاله بالأمن القومي والنظام العام<sup>2</sup>، وتوفير اللجوء لا يمكن أن تتحمله دولة معينة بمفردها وإنما لابد من تعاون دولي في هذا المجال فالحماية الدولية للاجئين هي بادرة إنسانية<sup>3</sup>. ويمكن القول أن الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين أثبتت قيمتها وثباتها خلال نصف القرن الماضي، فالحماية التي أرستها الاتفاقية لحماية هذه الفئة قد أنقذت حياة ملايين اللاجئين وحفظت مستقبلهم في جميع القارات وهذه الصكوك تدعم الإطار الدولي لحماية اللاجئين لأنها واضحة فيما يختص بالمبادئ الأساسية وتركز على الحقوق وتركز على القيم العالمية.

<sup>1</sup>: المادة " 1 " من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين سنة 1951.

<sup>2</sup>: بلال حميد بديوي حسن، دور المنظمات الدولية الحكومية في حماية اللاجئين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن 2016، ص 65.

<sup>3</sup>: وائل أنور بندق، الأقليات وحقوق الإنسان، ط2، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 224.

ثانياً: بروتوكول سنة 1967 الخاص بوضع اللاجئين الملحق باتفاقية 1951.

لقد أدى استمرار مشكلة اللاجئين إضافة إلى حدوث أزمات ومشاكل جديدة أدت إلى موجات لجوء ونزوح كبيرة حيث لم تعد مشكلة اللجوء تقتصر على قارة أوروبا وحدها وإنما أصبحت مشكلة عابرة للقارات ، مما دفع المجتمع الدولي إلى التفكير بشمول جميع اللاجئين في العالم بالحماية التي توفرها اتفاقية 1951م للاجئين، غير أن القيدين الزمني والجغرافي الواردة في الاتفاقية والتي كان يسمح بموجها وبصفة أساسية للأوروبيين الذين أصبحوا لاجئين نتيجة لأحداث وقعت قبل 01 يناير 1951 بطلب الحصول على وضع اللاجئ يشكل عائقاً أمام تمتع اللاجئين بالحماية الدولية التي توفرها اتفاقية 1951، فتم تبني البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 1186 وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2198 في سنة 1966 وفتح باب التوقيع على البروتوكول في 31 يناير 1967 وتحل حيز النفاذ في 4 أكتوبر 1971 من أجل إزالة القيد الزمني والجغرافي في اتفاقية 1951، وقد كان السبب الرئيسي في إقراره هو تدفق أعداد ضخمة من اللاجئين من قارة إفريقيا، وخاصة بعد نشوب حرب التحرير الجزائرية حيث أن هؤلاء اللاجئين لم يتمتعوا بأية حماية دولية نتيجة للقيود الواردة في تعريف اتفاقية 1951 للاجئ<sup>1</sup>. ويعتبر بروتوكول سنة 1967 الوثيقة الثانية التي تمثل أساس القانون الدولي للاجئين وحجر الزاوية فيه إلى جانب اتفاقية 1951، فالهدف من البروتوكول هو الاعتراف بإمكانية تطبيق اتفاقية 1951 على تحركات اللاجئين المعاصرة بحيث ألغى الحدود الجغرافية والزمنية الواردة في الاتفاقية الأصلية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>: بلال حميد بديوي حسن، المرجع السابق، ص66.

<sup>2</sup>: البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين 1967، مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، عن شبكة المعلومات العالمية.

## ثالثاً: الإعلان حول اللجوء الإقليمي 1967.

قدم المندوب الفرنسي " ريني كاسان " إلى لجنة حقوق الإنسان التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التي عقدت جلستها عام 1957 لمناقشة موضوع حق الملجأ إلى جانب موضوعات أخرى نصا يتكون من خمس مواد لمشروع إعلان تصدره الجمعية العامة للأمم المتحدة بخصوص هذا الحق، وبعد مناقشات مطولة استمرت 10 سنوات اعتمدت الجمعية العامة إعلاننا بموجب القرار 2312 (د22) تاريخ 14 ديسمبر 1967 وتألف من مقدمة وأربع مواد.

ذكر الإعلان في المقدمة بمقاصد الأمم المتحدة وهي صيانة السلم والأمن وإنماء علاقات ودية بين الدول، كما أشار إلى المادة 14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي نصت على أن " لكل فرد حق التماس ملجأ في بلدان أخرى والتمتع به خلاصاً من الاضطهاد "، وأنه لا يمكن التذرع بهذا الحق إذا كانت هناك ملاحقة ناشئة بالفعل عن جريمة غير سياسية أو عن أعمال تناقض مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها.

أما المادة الأولى فقد نصت في فقرتها الأولى على أن تحترم سائر الدول الأخرى الملجأ الذي تمنحه دولة ما، ممارسة منها سيادتها لأشخاص يحق لهم الاحتجاج بالمادة 14 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومنهم المكافحون ضد الاستعمار، ومنعت الفقرة الثانية منح اللجوء لأي شخص تقوم دواع لارتكابه جريمة ضد السلم.

أما المادة الثانية فأشارت إلى التضامن والتعاون بين الدول من أجل معالجة المصاعب التي يمكن أن تعترض دولة الملجأ. ولم ينس الإعلان مبدأ عدم إعادة لدولة الاضطهاد وذلك في المادة الثالثة بأنه 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 إلى أية دولة يمكن أن يتعرض فيها للاضطهاد، ولكنها أجازت مثل هذا التدبير لأسباب قاهرة تتصل بالأمن القومي.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: النصوص الإقليمية الخاصة باللاجئ

الفرع الأول: اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية الخاصة باللاجئين لعام 1969.

شهدت دول إفريقيا أواخر الخمسينات وبداية الستينات العديد من الحروب والثورات من أجل التحرر من الاحتلال الأجنبي، الأمر الذي أدى لتزايد اللاجئين في القارة الإفريقية، ورغم انضمام بعض الدول الإفريقية للاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، واتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1951 وبروتوكول 1967 بشأن اللاجئين إلا أنها بذلت كل جهودها من أجل الوصول إلى وضع نظام قانوني مقبول لمختلف الجوانب المتصلة بظاهرة اللجوء يتناسب مع خصوصية المشاكل التي تعاني منها القارة الإفريقية، بحيث تم تبني اتفاقية إفريقية خاصة باللاجئين اعتمدها مجلس رؤساء الدول والحكومات بأديس أبابا في 10 سبتمبر 1969 دخلت حيز التنفيذ في 20 جويلية 1974 وذلك رغبة في إيجاد وسائل تخفيف معاناة اللاجئين في إطار البيئة الإفريقية، وتعتبر هذه الاتفاقية المعاهدة الإقليمية الوحيدة الملزمة قانونا الخاصة باللاجئين، وتعتبر أول الاتفاقيات المهمة التي عالجت موضوع اللجوء على نحو إقليمي. وتبرز هذه الأهمية في تحديدها لمصطلح اللاجئ بشكل أشمل وأوسع من التعريف الذي وضعته اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين عام 1951، بالإضافة إلى طابعها الإلزامي لكل الدول التي صادقت عليها ودورها في تكملة النقائص التي يحتوي عليها تعريف اللاجئ في اتفاقية 1951 بحيث وسعت الاتفاقية الإفريقية من مفهوم اللاجئ وأضافت عبارة وهي: ينطبق مصطلح لاجئ على كل شخص يضطر لترك محل إقامته بسبب اعتداء خارجي أو احتلال أو هيمنة أجنبية، أو إحداث

<sup>1</sup>: تمار أحمد يرو، المرجع السابق، ص47.

تعكر النظام العام بشكل خطير في كل أو جزء من بلد منشأه أو جنسيته من أجل البحث عن ملجأ في مكان آخر خارج بلد منشأه أو جنسيته. ويعني ذلك أن الأشخاص الذين يفرون من الاضطرابات المدنية والعنف واسع الانتشار والحرب، يكون لهم الحق في طلب الحصول على وضع اللاجئ في الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بصرف النظر إذا كان لديهم خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد وتعتبر هذه الاتفاقية التتمة الإقليمية الفعالة في إفريقيا لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن وضع اللاجئين وحمايتهم.

**الفرع الثاني: إعلان قرطاجنة حول حماية اللاجئين في أمريكا اللاتينية 1984.**

ساهمت دول أمريكا اللاتينية في مساعدة اللاجئين وحمايتهم من خلال الاتفاقيات وإصدار الإعلانات التي تناولت الجوانب المختلفة للجوء منها اتفاقية هافانا 1928 والتي قالت بوجود منح الملجأ السياسي، أما اتفاقية كراكاس بشأن الملجأ الإقليمي سنة 1954 فقد أكدت على حق الدولة باعتبارها صاحبة السيادة في منح الملجأ للمضطهدين.

وفي ظل الاضطرابات السياسية ونزوح أكثر من مليوني شخص وحدثت أزمات ومشاكل اقتصادية واجتماعية في دول أمريكا اللاتينية، تم عقد مؤتمر قرطاجنة بدولة كولومبيا عام 1984 حضره ممثلين عن حكومات الدول المضيفة للاجئين ورجال قانون وذلك لمناقشة توفير الحماية الدولية للاجئين، وتم إصدار إعلان "قرطاجنة"، فهو صك تاريخي إقليمي معني باللاجئين وقد ساهم في توسيع تعريف اللاجئ في أمريكا اللاتينية إلى جانب عناصر اتفاقية عام 1951 وبروتوكول 1967، حيث عرف اللاجئين الذين فروا من بلادهم بسبب تعرض حياتهم أو سلامتهم أو حريتهم للتهديد بسبب العنف المعمم أو العدوان الأجنبي أو النزاعات الداخلية أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان أو أي ظروف أخرى تحدث اضطرابا في النظام العام، فضلا عن ما جاء به الإعلان من اقتراح مناهج جديدة لتلبية الاحتياجات الإنسانية للاجئين والمهجرين بروح من

التضامن والتعاون الإقليمي لتعزيز الحماية الدولية للاجئين والمهجرين وتعزيز الحلول المستدامة لشؤون اللاجئين في أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي ومن أهم المبادئ التي جاءت في الإعلان التي تتعلق بحماية اللاجئين ومساعدتهم مبدأ عدم الإعادة القسرية ، وضع اللاجئين في مناطق بعيدة عن حدود دولة الاضطهاد، ضمان الحد الأدنى لمعاملة اللاجئين، دعوة السلطات الوطنية بمنح اللاجئين الحماية والمساعدة من الصعوبات التي يواجهونها.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: إعلان القاهرة حول حماية اللاجئين والأشخاص النازحين في العالم العربي 1992.

جاء نتيجة جهود مجموعة من الخبراء العرب المجتمعين بالقاهرة في الفترة ما بين 16 إلى 19 نوفمبر 1992 في الندوة العربية الرابعة من قانون اللجوء واللاجئين في العالم العربي، المنظمة من قبل المعهد الدولي للإنساني بالتعاون مع كلية الحقوق بجامعة القاهرة تحت رعاية المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، وجاء هذا الإعلان متضمنا 11 مادة التي أكدت على الحاجة لتوفير الحماية للأشخاص اللاجئين والنازحين<sup>2</sup>. ويدعو الإعلان كل الحكومات العربية إلى احترام وتعزيز مبادئ القانون الدولي للاجئين، فقد أكد على ضرورة تبني الدول العربية لمفهوم واسع للاجئ والشخص النازح بشكل يكمل النقص الوارد في الاتفاقيات الدولية والإقليمية الأخرى ذات الصلة بحماية اللاجئين، وإقامة علاقة محددة بين حماية اللاجئين وحماية النازحين والتأكيد على ضرورة توفير حماية خاصة للنساء والأطفال اللاجئين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>: عقبة خضراوي ومينير بسكري، الوثائق الدولية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان وحقوق اللاجئين، ط1،

مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، مصر، 2014، ص265 وما بعدها.

<sup>2</sup>: المادة 4 و 5 من اعلان القاهرة .

<sup>3</sup>: المادة 10 من اعلان القاهرة .

وكما سبقت الإشارة عقد مجلس وزراء جامعة الدول العربية اجتماعاً لمناقشة مسألة اللجوء واللاجئين في الوطن العربي في مارس 1994 ، الذي توج بإقرار اتفاقية خاصة باللاجئين في 27 مارس 1994.

#### الفرع الرابع: مبادئ بانكوك حول وضع ومعاملة اللاجئين.

وضعت في سنة 1966 وتم تحديثها في سنة 2001 ، وأقرتها عدد من الدول في آسيا والشرق الأوسط وإفريقيا، تكمن أهمية هذه المبادئ في كونها تعكس وجهة نظر العديد من الدول التي كان لها تجربة واسعة في توفير اللجوء بما فيها دول ليست طرفاً في اتفاقية 1951 وبروتوكول 1967، ومثلما فعلت اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية وإعلان قرطاجنة، فقد اعتمدت في المبادئ تعريف واسع يشمل أي شخص بسبب سيطرة أجنبية أو اعتداء خارجي أو احتلال اضطره إلى ترك مكان إقامته المعتاد أو كان موجوداً أصلاً خارج هذا المكان ، ويرغب في العودة إلا أنه ممنوع من قبل الحكومة أو السلطات المسيطرة على مكان إقامته المعتاد.<sup>1</sup>

وعالجت هذه المبادئ مواضيع تتعلق باللاجئين من بينها فقدان صفة اللجوء، ووجوب منح الملجأ المؤقت من قبل الدولة في حال عدم رغبتها بمنح اللجوء الدائم للشخص المعني، وعدم جواز طرد أو إبعاد اللاجئ إلى دولة الاضطهاد ، والعمل على تحسين حالات اللاجئين وتوفير سبل الحماية لهم.<sup>2</sup>

#### الفرع الخامس: وثائق اللاجئين في أوروبا.

اهتمت الدول الأوروبية في مجال اللجوء ونشطت في عقد الكثير من الاتفاقيات التي تناولت نظام اللجوء وطالبيه، خاصة مع وصول أعداد كبيرة من اللاجئين إليها نتيجة لاستمرار تزايد المشكلات السياسية والنزاعات والحروب

<sup>1</sup>: سلام أمانة، المرجع السابق، ص42.

<sup>2</sup>: المرجع نفسه ص42.

الداخلية والانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان في إفريقيا وآسيا وأمريكا والشرق الأوسط، وقد عبرت الموثيق الأوروبية الصادرة عن الاتحاد الأوروبي بشأن اللاجئين عن توصيف أدق وأكثر شمولية لمفهوم اللاجئ من اتفاقية 1951 حيث كانت توصيفاتها تنص على وسائل التعامل مع اللاجئين، فجاء الاتفاق الأوروبي لسنة 1959 ينص على عدم استلزام تأشيرات اللاجئين والقرار رقم 14 لسنة 1967، القاضي بمنح حق الملجأ للأشخاص المعرضين للاضطهاد وعدم إعادة اللاجئ إلى الدولة التي هرب منها، والاتفاق الأوروبي لسنة 1985، الذي أشار إلى نقل المسؤولية عن اللاجئين وتوصية الاتحاد الأوروبي لسنة 1981 للتنسيق بين الإجراءات الوطنية الخاصة بمنح حق اللجوء، وجاءت معاهدة دبلن التي ألزمت الدولة العضو بمسؤوليتها عن النظر في طلب حق الملجأ عندما يطلب اللاجئ اللجوء إلى دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي<sup>1</sup>.

#### المطلب الثاني: الآليات المؤسسية لحماية اللاجئين.

تتمثل الآليات المؤسسية الخاصة بحماية اللاجئين في مختلف الأجهزة التي ترفع شؤون اللاجئين الذين وجدوا أنفسهم مضطرين لمغادرة دولهم الأصلية خوفاً من الاضطهاد والنزاعات والحروب.

وفي مقدمة هذه الأجهزة المفاوضات السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، فضلاً عن مختلف الجهود التي تقدمها اللجنة الدولية للصليب الأحمر ووكالة غوث وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين في الشرق الأوسط (الأونروا) :

#### الفرع الأول: المفاوضات السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين.

تجدر الإشارة بداية أن المفاوضات ليست الجهاز الدولي الأول الذي تم إنشاؤه على المستوى الدولي بتوفير الحماية والمساعدة اللازمة للاجئين، فقد

<sup>1</sup>: انظر اتفاقية دبلن في موقع شبكة المعلومات الدولية كالاتي : [www.aljazeera.net/encyclopedia](http://www.aljazeera.net/encyclopedia)

سبق قيامها بإنشاء العديد من الأجهزة ذات الصلة أبرزها مكتب مفوض عصبة الأمم المتحدة للاجئين عام 1921، مكتب المفوض السامي للاجئين عام 1933 إدارة الأمم المتحدة للغوث وإعادة التأهيل، المنظمة الدولية للاجئين التي أنشأتها الأمم المتحدة.

وتعود فكرة إنشاء المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة إلى عام 1946 حيث أصدرت الجمعية العامة القرار الذي تضمن أنشطة الأمم المتحدة لدعم اللاجئين، وقد أوصت الجمعية العامة إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي بهدف النظر في جميع جوانب هذه القضية.

وتنفيذاً لذلك أنشأ المجلس لجنة لهذا الغرض التي اجتمعت وقررت ضرورة تشكيل جهاز دولي للتعاطي مع مسألة اللاجئين.<sup>1</sup>

ولقد أنشأت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين في أعقاب الحرب العالمية الثانية بهدف مساعدة الأوروبيين النازحين نتيجة لذلك الصراع بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 4/319 د المؤرخ في 1949/12/3 وصادقت بقرارها رقم 5/428 د المؤرخ في 14 ديسمبر 1950 على تأسيس مكتب مفوض الأمم المتحدة للاجئين لولاية مدتها 3 سنوات لاستكمال عمله ومن ثم حله، وفي 28 جوان من العام التالي، تم اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بوضع اللاجئين، وهي الأساس القانوني لمساعدة اللاجئين والنظام الأساسي الذي يوجه عمل المفوضية السامية لشؤون اللاجئين.<sup>2</sup>

يوجد مقر المفوضية الرئيسي في مدينة جنين السويسرية ويضم خمسة أقسام وهي المكتب التنفيذي، وإدارة الحماية الدولية، وإدارة العمليات التي

<sup>1</sup>: سهام قواسمية، ، حماية اللاجئين الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، ص23.

<sup>2</sup>: انظر ذلك في الموقع الرسمي للمفوضية السامية للاجئين على شبكة المعلومات الدولية كالتالي

تغطي جميع البرامج الميدانية، وقسم الاتصالات والمعلومات، وقسم إدارة الموارد البشرية.

يرأس المفوضية السامية الايطالي " فليبيو غراندي " ،انتخبته الجمعية العامة للأمم المتحدة في يناير 2016 لولاية مدتها 5 سنوات، ويزيد عدد مكاتب المنظمة على 260 مكتب في نحو 115 بلد ويعمل 84% من موظفيها في الميدان وغالبا في مواقع نائية وخطيرة.<sup>1</sup>

### البند الأول: طبيعة عمل المفوضية السامية لشؤون اللاجئين.

تقوم المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بكل عمل إنساني واجتماعي يتمثل في مساعدة مجموعات اللاجئين أيا كان دينهم أو عرقهم أو اتجاههم السياسي، ومن أجل تحقيق هذا الهدف النبيل تم منح المفوض السامي إمكانية الاستقلالية وعدم التأثير بتدخل الحكومات المختلفة من خلال انتخابه مباشرة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وتباشر المفوضية واجباتها استنادا إلى مبادئها الإنسانية ولا تسير وفق أجندة بعض الدول التي تمويلها فهي تشترط استخدامه بكل حرية في خدمة اللاجئين دون أن يكون لهذا التمويل أي أبعاد سياسية، لذلك فهي تركز على أهمية العمل الإنساني الإغاثي من جهة مع ضمان أن تقوم بأداء مهامها بكل استقلالية وحيادية من جهة أخرى، بحيث لا تسمح بأن تستخدم كأداة من قبل أي طرف من الأطراف التي تتعامل معها وذلك من أجل تحقيق المصادقية في عمل هذه المنظمة، بحيث نصت على هذا المادة 2 من النظام الأساسي للمفوضية السامية لشؤون

<sup>1</sup>: انظر ذلك في الصفحة الرسمية للمفوضية السامية للاجئين، على شبكة المعلومات الدولية كالتالي :

اللاجئين " ليس لعمل المفوضية أي سمة سياسية بل هو عمل إنساني واجتماعي القاعدة فيه أن يعالج شؤون مجموعات وفئات من اللاجئين.<sup>1</sup>

البند الثاني: ممارسة المفوضية السامية لاختصاصها في مجال حماية اللاجئين.

تقضي ولاية المفوضية بقيادة وتنسيق العمل الدولي الرامي إلى حماية اللاجئين وحل مشاكلهم في كافة أنحاء العالم وتكمن غاية المفوضية الأساسية في حماية حقوق ورفاه اللاجئين، كما تسعى المفوضية لضمان قدرة كل شخص على ممارسة حقه في التماس اللجوء والعتور على ملاذ آمن في دولة أخرى، مع إمكانية اختيار العودة الطوعية إلى الوطن أو الاندماج محليا أو إعادة التوطين في بلد ثالث، بحيث يعمل موظفو المفوضية في الكثير من البلدان جنبا إلى جنب مع الشركاء الآخرين في مجموعة متنوعة من المواقع بدءا من العواصم وصولا إلى المخيمات النائية والمناطق الحدودية ويسعون لتعزيز أو توفير الحماية القانونية والجسدية والحد من خطر العنف بما في ذلك الاعتداء الجنسي الذي يتعرض له العديد من اللاجئين حتى في بلدان اللجوء، كما يعمل موظفو المفوضية على توفير حد أدنى من المأوى والغذاء والماء والرعاية الصحية في أعقاب أي نزوح جماعي مع أخذ الاحتياجات الخاصة للنساء والأطفال والمسنين والمعوقين بعين الاعتبار.

ولقد تم حصر دور المفوضية على حماية اللاجئين حيث تناولت المادة الثامنة (8) من نظامها الأساسي اختصاصاتها في سبيل توفير الحماية الدولية للاجئين وذلك على النحو الآتي:

<sup>1</sup>: المادة الثانية (2) من النظام الأساسي للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين. اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها 428(د-5) المؤرخ في 14 ديسمبر 1950

- العمل لعقد اتفاقات دولية لحماية اللاجئين والتصديق عليها والإشراف على تنفيذها واقتراح إدخال تعديلات عليها.
  - العمل عن طريق إبرام اتفاقات خاصة مع الحكومات لتنفيذ أية تدابير ترمي إلى تحسين أحوال اللاجئين وخفض عدد اللاجئين الذين يحتاجون إلى حماية.
  - مؤازرة الجهود الحكومية والخاصة الرامية إلى تسيير عودة اللاجئين الاختيارية إلى أوطانهم أو اندماجهم في مجتمعات وطنية جديدة.
  - تشجيع قبول اللاجئين على أراضي الدول دون استثناء أولئك المنتمين إلى الفئات الأكثر عوزاً.
  - السعي إلى الحصول على ترخيص اللاجئين بنقل متاعهم، وخاصة منه ما يحتاجون إليه للاستيطان في بلد آخر.
  - الحصول على معلومات من الحكومات بشأن عدد اللاجئين الموجودين على أراضيها والأوضاع التي يعيشون فيها.
  - البقاء على اتصال وثيق بالحكومات والمنظمات الحكومية الدولية المعنية.
  - إقامة علاقات بالطريقة التي يراها أفضل مع المنظمات الخاصة المعنية بشؤون اللاجئين.
  - تيسير التنسيق بين جهود المنظمات الخاصة المهتمة برفاهية اللاجئين.
- البند الثاني: دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في حماية اللاجئين.**
- تعتبر اللجنة الدولية للصليب الأحمر منظمة دولية غير حكومية ذات طابع إنساني يتواجد مقرها في العاصمة السويسرية جنيف، تختص بحماية وإغاثة ضحايا النزاعات المسلحة.
- وتتمثل أنشطة اللجنة الدولية للصليب الأحمر المتعلقة بمساعدة وحماية اللاجئين في مجموعة الإجراءات التي تقوم بها اللجنة بهدف مساعدة اللاجئين

على استعادة الأوضاع المعيشية اللازمة التي تكفل احترام حقوق الأفراد، وتقوم بذلك وفقا لقواعد القانون الدولي الإنساني، وعملها يشمل مختلف المناطق حول العالم.<sup>1</sup> حيث تهتم بحماية اللاجئين والنازحين داخليا وتقوم بمهمة المساعدة من خلال إيجاد حلول لمشاكلهم وتزويدهم بالخدمات الصحية والمواد الغذائية والسكن من أجل الحفاظ أو استعادة الأحوال المعيشية وكفالة الاحترام الكامل لحقوق الفرد.<sup>2</sup>

تتدخل اللجنة الدولية فيما يخص اللاجئين الذين يشملهم القانون الإنساني لكي يطبق المتحاربون القواعد ذات الصلة لاتفاقية جنيف الرابعة، وتحاول في مجال عملها الميداني أن تزور هؤلاء اللاجئين استنادا إلى اتفاقية جنيف الرابعة، وتوفر لهم الحماية والمساعدة الضرورية.

وغالبا ما لا يتمتع اللاجئون بالحماية بموجب القانون الإنساني، نظرا إلى أن البلد المضيف ليس طرفا في نزاع مسلح دولي أو ليس عرضة لأي نزاع داخلي، ويتمتع اللاجئون عندئذ بالحماية بموجب قانون اللاجئين وحده، وينتفعون بأنشطة مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين وكقاعدة عامة لا تتدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في هذه الحالة إلا بصفة فرعية، إن كانت المنظمة الوحيدة في ميدان العمل، أما إذا حلت محلها المفوضية وغيرها من المنظمات فإنها تنسحب من ميدان العمل لتخصص جهودها للمهام التي يمكن لها أن تفيد من عملها المميز.<sup>3</sup> وتقدم خدمات وكالتها المركزية للبحث عن

<sup>1</sup>: جان فيليب لافوايه، اللاجئون والأشخاص المهجورون، القانون الدولي الإنساني ودور اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 305، 1995. على

الموقع التالي: <https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/5zshvp.htm>

<sup>2</sup>: المرجع نفسه.

<sup>3</sup>: المرجع نفسه.

المفقودين للاجئين في كل وقت، وفضلا عن ذلك فقد ابتكرت برامج طبية جراحية في زمن الحرب للاجئين الجرحى.

وتمثل مسألة إعادة اللاجئين إلى أوطانهم من المشاغل الرئيسية للجنة الدولية، ففي واقع الأمر حتى إذ لم تكن تشارك كقاعدة عامة في عمليات إعادة اللاجئين إلى أوطانهم، ولا جدال في أن معرفتها التامة بالبلد الأصلي للاجئين تسمح لها بتكوين فكرة مفصلة وبتقديم توصيات بشأن عودة اللاجئين إلى أوطانهم مع ضمان أمنهم وكرامتهم، وقد حذرت اللجنة الدولية أكثر من مرة من مخاطر إعادة المبكرة إلى الوطن في المناطق غير المستقرة أو في المناطق التي دمرت فيها البنى الأساسية.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: وكالة غوث وتشغيل اللاجئين الفلسطينيين في الشرق الأوسط (الأونروا).

أسست الجمعية العامة للأمم المتحدة في 8 ديسمبر 1949 وكالة الأمم المتحدة للإغاثة وتشغيل اللاجئين في الشرق الأدنى بموجب قرارها 17/302، قد بدأت الوكالة أعمالها في ماي 1950 وكانت التوقعات ألا تطول ولايتها كثيرا.

قدمت الوكالة الإغاثة الإنسانية إلى أكثر من 700 ألف من اللاجئين والمشردين الفلسطينيين، الذين أجبروا على الهرب من منازلهم في فلسطين نتيجة الحرب التي وقعت بين العرب وإسرائيل في 1948.<sup>2</sup>

حيث تأسست الأونروا لتعمل كوكالة متخصصة ومؤقتة على أن تجدد ولايتها كل 3 سنوات حتى تتمكن الأمم المتحدة من إيجاد حل عادل للقضية الفلسطينية ومقرها الرئيسي في فينا وعمان.

<sup>1</sup>: المرجع نفسه

<sup>2</sup>: انظر ذلك على الصفحة الرسمية للوكالة كالاتي: [www.unrwa.org/ar](http://www.unrwa.org/ar)

وقد بدأت الأونروا عملياتها في 1 ماي 1950 وتولت هيئة الإغاثة التي تم تأسيسها من قبل، وتسلمت سجلات اللاجئين الفلسطينيين من اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

والأونروا وكالة مسؤولة أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة رسمياً، وهي تعد تعبيراً عن مسؤولية المجتمع الدولي عن إيجاد حل لقضية اللاجئين وفقاً للقرار 194 المتعلق بحق العودة للاجئين الفلسطينيين إلى ديارهم.

وقد مارست الأونروا المهام التالية في حماية اللاجئين:<sup>1</sup>

- تنفيذ برامج الإغاثة والتشغيل مباشرة بالتعاون مع الحكومات المحلية.

- التشاور مع الحكومات المعنية بخصوص تنفيذ مشروعات الإغاثة والتشغيل والتخطيط استعداداً للوقت الذي يستغنى فيه عن هذه الخدمات وتمول من عدة دول هي الولايات المتحدة الأمريكية المفوضية الأوروبية والمملكة المتحدة والسويد ودول أخرى مثل دول الخليج العربية والجزائر والدول الاسكندنافية واليابان وكندا، وتمثل أوجه انفاق أموال الأونروا في عدة مجالات وفقاً للنسب المحددة على النحو الآتي:

54% لبرامج التعليم، 18% لبرامج الصحة، 18% للخدمات المشتركة والخدمات التشغيلية و10% لبرامج الإغاثة والخدمات الاجتماعية، وقد ساهمت في التطور الإنساني والرفاهية لأربع أجيال من لاجئي فلسطين، وتأسست أصلاً كمنظمة مؤقتة وقد تم تجديد ولايات الأونروا والخدمات الأساسية للاجئين، كما عدل شكل الوكالة تدريجياً لتلبية للحاجات المتغيرة للاجئين وخدماتها الميدانية الواقعة في أو بالقرب من المعسكرات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: سهام قواسمية، المرجع السابق، ص33.

<sup>2</sup>: حسام ديب ابراهيم الحداد، التحكيم في القانون الدولي (الاحتلال الاستيطاني وقضايا اللاجئين)، دار الكتاب الحديث، مصر 2008، ص40.

كما تقدم الوكالة خدمات: التعليم، الرعاية الصحية، الخدمات الاجتماعية، المأوى والقروض الصغيرة، والمساعدة الطارئة للاجئين الفلسطينيين في الميادين الخمسة لعمليها والتي تضم البلدان العربية، الأردن، لبنان، سوريا، قطاع غزة والضفة الغربية.

وتعد الأونروا فريدة من حيث التزامها الطويل الأجل بمجموعة واحدة من اللاجئين، وقد ساهمت في رفاه أربع أجيال من لاجئي فلسطين وفي تحقيق تنميتهم البشرية، وحيث أنه كان يتوخى أصلاً أن تكون منظمة مؤقتة، فقد عملت الوكالة تدريجياً على تعديل برامجها للايفاد بالاحتياجات المتغيرة للاجئين ووفق التعريف العملياتي للأونروا. فإن اللاجئين الفلسطينيين هم أولئك الأشخاص الذي كانت فلسطين هي مكان إقامتهم الطبيعي خلال الفترة الواقعة بين جويلية 1946 وأيار 1948 والذين فقدوا منازلهم ومورد رزقهم نتيجة الصراع العربي الإسرائيلي.<sup>1</sup>

إن خدمات الأونروا متاحة لكافة أولئك الذين يعيشون في مناطق عملياتها والذين ينطبق عليهم ذلك التعريف، والمسجلين لدى الوكالة وبحاجة للمساعدة والحماية، وعندما بدأت الوكالة عملها في عام 1950، كانت تستجيب لاحتياجات 750.000 لاجئ فلسطيني واليوم فإن حوالي 5 ملايين لاجئ من الفلسطينيين يحق لهم الحصول على خدمات الأونروا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>: المرجع نفسه، ص41

<sup>2</sup>: عبد الرحمن أبو شمالة، قضايا في اللجوء والهجرة، معهد أبو لغد للدراسات الدولية، ط1، فلسطين 2008، ص18.

## الخاتمة:

إن المجتمع الدولي أعطى اهتماما كبيرا لقضية اللجوء واللاجئين، حيث ساهم في إبرام مجموعة من الاتفاقيات الدولية عالمية كانت أم إقليمية، غير أنه من الضروري وجود تعاون دولي لمشكلة اللاجئين بشكل جماعي من خلال تقاسم الأعباء بين الدول المضيفة وبقية دول العالم في توفير الحماية اللازمة للاجئين.

## تطور حماية حقوق المرأة في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان

د/ بوسنة زينب - أستاذة محاضرة قسم "ب"

جامعة الجزائر 1-

ملخص:

أصبحت الحقوق التي أقرتها قواعد القانون الدولي وكرست في شكل قوانين في معظم المجتمعات الدولية حقوقاً مكتسبة، ومع ذلك فإن المرأة لا تزال تواجه عدة عقبات تعوق تمتعها بهذه الحقوق في الكثير من مناطق العالم ويرتبط إمكان تمتع المرأة بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ارتباطاً وثيقاً بقضية التمييز، ولقد نجحت الحركة النسائية على امتداد سنوات طويلة في إقامة التنظيمات النسائية على المستويات المحلية والوطنية والإقليمية والدولية، ولكنها اتجهت في العقود الأخيرة إلى استخدام إطار حقوق الإنسان في وضع قضايا المرأة في بؤرة الصورة وهو ما يمكن الحركة النسائية من الانتفاع ببعض البرامج الخاصة بدلاً من بقائها على الهامش ومواصلة مسيرتها باعتبارها حركة مستقلة ومنفصلة عن سائر تيارات حركة حقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية: حماية، المرأة، القانون الدولي، حقوق، الإنسان.

### Abstract:

The rights recognized by the rules of international law and enshrined in the form of laws in most international societies have become vested rights, However women still face several obstacles to the enjoyment of these rights in many regions of the world, Women's enjoyment of civil, political and economic rights Social and cultural issues have been closely linked to the issue of discrimination. For many years, the women's movement has succeeded in establishing women's organizations at the local, national,

regional and international levels, but in recent decades has tended to use the human rights framework in the development of women's issues. The focus of the picture is what enables the women's movement to benefit from some special programs instead of remaining on the sidelines and continuing its march as an independent and separate movement from the other streams of the human rights movement.

**Keywords:** protection, women, international law, human rights.

### مقدمة:

دأبت المرأة على الكفاح عبر التاريخ في شتى مناطق العالم في سبيل مساواتها بالرجل في المعاملة و من بين القضايا التي احتدم الخلاف بشأنها في مطلع القرن العشرين حق المرأة في التعليم والحصول على عمل مأجور، وحق الترشح والتصويت في الانتخابات، حيث كانت حقوق الإنسان ولا زالت من القضايا التي تشغل الرأي العام العالمي في العصر الحاضر، كما تعتبر قضية حقوق المرأة من إحدى قضايا حقوق الإنسان الشائكة، ولعل الخلاف إزاء هذه القضية يرجع إلى ما عانت منه المرأة في تاريخها الطويل من تمييز مجحف نال من كرامتها الإنسانية وحرمتها ومنعها من الإسهام في الحياة العملية وحرمانها من مختلف حقوقها خاصة السياسية منها.

إذ سجلت الثورة الفرنسية بداية الجهود الأنثوية التي بذلت للاعتراف بالمساواة بين المرأة والرجل حيث نصت المادة 1 من إعلان حقوق الإنسان والمواطنة 1789: "يولد الناس ويعيشون أحراراً متساوين في الحقوق ولا يمتاز بعضهم عن بعض إلا فيما يختص بالمصلحة العمومية"، وتعتبر بريطانيا العظمى صاحبة عهد طويل وراسخ في الكفاح الأنثوي و منذ عام 1830 بدأت المرأة البريطانية تطالب بالحق في الاقتراع، وناضلت لما يزيد عن 70 عاماً مستخدمة أساليب متغيرة إلى أن أفلحت في آخر المطاف في عام 1918 من أجل المساواة في الحقوق عندما منحت الحق في التصويت اعتباراً من سن الثلاثين و تشمل

مجالات العمل الأخرى كالتعليم وحق المرأة المتزوجة في حيازة ممتلكات والحق في شغل ووظيفة عمومية.

أما الإسلام فقد نظر للمرأة نظرة إعزاز وتكريم ورفع مكانتها إلى مرتبة لم تصل إليها في عصور ما قبل الإسلام فمنحها المساواة الكاملة مع الرجل في التكاليف الشرعية و الكرامة الإنسانية فجاءت آيات العبادات لتضع الرجل والمرأة على قدم المساواة دون تمييز في التكاليف وأقرت الشريعة الإسلامية للمرأة كافة الحقوق والحريات التي منحت للرجل، فلها حق اختيار الزوج والحصول على المهر ولها أن ترث دون أن تفرط بشيء من ذلك لزوجها إلا برضاها، ومن حقها أن تعبر رأيها وأن تبايع من شاءت.

وما إن حلت نهاية القرن العشرين حتى أصبحت تلك الحقوق التي يمكن اعتبارها من عناصر البرنامج السياسي "الليبرالي الديمقراطي" قد حظيت بالاعتراف، وكرست في شكل قوانين في معظم المجتمعات الدولية، ومع ذلك فإن المرأة لا تزال تواجه عدة عقبات تعوق تمتعها بهذه الحقوق في الكثير من مناطق العالم، ويرتبط إمكان تمتع المرأة بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ارتباطاً وثيقاً بقضية التمييز، ولقد نجحت الحركة النسائية على امتداد سنوات طويلة في إقامة التنظيمات النسائية على المستويات المحلية والوطنية والإقليمية والدولية، ولكنها اتجهت في العقود الأخيرة إلى استخدام إطار حقوق الإنسان في وضع قضايا المرأة في بؤرة الصورة وهو ما يمكن الحركة النسائية من الانتفاع ببعض البرامج الخاصة، بدلاً من بقائها على الهامش، ومواصلة مسيرتها باعتبارها حركة مستقلة ومنفصلة عن سائرتيارات حركة حقوق الإنسان.

ونتيجة لذلك، اعتمدت سلسلة متكاملة من الآليات التي تساعد في محاربة التمييز ضد المرأة فوضعت الأمم المتحدة العديد من الاتفاقيات الدولية من أجل تحسين أوضاع المرأة وتحريرها من القيود المفروضة، إلى جانب

الاتفاقيات الدولية الملزمة والتي باتت تشكل تشريعاً دولياً في هذا الإطار بعد أن حظيت بتصديق عدد كبير من الدول، ومسايرة لهذا التوجه انضمت الجزائر إلى العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان، سواء كانت عامة أو خاصة بحقوق المرأة وذلك منذ الاستقلال.

من خلال ما سبق، كيف تطورت حقوق المرأة على المستوى الدولي، وما هي الحماية التي أقرتها قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في هذا المجال؟

### المبحث الأول: المساواة في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية

يقصد بمبدأ المساواة من الوجهة القانونية أن القانون يطبق على الجميع بدون تمييز بين طائفة وأخرى أو تمييز سواء بسبب الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو المركز الاجتماعي في اكتساب الحقوق وممارستها و تحمل الالتزامات وأدائها،<sup>1</sup> كما يقصد بالحقوق المدنية تلك المجموعة من الحقوق المرتبطة بذات الإنسان مهما كان جنسه والتي تضمن له الحق في أن يكون معترفاً به كشخص أمام القانون، وأن يتمتع بالأهلية القانونية وممارسة كل النشاطات التي تنجر عن التمتع بها، كالتنقل، إبرام العقود، الشهادة، الزواج إلى غير ذلك، ويعرف حق المشاركة السياسية الحق الذي يخول للأفراد المساهمة والمشاركة في حكم أنفسهم، ويتضمن هذا الحق المشاركة في الانتخابات المختلفة والإستفتاءات المتنوعة، كذلك حق الترشح وحق التوظيف وبصفة عامة المشاركة في اتخاذ القرارات التي تصدرها الأجهزة والسلطات الحكومية.<sup>2</sup>

ويعتبر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية السباق بالتفصيل في هذا الموضوع، إلا أن مواده جاءت عامة، بمعنى أنه يقرر الحقوق

<sup>1</sup> - خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الاتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2007، ص 13.

<sup>2</sup> - بسيوني عبد الله عبد الغني، النظم السياسية، النظرية العامة للدولة والحكومات، والحريات العامة، دار الجامعة الجديدة مصر، 2006، ص 394.

المدنية للمواطنين بصفة عامة دون تكريس مواد خاصة بحقوق النساء في هذا المجال، فيما عدا المادة الثانية منه التي تنص على ضرورة تعهد الدول الأطراف فيه باحترام وتأمين الحقوق المقررة فيه لكافة الأفراد ضمن إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع لا سيما بسبب الجنس، وتضيف المادة الثالثة: "تتعهد الدول الأطراف في العهد الحالي بضمان مساواة الرجال و النساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المدونة في الاتفاقية الحالية"<sup>1</sup>.

### المطلب الأول : المساواة في الحقوق المدنية

إن القانون الدولي العام ساوى تماما في الحقوق المدنية بين الرجل والمرأة، وبذلك فإن هذا القانون قد وضع الإطار العام الذي يدخل في حظيرة المساواة التامة بين قطبي الحياة البشرية بين الرجل و المرأة حيث تم إبرام العديد من النصوص والاتفاقيات الدولية، ولأن الفترة التي بدأت فيها حركية الدفاع عن حقوق الانسان اتسمت بالحروب فقد كانت الحقوق المدنية والسياسية الأولى بالحماية.

### الفرع الأول: حق المرأة في الحياة:

يعتبر الحق في الحياة والسلامة البدنية للإنسان و حرته هي أساس كل الحقوق الأخرى لذلك كانت أول ما نص على حمايته دوليا من خلال نص ديباجة ميثاق الأمم المتحدة : "إيمان الدول الموقعة عليه على الحقوق الأساسية للإنسان وكرامة الفرد"، ونص في مادته الأولى: "إن عمل هذه المنظمة يتمحور في تعزيز حقوق الانسان و الحريات الاساسية للناس جميعا وعليه كل الأفعال التي من شأنها المساس بحق الفرد في سلامة جسمه كحق أساسي

<sup>1</sup> - طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان الظروف العادية، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 1999 – 2000، ص 5.

إنساني"، أما المادة 03 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان فتؤكد على أن: "لكل فرد حق الحياة والحرية وسلامة شخصه."<sup>1</sup>

كما نصت المادة السادسة في فقرتها الأولى من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966 على مجموعة من الضمانات لهذا الحق على أن: " لكل انسان الحق الطبيعي في الحياة ويحمي القانون هذا الحق، ولا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي."<sup>2</sup>

ومن الحقوق ذات العلاقة المباشرة بحق الحياة التي أولتها الاتفاقيات الدولية و الاقليمية و الدساتير الداخلية أهمية خاصة والتي لا تنفصل عن الحق في الحياة هي: حق المرأة في المساواة أمام القانون وعدم التمييز، حق المرأة في التقاضي، حق المرأة في الأمن الشخصي، الحق في التنقل و في حرمة المسكن و في سرية المراسلات، حق المرأة بالتفكير والرأي والتعبير، حرية المرأة في العقيدة و هي كلها من الحقوق المدنية .

### الفرع الثاني: الحق في الحرية و الأمان و السلامة البدنية للمرأة:

فقد نصت المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل فرد حق الحياة و الحرية و في الأمان على شخصه"، وقد ورد في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة: تعهد شعوب الأمم المتحدة برفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح، وكون الاعتقال أو الحجز أو النفي من أهم العوامل التي تعمل على تقييد الحرية، ونظرا لأهمية هذا الحق، فقد أقر به العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966 في المادة 9 الفقرة 1 التي نصت على أن: "لكل

<sup>1</sup> - الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي صدر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 المؤرخ في 10/12/1948.

<sup>2</sup> - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الذي اعتمد بقرار الجمعية العامة رقم 2200 المؤرخ في 16/12/1966 و دخل حيز النفاذ في 23/03/1976.

فرد الحق في الحرية والسلامة الشخصية ولا يجوز القبض على أحد أو إيقافه بشكل تعسفي."

كما تتمتع المرأة كذلك بالحماية من المعاملة أو العقوبة القاسية أو لا إنسانية أو المهينة أو أي شكل من أشكال العنف البدني أو الجنسي أو النفسي فتتضمن المادة 7 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أنه: "لا يجوز إخضاع أي فرد للتعذيب أو العقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة وعلى وجه الخصوص إخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبية أو العلمية."

وجمع المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان الذي عقد في فيينا في يونيو 1993 مجموعة من الناشطين والخبراء في حقوق الإنسان، وينصب تركيز إعلان وبرنامج عمل فيينا للمؤتمر على تعزيز وحماية الحقوق الإنسانية للمرأة والفتيات بوجه عام وعلى منع العنف ضد المرأة، وقد جاء فيه أن الحقوق الإنسانية للمرأة والطفلة غير قابلة للتصرف فيها كما أنها جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان العالمية ولا ينفصل عنها، كما يعلن أن المشاركة التامة بالتساوي مع الرجل في الحياة السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية على الصعيد الوطني والإقليمي والدولي، والقضاء على جميع أشكال التمييز على أساس الجنس هي أهداف ذات أولوية يصبو إليها المجتمع الدولي.<sup>1</sup>

ويعتبر المؤتمر العالمي الرابع للمرأة الذي عقدته الأمم المتحدة في بيجين من 4 إلى 15 سبتمبر 1995 والذي تبنته الجمعية العامة في 8 ديسمبر 1995 من أكبر المؤتمرات التي عقدتها الأمم المتحدة بشأن حقوق

<sup>1</sup> - عرفت المادة 1 من اعلان القضاء على العنف ضد المرأة لسنة 1993 العنف ضد المرأة بأنه: " أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه، أو يرجح أن يترتب عليه، أذى أو معاناة للمرأة، سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية، سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة."

الإنسان، مع تشخيص عالمي لوضع المرأة ودراسة للسياسات العامة والاستراتيجيات والتدابير اللازمة لتعزيز حقوق المرأة في جميع أنحاء العالم ويوجه منهاج العمل اهتماماً خاصاً إلى مجالات الاهتمام الحرجة التالية البالغة 12 مجالاً: الفقر والتعليم والصحة والعنف والنزاع المسلح والاقتصاد وصنع القرارات والآليات المؤسسية وحقوق الإنسان ووسائل الإعلام والبيئة والأطفال الإناث والترتيبات المؤسسية والمالية.

وإضافة إلى ذلك، عقد في عام 2000 اجتماع الدورة الاستثنائية الثالثة والعشرين للجمعية العامة بشأن المرأة عام 2000: "المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين" في نيويورك بهدف تقييم التقدم المحرز في الالتزامات التي تعهدتها في الأصل الدول في مؤتمر بيجين العالمي المعني بالمرأة لعام 1995، وبذلك ولهذا السبب أطلق على هذا الاجتماع اسم "بيجين بعد 5 سنوات".<sup>1</sup>

وفي إطار الدورة الواحدة والسبعين للجمعية العامة للأمم المتحدة، تم اعتماد قرار جديد بالإجماع في ديسمبر 2016 يركز خاصة على مكافحة العنف المنزلي.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: المساواة في الحقوق السياسية

لم تتوانى الجهود الدولية عن الاعتراف بالمساواة في الحقوق بين المرأة والرجل وذلك باعتماد الأمم المتحدة لأول وثيقة دولية تعالج حقوق المرأة وهي الاتفاقية الدولية للحقوق السياسية للمرأة الموقعة في 1952/12/20 والتي دخلت حيز النفاذ في 07 يوليو 1954، التي تنص أن من حق المرأة

<sup>1</sup> - كما عقدت منظمة العفو الدولية في فبراير 2010 بيكين +15، احقاق حقوق المرأة، وثيقة رقم 77/005/2010.

<sup>2</sup> - القرار رقم (A/RES/71/170) الصادر عن جمعية العامة للأمم المتحدة في إطار الدورة الواحدة والسبعين ديسمبر 2016.

بشروط مساوية للرجل ممارسة حقها في التصويت في الانتخابات وبشغل المناصب العامة وممارسة جميع المهام العامة.<sup>1</sup>

### الفرع الأول: حق المرأة في التصويت والترشح

يعد الانتخاب حق هام من حقوق الإنسان والشعوب إذ من خلاله تستطيع الشعوب أن تقرر مصيرها وحرية الإرادة هذه يعبر عنها من خلال صناديق الانتخابات الحرة والنزيهة، ويمثل هذا الحق سند المشروعية والشرعية السياسية داخل الدولة، ويتمحور على الخصوص في الحق في "الإقتراع" والحق في "الترشح"، إذ يكون الفرد منتخبا في إطار إنتخابات حرة ونزيهة، وترتبط هذه الحقوق جميعها من وجهة نظر اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بحرية التعبير وبالحرية الحزبية وتشمل بالنتيجة على الحق في القيام بأنشطة سياسية سواء فردي أو في إطار أحزاب سياسية.<sup>2</sup>

نظرا لأهمية هذه الحقوق أكدت المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة على ضرورة الإعانة على تحقيق الحقوق الأساسية للإنسان دون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو المنشأ الإجتماعي، ونص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 على أن لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده إما مباشرة أو بواسطة منتخبين يختارون اختيارا حرا.

<sup>1</sup> - اتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة، اعتمدت و عرضت للتوقيع والتصديق الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 640 (د-7) المؤرخ في 20 ديسمبر 1952، دخلت حيز النفاذ في 7 يوليو 1954، وفقا لأحكام المادة 6 الأمم المتحدة، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول (الجزء الأول)، جنيف، مركز الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، رقم المبيع A.94.XIV-Vol.1, Part 1، 1993، 1994، ص 228-231.

<sup>2</sup> - بن نولي زرزور، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق قانون دولي عام جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 95/94.

كما تنص المادة 25 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن يكون لكل مواطن دون أي وجه من وجوه التمييز الحقوق التالية التي يجب أن تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود غير معقولة: " أن ينتخب و يُنتخب في إنتخابات نزيهة تجري دوريا بالاقتراع العام، وعلى قدم المساواة بين الناخبين بالتصويت السري، تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين."

وتأكد اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لسنة 1952 على حق النساء في التصويت في جميع الإنتخابات بعدما كان حكرا على الرجال لمدة طويلة وذلك على قدم المساواة ، إذ يجوز لها أن تنتخب وترشح في الإنتخابات.<sup>1</sup>

وأصدرت الجمعية العامة قرارها رقم 2263 بتاريخ 27 (نوفمبر) 1967 المتضمن إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة وهو بيان رسمي دولي للقضاء على سياسة التمييز بين الجنسين، فتتضمن المادة 07 من الإعلان القضاء على التمييز ضد المرأة: " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة على قدم المساواة مع الرجل الحق في: التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة وأهلية الانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام."

هكذا فإن الاتفاقيات الدولية تؤكد على الدور الهام الذي تلعبه المرأة في التمتع على جميع الأصعدة بحقوقها على قدم المساواة مع الرجل، وهذا ما أكدته اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967 و اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، هذه الأخيرة التي جمعت كافة

<sup>1</sup> - المادة 01 من الاتفاقية التي تنص على: " للنساء حق التصويت في جميع الانتخابات بشروط تساوي بينهم وبين الرجال دون أي تمييز."

- المادة 02 التي تنص على: " للنساء الأهلية أن تنتخب في جميع الهيئات المنتخبة للاقتراع العام المنشأ بمقتضى التشريع الوطني بشروط تساوي بينهم وبين الرجال دون أي تمييز."

أشكال التمييز و أنواع الحقوق التي للمرأة و الرجل و وضعت بعين الاعتبار مكانة المرأة وإمكانياتها في خدمة مجتمعها.<sup>1</sup>

بالرغم من التغييرات الكثيرة الواقعة، لا زالت المرأة تحتاج لتفعيل أهمية ورها وتسعى للتصويت في الانتخابات وزيادة دورها في التمثيل السياسي.

### الفرع الثاني: حق المرأة في تقلد الوظائف العامة

يراد بالمساواة عدم التمييز والتفرقة بين الأفراد الذين تتوفر فيهم شروط واحدة ويوجدون في ظروف وأحوال واحدة ، فإذا اتحدت الشروط والظروف في عدد من الأفراد، وجب عندئذ أن تتحقق المساواة بينهم وأن يتمتعوا بحماية قانونية متساوية،<sup>2</sup> ومبدأ المساواة في تقلد الوظائف العامة مظهر من مظاهر المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات العامة، وهو يرجع من ناحية أصله التاريخي إلى الثورة الفرنسية، إذ أشارت المادة السادسة من إعلان حقوق المواطن لعام 1789 على أن جميع المواطنين متساوون في الالتحاق بالوظائف العامة، ولا فضل لأحدهم إلا بقدر ما يتمتع به من قدرات و مواهب<sup>3</sup> ويقصد بالمساواة في التوظيف أن لا يكون هناك تمييز بين المواطنين في تقلد وظائف الدولة، لكن هذه المساواة لا تكون إلا بعد توفر كل ما تتطلبه القوانين من شروط ومؤهلات لتولي الوظائف العامة، ولقد نصت المادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على مبدأ المساواة بين الأفراد عامة، و عدم التمييز

<sup>1</sup> - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها 134/180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، دخلت حيز النفاذ في 3 سبتمبر 1981، لمراجعة نص الاتفاقية أنظر: الأمم المتحدة، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول (الجزء الأول)، ص 208-227.

<sup>2</sup> - حميد حنون خالد، حقوق الإنسان، مكتبة السنهوري، بغداد، الطبعة الأولى، 2013، ص 116.

<sup>3</sup> - إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر في عام 1789 منشور على الموقع الإلكتروني

لأي سبب كان بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو الدين أو اللغة أو الآراء السياسية، إضافة لحق كل شخص في تولي الوظائف العامة في بلده.

وأكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في مادته 25 على حق كل مواطن في تقلد الوظائف العامة في بلده على قدم المساواة مع سواه ونص إعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري في المادة السادسة منه، على حق كل شخص في تولي الوظائف العامة في بلده على قدم المساواة، كما نصت المادة 3 من اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لسنة 1952 على أنه: "للنساء أهلية تقلد المناصب العامة وممارسة الوظائف التي ينشئها التشريع الوطني بشروط التساوي مع الرجال دون أي تمييز"، وركزت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 في مادتها 7 على ضرورة اتخاذ الدول الأطراف كل ما من شأنه القضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية بما في ذلك شغل الوظائف الحكومية.

#### المبحث الثاني: المساواة في الحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية

يعتبر حق النساء في التعلم وحقهن في الحصول على عمل من أهم الحقوق، ويندرج حق المرأة في التعلم ضمن الحقوق الثقافية، لأن نقطة بداية تحقيق الحقوق الثقافية تكمن في منح النساء الحق في التعلم وكل ما ينجر عليه من آثار، كما يمثل الحديث عن حق النساء في العمل محور الحقوق الاقتصادية ووسيلة لتحقيقها إذ هو يعني منح النساء الاستقلالية المالية وحق إدارة ممتلكاتها<sup>1</sup>، أما الحقوق الاجتماعية هي تلك الحقوق التي يتمتع بها الفرد في علاقته بالمجتمع الذي يعيش فيه ومنها الحقوق الأسرية، والرعاية الاجتماعية والصحية.

<sup>1</sup> - طالبي سرور، مرجع سابق، ص 28.

## المطلب الأول: المساواة في الحقوق الثقافية والاجتماعية

لا شك أن المساواة بين الرجل والمرأة يجب أن تكون في كافة ميادين الحياة، ومن ثم فإن من أهم الحقوق الضرورية للمرأة، منحها حظ وافر من التعليم والحق في الحصول على الرعاية الصحية كالخدمة العلاجية لها ولأطفالها والحق في الرضا بالزواج.

### الفرع الأول: الحق في التعليم

لقد جعل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 التعليم في مراحلته الأولى إلزاميا مع المساواة التامة للجميع وعلى أساس الكفاءة تبين العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية لسنة 1966 في شأن حق التعليم والثقافة نفس اتجاه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 حيث نصت المادة 13 في فقراتها 1، 2، 3 على جعل التعليم الابتدائي إلزاميا ومجانا للجميع، ومن خلال هذا النص يتضح أن الاتفاقية أعطت الدول وشعوبها حق تأسيس المدارس الخاصة والحكومية تشجيعيا على زيادة فرص التعليم للمرأة.

كما نص إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة سنة 1967 على إلزام الدول باتخاذ التدابير لكفالة تمتع المرأة بالمساواة في التعليم في جميع مستوياته وأطواره و المساواة في المناهج الدراسية والامتحانات والمنح والإعانات الدراسية<sup>1</sup>، وورد في المادة 10 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 حق المرأة في المساواة مع الرجل في ميدان التربية والالتحاق بالدراسة في المناطق الريفية والحضرية على السواء بداية من مرحلة الحضانه إلى التعليم العالي مرورا بجميع المراحل التعليمية وكل أنواع التدريب المهني، وكذلك حق المرأة في فرص الاستفادة من نفس برامج التعليم، وتنظيم برامج اللاتي تركزن الدراسة مبكرا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - المادة 9 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967.

<sup>2</sup> - المادة 10 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

وطبقا لخطة عمل بيجين لسنة 1995 فإن التعليم حق من حقوق الإنسان وهو أداة أساسية في تحقيق أهداف المساواة والتنمية والسلم والتعليم اللاتمييزي يفيد كلا من البنات والبنين على حد سواء.

### الفرع الثاني: حق المرأة في الرعاية الصحية

إن التفاوت بين الرجال و النساء في إمكان الانتفاع و التحكم في الموارد مثل المال والمواصلات والوقت والتفاوت في مدى ما يتمتع به كل منهما من سلطة اتخاذ القرار داخل الأسرة، حيث يتمتع الرجال بمزايا تحرم منها النساء، يؤدي إلى تقييد استفادة المرأة من الخدمات الصحية، وهناك عوامل أخرى تزيد من ضعف موقف المرأة، إذ يتبنى المجتمع معايير مختلفة لسلوك الرجل والمرأة فبالنسبة لبعض المجتمعات قد يكون الزواج نفسه من الأنشطة التي تنطوي على نسبة عالية من المخاطر.

ومن أجل تجنب والتقليل من هذه المخاطر أشارت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى ضرورة اتخاذ الدول الأطراف كافة التدابير لضمان المساواة بين الرجل والمرأة في ميدان التربية وإمكانية حصولها على معلومات تربية محددة تساعدها على كفالة صحة الأسرة لاسيما كيفية تنظيم الأسر<sup>1</sup>، وعمد منهاج عمل بيجين لسنة 1995 على إلزامية كفالة حق المرأة في التمتع بأعلى مستويات الصحة طوال دورة حياتها على قدم المساواة مع الرجل.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: حقوق المرأة في العلاقة الزوجية

إن المطالبة بحماية حقوق المرأة في إطار العلاقة الزوجية مسألة حساسة جدا إذ تمس في الكثير من الحالات بمبادئ واعتقادات راسخة في أذهن أفراد

<sup>1</sup> - المادة 10 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979

<sup>2</sup> - الفقرة 89 و 92 من منهاج عمل بيجين لسنة 1995.

المجتمع عبر أزمته بعيدة، ونظرا لأهمية وخطورة هذا الموضوع حاولت العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان تنظيمه من خلال تقرير حقوق المرأة المقبلة على الزواج والتزامات على عاتق الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات.

نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 16 بأن للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق الزواج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنس أو الدين، وهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله، وأنه لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه، كما أعطت المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 والمادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 نفس الحقوق للمرأة، وهذا ما أكد عليه إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة 1967 على حق المرأة في اختيار الزوج بملء حريتها وعدم التزوج إلا برضاها الحر التام، كما حظرت الزواج للصغار وعقد الخطوبة لغير البالغات، أكدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 بتساوي المرأة مع الرجل في كافة الأمور المتعلقة بالعلاقات الزوجية واختيار الزوج بإرادة كاملة، وأكد منهاج عمل بيجين لسنة 1995 على ضرورة سن وتنفيذ القوانين الكفيلة بإتمام الزواج بغير الرضا الحر والكامل للمقدمين على الزواج، ويضاف إلى ذلك سن القوانين المتعلقة بالحد القانوني الأدنى لسن الرشد والحد الأدنى لسن الزواج، ورفع الحد الأدنى لسن الزواج عند الاقتضاء.

وقد أكدت الاتفاقيات الدولية على ذلك، مثل اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الموقعة في 1963/11/7<sup>1</sup>، كما تشير إلى

<sup>1</sup> - اعتمدت هذه الاتفاقية الجمعية العامة بقرارها رقم 1763 ألف (د-17) المؤرخ في 7 نوفمبر 1963، وبدأ نفاذها بتاريخ 9 ديسمبر 1964.

نفس الأحكام التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: المساواة في الحقوق الاقتصادية

تعتبر الحقوق المالية للمرأة من أكثر الحقوق المثيرة للجدل باختلاف المجتمعات، نظرا لتباين المفاهيم من دولة لأخرى حول حق المرأة في استقلال ذمتها المالية ومزاومتها لأنشطة مربحة، لذلك سنركز على حقين وهما الحق في العمل وحق التملك.

### الفرع الأول: حق المرأة في العمل

نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 23 على حق جميع الأفراد دون تمييز في العمل و حرية الاختيار بشروط عادلة ومرضية ودون التمييز في أجر متساو للعمل، كما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966 على حق كل فرد في العمل الذي يضمن أن تكون أمامه فرصة كسب معيشته عن طريق العمل الذي يختاره أو يقبله بحرية<sup>2</sup> وأهتم العهد كذلك بوضع ضوابط للعمل عندما نص على: " تقرير الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بحق كل فرد في التمتع بشروط عمل صالحة وعادلة."<sup>3</sup>

وأعطى إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة للمرأة الحق في العمل وحرية اختيار المهنة والترقية في العمل، والحق في تقاضي المكافآت وإجراءات الأجر وحققها في التقاعد والضمان الاجتماعي والتأمين ضد البطالة أو المرض،<sup>4</sup> بينما

<sup>1</sup> - توصية بشأن الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج الصادرة عن الجمعية العامة طبقا للقرار الجمعية العام رقم 3018 (د-30) المؤرخ في نوفمبر 1965.

<sup>2</sup> - المادة 6 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966.

<sup>3</sup> - المادة 7 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966.

<sup>4</sup> - المادة 10 من اعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967.

أكدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز لسنة 1979 على ضرورة اتخاذ الدول جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة<sup>1</sup>، وقد ألزمت خطة عمل بيجين لسنة 1995 على الدول اتخاذ مجموعة من التدابير لتعزيز حقوق المرأة الاقتصادية واستقلالها المالي بما في ذلك حصولها على فرص العمالة وظروف الاستخدام الملائمة، ومن بين هذه التدابير سن وتنفيذ تشريعات تكفل حقوق المرأة والرجل في الحصول على أجر متساو عن العمل.

وعملت منظمة العمل الدولية منذ تأسيسها سنة 1919 على وضع الكثير من المبادئ التي تتعلق بالمرأة والتي تهدف إلى تكريس مبدأ المساواة والقضاء على أشكال التمييز، فمن جملة الاتفاقيات الصادرة عن هذه المنظمة هناك 12 اتفاقية تتعلق بالمرأة.

### الفرع الثاني: حق المرأة في التملك

حق الملكية هو واحد من الحقوق التي يتمتع فيها الفرد المواطن في دولته أو خارجها، ويحق له التصرف بما يملكه دون أي ضغط من أي جانب توجد العديد من أنواع الملكية، ويختلف نظام الملكية من دولة إلى أخرى، ومن إقليم إلى آخر، وتعتبر الملكية الأساس في المجتمعات القديمة والحديثة وتعد البنية الأساسية في تطوير النظام الاقتصادي والاجتماعي للشعوب، حيث جعلت منها معظم المؤسسات الدولية مقياساً لمدى تطور أنظمتها الاقتصادية مثل تقرير مناخ الأعمال<sup>2</sup>.

أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 17 على أن لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً

<sup>1</sup> - المادة 11 من اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

<sup>2</sup> - التقرير السنوي لمناخ الأعمال Doing business الذي يعده البنك الدولي.

والحق في الملكية لا يفرق فيه بين الرجل والمرأة، سواء كانت ناتجة عن عمله أو استثماره لأمواله أو نتجت عن حصوله من الغير على إرث أو هبة.

وأكدت كافة الاتفاقيات الدولية على مبدأ عدم التمييز بين الرجل والمرأة في الحقوق، فتتضمن المادة 6 من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لسنة 1967 على حق المرأة في التملك وإدارة ما تملكه، والتمتع به وحق التصرف فيه، ووراثة ما في ذلك الأموال التي تمت حيازتها أثناء الزواج، كما نصت المادة 15 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 على حق المرأة في التملك وإدارة ممتلكاتها وتحرير العقود، والتعامل على قدم المساواة على الرجل في جميع مراحل الإجراءات القضائية وتسري عليها كافة الالتزامات التي على الرجل.

ولا تزال حقوق المرأة في العمل وفي مكان العمل المنصوص عليها في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية واتفاقيات منظمة العمل الدولية وسائر الأطر القانونية والسياسية، عُرضة للانتهاك المنظم في شتى أنحاء العالم فلقد نشرت الشبكة العالمية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بمناسبة عيد العمال في الأول من ماي 2017 تقرير كشف عن الانتهاكات المنتظمة لحقوق المرأة في العمل وفي مكان العمل في شتى أنحاء العالم مُسلطين الضوء على المقاومة النسائية الجماعية لهذه الأشكال من الاستغلال والتمييز.

### الخاتمة:

أثبتت التجارب الدولية على أنه من المحال على المرأة أن تتمتع بحقوقها السياسية والمدنية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الحالات التي تتعرض فيها حريتها واستقلالها للقيود والضغوط فإمكانية تمتع المرأة العاملة بالحرية الكاملة في عملها مثلاً، وبالحصول على أجر مساوٍ لأجر الرجل وتكوين المنظمات أو المشاركة النشيطة في المنظمات العمالية، يتعرض للقيود المتمثلة في الدور

الواضح المفروض عليها داخل الأسرة والمجتمع، إضافة لكافة أشكال العنف التي تتعرض له سواء العنف المنزلي أو في العمل.

لذلك فإن التشريعات الجزائرية لم تتأخر في المصادقة على جل هذه الاتفاقيات واعتمادها لجميع المبادئ العالمية للقانون الدولي خاصة فيما يتعلق بالقواعد التي تحقق المساواة في بعض المسائل السياسية نخص بالذكر:

- حق الانتخاب: منحت الجزائر حق الانتخاب للمرأة سنة 1962 أي منذ الاستقلال ودخلت المرأة الجزائرية البرلمان في نفس السنة، كما تكفل المادة 62 من الدستور حق الانتخاب والترشح لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية أن ينتخب و ينتخب.

- حق تقلد الوظائف العامة: تقضي مبادئ الوظيفة العامة بالجزائر بالمساواة بين الجنسين في التوظيف حيث نصت المادة 27: لا يجوز التمييز بين الموظفين بسبب آرائهم أو جنسهم أو أصلهم أو بسبب أي ظرف من ظروفهم الشخصية أو الاجتماعية.

- نظام الحصص الكوتا: الذي يضمنه القانون العضوي الصادر في جانفي 2012 القانون رقم 03/12 المحدد لكيفية توسيع حظوظ المرأة في التمثيل في المجالس المنتخبة وفقا لنسب حسابية تتراوح بين 20 % و 30 % حسب الكثافة السكانية وعدد المقاعد.

## حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه<sup>1</sup>

د/ منصور بختة أستاذة محاضرة قسم "ب"  
جامعة الجيلالي اليابس - سيدي بلعباس

الملخص:

نظم المشرع بموجب الأمر 05/03 الأحكام الخاصة بحماية حق المؤلف باعتباره ابتكاراً أو إنتاجاً ذهنياً أصيلاً يعبر عن شخصية مؤلفه، ويترتب عن هذا الابتكار عدة حقوق مالية ومنها المعنوية، وهذه الأخيرة تجسد شخصية المؤلف لذلك لا بد من احترام شخصيته وعمله من جهة، وحماية حقه المبتكر من الاعتداء من جهة أخرى، ومن بين هذه الحقوق المعنوية حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه الذي أولاه المشرع بحماية مدنية وأخرى جزائية حتى لا يتعرض للاعتداء من الغير.

الكلمات المفتاحية: الإبداع الفكري، المصنف، الحق في تقرير النشر، الحماية المدنية، الحماية الجزائية.

### Résumé :

le droit d'auteur c'est des œuvres de l'esprit, qui sont liée à la personnalité de l'auteur. Il donne a leur titulaire deux genre de droits, les premiers c'est des droits patrimoniaux. Elles garantit la protection temporaire des intérêts économiques d'auteur, tan disque

<sup>1</sup> لم يعرفها الأمر 05/03 المؤرخ في 23 جويلية 2003، المتعلق لحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة، جريدة رسمية، العدد 44، المصنفات، إنما عمل على تعدادها بموجب المادة 04 منه على سبيل المثال لا الحصر تاركا المجال لظهور مصنفات أخرى قد تنتجها التطورات التكنولوجية مستقبلا.

يقصد بالمصنف حسب ما جاء به الفقه: "كل إنتاج ذهني يتضمن ابتكارا يظهر للوجود مهما كانت طريقة التعبير عنه أو لونه أو نوعه"، ويعرف كذلك بأنه: "ابتكار ذو شكل أصيل يعبر عن شخصية مؤلفه"، وحق المؤلف على مصنفه يقصد به حماية التعبير عن الأفكار سواء كانت ضمن الكتب أو الشعر أو النثر أو المسرحيات أو غيرها من الأمور. أنظر، عبد الله عبد الكريم عبد الله، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 17.

les deuxième sont des droits moraux parmi ces droits ou trouve le droit de divulgation.

**Les mots clés:** Création intellectuelle- œuvres- le droit de divulgation- protection civile- Protection pénale.

#### مقدمة:

يشكل الحق المعنوي بالنسبة للمؤلف العصب الأساسي في حقه، لأنه يستند إلى معيار الابتكار الذي يظهر إبداعات ومهارات الإنسان الشخصية إضافة إلى الحق المعنوي هناك الحق المالي، ولكن الأصل أن يعطي الأولوية والأفضلية لهذا الحق، ذلك أنه لا يمكن البدء الحديث عن الحق المالي إلا بعد نشر هذا الابتكار بمعنى أن العمل في حد ذاته الذي يقوم به المؤلف يستحق الأجر (الحق المالي) و يجسد الحق المعنوي للمؤلف شخصيته التي يجب أن تحترم، فهذا الحق هو ملازم لشخصيته، لذلك يستلزم حماية شخصية المؤلف كونه ملتصقا بها، ولا يجوز التنازل عنها ولا التصرف فيها، وهذا ما أشارت إليه المادة 21 من قانون حماية حق المؤلف<sup>1</sup>.

ف للمؤلف وحده الحق في تقرير مصير مصنفة، وذلك في نشره أم لا أو في وضع اسمه عليه أو لا، كما له أن يدافع عنه ضد أي اعتداء أو تشويه قد يقوم به الغير، كما له الحق في سحب عمله من التداول قصد تعديله أو إلغائه.

فالمميزات التي سبق ذكرها بالنسبة للحق المعنوي للمؤلف تظهر أهميتها من ناحيتين، أولها احترام شخص المؤلف وعمله، وثانيها حماية الحق المبتكر من المؤلف من الاعتداء من الغير.

<sup>1</sup> تنص المادة 21 من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة على ما يلي: "تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا يمكن التخلي عنها".

وقد يظهر المؤلف إنتاجه الذهني أو ابتكاراته للجمهور وذلك عن طريق نشرها بطريقة عادية تقليدية، وذلك بإسناد مهمة النشر لدور النشر، فنسبها بالمصنفات التقليدية، كما يمكن أن يظهره للجمهور عبر شبكات الأنترنت التي ظهرت نتيجة للتطورات التكنولوجية الهائلة في مجال الاتصالات والمعلومات ونتيجة لذيوع الشبكة التي أدت إلى تدفق هذه الأخيرة عبر العالم كله دون أن تقف عند الحدود الجغرافية لدولة معينة، بحيث أصبحت هذه الشبكة كوسيلة للنشر الإلكتروني وذلك على نطاق واسع لتسويق المصنفات، ويسمى هذا النوع من المصنف بالمصنف الرقمي إذا تم نشره بهذه الطريقة، كالكتب الموسيقي، الأبحاث، الاستشارات الفنية، ومختلف الدراسات... الخ.

وبغض النظر عن المصنف إن كان تقليدياً أو مصنفاً رقمياً فإن الحق في تقرير نشره لا يكون إلا من طرف المؤلف وحده باعتباره حقا شخصيا، سواء في حياته أو بعد مماته، لذلك فإن المساس به يعد مساسا بشخصية المؤلف فما هي الحماية التي أولتها القوانين لحق المؤلف في تقرير نشر مصنفاته التقليدية أو الإلكترونية.

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأيت تقسيم الموضوع إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: الحق في تقرير النشر أثناء حياة المؤلف وبعد وفاته.

الفقرة الثانية: الحماية المدنية والجزائية للحق في تقرير النشر.

**المطلب الأول: مفهوم الحق في تقرير المؤلف نشر مصنفه:**

تشير كلمة مؤلف<sup>1</sup> إلى الشخص الذي أبدع المصنف، وهو المالك الأصلي لحقوق المؤلف، وهذا الأخير يكون من الأشخاص الطبيعية باعتبارها الأشخاص الوحيدة المؤهلة للقيام بالإبداعات الفكرية، ونتيجة لذلك فإن الملكية الأصلية

<sup>1</sup> أنظر، عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص 90.

لحقوق المؤلف ترجع إلى الشخص الطبيعي الذي أبدع المصنف<sup>1</sup>، أما الأشخاص المعنوية فلا يمكن أن تكون أشخاصاً منشأة للمصنفات، ولكن يمكن أن تكون مالكة لحقوق مشتقة لبعض حقوق المؤلف<sup>2</sup>.

ويتمتع صاحب المصنفات بحقوق أدبية وأخرى مالية طبقاً للقواعد الواردة في قانون حماية المؤلف<sup>3</sup>، ويعتبر الحق في الكشف عن المصنف من الحقوق المعنوية والتي نظم المشرع أحكامه وكيفية ممارسته بموجب القانون المذكور أعلاه وهذا ضمن المادة 22 منه.

ولذلك ووفقاً لهذا المطلب سنتناول التعريف بهذا الحق في فرع أول ثم امتيازات هذا الحق في فرع ثان.

#### الفرع الأول: حق المؤلف في تقرير النشر.

عرفه البعض<sup>4</sup> على أنه: "رغبة المؤلف في أن يعلن للناس نتاج فكره، أو حق البث في نشر عمله أو إشهاره".

كما عرفه البعض الآخر<sup>5</sup> بأنه: "قرار المؤلف بنشر مصنفه يعتبر بمثابة ولادة للمصنف التي يكتب بموجبها مبتكر الإنتاج الذهني صفة المؤلف، ويكتسب ذات الإنتاج الذهني صفة المصنف".

<sup>1</sup> تنص الفقرة الأولى من المادة 12 من الأمر 05/03 على ما يلي: "يعتبر مؤلف مصنف أدبي أو في مفهوم هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه"

<sup>2</sup> تنص المادة 2/12 الأمر 05/03 على ما يلي: "يمكن اعتبار الشخص المعنوي مؤلفاً في الحالات المنصوص عليها في هذا الأمر".

<sup>3</sup> أنظر المادة 21 من قانون حماية المؤلف والحقوق المجاورة لها.

<sup>4</sup> أنظر، محمد خليل يوسف أبو بكر، حق المؤلف في القانون، دراسة مقارنة، مجد المؤسسة الجامعية، لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص 44.

<sup>5</sup> أنظر، نواف كنعان، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حماية، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص 94.

فبمجرد تقرير النشر تكتسب هاتان الصفتان، ويظهر المصنف للعالم الخارجي بشكل مادي محسوس دون أن يتطلب اكتسابهما إجراء شكليا آخر. لذلك يشترط أولا ظهور الفكرة إلى عالم الوجود حتى تسبغ بالحماية القانونية عليهما.

يختلف حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه عن حقه في النشر، ذلك أن الحق الأول يمر بمراحل التكوين والإنشاء، وهي مراحل يصعب خلالها فصل هذا الحق عن شخصية المؤلف بينما الحق الثاني يترتب بعد اتخاذ المؤلف قراره بنشر وإذاع هذا المصنف حتى يظهر للجمهور حاملا اسمه وسمعته واعتباره وأفكاره، وهنا يصبح قابلا للاستغلال الاقتصادي، أي لا يترتب الحق في النشر إلا بعد ترتيب الحق في تقرير النشر، كما أن الحق في النشر هو من الحقوق المالية، بينما الحق في تقرير النشر هو حق أدبي.

كما نشير إلى أن الحق في تقرير النشر يكون لمرة واحدة، بمعنى إذا قرر المؤلف نشر مصنفه وتم الكشف عنه فعلا، فإن إعادة نشره مرة ثانية لا يكون باستعمال الحق في تقرير النشر، إنما هو حق بإعادة نشر مصنف سبق نشره.

**الفرع الثاني: الامتيازات المترتبة على حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه.**

يترتب على حق المؤلف في تقرير نشر مصنفة عدة سلطات أو امتيازات أهمها:

1- حق المؤلف دون سواه في تحديد ما إذا كان مصنفه قد اكتمل وأصبح قابلا للنشر<sup>1</sup> أم لا: وهذا يعني أن للمؤلف وحده الحق في تقرير النشر دون غيره

<sup>1</sup> تميز البعض من القوانين بين الحق في الكشف عن المصنف والحق في نشر المصنف، إذا يقصد بالأول أي شكل من أشكال التغيير يجعله المؤلف في متناول الجمهور لأول مرة، أما الثاني ويقصد به الكشف عن المصنف بطرح عدد من نسخ المصنف للجمهور ليولي بصورة معقولة طلب هذا الجمهور بالنظر إلى طبيعة المصنف وغايته، أنظر في ذلك، نواف كنعان، المرجع السابق، ص 95.

سواء كان متعاقدًا معه، أو غير متعاقد فلا يمكن إلزامه بما يخالف تقديره الشخصي، كما أن المصنف يعد سرا خاصا للمؤلف لا يمكن إفشاؤه إلا من طرفه، ويمكن بعد إتمامه لا يرضى عن عمله فيفضل عدم نشره.

2- حق المؤلف وحده في تحديد شكل وطريقة الإعلان عن مصنفه: معنى ذلك للمؤلف الحق في أن ينشر مؤلفه في شكل كتاب مطبوع أو في مجلة أو يختار تسجيله أو ترجمته إلى لغة يختارها هو، أو نشره الكترونيا عبر شبكات الإنترنت أو يقدم مصنفه في شكل عرض على الجمهور أو في شكل بث إذاعي أو تلفزيوني... الخ.

مع العلم أن المؤلف إذا قرر تحديد شكل معين لمصنفه فإن هذا القرار أو الإذن يخص الشكل فقط وليس النشر بمعنى لا يمكن لأي شخص أن يعمل على نشر هذا المصنف بشكلية مخالفة لما قرره المؤلف، فلو فرضنا أن الغير قام بنشره بشكل غير الشكل الذي اختاره المؤلف فهذا التصرف يعتبر غير مشروع.

وفي هذا الصدد تم القضاء في فرنسا<sup>1</sup> إلى أن المحاضرات التي يلقيها أحد الأساتذة هي ملك خالص له، وليس لأحد إرغامه على نشرها، أو أن يحدد له طريقة نشرها، فإذا وضع الأستاذ المخطوط ولم يقرر نشر محاضراته، فلا يجوز لمن حاز على المخطوط أن يقرر نشره، وإن تخلى المؤلف عنه، وسلمه للغير... ذلك أن الحيابة المادية للمخطوط لا تعطي للحائز الحق في نشر مصنفه، إنما يظل رغم ذلك صاحب الحق في تقرير نشر مصنفه.

3- حق المؤلف وحده في تحديد وقت معين لنشر مصنفه: فللمؤلف وحده اختيار الوقت المناسب لنشر مصنفه، كأن يختار أستاذ جامعي نشر مصنفه في الأيام الدراسية، أو في الملتقيات، أو في يوم خصص لمناسبة معينة كالندوات العلمية أو المؤتمرات العلمية، أو افتتاح معرض هام لعرض المصنفات الأدبية أو

<sup>1</sup> مأخوذ من، نواف كنعان، المرجع نفسه، ص 97.

الفنية لنشر مصنفات المختلفة وعرضها في هذا المعرض... الخ، لذلك للمؤلف الحرية المطلقة في اختيار وتحديد الوقت الذي يراه مناسباً لنشر مؤلفه دون تدخل الغير.

**المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الإخلال بممارسة الحق في تقرير نشر المصنف.**

سبق الإشارة إلى أن المؤلف وحده له الحق في تقرير نشر مصنفه، كما له أن يعترض على ذلك، ويعتبر هذا الحق مطلقاً يتوقف على محض إرادته حفاظاً على حريته في الابتكار وحفاظاً على حقوقه الأخرى المترتبة على ذلك الحق كالحق في استغلال المصنف، وحقه في إذاعه للجمهور بأي وسيلة من الوسائل... الخ ومن هنا انبثقت فكرة شخصية الحقوق المعنوية للمؤلف.

غير أنه وفي حالة وفاة المؤلف يؤول الحق في تقرير نشر المصنف إلى الورثة، كما يحق للمؤلف أن يوصي بذلك إلى أشخاص معينين من الورثة أو من الغير<sup>1</sup>.

وعلى الورثة أو الموصي لهم الالتزام بما أوصى به المؤلف من ناحية طريقة وميعاد ومكان أو أي أمر يتعلق بتقرير نشر العمل على أن تراعي المصلحة الأدبية للمؤلف على المصلحة المادية لهم.

وفي حال الخلاف ما بين الورثة أو الموصي لهم حول تقرير النشر يتم اللجوء إلى القضاء للبحث في الخلاف الناتج عن ذلك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> أنظر، المادة 2/22 من الأمر 05/03 التي تنص على ما يلي: "يعود الكشف عن المصنف بعد وفاة مؤلفه إلى ورثته ما لم تكن هناك وصية خاصة".

<sup>2</sup> أنظر، المادة 3/22 من الأمر 05/03 التي تنص على ما يلي: "تفصل الجهة القضائية التي يختارها المبادر بكشف المصنف في حال وقوع نزاع بين الورثة".

وإذا امتنع الورثة على نشر المصنف الذي لم يقرر نشره في حياته، أو أنهم لم يباشروا هذا الحق لأسباب واعتبارات عديدة<sup>1</sup>، أجاز المشرع للدولة ممثلة في وزير الثقافة أو من يمثله، أو بطلب من الغير بإخطار الجهة القضائية للفصل في مسألة الكشف أو نشر المصنف وفقا للإجراءات معينة وتحقيقا للمصلحة العامة<sup>2</sup>، على أن يتم تعويض الورثة تعويضا مناسبا يرجع تقريره لوزير الثقافة وفي حال النزاع حول مقدار التعويض يمكن الرجوع للجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع.

وفي حال ما إذا كان المؤلف ليس له ورثة فإن الدولة ممثلة في وزير الثقافة يجوز لها نشر المصنف بعد إخطار الجهة القضائية للحصول على الإذن بنشر المصنف.<sup>3</sup>

والمبدأ يقضي بأن الحق في تقرير النشر يكون من قبل صاحبه شخصيا أو ورثته في حال الوفاة، فإن كان قد تعاقد مع ناشر، أو في حال استعمال الحق في تقرير النشر من قبل الغير دون إذنه فإن هذا يعد اعتداء يترتب عنه المسؤولية وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول والثاني.

### الفرع الأول: الآثار المدنية المترتبة عن ممارسة الحق في تقرير نشر المصنف.

يمارس الحق في تقرير نشر المصنف المؤلف لوحده أثناء حياته وبعد مماته ورثته أو الموصى لهم بالنشر، لذلك لا يجوز إكراههم على نشر المصنف لأن المؤلف أدري بعمله إن كان مكتملا أم لا، غير أنه وفي بعض الحالات يتعاقد

<sup>1</sup> ترجع الأسباب والاعتبارات التي قد تجعل الورثة يرفضون تقرير نشر المصنف إما لعدم توافر لديهم الإمكانات الأدبية أو العلمية أو الفنية التي تؤهلهم لتقدير ما تضمنه المصنف من ابتكار، أو لاختلافهم فيما بينهم، مما يؤدي إلى إهمالهم للمصنف وعدم تقرير نشره، أو لعدم اقتناعهم بما يتضمنه تحقيقا لمكاسب مالية، مما يؤدي إلى ترددهم في تقرير النشر طمعا في المزيد من الكسب.

<sup>2</sup> أنظر، الفقرة الرابعة من المادة 22 من الأمر 05/03.

<sup>3</sup> أنظر، الفقرة الخامسة من المادة 22 من الأمر 05/03.

المؤلف على نشر مصنفه مع ناشر معين ثم يبدأ بالعمل لإنجازه، ولكنه لا يتمه أو يمتنع عن تسليمه بعد إتمامه، أو يتمه ثم يتراجع أو يتردد في نشره لعدم رضائه به بسبب أن نشره بهذه الكيفية أو الشكلية فيه إساءة لسمعته الأدبية والعلمية أو الفنية فيمتنع عن تسليمه للناشر الذي تعاقد معه على نشره.

أولاً: المسؤولية المترتبة عن إخلال المؤلف أو ورثته بالتزام تعاقدية:

وقد تترتب المسؤولية المدنية في حالتين:

1/ الحالة التي يمتنع فيها المؤلف عن تسليم مصنفه الذي تعهد بتسليمه ذهب غالبية الفقه<sup>1</sup>، إلى أحقية المؤلف بالامتناع عن التسليم، وعدم إجباره على ذلك، بل أكثر من ذلك لا يجوز تكليف المؤلف بذكر الأسباب التي منعته من إكمال مصنفه أو منعته من تسليمه للمتعاقد معه بعد إكماله، والسبب في ذلك، أن إجبار المؤلف على الإبداع الذهني فيه إنكار لطبيعة الإبداع نفسه فالإبداع يعتمد على الظروف النفسية والفكرية والمادية التي يمر بها المؤلف والتي قد لا تسعفه في بعض الأحيان.

وعليه، المؤلف له السيادة المطلقة على مؤلفه طالما لم يقم بالتسليم الفعلي، وهذه السلطة لا تقبل التنازل عنها<sup>2</sup>.

وإذا كان للمؤلف الحق بالامتناع عن تسليم مصنفه، وعدم إجباره على التسليم، فإن هذا يترتب عنه الإضرار بالمتعاقد - أي الناشر - من هذا التصرف، الذي يعد إخلالاً من المؤلف بالتزاماته التعاقدية، وهذا ما يقتضي

<sup>1</sup> مأخوذ من، نواف كنعان، المرجع السابق، ص 98.

<sup>2</sup> أنظر، أسامة أحمد بدر، تداول المصنفات عبر الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 18.

إلزام المؤلف بتعويض الناشر تعويضاً مادياً لجبر الضرر الذي أصابه، تطبيقاً لقواعد المسؤولية العقدية الواردة في القانون المدني<sup>1</sup>.

وقد أقر المشرع الجزائري التعويض وهذا لبعث الطمأنينة لدى الناشرين عند تعاقدهم مع المؤلفين للقيام بعملية النشر، وكذلك لاستقرار المعاملات وتشجيع الإبداع الفكري الذي يعود بالفائدة على المجتمع.

يمكن للمؤلف عن يتحلل من مسؤوليته بالتزامه بدفع التعويض إذا أثبت أن سبب امتناعه عن تسليم مصنفه بالرغم من اكتماله، أو أن السبب في عدم إتمام مصنفه يرجع لقوة قاهرة أو سبب أجنبي منعه من ذلك<sup>2</sup>.

## 2- الحالة التي يتعسف فيها المؤلف أو يسيء استعمال حقه:

كالامتناع عن تسليم المصنف بعد اكتماله للمتعاقد معه لنشره بسبب تعاقد مع ناشر آخر دفع له قيمة أكبر وينشره بشروط تتضمن ميزات أفضل فهنا يكون المؤلف قد أساء استعمال حقه المعنوي، وأضر بالمتعاقد الأول، لذلك لا بد من إجباره على التنفيذ العيني للالتزام<sup>3</sup>، وهذا التنفيذ يعتبر خير تعويض على إساءة استعمال المؤلف لحقه وتواطئه مع المتعاقد الآخر.

إلا أن البعض من الفقه<sup>4</sup> يرى بأنه من الصعب إلزام المؤلف بالتنفيذ العيني أي إلزام المؤلف بتسليم المصنف بعد اكتماله إلى الناشر الأول، لأن الحق في تقرير النشر مرتبط بشخصية المؤلف إذا كان المصنف مكتملاً، أما إذا لم يكن مكتملاً فإنه يرتبط بشخصه وكذلك نفسه، لذلك ما على المتعاقد الأول المتضرر إلا طلب التعويض وفقاً لقواعد القانون المدني.

<sup>1</sup> أنظر المادة 176 – 183 من القانون المدني.

<sup>2</sup> أنظر المادتين 127 و176 من القانون المدني.

<sup>3</sup> أنظر المادتين 170 و171 من القانون المدني.

<sup>4</sup> أنظر في ذلك، نواف كنعان، المرجع نفسه، ص 98.

## الفرع الثاني: الآثار الجزائية المترتبة عن ممارسة الحق في تقرير النشر.

لم يكتفي المشرع الجزائري بترتيب الآثار المدنية المتمثلة في التعويض والتدابير التحفظية فقط في حال الاعتداء على المصنفات سواء كانت عادية أو رقمية بل دعمها بحماية جزائية، وذلك بتجريم كل اعتداء على الحق في الكشف عن المصنف عن طريق التقليد.

وهو ما تم النص عليه ضمن المادة 157 من الأمر 05/03 بقوله: "يعد مرتكبا لجنة التقليد كل من يقوم بالكشف غير المشروع للمصنف".

لم يعرف المشرع الجزائري بموجب هذه المادة جريمة التقليد ولكن ذهب الفقه<sup>1</sup> إلى أن التقليد هو الاعتداء على حق من حقوق المؤلف المنصوص عليه في القانون.

فكل من قام بالمساس بالحق الاستثنائي للمؤلف والمتمثل في الكشف غير المشروع للمصنف يكون قد ارتكب جريمة التقليد، ويكون الكشف غير مشروعاً إذا تم دون موافقة أو إذن كتابي مسبق من صاحبه.

كما يشترط توافر العنصر المعنوي وهو القصد أي توافر سوء النية لدى المقلد إذ يكفي الجاني أن يعلم بأن نشاطه الإجرامي يرد على مصنف لا يملكه، وأن تتجه إرادته إلى الاعتداء عليه لكي يكون هذا الفعل تقليداً، ويكون محل النشاط الإجرامي هو نشر مصنف بدون الحصول على الإذن من صاحبه.<sup>2</sup>

وتكون المحكمة المختصة بالنظر في جريمة التقليد هي محكمة محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو محل القبض عليهم.

<sup>1</sup> أنظر، عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون طبعة، ص 63.

<sup>2</sup> نشير إلى أن الفقه ميز المصنف إذا كان مشتركاً أي يتعدد أصحاب البرنامج بين حالتين:

\* إذا كان بالإمكان الفصل بين نصيب كل واحد منهم في ابتكار البرنامج، وفي هذه الحالة يجوز لكل واحد منهم أن يقوم بنشر أو إذاع الجزء الذي يخصه في البرنامج في الوقت الذي يريده.

\* إذا لم يكن بالإمكان الفصل بين نصيب كل شريك، ففي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم منفرداً أن يقوم بنشر أو إذاع البرنامج، أو جزء منه بدون موافقة بقية الشركاء، أكثر تفصيلاً الرجوع إلى، عفيفي كامل عفيفي، المرجع نفسه، ص 73.

وقد رتب المشرع عقوبة أصلية بالنسبة للأشخاص مرتكبي جريمة التقليد على المصنفات وذلك بالحبس من (06) أشهر إلى (03) سنوات، وبغرامة من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) سواء كان النشر حصل داخل القطر الجزائري أو خارجه<sup>1</sup>.

وعقوبة أخرى تكميلية تتمثل في مصادرة المعدات والأدوات التي استخدمها الجاني في ارتكاب جنحة التقليد<sup>2</sup>.

ثانياً: المسؤولية المدنية المترتبة على تقرير نشر المصنف دون إذن المؤلف.

للمؤلف أو ورثته أو الموصى لهم بالحق في تقرير نشر المصنف عن طريق استغلاله بأي وجه من الأوجه وإتاحته للجمهور، إما بإسناده لناشر وذلك بالتعاقد معه أو نشره عبر أجهزة الحاسب الآلي أو من خلال شبكات الإنترنت وشبكة الاتصال، أو شبكة المعلومات وغيرها... الخ، وعليه فإن نشر المصنف دون الحصول على إذن من المؤلف أو ورثته يعد تعدياً على الحق الأدبي، يترتب عنه المسؤولية التقصيرية المتمثلة في الإخلال بالتزام عام، ويجوز للمؤلف صاحب المصنف أو ورثة المطالبة بالتعويض، نتيجة ما لحقهم من أضرار جراء الاعتداء، إذ تتمثل هذه الأضرار في تفويت كسب مالي لاستغلال مصنف المؤلف وهو ضرر مادي، وهذا استناداً للمادة 143 من القانون 05/03، وكذلك ضرر معنوي يتمثل في الاعتداء على شخصية المؤلف الفكرية.

ويقع عبء إثبات التعدي على المؤلف أو ورثته وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، وإثبات تواجد الارتباط بين التعدي على الحق المعنوي للمؤلف المتمثل في الكشف عن المصنف والضرر الذي أصابه جراء ذلك.

<sup>1</sup> أنظر المادة 153 من الأمر 05/03.

<sup>2</sup> أنظر المادة 157 من الأمر 05/03.

نفس الأحكام تنطبق في حالة امتناع الناشر المتعاقد مع المؤلف تنفيذ العقد أي نشر المصنف إضافة إلى التعويض أشارت المادة 147 من الأمر 05/03 باتخاذ التدابير التحفظية للحجز على المصنفات المقلدة والإيرادات المتولدة عن الاستغلال غير المشروع للمصنفات.

خاتمة:

من خلال التطرق للموضوع يتضح أن الحق في تقرير نشر المصنف من الحقوق الأدبية المهمة وهو شبيه بالحق الشخصي الذي لا يمكن التنازل عنه وهو يختلف عن الحق في النشر، لذلك أولاه المشرع حماية مدنية و أخرى جزائية في حال التعدي عليه، فما هي الحقوق الأدبية الأخرى و الحقوق المالية التي يتمتع بها المؤلف و هل أولاه المشرع نفس الحماية القانونية التي أولاهها للحق في تقرير النشر؟

## المسؤولية الجنائية للدولة عن أعمالها غير المشروعة

ط/ خيرفؤاد - طالب دكتوراه

الأستاذ المشرف: د/عباسة طاهر- أستاذ محاضر "أ"

جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

ملخص:

كانت مسؤولية الدولة تنحصر في الجانب المدني فقط، أما حالياً فقد بدأت الجهود الدولية تسير نحو تكريس المسؤولية الجنائية للدولة، بعد نقاش دولي على صعيد الفقه والقانون الدوليين وحتى المؤسسات الدولية. انتهت هذه النقاشات إلى إقرار المسؤولية الجنائية للدولة بداية من عهد عصبة الأمم، ثم ميثاق الأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية المبرمة في ظلّه، وتوجت هذه الجهود بميلاد المحكمة الجنائية الدولية التي بدأت عملها بمحاكمة الأفراد في البداية تاركة مجال البحث مفتوحاً لتطوير النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية الدول جنائياً.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية الجنائية للدولة، الجريمة الدولية، العقوبات الجنائية.

### Abstract:

The responsibility of the state was limited to the civilian side only. Currently, international efforts have begun to establish the criminal responsibility of the state, following international discussion in international jurisprudence, international institutions and even international institutions. These discussions culminated in the establishment of the criminal responsibility of the State from the era of the League of Nations, then the Charter of the United Nations and the international conventions that were concluded there. These efforts culminated in the birth of the International Criminal Court, which began its trial of individuals at the outset, leaving the

field open to the development of legal texts regulating the criminal responsibility of States.

**Keywords:** State criminal liability, international crime, criminal penalties

#### مقدمة:

تعتبر مسؤولية الدولة عن السلوكات و التصرفات ذات الطابع الدولي على اختلاف أنواعها أقدم أنواع المسؤولية من الناحية التاريخية، لكن هذه المسؤولية كانت مدنية محضة في أغلبها خاصة في المراحل الأولى لنشأتها ثم عرفت تطورا تدريجيا جعلها تقترب من المسؤولية الجنائية. و ما ساعد في هذا التطور تشكيل آليات مختلفة ذات طابع دولي تتولى مراقبة مدى تطبيق القواعد الجنائية للقانون الدولي و فرض العقوبات على الدول المخالفة.

غير أن مسؤولية الدولة جنائيا لا تزال لحد الساعة محل نقاش و جدل ما بين مؤيد و معارض لها ما بين فقهاء القانون الدولي و مختلف الأجهزة الدولية على حد سواء، يدور دائما النقاش حول الإشكالية التالية:

هل تخضع الدولة كشخص معنوي للعقوبات الجزائية؟

سنفصل الإجابة على هذه الإشكالية من خلال تقصي الإجابات الدولية عنها و تبيان الاختلاف فيها من خلال المبحثين التاليين.

**المبحث الأول: موقف الفقه من المسؤولية الجنائية للدولة**

لا تزال إشكالية إقرار مسؤولية الدولة جزائيا عن الجرائم الدولية المرتكبة من طرف أجهزتها من عدمه محل جدال فقهي متواصل، فالاتجاه الأول ينادي بوجود هذه المسؤولية على الصعيد الدولي أو على الأقل إمكانية وجودها و تنظيمها بما يحقق الاستقرار في العلاقات الدولية و ضمان استمرار المجتمع الدولي حتى و إن كان ذلك في المستقبل، أما الاتجاه الثاني فلا يعترف بهذا النوع

من المسؤولية لمبررات معينة، نستعرض هذا التباين في المواقف الفقهية من خلال المطلبين التاليين.

### المطلب الأول: الاتجاه المؤيد لمسؤولية الدولة جنائيا

يطالب أنصار هذا الاتجاه بإقرار مسؤولية الدولة جنائيا عن الأعمال أو السلوكات التي يأتيها ممثلها الرسميين أو الأفراد التابعين لها إذا كانت تشكل جريمة دولية بمفهوم القانون الدولي الجنائي، و حجتهم في ذلك أنه إذا سلمنا بالمسؤولية المدنية للدولة عن الأفعال التي يأتيها ممثلها الرسميين و التي كانت قد سببت ضررا للدولة ما أو لأحد رعاياها و ألزمتها بالتعويض فما المانع من إقرار مسؤوليتها جنائيا إذا كان هذا سلوك يشكل جريمة دولية؟ كما أن التطبيقات القضائية الحديثة أثبتت أن الدولة حملت التعويض عن الجرائم الدولية التي عوقب عليها أفراد طبيعيين تابعين لها، فما هو المبرر لهذه الازدواجية في المسؤولية؟<sup>1</sup>

وقد أثبتت الممارسة القضائية الدولية أيضا أن التعويض المدني بأنواعه أو الجزاءات المدنية بصفة عامة والمطبقة على الدول فشلت فشلا ذريعا في ضمان حماية واستقرار المجتمع الدولي، بدليل تكرار الجرائم الدولية واتساع رقعتها في العصر الحديث، فكان لزاما البحث عن جزاءات أكثر ردعا وحرما لفرض النظام العام الدولي والعقاب على الجرائم الدولية بما يضمن عدم تكرارها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - بلخير طيب، النظام القانوني لمسؤولية الدول في ظل القانون الدولي الإنساني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان سنة 2016، ص 306.

<sup>2</sup> - يتوجي سامية، المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، دار هومه، الجزائر طبعة 2014، ص 96.

بالإضافة لذلك توجد بعض الإجراءات في القانون الدولي لها طابع جزائي لا يمكن تطبيقها على الأفراد من بينها نذكر على سبيل المثال التدخل العسكري الذي يأمر به في الغالب مجلس الأمن عندما يتعلق الأمر بحماية السلم والأمن الدوليين ويتم التدخل العسكري من خلال إرسال قوات عسكرية أممية مهمتها رد الاعتداء وإعادة الأمور لما كانت عليه. وكذلك العقوبات السياسية كتعليق العضوية في المنظمات العالمية والحرمان من المشاركة في الأنشطة الدولية والعقوبات الاقتصادية كتجميد الأرصدة و الحصار الاقتصادي... الخ، كلها عقوبات ذات طابع دولي و جنائي في نفس الوقت و لا يمكن تطبيقها على الأفراد و قد أثبتت فعاليتها في رد الاعتداء و فرض النظام العام الدولي إلى حد ما<sup>1</sup>.

يعتبر الفقيه ويبر " WEDER " من أشهر رواد هذا الاتجاه بحيث رفض خضوع الأفراد الطبيعيين للمسؤولية الجنائية الدولية مطلقا، لأن إخضاع الشخص الطبيعي لنظامين قانونيين مختلفين في نفس الوقت ينطوي على نوع من الظلم خاصة في ظل عدم وجود تنظيم عالمي يطبق الجزاءات الدولية على أساس المساواة والحياد بين جميع شعوب العالم<sup>2</sup>.

يرى الفقيه ليزت " LIZT " أن الجريمة الدولية ترتكب فقط من الدولة أي من طرف أجهزتها الرسمية وموظفيها مستعملين في ذلك إمكانياتها و وسائلها المادية كالأسلحة و الطائرات و غيرها، و استعمال السلطات الرسمية الممنوحة لهم. و في الغالب تكون الدولة بكيانها المعنوي هي المستفيد الأول و المباشر من الجريمة الدولية<sup>3</sup>، ففي جريمة العدوان تكون الدولة المستفيد المباشر من ضم الأراضي المعتدى عليها لإقليمها والمثال الحي على هذا الطرح هو الكيان

<sup>1</sup> - محمد نصر محمد، أحكام المسؤولية الجنائية الدولية، دارالراية، الطبعة الأولى، 2012، ص 167.

<sup>2</sup> - أحمد بشارة موسى، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، دارهومة، الجزائر، 2009، ص 30.

<sup>3</sup> - دامو مريم، المسؤولية الدولية الجنائية للرؤساء و القادة العسكريين في القانون الدولي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة طاهر مولاي سعيدة، 2015، ص 51.

الإسرائيلي الذي يمارس جرائم العدوان على الدولة الفلسطينية بضم أقاليمها إليه، فالمستفيد من ذلك هو دولة الاحتلال، أما الجريمة فترتكب من طرف قوات الجيش المدعومة بالسلطة السياسية للكيان<sup>1</sup>.

من ناحية أخرى تعتبر الدولة دون الأفراد مخاطبة بأحكام القانون الدولي وملزمة بأحكامه، فالجريمة الدولية هي اعتداء مباشر على التزام دولي في الغالب تكون الدولة قد صادقت عليه أو التزمت بحمايته من خلال مصادقتها على اتفاقية دولية تحمي هذا الالتزام، أو على الأقل من خلال انضمامها لهيئة الأمم المتحدة والجماعة الدولية، فمجرد الانضمام للجماعة الدولية يجعل الدولة ملزمة باحترام أحكام القانون الدولي بمفهومه الواسع. وبهذا يصبح تحميل المسؤولية الجنائية عن انتهاك هذا الالتزام للفرد غير منطقي ويتنافى مع مبادئ العدالة، لأن الالتزام وقع على الدولة فقط وهي من التزمت به<sup>2</sup>.

ويبرر أنصار هذا الرأي موقفهم أيضا برد الانتقاد الموجه إليهم على أساس أن الدولة مجرد كيان افتراضي مجازي قائم على حيلة قانونية ولا يمكن مساءلته جزائيا عن سلوكات قام بها في الأصل أفراد طبيعيين. وكان ردهم يستند إلى المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في القانون الداخلي، والتي نصت عليها أغلب التشريعات الداخلية في معظم دول العالم، ومن المعروف أنه تم بموجها إخضاع الشخص المعنوي لعقوبات جزائية وإن كانت من نوع خاص يتماشى مع خصوصية الشخص المعنوي فإن ذلك لا ينفي عنها صفة العقوبة الجزائية<sup>3</sup>.

ويتساءل أنصار هذا المذهب عن المانع من تطبيق نفس المسؤولية على الصعيد الدولي بإقرار مسؤولية الدولة جزائيا باعتبارها شخصا معنويا ارتكب

<sup>1</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، المحكمة الجنائية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2010 مصر، ص 139.

<sup>2</sup> - محمد عبد المنعم عبد الغني، القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 321.

<sup>3</sup> - حسام عبد المجيد يوسف جادو، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار الفكر الجامعي،

2012، الاسكندرية، ص 297.

جريمة دولية بواسطة أحد أجهزته الرسمية أو أحد مواطنيه وكان هو المستفيد الأكبر منها، مع تكييف العقوبات الجزائية بما يتماشى وخصوصيات هذه الشخصية المعنوية<sup>1</sup>.

يقول الأستاذ VESPASIEN: "تعتبر الدول كائنات حقيقية ووجودها يمتد على مدى الأجيال وتعلو على وجود الأفراد، وإذا كانت الدولة و ما تمتلكه من قوات و جيوش عسكرية ترتكب الجرائم الدولية و لها إرادة واضحة، فهي تمثل الشعب في تنظيمهم القانوني و لها شخصيتها المستقلة، ومن ثم فليس هناك مبرر يستند إليه الرأي الذي ينكر مساءلتها جنائياً"<sup>2</sup>.

أما عن تصادم المسؤولية الجنائية للدولة مع مبدأ السيادة الذي تتمتع به الدولة فيقول أنصار هذا الرأي أن مبدأ عدم مسؤولية الدولة تطبيقاً للمبدأ القديم " الملك لا يخطئ "، إنما هو مبدأ يسري في القوانين الداخلية للدولة فقط ولا يمكن الاعتماد عليه على الصعيد الدولي. فالقانون الدولي اعتمد في بداية تكوينه على الحد من التطبيق الجامد لمبدأ السيادة، لأن الدولة في المجتمع الدولي تعتبر أحد أفراد هذا المجتمع تتمتع بحقوق و تتحمل التزامات وهذا لا يعتبر من قبيل المساس بسيادتها<sup>3</sup>.

إن إخضاع الدولة لعقوبات جزائية لا ينطوي على المساس بسيادتها طالما كان ذلك في إطار الشرعية الدولية، فالجريمة الدولية إنما ترتكب من طرف

<sup>1</sup> - بلخير طيب، مرجع سابق، ص 307.

<sup>2</sup> - نصر الدين قليل، مسؤولية الدولة عن انتهاكات القانون الدولي، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، سنة 2017، ص 37.

<sup>3</sup> - حسين نسمة، المسؤولية الدولية الجنائية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الجنائي، جامعة منتوري قسنطينة، ص 60.

أجهزة الدولة على نحو يخرق الالتزامات الدولية التي كانت الدولة أصلا قد التزمت بها أمام الجماعة الدولية<sup>1</sup>.

لا تعتبر هذه المسؤولية الجزائية من قبيل العقوبات الجماعية، لأن القانون الدولي الجنائي أيضا يمنع مثل هذه العقوبات، ولكن في حالة مسؤولية الدولة جنائيا تقتضي طبيعة القانون الدولي أعمال هذا المبدأ، لأن المسؤولية الجماعية ما هي إلا جزاء يستحقه شعب الدولة الجانية لأنه بتساهله مع قادته الذين ارتكبوا الجريمة الدولية يعتبر شريكا في الجريمة، خاصة إذا استمر في مساندة هؤلاء القادة فيما يفعلونه لفترة طويلة<sup>2</sup>.

يرر أنصار هذا الرأي موقفهم أيضا بأن الجزاء ليس عنصرا في المسؤولية الجنائية بل هو أحد الآثار المترتبة على قيامها، وبالتالي فإن القول بأن طبيعة الجزاء الجنائي تمنع قيام المسؤولية الجنائية للدولة هو مبدأ غير صحيح لأنه ينطلق من مبدأ خاطئ. الأصح أن المسؤولية الجنائية تقوم بتوافق سلوك مادي يشكل جريمة دولية بالمفهوم الدولي، أما طبيعة الجزاء أو العقوبة المقررة للفعل فهي مسألة لاحقة يتم البحث فيها بعد التأكد من قيام المسؤولية الجنائية وليس قبلها<sup>3</sup>.

إن عدم وجود هيئة دولية تختص بتطبيق العقوبات الجنائية على الدول أو محاكمة الدول جنائيا لا يعتبر مبررا لإنكار هذا النوع من المسؤولية، فالقانون الدولي الجنائي لا يزال في بداية تكوينه ويتطلب مزيدا من البحث والتطوير على أسس علمية وقانونية، فالمسؤولية الجنائية للأفراد لم تكن معروفة في بداية تكوين المجتمع الدولي وبظهورها لاقت معارضة و انتقادا شديدين، لأنها فكرة

<sup>1</sup> - حسام عبد المجيد يوسف جادو، المرجع نفسه، ص 298.

<sup>2</sup> - نصر الدين قليل، مرجع سابق، ص 38.

<sup>3</sup> - أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص 33.

جديدة أحدثت تغييرا هاما في المفاهيم على الصعيد الدولي و هذا ما تلاقيه المسؤولية الجنائية للدولة حاليا<sup>1</sup>.

يأمل أنصار هذا الرأي في تضافر الجهود الدولية من أجل استحداث أجهزة دولية تتولى البحث في المسؤولية الجنائية للدولة و من ثم تطبيق الجزاءات الدولية عليها، فالأجهزة الحالية على غرار مجلس الأمن<sup>2</sup> ومنظمة الأمم المتحدة لها بعض الصلاحيات في فرض عقوبات ذات طبيعة جزائية على الدول والحكومات وإن كانت محدودة إلا أنه يمكن اعتبارها نقطة البداية لتكريس هذا الهدف. كما أن محكمة العدل الدولية تختص بالنظر في المنازعات التي تثار بين الدول وتطبق عقوبات مدنية على الدول<sup>3</sup>، وهذا ما يجعل إقرار هذه المسؤولية ممكنا ويتطلب فقط استحداث النصوص القانونية المنظمة لهذه المسؤولية ومنح صلاحية تطبيقها لهذه المحكمة حتى تتمكن من البحث في المسؤوليتين المدنية والجنائية في وقت واحد تماما كما يطبق في القوانين الداخلية للدول<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني: الاتجاه المنكر لمسؤولية الدولة جنائيا

ينطلق أنصار هذا المذهب في تبرير موقفهم من الطبيعة القانونية للدولة كشخص معنوي لا يتمتع بالوجود المادي كأفراد الطبيعيين، و بعبارة أخرى ماهي إلا حيلة قانونية ابتدعها الفقهاء لتنظيم و تسيير مصالح الجماعة والأفراد على حد سواء<sup>5</sup>. وهذه الطبيعة الافتراضية تتعارض مع مقتضيات المسؤولية

<sup>1</sup> - عبد العزيز العشاي، محاضرات في المسؤولية الدولية، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 150.

<sup>2</sup> - على سبيل المثال يعتبر الفقهاء الإذن الذي أصدره مجلس الأمن بقصف العراق من قبيل الجزاءات الجنائية. أنظر نصر الدين قليل، مرجع سابق، ص 37.

<sup>3</sup> - يرى الفقيه SALDANA أنه لا بد من تفعيل دور محكمة العدل الدولية لتلعب دورا أكثر فعالية في مواجهة الجرائم الدولية من خلال محاكمة الدول جنائيا و فرض الجزاءات عليها.

<sup>4</sup> - محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 322.

<sup>5</sup> - أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص 35.

الجنائية الدولية، فهذه الأخيرة تتطلب البحث عن القصد الجنائي لمرتكب الجريمة أي البحث في النوايا و ما يدور في خاطر الجاني و هذا ما لا يمكن تصوره في الشخصية المعنوية، كما لا يمكن استيفاء الإرادة الحرة و الواعية للشخص المعنوي في إتيان السلوك المادي المكون للجريمة الدولية باعتبار وجود الإرادة الحرة و الواعية من عدمه مسألة في غاية الأهمية لقيام هذا الركن و هذا أيضا لا يمكن البحث عنه بالنسبة للشخص المعنوي<sup>1</sup>.

تتطلب كل الجرائم الدولية القيام بسلوك مادي إيجابي يظهر بصورة واضحة و يسهل إثباته، هذا السلوك لا يمكن تصور قيام الشخص المعنوي به فالجريمة الدولية دائما ترتكب من طرف أفراد عاديين سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة كالأمربارتكاب الجريمة من طرف القادة العسكريين<sup>2</sup>.

إن إخضاع الأفراد العاديين للعدالة الجنائية الدولية و من ثم للعقوبات الجزائية الواجبة في حقهم يحقق مستوى الردع الكافي لضمان الاستقرار في المجتمع الدولي و الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، والأمثلة الواقعية لمحاكمات ما بعد الحرب العالمية الثانية والمحاكم الجنائية المؤقتة لرواندا وسيراليون و كمبوديا وغيرها خير مثال على ذلك، بغض النظر عن محاكمات المحكمة الجنائية الدولية في الوقت المعاصر<sup>3</sup>.

يرى الفقيه GLASER أن مرتكب الفعل المستوجب للمسؤولية الجنائية الدولية لا يمكن أن يكون سوى الشخص الطبيعي، سواء ارتكب هذا الفعل لحسابه الشخصي أو لحساب دولته أو مصلحتها أو اسمها. أما الدولة فلا يمكن مساءلتها جنائيا لأنها تعتبر شخصا معنويا، فهي بذلك مجرد افتراض قانوني

<sup>1</sup> - عبد العزيز العشاوي، مرجع سابق، ص 147.

<sup>2</sup> - حسين نسمة، مرجع سابق، ص 62.

<sup>3</sup> - بلخير طيب، مرجع سابق، ص 309.

وضعه الفقهاء تماشياً مع مبررات و ضرورات سيرورة الحياة البشرية في مجتمع منظم وهي بذلك تفتقر إلى مقومات الحياة العضوية والنفسية لذا لا يمكن في أي حال منحها الإسناد المعنوي و المادي للجرائم الدولية<sup>1</sup>.

يرى الأستاذ PULASKI STANISLAW أنه من المستبعد أو المستحيل تطبيق بعض العقوبات الجنائية على الدولة ككيان معنوي كعقوبة الإعدام أو العقوبات البدنية الأخرى، لأن طبيعة تكوينها لا تسمح بذلك. وفي أغلب المحاكمات الجنائية في العصر الحديث تم النطق بإحدى هذه العقوبات، فكيف يمكن إخضاع الدولة لهذه العقوبات<sup>2</sup>.

أما الأستاذ PAUL REUTER فقال باستحالة إقرار المسؤولية الجنائية للدولة لافتقار المجتمع الدولي لسلطة دولية قائمة لها صلاحية التحقق و البحث في ارتكاب الدولة لجريمة ما من الجرائم الدولية و من ثم فرض الجزاءات الجنائية الدولية عليها، و أمام هذا الفراغ المؤسسي لا يمكن الحديث عن المسؤولية الجنائية للدولة<sup>3</sup>.

من ناحية أخرى يؤدي إقرار المسؤولية الجنائية للدولة وإخضاعها للعقاب الجنائي إلى تطبيق العقاب الجماعي على كامل أفراد الدولة حتى المدنيين الذين لا علاقة لهم بالجريمة الدولية و قد لا تكون وصلت إلى علمهم أصلاً وكما هو معلوم فإن المسؤولية الجزائية لا تكون إلا شخصية و لا يجوز تحميل شخص عقوبة فعل لم يرتكبه لأن ذلك يتعارض مع مبادئ العدالة، وتعتبر فكرة

<sup>1</sup> - محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 327.

<sup>2</sup> - نصر الدين قليل، مرجع سابق، ص 38.

<sup>3</sup> - بوريش صورية، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة المعاصرة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة وهران، 2014، ص 167.

العقاب الجماعي من الأفكار القديمة التي ترفضها المجتمعات المتمدنة الحديثة، إذ تؤسس المسؤولية الجنائية على أساس الشخصية والتفريد<sup>1</sup>.

يرى الأستاذ TRAININ أنه يمكن تحميل الدولة المسؤولية الدولية باعتبارها أحد أشخاص القانون الدولي و يمكن إخضاعها لبعض العقوبات ولكن هذه العقوبات ليست ذات طبيعة جنائية. فالمسؤولية الجنائية تقوم على خطأ يتجسد في سبق الإصرار أو في عدم التبصر و الحيطة، و تؤدي المفاهيم والأنظمة القانونية الخاصة بإسناد التهمة إلى الجاني و مراحل ارتكاب الجريمة والاشتراك في ارتكابها والعقوبة الواجبة لها دورا رئيسيا في القضاء الجنائي، و لا يمكن تصور المسؤولية الجنائية خارج هذه المفاهيم وبالضبط على الدولة<sup>2</sup>.

إن القول باعتبار الاجراءات و التدابير التي يتخذها مجلس الأمن و الأمم المتحدة بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة من قبيل العقوبات الجنائية المسلطة على الدول هو رأي غير صائب حسب رأي فقهاء هذا المذهب و حججهم في ذلك أن هذه الهيئات ليس لها مهام قضائية و لا هي هيئات قضائية بطبيعتها، بل هي تمارس مهامها المحددة في ميثاق الأمم المتحدة من أجل تحقيق هدف بسيط مضمونه الوقاية و الردع و الإكراه بقصد الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين و أنها لا تكتسب صفة العقوبات الجنائية على الرغم من أنها توصف بالعقوبات، لأنها تدخل ضمن أعمال الشرطة الدولية التي تختص بها هذه الهيئات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - يتوجي سامية، مرجع سابق، ص 109.

<sup>2</sup> - نصر الدين قليل، المرجع نفسه، ص 39.

<sup>3</sup> - محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 168.

## المبحث الثاني: موقف القانون الدولي من المسؤولية الجنائية للدولة

كان للنقاشات الفقهية سابقة الذكر أثر كبير على صياغة النصوص القانونية على الصعيد الدولي، بحيث تم صياغة آراء الفقهاء في مواد الاتفاقيات الدولية مع تجنب الانتقادات التي وجهت لهذه الآراء، نحاول تسليط الضوء على نظرة القوانين الدولية و الهيئات الرسمية الدولية لمبدأ مسؤولية الدولة جنائياً من خلال المطلبين التاليين.

### المطلب الأول: موقف المنظمات الدولية

بدأ تكوين المفهوم الدولي للمسؤولية الجنائية للدولة من خلال الجهود التي قامت بها بعض المنظمات ذات الطابع الدولي و التي كانت قد أنشأت أصلاً لهذه المهمة و أهم هذه المنظمات:

### الفرع الأول: نظرة لجنة القانون الدولي

تأسست هذه اللجنة في بروكسل في 11 أكتوبر 1873، و سميت في ذلك الوقت جمعية إصلاح و تقنين قانون الشعوب، و كان الهدف من إنشائها هو المساهمة في إثراء القوانين الدولية و إنشاء قضاء دولي فعال<sup>1</sup>.

عقدت جمعية القانون الدولي في بيونس آيرس بالأرجنتين سنة 1922 اجتماعها الحادي والثلاثين و تم خلاله طرح فكرة الدعوة إلى إنشاء محكمة جنائية دولية من طرف المقرر الخاص بالجمعية على أن تتولى هذه المحكمة مراقبة مدى الامتثال لقوانين و أعراف الحرب والقوانين الدولية سواء كانت هذه المخالفات مرتكبة من الدول أو من الأفراد العاديين ما دامت قد ارتكبت ضد دولة أخرى أو أحد رعاياها. و قد وافق المؤتمر في نهايته على هذا الاقتراح

<sup>1</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 90.

وأوكل إلى المقرر مهمة إعداد مشروع المحكمة المزمع إنشاؤها على أن يناقش في الدورات اللاحقة<sup>1</sup>.

في مؤتمر ستوكهولم سنة 1924 قدم المقرر BELLOT مشروع المحكمة وجاء فيه أن هذه المحكمة ستكون مستقلة عن محكمة العدل الدولية الدائمة بلاهاي وتختص بالنظر في الجرائم الدولية المرتكبة من الدول والأفراد على حد سواء. غير أن هذا الاقتراح لم يحض بالموافقة عليه، وأحيل المشروع بالكامل على لجنة خاصة تتولى دراسته وتعديله<sup>2</sup>.

وفي سنة 1926 قدم المشروع النهائي لهذه المحكمة أمام الجمعية في مؤتمر فيينا الرابع والثلاثين لنفس السنة، وجاء فيه أن المحكمة ستكون دائرة من دوائر محكمة العدل الدولية الدائمة بلاهاي وتتألف من خمسة عشر قاضيا أصليا وخمسة احتياطيين، وتمتع بصلاحيات النظر في الجرائم الدولية المسندة إلى الدول أو الأفراد على حد سواء، وأن يتم فيما بعد تكوينها وتنظيمها بناء على اتفاق دولي. وتعتبر هذه الخطوة أول ظهور لفكرة المسؤولية الجنائية للدولة على الصعيد الدولي. ثم طرح للنقاش والإثراء وتمت إعادة صياغته لكي يحظى بالموافقة الدولية عليه وخاصة من طرف الدول العظمى وتم إيداع نسخة منه بمقر عصبة الأمم<sup>3</sup>.

تعتبر جمعية القانون الدولي إذن أول هيئة ناقشت فكرة المسؤولية الجنائية للدولة، وحاولت نقلها من مجرد فكرة نظرية إلى تجسيدها في الصكوك والمواثيق الدولية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نصر الدين قليل، مرجع سابق، ص 57.

<sup>2</sup> - سمغوني زكرياء، الإجراءات القانونية لإثبات المسؤولية الجنائية عن ارتكاب الجرائم الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2016، ص 102.

<sup>3</sup> - أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص 83.

<sup>4</sup> - محمد الصالح روان الجريمة الدولية في القانون الدولي الجنائي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة منتوري قسنطينة، 2009، ص 54.

## الفرع الثاني: موقف الاتحاد البرلماني الدولي

ساهم الاتحاد البرلماني الدولي في إنشاء و تطوير الكثير من قواعد القانون الدولي، وكان له الفضل الكبير في إرساء فكرة القضاء الجنائي الدولي.

تأسس الاتحاد في 31 أكتوبر 1888 بباريس، و كان يطلق عليه اسم المؤتمر الدولي للتحكيم و السلام، ثم تغيرت تسميته إلى الاتحاد البرلماني الدولي سنة 1904.

في سنة 1924 عقد الاتحاد مؤتمره الثاني و العشرين في جنيف و تم فيه طرح موضوع منع المنازعات التي تؤدي إلى جريمة الاعتداء الدولي من طرف الفقيه PELLA والذي قدم بحثا مطولا بخصوص إجرام الدول أكد من خلاله أنه لا بد أن توصف الحرب في القانون الدولي الجنائي على أنها جريمة دولية ولا بد أن توضع لها العقوبات مسبقا، و أن المسؤولية الدولية عنها لا تقع على الدول أو الأشخاص المعنوية العامة فقط ولكن لا بد أن تتسع لتشمل حتى الأفراد الذين يدانون في جرائم ذات صبغة دولية و ضد قانون الشعوب<sup>1</sup>.

حظي هذا الاقتراح بالقبول الواسع من طرف الدول المشاركة في المؤتمر وعلى هذا الأساس تم التأكيد على عرض المشروع للمناقشة في المؤتمر الموالي.

انعقد المؤتمر الثالث و العشرين في واشنطن في الفترة ما بين الفتح والسابع عشر أكتوبر 1925 و قدم فيه الفقيه PELLA دراسة شاملة تضمنت إمكانية إقامة محكمة جنائية خاصة ونيابة عامة و غرفة اتهام و تختص بالاتهامات الموجهة إلى الأشخاص الطبيعيين بجانب محكمة العدل الدولية المختصة بالنظر في الاتهامات الموجهة إلى الدول و كجزء منها، و قد أقر المؤتمر هذا المشروع في الثالث أكتوبر 1925 كاملا دون تعديله<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - نصر الدين قليل، مرجع سابق، ص 59.

<sup>2</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 91.

ويختص مجلس عصبة الأمم بتنفيذ الأحكام التي تصدرها محكمة العدل الدولية الدائمة.

وقدم أيضا نفس الفقيه للمناقشة قائمة مرفقة بالمشروع تتضمن أنواع من الجرائم التي يمكن أن ترتكبها الدول أو حتى الأفراد والتي يجب أن ينظر فيها القضاء الجنائي الدولي، مع تحديد العقوبات المقررة للدول والأفراد عن كل نوع من هذه الجرائم<sup>1</sup>.

في سنة 1948 صدر تقرير عن المؤتمر السابع و الثلاثين للاتحاد الدولي والمنعقد في روما اشتمل على ثمانية عشر بندا جاء في البند العاشر منها حث المجتمع الدولي على ضرورة الإسراع في وضع قانون للعقوبات الدولية وإقامة محكمة جنائية لمعاقبة مرتكبي الجرائم ضد السلام و جرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية.

### الفرع الثالث: موقف الجمعية الدولية للقانون الجنائي

أنشأت الجمعية الدولية للقانون الجنائي في 28 مارس 1924 بناء على اقتراح الفقيه SALDANA والفقيه DENNEDIEU DE VABRES ومقرها الرسمي في باريس مهمتها الأساسية توفير الاستقرار في العمل العلمي الذي بدأه الاتحاد الدولي للقانون الجنائي<sup>2</sup>.

عقد الجمعية أول اجتماع لها في بروكسل سنة 1926 أقرت فيه إنشاء قضاء دولي جنائي يتم من خلاله إسناد الاختصاص الجنائي إلى محكمة العدل الدولية الدائمة بلاهاي.

<sup>1</sup> - أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص 82.

<sup>2</sup> - تأسس الاتحاد الدولي للقانون الجنائي في 15 ماي 1889 من طرف الفقيه LIZT وهو استاذ بجامعة ماربرج الألمانية مع بعض الفقهاء الآخرين.

ثم تم تشكيل لجنة لوضع مشروع لائحة المحكمة الجنائية، و كلفت اللجنة الفقيه PELLA بوضع المشروع. و بالفعل قام بتقديم مشروعه الذي جاء مركزا بالأساس على إنشاء محكمة جنائية دولية كجزء من محكمة العدل الدولية التي سوف يمتد اختصاصها إلى المسائل الجنائية.

تألف هذه المحكمة المقترحة من خمسة عشر قاضيا أصليا و ثمانية قضاة احتياطيين يتم اختيارهم من فقهاء القانون، و تمارس المحكمة مهامها بالنظر في الاتهامات الموجهة للدول أو الهيئات العامة أو الأشخاص الطبيعيين بسبب اعتداء غير عادل أو بسبب خرق القانون الدولي، و على العموم يمتد اختصاصها لبعض المسائل نذكر منها<sup>1</sup>:

1- أحوال التنازع في الاختصاصات القضائية أو التشريعية التي تثور بين الدول المختلفة، وكذا التنازع الذي يثور بخصوص تناقض الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيء المحكوم فيه و الصادر بسبب جريمة واحدة من محاكم عدة دول.

2- مسؤولية الدول جنائيا في حالات العدوان غير المشروع وانتهاك أحكام القانون الدولي، وتوقيع الجزاءات الجنائية والتدابير المؤقتة ضد الدولة المعتدية أو المخلة.

3- المسؤولية الجنائية الفردية المترتبة على أفعال العدوان أو الجرائم المقترنة بها كجرائم الحرب أو الجرائم ضد الإنسانية.

4- القيام بتفسير القواعد الجنائية الموحدة في الدول المختلفة.

ونص المشروع أيضا على أنه يجب النص على الجرائم التي ترتكب من الدول أو الأفراد وعقوبات كل منها بنصوص لا غموض فيها وفقا لقاعدة

<sup>1</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 91.

الشرعية الجنائية التي تقتضي أنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني صادر قبل ارتكاب الفعل) وتحدد الاتفاقات الدولية بشكل صريح الجرائم التي ترتكب من الدول أو الأفراد والتي تدخل ضمن اختصاص هذه المحكمة وتحدد كذلك الجزاءات الجنائية المترتبة عن كل منها وكذلك تدابير الأمن التي قد تطبق عليهما<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: موقف المواثيق الدولية

عرفت المسؤولية الجنائية للدولة انطلاقة موفقة إلى حد بعيد في بداية تكوينها، غير أنها تعرضت في العصر الحديث إلى التعطيل أو الحد منها على الأقل بصفة مؤقتة، و مرد ذلك الاهتمام الكبير بتطوير المسؤولية الجنائية للفرد باعتبارها فكرة جديدة على الصعيد الدولي لاقت فراغا قانونيا يتطلب تظافر الجهود الدولية من أجل تنظيمه.

تتحصر النصوص الدولية الأولى التي حاولت تنظيم المسؤولية الجنائية للدولة في خمسة نصوص أساسية:

تعتبر اتفاقية لاهاي لعام 1899 أول اتفاقية دولية تهتم بالجانب الجنائي لتقرير المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد و أعراف الحرب و تجاوز أحكامها وبرز هذا الاهتمام أكثر في مؤتمر عام 1907 الذي شاركت فيه سبعة و سبعون دولة كانت كلها تبدي اهتماما بتنظيم هذه المسؤولية.

نصت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907 بخصوص قوانين و أعراف الحرب على الأرض والبحر على أن الطرف الذي يقوم بخرق مقتضيات المعاهدات يتحمل التعويض عند الاقتضاء و يكون مسؤولا عن كل الأفعال التي يرتكبها أي من الأفراد التابعين لقواته المسلحة، و في هذا النص

<sup>1</sup> - أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص 84.

إشارة واضحة على أن المقصود بتحمل هذه المسؤولية هو الدولة وليس الأفراد<sup>1</sup>.

أشارت الأعمال التحضيرية لهذه المادة إلى الرغبة الملحة لتجاوز الأفكار القديمة التي كانت تعفي الدولة من أي مسؤولية عن الأفعال التي يقوم بها جنود تابعين لها دون أن يرخس بها ضباط القيادة. فكانت هذه المادة نقطة التحول في النظر إلى مسؤولية الدولة عن أعمال قواتها المسلحة<sup>2</sup>.

وقد جاء بعدها ميثاق عصبة الأمم ليؤكد هذه المسؤولية من خلال حث الدول على السعي نحو توفير وضمان ظروف عادلة وإنسانية و تجريم الأفعال التي قد تشكل انتهاكا لحقوق الإنسان و تحديد المسؤولية عن هذه الانتهاكات وبالنتيجة العقاب عليها<sup>3</sup>.

وقد منع الميثاق الحرب أشد المنع و جعل منها عملا غير مشروع في كل الأحوال، و لا يتم اللجوء إليها إلا بعد عرض النزاع على التحكيم أو القضاء أو مجلس العصبة، و باقي الحالات توصف الحرب على أنها غير مشروعة وتستوجب العقاب.

حدد الميثاق بعض العقوبات الواجبة نذكر منها على سبيل المثال<sup>4</sup>:  
- قطع العلاقات التجارية و المالية بين الدول الأعضاء و الدولة المعتدية فوراً.

- منع الاتصال بين رعايا الدول الأعضاء و رعايا الدولة المعتدية.

- اللجوء إلى القوات العسكرية أو التدخل العسكري المباشر.

<sup>1</sup> - بوريش صورية، مرجع سابق، ص 160.

<sup>2</sup> - يتوجي سامية، مرجع سابق، ص 118.

<sup>3</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 93.

<sup>4</sup> - نصر الدين قليل، مرجع سابق، ص 66.

–التعاون بين دول العصابة على تطبيق عقوبات ذات طابع اقتصادي ومالي.

– طرد الدولة المعتدية من العصابة.

انتهت عصابة الأمم بفشلها في أداء مهمتها الأساسية وهي الحيلولة دون وقوع حرب عالمية، وقامت على أنقاضها هيئة الأمم المتحدة، ولكن هذه الأخيرة استوعبت جيدا ان مهمة حفظ السلم والأمن الدوليين ليست بالمهمة السهلة وعلى هذا الأساس جاءت نصوص ميثاقها أكثر صرامة وأكثر فاعلية، إذ حرمت اللجوء إلى الحرب بشكل قطعي مهما كانت الأسباب وحرمت اللجوء إلى القوة في المنازعات التي تثور بين الدول، وأقامت نظام أمن جماعي متكامل وضعت لضمان تطبيق هذا النظام سلطة عليا أسمتها مجلس الأمن و منحتها صلاحيات واسعة و فاعلة في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، فلماذا المجلس صلاحية فحص أي نزاع أو أي وضع يحتمل أن يؤدي إلى احتكاك دولي أو يثير نزاعا وذلك من أجل أن يحدد ما إذا كان هذا الوضع يشكل تهديدا ولو محتملا من شأنه أن يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر<sup>1</sup>. ويمكن للمجلس حتى صلاحية اتخاذ تدابير غير عسكرية<sup>2</sup>.

غير أن هذا الميثاق اكتفى فقط بالنص على التدابير التي يمكن لمجلس الأمن أن يتخذها على سبيل التدرج حسب درجة خطورة الوضع أو مدى تفاقمه وتهديده للسلم والأمن الدوليين و حسب متطلبات إعادة الأمور إلى نصابها وإزالة التهديد وحددها على الترتيب بالتدابير الاقتصادية ثم التدابير الدبلوماسية ثم التدابير الحربية. ولكنه لم يتضمن أي عقوبات يمكن أن تفرض على الدول رغم أنه نص على تحميل الدول المسؤولية عن الأعمال المخالفة للالتزامات الدولية

<sup>1</sup> - طيبي محمد بلهاسي الأمين، تجريم الإزهاق في القانون الدولي. مذكرة تخرج لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012، ص 186.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 42 من ميثاق الأمم المتحدة.

ومرد ذلك أن الميثاق فسح المجال أما الإرادة الدولية أو الحرية الدولية من أجل إبرام المعاهدات التي تتولى هذه المسألة وقتما برزت الحاجة إليها أو حتى تعديلها، ومن أجل إخراجها من صفة الجمود التي يتسم بها الميثاق.

حاولت فيما بعد لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة تكريس المسؤولية الدولية للدولة من خلال مشروع التقنين الخاص بالجرائم ضد السلام وأمن البشرية، هذا المشروع الذي عرف ثلاثة محطات أساسية<sup>1</sup>.

اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 177 بتاريخ الواحد والعشرين نوفمبر 1947 في دورتها الثانية من أجل تقنين الجرائم الدولية في تشريع دولي متفق عليه و كلفت لجنة القانون الدولي للقيام بذلك بالاستعانة بنظام محكمة نورمبورغ و الحكم الذي صدر عنها. استطاعت اللجنة انجاز المهمة الموكلة إليها سنة 1951 و قدمت المشروع للأمم المتحدة لمناقشته في الدورة السادسة إلا أنه أجل إلى الدورة الموالية من أجل إجراء بعض التعديلات عليه. و على العموم تضمن هذا المشروع النص على أن الجرائم ضد السلام وأمن البشرية المذكورة فيه تعد جرائم دولية و يجب معاقبة الأشخاص المسؤولين عنها، واقتداء من اللجنة بلائحة محكمة نورمبورغ اعتبرت اللجنة هذه المسؤولية تنحصر في الأفراد فقط عن جرائم القانون الدولي، ذلك أن لائحة محكمة نورمبورغ كانت قد حصرت المسؤولية عن جرائم القانون الدولي في الأفراد فقط، وهذا ما يفيد بأن اللجنة قد استبعدت تماما مسؤولية الدول في هذا المشروع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل مالكية، آليات محاكمة مرتكبي جرائم الإبادة الجماعية على صعيد القانون الدولي الجنائي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2016، ص 25.

<sup>2</sup> - محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 49.

أثير داخل اللجنة نقاش مستفيض حول موضوع أشخاص القانون الدولي الذين يتحملون المسؤولية الدولية حسب موقف الأمم المتحدة من هذه المسألة غير أن رأي هذه الأخيرة لم يكن واضحاً في هذه المرحلة وكان يتطلب طرح الأمر للمناقشة ومعرفة آراء جميع الدول الأعضاء، وهذا ما جعل لجنة القانون الدولي تكتفي في مرحلة أولية بإقرار المسؤولية الجنائية للأفراد على أن تستمر دراسة الموضوع في الفرص اللاحقة لبحث إمكانية إقرار مسؤولية الدولة جنائياً<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من ذلك اعتبر بعض الفقهاء أن هذا المشروع كان بمثابة الوثيقة الأولى التي تستلزم صراحة التورط الحكومي في ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية وبالتالي التصريح بشكل ضمني على المسؤولية الجنائية للدولة.

تم تأجيل مناقشة مشروع التقنين من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بسبب عدم اكتمال مشروع تعريف العدوان إلى غاية سنة 1991.

وعلى أي حال لم يتضمن مشروع سنة 1991 و لا مشروع 1996 أي إشارة للمسؤولية الدولية للدولة، وهذا تجنباً للخلاف الدولي حول مسؤولية الدولة من عدمها، واكتفت مسودة التقنين في المادة الرابعة منها بخصوص مسؤولية الدول بما يلي: "إن كون التقنين الحالي ينص على مسؤولية الأفراد عن جرائم ضد السلام وأمن البشرية لا يخل بأية قضية تتعلق بمسؤولية الدول في ظل القانون الدولي".

في محطة تاريخية أخرى يبرز الإقرار الدولي بالمسؤولية الجنائية للدولة من خلال التعريف الذي أوردته الجمعية العامة للأمم المتحدة لجريمة العدوان، هذا التعريف عرف عدة محاولات من جانب فقهاء القانون الدولي ومن جانب ممثلي الدول في الأمم المتحدة، أولى المحاولات كانت من المندوب

<sup>1</sup> - محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 216.

السوري لدى الأمم المتحدة سنة 1957 و آخرها كانت سنة 1969، ثم توالى اجتماعات اللجنة القانونية المكلفة بوضع تعريف للعدوان إلى غاية 1974 أين استقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة على تعريف محدد<sup>1</sup>.

نصت المادة الأولى من هذا القرار على أن العدوان هو استخدام القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة<sup>2</sup>.

يلاحظ أن هذا التعريف نسب العدوان للدولة مباشرة ولم يتصور بأي حال ارتكابه من جانب الأفراد، لأنه يتصور أن الجريمة لا ترتكب إلا وفق خطة ترسمها الدولة المعتدية ضد دولة أخرى أو مجموعة دول.

يذهب بعض الفقهاء في تفسير هذا التعريف إلى أن فكرة الأمن الجماعي تتطلب بذل جهد دولي جماعي من جانب كل دول المجموعة الدولية من أجل المحافظة على السلم و الأمن الدوليين باعتبارهما من أهداف الأمم المتحدة وهذا العمل له وجهين أساسيين: شق وقائي يهدف إلى الحيلولة دون التصعيد في العلاقات الدولية واحتمال ارتكاب أي عمل من أعمال العدوان من أي طرف وشق علاجي يتجسد في رد الفعل الذي تتخذه المجموعة الدولية ضد فعل العدوان الذي قد وقع، و يهدف هذا الرد إلى إيقاف العدوان و عقاب الدولة المسؤولة عنه<sup>3</sup>.

يفهم من هذا أن الدولة المعتدية ستكون محلا للمسؤولية الدولية وبالنتيجة عرضة للعقاب الجنائي الدولي المنصوص عليه في ميثاق الأمم

<sup>1</sup> - ورد هذا التعريف فيقرار الأمم المتحدة الصادر في 12 ديسمبر 1922 تحترقم 3312.

<sup>2</sup> - إبراهيم الدراحي، جريمة العدوان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005، بيروت، ص 207.

<sup>3</sup> - نصر الدين قليل، مرجع سابق، ص 77.

المتحدة، إضافة إلى مسؤوليتها التقليدية في تعويض الأضرار التي تكون قد أحدثتها بمصالح الدولة المعتدى عليها<sup>1</sup>.

ويتعزز هذا الطرح من خلال الفقرة الثانية من المادة الخامسة من نفس القرار التي جعلت من الحرب العدوانية جريمة ضد السلم الدولي تترتب عنها المسؤولية الدولية<sup>2</sup>.

و يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار التدابير التي يتخذها مجلس الأمن في مثل هذه الحالات حتى ولو تجسدت في استخدام القوة ضد الدولة التي تكون قد انتهكت السلم باقترافها للعدوان بمثابة عقوبة جزائية لهذه الدولة، ومثال ذلك عدوان العراق على الكويت وصف على أنه جريمة، وكانت التدابير التي اتخذها مجلس الأمن عليها عقابية في طبيعتها إلى حد بعيد<sup>3</sup>.

في الختام جاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بموقف منكر لمسؤولية الدولة من الناحية الجنائية من خلال نص المادتين 22 و 23 منه التي نصتا على المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، كما تضمنت المناقشات الدولية بمناسبة إعداد الصياغة النهائية لهذا النظام على ضرورة التركيز على المسؤولية الجنائية الدولية للفرد في خطوة أولى على أن تستمر في المستقبل المباحثات والنقاشات الدولية في تطوير نظام المسؤولية الجنائية الدولية، وهذا ما يعتبر بمثابة منفذ قانوني من أجل البحث في المسؤولية الجنائية للدولة مستقبلا متى توافرت الإرادة السياسية الدولية لذلك.

<sup>1</sup> - عبد العزيز العشراوي، مرجع سابق، ص 73.

<sup>2</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 460.

<sup>3</sup> - محمد نصر محمد، مرجع سابق، ص 180.

## خاتمة:

قطع القانون الجنائي الدولي شوطا هاما في إقرار المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد على الصعيد الدولي، بحيث أن محاكمة الأفراد أمام هيئات قضائية دولية أصبح ممكنا. حتى ولو كانت دولة الفرد المعني غير موافقة على هاته المحاكمة.

أما الاعتراف بمسؤولية الدولة دوليا من الناحية الجنائية فما يزال لحد كتابة هذه الأسطر محل نقاش دولي واسع. فالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - كما أسلفنا الذكر - قد اعترف ضمنيا بالرأي الدولي المؤيد لإقرار مسؤولية الدولة جنائيا عن الأفعال التي يرتكبها ممثلها الرسميين أو مواطنيها متى كانت هي المستفيد منها، من خلال إبقائه المجال مفتوحا من أجل عقد مؤتمرات دولية مستقبلا قصد البحث في هذه المسألة و إيجاد الصياغة القانونية المناسبة لها متى توافرت الإرادة السياسية لدى الدول للاعتراف بها.

بين الفقه الدولي الجنائي منذ ميلاد المسؤولية الجنائية الدولية العناصر الأساسية المكونة لمسؤولية الدولة من حيث أساسها القانوني والتاريخي، وأركانها وشروط قيامها وكيفية تفعيلها على أرض الواقع.

تمكن أيضا هذا الاتجاه من تبرير الانتقادات الموجهة إليه من طرف أنصار الرأي المنكر لهذه المسؤولية، وبالأخص ما تعلق بعدم إمكانية توقيع الجزاءات الجنائية على الدولة باعتبارها شخصية معنوية تتمتع دوليا بالسيادة، بحيث أوجد العقوبات الممكن تطبيقها بما يتناسب مع طبيعة الشخصية المعنوية للدولة. بقي فقط أن تجد هذه المحاولات الفقهية بابا للتطبيق الدولي على أرض الواقع.

## شروط القيد في السجل العقاري

ط/ حمري عبد القادر – طالب دكتوراه

جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

### الملخص

يعتبر موضوع السجل العقاري المشرع في الجزائر الذي بدوره يبين الوضعية القانونية للعقارات وتداول الحقوق العينية، نظام أكثر فاعلية في تحقيق استقرار الملكية والائتمان كما يدعم الثقة في التصرفات العقارية بحكم أنه يخضع من خلال مسكه لشروط يحكمها مبدأ الشرعية تتمثل في قاعدة الرسمية و مبدأ الشهر المسبق أو ما يعرف بمبدأ الأثر الإضافي للقيد.

الكلمات المفتاحية: الدفتر العقاري، القيد، الرسمية.

### Abstract:

The subject of land registration law in Algeria, which in turn shows the legal status of real estate and the circulation of rights in kind, is more effective in stabilizing property and credit. It also supports trust in real estate transactions because it is subject to conditions governed by the principle of legality. Or the so-called additional impact effect.

**Keyword:** WordPad Real Estate, Registration, Official.

### مقدمة

إن نظام الشهر العقاري في الجزائر هو نظام عيني يقوم على أساس مسك السجل العقاري، المتكون من مجموعة بطاقات عقارية، في ظل هذا النظام يتركز شهر التصرفات العقارية على العقار ذاته، أين يكون محل اعتبار، أي أن السجل يمسك بحسب العقارات وبياناتها لا بحسب الأشخاص وذلك عكس ما هو معمول به في نظام الشهر الشخصي.

لم يعرف المشرع الجزائري السجل العقاري، بل اكتفى ببيان الهدف منه بقوله في نص المادة 03 من الأمر 74/75 " يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات، ويبين تداول الحقوق العينية"، وبين في المادة 12 من نفس الأمر على كيفية مسكه، والتي تكون في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية التي تكون أساسا للسجل العقاري، ويتمثل الهدف من إنشائها في أنها تمثل النطاق الطبيعي، وكذلك الوضعية القانونية الحالية للعقارات.

إن مجموع البطاقات العقارية التي تكون السجل العقاري، تتكون من المخططات التي تظهر النطاق الطبيعي للعقارات، ومن بطاقات العقارات التي تبين الوضعية القانونية للأماكن.

وعرف المشرع المصري السجل العقاري الذي يعرف بالسجل العيني أيضا بقوله " هو مجموعة من الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية، وينص على الحقوق المترتبة له وعليه، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به.

طبقا لمبدأ الشرعية الذي يتميز به نظام الشهر العيني و تحقيقا لفكرة الائتمان العقاري، فالمحافظ العقاري قبل أن يقوم بعملية الشهر العقاري أو القيد، عليه القيام بفحص الوثائق و المستندات المراد شهرها بدقة كبيرة والتأكد من توافر شرطين أساسيين وهما مراعاة مبدأ الرسمية و مبدأ الشهر المسبق. وعليه نطرح التساؤل الآتي: فيما تتمثل شروط القيد في السجل العقاري؟

بناء على ما سبق كان لزاما علينا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين فخصصنا المطلب الأول إلى الرسمية كشرط للقيد أما المطلب الثاني فخصصناه لمبدأ الشهر المسبق أو ما يعرف بمبدأ الأثر الإضافي للقيد.

## المطلب الأول: قاعدة الرسمية

## الفرع الأول: مفهوم الرسمية

قاعدة عامة فإن العقود تكون رضائية، غير أنه يرد استثناء على هذه القاعدة أي على الشكلية في العقود، عندما تكون هذه الأخيرة ركنا لانعقادها كعقد البيع، والرهن الرسمية...، والذي اشترط المشرع إفراغها في قالب رسمي والشكلي، والذي يقصد به تحرير العقود في شكل عقد رسمي<sup>1</sup> أمام الموثق.

لقد عرفت المادة 324 من القانون المدني الجزائري بأنه محرر أو عقد يقوم المكلف بتحريره وهو الموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة بإثبات ما تم لديه من تصرفات لكن في حدود السلطات الممنوحة وكذلك في حدود اختصاصه، فلا يجوز له تعدي هذه السلطات وكذلك دائرة اختصاصه وقاعدة الرسمية واجبة فيما يخص العقار والتصرفات التي ترد عليه وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 بقولها: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"<sup>2</sup>.

ونصت المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: "كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في شكل رسمي"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المادة 324 من القانون المدني، رقم 07/05، مرجع سابق، عرفت العقد الرسمي بنصها: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

<sup>2</sup> جمال بوشنافة، شهر، المرجع السابق، ص 170.

<sup>3</sup> - المادة 61 من المرسوم 63/76، المرجع السابق.

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع قد اشترط الرسمية في جميع العقود و الوثائق للشهر ولم ينص على أي استثناء لهذا المبدأ، فكل عقد لا يستوفي صفة الرسمية يكون محل رفض الإيداع من قبل المحافظ العقاري لأن هذا المبدأ لا يعتبر مجرد إجراء شكلي في نفس درجة الشهر.

وهدف المشرع من تقرير مبدأ الرسمية على العقود والوثائق واجبة الإشهار، هو تأكيد على منع الشك والريبة في بيانات البطاقات العقارية.

كما تثبت للرسمية عدة مزايا نذكر منها:

- الرسمية تزيد من القيمة القانونية للمحرر وحجية خاصة وأن هذا السند محرر من قبل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف كل حسب اختصاصه.

- الرسمية وسيلة لحماية الأطراف المتعاقدة وكذا الغير.

- قاعدة الرسمية تمكن الدولة من بسط مراقبتها على سوق العقار وتمكن الخزينة العمومية من تحصيل مدا خيل مالية.

- إن الرسمية تضع بين يدي البائع سندا قابلا للشهر وكذا دون الحاجة إلى استصدار حكم لتنفيذه.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الأشخاص المهلين لتحرير الرسمية.

حتى تعتبر السندات العقارية سندات رسمية قابلة للإيداع بالمحافظة العقارية لقيدها قيدها أولا، يجب أن تكون صادرة ومحررة من قبل سلطات وأشخاص مؤهلين لتحرير الوثائق، وهي تختلف بحسب اختلاف الوثائق المحررة، فالقيود التوثيقة الواردة على العقارات تحرر من طرف الموثق والأحكام القضائية تصدر من قبل القاضي، كما أن السلطات الإدارية في تحرير بعض العقود المتعلقة بالتصرفات العقارية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومه، الجزائر، بوزريعة، سنة 2007، ص 107.

<sup>2</sup> - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 142.

## 1- الموثقون:

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 02/06 المنظم لمهنة التوثيق نجد أن المادة 03 منه تنص على أنه: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العامة، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة."<sup>1</sup>

ولا يجوز للموثق بموجب المادة 05 من ذات القانون أن يمتنع عن تحرير العقود إلا ما كان مخالفا للقانون، فالمادة تنص على أنه: " لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفا للقوانين والأنظمة المعمول بها."<sup>2</sup>

فوفقا للمادة 10 من القانون رقم 04/06 يقوم الموثق بتحرير العقود يتسلم العقود بحفظ العقود - تسجيل - نشر وشهر العقود إلى جانب حفظ وتسوير الأرشيف التوثيقي.

## ● محتوى العقد الرسمي:

سوف نتكلم عن العقد الموثق بالعقار، ولكي يكون هذا الأخير صحيحا منتجا لأثاره، فإنه يجب أن يحرق الموثق في شكل يورد فيه البيانات التي حددها القانون ولا يكون العقد الموثق ذاته صحيحا باعتباره ورقة رسمية، إذا تخلفت فيه الشروط اللازمة كتكوين هذه الورقة.

فحسب ما تقتضيه المادة 324 من ق م فإن الموثق يثبت في العقد الرسمي ما تم لديه وما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود اختصاصه.

<sup>1</sup> المادة 03 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر عدد 14،

المؤرخة في 08/06/2006.

<sup>2</sup> المادة 05 نفس المرجع.

فإن حرر الموثق عقداً في حدود اختصاصه وجب أن يحترم فيه الصبغة والشكليات التي حددها المادة 18 من قانون التوثيق، والتي أوجبت أن تحرر العقود باللغة العربية في نص واضح تسهل قراءته، ويمنع فيه كل بياض أو نقص أو اختصار أو كتابة بين الأسطر وتكتب فيه المبالغ والسنة والشهر واليوم والتواقيع في أسفل الصفحات وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق، ما لم ينص التشريع المعمول به على خلاف ذلك .

فإذا تم ذكر جميع البيانات وجب على الموثق قبل أن يوقع ذوا الشأن على العقد أن يتلو عليهم الأحكام التشريعية الخاصة بالضرائب ليبين لهم الأثر القانوني المترتب على التصرف الذي يقدمون عليه، وقد جرت العادة على أن يقرأ الموثق أيضاً عليهم النص الكامل للعقد الذي حرره حتى يكونوا على درجة كاملة بمحتواه.

فإذا تمت التلاوة وضع الموثق على العقد بمعية الأطراف والشهود وفقاً لما تقتضي به المادة 234 مكرر 2 من القانون المدني ووضع المترجم إذا وجد وبالنسبة للأطراف الشهود يمكن الاكتفاء ببصماتهم إن كان أحدهم لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع بل ويمكن الاستغناء عن البصمات.

ويلاحظ أنه لم يتضمن قانون التوثيق الجزاء المترتب عن تخلف الشهود وهناك حكم واحد فقط تنص عليه المادة 234 مكرر 03 من ق م وهو خاص بشهادة الشهود، فهي تنص: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية بحضور شاهدين".

ويتربط عن ذلك أن العقد يكون باطلاً إذا لم يذكر فيه هويتهم ويطبق نفس الحكم على ذلك لم يذكر هوية الموثق وهوية الأطراف ، وكذلك الأمر بالنسبة لتوقيعاتهم إلا إذا وجد مانع قاهر.

أما فيما يخص البيان و الشروط الأخرى يبطل العقد الرسمي إذا كانت جوهرية ولا نرى ضمن الشروط التي بينها ما يمكن أن يعتبر منها جوهرية فكلها ضرورية لصحة العقد.

## 2- السلطات القضائية:

تعتبر الأحكام القضائية النهائية الصادرة من مختلف الجهات القضائية من الوثائق الرسمية في نظر القانون، والتي يمكن شهرها بالمحافظة العقارية.

إذا فصلت هذه الأحكام في خصومات عقارية، فإن قانون الشهر العقاري يقضي بوجود إخضاعها إلى الإشهار العقاري بالمحافظة العقارية حتى تكون سارية في مواجهة الغير كما هو منصوص عليه في المادة 15 من الأمر 79/75<sup>1</sup>.

إلى جانب المرسوم رقم 63/76 الذي بين بدوره بعض البيانات التي يجب أن تتضمنها الأحكام القضائية هي كالتالي:

- وجوب اشتغال العقد أو القرار على ألقاب وأسماء ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف وهذا طبقا لنص المادة 62 من المرسوم المذكور أعلاه.
- تبين هوية الشركات و الجماعات و النقابات و الأشخاص الاعتبارية الأخرى مع تسميتها طبقا لنص المادة 63 من نفس المرسوم.
- تبين نوع العقار و البلدية التي يقع فيها ، و تعيين القسم ورقم المخطط و المكان المذكور وما يحتويه من مسح ، وفقا للمادة 66 من نفس المرسوم.<sup>2</sup>

## 3- السلطات الإدارية

إن الأشخاص المعنوية العامة (المؤسسات العمومية الاقتصادية أو التجارية أو المؤسسات المالية) ملزمة بالتوجيه إلى الموثق عند مباشرة العمليات

<sup>1</sup> مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup> المواد 62، 63، 66، من المرسوم رقم 63/67 المرجع السابق.

العقارية، أما إذا كانت الدولة طرفاً في عقد ما، فإن مديرية أملاك الدولة والشؤون العقارية أو متفشية أملاك الدولة تتدخل لتحرير هذه العقود في مكتب العقود الموجودة على مستوى المديرية أو المتفشيات، لأنها تعتبر موثقاً للدولة وقد صنف المشرع هذه العقود كما يلي:

- العقود الخاصة باكتساب الملكية العقارية أو المحلات التجارية التابعة للأموال الوطنية الخاصة.

- عقود الاتجار المبرمة لفائدة مصالح الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للدولة.

- التعديلات المتعلقة بمراجعة الإيجارات الخاصة بالعقود السابقة، وإذا كانت البلدية طرفاً في هذه العقود فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي هو الذي يقوم بتحرير العقود.<sup>1</sup>

كما أن القانون لقضاة النيابة العامة وكذا مدير الوكالة القضائية للخزينة وموظفو مديريات الولاية للمصالح المالية الذين لهم درجة مفتش رئيسي ومحاسب الخزينة وجميع المحاسبين العموميين وكذا الوزراء ورؤساء المجالس الشعبية البلدية بالتصديق على هوية الأطراف.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: قاعدة الشهر المسبق (مبدأ الأثر الإضافي)

تطبيقاً لأهم أهداف نظام الشهر العيني والمتمثلة في تأمين الاستقرار للتصرفات العقارية و ضمان استمرارية نقل الملكية.

اشترط المشرع الجزائري من أجل شهر المستندات لدى المحافظة العقارية، قاعدة الشهر المسبق ولقد نصت عليها المادة 88 من المرسوم 63/76

<sup>1</sup> جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 148.

<sup>2</sup> المادة 64 / 4 من المرسوم 63/76، المرجع السابق.

وأورد استثناء على هذه القاعدة، وعليه سنتعرض أولاً لمفهوم هذه القاعدة ثم نبين الاستثناءات الواردة عليها في نقطة ثانية.

### الفرع الأول: مفهوم قاعدة الشهر المسبق:

تنص المادة 88 من المرسوم التنفيذي 63/76 المذكور أعلاه : "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة انتقال الملكية عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف أو صاحب الحق الأخير، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 88 أدناه فيفهم من ذلك أنه لا يمكن للمحافظ العقاري شهر أي وثيقة، أو سند أو تصرف من شأنه نقل الملكية العقارية ، ما لم يكن المراد نقله قد أخضع لشهر مسبق في مجموعة البطاقة العقارية يثبت من خلاله جميع التصرفات الواردة على العقار، وكذا معرفة جميع الهالك السابقين المتداولين على الملكية وذلك يحقق الطمأنينة وعدم الحيلولة في المعاملات العقارية، دون وقوع تصرفات.

وطبقاً لذلك فقد خولت المادة 101 من نفس المرسوم للمحافظ العقاري الحق في مراقبة كل الوثائق المودعة لديه، كما أن له كامل الصلاحيات في رفض الإيداع في حالة غياب أحد الإجراءات ولا سيما مبدأ الشهر المسبق.<sup>1</sup>

ويلاحظ أن هذا المبدأ يحمي المتصرف إليه أو صاحب الحق الأخير، وذلك لمنع المتصرف السابق من التصرف في العقار أو التنازل عنه مرة أخرى وذلك ابتداء من تاريخ الشهر.

وهذا ما نصت عليه المادة 88 من الفقرة الأخيرة من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه : "أنه ابتداء من الإشهار المعطى للعقد أو القرار القضائي أو للشهادة الحق لصاحبه الجديد لا يمكن القيام بأي إجراء من قبل الشخص

<sup>1</sup> حمدي باشا، ليلي، المرجع السابق، ص 220.

الرئيسي أو ضد صاحب السابق لهذا الحق، دون الإخلال بإشهار الطلبات القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص... حق عيني عقاري.

إن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها في جميع الحالات نظرا لوجود استثناءات ترد عليها، وردت في مختلف التشريعات العقارية، وهذا سنتطرق له في النقطة الآتية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة الشهر المسبق.

إن أعمال قاعدة الشهر لا يمكن تطبيقها في جميع الحالات، أن توجد في بعض الأحيان حالات معينة لا يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم فيها بمعارضة الوثائق محل الإشهار مع المحررات السابق شهرها.

وهذا بسبب أنها تعتبر كأول إجراء أو أنها حالات اقتضتها عملية التحول من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الاستعمارية إلى نظام الشهر العيني المحدث بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

تجد هذه الاستثناءات أساسها في ظل هذه المادة 89 من المرسوم 63/76 المعدلة و المتممة ، بالإضافة إلى مختلف القوانين و التشريعات العقارية تنطبق إليها في حينها.

فبالرجوع إلى نص المادة 89 المعدلة و المتممة بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19/05/1993 نجدها تنص على أنه : تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه.

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 08 إلى 18 من هذا المرسوم.

<sup>1</sup> جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 151.

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل يناير 1971.

وعليه فطبقا لهذه المادة ، فإنه يرد على قاعدة الشهر المسبق استثناءين هما كالتالي :

#### أ- الإجراء الأول عند عملية المسح العقاري:

والتي تحيل المادة إلى المواد من 8 إلى 18 من المرسوم 63/76 (55) والمتعلقة بإيداع وثائق مسح الأراضي العام على مستوى المحافظة العقارية بعد الانتهاء من عملية المسح، مقابل محضر تسليم من طرف المحافظ العقاري، هي من أجل إخضاعها إلى عملية الإشهار بعد أن يعطى لكل عقار ممسوح رقم معين ويخصص له بطاقة عقارية تشمل على كافة بياناته على أساس وثائق مسح الأراضي.<sup>1</sup>

فالإجراء الأولي الرامي إلى إيداع وثائق العقارات المسوحة، ليست بحاجة إلى إشهار مسبق من أجل تسجيله بالمحافظة العقارية.

#### ب- العقود العرفية التي اكتسبت تاريخ ثابت قبل 1971/01/01:

العقد العرفي هو عبارة عن عقد يحرره الأطراف فيما بينهم بصفتهم خواص خارج عن نطاق تدخل الضابط العمومي.<sup>2</sup>

العقود العرفية التي تم تسجيلها من قبل الأطراف لإعطائها تاريخ ثابت وعليه فإن هذه العقود اكتسبت صفتها الرسمية دون اللجوء إلى الجهات القضائية، فيكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع يتم شهره في المحافظة العقارية، ويذكر فيه التعيين للعقار والمتعاقدين والشهود ولا يخضع لقاعدة

<sup>1</sup> - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> - عمار علوي، المرجع السابق، ص 146.

الأثر الإضافي والشهر هنا له دور إعلامي وليس مصدر للحق العيني،<sup>1</sup> وللتأكد من صحة التاريخ يجب مراقبة مدى وجود تأشيرة مصلحة التسجيل التي توضع على العقود من هذا النوع.

كما يمكن التحقق من التاريخ بواسطة وسائل إثبات آخر مشار إليها في القانون المدني في المادة 328 و التي تنص : "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من:

- يوم تسجيله.
  - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عمومي .
  - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
  - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.
- وبمفهوم المخالفة لهذا الاستثناء، أي العقود العرفية التي لم تكتسب تاريخا ثابتا قبل 1971/01/01، فإنه لا يمكن أن تعفى من مبدأ الشهر المسبق وبالتالي لا يمكن شهرها.

وإذا أراد أصحابها إثبات حجيتها فما عليهم إلا اللجوء إلى القضاء.<sup>2</sup>

### ج- عقد الشهرة :

تطهيرا للملكية، سن المشرع الجزائري إجراءات قانونية خاصة لإثبات التقادم و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية العقارية.<sup>3</sup> المستحدث بموجب المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21.

<sup>1</sup> حمدي باشا، زروقي ليلي، المرجع السابق، ص 271.

<sup>2</sup> جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 155.

<sup>3</sup> حمدي باشا، ليلي زروقي، المرجع السابق، ص 224.

وذلك في حالة عدم وجود منازع للحائز، وكانت المنطقة الرماد اكتساب العقار المحاز غير ممسوحة. وكانت حيازته هادئة و علنية و مستمرة غير مشوبة بلبس طبقا لأحكام الحيازة الواردة بالمادة 827 من التقنين المدني.

ويعرف عقد الشهرة على أنه عبارة عن محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد.<sup>1</sup>

ويقدم الطلب إلى الموثق المختص إقليميا مرفقا بجملة من الوثائق تبين عموما طبيعة العقار محل الحيازة وموقعه ومشملا ته ومساحته من أجل تحرير عقد الشهرة ، والقيم بالإجراءات المقررة قانونا، يحرر العقد ويشهر بالمحافظة العقارية مثبتا بذلك التقادم المكسب.<sup>2</sup>

د- يعد الاستصلاح سبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري : وقد تم التنصيص عليه في كل من قانون 18/83 المؤرخ في 18/08/1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية.

وكذا المرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 06/07/1992 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية.

وأخيرا المرسوم التنفيذي 483/97 المؤرخ في 15/12/1997 المحدد لكيفيات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعباءه وشروطه،<sup>3</sup> وبعد القيام بعملية الاستصلاح واستكمال الإجراءات الإدارية يتم تحرير عقد يتعلق بالأرض المستصلحة وذلك حسب النموذج من قبل وزارة المالية الصادر في القرار المؤرخ

<sup>1</sup> مجيد خلوفي، المرجع السابق، ص 94.

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومه، 2001، ص 17.

<sup>3</sup> حمدي باشا، ليلي زروقي، نفس المرجع، ص 255.

في 14 ماي 1984، ويتم بعد ذلك تسجيله بمصلحة التسجيل ثم شهره بالمحافظة العقارية وبعد الشهر في هذه الحالة الإجراء الأول بالنسبة للأرض المستصلحة لا يتطلب توافر قاعدة الشهر المسبق.

#### ه- شهادة الحيازة:

نظرا لاتساع رقعة مساحة الأراضي التي لم تمسحها عملية المسح العقاري وحتى يكون السبب نحو تطهير الملكية العقارية في بلادنا.

لجأ المشرع إلى إنشاء شهادة الحيازة التي جاء ذكرها في المادة 39 من قانون التوجيه العقاري التي تنص على ما يلي: " يمكن لكل شخص بمفهوم المادة 823 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها ملكية مستمرة وغير متقطعة وهادئة وعلانية لا تشوبها شبهة أن يحمل على سند حيازي يسمى الحيازة، وهي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري، في المناطق التي يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي".

وتعرف شهادة الحيازة على أنها شبه عقد أو مقرر إداري يكتسي طابعا رسميا، وهو على أية حال محرر رسمي يثبت للحائز حق الحيازة على العقار محل الشهادة، بعد إتمام إجراءات تسجيلها وإشهارها وأن هذه الشهادة لا ترقى إلى سند الملكية، ولكن يمكن تكون سندا قويا لاكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب وفقا للإجراءات القانونية السارية المفعول.<sup>1</sup>

وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27/07/1991 كيفية إعدادها، وتسليمها المحدث بموجب المادة 31 من القانون 25/90 المذكور أعلاه، والذي حث فيه المشرع المواطنين الذين يحررون أراضي لمدة سنة على

<sup>1</sup> بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، الطبعة السادسة، ص 133.

الأقل في مناطق لم تشملها عملية المسح للحصول على سند قانوني يبرر وضع يدهم على الأرض يسمى شهادة الحيازة .

تسلم سند من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي الواقع في دائرة اختصاصه العقار محل الطلب.

وهذا للمساهمة ولو بصفة غير مباشرة في تكوين السجل العقاري ومجموعة البطاقات العقارية.<sup>1</sup>

وما دام أن هذه الشهادة جاءت كمرحلة انتقالية لتسوية وضعية العقارات التي يختفي أصحابها إلى سندات في انتظار إتمام عملية المسح العقاري فهي معفاة من مبدأ الأثر الإضافي للشهر.

#### و- الشهادة الوقفية الخاصة بالملك الوقفي:

تطبيقاً لأحكام المادة 8 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف صدر المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 لإثبات الملف الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.<sup>2</sup>

وتحتوي هذه الوثيقة التي تخضع لعملية التسجيل والإشهار العقاري على البيانات التالية:

- المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعاتهم.
- التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانوناً.
- رقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون والأوقاف المختصة إقليمياً.

<sup>1</sup> جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص، ص، 159، 160.

<sup>2</sup> حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 226.

وبعد جمع أكثر من 03 من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الواقى، تصدر مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا "شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي" محل الإشهاد مرفقة بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة. وعليه فإن شهر الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي تعد هي الأخرى كإجراء أولي أعفيت من مبدأ الإشهار المسبق.<sup>1</sup>

### الخاتمة

في الأخير يتجلى أنّ الهدف الأساسي من السجل العقاري العيني وما يترتب عليه من أثر منشئ، هو إعلام الغير بكل حق عقاري مما يؤدي إلى استقرار المعاملات ضمن الائتمان العقاري، وهدف القيد أيضا هو إعلام الغير بالتصرفات الجارية على العقار حتى يكون هذا الغير مطلعاً بصفة جلية بالحالة القانونية للعقار، سواء من حيث الشخص المقيد على اسمه أو الارتفاقات الايجابية أو السلبية التي عليه.

<sup>1</sup> التعليمات الوزارية المشتركة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وزارة المالية، رقم 09، المؤرخة في 200/09/16، المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية بالملك الوقفي.

## رضا المريض في عقد العلاج الطبي

ط/ زعيطي زوبيدة - طالبة دكتوراه

جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

### الملخص

الالتزام بالحصول على رضا المريض في عقد العلاج الطبي يعتبر من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب، إذ من واجب الطبيب الحصول على رضا المريض قبل أي تدخل علاجي أو جراحي، وتخلف هذا الرضا يجعل الطبيب مخطأ ومسؤولا عن المخاطر المترتبة عن العلاج ولو لم يرتكب ادني خطأ في مباشرته.

ويصدر هذا الرضا من المريض أو من يمثله قانونا إذا كان في حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضائه، شريطة أن يكون هذا الرضا حرا ومتبصرا ويعتد به قانونا.

كما أن التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض بالعلاج يثير مسألة من يتحمل عبء الإثبات في حالة الادعاء بتخلف تنفيذ هذا الالتزام والذي جعله القضاء الفرنسي على عاتق المريض تطبيقا للقواعد العامة في الإثبات.

وينصب هذا المقال بشكل أساسي على تبين مفهوم الرضا في عقد العلاج الطبي وتحديد نظامه القانوني .

الكلمات المفتاحية: الطبيب . المريض . المسؤولية الطبية . الرضا .

### résumé

L'engagement d'obtenir le consentement du patient dans le contrat de traitement médical est un des engagements les plus importants qui incombent au médecin. Il appartient au médecin d'obtenir le consentement du patient avant toute intervention de traitement ou chirurgicale. L'absence

d'un tel consentement rend le médecin fautif et responsable des risques résultant du traitement même si aucune erreur n'a été commise.

Ce consentement est donné par le patient ou par son représentant habilité s'il n'est pas en état d'exprimer son consentement, à condition que ce consentement soit libre, éclairé et légalement valable.

L'engagement du médecin d'obtenir le consentement du patient soulève la question du fardeau de preuve en cas d'allégation concernant l'absence d'exécution de ce consentement; que le droit français met à la charge du patient en application des règles générales de preuve.

Cet article définit principalement le concept de consentement dans le contrat de traitement médical et son régime légal

**mots clés:** Médecin - patient - responsabilité médicale - consentement

## مقدمة

الكيان الجسدي له حرمة، فلا يجوز المساس به أو الاعتداء عليه فهو محمي بموجب الدستور والقانون، ولاسيما عندما يتعلق الأمر بالعمل الطبي فلا يجوز مباشرته ما لم يصدر الرضا السليم من المريض نفسه أو ممن يمثله قانونا إذا كان المريض في حالة لا يمكنه معها التعبير عن رضائه، فلا يمكن للطبيب إن يرغم احد على العلاج ما لم يصدر منه موافقة صحيحة وسليمة قبل مباشرة أي تدخل طبي أو جراحي وإلا اعتبر عمله غير مشروع يسال عنه مسؤولية عمدية، حتى وان لم يقع منه أي خطأ في العلاج .

ونظرا لتزايد حجم النزاعات التي تتمحور حول المسؤولية المدنية الطبية فان المشرع الجزائري وعلى غرار التشريع والقضاء الفرنسي سعى إلى وضع الإطار السليم لواجب الالتزام بالحصول على رضا المريض، بما يتماشى وتطور العلوم

الطبية وما نتج عنها من ظهور علاقة جديدة بين الطبيب والمريض، ومن خلال ما نعتزم بحثه تظهر لنا الإشكالية التالية :

ما المقصود برضا المريض بالعلاج؟ وهل يكون الطبيب مخطأ في عدم حصوله على رضا المريض بالتدخل العلاجي أو الجراحي ؟ وما هو الأثر المترتب على تخلفه؟

ومن خلال هذه الإشكالية تنبثق عنها عدة تساؤلات فرعية ابتغيت تقسيمها إلى عدة محاور أساسية تظهر في أولها الالتزام بالحصول على رضا المريض من خلال تبيان مفهوم رضا المريض بالعلاج وتحديد شروط الرضا في العقد الطبي. وفي ثنائها نتناول إثبات الرضا والأثر المترتب على تخلفه .

وهذه الإشكالية سأحاول الإجابة عنها معتمدة في ذلك على خطة مزدوجة ذو مبحثين، كل مبحث يتضمن مطلبين .

### المبحث الأول: الالتزام بالحصول على رضا المريض

يعتبر رضا المريض بالعلاج من العناصر الأساسية والهامية التي تسمح بمباشرة العمل الطبي ولهذا نجد المشرع الجزائري يؤكد على ضرورة الرضاء لممارسة العمل الطبي على غرار التشريع الفرنسي والمصري ووضع آليات لحماية المرضى تجسيدا لهذا الالتزام بفرض قواعد أخلاقيات الطب وخلق مجالس أخلاقيات الطب ومنحها سلطة مراقبة تطبيق هذه القواعد واحترامها ومن أهم هذه القواعد هو التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض .

### المطلب الأول: مفهوم رضا المريض بالعلاج

من المستقر عليه فقها وقضاء إن الطبيب يلتزم بالحصول مقدما على رضا المريض والذي يعد شرطا هاما وضروريا يجب الحصول عليه قبل اي

تدخل طبي<sup>1</sup>، وإلا كان الطبيب مسؤولاً عن العمل الذي يقوم به حتى وان لم يرتكب ادني خطأ في مباشرته<sup>2</sup>.

ويجد هذا الالتزام أساسه في حرمة جسم الإنسان، فالمرضى إنسان حر، له حقوق مقدسة على جسمه، لا يجوز المساس بها بغير رضائه وكل اعتداء على حريته أو حقوقه على جسمه يرتب مسؤولية من ارتكبه، حتى وان كان الدافع إليه صالح المريض، متى كان في استطاعته أن يحصل على رضائه<sup>3</sup>، فلا يجوز بذلك إرغام احد على العلاج وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض او ممن يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك .

كما نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان في خطر او غير قادر على الإدلاء بموافقته .

وتزداد أهمية حصول الطبيب على رضا المريض كلما كان العلاج أو الجراحة ينطوي على كثير من المخاطر تمس حياته أو سلامته وهو ما أقرته محكمة دويه الفرنسية<sup>4</sup>

<sup>1</sup> بلخوان يحي عبد اللطيف، الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، 2009.2008، ص8

<sup>2</sup> طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة الجزائر-فرنسا)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2004، ص22 .

<sup>3</sup> منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة 2013، ص 266

<sup>4</sup> - محكمة دويه في 10 جويلية 1946، جازيت دي باليه سنة 1946، 151، 2، مأخوذ عن منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 267 .

ومحكمة جنايات الإسكندرية هذه الأخيرة التي اعتبرت أنه إذا كان يجوز للطبيب اتخاذ ما يلزم من وسائل الطب بقصد العلاج، فإن ذلك مشروط بان يرضى المريض بذلك، فإذا خالف هذه السنن فقد خرج عن قواعد المهنة الطبية وواجباته كطبيب ووجبت مساءلته عن الأضرار التي يسببها للمريض<sup>1</sup>.

وتطبيق هذا المبدأ يجد أساسه في الثقة التي تقوم عليها العلاقة بين الطبيب والمريض، هذه الثقة توجب قبول المريض للعلاج أو رفضه<sup>2</sup>، وبناء على ذلك فلا يجوز للطبيب إرغام المريض على العلاج أو علاجه دون موافقته الحرة والمتبصرة.

### المطلب الثاني: شروط الرضا في العقد الطبي

يتبين مما سبق انه يجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة العمل الطبي، غير أن هذا الرضاء يجب أن يكون حرا ومتبصرا ومستنيرا، فالمريض الذي بلغ سن الرشد وكان واعيا وإرادته سليمة، فانه يتعين أن يصدر الرضاء منه شخصيا ولا يغني عن ذلك صدور الرضاء من احد أقربائه، أو من شخص آخر تربطه به صلة وثيقة<sup>3</sup>.

### الفرع الأول : الرضا الحر بالعلاج الطبي

حتى يكون رضا المريض بالعلاج حرا يجب أن تكون إرادته سليمة وخالية من أي عيب من عيوب الرضاء المنصوص عليها في القانون المدني والمتمثلة في الإكراه والغلط والتدليس والاستغلال وان يتمتع بأهلية التراضي.

<sup>1</sup> - محكمة جنايات الاسكندرية في القضية 2340.1938. العطارين، جلسة 25 مارس 1944، مأخوذ عن منير رياض حنا المرجع السابق، ص 267

<sup>2</sup> - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للإشغال التربوية، الطبعة 1، سنة 2003، ص 272

<sup>3</sup> - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 267.

أ/ الإكراه: نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 1 88 و 2 88 من القانون المدني ويكون من قبيل الإكراه في عقد العلاج الطبي أن يحمل الطبيب المريض على قبول العلاج بالكذب عليه بحقيقة حالته الصحية وتضخيم الخطر المحقق ب هان لم يباشر العلاج المقترح من طرفه .

إلا أنه وحسب رأينا فإنه نادرا أن يكره الطبيب مريضه بالموافقة على العلاج إلا أن ذلك ليس مستحيلا إذ سبق أن عرض على القضاء المصري حالة مريضة اكرهها زوجها على العلاج بمساعدة الطبيب الذي أوهمها بأنه سيعطيها حقنة مخدرة فقط، وبعد أن أفادت اكتشفت أنه أجرى لها عملية إجهاض فتمت مساءلة الطبيب إذ جاء في حيثيات الحكم أن الطبيب أجرى الكشف على المريضة بغير رضاها أو على الأقل تحت تأثير إكراهها من زوجها وخداعها هو لها تحت مخدر، وهو بهذا التصرف يعد خارجا على قواعد المهنة الطبية وواجباته كطبيب<sup>1</sup>

ب/ الغلط: والذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 81 وما يليها من القانون المدني<sup>2</sup> والتي تجيز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد طلب إبطاله، وتكون إرادة المريض مشوبة بعيب لوقوعه في الغلط إذا لم يتم تبصيره وإعلامه بطبيعة المرض ووسائل العلاج والمخاطر المترتبة عنه، فيكون بناءا على ذلك رضاه بالعلاج مشوبا بالغلط مما يعرض الطبيب للمسؤولية .

ج/ التدليس: تناول المشرع الجزائري التدليس في المادة 86 وما يليها من القانون المدني، إذ يمكن حدوث التدليس في مجال العقد الطبي بامتناع الطبيب المعالج عمدا عن تبصير المريض ببعض المعلومات المتعلقة بطبيعة مرضه ومخاطر العلاج بحيث لو علم بها المريض لما قبل العلاج المقترح شريطة ألا يكون

<sup>1</sup> - حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب اخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 65 .

<sup>2</sup> - انظر المادة 81 من القانون المدني .

إحجام الطبيب عن الإدلاء بهذه المعلومات لا يصب في مصلحة المريض وحالته النفسية.

د/ الاستغلال :عيب الاستغلال معياره أن إرادة المتعاقد عيبت بطيش بين أو هوى جامع فالمتعاقد ما كان ليبرم العقد إلا لان المتعاقد الآخر استغل فيه هواه أو طيشه وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني<sup>1</sup>.

إلا أنه حسب وجهة نظرنا فانه من الصعب تصور عيب الاستغلال في عقد العلاج الطبي، خاصة أن مهنة الطب من اسمي المهن النبيلة إلا أن ذلك لا يمنع من وجود حالات نادرة لاستغلال الطبيب للمريض كمغالاته في أتعاب العلاج بالمقارنة مع الخدمة التي يقدمها للمريض .

ه/ أهلية التراضي : الأصل أن الرضا يجب أن يصدر من المريض نفسه طالما انه في حالة تسمح له بذلك وان رضاه يعتد به قانونا<sup>2</sup> إلا أنه واستثناءا عن ذلك وفي حالات الاستعجال التي يكون فيها المريض غير قادر على التعبير عن رضائه فانه طبقا للقواعد العامة المشار إليها في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري فان الولي الطبيعي أو الشرعي أو القانوني هو الذي ينوب عن المريض ناقص أو عديم الأهلية كل حسب حالته<sup>3</sup> وهو ما نصت عليه المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها الصادر بالأمر 05.85 على أن العلاج الطبي يقدم بموافقة المريض، أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك .

<sup>1</sup> - انظر المادة 90 من القانون المدني .

<sup>2</sup> - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 22.

<sup>3</sup> - منبر رياض حنا، المرجع السابق، ص 268 .

## الفرع الثاني : الرضا المتبصر والمستنير

إن التدخل العلاجي أو الجراحي الذي يباشر الطبيب أو الجراح على جسم المريض لا يتم إلا بناء على موافقة هذا الأخير، فالمريض له حق مطلق على جسده<sup>1</sup> لا يجوز المساس به دون رضاه، وهذا الرضاء الذي يصدر من المريض، ويكون من شأنه أحقية الطبيب في مباشرة علاج المريض هو الرضاء القبلي اي الذي يسبق العلاج<sup>2</sup>

كما إن المريض قبل أن يعلن رضاه لابد على الطبيب وجوبا أن يحيطه علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية، على أن يكون ذلك بأسلوب بسيط ومفهوم وواضح حتى يكون رضا المريض بالعلاج عن علم وبصيرة.

وبناء على ذلك فلا يسوغ للطبيب إرغام المريض على العلاج وما يكون له سوى إنارته بحالته المرضية بتزويده بالمعلومات الفنية الخاصة به، ثم ينرك له السلطة والحرية في قبول العلاج أو رفضه.<sup>3</sup>

المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي نص صراحة على ضرورة توافر رضاء المريض قبل أي تدخل علاجي أو جراحي في العديد من نصوص قانون الصحة 05.85 المعدل والمتمم بالقانون 13.08<sup>4</sup> خاصة المادة 154 والمادة 162 و168 مكرر منه وكذا المواد 43 و44 من مدونة أخلاقيات الطب.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان القانون يوجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي، فإنه لا يشترط فيه شكلا معيناً، إذ يكفي أن يصدر صراحة من المريض أو ممثله القانوني أو ضمنا يستفاد من ظروف الحال أو

<sup>1</sup> - منبر رياض حنا، المرجع السابق، ص 268 .

<sup>2</sup> - حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 52 .

<sup>3</sup> - بلخوان يحي عبد الطيف، المرجع السابق، ص 9.

<sup>4</sup> - قانون رقم 05.85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بقانون 13.08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 الجريدة الرسمية العدد 44 .

الملابس الخارجية المحيطة به<sup>1</sup>، مع إبقاء الاستثناء قائما على هذه القاعدة في حالات معينة كحالة نقل وزرع الأعضاء البشرية المنصوص عليها بموجب المادة 162 من القانون 05.85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها وبعض الحالات المتعلقة بالجراحة التجميلية والتي يشترط القانون فيها الموافقة الكتابية على العمل الطبي .

### المبحث الثاني : إثبات الرضا والأثر المترتب على تخلفه

يثير التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض مسألة من يتحمل عبء الإثبات في حالة الادعاء بتخلف تنفيذ هذا الالتزام هل يقع على عاتق الطبيب أم المريض ؟ كما أن الإخلال بهذا الالتزام سوف يترتب في ذمة المخل به مسؤولية تقصيره ولذلك سوف نتناول هذا

المبحث من خلال مطلبين خصصنا المطلب الأول لتبيان على من يقع عبء الإثبات في الإخلال بهذا الالتزام؟ وما هي الوسائل الممكنة في الإثبات؟ وخصصنا المطلب الثاني للآثار القانونية المترتبة على عدم أخذ رضا المريض مقدما بالتدخل الطبي .

### المطلب الأول: إثبات رضا المريض بالعلاج

استقرت محكمة النقض الفرنسية على جعل إثبات الالتزام بالحصول على رضا المريض خاضعا للقواعد العامة في الإثبات والتي تقضي انه على المدعي اثبات ما يدعيه والمدعي هنا هو المريض، وذلك منذ صدور الحكم المؤرخ في 29 ماي 1951 اين قررت محكمة النقض الفرنسية إن عبء الإثبات يقع على عاتق المريض والذي يثبت تخلف رضائه بالتدخل الطبي<sup>2</sup> وهو الأمر نفسه الذي سار

<sup>1</sup> - احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التامين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى 2012، ص 57.

<sup>2</sup> -Cass Civ 29-05-1951.D 1952 p53 note savatier.jpg 1951.II6421Note perrot

ماخوذ عن بلخوان يحي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 33 .

عليه القضاء والتشريع الجزائري وفقا لمقتضيات المادة 323 من القانون المدني بقولها على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه .

ولهذا اعتبر عديد الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ سافاتي أن هذا التكليف للمريض لن يزيده إلا مشقة وذلك لأنه من الصعب جدا أن نحمل المريض عبء إثبات عدم وجود موافقة من جانبه<sup>1</sup> ، غير أن هناك رأي آخر حمل الطبيب المدعى عليه عبء إثبات الحصول على موافقة المريض<sup>2</sup> أما بالنسبة لوسائل الإثبات فإنه يجوز لكل من الطبيب أو المريض إثبات مزاعمهما بكافة وسائل الإثبات والمتمثلة في الكتابة، البينة، القرائن، الإقرار واليمين إلا في الحالات التي يشترط فيها القانون شكلا معيناً لرضاء المريض كما هو منصوص عليه في المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مجرد استشارة الطبيب أو الذهاب إلى عيادته أو الدخول إلى المستشفى لا يمكن أن نستنتج منه رضاء المريض إذ لا يمكن اعتباره بذلك موافقا على جميع العمليات الجراحية<sup>3</sup>

إذ قد يحدث أن تقتضي الضرورة إجراء عملية جراحية أخرى لا تحتمل الانتظار ليس للمريض أدنى فكرة عنها ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحاكم الفرنسية من أن جراح أثناء قيامه بعملية استئصال الزائدة الدودية لاحظ أن ميايض المريضة ملتهبة فاستأصلها دون أخذ رضاها<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> - حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 268 وما اشار اليه من حكم لمحكمة انجيه بتاريخ 1947.03.04 .

<sup>3</sup> - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 270 .

<sup>4</sup> - عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 142 وماخوذ كذلك

عن طاهري حسين، المرجع السابق، ص 23.

## المطلب الثاني: تخلف رضاء المريض والأثر المترتب عليه

يتبين لنا مما سبق انه يجب الحصول على رضاء المريض قبل مباشرة العمل الطبي، وتخلف هذا الرضا يجعل الطبيب مخطئاً، ومن ثم يتحمل تبعة جميع الأضرار التي تنشأ عن العلاج وحتى ولو لم يقع منه أي خطأ في التدخل الطبي ذاته واستثناء على رضا المريض هناك بعض الحالات بالرغم من عدم الحصول على رضا المريض أو رضا ممثليه القانونيين يجوز للطبيب القيام بالأعمال الطبية ولا تتم مساءلته عن ذلك .

فما هو الأثر المترتب على عدم اخذ رضاء المريض مقدما بالعمل الطبي ؟ وما هي الحالات التي يمكن فيها التجاوز عن رضاء المريض ؟ وسنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال العناصر الآتية :

### الفرع الأول: تخلف رضاء المريض والأثر المترتب عليه

يعتبر رضاء المريض الشرط الأساسي والجوهري لإباحة العمل الطبي، فكل مرحلة من مراحل العلاج يحتاج الطبيب إلى حصوله على رضاء المريض، ومتى حصل عليه في مرحلة معينة لا يجوز للطبيب أن يعدله أو يغير فيه بإرادته المنفردة<sup>1</sup> وإلا اعتبر عمله غير مشروع ويحمله قيمة المخاطر الناشئة عنه ولو لم يرتكب أي خطأ فني في تدخله الطبي<sup>2</sup> وقد استقر القضاء الفرنسي على هذا المبدأ لفترة طويلة ثم تراجعت المحاكم الفرنسية في نظريتها هذه تحت تأثير بعض الاتجاهات الفقهية التي نادى بالليونية في التعامل مع هذا المبدأ خصوصا في وجوب أن يكون الرضا عن علم بالحالة الصحية وبمخاطر العلاج والجراحة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 56 .

<sup>2</sup> - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 22 .

<sup>3</sup> - منبر رياض حنا، المرجع السابق، ص 270 .

وبهذا الخصوص أصدرت محكمة السين الفرنسية حكماً قضى برفض دعوى شخص كان يعاني من وجود نقطة صغيرة بيضاء في عينه ولما عرض نفسه على طبيب العيون سلمه هذا الأخير وثيقة مدون عليها غرفة العمليات والتاريخ، فذهب المريض في ذلك التاريخ إلى المستشفى أين أجريت له عملية جراحية لم يكن على علم بها ركبت له بموجها عينا صناعية، فرفع المريض دعوى ضد الطبيب والمستشفى مطالباً بالتعويض إلا أن المحكمة رفضت دعواه معللة حكمها بان المريض بذهابه إلى مستشفى أمراض العيون قد قبل مقدا كل ما يستلزمه علاجه<sup>1</sup>.

وحسب رأينا فان هذا الحكم قد جانب الصواب ذلك أن الرضا يجب أن يؤخذ في كل مرحلة من مراحل العلاج وان هذا الرضا يجب أن يكون على بينة وبصيرة بكل ما يتعلق بالعلاج ومخاطره، فلو علم المريض مسبقا بطبيعة العملية الجراحية والمخاطر الناجمة عنها لما وافق على إجرائها، وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية الطبيب القائمة نتيجة عدم حصوله على رضا المريض بالعلاج مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشأ عن الخطأ في العلاج الذي يتم بناء على رضاء المريض، فتخلف رضاء المريض يجعل تدخل الطبيب عملا غير مشروع يسال عنه مسؤولية عمدية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الحالات التي يمكن فيها التجاوز عن رضاء المريض

الأصل في عقد العلاج الطبي هو الحصول على رضاء المريض بالعلاج، إلا انه واستثناء هناك بعض الحالات التي يجوز فيها للطبيب القيام بالعمل الطبي دون حاجة الحصول على رضاء المريض أو موافقة ممثله القانوني وهي حالة الضرورة والاستعجال وحالة فقدان الوعي والحالة التي يأمر فيها القانون بذلك.

<sup>1</sup>. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 272.

<sup>2</sup>. احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 56.

## أ/ حالة الضرورة والاستعجال :

حالة الضرورة والاستعجال تفترض أن تكون حالة المريض على درجة عالية من الخطورة والتي تتطلب الإسراع في العلاج ولا تحتمل التأخير لحين الحصول على رضا المريض<sup>1</sup> أو موافقة ذويه .

فتوافر حالة الاستعجال مع ضرورة إنقاذ حياة المريض تبرر تدخل الطبيب دون التزامه بالحصول على رضا المريض، بل من واجب الطبيب قيامه بهذا العمل العلاجي<sup>2</sup> .

ومن صور الاستعجال كان يباشر الطبيب تدخلا جراحيا بعد حصوله على رضا المريض ثم يتبين له أن التشخيص كان خاطئا ووجود مرض آخر خطير يستدعي الإسراع في علاجه وإلا انتهى إلى مخاطر يصعب تداركها إذا انتظر اخذ رضا المريض، فمن واجب الطبيب ان يقوم بهذا العلاج متجاوزا رضا المريض ولا يجوز أن يعتبر عمله غير مشروع .

وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا المبدأ في العديد من الأحكام والقرارات ولعل أشهرها حكم محكمة السين الفرنسية والذي جاء فيه انه إذا تبين للطبيب أثناء مباشرة العملية الجراحية التي رضي بها المريض، ما يستلزم إجراء عملية جراحية أخرى رأى ضرورة إجرائها وكان في تأجيلها إلى غاية الحصول على رضا المريض خطر على حياته فلا يكون الطبيب مسؤولا، وليس للمحكمة أن تقرر بان العملية الجراحية التي أجراها الطبيب كانت لازمة أو لا حتى ولو تبين لاحقا ان العملية لم تكن تقتضيها الضرورة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عشوش كريم، المرجع السابق، ص 142 .

<sup>2</sup> عشوش كريم، المرجع السابق، ص 142 .

انظر حكم محكمة السين بباريس في 05 جانفي 1906 . مجلة لو دروا . عدد 14 . جانفي سنة 1906 ماخوذ عن

<sup>3</sup> - منبر رياض حنا، المرجع السابق، ص 273 .

وما قضت به كذلك محكمة كويك بخصوص جراح قام بعملية استئصال الزائدة الدودية لسيدة فتبين له أن مبيضها ملتئمين فاستأصلهما دون اخذ رضائها<sup>1</sup>.

ومن صور الضرورة العاجلة كذلك حالات فقدان الوعي والتي يكون فيها المريض غائبا عن وعيه بحيث لا يمكن الحصول على رضاه مع عدم وجود من يمثله ليعبر عن الرضاء نيابة عنه وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسؤولية الطبيب عن الإخلال بالتزام إعلام المريض وبالحصول على رضائه قبل العملية لان اعتبارات الاستعجال تعفيه من الالتزام في هذه الحالة<sup>2</sup>.

#### ب/ حالة أمر القانون :

وهي الحالة التي يكون فيها الطبيب مكلفا بالقيام بالعمل الطبي تنفيذا لأمر القانون<sup>3</sup> كإجراء التطعيم والتحصين وحوادث العمل والفحوص العسكرية<sup>4</sup> أو أداء اللواجب كحالة تفشي وباء خطير مثلا إذ من واجب الطبيب اتخاذ ما يلزم من الوسائل للوقاية منها كإعطاء الأمصال والمطاعيم للمواطنين<sup>5</sup>

#### الخاتمة

إن عمل الطبيب ينصب أساسا على جسم الإنسان الذي له حرمة وقدسيته، ومباشرة هذا العمل يجب أن يستند إلى رضا المريض أو من يمثله قانونا، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في القانون رقم 05.85 المتعلق بحماية

<sup>1</sup> - انظر حكم محكمة كويك في 14 مارس 1930 . المجلة الفصلية 1930 . ص 573 ماخوذ عن منير رياض حنا،

المرجع السابق، ص 274 وكذا طاهري حسين، المرجع السابق، ص 23

<sup>2</sup> - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 275 .

<sup>3</sup> - احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 58 .

<sup>4</sup> - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 23 .

<sup>5</sup> - احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 57 .

الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون 1308 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 92.276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب .

ومن خلال هذا البحث توصلنا إلى مجموعة من النتائج وجملة من التوصيات نحصرها فيما يلي:

### النتائج :

1. عدم الالتزام بالحصول على رضا المريض يعد من اهم الاخطاء الطبية التي ترتكب مرارا وتكرارا خاصة مع تطور العلوم الطبية .

2. المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف رضا المريض بالعلاج وإنما أشار إليه في بعض نصوص مدونة أخلاقيات الطب وكذا قانون حماية الصحة وترقيتها .

3. الرضا يجب أن يصدر من المريض نفسه إذا كان في حالة تسمح له بذلك، وكان رضؤه حرا وسليما أو يعتد برضا ممثله القانوني إذا كان في حالة لا يمكنه معها التعبير عن رضائه . الأصل هو ضرورة الحصول على رضا المريض بالعلاج، إلا أنه واستثناء هناك بعض الحالات يجوز فيها للطبيب الاستغناء عن رضا المريض، بل إن التدخل العلاجي فيها يعتبر واجبا عليه .

4. خطأ الطبيب في عدم حصوله على رضا المريض بالعلاج يمكن تفاديه باعلامه وتبصيره بكل ما يتعلق بحالته الصحية حتى يكون على بينة بحقيقة مرضه وطبيعة العلاج و المخاطر المحتملة، وبذلك تكون موافقته على العلاج سليمة وصحيحة ، إلا أن الأعمال الطبية حاليا أصبحت تمارس في جو يغلب عليه الإهمال والتقصير .

## التوصيات :

دراستنا لهذا البحث جعلتنا نرى ضرورة تقديم التوصيات التالية :

1. على المشرع الجزائري أن يساير التقدم العلمي الهائل الحاصل في مجال العلوم الطبية وذلك باستحداث نصوص قانونية تتماشى وهذا التطور، وان يحذو في ذلك حذو المشرع المصري والمشرع الفرنسي وما وصلوا إليه في هذا المجال خاصة فيما يتعلق برضا المريض .
2. ضرورة تفعيل دور القضاء بما يكفل حماية للطبيب والمريض على حد سواء وذلك من خلال اجتهادات قضائية تتماشى والواقع العملي والتطور العلمي.
3. ضرورة إعادة التوازن للعقد الطبي وذلك بقلب عبء الإثبات في مجال التزام الطبيب بحصوله على رضا المريض وجعله على عاتق الطبيب بدلا من المريض حماية لهذا الأخير باعتباره الطرف الضعيف في العقد .
4. على التشريع والقضاء الجزائري اتخاذ الصالح من النصوص والأحكام والقرارات الأجنبية خاصة التشريع والقضاء الفرنسي .
5. على رجال الفقه البحث في مجال العلوم الطبية أكثر لإثراء هذا المجال من البحث والذي سيكون له أثره المباشر على النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية .
6. ضرورة نشر الوعي الثقافي والعلمي لدى المرضى والأطباء من خلال دورات وندوات تحسيسية وخلق فضاء خاص للهيئات النقابية والجمعيات الحقوقية .

## طبيعة العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان

ط/ العربي دواحي عمر- طالب دكتوراه  
جامعة محمد بن أحمد وهران -2-

### الملخص:

تعد بطاقة الائتمان وسيلة من وسائل الدفع الإلكترونية الحديثة باعتبارها أداة مصرفية تقوم مقام النقود في الوفاء بالالتزامات القانونية الناشئة عن التعامل بها، حيث أن نظام بطاقة الائتمان ينشئ علاقات بين أطرافها (الجهة المصدرة للبطاقة وحامل البطاقة والتاجر) ذات طبيعة تعاقدية تتمثل في:

- علاقة الجهة المصدرة للبطاقة الائتمانية والحامل لها.
- علاقة بين الجهة المصدرة للبطاقة الائتمانية والتاجر.
- علاقة بين الحامل للبطاقة الائتمانية والتاجر.

الكلمات المفتاحية: بطاقة الائتمان – الحامل لبطاقة الائتمان – التاجر – الجهة المصدرة – البنك – العلاقات الناشئة – وسائل الدفع الإلكترونية.

### Résumé :

La carte de crédit est l'un des un moyens du payement électronique et aussi un instrument bancaire qui représente la monnaie dans l'accomplissent des obligations juridiques relevant des transactions y afférente dont elle fait naitre des relations juridiques de nature contractuelle entre se partie qui se présentent dans :

Le rapport entre l'institution émettant cette carte son porteur.

Le rapport entre l'institution émettant cette carte et le commerçant.

Enfin le rapport entre porteur et la carte et le commerçant.

**Les mots clé :** La carte de crédit - porteur et la carte - le commerçant - les moyens du paiement électronique - la relation née- la banque

### مقدمة:

نتيجة التقدم الحاصل في كافة المجالات في عالمنا اليوم، خاصة فيما يتعلق بالتلاحم بين التكنولوجيا والقانون الذي أسفر عن العديد من التطورات والنتائج ولعل من أهم شواهد هذا التطور ظهور ما يعرف بوسائل الدفع الإلكترونية، التي حرصت الجهات المصدرة لها (البنوك) على انتشارها وعملت على توسيع نطاق استعمالها، واتجه فقهاء القانون إلى تعريفها وتحليلها وتكييف العلاقات الناشئة عنها، وهذا الأمر يظهر من خلال كيفية التعامل بالنقود الإلكترونية التي تعتمد تقنيات بالغة التطور في تنفيذ نماذجها، وقد وصلت النقود الإلكترونية إلى صيغتها الحالية نتيجة لتواصل البحث في كيفية تأمين وسائل جديدة تساهم في تلبية حاجات المستمرة أي ما يسهل للمستهلك إتمام صفقاته التجارية، مما يدفع القطاعات الاقتصادية ذاتها عبر ابتكارات الجديدة.

لقد سعى الإنسان منذ بداية حياته وراء توفير حاجاته بغية تحقيق الاكتفاء الذاتي واستهلاك ما ينتجه في تعاملاته مع الغير من المقايضة إلى النقود الورقية والمعدنية وصولاً إلى الكمبيوتر والشيك، إلا أن سعيه من أجل الحفاظ على هذه النقود من مخاطر السرقة والضياع وتطور التكنولوجيا ووسائل الاتصال، دفع البنوك إلى ابتكار وسيلة بديلة مسيرة لهذا التطور، فظهرت بطاقات الدفع الإلكتروني في شكل بطاقات إلكترونية يقوم التعامل بها على أساس الثقة والائتمان المتبادل بين أطراف هذه البطاقة ( البنك، الحامل التاجر).

إلى أن التطور الأهم في مجال وسائل الدفع الإلكترونية واستخدام آلية الدفع بواسطة البطاقات البلاستيكية، وقد اتخذت هذه البطاقات أشكال عديدة واستعملت لأغراض مختلفة، وقد ظهرت أول مرة في الولايات المتحدة

الأمريكية على شكل بطاقات معدنية أصدرتها شركة البترول الأمريكية لعمالها عام 1914 لتمكينهم من شراء ما يحتاجون إليه من منافذ التوزيع إليها وتسوية هذه المشتريات في نهاية مدة محددة.<sup>1</sup>

لم يحظ موضوع بطاقة الإئتمان بشكل عام بالقدر الكافي من الدراسة والتحليل من جانب الفقه ولعل هذا الأمر يعود إلى حداتها وسرعة إنتشارها كما أنّ نقص التنظيم التشريعي لأحكام بطاقة الإئتمان سواء على المستوى الوطني أو الدولي، دفع بالأعراف المصرفية لتكون المنظم الأساسي للعلاقات الناتجة عن إستعمال هذه البطاقات، إضافة إلى العوامل السابقة الذكر ظهرت عدة إشكالات كانت وراء معالجتنا لهذا المقال، خاصة فيما يتعلق بعدم التكافؤ بين أطراف بطاقة الإئتمان وكذا قصور الأحكام والضوابط القانونية المتعلقة بها.

هذا ما جعلنا نطرح إشكالات حول: عن طبيعة العلاقات الناشئة من إستخدام بطاقة الإئتمان؟ أو بمعنى آخر عن التكيف القانوني للعلاقات الناشئة عن إستخدام بطاقات الإئتمان والإلتزامات المترتبة عنها؟

تمحورت إجابتنا عن هذا الإشكال في ثلاث عناصر أساسية حسب طبيعة العلاقات الناشئة عن إستخدام البطاقة الائتمانية:

أولاً: العلاقة الناشئة بين الجهة المصدرة لبطاقة الإئتمان والحامل لها.

ثانياً: العلاقة الناشئة بين الجهة المصدرة لبطاقة الإئتمان والتاجر.

ثالثاً: العلاقة الناشئة بين حامل بطاقة الإئتمان والتاجر.

كما هو الحال بالنسبة لجميع العقود غير المسماة، تخضع العقود المنبثقة عن التعامل ببطاقة الإئتمان في تكوينها وأثارها للمبادئ العامة لنظرية الإلتزام، حيث أن نظام بطاقة الإئتمان ينشئ علاقة بين ثلاثة أطراف من

<sup>1</sup> طارق محمد حمزة، النقود الالكترونية كإحدى وسائل الدفع، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2011-1432، ص 37.

طبيعة تعاقدية، لذلك يتصور أن تنشأ عن بطاقة الائتمان ثلاث علاقات ثنائية الأطراف فنجد أن البنك المصدر يقوم بإبرام عقدين مختلفين:

فالعقد الأول مع الحامل، ويطلق عليه الفقه مصطلح " عقد الانضمام أو الانخراط"، أو كما يسميه البعض "عقد حامل البطاقة"، إذ بموجبه تسلم الجهة المصدرة البطاقة للحامل، وتتعهد تجاهه بضمان دفع فواتيره في حدود المبلغ المتفق عليه، بوصفه الحد الأقصى لإستخدام البطاقة، وقد ينطوي إتفاق الطرفين على أن يفتح البنك للعميل ( الحامل) إعتمادا، أما العقد الثاني مع التاجر، ويطلق الفقه على هذا العقد لفظ " عقد مورد أو التاجر" وفيه تتعهد الجهة المصدرة للتاجر بدفع الفواتير الموقعة من الحامل للتاجر في حدود المبلغ المتفق عليه، وفي مقابل ذلك يلتزم هذا الأخير بقبول الدفع بواسطة البطاقة.<sup>1</sup>

وتظل هذه الآلية التي تنبثق عن هذين العقدين متوقفة أو معلقة حتى يبدأ حامل البطاقة في استخدامها في الحصول على رغباته من سلع وخدمات، وهذا هو العقد الثالث الذي يجمع بين صاحب أو حامل البطاقة والتاجر المعتمد، ويطلق الفقه على هذا العقد تسمية " عقد البيع" أو " عقد توريد خدمات" وهذا الأخير يخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، علما أن العلاقة بين كل طرف وآخر علاقة عقدية مستقلة، وفيما يلي نوضح هذه العلاقات على النحو التالي:

**أولاً: العلاقة الناشئة بين الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان والحامل لها (Le contrat Titulaire)**

يتم إصدار بطاقة الائتمان، إما من الشركة المصدرة لهذه البطاقات مباشرة، أو بواسطة أحد المصاريف لعملائه، أما في الجزائر فيتم إصدار بطاقات

<sup>1</sup> محمد توفيق سعودي، بطاقات الائتمان والأسس القانونية للعلاقات الناشئة عن استخدامها، دار الأمين 2001، ص 21.

الائتمان من المصارف ، وهذا ما يفهم من المادة 69 من قانون النقد والقرض الذي يمنح الاختصاص المانع في ميدان تسيير وسائل الدفع للمصاريف والمؤسسات المالية<sup>1</sup>، لذلك فإن الشخص يجب أن يكون عميلاً للبنك حتى يتم إصدار البطاقة له وعلاقة العميل مع البنك علاقة تعاقدية، ويطلق الفقه على هذا العقد لفظ " عقد الانضمام " أو ما يسمى " عقد حامل البطاقة"، كما أنه إذا كان المنضم للعقد شخص معنوي، فإن العقد يتم باسم الشخص الطبيعي المكلف بحمل البطاقة، ويشترط أن تكون مسؤوليته في مثل هذه العقود تضامنية بين حامل البطاقة والشخص المعنوي صاحب البطاقة.

### 1- تكوين العقد بين مصدر البطاقة الائتمانية والمصدر لها

يعتبر عقد الانضمام الأساس الأول الذي يقوم عليه نظام الدفع بالبطاقة ويكون بين شخصين الأول عادة ما يكون البنك والذي يكون نفسه البنك الذي يبرم عقد التوريد مع التاجر، أما الشخص الثاني فهو ما أصطلح عليه بحامل البطاقة في حالة إبرام العقد، وقد تميز هذا العقد عن باقي العقود الآخرين المكونين لبطاقة الدفع الإلكتروني، الأمر الذي دفع بعض التشريعات<sup>2</sup> إلى البحث في الطبيعة القانونية لكل عقد على حدى.<sup>3</sup>

إن العلاقة التي تربط الحامل بالبنك أساسها عقد الانضمام ( Le Contra Titulaire) ويكون عادة في صورة عقد إذعان " Le contra d'adhésion " ، وليس للطرف المنضم أحقية مناقشة بنود العقد، حيث أن الأركان الأساسية لوجود

<sup>1</sup> المادة 69 من قانون النقد والقرض الجزائري 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2009: "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

<sup>2</sup> وقد أخذ بهذا الاتجاه كل القانونين الانجليزي لائتمان المستهلك، والفرنسي فيما يتعلق بالنظام القانوني لبطاقات الائتمان.

<sup>3</sup> عصام حنفي محمود موسى، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، دبي، المجلد الأول، المنعقد في الفترة 10-12 ماي 2003، ص 910-911.

هذا العقد هي : التراضي، المحل، السبب علما أن كل من المحل والسبب لا يشكلان خصوصية في عقد حامل البطاقة حيث يخضعان لأحكام القواعد العامة المعمول بها في العقود الكلاسيكية، مقارنة بخصوصية ركن التراضي ، وهذا ما يثير إشكالية حول:كيف ينقذ العقد بين مصدر البطاقة وحاملها؟

يتم إبرام هذا العقد بطريقتين إما أن يقوم البنك بإعداد وتوزيع نماذج مخصصة لطلب البطاقة وهذا العمل يكيف على أنه دعوة للتعاقد، والإيجاب هو تعبئة الطلب وتوقيعه من طرف العميل، أما القبول فهو متروك للبنك المصدر للبطاقة، حيث يدرس الطلب ليأخذ القرار بمنح أو رفض إصدار البطاقة متى وجد أن مقدم الطلب ليس أهلا للائتمان، ولا يجبر على تسبب رفضه استنادا إلى مبدأ: حرية التعاقد والاعتبار الشخصي للعقود المصرفية.<sup>1</sup>

أو يقوم البنك بإرسال البطاقة مع النموذج المطبوع الذي يحدد الشروط والأحكام الخاصة بإصدارها للراغبين في الحصول على البطاقة، وهذا العمل يعد إجابا من طرف البنك والقبول هو موافقة الطالب الراغب في الحصول على البطاقة على الطلب قبل عدول البنك عن إيجابه، وهذا ما ينص عليه قانون الحكومة الفدرالية الأمريكية في المادة 1602: " يعد قبول استلام البطاقة ، أو توقيعها أو استعمالها، أو تخويل غيره صلاحية استعمالها بقصد الحصول على نقد أو عين من الأعيان، أو عمل ، أو خدمة دين "، ومن ثم يرم العقد بين العميل والبنك، وحتى يستقر هذا العقد نهائيا، فإنه يجب أن يكون التراضي صحيحا، وذلك بأن يكون صادرا من ذي أهلية، وخاليا من عيوب الإرادة، ولذلك يشترط في العميل (الحامل) أهلية أداء كاملة أي أهلية التعاقد.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Michel Déjuglart et Benjamin Ippolito, Traité de droit commercial , tom 7- banques et bourse-montchresten, 3éme édition, 1991, p 552 .

<sup>2</sup> عبد الوهاب إبراهيم سليمان، البطاقات الافتراضية والسحب المباشر من الرصيد، دار القلم مجمع الفقه الإسلامي، 1998-1419، ص 55.

إضافة إلى ذلك ضرورة استجابة العميل ( الحامل) لنفس الشروط المطلوبة عند فتح الحساب المصرفي المتمثل في: الملائمة، الشرف، السمعة التجارية الحسنة، أما بالنسبة للمؤسسة المصدرة فأهليتها هي أهلية مفترضة لأنها تخضع للشروط والإجراءات القانونية الواردة في قانون النقد والقرض 11/03 وأنظمة بنك الجزائر. ذلك لأن ترخيص البنك يعني السماح له بمزاولة العمل المصرفي، ومن ثم منح تسهيلات إئتمانية لعملائه.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يكفي التراضي لإنعقاد عقد حامل البطاقة، بل يجب إفراغه في قالب شكلي ( سند مكتوب) أي أن الكتابة شرط لتكوين العقد ولقد إشتراط ذلك القانون الأوروبي للتعامل السليم والتشريع الكندي، وكذا المادة 111 من توصية اللجنة الأوروبية الإقتصادية (CEE) المؤرخة في 1987/12/08.

والمادة 05 من التوصية المؤرخة في 1988 /11/17 لنفس اللجنة والتي تعتبر أن التسليم العفوي للبطاقة ممنوع، بحيث يجب أن يوفر محرر كتابي لذلك، والذي يشترط أن تحرر فيه بنود كاملة.<sup>2</sup>

بعد تحديدها لألية تكوين هذا العقد يثار التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا العقد ، الذي هو في الأصل عقد الإنضمام أي عقد فتح اعتماد بحيث ينشئ علاقة بين طرفيه المعتمد والمعتمد له ويكونان في مواجهة بعضهما ولا يتعدى أثره إلى الغير، وهذا عكس عقد الإنضمام الذي يمتد أثره إلى الغير رغم إستقلال مضمون عقد الإنضمام عن باقي عقود البطاقة، وهذا ما يجعلنا نميزه عن بعض العقود المشابهة له كعقد الوكالة الذي يتشابه معه في كونها في جانب الوكيل التاجر عملا تجاريا ، وكذلك هو الحال بالنسبة لشروط محل

<sup>1</sup> Marie Chantal et boutard Labarde, autre moyens de paiement et de recouvrement, carte de paiement de crédit, juris classeur banque et crédit fasc 531, 1992, p 03.

<sup>2</sup> Françoise Perochon et Reigne Bonnhomme, entreprise en difficulté- instruments de crédit et de paiement, L.G.D.J manuel 3éme édition, 1997, p 36.

الوكالة، لكن بالنسبة لشرعية التصرف فهو لا ينطبق على البطاقة ومثال ذلك استعمال البطاقة في دفع الديون الناشئة عن لعب القمار.

أما بالنسبة لحوالة الدين الواردة في المواد 251 إلى 257 من القانون المدني الجزائري فهي تتطابق وأحكام عقد الإنضمام، كونها إتفاق بين المدين الأصلي المحيل (الحامل) والمحال عليه (المصدر) للدين المترتب في ذمته للدائن (المورد)، يرتب في ذمة المحال عليه إلتزامات شخصية نحو الدائن، فهي في نفس الوقت تنقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، لذلك يمكن القول أن العلاقة التي ينشأها عقد الإنضمام بين الحامل والمصدر للبطاقة هي حوالة دين بينهما.<sup>1</sup>

## 2- آثار عقد الجهة المصدرة لبطاقة الإئتمان والحامل لها:

يعد عقد حامل البطاقة من العقود الملزمة لجانبين بحيث يرتب إلتزامات متبادلة بين كل من مصدر البطاقة والحامل لها.

### 2-1- إلتزامات الجهة المصدرة للبطاقة للإئتمانية:

يرتب هذا العقد عدة إلتزامات على عاتق البنك المصدر للبطاقة وعادة ما تكون ذات طبيعة مالية، بحيث تركز حول الوفاء بثمن المشتريات التي يجريها الحامل بواسطة بطاقة الإئتمان، بحيث يلتزم مصدر البطاقة إتجاه عميله الحامل بالإلتزامات التالية:<sup>2</sup>

- الإلتزام بوفاء ديون الحامل الناشئة عن إستخدام بطاقة الإئتمان .

- إرسال كشف النفقات لحامل البطاقة.

- فتح إعتقاد لمصلحة الحامل.

<sup>1</sup> حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني في الجزائر، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2016 ، ص 236-237 .

<sup>2</sup> محمد توفيق سعودي، المرجع السابق، ص 162.

- إلزام الجهة المصدرة بالإستعلام عن العميل حامل البطاقة.
- إلزام الجهة المصدرة بنشر الإخطار بواقعة فقد أو سرقة البطاقة.
- أ- الإلتزام بوفاء ديون الحامل الناشئة عن إستخدام بطاقة الإئتمان .

تلتزم الجهة المصدرة بالوفاء بثمان المشتريات التي يحصل عليها الحامل للتاجر، كما يلتزم أيضا بقبول سحبه النقدي إذا كان ذلك ضمن العمليات المدرجة بالبطاقة، بحيث تكون الجهة المصدرة بمثابة الضامن للعميل (أمام التجار الدائنين) بسداد المبالغ المستحقة عليه في حدود السقف المتفق عليه سابقا أي بمثابة وكيل عنه في هذا الوفاء، وهذا الإلتزام يكون مقيدا بشروط في العقد، وخاصة تلك الشروط التي تلزم حامل البطاقة بضرورة عدم تجاوز المبلغ المسموح به،<sup>1</sup> وهنا ينبغي التفريق بين حالتين قانونيتين تتمثل الأولى في:<sup>2</sup>

إلتزام الجهة المصدرة للبطاقة بضمان الوفاء في حدود مبلغ معين ومحدد وفقا لما إتفق عليه في العقد بوصفه الحد الأقصى لإستخدام البطاقة وعادة ما يتضمن العقد الإئتمان المسموح به لحامل البطاقة، أما إذا لم يحدد هذا المبلغ فهنا يكون مصدر البطاقة يكون ملزما بالوفاء بجميع العمليات التي نفذها حامل البطاقة، ونجد أن القانون الأوروبي للتعامل السليم ينص على: "إن الإيفاء الإلكتروني لا رجوع عنه، والأمر بالدفع المعطى بواسطة بطاقة الإيفاء غير قابل للرجوع ، ويمنع كل إعتراض على الدفع".<sup>3</sup>

أما في حالة تجاوز الحامل للبطاقة الممنوح الرصيد من البنك لهذا الأخير بالتسديد : وقام هذا الأخير بتسديد للتاجر للتاجر فقد إختلف الفقه حول ذلك فذهب البعض إلى أن الجهة المصدرة للبطاقة تتحمل سداد بحيث أصبحت

<sup>1</sup> فايزرضوان نعيم، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء بالمنصورة، 1999، ص 162.

<sup>2</sup> Rivelange et Raynaud, droit bancaire, 5éme edition, Daloz, 1990, p 445.

<sup>3</sup> بيار إميل طوبيا، بطاقات الإعتماد والعلاقات التعاقدية المنبثقة عنها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 44.

تشغل مركز قانونيا جديدا وبصفتها وكيلًا مكلفًا بالدفع لحساب الحامل، وعلى هذا الأخير أن يمنع الوفاء بسحب وكالته، في حين أن البعض الآخر اعتبر أن الجهة المصدرة ترجع على حامل البطاقة بما يفوق المبلغ المسموح به في عقد الإنضمام على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، لأن الجهة المصدرة قامت بالسداد والوفاء في هذه الحالة من تلقاء نفسها وبإرادتها بدون الرجوع إلى الحامل.<sup>1</sup>

ب- إلتزام الجهة المصدرة للبطاقة بإرسال كشف بالنفقات للحامل:

يلتزم البنك أو الجهة المصدرة للبطاقة أن ترسل لحامل البطاقة كشف بمشتريات التي تم إجرائها من قبل الحامل وذلك حتى يتمكن هذا الأخير من سداد المبالغ المتراكمة عليه، ولابد من إعلامه بهذه المبالغ وبوصفه المستفيد الحقيقي من الائتمان ويعلم ما تبقى من المبلغ وما تم سحبه، هذا من خلال إرسال كشف تفصيلي للحامل في نهاية كل مدة يحددها العقد قد تكون شهرية مثلا، ويتضمن الكشف جميع العمليات المتعلقة بالصفقات والمشتريات، إضافة للمبلغ غير المسدد وأجل الدفع وما هو متراكم من الديون إضافة إلى الرسوم والفوائد.<sup>2</sup>

ج- إلتزام الجهة المصدرة بفتح إعتماد لمصلحة الحامل للبطاقة:

قد يتضمن الإتفاق بين مصدر البطاقة والحامل لها بندا يقضي بقيام البنك بفتح إعتماد لمصلحة الحامل وقد يكون هذا الإعتماد وعدا بالقرض أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاعتماد، فمصدر البطاقة يكون بمثابة المقرض ويكون الحامل لها مقترضًا لمبالغ النفقات التي تكبدها التاجر، ويكون هذا الإلتزام ضمن عقد الحامل أو في أي عقدا مستقلا حتميا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة، 1993، ص 130.

<sup>2</sup> - القاضي فداء يعي أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1999، ص 36.

<sup>3</sup> علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1969، ص 666.

### د- إلزام الجهة المصدرة بالإستعلام عن العميل حامل البطاقة:

يدخل هذا الإلتزام ضمن الإلتزامات العامة التي تفرض على الجهة المصدرة مسؤولية البحث والتقصي عن العميل الذي تنوي التعاقد معه ومنحه بطاقته، لتكون قناعاته في منح أو رفض التعاقد معه على أساس جدارته وإستحقاقه للثقة التي توضع في العميل والتي تكون مبنية على الثقة والائتمان المتبادل بين الجهة المصدرة للبطاقة والحامل لها.<sup>1</sup>

### هـ- إلزام الجهة المصدرة بنشر الإخطار بواقعة فقد أو سرقة البطاقة:

كأصل عام يتحمل الحامل كافة المسؤولية في حالة فقدان أو ضياع البطاقة، بحيث تترتب على عاتقه كل الأموال التي تم سحبها من طرف الغير الذي عثر أو سرق البطاقة، ويعزى ذلك لتقصيره وإهماله تجاه هذه البطاقة كأثر يترتب عليه العقد المبرم بين الجهة المصدرة والحامل.

لكن قد تنتقل المسؤولية إلى الجهة المصدرة في الحالة التي يثبت فيها الحامل أنه قام بإبلاغها عن واقعة ضياع أو السرقة في حدود الأجل القانونية المحددة في العقد، كما تلتزم الجهة المصدرة بتعميم ونشر المعارضة أو الأخطار على كافة التجار المتعاملين بالبطاقة لحماية لحامل البطاقة والغير.

### 2-2: إلزامات حامل بطاقة الائتمان:

يرتب عقد الإنضمام أو عقد حامل البطاقة متى إنعقد صحيحاً على عاتق العميل (حامل البطاقة) عدة إلزامات منها ما يتعلق بشخص الحامل أي لاعتباره الشخصي، ومنها ما يتعلق بدمته المالية أي الإعتبار المالي للحامل.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> معادي أسعد صوالح، بطاقات الائتمان، النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، 2011، ص 93.

<sup>2</sup> جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، طبعة مجهولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 209.

## أ- الإلتزامات المتعلقة بالإعتبار الشخصي للحامل:

وهي بمثابة التزامات سابقة على التعاقد بحيث أول ما يقوم به الحامل هو ملاً طلب الانتساب والاشتراك إلى نظام الوفاء بالبطاقة، ويجب على حامل البطاقة إعلام الجهة المصدرة لها بجميع العناصر التي دفعته إلى إبرام العقد ويعتبر هذا الإلتزام عاما يقع على عاتق أي متعاقد، حيث يلتزم حامل البطاقة بإحاطة الجهة المصدرة بكافة البيانات التي تخصه من إسم وعنوان، عمل رصيد، دخل، وضعه العائلي، تاريخ ميلاده.....إلخ، حتى في حالة تغييره لأحد هذه البيانات<sup>1</sup>، وهذا حتى تتمكن الجهة المصدرة من القبول أو رفض التعاقد مع الحامل بناءً على ما تقدم به من البيانات وتقصيها لها.

كما يجب على حامل البطاقة أن يستعملها شخصيا وهذا من الشروط الأساسية في العقد ولا يجوز له أن يتنازل عنها لغيره وهذا ما يفسر فكرة العقود القائمة على الإعتبار الشخصي أي أنها بطاقة شخصية<sup>2</sup>، وأن يلتزم بتحمل مسؤولية استعمال البطاقة من قبل الغير بسوء نية، حيث ينتج عن الإستعمال الشخصي للبطاقة ضرورة المحافظة عليها، لذلك تلزم البنوك الحامل في حالة الضياع أو السرقة أن يقوم بإخطار الجهة المصدرة لها فورا وذلك وفقا للأجل المحدد والنظام المتعاقد عليه حتى يتمكن من التنصل من عبء المسؤولية<sup>3</sup> وتصبح الجهة المصدرة لها هي المسؤولة عنها.

<sup>1</sup> لخضر رفاف، بطاقة الإئتمان والإلتزامات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 81.

<sup>2</sup> Ch, Gavalda et J. STOUFFLET ? droit de crédit, effets de commerce, chèque, carte de paiement et de crédit, 1998, p386

<sup>3</sup> توفيق شنبور، أدوات الدفع الالكترونية بطاقات الوفاء، النقود الالكترونية الجديدة، الجديد في أعمال المصارف عن الوجهة القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر السنوي لكلية الحقوق وجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، جديد في تقنيات مصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص ص 99-98.

## ب- الإلتزامات المرتبطة بالإعتبار المالي:

يعتبر هذا الإلتزام من الإلتزامات الرئيسية الواقعة على عاتق الحامل إذ أن نظام البطاقة كله يرتكز عليه، ويتمحور حول قيام الحامل بسداد ما دفعه البنك المصدر لقيمة فواتيره.

وذلك عن طريق أقساط لا تقل عن نسبة معينة من الرصيد المعلق عند حلول موعد الدفع بالإضافة إلى فائدة على الرصيد المستحق في نهاية كل دورة وقسط.<sup>1</sup> ولذا يقوم مصدر البطاقة بإرسال كشف إلى حاملها في نهاية كل مدة وعادة ما تكون منصوص عليها في عقد الإنضمام، ولا يستطيع حامل البطاقة أن يتخلص من هذا الإلتزام بالإحتجاج في مواجهته بالدفع المستمدة من هذه العلاقة، وهذا ما نصت عليه المادة 543 مكرر 24 من القانون رقم 02-05 المعدل و المتمم رقم 59-75 المتضمن للقانون التجاري إذ تنص على أن: " الأمر أو الإلتزام بالدفع معطى بموجب بطاقة الدفع الغير قابل للرجوع فيه، ولا يمكن الإعتراض على الدفع إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصحح بها قانونا أو تسوية قضائية أو إفلاس المستهلك".

علما أن الحامل يجب عليه أن يلتزم بعدم تجاوزه للمبلغ المسموح به في عقد الإئتمان، وإلا وقع الفسخ تلقائيا أو السداد الفوري للمبلغ المتجاوز كما يمكن إعفاء حامل البطاقة من السداد في حالة إخطاره بالجهة المصدرة بضياع أو سرقة البطاقة أو حالة إفلاسه ليستفيد من التسوية القضائية أو إذا كانت البطاقة مخصصة للوفاء بخدمات محددة حتى في حالة ضياعها أو سرقتها لأن من أبسط واجبات مصدر البطاقة أن يتأكد من السحوبات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>-Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, traité de droit comercial , op, cit P553.

<sup>2</sup> فايز رضوان نعيم، بطاقات الوفاء، المرجع السابق، ص 186.

## 3- نهاية عقد حامل البطاقة الائتمانية:

وفقا للقواعد العامة وخصوصية عقد بطاقة الائتمان فإن هذا الأخير ينتهي إما:<sup>1</sup>

- بإنهاء مدة العقد حيث ينتهي بإنهاء المدة المتفق عليها في العقد، وعادة ما تكون تلك المدة سنة ميلادية واحدة وفي حال الإتفاق على التجديد، يقوم المصدر بتسليم الحامل بطاقة جديدة بنفس الرقم السري ولكن يعدل فيها الرقم المتسلسل وتاريخ الصلاحية، إذ أن العقد يتضمن في الأصل التجميد التلقائي للبطاقة الجديدة ما لم يرغب أي من الطرفين غير ذلك.

- بوفاة حامل البطاقة حيث تعتبر البطاقة وسيلة دفع شخصية لا يمكن أن تؤول لورثة حاملها، كما يمكن أن يؤول إليهم الإعتماد المفتوح بموجبها وفقا للأحكام العامة للإعتماد، وتؤدي وفاة الحامل إلى إنقضاء عقد الإنضمام بشكل تلقائي ويبقى للمصدر حق شخصي في إستيفاء ديونه التي أجراها الحامل قبل الوفاة من تركته.<sup>2</sup>

- بفقدان العقد لأحد عناصره كالأهلية التي تتخذ عدة صور، فبفقدان الحامل لأهليته يقوم البنك بإلغاء البطاقة فور صدور قرار الحجر على الحامل أو حل الشخص الإعتباري المتعاقد على البطاقة، أو فقدان المصدر لأهليته بزوال الشخصية الإعتبارية عنه أو سحب الإعتماد الممنوح له أو شطبه من قائمة البنوك كما أن لإفلاس أحد الطرفين أو إعساره تعتبر البطاقة ملغاة حكما، حتى في حالة إساءة العميل إستخدام البطاقة ومخالفة شروط العقد.

<sup>1</sup> أنس العلي، نظام القانوني لبطاقات الاعتماد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2005، ص 91.

<sup>2</sup> عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات الافتراضية والسحب المباشر دار القلم، مجمع الفقه الإسلامي 1419 هـ- 1998م، ص 120.

- بفسخ العقد لا يمكن الحكم بإنهاء عقد الإنضمام بسبب تعيب المحل أو السبب، ولا يستطيع أحد الطرفين الإحتجاج بعدم مشروعية سبب العقد لكن يبقى حق طلب الفسخ ممكنا، إذ لا يمكن القول بأن هذا العقد ينتهي بفقدان أركانه الأخرى الذي يقوم عليها.<sup>1</sup>

ثانيا: العلاقة بين الجهة المصدرة والتاجر:

لكي تشرع الجهة المصدرة للبطاقة في الإعلان عن طرح خدمات بطاقات الدفع الإلكتروني، فلا بد أن تكون قد دخلت في علاقة أو علاقات تعاقدية مع تاجر أو عدد من التجار، تضمن من خلالها حصول من تتعاقد معهم لاحقا من الأفراد أو الهيئات، على السلع أو الخدمات بواسطة تقديم البطاقة. ولهذا كانت إتفاقية التاجر في الأساس الأول في جعل بطاقة الإئتمان وسيلة وفاء للإلتزام، ولا شك أن إبرام الجهة المصدرة للبطاقة عقديها مع كل من الحامل البطاقة والتاجر سوف يخلق علاقة مباشرة بينهما، من خلالها يستطيع الحامل مطالبة التاجر بالوفاء بما تعاهد القيام به للجهة المصدرة للبطاقة ألا وهو التزامة بقبول التعامل بالبطاقة.

## 1 - تكوين العقد:

يمكن تعريف إتفاقية التاجر أنها: عقد إذعان تجاري- كون أحد الطرفين تاجر حتما - غير مسمى محدود الأجل ملزم الجانبين ، يشترط بموجبه المصدر قبول المورد لإدانة حامل بطاقته مقابل إلتزامه بخصم كافة تلك الديون وتحصيل نسبة عليه، كما يمكن تعريفها: عقد يلتزم بموجبه أحد الأطراف، وهو البنك في الغالب، بتسديد قيمة المشتريات والخدمات التي يقدمها الطرف الآخر

<sup>1</sup> سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة ( الجديد من أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والإقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي ، كلية الحقوق، جامعة بيروت، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2007، ص ص 76-77.

وهو التاجر، لمستخدم البطاقة الصادرة من الطرف الأول، مقابل أن يلتزم الطرف الآخر بقبول البطاقات الصادرة من الطرف الأول كوسيلة وفاء.<sup>1</sup>

ومن هذا يتبين لنا أن عقد التاجر في الأصل عقد توريد يبرم بين شخصين مصدر البطاقة والتاجر ويخضع في نشأته للقواعد العامة الواردة في القانون المدني في المواد ( 59 إلى 98) بشكل عام، وعقود الإذعان بشكل خاص، ذلك بإعتبار أن مصدر البطاقة طرف قوي في علاقته بالتاجر والعلاقة بينهما تجارية محضة، باعتباره من العقود الملزمة لجانبين التي ترتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه أي التاجر من جهة والجهة المصدرة من جهة أخرى.<sup>2</sup>

## 2 - آثار العقد المبرم بين الجهة المصدرة والتاجر:

لقد أشرنا سابقا إلى أن كل علاقة عقدية تولد التزامات وحقوق لكل من طرفيها وإنما ما يلتزم به الطرف الأول يمثل حقا للطرف الثاني وفيما يلي التزامات لكل من التاجر وحامل البطاقة.

### 2-1- إلتزامات التاجر الحامل لبطاقة الإئتمان:

يلتزم التاجر حامل البطاقة في هذه الحالة بمجموعة من الإلتزامات التي يفرضها بموافقتها على شروط الانضمام لنظام الدفع ببطاقة الإئتمان بحيث يكون مصدرها العقد الذي يجمعه بالجهة المصدرة للبطاقة، حيث أن من أهم ما يرتب من الإلتزامات بينهما نجد:

<sup>1</sup> سعد محمد سعد، المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الإئتمان بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 10- 12 ماي 2003، دبي، المجلد الثالث، ص 801.

<sup>2</sup> Raymond Farhat : Le droit Bancaire – Réglementation – instrument etude de droit comparé, libraire antoine, liban 1995, P 262.

## أ- إلزام التاجر بقبول الدفع بواسطة البطاقة:

يعد التزام التاجر بقبول البطاقات من الالتزامات الأساسية التي يقوم عليها نظام بطاقة الائتمان ويقع على التاجر التزام قبول البطاقة دون أن يكون له إمكانية الرفض أو المطالبة باستعمال وسائل الوفاء القديمة،<sup>1</sup> ولتطبيق هذا الالتزام يتوجب على التاجر أن يعلن عن انضمامه إلى نظام الوفاء ببطاقة الائتمان وأن يساوي في التعامل بين حاملي البطاقة وباقي الزبائن الآخرين ويترتب على عدم تنفيذ التاجر لهذا الإلتزام مسؤولية أمام حامل البطاقة والجهة التي أصدرتها ، بالإضافة إلى فسخ العقد بينهما.<sup>2</sup>

## ب- إلزام التاجر بالمساواة بين حامل البطاقة والغير في السعر:

يجب على التاجر أن يتعامل بمبدأ المماثلة والمساواة في الأسعار سواء لحاملي البطاقة الائتمانية أو المشتريين العاديين ممن يستعملون وسائل الوفاء العادية، فمن غير المعقول أن يجد الزبون حامل بطاقة الائتمان نفسه في درجة أقل من الزبون العادي في المعاملة، كما قد يلجأ التجار إلى خفض الأسعار في تعاملهم مع حاملي البطاقات تشجيعاً لهم للتعامل بها .

كما يلجأ بعض التجار في كثير من الأحيان إلى ممارسات غير مشروعة من شأنها الإضرار بحاملي البطاقات كأن يشترط عليهم وسيلة أخرى للدفع، أو وضع حد أدنى لقبول الوفاء بالبطاقة أو الزيادة في الأسعار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 134.

<sup>2</sup> Michel de Juglart et Benjamin Ippolito, traité de droit commercial op, cit P 551.

<sup>3</sup> كيلاني عبد الرضا محمود، النظام القانوني الخاص لبطاقة الوفاء والضمان، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1996، ص 441.

### ت- إلزام التاجر بإعلان اعتماده للغير:

يتوجب على التاجر لكي يقوم بوضع التزامه بقبوله البطاقة الائتمان في موضع التنفيذ أن يقوم بالإعلان عن الانضمام لنظام الوفاء ببطاقات الائتمان ويعد ذلك المظهر الخارجي للتعبير عن قبول البطاقة كأداة وفاء، إذ يتوجب على التاجر إعلام الجمهور الحامل للبطاقة، وذلك بتعليقه للشعارات والملصقات التي التزم البنك بتقديمها إليه، في مداخل المحلات وفي الأبواب والأماكن الملمفتة للانتباه، وتوضح هذه الشعارات والملصقات نوع البطاقة المقبولة من التاجر، إلا أن التزام التاجر بالإعلام الجمهور عن طريق الملصقات والشعارات، متوقف على التزام البنك بتسليم وسائل الإعلام والدعاية والتي يلتزم البنك بتقديمها للتاجر كما يزوده بالأجهزة اللازمة، إضافة إلى فواتير خاصة بمشتريات الحامل، وهذه الأجهزة و الأدوات تعتبر في حكم الوديعة لدى التاجر، و لذا يلتزم التاجر بالمحافظة عليها وإعادتها في حالة إنتهاء العقد أو فسخه.<sup>1</sup>

### ث- التزام التاجر بالرقابة على استخدام البطاقة في الوفاء:

يلتزم التاجر عند قبوله البطاقة لسداد ثمن مشتريات الحامل أن يتأكد من : صلاحية البطاقة و يكون ذلك عن طريق التأكد من عدم انتهاء مدة صلاحيتها المحددة في العقد، فإذا أهمل التاجر الرقابة الدورية والآلية لمدة صلاحية البطاقة فإنه يكون مسؤولاً عن الثمن المسحوب بموجب هذه البطاقة و لا يجوز أن يطالب مصدر البطاقة بهذه المبالغ المترتبة عن إهماله وتقصيره ووجب عليه التأكد من أن البطاقة المتعامل بها ليست محضورة بسبب الضياع أو السرقة، علماً أن عادة لا يكون التجار مزودين بأرقام هذه البطاقات وأسماء

<sup>1</sup> تنص المادة 590 من القانون المدني الجزائري "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة و على أن يردده عيناً"

حاملها وبصفة دورية ومستمرة كما عليه التيقن بأن البطاقة لم ترد ضمن القائمة التي يحظر التعامل بها بسبب الضياع أو السرقة.<sup>1</sup>

### ج- التزام التاجر بتأكد من صفة الحامل للبطاقة:

يلتزم التاجر بتأكد من صفة حامل البطاقة عن طريق فحص توقيع الحامل ومضاهاته بالتوقيع الموجود على البطاقة، وذلك لتأكد من حامل البطاقة هو صاحبها، وليست مسروقة أو مفقودة أو إستعملها أحد غيره. فإذا أهمل التاجر ذلك يكون هو مسؤولاً عن ثمن المشتريات.

أما في حالة التأكد من شخصية حامل البطاقة عن طريق إدخال الرقم السري، فيكون لحامل البطاقة ثلاثة محاولات، فإذا فشل في المحاولة الأخيرة يجب على التاجر أن يقوم بسحب البطاقة.<sup>2</sup>

### ح- التزام التاجر بتأكد من أن الرصيد يكفي لسداد قيمة المشتريات:

لابد أن يتحقق التاجر من صلاحية البطاقة و الشخص الحامل لها بعد ذلك يلتزم بتأكد من الرصيد المسموح به لحامل البطاقة، فيكون هذا كإجراء أولي يتخذ قبل إتمام عملية البيع وذلك إما عن طريق البطاقة نفسها إذا كان مدون فيها المبلغ المسموح به، وإما عن طريق الإرتباط بخط إلكتروني بمركز التفويض العائد لمؤسسة الإصدار من أجل الموافقة على إتمام عملية البيع من عدمه، وتتم هذه العملية بصورة أوتوماتيكية عن طريق مركز إلكتروني متصل بشاشات و أجهزة قبول البطاقات الموجودة لدى التاجر، حيث لا يكون على التاجر إلا أن يضغط على أزرار معينة لتتم جميع هذه العمليات أوتوماتيكيا وفي وقت قصير.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني بالجزائر، المرجع السابق، ص 318.

<sup>2</sup> كلاني عبد الرضا محمود، المرجع السابق، ص 515.

<sup>3</sup> فداء يحي أحمد الحمود، المرجع السابق، ص 41.

### خ- التزام التاجر بإعداد فواتير الشراء المدفوعة بواسطة بطاقة الائتمان:

كذلك من بين الالتزامات المترتبة على عاتق التاجر التزامه بإحداث فواتير الشراء وفقاً لنماذج المتعارف عليها والمسلمة لجهة المصدرة التي تزود التاجر بألة طباعة تضعها تحت تصرفه كوديعة عند التاجر، بحيث تحتوي الفاتورة على البيانات التالية: إسم العميل، رقم البطاقة، تاريخ صلاحية البطاقة، رقم رمز التاجر، إسم التاجر والتسمية التجارية لمؤسسته، تاريخ المصاريف ومبالغها بالدينار الجزائري، وتشتترط بعض الجهات المصدرة في العقد المبرم مع التاجر رقم التفويض، بعد ذلك يطالب حامل البطاقة بالتوقيع عليها، ويتم تسليم العميل (الحامل) صورة عن الفاتورة، حيث تحرر في العادة ثلاثة نسخ، واحدة للتاجر وأخرى للجهة المصدرة وهي النسخة الأصلية، وثالثة للحامل.<sup>1</sup>

### د- التزام التاجر بإرسال الفواتير للجهة المصدرة:

حسب الاتفاقية بين التاجر والجهة المصدرة المحددة لهامش الريح والفائدة عن كل عملية، يقوم التاجر بدوره بعد ذلك بإرسال الفواتير في أجل معين، مرفقة بطلب التسديد للجهة المصدرة قصد تنفيذ إلتزاماتها المتمثلة في سداد قيمة هذه الفواتير بعد خصم العمولة المتفق عليها بين التاجر ومصدر البطاقة و عادة ما تتراوح بين 0.75 % و 2 %، مع العلم أنه لا يجوز للتاجر أن يقوم بتحصيل أي عمولات من الحامل للبطاقة مستندا في ذلك إلى ما يتم خصمه من عمولة للجهة المصدرة.

كما أنه في حالة تأخر التاجر عن إرسال الفواتير للجهة المصدرة للبطاقة في الموعد المحدد، فإنه يتعرض لخطر عدم الوفاء بقيمة هذه الفواتير من قبل مصدر البطاقة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - L'originale de la facture est transmis à l'émetteur de la carte, le client reçoit le double de cette facture, V R.FARHAT , op, cit P 262.

<sup>2</sup> - محمد توفيق سعودي ، المرجع السابق ، ص 49.

## 2-2- التزامات الجهة المصدرة للبطاقة إتجاه التاجر :

إن العقد المبرم بين التاجر والجهة المصدرة للبطاقة هو الشريعة العامة التي تحدد الالتزامات المتبادلة بينهما وذلك يعزى لعدم وجود قواعد خاصة تنضم هذه العلاقة بصفة مباشرة، لذلك تبقى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي المطبقة، إذ تحدد إلتزامات الجهة المصدرة من خلال ما تم الإتفاق عليه في هذا العقد، إضافة إلى وجود إلتزامات يرتبها نظام البطاقة ذاته على الجهة المصدرة لها من خلال: الإلتزامات التي يرتبها نظام البطاقة، والإلتزامات التي يرتبها العقد .

## أ- إلتزامات الجهة المصدرة وفقا لنظام البطاقة:

يترتب على الجهة المصدرة للبطاقة الائتمانية إلتزامات تتمثل في:

1. إصدار بطاقة الإئتمان: من البديهي أن يقوم البنك بعد التعاقد مع التاجر بإصدار بطاقات الائتمان، وإلا فإن تعاقدته مع التاجر يكون بدون جدوى، بحيث أن التاجر لا يجد مع من يستعمل هذه الآلات والمعدات التي التزم البنك بتسليمها له، والتزام البنك بإصدار هذه البطاقات يمكن حاملها من استعمالها بشكل مباشر لدى التاجر، وتحمل البطاقة اسم البنك المصدر للبطاقة، إذ تختلف البنوك في تصميم الشكل والألوان والسمات للبطاقة التي تلتزم بإصدارها. وعليه فالبنك ملزم بمسايرة التكنولوجيا الحديثة في إصداره للبطاقة وهذا لتسهيل عمل التاجر أثناء عملية قبولها وحمايتها من التعرض للتزوير.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> فايز رضوان نعيم، بطاقات الوفاء، المرجع السابق، ص121.

## 2. تزويد التجار بالأدوات اللازمة في تنفيذ نظام بطاقات الائتمان :

يعتبر التزام تزويد التجار بالآلات والأدوات اللازمة لاتمام عملية الوفاء الإلكتروني من الأمور الضرورية التي يكون البنك ملتزماً بتوفيرها، وهذا باعتبار أن هذه الأجهزة هي حكراً على البنوك وغير متوفرة في الأسواق، إذ تشمل هذه الأجهزة آلات البيع الإلكتروني وكذا الشرائط الورقية الخاصة بها وآلات البيع اليدوية وشعارات البيع الخاصة بها وكذا مواد للدعاية والإعلام.<sup>1</sup>

### تزويد التاجر بالمعلومات اللازمة لتنظيم عمل البطاقة كوسيلة وفاء :

علاوة على ما تقدم يلتزم مصدر البطاقة بتزويد التاجر بكافة المعلومات المنضمة لعمل البطاقة كأداة وفاء، ويكون ذلك عن طريق إعلام التاجر بقوائم البطاقات التي تم تقديم معارضات بشأنها أو سرققتها ، لتفادي قبول البطاقة لدى التاجر من جهة ، و تفادي مسؤوليتها من جهة أخرى ، لأن المسؤولية بعد الإعلام تقع على عاتق التاجر. كما تلتزم الجهة المصدرة أيضاً بتزويد التاجر مثلاً برقم تفويض معين يطلبه إذا طلب الحامل منه شراء بضاعة بمبلغ يزيد عن الحد المسموح به.<sup>2</sup>

### ب- الالتزامات الواردة في العقد المبرم بين التاجر والجهة المصدرة للبطاقة:

تلتزم الجهة المصدرة بموجب "عقد التاجر" بالالتزامات التالية :

#### 1- الالتزام الجهة المصدر بالوفاء للتاجر:

يعد التزام الجهة المصدرة بالوفاء للتاجر بمبلغ السلع والخدمات التي استفاد منها الحامل باستعمال البطاقة والالتزام الأساسي في مواجهة التاجر

<sup>1</sup> لخضر رفاف، المرجع السابق، ص ص 113-114.

<sup>2</sup> - نبيل محمد أحمد صبيح ، بعض الجوانب القانونية لبطاقة الوفاء وإئتمان المصرفية، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، عدد أول 1 مارس 2003، ص 264.

والمشترك في جميع العقود المبرمة بين التجار والبنوك ويكون هذا الوفاء محدداً ما لم تكن قيمته قد تجاوزت الحد الأقصى المضمون بالبطاقة، شريطة أن يكون التاجر قد اتخذ جميع الإجراءات اللازمة لتأكد من البطاقة وشخصية حاملها وفقاً لما ورد في كشوف النقاط المقدمة من التاجر،<sup>1</sup> و يتميز في هذا الصدد بين حالة كون مبلغ الفواتير يدخل ضمن حد المبلغ المضمون فيكون البنك في مركز المدين الشخصي ، أي يلتزم إلتزاماً شخصياً غير قابل للرجوع فيه بأن يدفع للتاجر الفواتير بشرط مراعات التاجر لإلتزاماته المذكورة سابقاً، أما في حالة تجاوز مبلغ الفواتير حد المبلغ المضمون التي يقوم بها التاجر بإجراء الصفقة على نحو يجاوز فيه حد الإئتمان الممنوح للحامل ، و يقوم بإرسال الفواتير للجهة المصدرة ، يتحرر المصرف من إلتزامه الشخصي غير قابل للرجوع بضمان الدفع، و يصبح عندئذ كوكيل عن حامل البطاقة ، أي لا يدفع البنك إلا بشرط تحصيل المبلغ من حامل البطاقة، ذلك أنه عندما يقبل التاجر إجراء صفقته بصورة تجاوز الحد الإئتماني الممنوح للحامل ، لا بد أن يتحمل مخاطر ذلك.<sup>2</sup>

## 2- تحمل الجهة المصدرة لمخاطر عدم الوفاء:

لا تملك الجهة المصدرة رفض الوفاء للتاجر إذا ما صدر الأمر بالوفاء من الحامل، هذا لا يمنع من وجود عدة حالات تجعل من الجهة المصدرة تتحمل مخاطر عدم الدفع إذا كانت الفواتير المقدمة لها غير صحيحة أو مخالفة للشكل المتفق عليه، أو إذا فاقت قيمة الفواتير الحد الأقصى المضمون.

أو في حالة عدم احتياط التاجر بفحص توقيع الحامل أو عدم التأكد من شخصيته وتاريخ صلاحية بطاقته، كما أن ضياع أو سرقة البطاقة خطراً يعلم

<sup>1</sup> معادي أسعد صوالحة، بطاقات الإئتمان النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية، المرجع السابق، ص ص 121- 122

<sup>2</sup> Raymond Farhat, le droit bancaire, op.cit, P262

به التاجر من طرف الجهة المصدرة فإذا لم يقيم هذا الأخير برفض تعامل فلا تكون للجهة المصدرة أي مسؤولية، إضافة إلى حالة إفلاس التاجر وعدم إحترام الأجال القانونية لدفع الفواتير وإرسالها، وفي هذه الحالات يكون من حق مصدر البطاقة أن يرفض الوفاء بقيمة هذه المشتريات، و من ثم يتحمل التاجر مخاطر عدم دفع قيمة الفواتير المعدة من طرفه، و ما عليه إلا الرجوع على العميل حامل البطاقة قصد الحصول على حقوقه<sup>1</sup>.

### 3- نهاية عقد التاجر بالجهة المصدرة للبطاقة:

وبالطبع كما تنشأ هذه العلاقات عن استخدام بطاقة الائتمان يمكن أن تنتهي، لذلك فإنه غالباً ما تتضمن العقود المنظمة لهذه العلاقات بندا متعلقاً بإنهاء العلاقة بالفسخ أو الإنهاء، وعادة ما يتقرر حق إنهاء العقد لحامل البطاقة الأصلي بشرط أن يخطر مصدر البطاقة برغبته بإنهاء العقد بالطريقة التي يحددها مصدر البطاقة، كون هذه العقود قائمة على اعتبار الشخصي إذ يختار مصدر البطاقة التجار الذين يتمتعون بسمعة تجارية ليتعاقد معهم لذا نجد أنه في حالة وقف نشاط المورد التاجر أو إفلاسه.

أو التنازل أو تحويل محله التجاري يفسخ العقد بقوة القانون، و على اعتبار أن عقد التاجر يبرم لمدة محددة أو غير محددة قابلة لتجديد صراحة أو ضمناً، لهذا فإنها تجيز لكل من الطرفين فسخ العقد في أي وقت دون إعدار أو تسبيب، و يكون ذلك في حالة عدم تنفيذ المورد لإلتزاماته كأن يعتمد التاجر المورد بدلاً من عرض الفواتير على البنك إلى تحصيلها بنفسها ليتهرب من العمولة التي يستوفها البنك على مجموع الفواتير.

يسري الفسخ في اليوم الموالي لإستلام الرسالة المضمنة، على أنه يتم تنفيذ الصفقات السابقة لفسخ العقد وفق شروط العقد، و بمجرد فسخ

<sup>1</sup> F.PEROCHON et BONNHOMME ,instrument de crédit et de paiement, op, cit, P643

العقد ، يلتزم التاجر برد الآلة الطابعة و جميع الوثائق المسلمة للمصرف، مع نزع جميع العلامات الظاهرة التي تبين إيمانه.<sup>1</sup>

ثالثا: العلاقة بين حامل البطاقة الائتمانية و التاجر:

لاشك أن إبرام الجهة المصدرة لبطاقة عقديها مع كل من حامل البطاقة والتاجر سوف يخلق علاقة بينهما (أي حامل البطاقة والتاجر)، من خلالها يستطيع الحامل مطالبة التاجر بالوفاء بما تعهد القيام به للجهة المصدرة للبطاقة نتيجة قبوله لتعامل بالبطاقة.

### 1- تكوين العقد:

يرتبط حامل البطاقة الائتمانية في علاقته مع التاجر بعلاقة تعاقدية كعقد بيع أو عقد تأدية خدمات أو غيره من العقود وبمقتضى هذه العقود يحصل الحامل على السلعة التي يقوم التاجر ببيعها أو الخدمات التي يقوم بتقديمها فيعتبر عقد البيع أكثر شيوعا بين الحامل و التاجر، ولا تأثر هذه البطاقة في طبيعة العقد كون التاجر يستوفي حقه من طرف ثالث غي الحامل وهو مصدر البطاقة ومدلول ذلك أن حامل البطاقة يقوم بالوفاء بالثمن للتاجر، عن طريق شخص ثالث و هو مصدر البطاقة، وهذا ما تفسره لنا المادة 294 من القانون التجاري الجزائري.<sup>2</sup>

الأصل في الوفاء في هذه العلاقة يكون من طرف الجهة المصدرة مما جعل البعض يعتبر هذا التصرف نوعا من الإنابة في الوفاء، في حين ذهب البعض في تحديد طبيعة العقد إلى تحديد طبيعة النقود الالكترونية باعتبارها وسيلة دفع

<sup>1</sup> C. Gavalda.J .Stouffle, Droit du crédit, op,cit, p, 400.

<sup>2</sup> تنص المادة 294 من القانون المدني الجزائري : "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاه الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين ولا تقضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير".

غير نهائية بالمعنى الدقيق فيحتاج الوفاء بالبطاقات الائتمانية إلى إجراء آخر مكمل في حصول الدفع النهائي، إلا أن البعض الآخر اعتبرها وسيلة دفع نهائية حسب مقتضىة العقد الذي أبرمه التاجر وانتقاد الائتمان من الحامل إلى التاجر وإستفاء هذا الأخير من الجهة المصدرة يعتبر دفعا نهائيا.<sup>1</sup>

## 2- آثار عقد حامل البطاقة والتاجر:

باعتبار العقد المبرم بين حامل البطاقة والتاجر عقدا ملزم لجانبين فإنه يرتب التزامات متبادلة في ذمة كل من الحامل للبطاقة والتاجر:

أ- إلتزامات حامل البطاقة إتجاه التاجر: الوفاء بواسطة البطاقة هو نظام قانوني لبطاقة الائتمان فبواسطة يستطيع الحامل لها أن يشتري ما يريد من التاجر الذي سبق له القبول بالوفاء بالبطاقة وفقا لإجراءات محددة في مقتضىات العقد المبرم بينهما حيث يوقع الحامل في مقابل ذلك فاتورة الشراء المعدة من طرف التاجر.

1. إلتزام حامل البطاقة بتوقيع على فاتورة الشراء أو تقديم الخدمة مع عدم الرجوع في الدفع، ليتمكن التاجر فيما بعد تحصيلها من الجهة المصدرة للبطاقة، ومتى وقع الحامل فاتورة الشراء، فإن حق التاجر لا ينقضي إلا بسداد الفعلي من الجهة أعلاه ويعد توقيعه إقرار بالدين فقط وليس وفاءً لثمن البضاعة بحجة أن الوفاء لا يبرئ إلا بالتسليم الفعلي للنقود.

وعند امتناع الجهة المصدرة للبطاقة عن السداد كان من حق التاجر الرجوع على الحامل بوصفه دائنا له وإنما ما حصل عليه الحامل يعد إثراءً بلا سبب،<sup>2</sup> كما يلتزم حامل البطاقة بعد إصدار أمر لرجوع بالدفع.

<sup>1</sup> شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية، رؤية مستقبلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص ص 122-123.

<sup>2</sup> فايز رضوان نعيم، بطاقات الوفاء، المرجع السابق، ص 29.

2. التزام الحامل بضمان صلاحية البطاقة للاستخدام ضمن الحد الأعلى المسموح به فإذا كان تغيير صالحة أو إنقضت مدتها أو كانت مزورة اعتبر الحامل مسؤولاً جزائياً ومخالفاً للقانون، كذلك هو الحال في حالة تجاوزه للحد المسموح به في بطاقته فيعتبر مرتكباً للغش من أجل الحصول على البضائع والسلع بتقديم بطاقة لا قيمة لها وهناك من اعتبرها جريمة نصب واحتيال لكنها تنقضي إذا ما قامت الجهة المصدرة بالسداد للتاجر.<sup>1</sup>

هل يعتبر سند البيع (الفاتورة) الموقع بين الحامل و التاجر سندا تجاريا؟

تطبيقا لنص المادة 390 من القانون التجاري الجزائري فإن فاتورة البيع لا تعتبر ورقة تجارية لأنها لا تتوفر على البيانات اللازمة للورقة التجارية ، كما أنها لا تقبل التداول بالطرق التجارية، وتجدر الإشارة أن القانون البريطاني إعتبر الوفاء بموجب بطاقة الائتمان هو وفاء مطلق و ليس وفاء معلق على شرط التحصيل مستندا في ذلك إلى إستقلالية العقود الناجمة عن نظام البطاقة، وقد قررت محكمة الإستئناف في إنجلترا أنه ليس للتاجر الحق في العودة على حامل البطاقة إذا لم يستطع الحصول على ما يقابل المشتريات من مصدر البطاقة بسبب الإفلاس.<sup>2</sup>

ب- إلتزامات التاجر إتجاه حامل البطاقة:

يتعهد التاجر بالتزام رئيسي في مواجهة حامل البطاقة يتمثل في قبوله البطاقة لتسديد ثمن مشترياته ، بالإضافة إلى إلتزم آخر يتعلق بتسليم التاجر المشتريات للحامل.

<sup>1</sup> سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 485.

<sup>2</sup> القاضي فداء يحي أحمد الحمود ، النظام القانوني لبطاقات الائتمان، المرجع السابق ، ص 57.

## 1 إلزام التاجر بقبول البطاقة لتسديد قيمة المشتريات:

يلتزم التاجر بقبول بطاقة الائتمان لتسديد قيمة مشتريات الحامل، دون أن يتطلب ضرورة الوفاء الفوري من الحامل وليس له أن يتمسك بأي دفع في مواجهة الحامل لرفض البطاقة كما أنه يلتزم بعد التمييز بين حامل البطاقة وغيره من العملاء الذي يقومون بسداد نقدا أو بوسائل دفع أخرى سواص كان ذلك في رفع الأسعار أو في نوع السلعة المباعة.

ويعود هذا الالتزام أساسا إلى فكرة الإشتراط لمصلحة الغير التي تفرض وجود ثلاثة أشخاص: مشترك، متعهد، ومنتفع، معنى ذلك أن عقد الإشتراط المبرم بين المشتراط (الجهة المصدرة للبطاقة) و المتعهد (التاجر) أي عقد التاجر يكسب الغير (حامل البطاقة) حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط، يستطيع بموجبه هذا الغير أن يطالب المتعهد بوفاء تعهده ما لم يتفق على خلاف ذلك.<sup>1</sup>

كما لا يجوز للتاجر أن يضيف على ثمن السلعة المباعة لحامل البطاقة جزءا من العمولة التي يخصمها منه مصدر البطاقة هذا بالإضافة إلى أنه يكون للحامل الحق في مطالبة مصدر البطاقة عن أي ضرر يلحقه من جراء رفض التاجر قبول الوفاء بموجب البطاقة إستنادا إلى بنود العقد المبرم بين الجهة المصدرة للبطاقة و حاملها، يضاف إلى ذلك التزامات مثل: ضرورة إعلام عملاء عن كيفية استخدام البطاقة في التعامل، وأيضا التزام التاجر بحل جميع المنازعات القائمة بينه وبين عملائه. و الجدير بالذكر في هذا الصدد أنه يقع على التاجر الذي يقبل البطاقة لتسديد مشتريات الحامل الإلتزام بعدم التمييز بين حامل البطاقة وغيره من العملاء الذين يقومون بسداد نقدا أو بوسائل الوفاء

<sup>1</sup> تنص المادة 2/116 من القانون المدني الجزائري: "ويترب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج على المنتفع بما يعارض مضمون العقد".

الأخرى في رفع الأسعار أو إضافة ثمن السلعة المباعة سعر العمولة التي يخصمها منه مصدر البطاقة ، كما أنه ملتزم ببيع السلعة بالسعر الرسمي إذا كانت مسعرة جبرياً، وكذا ضرورة إعلام العملاء عن كيفية استخدام البطاقة في التعامل ، إضافة إلى حل جميع المنازعات القائمة بينه وبين عملائه.<sup>1</sup>

## 2- إلزام التاجر بتسليم المشتريات الحامل:

يلتزم التاجر بموجب عقد البيع المحرر بينه وبين حامل بطاقة الائتمان بتسليم المشتريات للحامل والتي تم التعاقد عليها بموجب البطاقة ونادراً ما يدرج هذا الشرط في العقد المبرم بينهما وذلك يعزى لعدة أسباب من بينها: تجنب قيام مصدر البطاقة بالقيود العكسي لثمن المشتريات المودعة في حساب التاجر، إذا تبين أن التاجر لم يقدّم بتسليم المشتريات لحامل البطاقة، ونادراً ما يتم إدراج شرط التسليم في هذا العقد لأن ذلك يحقق ميزة للتاجر ألا وهي أنه يستطيع الحصول على قيمة السلع دون تمكين مصدر البطاقة من التأكد من قيام التاجر بتسليم المشتريات.

-كما أن هذا الشرط لا جدوى منه في حالة الوفاء الإلكتروني، حيث أنه يتم إدراج قيمة المشتريات في الجانب المدين، لحساب حامل البطاقة في نفس الوقت الذي يتم فيه قيده في الجانب الدائن من حساب التاجر، أو في خلال أيام قليلة من تاريخ إتمام العملية.<sup>2</sup>

ولعل وجود مثل هذا الالتزام في عقد كعدم وجوده، لأن التزام الجهة المصدرة للبطاقة في مواجهة التاجر هو التزام مستقل قائم بذاته لا علاقة له بالتزام التاجر قبل الحامل وبعد استعراضنا لمختلف العلاقات الناشئة عن نظام بطاقة الائتمان، نشير إلى أن هذه العلاقات تعتمد على العقد الناشئ بين

<sup>1</sup> لخضر رفاف، بطاقة الائتمان والالتزامات الناشئة عنها، المرجع السابق، ص 175-176.

<sup>2</sup> فايز رضوان نعيم، بطاقات الوفاء، المرجع السابق، ص 156.

كل طرفين من أطرافها، فالعلاقة بين التاجر و الجهة المصدرة، والتاجر والحامل، و الحامل و الجهة المصدرة هي علاقة عقدية تتميز بإستقلاليتها عن بعضها البعض، وأي إجراء أو عارض يمس بالعقد كالفسخ مثلا لا يتبعه بالضرورة فسخ عقد آخر، وتعديل لهذه العلاقات التعاقدية أو إنقضائها تخضع أيضا للعقد المبرم بين أطرافه، حسب ما كرسته الشريعة العامة للعقود باعتبار العقد شريعة المتعاقدين<sup>1</sup> ، علما أن أي تعديل مجحف بحق التاجر أو الحامل ترتب عليه ضرر ، أمكن لأيهما أن يطالب بالتعويض نتيجة لضرر اللاحق به تطبيقا لمبدأ التعسف في استعمال الحق، وفقا لنصوص القانون المدني، فالتعويض يقوم في هذه الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية لأن العقد يكون قد انتهى في هذه الحالة.<sup>2</sup>

خاتمة:

إن أنظمة الدفع الإلكترونية لا يفرضها القانون بل تنتج عن مميزات ثقافية وتاريخية وإجتماعية وإقتصادية لأي بلد، وكذا التطورات التكنولوجية وقبل أن تتدخل التكنولوجيا فإن هذه المميزات تحدد أشكال وطرق إستعمال وسائل الدفع في بلد ما، وأمام القصور التشريعي والفهمي للأحكام والضوابط المنظمة لبطاقة الإئتمان وجعلها مجالا خصبا في الأعراف المصرفية والتجارية لتكون المحددة والمنظمة للعلاقات الناتجة عن إستعمالها.

خلصنا إلى أن التعامل ببطاقة الإئتمان ينشئ علاقات ثنائية بين أطرافها الثلاثة (الجهة المصدرة، الحامل، التاجر) ذات طبيعة تعاقدية محضة، تحكمها في الأساس القواعد العامة باعتبار العقد شريعة المتعاقدين رغم عدم التكافؤ الظاهر بين أطرافها، مما جعل الفقه يختلف في تكييف طبيعتها القانونية

<sup>1</sup> تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري : "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون"

<sup>2</sup> الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة ، الطبعة الرابعة، 2010، ص 82.

حسب خصوصية طرفي كل علاقة بإعتبارها وكالة أو حوالة الدين أو عقد إذعان أو توريد أو بيع، أو عقد إنضمام، حسب مقتضيات كل علاقة.

كل علاقة من العلاقات التعاقدية المنبثقة عن استخدام بطاقة الائتمان ترتب إلتزامات متبادلة بين طرفيها يحكمها العقد المبرم بينهما، في ذمة كل من الجهة المصدرة للبطاقة الائتمانية والحامل لها والتاجر وذلك بهدف ضمان إستقرار المعاملات التي تباشرها الأشخاص الطبيعية والإعتبارية بواسطة بطاقات الائتمان.

رغم محاولة المتعاملين ببطاقة الائتمان وضع نظام محكم ومتكامل للتعامل ببطاقة الائتمان، إلا أن ذلك لم يمنع من إحتمالية الإستعمال الغير مشروع لهذه البطاقة وضياع حقوقهم، مما فرض حتمية وجود آليات قانونية سواء تنظيمية، حمائية، أو ردعية عقابية من أجل ترتيب المسؤولية عن الناشئة عن إستخدام هذه البطاقة مدنية كانت أو جزائية، بغرض ضمان إستقرار معاملات بطاقة الائتمان وحماية مصالح المتعاملين وفق منظومة قانونية تضبط أحكام التعامل بها وتفرض جزاءات للمخالفين.

## أثر التصرفات الدولية الانفرادية على قواعد العرف الدولي - الاحتجاج و التحفظ نموذجاً -

ط/ محفوظ إكرام- طالبة دكتوراه  
تحت إشراف: د/ أسود محمد الأمين - أستاذ محاضر "أ"  
جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة

ملخص:

يعد العرف أهم مصادر القانون الدولي وأكثرها إنشاءً لأحكامه ويستدل في ذلك إلى أن قواعد القانون الدولي ترجع في نشأتها إلى العرف، ومن ثم تحتل القواعد العرفية مكانه هامة في النظام القانوني الدولي. إن من سمات قواعد العرف الدولي أنها تسري في مواجهة كافة أعضاء الجماعة الدولية، أي إنها تطبق بعد نشوءها على كافة الدول، سواء من ساهمت في تكوينها أم لم تساهم، إلا أن تطور المجتمع الدولي أفرز بعض الأعمال و التصرفات التي قد تؤثر على قواعد العرف الدولي.

في هذه الدراسة سيتم البحث عن أثر الاحتجاج والتحفظ على سريان قواعد العرف الدولي.

الكلمات المفتاحية: مصادر القانون الدولي، قواعد العرف الدولي، الإلزام، التصرفات الدولية، الاحتجاج، التحفظ.

### Summary:

Custom is the most important source of international law, and most of the rules of international law are due to their custom, Thus, customary rules occupy an important place in the international legal order.

International custom rules binding to all countries, whether they contributed to its composition or not, but the development of the

international community has shown some international behavior that may affect the rules of international custom.

In this study, we examine the impact of protest and reservation on the validity of international customary rules.

**Key word:** Sources of international law, International custom rules, Binding , International actions, The protest, Reservation.

### مقدمة:

تعتبر مصادر القانون الدولي العام المصادر الوارد ذكرها في المادة الثامنة والثلاثون من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية 1945، حيث جاءت المادة سالفة الذكر بنوعين من المصادر، الأول هو المصادر الأصلية وتشمل المعاهدة الدولية، العرف والمبادئ العامة للقانون الدولي العام، أما النوع الثاني فهو المصادر الاستدلالية أو الاجتهادية أو الاحتياطية وتشمل أحكام المحاكم، آراء فقهاء القانون الدولي العام ومبادئ العدل والإنصاف.

يعد العرف أهم مصادر القانون الدولي وأكثرها إنشاءً لأحكامه، ويستدل في ذلك إلى أن قواعد القانون الدولي ترجع في نشأتها إلى العرف، ومن ثم تحتل القواعد العرفية مكانه هامة في النظام القانوني الدولي، ويمكن تعريف قواعد العرف الدولي أنها مجموعة القواعد القانونية التي نشأت في المجتمع الدولي بسبب إتباع الدول لها لمدة طويلة حتى استقرت واعتقدت الدول أنها ملزمة وواجبة الإتباع، مما يعني أن القاعدة العرفية تتكون أو تنشأ بإتحاد عنصرين واقعي ونفسي، ويصطلح على العنصر الأول بالركن المادي، ويتمثل في تكرار أشخاص القانون الدولي لتصرف أو سلوك معين لمدة طويلة، أما العنصر الثاني فيطلق عليه بالركن المعنوي ويتمثل في اعتقاد أعضاء الجماعة الدولية أن هذا السلوك المتبع ملزم من الناحية القانونية، أي اعترافهم بتوافر عنصر الإلزام للقاعدة الدولية العرفية.

إن من سمات قواعد العرف الدولي أنها تسري في مواجهة كافة أعضاء الجماعة الدولية، أي أنها تطبق بعد نشوءها على كافة الدول، سواء من ساهمت في تكوينها أم لم تساهم، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:  
هل تؤثر التصرفات الدولية على سريان قواعد العرف الدولي في مواجهة الدول؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد أولاً من التطرق إلى مفهوم التصرفات الدولية، ثم دراسة أثرها على قواعد العرف الدولي، وذلك على النحو التالي

### المبحث الأول: مفهوم التصرفات الدولية الانفرادية

ينصرف إصاح التصرفات القانونية الدولية إلى التصرفات التي تصدر عن أشخاص القانون الدولي لغرض إنتاج آثار قانونية معينة، وقد كانت المعاهدات الدولية ولانزال التصرف القانوني الأساسي على الصعيد الدولي، إلا أن تطور المجتمع الدولي أفرز تصرفات دولية أخرى تصدر عن الإرادة المنفردة لأعضاء الجماعة الدولية مستهدفة إنشاء آثار قانونية معينة، وسيتم التطرق في هذا المبحث إلى تعريف التصرفات الدولية الانفرادية (المطلب الأول)، وبيان أركانها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تعريف التصرفات الدولية

إهتم فقهاء القانون الداخلي بموضوع التصرفات الدولية الصادرة عن الإرادة المنفردة للدول، في حين أغفلت العديد من مؤلفات القانون الدولي دراسة هذه التصرفات، وفيما يلي بعض التعاريف التي وردت بشأنها؛

عرف الدكتور سامي عبد الحميد التصرفات الدولية الانفرادية أنها "التصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة في نطاق القانون الدولي"<sup>1</sup>

<sup>1</sup> محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام (القاعدة الدولية)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2015، ص 281.

وتعرف أيضاً أنها: "تعبير عن إرادة شخص من أشخاص القانون الدولي قصد ترتيب آثار قانونية وفقاً للشروط والأوضاع المقررة في القانون الدولي"<sup>1</sup> أو "تعبير عن إرادة شخص من أشخاص القانون الدولي يهدف بصفة مستقلة عن غيرها من التصرفات الإرادية إلى ترتيب آثار قانونية معينة"<sup>2</sup>.

وهناك من عرفه بأنه "التصرف الصادر عن الإرادة المنفردة لشخص من أشخاص القانون الدولي يهدف إلى ترتيب آثار قانونية"،<sup>3</sup> وبذلك يكون التصرف الدولي "كل تعبير إرادي صادر عن شخص من أشخاص القانون الدولي تترتب عليه آثار قانونية تكون جائزة ومشروعة طبقاً لأحكام القانون الدولي"<sup>4</sup>، وهي كذلك "إظهار إرادة الدولة بشكل واضح ومحدد تجاه قضية أو مشكلة محددة على نحو ينتج آثار قانونية لصالحها، وقد يكون مؤسساً على محض سلطتها التقديرية وقد يكون مرتبطاً بتنفيذ معاهدة دولية أو قاعدة عرفية دولية"، أو هي "كل عمل إرادي يحدث بنية إنتاج تعديل في التنظيم القانوني الموجود عند إصدار العمل، أو الذي سيوجد في المستقبل"<sup>5</sup>، وهي أيضاً "تعبير عن إرادة الشخص الدولي"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد بلقاسم، القانون الدولي العام "المفهوم والمصادر"، الطبعة الرابعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 197.

<sup>2</sup> - حامد سكر، التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة وأثره في تطوير قواعد القانون الدولي العام، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2006، ص 21.

<sup>3</sup> - عامر عبد الفتاح الجومرد وخالدة ذنون مرعي الطائي، تأصيل فكرة الإرادة المنفردة للدولة، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد الثامن، العدد 27، 2006، ص 214.

<sup>4</sup> - محمود مسعد محمود، دور منظمة العمل الدولية في خلق وتطبيق القانون الدولي للعمل، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص 77.

<sup>5</sup> - حامد سكر، المرجع السابق، ص 21-22.

<sup>6</sup> - عمر سعد الله، دراسات في القانون الدولي المعاصر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 35.

من خلال هذه التعاريف، يمكن القول أن التصرف الدولي هو تعبير إرادي، صادر عن شخص من أشخاص القانون الدولي، تترتب عليه آثار قانونية في إطار القانون الدولي.

### المطلب الثاني: أركان التصرفات الدولية الإنفرادية

يتضح من التعاريف السابقة انه لتكوين التصرف الدولي الانفرادي يكفي توافر ركن واحد وهو الإرادة، باعتبار انه لا حاجة لاقتران تلك الإرادة بأية عناصر أخرى خارجة عنها، ولما كانت الأعمال القانونية الصادرة عن أشخاص القانون الدولي تهدف إلى ترتيب آثار قانونية، فإن الإرادة التي هي قوام هذا التصرف يشترط فيها ما يلي:

1- أن تكون هذه الإرادة مسؤولة: ويقصد بالإرادة المسؤولة أن تتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات الدولية، وهو ما يولد الثقة لدى غيرها من الإرادات الأخرى بعدم التحلل عما سبق أن أعلنت عنه، ومنه فإن أي شخص من أشخاص القانون الدولي بما له من قدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات يستطيع أن يحترم كافة الارتباطات الدولية مما يولد لدى غيره الثقة المطلوبة فيه.<sup>1</sup>

إن للتصرفات التي تنسب إلى الدولة يتجه الفقه الدولي إلى القول بضرورة أن تصدر الإرادة من الجهة المختصة،<sup>2</sup> أي الجهة الممثلة للشخص مُصدر التصرف، التي يمنحها الدستور الداخلي للدولة سلطة إصدار هذا التصرف،<sup>3</sup> بخلاف المنظمة الدولية التي تعبر عن إرادتها عن طريق أحد أجهزتها،

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد فؤاد، النظرية العامة الصادرة عن الإرادة المنفردة، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984، ص65.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد فؤاد، المرجع السابق، ص68-69.

<sup>3</sup> - محمد يوسف علوان، القانون الدولي العام المقدمة و المصادر، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، الأردن، 2007، ص460.

أو عن طريق اشتراك أكثر من جهاز، وتنسب في النهاية إلى المنظمة وحدها لا إلى الجهاز الصادر عنه.<sup>1</sup>

2- أن تكون هذه الإرادة مستقلة: إن التصرفات القانونية الصادرة عن الإرادة المنفردة لشخص من أشخاص القانون الدولي لا بد وأن تكون مستقلة عن أية تعبيرات إرادية أخرى صادرة عن شخص أو أشخاص آخرين، بمعنى أن التصرفات الدولية التي لا تنتج أثارها بمفردها لا تعتبر من قبيل مصادر القانون الدولي وإنما من قبيل الاتفاقيات الدولية بمعناها الواسع.<sup>2</sup>

3- أن تتجه إلى ترتيب آثار قانونية: تختلف طبيعة الآثار القانونية للتصرفات الدولية حسب الجهة الصادرة عنها، فالتصرفات الدولية الصادرة عن الدول غالباً ما تكون قاصرة لا تلزم غيرها،<sup>3</sup> وذلك استناداً إلى فكرة المساواة في السيادة بين الدول والتي تقتضي أن تتمتع الدول بحقوق والتزامات متساوية باعتبارهم أعضاء في الجماعة الدولية، بغض النظر عن تفاوت نظمها الاقتصادية والاجتماعية و السياسية...<sup>4</sup> وهو ما أكدت عليه ديباجة ميثاق الأمم المتحدة التي نصت على "وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية" والفقرة الأولى من المادة الثانية التي جاء فيها "تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها"<sup>5</sup>، ومن ثم لا يمكن لأي دولة أن تفرض إرادتها على غيرها من الدول مما يعني أنه لا يمكن لدولة أخرى أن تنشئ

<sup>1</sup> - عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد فؤاد، المرجع السابق، ص 78.

<sup>3</sup> - محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 467.

<sup>4</sup> - مصطفى أحمد فؤاد، المرجع السابق، ص 66.

<sup>5</sup> - ميثاق الأمم المتحدة، المعتمد في سان فرانسيسكو 26 جوان 1945، دخل حيز النفاذ 24 أكتوبر 1945.

التزاما على عاتق الدول الأخرى، بخلاف تلك التصرفات الصادرة عن المنظمة الدولية و التي تلتزم الدول الأعضاء بتنفيذها لتحقيق أهداف المنظمة.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: اثر التصرفات الدولية على قواعد العرف الدولي

تتخذ التصرفات الدولية الصادرة بالإرادة المنفردة العديد من الأشكال والمضامين ولها من الأهداف ما يتعذر حصره، لذلك ستقتصر هذه الدراسة على أثر الاحتجاج (المطلب الأول) والتحفظ (المطلب الثاني) على قواعد العرف الدولي، وذلك على النحو التالي

#### المطلب الأول: اثر الاحتجاج على القاعدة الدولية العرفية

يعرف الاحتجاج انه تصرف صادر عن الإرادة المنفردة لشخص من أشخاص القانون الدولي -دولة أو منظمة دولية،<sup>2</sup> والمتضمن تجاه هذه الإرادة إلى عدم الاعتراف بوضع معين تصرفاً كان أو واقعةً أو مسلكاً أو إدعاءً، بالنظر لمساسه بحقوق المحتج أو مصالحه، ويشترط لصحته أن يصدر عن الجهاز المختص بالتعبير عن إرادة المحتج في مجال العلاقات الدولية،<sup>3</sup> وقد يتم إفراغ الاحتجاج في مذكرة مكتوبة أو تصريح شفوي، وقد يقع التعبير عنه بصورة ضمنية كأن تتخذ الدولة بعض المواقف التي تدل على الاحتجاج كقطع العلاقات الدبلوماسية، ولكن حتى ينتج أثره لا بد ان يعبر عن موقف ثابت في دلالته على الاحتجاج.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - رجب عبد الحميد، المنظمات الدولية بين النظرية والتطبيق، دون طبعة، مطابع الطوبجي التجارية، مصر، 2002، ص214.

<sup>2</sup> - بن عامر تونسي و عمير نعيمة، محاضرات في القانون الدولي العام، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص167.

<sup>3</sup> - محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص307.

<sup>4</sup> - جمال عبد الناصر مانع، القانون الدولي العام "المدخل والمصادر"، الجزء الأول، دون طبعة، دارالعلوم لنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 282.

إن الآثار القانونية للاحتجاج تنحصر في تأكيد حقوق و مصالح الدولة المحتجة والحفاظ عليها إذا حدث ما يمس هذه الحقوق والمصالح، ففيه تعلن الدولة معارضتها لواقعة معينة، أو سلوك معين، أو قاعدة عرفية في سبيلها إلى التكوين،<sup>1</sup> فلالاحتجاج أثر استثنائي على قواعد العرف الدولي، التي تعبر ملزمة للكافة وتسري في مواجهة الجميع، سواء من ساهم في تكوينها أم لم يساهم فالدولة أو المنظمة الدولية التي تحتج على قاعدة عرفية ما تتحلل من الالتزام بها أو لا تلتزم بأحكامها، وهو ما يمنع من سريانها في مواجهتها، إلا انه لا يمنع من نشوءها.<sup>2</sup>

إلا انه يشترط أن يكون الشخص الدولي المحتج ذو مصلحة في الاحتجاج أي إن مصالحه تتأثر من نشوء القاعدة الدولية العرفية محل الاحتجاج،<sup>3</sup> لا بد أن يصدر في فترة تكوين القاعدة العرفية، أي قبل نشوئها واستقرارها كقاعدة دولية، و إلا لن يكون محلاً للاعتبار ولا ينتج أثره القانوني ولا يمكن في هذه الحالة التحلل من الالتزام بهذه القاعدة.<sup>4</sup>

ووفقاً لمقرر لجنة القانون الدولي فإنه لا بد من إتاحة وقت لجميع الدول لإبداء رأيها حول تكوين القاعدة العرفية وذلك لتجنب القبول الضمني للقاعدة،<sup>5</sup> فالدولة إذا لم تحتج على ممارسة دولة أخرى فيفترض انها قبلت ممارسات الدول الأخرى المماثلة، ومن ثم فإن القبول المتكرر للممارسات

<sup>1</sup> - محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 460.

<sup>2</sup> - محمد سعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين، مصادر د 2003، ص 124.

<sup>3</sup> - عبد الرسول كريم مهدي ابو صبيح، أثر التصرفات الإنفرادية في تكوين القاعدة الدولي العرفية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العراق، المجلد الثامن، العدد 23، 2015، ص 182.

<sup>4</sup> - محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص 461.

<sup>5</sup> - عبد الرسول كريم مهدي ابو صبيح، المرجع السابق، ص 179.

المتماثلة وعدم الاحتجاج عليها يُكون العقيدة القانونية ويعتبر قبول ضمني للقاعدة العرفية ومن ثم تكوينها.

أما عن الدول حديثة النشأة أو المنظمة حديثاً إلى مسرح العلاقات الدولية، والتي لم تكن موجودة فعلاً عند نشوء القاعدة العرفية، تعتبر ملزمة بها ولا يحق لها الاحتجاج عليها، فالاحتجاج ضد قاعدة دولية عرفية سارية لا ينتج أثراً قانونياً وتبقى الدولة المحتجة ملزمة بها.<sup>1</sup>

جدير بالذكر أن عدد الاحتجاجات وشدها، والتصرفات اللاحقة للأطراف المعنية وأهمية المصالح المتأثرة والمدة الزمنية، لها دور كبير في عدم سريان القاعدة الدولية العرفية، وقد يصل الأمر إلى عدم تكوينها.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: أثر التحفظ على القاعدة الدولية العرفية

يقصد بالتحفظ وفقاً لما جاء في المادة الثانية الفقرة الأولى/د من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 إعلان من جانب واحد، أي كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة ما عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو إقرارها أو انضمامها إلى معاهدة، مستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة من حيث سريانها على تلك الدولة،<sup>3</sup> ويشترط في التحفظ أن يكون صريحاً، فالتعبير الضمني غير متصور بصدد التحفظ هذا النوع من التصرفات الدولية المنفردة.<sup>4</sup>

يتضح من هذا التعريف أن آثار التحفظ تقتصر على إلغاء الحكم القانوني الوارد في نص أو أكثر من نص الاتفاقية، واعتبار هذا الحكم غير نافذ

<sup>1</sup> عبد الرسول كريم مهدي ابو صبيح، المرجع السابق، ص 181-182.

<sup>2</sup> محمد سعيد الدقاق، مصطفى سلامة حسين، مصادر ق د 2003، ص 124.

<sup>3</sup> إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، اعتمدت في 5 ديسمبر 1966، دخلت حيز النفاذ في 27 يناير 1980.

<sup>4</sup> مصطفى أحمد فؤاد، المرجع السابق، ص 201.

في مواجهة الدولة أو المنظمة الدولية التي أبدتها واعتباره نافذ تحت شروط معينة لم ترد في المعاهدة،<sup>1</sup> مما يعني أن التحفظ لا يطرح إلا في ضوء الاتفاقيات الدولية، ومن ثم لا يمكن التحفظ على قاعدة دولية عرفية سواء في مرحلة تكوينها أو بعد نشوءها واستقرارها كقاعدة دولية.

ولكن الإشكال الذي يطرح هو هل يمكن التحفظ على اتفاقيات تدوين الأعراف الدولية؟، وإذا كان ذلك ممكناً هل أثر التحفظ على هذا النوع من الاتفاقيات، يعادل أثر الاحتجاج على قواعد العرف الدولي؟

الأصل العام أن التحفظ على الاتفاقيات الدولية جائز، إذا لم تمنع الاتفاقية الدولية المراد التحفظ عليها من إيراد التحفظات على بعض نصوصها وبما لا يتعارض مع الغرض من الاتفاقية، على أن لا يصل عدد التحفظات حداً يهدم معه وحده الاتفاقية والغرض الذي أبرمت لأجله،<sup>2</sup> ومن ثم يمكن التحفظ على اتفاقيات تدوين الأعراف الدولية.

ولما كانت اتفاقيات تدوين الأعراف الدولية تهدف إلى تدوين قواعد عرفية دولية موجودة سلفاً ونقلها من مرحلة عدم التدوين إلى مرحلة التدوين فإن الأثر القانوني للتحفظ على نصوص مثل هذه الاتفاقيات يختلف عن الأثر القانوني للاحتجاج على القواعد العرفية،<sup>3</sup> ولتحديد الأثر القانوني للتحفظ على اتفاقيات تدوين الأعراف الدولية لابد أن نميز بين حالتين:

- إذا كانت الدولة قد سبق لها وإن احتجت على القاعدة الدولية العرفية في مرحلة تكوين القاعدة، فلا تكون هذه الأخيرة سارية في مواجهتها بعد تكوينها

<sup>1</sup> جمال عبد الناصر مانع، المرجع السابق، ص 85.

<sup>2</sup> جمال عبد الناصر مانع، المرجع السابق، ص 90.

<sup>3</sup> عبد الرسول كريم مهدي ابو صبيح، المرجع السابق، ص 184.

ومن ثم لها أن تتحفظ على اتفاقية دولية لتدوين نفس القاعدة العرفية، ولا تكون ملزمةً بها.

- أما إذا لم يسبق لها أن احتجت على القاعدة العرفية في مرحلة تكوينها فهذا لا يمنع من أن تبدي تحفظات على معاهدة تدوين هذه القواعد العرفية ولا يكون النص المتحفظ عليه سارياً في علاقاتها مع الدول الأطراف في المعاهدة - إذا لم تعترض الدول الأطراف في الاتفاقية على هذا التحفظ، ولكن تبقى ملزمة بأحكام القاعدة الدولية العرفية، باعتبار أن التحفظ يتعلق بنص الاتفاقية سواء كان يتضمن قاعدة جديدة أو كان تدوين لقاعدة عرفية، لا بالقاعدة الدولية العرفية بحد ذاتها.<sup>1</sup>

ومثال ذلك اعتراض الدول الأطراف في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 على التحفظات بدعوى أن تلك التحفظات منافية للقواعد العرفية الراسخة، إذ أعلنت النمسا أنها ترى أن تحفظات غواتيمالا على اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 تكاد تتعلق حصراً بالقواعد العامة في تلك الاتفاقية والتي للكثير من نصوصها أساس في القانون الدولي العرفي، وترى النمسا أن ثمة شكوكاً حول توافق هذه التحفظات مع موضوع الاتفاقية والغرض منها، كما أبدت هولندا اعتراضها على تحفظات عدة دول على عدة أحكام من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961 وأعلنت أنها ترى ان الأحكام المقصودة تظل قيد النفاذ في العلاقات بينها.

فالتحفظ إذن يعطل تطبيق نص اتفاقية في مواجهة الدول الأطراف - إذا لم تعترض احد الدول الأطراف في المعاهدة و إذا لم يكن منافياً للغرض الذي أنشأت من أجله - لكن لا ينهي إلزام الدولة باحترام القاعدة العرفية، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية بقولها "الدولة التي صاغت التحفظ لا تعفى من

<sup>1</sup> - عبد الرسول كريم مهدي ابو صبيح، المرجع السابق، ص 187- 188.

الالتزامات التي يفرضها القانون البحري العام خارج نطاق اتفاقية الجرف القاري و بصرف النظر عنها "، إذ هناك فرق بين اختيار عدم التقيد بالالتزامات المعاهدة ومحاولة التحلل من الالتزام بقاعدة عرفية، فإذا تأكد الطابع العرفي للنص فإن الدول تظل ملزمة بهذه القاعدة.<sup>1</sup>

#### خاتمة:

- إن التصرف القانوني الدولي هو تعبير إرادي صادر عن شخص من أشخاص القانون الدولي - دولة او منظمة دولية - بنية إحداث آثار قانونية محددة بموجب القانون الدولي.

- إن للتصرف القانوني الدولي الانفرادي ركن وحيد، ينحصر في وجود إرادة مستقلة ومسؤولية تنسب الى شخص من أشخاص القانون الدولي، وتتجه إلى ترتيب آثار قانونية.

- يعبر الاحتجاج عن رفض أو اعتراض الشخص القانوني الدولي للواقعة معينة أو تصرف أو سلوك محدد..

- إن الاحتجاج على قاعدة عرفية دولية يمنع من سريانها في مواجهة مُصدر التصرف، إلا انه لا يمنع من تكوينها.

- الأصل العام أن القاعدة الدولية العرفية تسري في مواجهة كافة الدول إلا أنها لا تسري تجاه الدول التي تحتج عليها ، على أن يصدر الاحتجاج في مرحلة تكوين القاعدة العرفية، وان يكون الشخص الدولي المحتج ذو مصلحة في الاحتجاج، أي أن مصالحه تتأثر من نشوء القاعدة الدولية العرفية محل الاحتجاج.

<sup>1</sup> - عبد الرسول كريم مهدي ابو صبيح، المرجع السابق، ص 186- 187.

- إن عدد الاحتجاجات وشدها، والتصرفات اللاحقة للأطراف المعنية وأهمية المصالح المتأثرة والمدة الزمنية، لها دور كبير في عدم سريان القاعدة الدولية العرفية، وقد يصل الأمر إلى عدم تكوينها.
- إن التحفظ هو تصرف قانوني صادر عن أحد أشخاص القانون الدولي عند التوقيع أو التصديق أو الانضمام إلى معاهدة دولية بهدف استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة.
- يجوز للدولة أو المنظمة الدولية أن تبدي تحفظات بشأن اتفاقية دولية تتعلق بتدوين قواعد عرفية .
- لا يكون النص المتحفظ عليه المتضمن قاعدة دولية عرفية سارياً مع الدول الأطراف الأخرى في المعاهدة، ولكن تبقى الدولة أو المنظمة الدولية ملزمة بأحكام القاعدة الدولية العرفية، باعتبار أن التحفظ يتعلق بنص الاتفاقية سواء كان يتضمن قاعدة جديدة أو كان تدوين لقاعدة عرفية، لا بالقاعدة الدولية العرفية بحد ذاتها.
- إذا احتجت دولة ما على قاعدة دولية عرفية، يكون تحفظها على القاعدة نفسها المصاغة في اتفاقية، استمراراً لهذا الرفض بشأنها، ومن ثم لا تكون ملزمة بأحكامها.
- إن التحفظ إذن يعطل تطبيق نص اتفاقية في مواجهة الدول الأطراف لكن لا ينهي إلزام الدولة باحترام القاعدة العرفية.
- إن قواعد العرف الدولي هي قواعد ملزمة، تسري في مواجهة كافة الدول، سواء من ساهمت في تكوينه أو لم تساهم، إلا أن الدولة إذا أرادت أن لا تسري القاعدة العرفية في مواجهتها فما عليها إلا أن تعترض عليها، بالطرق المعترف بها في هذا الشأن، كالتحفظ والاحتجاج.

## الحق في الخصوصية كألية لكبح ممارسة حرية التعبير.

ط/ دزار عبد الهادي – طالب دكتوراه

جامعة جيلالي ليابس – سيدي بلعباس

### الملخص:

تعد حرية التعبير من بين أهم الحريات الفكرية أكثر الحريات ممارستا من قبل الأفراد، مستندين في ذلك على النصوص القانونية الدولية أو الوطنية. ولكن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما لها حدود وضوابط تطبيقاً لمبدأ تنتمي حريتك عندما تبدأ حرية الآخرين، بإعتبار الآخرين أيضاً لهم حقوقهم الخاصة بهم تحت مظلة ما يسمى بحق الخصوصية وما يندرج تحتها

### Summary:

Freedom of expression is one of the most important intellectual freedoms exercised by individuals, based on international or national legal texts. But this freedom is not absolute, but it has limits and limits in the application of the principle of your freedom ends when the freedom of others begins, considering that others also have their own rights under the law to privacy and under it.

### مقدمة

يعتبر الحق في التعبير الركيزة الأساسية في النظم الديمقراطية ولها أهمية كبيرة لارتباطها بالجانب المعنوي للإنسان الذي لن يشعر بوجوده إلا إذا منحت له فرصة التعبير عن رأيه لغيره من بني جنسه، الأمر الذي يساهم في تقويم المجتمع وكشف لكافة الممارسات التي تنتهك الحقوق والحريات.

وبالمقابل فإن حرية التعبير ليست مطلقة، فالإنسان يملك الحق في التعبير عن رأيه طالما أن ذلك يتم في إطار المشروعية الذي تحددها الدساتير والقوانين ومن بين هذه الضوابط التي تكبح أو تقف حاجزا أمام حرية التعبير الحق في الخصوصية أو ما يطلق عليه بعض الفقهاء بالحياة الخاصة للأفراد التي تعد من بين الحقوق المتعلقة بكيان الإنسان وحده ولصيقة بشخصيته ووجوده السوي وحياته الخاصة، والتي هي في الأصل من المسائل التي لا تقبل المساس أو الخوض فيها.

وإن تعريف الحق في الخصوصية أو الحياة الخاصة بشكل دقيق جامع مانع ليس ميسورا خاصة وأن الحياة الخاصة عبارة عن مصطلح له دلالات وأبعاد مختلفة باختلاف البيئة الإجتماعية، ولكن هنالك محاولات في تعريف الحياة الخاصة ومفادها أن الحياة الخاصة هي كل العناصر التي تتصل بعواطف الشخص وعلاقته مع الآخرين، وهي تشمل احترام أسراره الخاصة واحترام حالته الصحية والحياة المهنية وكل ما يتصل بالجانب المعنوي والمادي للإنسان.

أمام هذين الحقين حق حرية التعبير وحق الخصوصية أو حق الحياة الخاصة الذين يستمدا مشروعيتهما من النصوص الدستورية، فكيف يمكن صيانة الحق في الخصوصية أما الأفراد الذين يتمتعون بحرية التعبير؟ أو بطريقة أخرى كيف يمكن التوفيق والموازنة بين الحق في حرية التعبير وحق الخصوصية؟

بعد هذا السؤال سوف نعتمد على المنهج التحليلي والاستدلالي للإجابة على هذا الطرح وسوف يتم تناوله في نقطتين على التوالي:

المبحث الأول: مفهوم حرية التعبير ومدى مشروعيتها ممارستها

المبحث الثاني: نطاق كبح حرية التعبير في مجال حق خصوصية الأفراد

المبحث الأول: مفهوم حرية التعبير ومدى مشروعيتها ممارستها.

إن حرية التعبير عن الرأي هي حق أساسي لكل إنسان، ولا يجوز حرمان أي شخص من ممارسة حقه في هذه الحرية.

و الإنسان حر في التعبير عن رأيه، هو مسؤول بذاته عما يعبر عنه، من آراء وأفكار وتوجهات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية أو غيرها ولذلك، يجب أن لا يُسيء استخدام هذه الحرية، ولا يتجاوز عند ممارستها لها حدود المحافظة على الآداب والأخلاق والصحة العامة، وامن المجتمع والدولة وحقوق وحرريات الدولة.<sup>1</sup>

ونظرا لأهمية ممارسة هذه الحرية، فقد أقرت بها معظم دساتير العالم ضمن حدود القانون، ودون أن تحدد الأهداف من التقييد القانوني لها، أما بعضها الآخر فقد نص عليها كحق لكل إنسان بصفة عامة.

نجد أن الدستور الجزائري، قد كلف هذا الحق لكل مواطن بصفة خاصة، حيث نصت المادة (48) منه، على أن حرية التعبير مضمونة للمواطن.<sup>2</sup>

حرية التعبير تعني إفساح المجال وتمكين كل إنسان في أن يعبر عن وجهة نظره وما يجول في فكره بمختلف وسائل التعبير شفاهة أو كتابة في قضية خاصة أو عامة الغاية منه تحقيق الخير والمصلحة للأمة والإنسانية.<sup>3</sup>

وبهذا فإن حرية التعبير هي أن يعلن الإنسان عن جملة أفكاره وقناعاته التي يعتقد فيها الصواب والصلاح له ولغيره، وباعتبار حرية التعبير حقا فهو ينتج

<sup>1</sup> سبيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي - حقوق الانسان-، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2007، ص154 ومايلها.

<sup>2</sup> المادة 48 من دستور 2016 التي تنص: "حريات التعبير، وإنشاء الجمعيات، والاجتماع، مضمونة للمواطن".

<sup>3</sup> إن حرية التعبير هي أحد المبادئ التي أرساها الإسلام ورسخها منذ البداية الأولى للدعوة الإسلامية وكان نهجا نبويا انتهجه الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون من بعده.

عن عضوية الإنسان داخل المجتمع الإنساني - لأنه لا يستطيع العيش بمَعزَل عن المجتمع - باعتباره جزءاً منه ومسؤولاً مكلفاً فيه وهو مدعو للإسهام برأيه لإثراء التجربة الإنسانية وتحسيناً لها من العثرات والنواقص.<sup>1</sup>

وأخيراً يمكننا القول أن أغلبية الدول أقرت بالحق في حرية الرأي والتعبير عنه في دساتيرها بشكل صريح وواضح، باستثناء دولة واحدة أقرت بهذا الحق في نظامها الأساسي للحكم بشكل ضمني (وهي : السعودية)

والبعض من هذه الدساتير، أقرت بهذا الحق لكل مواطن، بصفة خاصة (وهي دساتير دول الأردن والجزائر والسودان، سوريا، العراق وليبيا والمغرب وموريتانيا، واليمن).

وهذه الدساتير تتشابه مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (1966)، من ناحية إقرارها بهذا الحق، ولكنها تختلف مع هذين الميثاقين، من ناحية أنهما أقرّا بهذا الحق لكل شخص بصفة عامة. وأنهما حددا الأهداف من القيود القانونية التي تخضع لها ممارسة هذه بصورة حصرية (وهي احترام حقوق أو سمعة الآخرين وحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو المصلحة العامة والصحة العامة أو الأخلاق).<sup>2</sup>

في حين أن أغلبية الدساتير أقرت بالحق في حرية الرأي والتعبير في حدود القانون. وأن تحدد الأهداف من القيود القانونية التي تخضع لها ممارسة هذه

<sup>1</sup> يعقوب عبد الحلّيم موسى، حرية التعبير الصحفي في ظل الأنظمة السياسية العربية- دراسة تحليلية مقارنة للصحف والقوانين السودانية والأردنية-، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الخرطوم -السودان-، 2003، ص376.

<sup>2</sup> إيجنيو غالياردوني ودايت غال وتياغو ألفيس بنتو وغابرييلا مارتينيز ساينز، الإتجاهات العالمية في حرية التعبير وتنمية وسائل الإعلام-تركيز خاص على الوسائل الرقمية-، منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة، منشورات اليونيسكون، ص71 ومايلها.

الحرية. ومن بين هذه القيود حق الأفراد في الخصوصية أو حق الأفراح في الحياة الخاصة<sup>1</sup>

المبحث الثاني: نطاق كبح حرية التعبير في مجال حق خصوصية الأفراد.

إن نطاق الحق في الحياة الخاصة ليس مطلقا ولكن يجب تحديد الموضوع هذا الحق لأن موضوعه يتضمن حالات كثيرة من الحق في المسكن والحياة العاطفية والحياة الزوجية، والذمة المالية للشخص ومهنة الشخص ... وغيرها، وكذلك الأشخاص الذين تشملهم هذه الحماية وهل يشمل الموظفين فقط أم يشمل عامة الناس.

مادام الفقه لم يتفق على تعريف جامع لموضوع الحياة الخاصة لذلك نرى ان الفقه القانوني حاول تعداد بعض الحالات التي تعد من أهم مواضيع الحياة الخاصة والمتفق عليها بديها والمواضيع الأخرى المختلف عليها وسنتناول في أدناه أهم المواضيع المتفق عليها على أنها من صميم الحياة الخاصة المرتبطة بالنشر عن طريق التعبير والصحافة لكونه مجال بحثنا.

أولا: حرمة المسكن.

تعتبر حرمة المسكن من أهم عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة للإنسان المتفق عليها باعتبار أن مسكن الشخص بمثابة مستودع خصوصياته وأسراره، بحيث تستمد حرمة المسكن من صاحبه، ففي المسكن ينفرد المرء بذاته وبأسرته وبالمقربين إليه بعيدا عن عيون وإسماع الآخرين وهذا أساس

<sup>1</sup> علي محمد نعمة الذبحاوي، دور القضاء الإداري والدستوري في حماية حرية التعبير، مركز الدراسات العربية، بيروت-لبنان، 2017، ص135.

تسمية المسكن، بذلك أن الإنسان يجد فيه السكنية ويعيش فيه متحررا من القيود التي تكبله في الحياة الاجتماعية<sup>1</sup>

ولن تنفرد القوانين الوضعية بالنص على حرمة المسكن بل يعتبر هذا الحق من أبرز تطبيقات الحق في حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية على إعتبار أن المسكن هو مستودع أسرار ومعقل خصوصيات الشخص ولابد أن يعيش فيه آمنا من تطفل الآخرين أو إطلاعهم على عوراتهم.

وقد تقررت هذه الحرمة في نصوص القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة التي تمنع الإنسان من التلصص على بيت غيره أو دخوله بغير إذن وتقرر حق ساكنيه في مقاومة الاعتداء الذي يقع على منزلهم باستراق النظر وغيره، والقصد من ذلك هو المحافظة على خصوصيات وعورات الناس<sup>2</sup>. ومن القرآن الكريم ما يؤكد ذلك: قال الله تعالى: "يأيتها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون بصير" ومن الحديث النبوي الشريف "ومن اطلع في بيت قومه بغير إذنه ففققوا عينه فلا دية ولا قصاص"، ويقول كذلك "ومن نظر إلى دار جاره فكأنما نظر إلى كوة من النار"<sup>3</sup>.

ويبدو أن الأمر كذلك في القانون الجزائري ولا سيما أنه أحاط المسكن بحماية دستورية وأخرى جنائية فالمادة 47 من الدستور التي تنص على أن:

<sup>1</sup> غالب صيتان مجرم الماضي، الضمانات الدستورية لحرية الرأي والتعبير والحرية الشخصية وإمكانية إخضاعهما للتشريعات العقابية، دراسة مقارنة، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2016، ص35 ومايلها.

<sup>2</sup> محمد نصر محمد، حق الإنسان في حماية حياته الخاصة في القانون الدولي والتشريعات الداخلية، ط01، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض-السعودية، 2013، ص76.

<sup>3</sup> غالب صيتان مجرم الماضي، المرجع السابق، ص55.

"تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه.

وإضافة اشتراط أن يكون أمر التفتيش مكتوب وصادر عن السلطة القضائية المختصة".

ومن مفهوم المادة التي تقضي بعدم انتهاك حرمة المسكن، ولا يمكن تفتيش المنازل إلا بمقتضى القانون، ويتم بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة.<sup>1</sup>

وقد وجدت هذه المادة صداها في كل من قانون الإجراءات الجزائية وكذا قانون العقوبات، بالنسبة بقانون الإجراءات الجزائية في المادة 44 تقضى بأنه لا يجوز لضابط شرطة القضائية الانتقال إلى مساكن المتهمين لإجراء تفتيشها إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، ويجب استظهار هذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل والشروع في التفتيش، وتنجز هذه العملية تحت إشراف مباشر للقاضي الذي أذن به.

كما نصت المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه لا يجوز البدء في تفتيش المساكن قبل الساعة الخامسة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساء، إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك.

وإذا دلت هذه الإجراءات على شيء، فتدل على أن المشرع الجزائري وفّر الحماية القانونية للمسكن، نتيجة للمحافظة على أسرار وخصوصيات قاطنيه ولا يجوز أن يكون محل ممارسة حرية التعبير من قبل الأفراد ولا من قبل المختصين - الصحفيين -

<sup>1</sup> إيهاب عبد المطلب، الدفوع في جرائم المخدرات، الطبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة- مصر، 2015، ص 137

أما قانون العقوبات في القسم الرابع المعنون بالاعتداء الواقع على الحريات الفردية وحرمة المنازل والخطف من الباب الثاني في المادة 295 على أن كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن عقوبته الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 د.ج بما تقتضي المادة 135 وفي القسم الخاص بإساءة استعمال السلطة، على أن كل موظف في السلك الإداري أو القضائي وكل ضابط شرطة وكل قائد أو أحد رجال القوة العمومية دخل بصفته المذكورة منزل أحد المواطنين بغير رضاه وفي حالات المقررة في القانون وبغير الإجراءات المنصوص عليها فيه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 د ج دون الإخلال بتطبيق المادة 107 بهذه النصوص يكون قانون العقوبات وقّر حماية كافية لحرمة المسكن بمقتضى نصوصه السابقة، سواء في مواجهة الفرد او في مواجهة الموظف العام

و من خلال الاطلاع على الكثير من النصوص القانونية اتضح أن المشرع الجزائري يعتد بالمسكن المشغول فعلا وان يكون سند الحيازة مشروعاً وهذا ما أكدته المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن المشرع الجزائري في هذا القانون المدني تناول ضمن نصوصه أحكام تحمي خصوصيات الغير بالنسبة للمسكن، وتمثل ذلك في فتح مطلات والمادة 709 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، السكنات وهذه المادة وغيرها تستهدف الحيلولة دون اطلاق الجار على خصوصيات وأسرار جاره، وهذا دليل على اعتبار أن المسكن عنصر من عناصر الحياة الخاصة للفرد في القانون الجزائري.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> علي أحمد حاج حسين العباسي، حقوق الإنسان بين التشريع الإسلامي والقوانين الوضعية: دراسة فقهية مقارنة،، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض-السعودية-، 2013، ص124

## ثانيا / الحق في حرمة الحياة العائلية والزوجية والعاطفية .

من المتفق عليه أن الحياة العاطفية للشخص تعد من صميم حياته الخاصة، ومن ثم لا يجوز المساس بها عن طريق حرية التعبير بوسائل النشر في الصحف أو بأية وسيلة أخرى، كما أن الحياة الزوجية تعد من أهم مواضيع الحياة الخاصة سواء كانت تعلقت بالزواج أو الطلاق أو البنوة أو الخطبة ولذلك لا يجوز ممارسة حرية التعبير في هذه المواضيع بنشر معلومات عن الزواج بوصفه زواجا ناجحا أو زواجا غير ناجح، وكذلك الزواج الجديد وكذلك الحياة العاطفية للأشخاص فإنها تعد من صميم الحياة الخاصة ولا يجوز نشرها وقد استقر القضاء الفرنسي على ذلك.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز نشر المغامرات العاطفية لفتاة صغيرة السن وذلك لان الحياة العاطفية للفتيات تعد من اخص أمور الحياة الخاصة ولا يجوز نشرها للجمهور سواء أكانت حقيقية أم غير حقيقية (من نسج الخيال) وكذلك لا يجوز نشر ما يتعلق بالطلاق وأسبابه لان ذلك يعتبر من خصوصية الأفراد ولا يجوز المساس بتلك الخصوصية، وكذلك لا يجوز نشر ما يتعلق بالحمل دون موافقة صاحبة الشأن لان ذلك أيضا من الخصوصية.<sup>1</sup>

وهذا ما أكده المشرع الجزائري باعتبار الحياة الزوجية والعائلية والعاطفية عنصرا من عناصر الحياة الخاصة، وبالتالي لا يجوز الكشف أو التطفل على أسرارها إلا بموافقة صاحب الشأن، من خلال صريح العبارة في المادة 30 من قانون العقوبات " أما البيانات التي لها صفة العلانية مثل شهادة

<sup>1</sup> طارق كمال، الأسرة ومشاكل الحياة العائلية، الطبعة 01، دار شباب الجامعة، 2005، ص145.

الميلاد او شهادة الوفاة فيجوز نشرها لان القانون يضفي عليها صفة العلانية فيجوز نشرها في الصحف إذا وجدت حاجة لذلك".<sup>1</sup>

### ثالثا / الحالة الصحية والرعاية الطبية.

تعتبر الحالة الصحية للشخص وما يعتريه من أمراض من الأمور التي تدخل في نطاق حياة الإنسان الخاصة بلا منازع، فلا يجوز ممارسة حرية التعبير في ما يصيبه من أمراض، أو تصويره وهو على فراش المرض إلا بعد الحصول على موافقته،<sup>2</sup> كما لا يجوز نشر الصورة التي التقطت له وهو في هذه الحالة بدون إذنه. وهذا ما أكدته المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج الأطباء والجراحون والصيدالة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم أو افشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم في القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك".

نفس الشيء بالنسبة للمادة 24 من التشريع الصحي<sup>3</sup> في الجزائر رقم 18-11 كما تقتضي هذه المادة على إن كل الأطباء، وجراحو الأسنان والصيدالة ملزمين بالسر المهني إلا في الحالات الاستثنائية المنصوص عليها قانونا، وكذلك

<sup>1</sup> أبي النصر مبشر الطرازي الحسيني، المرأة وحقوقها في الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 2001، ص46.

<sup>2</sup> جلال خضر عبدالله، النظام القانوني للمسؤولية العقدية للطبيب الجراح اتجاه المريض، الطبعة 01، دار المعتز للنشر والتوزيع، لبنان، 2017، ص65.

<sup>3</sup> المادة 24 من قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق ل 02 يوليو 2018 المتعلق بقانون الصحة: " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون. ويشمل السر الطبي جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة.

يمكن أن يرفع السر الطبي من طرف الجهة القضائية المختصة.

كما يمكن رفعه بالنسبة للقصر أو عديبي الأهلية بطلب من الزوج أو الأب أو الأم أو الممثل الشرعي".

المادة 226 من نفس التشريع قد مدت هذه الأحكام -أي الالتزام بالكتمان لأسرار الحياة الصحية للمريض- إلى كل مساعدين أو عاملين بالمستشفيات، وحتى طلبة المعاهد ومدارس التكوين الشبه الطبي وغيرهم ممن يتصل عملهم بحالة المريض الصحية، ولهذا التوسع أهمية بالغة للطب ولارتباطه الوثيق بحياة الإنسان الخاصة بأدق تفاصيلها للأطباء مما ينعكس على سمعة الشخص وعائلته.<sup>1</sup>

#### رابعاً / الذمة المالية للشخص.

إن الذمة المالية للشخص تعد من أهم أمور حياته الخاصة ونشر وإيداع أي معلومات والتعبير عنها بإفشاء هذه الالتزامات والحقوق المالية الحاضرة والمستقبلية للشخص بدون موافقته يعد انتهاك لحياته الخاصة ويستوي في هذا الشأن أن يكون الكشف والتعبير عن عناصر هذه الذمة بصورة مباشرة وذلك بنشر حجم العمليات المالية التي يقوم بها الشخص، أو بصورة غير مباشرة وذلك بنشر رقم الضريبة المفروضة عليه، حيث يكون من السهل حينها معرفة عناصر الذمة المالية لنفسها.

وقد حرص المشرع الجزائري على تحريم إفشاء الأسرار المتعلقة بالذمة المالية للشخص واعتبرها من مقومات الشخصية، وثمة العديد من النصوص المختلفة التي تحمي سرية الذمة المالية، منها قواعد العامة المنصوص عليها في القانون العقوبات ولا سيما المادة 301 التي تقضي بالسر المهني لجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة، وكذا المادة 48 كما قضت المادة 37 من القانون العام للعامل بنفس المبدأ ألا وهو السر المهني للعامل.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> نور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب: دراسة في القانونين اليمني والمصري، الطبعة 01، دار الفكر والقانون، المنصورة-مصر،-، 2014، ص162.

<sup>2</sup> هاني خميس، العولة والحياة اليومية، مكتبة الأجلو المصرية، مصر، 2004، ص88.

إلا انه استثناء يمكن الخروج عن القاعدة المذكورة إذا تعلق الأمر بالوقاية من تبييض الأموال أو تمويل الإرهاب ومكافحته، عندئذ لا يعد السر المهني أو البنكي ضد المسيرين إذا ما أعلنوا على الذمة المالية للمشتبه فيهم طبقا للمادة 22 من القانون المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحته، وكذلك نفس الاستثناء وارد في المادة 04 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أن يقوم الموظف العمومي باكتتاب تصريح عن ذمته المالية، وهذا لضمان الشفافية وخاصة حماية المال العام.

#### خامسا / الحياة السياسية للشخص ومعتقداته الدينية

إن الإنسان حر بالمشاركة مع أي حزب أو مع أي شخصية سياسية، ويحق له التصويت لصالح الشخصية السياسية التي يراها يخدم المصالح المشروعة للوطن أو المصالح التي يراها مفيدة ولكن يجب عدم الكشف عن ذلك لأن حرية التصويت تحميها الدساتير والقوانين في معظم الدول، فقد قضى بأن نشر صورة شخص يمسك بطاقة الانتخاب والصورة تكشف عن اسم الشخص الذي أعطى له صوته يعد اعتداء على حياته الخاصة.

ونصت المادة 52 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على إن حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون، ونعتقد أن الآراء السياسية تعد أحد وأهم مظاهر حرمة الحياة الخاصة في الجزائر حيث إنها تعبر عن جانب هام في الحياة الخاصة وهو السرية، هذا إذا ما كان صاحب الرأي السياسي يرغب في عدم الإفصاح عنه ونشره ويظل محتفظا به لنفسه ليبدل به في الاستفتاءات والانتخابات العامة

أما فيما يخص المعتقدات الدينية للشخص ذهب كل من الفقه والقضاء في فرنسا إلى اعتبارها من الأمور التي تدخل في نطاق حرمة حياته الخاصة، ومن ثم فهي عنصرا من عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة، وذلك تأسيسا على أن النظام الفرنسي علماني يعطي الشخص الحرية في أن يعتنق من

الديانات ما يشاء أو لا يعتنق أي ديانة على الإطلاق، إذ أن الاعتقاد الديني مسألة نفسية تقوم بين الإنسان وربه ومن ثم يجب حماية الشخص ضد أي ضغط أو إكراه ديني، وسرية العقيدة ضد الفضولية وتطفل الغير وليس من حق أحد أن يسأله عن معتقداته، حيث يحق للفرد إخفاء معتقداته لتكون سرا خاصا به لا يلزم أن يبوح به لأحد.<sup>1</sup>

أما المعتقد الديني في النظام القانوني الجزائري وعلى أساس هذا النظام الأخير الذي يتصف بأنه ديني وليس علماني، وهذا طبقا للمادة الثانية من الدستور التي تقضي بأن يتصف بأنه ديني وليس علماني، طبقا للمادة الثانية من الدستور التي تقضي بأن الإسلام دين الدولة لا تعتبر العقيدة الدينية عنصرا من عناصر حرمة الحياة الخاصة، ذلك لأنه يفترض أن كل جزائري يعتنق الإسلام.

كما أن في كثير من الأحوال يجب على الفرد أن يفصح عن ديانته خاصة وان المادة 42 من الدستور الجزائري 2016 تحمي حرية المعتقد وبالتالي العقيدة الدينية في الجزائر تدخل في نطاق الحياة العامة من حيث واجب إعلانها، أما من حيث درجة الإيمان والتطبيق والتربية الدينية في حد ذاتها تعتبر من حرمة الحياة الخاصة لكل فرد، وأن قانون العقوبات لم يكرس ضمانات لهذا وفسر هذا بأن الدستور قد أكد بأن دين الدولة هو الإسلام.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> نجم عبود مهدي السامرائي، مبادئ حقوق الإنسان (الكتاب محكم علمياً) (سلسلة الرسائل والدراسات الجامعية)، دار الكتب المصرية، بيروت-لبنان-، 2005، ص113

<sup>2</sup> حسن الصفار، التعددية والحرية في الإسلام : بحث في حرية المعتقد، الطبعة 05، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت لبنان، 2017، ص149.

## الخاتمة:

وفي الأخير نشير إلى أنه لا يمكن التسليم بقيام حرية التعبير وممارستها من قبل الأفراد على حساب حرمة الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية، لأن الحياة الخاصة حرمة لا تمس لمجرد الحق في حرية التعبير إذ أن تلك الحياة محمية دستوريا وجنائيا.

والحقيقة أن ذلك لا يعني الإنقاص من أحد الحقين على حساب الثانية على أساس أن أحدهما أهم من الآخر، وإنما إقامة نوع من التوازن أو التوفيق بينهما وتحديد مجال ممارسة كل منهما ومن تم حرية التعبير تنتهي حيث تبدأ حرية الآخرين، ذلك لأن الحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير تنحسر إذا ما فقدت الحرية قيمتها أو إقتربت ممارستها بمخاطر تهدد حريات الآخرين.

إذن فحرية التعبير لا بد أن تمارس ضمن الحدود المرسومة لها دون إفراط وإسراف ودون أن تشكل تهديدا لخصوصيات الأفراد وأسرارهم المالية والصحية والأهم من ذلك العاطفية.

## الوقف المائي ودوره في تفعيل الأمن البيئي المستدام

ط / أمينة عبيشات - طالبة دكتوراه

أ.د / براهيم عماري - أستاذ

جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف

### الملخص:

يعد البعد البيئي أحد أبعاد التنمية المعاصرة الذي تفرض من خلاله ضرورة المحافظة على قاعدة ثابتة من الموارد الطبيعية بإتباع أساليب إنتاج واستغلال للموارد الطبيعية بشكل عقلاني يضمن من خلاله تحقيق أمن بيئي لاسيما في ظل ما يشهده واقع البيئة من تلوث واستنزاف لمواردها وإخلال بتوازنها، ما يفسر عالمية قضية البيئة من جهة وضرورة التصدي للمشاكل التي تهددها من جهة أخرى، وهو ما تهدف إليه كل الدول، وذلك باعتماد سياسات تنموية هادفة، وإعداد برامج إنمائية، وسن تشريعات بخصوص الشأن البيئي إلى جانب القيام بتجارب في مجال المحافظة على البيئة، والتي من بينها تجربة العمل الخيري عامة، والعمل الخيري الوقفي خاصة في مجال حماية البيئة وتوفير أمن مائي مستدام وذلك من خلال وقف المياه واستثمار أموال وقفية في مجال حماية البيئة والمحافظة عليها.

كما أثبت تاريخ نظام الوقف والخبرة الإسلامية في مجال الوقف أنه أسس لما يعرف حاليا بالتنمية المستدامة وبما تحمله من أبعاد تنموية شاملة بما فيها البعد البيئي، وذلك من خلال الخاصية التي يمتاز بها عن باقي الأنظمة الخيرية الأخرى إلزامية كانت أو طوعية وهي مبدأ استدامة التحبب واستمرارية التسبيل عبر ضمانات أن تظل الأملاك الموقوفة مستغلة فيما خصصت له تنتقل من جيل إلى آخر بشكل عادل في الاستفادة من خيرات الطبيعة وما تجود به .

الكلمات المفتاحية: الوقف؛ وقف المياه؛ البيئة، التنمية المستدامة: الأمن المائي.

## Abstract:

The environmental dimension is a dimension of contemporary development from which the need to maintain a steady base of natural resources through production and exploitation of natural resources rationally which ensures ecological security, especially in light of the reality of the environment from the Pollution and depletion of resources and prejudice to balance global environmental issue explains on the one hand and the need to address the problems that threaten her, on the other hand, aiming all Aldo/ By adopting targeted development policies, development programmers and legislation concerning environmental affairs, along with experiences in the field of environmental conservation, including the experience of public philanthropy, charitable trust, especially in the area of environmental protection and provide secure- EBay is sustainable and that by stopping water and Waqf funds investment in the protection and preservation of the environment.

As demonstrated by the history of Waqf and Islamic Waqf experience he founded what is now known as sustainable development and the comprehensive developmental dimensions including the environmental dimension, and through the property that distinguishes from other charitable systems mandatory or voluntary/ It is the principle of sustainability and continuity across the close althabis guaranteed to remain stopped with his devoted exploited property passed from one generation to another fair and take advantage of nature's bounty and largesse.

**Key words:** stay, stopping water, environment, sustainable development, water security.

## مقدمة:

يحفل التاريخ الاجتماعي والاقتصادي للمسلمين بتجارب عديدة أسهمت في إرساء دعائم بنیان الحضارة البشرية على مر القرون، وشكلت نواة لهيضة أشرفت على باقي الحضارات التي استلهمت من الإسلام وأنظمته وحضارته وانجازاته حتى صارت نماذج عالمية رائدة على سبيل الوقف والزكاة والحسبة.

وإذا أخذنا ظاهرة الوقف على سبيل المثال كإحدى الظواهر الإنسانية التي ارتبطت بحضارة المسلمين؛ فإنها شكلت ظاهرة اقتصادية واجتماعية أصيلة وفريدة استفادت منها المجتمعات والاقتصاديات الغربية واستندسختها في تنظيمات قانونية وأشكال مؤسسية تقترب من مفهوم الوقف الإسلامي وتستفيد من أدواته في الإدارة والتمير والرقابة والتسيير، وفي نفس الوقت تحمل فيه كل معاني ومضامين فكرة التنمية المعاصرة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والحضارية.

وقد ارتبط مفهوم الوقف في الإسلام بحماية البيئة وبتسبيل الانتفاع بخيرات الطبيعة وضمان نصيب الأجيال المتعاقبة منها من خلال توزيع الأعباء العامة ونبد الفساد في الأرض والحث على الصدقة البيئية المستدامة التي ينتفع منها الإنسان والحيوان ويحصل بها على الأجر والثواب، بشكل يسهم في توفير أمن بيئي مستدام من كافة النواحي، ومنها الأمن المائي التي يعتبر جزء لا يتجزأ من الأمن البيئي وذلك من خلال الوقف على المياه.

## إشكالية الدراسة:

تعد مشكلة المياه من المشاكل المعاصرة التي تواجه العالم اليوم وذلك نظرا لندرة المياه من جهة والاستغلال غير العقلاني والمشروع لها من جهة أخرى فضلا عن سوء الإدارة والتوزيع الذي تتعرض له الموارد المائية في كافة أنحاء العالم، حيث يعتبر هذا المشكل معوق من معوقات التنمية المستدامة عامة

والتنمية المستدامة البيئية خاصة والتي تقتضي استدامة الموارد المائية وتوزيعها توزيعاً عادلاً يضمن استفادة الجيل الحاضر من ثرواتها وبالمقابل المحافظة على حق الأجيال اللاحقة من الاستفادة منها، وبناء عليه يثار التساؤل حول الآليات الكفيلة بتحقيق الأمن المائي المستدام من خلال نظام الوقف الإسلامي وذلك في رؤية معاصرة يتم من خلالها الاستفادة من وسائل الإدارة والتسيير المعاصر لموارد المياه من خلال أدوات الوقف و التنمية في الفكر الاقتصادي الإسلامي، فما مدى فاعلية نظام الوقف البيئي إذن في تفعيل أمن بيئي مستدام؟

### أهداف الدراسة:

سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية بيان علاقة الوقف بالمياه من جهة والدور الذي لعبه الوقف الخيري المائي في توفير الأمن المائي للمسلمين منذ بداية نشأة الدولة الإسلامية إلى يومنا هذا من جهة أخرى، وكيف يمكن للعمل الخيري الوقفي أن يكون رهانا من رهانات تحقيق أمن بيئي وتنمية مستدامة وبالتالي ضمان حق من حقوق الإنسان وهو كل من الحق في التنمية، والحق في الاستفادة من خيرات الطبيعة بعدالة ووفرة واستدامة.

### مناهج الدراسة:

لمعالجة هذا الموضوع انتهجنا المنهج الوصفي أثناء التطرق للمفاهيم المرتبطة بالوقف والوقف المائي والتنمية والأمن البيئي، إلى جانب المنهج التاريخي وذلك من خلال الوقوف على تاريخ وقف المياه من جهة وذكر بعض النماذج التاريخية الوقفيات مائية تبرز مدى إسهام الوقف في عملية تحقيق التنمية المستدامة البيئية وضمان أمن بيئي مستدام للمسلمين من جهة أخرى، فضلا عن الاعتماد على المنهج المقارن وذلك من خلال الوقوف على ملامح التداخل بين الوقف والتنمية البيئية المستدامة.

## مخطط الدراسة:

لمعالجة موضوع الورقة البحثية والإجابة عن الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم البحث إلى المحاور الآتية:

المحور الأول: مفاهيم أساسية حول الوقف والأمن البيئي

المحور الثاني: ملامح العلاقة بين الوقف البيئي والتنمية المستدامة

المحور الثالث: وقف المياه كأنموذج لدور الوقف في تحقيق أمن بيئي مستدام

المحور الأول: مفاهيم أساسية حول الوقف والأمن البيئي

ومن خلال هذا المحور سنحاول الوقوف على أهم التعاريف المرتبطة بالوقف والأمن البيئي كالتالي:

أولاً: مفهوم الوقف

الوقف في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفاً، ووقف بنفسه ووقفاً يتعدى وقيل للموقوف، وقف تسمية بالمصدر، وفي الدرر: فإن وقف الذي مصدره الوقف متعدد معناه ما ذكر ووقف الذي مصدر الوقوف لازم.

أما بالنسبة للفقهاء بشأن الوقف فلم يخصصوا تعاريف متعددة تبعا لمراد كل منهم، ودلالة المصطلح لديهم، بحيث ما يمكن أن نستخلصه من هذه التعاريف أن هناك إجماع بينهم على أن الوقف هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة أو الثمرة، أما الاختلاف فيما بينهم وقع في أن كل فقيه أثناء تعريفه أخذ بعين الاعتبار أركان وشروط الوقف التي وضعها في مذهبه الذي ينتسب إليه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - بوسعيد عبد الرحمان، الأوقاف والتنمية الاجتماعية والاقتصادية بالجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية- قسم الفلسفة- (جامعة وهران)، الجزائر، 2011-2012، ص.ص.4-6.

فقد عرفه الحنفية بأنه: "حبس العين على حكم ملك الواقف والتصديق بالمنفعة عند الإمام،<sup>1</sup> بمعنى أنه لا يلزم زوال الموقوف من ملك الواقف ويصح له الرجوع عنه، ويجوز بيعه لأن الأصح عند أبي حنيفة أن الوقف جائز غير لازم كالعارية<sup>2</sup>.

وخلافا للإمام أبي حنيفة عرفا الصحابين-أبو الحسن ومحمد حسن الشيباني الوقف بأنه: "حبس العين على ملك حكم ملك الله جل جلاله، أو حبس العين عن التملك والتصديق بالمنفعة"<sup>3</sup>.

وعند المالكية هو: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطيه ولو تقديرا"<sup>4</sup>؛ أي أن الوقف في الفقه المالكي يكون في المنافع دون ملكية رقبة المال الموقوف التي تظل في ملك الواقف مع عدم جواز التصرف فيها بأي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية (بيع، هبة،...)

أما عند الشافعية فقد تم تعريفه بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود"<sup>5</sup>، وعليه فإن أصحاب هذا الرأي يرون أن الوقف يخرج المال الموقوف من ملك واقفه بعد تمام الوقف، ويجعل ثمرته صدقة لازمة على الموقوف عليهم<sup>6</sup>.

(1) عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، الجزء الثاني، كتاب الوقف، ج.2، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص.180.

(2) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع، دار الفكر، ط.3، سوريا، 2012، ص.151.

(3) برهان الدين إبراهيم بن موسى الطرابلسي الحنفي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، تحقيق: صلاح محمد أبو الحاج، دار الفاروق، الأردن، الطبعة الأولى، 2015، ص.07.

(4) محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، العراق، 1977، ص.78.

(5) شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: محمد خليل عياتي، الجزء الثاني، كتاب الوقف، لبنان، 1997، الطبعة الأولى، ص.485.

(6) عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، دارهومة، الجزائر، 2004، ص.75.

وعرفه الحنابلة بأنه : " تحبب الأصل وتسبيل الثمرة<sup>1</sup>، وهو التعريف الذي يتماشى مع المبدأ الذي يقوم عليه الوقف، والمتمثل في تأييد الانتفاع به واستمرار واستدامة المنفعة منه في المستقبل، كونه مقتبس من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه عندما استشاره في كيفية التصرف في أرض له بخيبر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿إن شئت حبست أصلها وتصدقتم بها﴾<sup>2</sup>.

أما من الناحية القانونية: فقد عرف المشرع الجزائري الوقف في القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق"<sup>3</sup>.

كما ورد تعريفه أيضا في القانون رقم 91-10 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم في نص المادة الثالثة منه والتي جاء نصها كالآتي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"<sup>4</sup>.

ومن بين أكثر التعاريف المعاصرة للوقف هو تعريف علي محمد يوسف المحمدي الذي يرى بأن: "الوقف هو جهود مجتمع متمكن بدواع ورؤى متفاوتة لتثبيت خير أو استحداثه أو درء شر أو التحصين منه، وضمان الاستمرار بمنع الزوال الإرادي والزام التشغيل المستقبلي بحده الأدنى، وذلك لحفظ قرار وذاتية

(1) محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: محمد شرف الدين خطاب، محمد السيد، الجزء السابع، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص. 487.

(2) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، رقم الحديث 2772، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ص. 498.

(3) القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم، المتضمن قانون الأسرة لجزائري، الجريدة الرسمية العدد 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

(4) القانون رقم 91/10، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 23 شوال 1411.

المجتمع إذا ماتت به ظروف ومتغيرات السياسة أو الاقتصاد برواس محبة، ومشروعية محققة وإشراف منضبط"؛ وهذا التعريف ما هو إلا تفصيلا مجملا لرسالة الوقف<sup>1</sup>.

وغير بعيد عن هذا المفهوم، عرّفه الخبير الاقتصادي منذر القحف بأنه: "تحويل للأموال عن الاستهلاك واستثمارها في أصول رأسمالية إنتاجية، تنتج المنافع والإيرادات التي تستهلك في المستقبل جماعيا أو فرديا"<sup>2</sup>؛ أي تحويل جزء من الدخول والثروات الخاصة إلى موارد تكافلية دائمة، تخصص منافعها من سلع وخدمات وعوائد لتلبية احتياجات الجهات والفئات المستفيدة، مما يساهم في زيادة القدرات اللازمة لتكوين ونمو القطاع الخيري الذي يعدّ أساس الاقتصاد الاجتماعي في الاقتصاد الإسلامي<sup>3</sup>.

### ثانيا: مفهوم الأمن البيئي

يشير مصطلح الأمن البيئي إلى العلاقة ما بين البيئة والأمن، ولمعرفة مفهوم هذا المصطلح ينبغي أولا بيان مفهوم كل من البيئة والأمن وصولا إلى تحديد المراد بالأمن البيئي من خلال مايلي:

#### - مفهوم الأمن:

يعني الأمن بشكل عام يعني أن يعيش الإنسان حياته ويمارس نشاطاته الاعتيادية اليومية دون أن تهدده أية مخاطر في الوقت الحاضر أو في المستقبل وللأمن أشكال عدة، فإذا كان أمن غذائي مثلا يعني أن يتوافر الغذاء من حيث

<sup>1</sup> - علي محمد يوسف المحمدي، الوقف فقهه وأنواعه، مؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2001، ص.150.

<sup>2</sup> - منذر القحف، الوقف الإسلامي، تطوره- إدارته، تنميته، دار الفكر، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، 2000، ص.62.

<sup>3</sup> - صالح صالح، الدور الاقتصادي والاجتماعي للقطاع الوقفي، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 07، جامعة محمد خيضر(بسكرة)، الجزائر، فيفري، 2005، ص. 184-185.

الكم والنوع وفي المكان والزمان بالشكل المناسب والسعر المناسب؛ أي أن لا يكون الغذاء مصدر خطر على حياة الإنسان والمجتمع، نتيجة للنقص الذي يمكن أن يحدث حاضرا ومستقبلاً<sup>1</sup>.

### - مفهوم البيئة:

تعرف البيئة بعيدا عن التعريفات اللغوية بأنها المحيط الذي يعيش فيه الإنسان وبيوء إليه إذا سافر أو اغترب، فهو مرجعه في النهاية و مثابته شاء أم أبي<sup>2</sup>.

أما بخصوص التعريف القانوني للبيئة فنجد أن المشرع الجزائري لم يحدد تعريفا صريحا ومباشرة للبيئة بل ترك تعريفاتها ومفاهيمها للفقهاء، ولكن بالإطلاع على بعض نصوص قانون حماية البيئة نجد أن المشرع يقصد من خلالها تعريف البيئة بأنها المحيط الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمل من ماء وهواء وتربة وكائنات حية و غير حية ومنشآت، فيشمل هذا التعريف كل من البيئة الطبيعية والوضعية معا<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للتشريعات الدولية فهناك العديد من المؤتمرات والمواثيق الدولية التي عقدت من أجل إيجاد حلول والحد من المشاكل البيئية التي لا تخلو دولة منها، وقد تعرضت هذه المؤتمرات إلى تعريفات للبيئة تذكر منها على سبيل المثال لا الحصر إعلان ستوكهولم الخاص بالبيئة لعام 1972 الذي عرف

<sup>1</sup> - يوسف كافي ، التنمية المستدامة، الطبعة الأولى، شركة دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص.30.

<sup>2</sup> - يوسف القرضاوي، رعاية البيئة في شريعة الإسلام، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2001، ص. 12.

<sup>3</sup> - فريد أمحمد عوادي، حماية البيئة بين الشريعة والقانون، دار الأيام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016، الأردن، ص. 21.

البيئة بأنها: "مجموعة النظم البيئية والاجتماعية والثقافية التي يعيش فيها الإنسان والكائنات الأخرى والتي يستمدون منها زادهم ويؤدون فيها نشاطهم"<sup>1</sup>.

وكون مصطلح الأمن البيئي ENVIRONMENTAI SECURITY بين مفهوم الأمن ومفهوم البيئة؛ فهو يشير إلى المشاكل الأمنية الناجمة عن المجتمعات البشرية وتأثيرها سلبا على البيئة هذا من جهة، ومن جهة ثانية فهو يشير إلى الأزمات والكوارث التي تسببها البيئة وما لها من أثار سلبية على المجتمع<sup>2</sup>.

وبالمقابل يعني الأمن البيئي ضمان توفر الموارد البيئية اللازمة والضرورية لحياة الإنسان من أجل البقاء ودون أن يكون مصدر تهديد وخطر على حاضره ومستقبله<sup>3</sup>.

ومما ينبغي الإشارة إليه أن الأمن البيئي مفهوم جديد استحدث في فترة التسعينات من قبل دول الشمال المتقدم مثل الولايات المتحدة الأمريكية والدول الإسكندنافية، في حين أن العديد من دول الجنوب لم تضع بعد مفهوما محددًا للأمن البيئي فالصين مثلا تعتمد (تصنف) الأمن البيئي تحت مظلة حماية البيئة، كذلك الحال مع المنظمات الدولية والهيئات التابعة للأمم المتحدة حيث لم تتبنى بعد مفهوما محددًا للأمن البيئي، حتى عام 1994 حيث أشار البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة إشارة مختصرة في التقرير السنوي حول التطور الإنساني في الصفحة (28) أشار إلى أن مشاكل البيئة التي تواجهها الأقطار هي مزيج م التدهور المحلي والعالمي...وأكد على أنه من الصعب المحافظة على أمن الدولة دون تحقيق الأمن البيئي، الذي يعني المحافظة على النظام البيئي العام ومنع أي

<sup>1</sup> - طاوسي فاطمة، الحق في البيئة السليمة في التشريع الدولي والوطني، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح (ورقلة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2014-2015، ص. 10.

<sup>2</sup> - أمينة دير، التهديدات البيئية على واقع الأمن الإنساني في إفريقيا - دراسة حالة دولة القرن الإفريقي، رسالة ماجستير، جامعة محمد خيضر-بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013-2014، ص. 25.

<sup>3</sup> - يوسف كافي، المرجع السابق، ص. 31.

أخطار تهدد عناصر البيئة (المياه بما فيها البحر الإقليمي والهواء بما فيها طبقات الجو العليا، والتربة سواء ما على الأرض أو باطن الأرض) أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات أو المحيط الطبيعي للبيئة على المستوى الإقليمي. بحسب التعريف المستخلص والمقترح من قبل الدكتور طارق إبراهيم<sup>1</sup>.

يتضح إذن من خلال تعريف الأمن البيئي أنه من القضايا التي ارتبطت ارتباطا وثيقا بالأمن قضية البيئة باعتبار الأخيرة قضية أمنية ساهمت في تعميق الدراسات الأمنية ودخول تهديدات جديدة بعيدة عن الطابع العسكري وفي هذا السياق ظهرت تغيير المناخ كعامل لتفاقم المشاكل البيئية من تأثر بندرة المصادر إلى اختفاء المناطق الساحلية؛ فبات ما يعرف بالأمن البيئي مطروحا في الأجناس الدولية، وعقدت من أجله مؤتمرات وقمم عالمية نتيجة ما تولده قضية البيئة من مخاوف، رغم هذه الأهمية إلا أن مفهوم الأمن البيئي مفهوم غامض عرف عدة اختلافات نظرية وتفسيرية، فطبقا لجون بارنيت الأمن البيئي نتج عن ثلاثة تطورات رئيسية مترابطة وهي كل من:

- نمو الوعي البيئي للبلدان المتطورة منذ الستينات؛

- النقاشات الأكاديمية للممارسات التقليدية الناقصة في التعامل مع

الأمن البيئي؛

- التحول في الظروف الإستراتيجية خصوصا بعد نهاية الحرب الباردة مواصلة في البحث عن التداخل بين البيئة والأمن، تأكدت فرضية لعب البيئة دور المتغير المستقل مقابل دور المتغير التابع الذي تلعبه النزاعات والحروب وبالتحديد بعد انعقاد مؤتمر قمة الأرض في ري ودي جانير و1992<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الأمن البيئي- النظام القانوني لحماية البيئة-، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص.ص. 51-53.

<sup>2</sup> - دلال بحري، سميرة سلمان، الأمانة البيئية كآلية لإرساء الحوكمة البيئية العالمية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث (باتنة)، الجزائر، ديسمبر، 2014، ص.ص. 147، 148.

أما بالنسبة لمفهوم الأمن البيئي في الإسلام فهو يشمل كافة العناصر البيئية المحيطة بالإنسان والتي خلقها الله عز وجل بترتيب دقيق ومنظم وأن أي اختلال في تلك العناصر يلحق بالإنسان العديد من الأضرار والمشكلات الاقتصادية والبيئية<sup>1</sup>.

### المحور الثاني: ملامح العلاقة بين الوقف والتنمية البيئية المستدامة

لا شك أن وقف الأموال وضمان انتقال الثروة بين الأجيال عن طريق هذه الآلية المستدامة يعد مقصدا أساسيا من مقاصد الشريعة الإسلامية، لاسيما إذا راعت عملية الادخار والاستثمار البعد البيئي وحظ الأجيال المتعاقبة في بيئة سليمة يستديم فيها الانتفاع بخيرات الطبيعة دون إسراف أو تقتير تطبيقا لمضمون الصدقة الجارية أو المستدامة، وهي صفة يشترك فيها الوقف والتنمية في التصور الإسلامي والفكر المعاصر، ما يحتم علينا معرفة مدلول التنمية المستدامة أولا، ثم ملامح التوافق بينها وبين الوقف في مضمونه التنموي ثانيا<sup>2</sup>.

### أولا- مفهوم التنمية المستدامة:

تعرف بأنها التنمية الحقيقية ذات القدرة على الاستمرار والتواصل من منظور استخداماتها للموارد الطبيعية والتي يمكن أن تحدث من خلال إستراتيجية تتخذ التوازن البيئي كمحور ضابط لها لذلك التوازن الذي يمكن أن يتحقق من خلاله الإطار الأمني البيئي والذي يهدف إلى رفع معيشة الأفراد من

<sup>1</sup> - أمينة دير، المرجع السابق، ص.27.

<sup>2</sup> - دلالي جيلالي، نحو إستراتيجية متكاملة لتفعيل دور الوقف المائي في التنمية المستدامة- رؤية معاصرة من وحي التجربة الإسلامية في وقف المياه-، مجلة جيل للدراسات القانونية، العام الثاني، العدد الثالث، لبنان، يناير، 2017، ص.9.

خلال النظم السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تحافظ على تكامل الإطار البيئي<sup>1</sup>.

وهو ما اتفقت عليه دول العالم في مؤتمر الأرض عام 1992 ريودي جانيرو حيث عرفت التنمية المستدامة بأنها: ضرورة إنجاز الحق في التنمية ، بحيث تحقق على نحو متساو الحاجات التنموية والبيئية لأجيال الحاضر والمستقبل<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لمفهوم التنمية المستدامة من المنظور العربي فإنها تعني: " النهوض بالمستوى المعيشي للمجتمع العربي بأسلوب حضاري، يضمن طيب العيش للناس ويشمل التنمية المطردة للثروة البشرية والشراكة العربية القائمة على أسس المعرفة والإرث العربي الثقافي والحضاري، والترقية المتواصلة للأوضاع الاقتصادية على أسس المعرفة والابتكار والتطوير والترقية، واستغلال القدرات المحلية والاستثمار العربي والقصدي في استخدام الثروات الطبيعية، مع ترشيد الاستهلاك وحفظ التوازن بين التعمير والبيئة وبين الكم والكيف<sup>3</sup>.

أما بخصوص التعريف القانوني للتنمية المستدامة؛ فنجد أن المشرع الجزائري أفرد للتنمية المستدامة تعريفا وذلك من خلال القانون الخاص بالتنمية المستدامة للسياحة والقانون الخاص بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، حيث ورد في نص المادة الثالثة في فقرتها الرابعة من القانون رقم 01-03 المتضمن قانون- التنمية المستدامة للسياحة مفهوم التنمية المستدامة

<sup>1</sup> - بارك نعيمة، بن داودية وهيبة، إستراتيجية تسيير الموارد المائية وأهميتها في تحقيق التنمية الزراعية المستدامة في الوطن العربي الواقع والمأمول، مجلة جديد الاقتصاد، الجزائر، العدد 07، ديسمبر 2012 ، ص.71.

<sup>2</sup> - عبر الرحمن العايب، التحكم في الأداء الشامل للمؤسسات الاقتصادية في ظل تحديات التنمية المستدامة، أطروحة دكتوراه، جامعة فرحات عباس، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية والتسيير (سطيف)، الجزائر، 2010-2011، ص.12.

<sup>3</sup> - عصام الفيلالي التنمية المستدامة في الوطن العربي بين الواقع والمأمول، سلسلة دراسات يصدرها المركز الإنتاجي الإعلامي، جامعة الملك عبد العزيز، الإصدار الحادي عشر، السعودية، 2006، ص.46.

بأنها: "نمط تنمية تضمن فيه الخيارات وفرص التنمية التي تحافظ على البيئة والموارد الطبيعية والتراث الثقافي للأجيال القادمة"<sup>1</sup>، مما يعني التوفيق بين تنمية اجتماعية واقتصادية قابلة للاستمرار وحماية البيئة؛ أي إدراج البعد البيئي في إطار التنمية تضمن تلبية حاجات الأجيال الحاضرة والأجيال المستقبلية بحسب ما ورد في نص المادة الرابعة في فقرتها الرابعة من القانون رقم 03-10<sup>2</sup>.

### ثانيا- ملامح التوافق بين الوقف والتنمية البيئية المستدامة:

تتحد في الوقف والتنمية من خلال البعد البيئي كل عناصر الاستدامة وتكرار الانتفاع بما جادت به الطبيعة بفضل الله عز وجل؛ فإذا كانت التنمية المستدامة نوعاً من أنواع التنمية تفي باحتياجات الحاضر دون الجور على قدرة الأجيال القادمة، على أن لا تحمل الأجيال القادمة أعباء إصلاح البيئة التي تلوثها الأجيال الحالية فإن الوقف البيئي<sup>3</sup>؛ فإن الوقف في مضمونه وحقيقته الاقتصادية هو عملية تنمية بحكم تعريفه؛ فهو يتضمن بناء الثروة الإنتاجية المحلية من خلال عملية استثمار تنظر بعين الاعتبار للأجيال القادمة وتقوم على التضحية بفرص استهلاكية آنية مقابل زيادة الثروة الإنتاجية<sup>4</sup>.

والملاحظ أن الإرث الفقهي في مجال وقف المياه ساهم بشكل مباشر في توفير أرضية صلبة اعتمدها فهناك صلة وثيقة بين كل المجالات الوقفية وان اختلفت نسبة ترابطها مادامت تستجيب لحاجيات فئة عريضة من المجتمع.

<sup>1</sup> - القانون رقم 03-01، المؤرخ في 17 فيفري 2013، المتعلق بالتنمية السياحية المستدامة، الجريدة الرسمية، العدد 11، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 2003

<sup>2</sup> - القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 جويلية، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.

<sup>3</sup> - دلاي جيلالي، المرجع السابق، ص.8.

<sup>4</sup> - عودة الجيوسي، الوقف البيئي ودوره في التنمية المستدامة، ص.03، رابط الموضوع.

وتساهم في تنمية المدن والمجال البيئي المحيط بها، وبذلك تزرع قيما راقية متجددة في الدين الإسلامي، مثل التكافل الاجتماعي التراحم، الإحسان، الزكاة والصدقات وهي قيم عريقة في حضارتنا الإسلامية وتعتبر هذه الركائز رهان بناء مجتمع مدني سليم. مما يفرض آليات لإحياء نظام الوقف المائي وتطويره وفق المتغيرات الراهنة<sup>1</sup>.

وقد أسس نظام الوقف الإسلامي لما يعرف حاليا بالتنمية المستدامة SUSTAINABLE DEVELOPMENT وهو المصطلح الذي نادت به الأمم المتحدة في بداية السبعينيات من القرن العشرين، والتي تحتضن كلا من التنمية البشرية والتنمية الاجتماعية والتنمية الاقتصادية وحماية البيئة، ويطلق عليها أيضا التنمية الشاملة أو التنمية المتواصلة ولا يقف مفهوم التنمية المستدامة عند حماية البيئة وتنمية الثروات بل يعني أيضا التوزيع العادل لتلك الثروات داخل المجتمع، وإتباع أصول الحكم الرشيد، وتتعدد جوانب الاستدامة في نظام الوقف الإسلامي فهو قرينة لله تعالى به العبد لربه ابتغاء الأجر والثواب، وتظهر عناصر البناء المؤسسي في نظام الوقف واضحة جلية فيكتسب المشروع الوقفي الشخصية المعنوية منذ إنشائه واستقلاله عن شخصية منشئه، والوقف تصرف يرجع لحرية وسلطان الإدارة المنفردة للواقف، وشروط الواقف فيه محترمة فشرط الواقف كنص الشارع ما لم يخالف حكما شرعيا، ومرجعية الولاية على الوقف للاختصاص القضائي، وهو أكثر سلطات الدولة استقلالية، ويتعلق الوقف أساسا بالعقارات من أراضي ومباني وهي أصول ثابتة تربط

<sup>1</sup> - عليان بوزيان، الدور التنموي للوقف البيئي في الفقه الإسلامي- الوقف المائي ( أنموذجا)، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد الخامس، مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي، جامعة لبن خلدون، كلية الحقوق والعلوم السياسية ( تيارت)، الجزائر، 2015، ص.311.

باستثمارات طويلة الأجل مما يرسخ الاستدامة في الوقف<sup>1</sup>، حيث تعتبر خاصية الاستدامة هي صفة ملازمة للتنمية بمفهومها الحديث.

كما عرفت الاستدامة بأنها عبارة عن نمط تنموي يمتاز بالعقلانية والرشد، حيث تتعامل مع النشاطات الاقتصادية التي تهدف لتحقيق النمو من جهة، مع إجراءات المحافظة على البيئة والموارد الطبيعية من جهة أخرى<sup>2</sup>، وهو ما أمكن للوقف أو على الأقل المساهمة في تحقيقه من خلال وقف المياه واستثمار أموال وقفية خاصة بمثل هذا النوع من المشاريع.

والجدير بالذكر أن الإعلان الإسلامي للتنمية المستدامة تضمن في نص المادة السادسة منه المتعلقة بتحديات القرن 21 في فقرته (و) على أنه للتراث الحضاري دور أساس في عنصر التنمية المستدامة لكونه يسهم في تأكيد الذاتية الثقافية، ويحافظ على خصوصيتها، ويحمي هويتها من الذوبان ويساعد على بناء الشخصية المستقلة للأفراد والجماعات، ويمنح العمل التنموي دفعة ذاتية أقوى في الدفاع عن الشخصية الوطنية والدينية وصيان المستقبل المشترك، ولذا فإن التأكيد على الأبعاد الروحية والأخلاقية التي تدعو إليها الأديان السماوية يؤثر إيجاباً في الدفع بالتنمية نحو الخير والعمل الصالح والتكافل الاجتماعي<sup>3</sup>؛ حيث يعد الوقف تراثاً حضارياً جسدياً وبامتياز المبادئ الاجتماعية والاقتصادية التي تهدف إلى ضمان حماية الإنسان ومجتمعه وبيئته و أمنه،

<sup>1</sup> - عبد العزيز قاسم محارب، الوقف الإسلامي - اقتصاد إدارة حضارة - ، دار الجامعة الجديدة، تونس، 2001، ص.87-88.

<sup>2</sup> - سمر خيرى مرسي غانم، مقومات التنمية المستدامة في دول العالم الإسلامي ، دراسة تحليلية التطبيق على جمهورية مصر العربية ص.01-02. رابط الموضوع:

<http://pedia.com/arab/wp.content/uploads/2013/09/>

<sup>3</sup> - الإعلان الإسلامي للتنمية المستدامة، الصادر عن المؤتمر الإسلامي الأول، من 10- 12 جويلية، 2002، ص.05. رابط الموضوع

<http://www.isesca.org.m/.../uploads/...Tanmia-monde-islamique>.

وذلك من خلال الخصائص التي يتميز بها عن باقي الأعمال الخيرية الأخرى، فضلا عن الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها هذا النظام الخيري الإسلامي الأصيل والتي من بينها تحقيق مفهوم الإسلام في التنمية الشاملة لذا شرع الإسلام الوقف واعتبره سببا من الأسباب التي تسهم في تحقيق التنمية الشاملة<sup>1</sup>.

**المحور الثالث: وقف المياه كأنموذج لدور الوقف في تحقيق أمن بيئي مستدام**  
يعرف وقف المياه بأنه ما يوقف من موارد مائية لجهة عامة أو خاصة على جهة التأقيت أو التأييد بنية التقرب إلى الله تعالى<sup>2</sup>، وسنحاول في هذا المطلب بيان تاريخ وقف المياه من جهة، وذكر بعض النماذج التاريخية لوقفات مائية كان لها الفضل في توفير أمن مائي للمسلمين عبر أزمنة عديدة.

#### أولا- وقف المياه في التاريخ الإسلامي:

مما لا شك فيه أن المؤسسات العامة في الحضارة الإسلامية كان لها نصيبها في رعاية البيئة والمحافظة عليها ومن هذه المؤسسات التي كان لها أثرها ودورها الذي لا يجحد، إلى كل جانب كل من مؤسستي الخلافة والقضاء مؤسسة الوقف الخيري وهي مؤسسة انتشرت في العالم الإسلامي منذ عهد النبوة والصحابة، وتقوم على أساس الصدقة الجارية (الدائمة) بأن يحبس الإنسان (الأصل المائي) ويسبل ثمرته وأن يجعلها موقوفة على الخيرات وسد الثغرات بين الناس، ولقد كان للأوقاف أو الحبوس الإسلامية دور غير منكور في الحضارة الإسلامية، وتناولت أدق جوانب الحياة وسدت ثغرات كثيرة، ولبت حاجات شتى في الحياة، مثل بناء (المارستانات): أي المستشفيات التي تعالج

<sup>1</sup> - حسن عبد الغني أبو غدة، الوقف ودوره في التنمية الثقافية والعلمية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، جانفي، 2005، ص. 39-40.

<sup>2</sup> - عبد القادر بن عزوز، دور الوقف في إدارة موارد المياه والمحافظة على البيئة، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف (15)، الأمانة العامة للأوقاف، الطبعة الأولى، الكويت، 2011، ص 39.

المرضى، ومثل الوقف على المدارس والاستراحات فيس طرق الأسفار والسبل التي يشرب منها الناس، بل هي لم تقتصر على حاجات البشر بل شملت حاجات بعض الحيوانات حتى رأينا من خيار المسلمين من ينثئ وقف للكلاب لضالة التي ليس لها مالك.<sup>1</sup>

كما يعتبر نظام الأحباس ابتكار إسلامي مؤسسي بامتياز جسد الرقي بالشعور الفردي إلى المسؤولية الجماعية وهو نظام قادر على التكيف إذا توافرت له شروط مناسبة مع نمط الحياة الجديدة بشكل يحقق تنمية مستدامة منبثقة من أغوار التاريخ الإسلامي والاجتماعي والاقتصادي والبيئي.<sup>2</sup>

ثالثا- نماذج من أسئلة مائة في التاريخ الإسلامي :

من أشهر الوقفيات المائية في التاريخ الإسلامي نذكر مايلي:

#### 1- عين زبيدة:

تعتبر عين زبيدة أو عين حنين من أشهر الأمثلة التاريخية لأوقاف المياه العذبة التي تنبع من جبل طاد الشاهق الذي يقع بين جبال الثنية وكان يجري الماء من جبل طاد إلى حائط حنين<sup>3</sup>، حيث تمكنت السيدة زبيدة رحمها الله من تحقيق حلمها في توفير المياه للحجاج في المشاعر المقدسة الذي بذلت من أجله الغالي والنفيس ابتغاء مرضاة الله وأثمرت جهود من حشدتهم من علماء ومهندسين فجاءوا بهذا المشروع المائي المتكامل المعطاء...، يستغل هذا المشروع

<sup>1</sup> - يوسف القرضاوي، رعاية البيئة في شريعة الإسلام، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2001، ص.ص.242-243.

<sup>2</sup> - عليان بوزيان، الدور التنموي للوقف البيئي في الفقه الإسلامي -الوقف الإسلامي أنموذجاً-، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، مخبر البحث في تشريعات حماية البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون (تبارت)، العدد الخامس، جوان 2015، ص.307.

<sup>3</sup> - عصام بن يحيى الفيلاي، دور الوقف في خدمة التنمية البشرية عبر العصور، سلسلة دراسات يصدرها مركز الإنتاج الإعلامي، جامعة الملك عبد العزيز، الإصدار التاسع عشر، رجب، 1429، ص.84.

المبارك المياه المنحدرة من مسایل أودية وادي نعمان الذي يقع لمكة المكرمة من جهتها الجنوبية الغربية التي تجد طريقها لتستقر في باطن المكامن الجوفية حيث تتسرب إلى داخل قنوات حجرية أو أنفاق صخرية أو شبه صخرية تناسب بهدوء وطمانينة لتصل إلى عرفات ومزدلفة ومن مكة المكرمة رقراقة عذبة كالزالل تسقي الحجيج والمعتمرين والمجاورين والمقيمين وقوافلهم ودوابهم عبر أحواض وبزانات وبرك، وما فاض عن حاجتهم وجهوه إلى مزارعهم فاستفادوا منه فيما ينبت طعامهم وطعام دوابهم.

كما تتراوح كميات هذه المياه بين عشرين وثلاثين ألف متر مكعب يوميا، بنيت هذه القنوات لتمد المشاعر المقدسة ومكة المكرمة بالمياه على مدار الساعة نعم قد يقل ماؤها إذا شح المطر وقد يكثر إذا زاد لأن قنوات العين بنيت عند مستويات معينة بحيث يبقى الماء تحت مناسيب هذه القنوات دائما فلا تستنزف مياه الوادي وفي هذا بقاء ودوام المياه في العين لتحقيق مبدأ الديمومة وتلك نقطة فنية هندسية تدرس الآن في علم تخطيط وإدارة موارد المياه بالتنمية المستدامة<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أنه من المبادئ الاقتصادية الشهيرة والمرتبطة بالوقف المائي العبارة الشهيرة للسيدة زبيدة زوجة الخليفة العباسي - هارون الرشيد- عندما تكفلت بتوصيل مياه الشرب في منطقة الحرم الشريف لحجاج بيت الله الشريف عندما رأت معاناتهم وصعوبة الحصول على مياه الشرب" اضرب ولو ضربة الفأس بدينار"، وهذا مبدأ اقتصادي من حيث تكفل الشخص بجزء من التكاليف(سواء كانت رأسمالية أو تشغيلية، وعليه يمكن أن يلعب الوقف الإسلامي للمياه دورا هاما في زيادة العائدات الاقتصادية للمياه في الأنشطة

<sup>1</sup> - عمر سراج أبو زبيدة، تطوير واستثمار أوقاف عين زبيدة لأعمارها وتشغيلها وصيانتها ، مجلة أوقاف، العدد التاسع، السنة الخامسة، الكويت، نوفمبر 205، ص.121 .

الزراعية وغير الزراعية، وبالتالي زيادة رفاهية الناس وتخفيف معاناتهم خاصة الفقر الذي ينتشر في العديد من المناطق الريفية في منطقتنا<sup>1</sup>.

## 2- بئر رومة:

في بداية عهد النبي صلى الله عليه وسلم عندما قدم إلى المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " من يشترى بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين"<sup>2</sup>، فبادر ذو النور بن عثمان بن عفان رضي الله عنه بشراء نصف البئر من اليهودي الذي يمتلكه، فقال عثمان لليهودي اختر إما أن تأخذها يوماً وأخذها يوماً وإما أن تنصب لك دلواً وأنصب أنا دلواً فاختر اليهودي يوماً ويوماً، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان ليومين بغير مقابل فقال اليهودي، أفسدت على بئري فاشتر باقياً، فاشترى عثمان باقياً وجعلها وقفاً للمسلمين فيها بغير شيء<sup>3</sup>.

نظراً لعذوبة ماء بئر رومة وغازاته رغب النبي صلى الله عليه وسلم أصحابها في شرائها وجعلها وقفاً على المسلمين...، فأجاب هذه الرغبة الغالية صهره عثمان بن عفان واشتراها بعد اللتية والتي من صاحبها اليهودي الحريرص على الريح الوفير، واستغلال الفرصة السانحة بمبلغ 20000 درهم ونفذ بها رغبة الرسول صلى الله عليه وسلم وجعلها وقفاً للمسلمين، وهي مزرعتها اليوم من جملة أوقاف المسجد النبوي، ومن إدارة الأوقاف تأجر وتستأجرها اليوم في سنة 1392<sup>هـ</sup> وفيما قبلها وزارة الزراعة والمياه السعودية وجعلتها عامة تشتمل

<sup>1</sup> - عامر الجبارين، الوقف الإسلامي للمياه..- اقتصاديات المياه (حالات دراسية من المنطقة)، حلقة نقاشية على هامش المؤتمر العربي الإقليمي الثالث للمياه حول: الوقف المائي مناهج مبتكرة في التمويل، القاهرة، 10 كانون الأول، 2006، ص. 16.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب المساقات، باب من رأى صدقة الماء، دار ابن كثير، الطبعة الأولى، 2002، ص. 567.

<sup>3</sup> - مشعل عبد العزيز البكر، أهمية الوقف في الإسلام، مجلة أوقاف، العدد 07، الكويت، 2004، ص. 121.

على مشاتل زراعية ومد اجن وحظائر لأصائل والحيوانات من أبقار وأرانب ودجاج وغيرهما<sup>1</sup>.

وهنا تستنتج لنا أهمية مشروعة الوقف وحاجة الناس إليه وذلك أنه قد لا يستطيع البعض من المسلمين أن يشتري الماء من اليهودي من شدة الفقر لاسيما أن يستقون في المدينة المنورة الماء العذب الوحيد في ذلك الحين<sup>2</sup>.

ثالثا- الوقف واستدامة الانتفاع بموارد المياه في الفكر البيئي المعاصر:

نظرا إلى ظروف عديدة أهمها زيادة السكان والجفاف البيئي، وقلة الأمطار، وزيادة مصادر التلوث البيئي، فقد حدثت مشكلات بيئية مرتبطة بالمياه، وكانت ندرة المياه العذبة في مقدمتها إلى جانب تلوث مصادر المياه، وسوء الاستخدام بسبب بعض السلوكيات الخاطئة، وغير المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ونظرا إلى الدور التاريخي الفاعل للوقف في مجال توفير المياه العذبة فقد أصبح الوقف يمثل أحد الحلول الواعدة في التغلب على تلك المشكلات من خلال تفعيل هذا الدور التاريخي بعد مواءمته بالتوجهات المعاصرة<sup>3</sup>.

حيث كان له دور كبير في توافر الأمن المائي للمسلمين من بداية نشأة الدولة الإسلامية في مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم، وقد شاع الوقف لهذا الوجه من البر في سائر أنحاء العالم الإسلامي لعظم فضله وثوابه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبد القدوس الأنصاري، آثار المدينة المنورة، قسم الآبار، الطبعة الثالثة، بدون دار نشر، 1972، ص.254.

<sup>2</sup> - مشعل عبد العزيز البكر، المرجع والموضع نفسه، ص. 121.

<sup>3</sup> - نوبي محمد حسن عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.92.

<sup>4</sup> - عبد الرحمان بن عبد العزيز الجريوي، أثر الوقف في التنمية المستدامة، الملتقى الدولي حول: مقومات تحقيق التنمية المستدامة في الاقتصاد الإسلامي، جامعة قاصدي مرباح ( ورقلة ) ، الجزائر، يومي 03-04 ديسمبر، 2012، ص.187 .

ومع قلة النصوص في القرآن وفي السنة النبوية الشريفة التي تحيل على الوقف المائي إلا أنه يبقى ميزة حضارية إسلامية بامتياز قامت على أساس مرجعيتين أساسيتين<sup>1</sup> :

- الأولى دينية ارتبطت بدعوة الإسلام إلى التكافل الجماعي والبر والإحسان قصد المثوبة والغفران.

- والثانية طبيعية ارتبطت بالطبيعة حيث الماء أصل كل الحياة. وقد تطور فقه الأوقاف وأحكام مسائل الماء من خلال النوازل والقضايا التي كانت تعترض فقهاء وأئمة الأمة الإسلامية على مر العصور

كما تكشف الخبرة العربية الإسلامية في مجال الوقف أيضا عن أن أغلب وقفيات المياه قد انصبحت على المصادر الجوفية والعيون والآبار إلى جانب بعض المصادر السطحية مثل الجداول والبحيرات الصغيرة ولم يقتصر الأمر على مجرد وقف مصدر من تلك المصادر الموجودة فعلا، وإنما أسهمت الأوقاف أيضا في استحداث المزيد منها وذلك بحفر آبار جديدة، أو شق قنوات وجداول مائية لتسيير الحصول عليها، وكان الغالب هو توفير المياه للاستخدام الآدمي والحيواني وهو ما نجده بكثرة في شروط وقفيات مصادر المياه المشار إليها، حيث حرص الواقفون على تخصيص استعمال المال الموقوف لأغراض محددة لا يجوز الخروج عليها احتراماً لشرط الوقف وضماناً لاستمرار تحقيق المنفعة من المياه<sup>2</sup>.

يتضح إذن أنه من أهم المنشآت الاجتماعية التي تنشأ في المجتمعات الإسلامية بفضل الاهتمام بالوقف، أسبله المياه الصالحة للشرب ( السقايات ) وكان من تقاليد الوقف أن تلحق الأسيلة بالمساجد، وغالبا ما تكون وسط

<sup>1</sup> - عليان بوزيان، المرجع السابق، ص298، ص302.

<sup>2</sup> - إبراهيم البيومي غانم، فقه إدارة المياه وحماية البيئة في نظام الوقف الإسلامي، ص04، رابط الموضوع:

<http://www.taddart.org/?p=12062>

المدينة أو على طرف القوافل لتكون في متناول الجميع، وشاع الوقف لهذا الوجه من البر في سائر أنحاء العالم الإسلامي لعظيم فضلها وثوابها وهناك أوقاف مشهورة في التاريخ بتزويد مكة بالماء الطاهر الطيب، أشهرها وقف السيدة زبيدة زوج هارون الرشيد، ومازال يعرف بعين زبيدة، إذ كل هذه الأوقاف والمؤسسات الخيرية الاجتماعية منها تدل على الدور الحيوي الكبير الذي قام به الوقف في مجالات الرعاية الاجتماعية وتوفير الأمن الغذائي وعلاج مشاكل الفقر وتوفير المياه الصالحة للشرب، وإطعام الفقراء والمساكين<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أن للوقف على المياه تطبيقات معاصرة إلى جانب الأوقاف المتعارف عليها في مجال حفر الآبار في القرى والمدن، وكذا إجراء العيون، فإن هناك مجالات جديدة في مجال البحث عن المياه العذبة والنقية والصحية التي يمكن أن يساهم فيها الوقف بشكل فعال، ومن أهم هذه المجالات محطات تحلية المياه، وتقنيات الاستمطار الصناعي، وتقنيات إعادة استخدام المياه وأجهزة ترشيد استهلاك المياه، وأسبلة المياه المتحركة، وأنشطة مراكز البحوث المائية، والحملات الإعلامية لترشيد استهلاك المياه<sup>2</sup>.

فمن خلال الوقف المائي يتضح إذن أن للوقف إسهاما كبيرا في حماية البيئة والحفاظ على كافة عناصرها الطبيعية يتمثل الوقف في حماية البيئة إجمالاً فيما يلي:

- الوقف على المياه ومواردها وقنواتها من أجل حمايتها من كل ألوان التلوث وتسيير الحصول عليها نظيفة صالحة للشرب، فوقف استصلاح المياه

<sup>1</sup> - أحمد محمد عبد العظيم الجمل، دور الوقف الإسلامي في التنمية الاقتصادية المعاصرة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى مصر، 2007، ص.160.

<sup>2</sup> - نوبي حسن عبد الرحيم، دور الوقف في إدارة موارد المياه والمحافظة على البيئة في المملكة العربية السعودية، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الأوقاف الكويتية الدولية لأبحاث الوقف (14)، الأمانة العامة للأوقاف، الطبعة الأولى، الكويت، 2011، ص.69.

وقنواتها أسهم بدور إيجابي في حماية البيئة من الأمراض المهلكة ونشر الوعي الصحي.

- الوقف على الأشجار لحماية البيئة من تلوث الهواء، حيث تؤدي الأشجار رسالة عظيمة في حماية البيئة في طريق التمثيل الضوئي، الذي يمتص ثاني أكسيد الكربون الذي يعتبر من مصادر التلوث الخطيرة، وينتج الأوكسجين نهاراً.

- للوقف أثره في المدينة الإسلامية من حيث التعمير وإمداده وذلك لأن ربع المنشآت الموقوفة يصرف منه على بناء ما تهدم من المنشآت وترميمها.

وكذلك فإن رعاية المنشآت الموقوفة كالدور والحوانيت والخانات والحمامات والمنتجات يكشف عن أهمية الوقف وأثره في حماية البيئة، لأن المنشآت لا تهدم إذا تركت من دون تجديد أو ترميم، تصبح مرتعا خصبا للهوام والقوارض، وهكذا يتأكد دور الوقف في حماية البيئة ودفع صور التلوث من عناصرها الطبيعية، كمصادر المياه والأشجار وعناصرها المشيدة، كالمرافق والمنشآت العامة<sup>1</sup>

أما في المجالات المعاصرة التي يمكن أن تترجم استخدام الوقف في حماية البيئة وإدارة موارد المياه بصورة تحقق أهداف الوقف المائي المستدام؛ نجد تجربتين يمكن الاستفادة منهما و تعميمهما على نطاق شامل، بما يتماشى مع متطلبات تنمية الثروة المائية واستدامة الانتفاع بها من خلال إنشاء صناديق استثمارية خاصة من أشهرها، كل من تجربة الصندوق الوقفي لترشيد استخدامات المياه وكذا الصندوق الوقفي للتربية والوعي المائي.

<sup>1</sup> - إيمان قشقوش، موقف الشريعة الإسلامية من موضوع حماية البيئة، أطروحة دكتوراه، جامعة حيفا، كلية الآداب، فلسطين، تموز 2007، ص. 92.

## 1- الصندوق الوقفي لترشيد استخدامات المياه<sup>1</sup> :

يهدف الصندوق الوطني لترشيد استخدامات المياه في دول مجلس التعاون الخليجي إلى بناء قاعدة معلومات لترشيد واستخدامات المياه تعتمد على جمع المساهمات المختلفة التي تضم مجموعة كبيرة من الجهات المعنية والتي بنيت أساسا على الإطار العام الموضوع بواسطة التوجيه المائي لدول المجلس الذي تعتمد في عملها على برامج ترشيد مسطرة من قبل الصندوق الوطني لترشيد استخدامات المياه تضم المواضيع الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجيا المرتبطة بترشيد المياه، إلى جانب وضع مقترح لآليات المشاركة وكذلك الترشيد لتفادي المنافسة على المصادر المائية بين مستخدمي المياه في دول المجلس، من خلال توفير أجهزة إدارية وتشريعية ذات معايير متفق عليها من قبل دول مجلس التعاون الخليجي بواسطة الجهات الاجتماعية والاقتصادية والعلمية والسياسية وذلك لمساندة الاستدامة نحو ترشيد المياه خاصة والاقتصاد عامة. وكذا توفير الأسس الثقافية والمؤشرات المطلوبة لوضع معايير لقياس لوضع المؤشرات القياسية لدول المجلس وذلك من خلال تدريب يرتبط بترشيد استخدام المياه والمساهمة في بناء إطار معلومات مشتركة حول ترشيد استخدام المياه والوصول إلى مصطلحات مشتركة تسمح بدراسة المواضيع المشتركة في الندوات وورش العمل.

## 2- الصندوق الوقفي الإسلامي للتربية والوعي المائي<sup>2</sup> :

يعتبر الوعي والتحسيس من أهم العوامل التي ينبغي الإشارة إليها والتركيز عليها بغية إيجاد حلول لمشاكل معينة أو على الأقل التنبيه بمدى خطورتها، وهو

<sup>1</sup> - نادية محمد السعيد أحمد الدمياطي، الوقف الإسلامي المائي، أبحاث المؤتمر الدولي الرابع للأوقاف بعنوان: نحو إستراتيجية تكاملية للنهوض بالوقف الإسلامي، الجزء الرابع، الكويت، 2013، ص.348.

<sup>2</sup> - نادية محمد السعيد أحمد الدمياطي ، المرجع نفسه، ص. 350.

ما ترمي إليه دول مجلس التعاون الخليجي من خلال ما يسمى بالصندوق الإسلامي الوقفي للتربية والوعي المائي الذي يهدف إلى الحصول على معلومات أكثر عمقا عن المشكلات والقضايا المائية، وتكوين الاتجاهات والسلوكيات المرغوب فيها ، واللازمة للحفاظ على المياه، والعمل على حل مشكلاتها الحالية إلى جانب ذلك فإن إن إدراك الفرد وإحساسه العميق بالمشكلات المائية ينهي لديه المسؤولية نحو مصادر المياه في مجتمعه، ما يجعله يرشد استهلاكه للمياه ويحافظ عليها من الهدر والتلوث، وهذان البعدان من أهم أبعاد الوعي المائي فضلا عن ذلك فإن نمو الوعي البيئي لدى الأفراد بأبعاده المختلفة يتيح الفرصة لتحقيق أقصى استفادة من الموارد المائية مما يعود على المجتمع بالخير والرخاء الذي يعد من الناحية البيئية والصحية من أفضل سبل الوقاية من أخطار تلوث المياه على صحة الكائنات الحية، ومن ثم ينبغي زيادة وعي جميع القطاعات وجميع أفراد المجتمع بالنتائج المترتبة عن تصرفاتهم نحو البيئة المائية.

إذن تجربتين تسعى من خلالهما دول مجلس التعاون الخليجي تفعيل الدور الذي لعبه الوقف عبر مر العصور في توفير الأمن المائي للأمة الإسلامي وحل أزمة المياه، بل أكثر من ذلك الأهداف المتوخاة من إنشاء هذه الصناديق الوقفية كما سبق الإشارة إليه هو سعي دول مجلس التعاون الخليجي من خلالها تحقيق تنمية بيئية مستدامة وبأقل التكاليف.

#### خاتمة:

ومن جملة ما أمكننا التوصل إليه في ختام هذه الورقة البحثية ما يلي:

- العلاج للمشكلات الاجتماعية والاقتصادية والبيئية ليس حكرا على التجربة الغربية وحدها؛ فحضارة المسلمين وتاريخهم الاقتصادي والاجتماعي زاخر بالنماذج والتطبيقات الإسلامية التي يمكن الاستفادة منها في تحقيق أمن بيئي مستدام .

- الوقف ليس مجرد تعامل ديني أو سلوك اجتماعي محصور في فكرة الصدقة الجارية بل هو نظم اقتصادي واجتماعي شامل لمختلف مناحي الحياة الاقتصادية.
- الأمن البيئي صار اليوم أهم ممهّدات مفهوم الأمن القومي.
- التنمية المستدامة تقتضي أمن بيئي مستدام.
- أن مرتكزات حماية البيئة في الإسلام لا تختلف تماما عن مرتكزات حماية البيئة في الفكر والتطبيق المعاصر.
- أن مشكلة الأمن المائي المستدام ومشكل ندرة وسوء العدالة في توزيع الثروة المائية وإدارتها واستغلال مواردها تعد من أهم رهانات الدول في سعيها إلى تحقيق أمن بيئي وتنمية مستدامة.
- السياسات البيئية المعاصرة ينبغي أن تضمن حق الأجيال القادمة من الاستفادة من موارد المياه كمكسب من مكتسبات التنمية المستدامة تأسيسا على التجربة الإسلامية في وقف المياه التي أثبتت التجربة التاريخية نجاعتها عبر قرون عديدة.
- وأن الاستفادة من طرق التسيير والإدارة والاستثمار والتطورات التشريعية الحديثة في استغلال موارد المياه يمكن تعزيزها بآليات وأدوات اقتصادية إسلامية، حيث يبدو الوقف البيئي والصدقة البيئية المستدامة حلا عمليات لمواجهة أزمة المياه التي تعاني منها دول الجنوب وخاصة الدول العربية.

## الجهود الدولية في منع انتهاكات حقوق الإنسان وتحقيق الأمن الإنساني

ط/ حاشي محمد إسماعيل - طالب دكتوراه

تحت إشراف: د/ إلياس نعيمة - أستاذة محاضرة "أ"

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة

### الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة رصد الجهود الدولية المبذولة من أجل منع انتهاكات حقوق الإنسان، وإبراز دور المنظمات الدولية وعلى رأسها هيئة الأمم المتحدة بمختلف أجهزتها في تفعيل مفهوم حقوق الإنسان بين أشخاص المجتمع الدولي هذا من جهة، ومن جهة أخرى وفي ظل المستجدات الدولية والمتغيرات في طبيعة التهديدات التي تمس الأمن الدولي، ظهر مفهوم جديد ركز على الفرد الطبيعي مما يلزم المجتمع الدولي على ضرورة خلق آليات قانونية لتحديد مفهوم الأمن الإنساني، ومحاولة تبنيها من طرف الدول خاصة وتوفير الحماية اللازمة له.

الكلمات المفتاحية: حقوق الإنسان، الأمن الإنساني، مجلس حقوق الإنسان، الأمن الدولي.

### Résumé :

Cette étude tend à mettre en relief les efforts internationaux consentis afin de mettre fin aux violations répétées des droits de l'homme mais aussi de souligner le rôle des organisations internationales et surtout de l'organisation des nations unies à travers ses différentes missions, dans le maintien du respect des droits de l'homme chez les différents acteurs de la société internationale.

Un nouveau concept est né, et se voit gagner l'intérêt de l'organisation des nations unies au milieu des conflits et des révoltes internes qui prennent

de l'ampleur et cela au détriment de la sécurité de l'homme ce qui oblige la société internationale de trouver les mécanismes légaux pour assurer « le droit à la sécurité de l'homme » et de lui procurer l'environnement adéquat pour jouir de ses droits face à des pouvoirs politiques de plus en plus envahissants.

**Les mots clés :** Les droits de l'homme , La sécurité humaine , Le conseil des droits de l'homme , La sécurité internationale .

#### مقدمة:

يعتبر حفظ السلم والأمن الدوليين الهدف الأساسي للأمم المتحدة، ويبدو ذلك واضحاً من خلال أحكام المادة الأولى من الميثاق، على أن تحقيق هذا الهدف لا يمكن أن يتم في عالم غير عادل، وبالتالي لا بد من توفير الجو والمناخ الملائمين والبيئة المناسبة لتحقيق هذا الهدف، كما نص ميثاق الأمم المتحدة على أهداف أخرى تتمثل في سعي المجتمع الدولي في تنمية العلاقات الودية بين الدول، واحترام حقها في تقرير مصيرها، والمساواة بينها في الحقوق، والعمل على تحقيق نوع من التعاون الدولي لحل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، مع احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية<sup>1</sup>.

ولتحقيق كل هذه الأهداف، كان من الطبيعي أن تعتبر الأمم المتحدة الإطار أو المرجع اللازم لبذل كافة الجهود للوصول إلى النتيجة المرجوة، إذ تسعى منظمة الأمم المتحدة بكل أجهزتها إلى ضمان حماية حقوق الإنسان باعتبارها من أهم الركائز القانونية التي يقوم عليها السلم والأمن الدوليين.

<sup>1</sup> أشرف عرفات أبو حجارة، الوسيط في قانون التنظيم الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص199.

هذا وإن الاهتمام المتزايد بمسألة حقوق الإنسان أصبح واضحاً في مجال العلاقات الدولية، وهو ما جاء به ميثاق الأمم المتحدة، والاعلان العالمي لحقوق الإنسان، وبعده العهدان الدوليان لحقوق الإنسان. وهو ما سنحاول التعرض إليه في هذا البحث، من خلال بيان الآليات النظرية المسؤولة على منع انتهاكات حقوق الإنسان في مبحث أول، والآليات العملية المسؤولة عن منع انتهاكات حقوق الإنسان مع ابراز مفهوم الأمن الإنساني في مبحث ثان.

### المبحث الأول: الآليات النظرية المسؤولة على منع انتهاكات حقوق الإنسان

يقصد بالآليات النظرية مجموعة النصوص الدولية التي تقرر مجمل الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، ويستند نظام الأمم المتحدة في منع انتهاكات حقوق الإنسان إضافة إلى الميثاق بذاته، إلى ثلاثة وثائق أساسية تشكل ما يسمى بالميثاق الدولي لحقوق الإنسان وهي: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهدان الدوليان لحقوق الإنسان، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل على النحو التالي:

### المطلب الأول: دور ميثاق الأمم المتحدة في منع انتهاكات حقوق الإنسان.

لقد سعت البشرية إلى تحقيق الحقوق المدنية والسياسية في بداية مسيرتها الحضارية الطويلة، وقد ناضلت هذه الشعوب للتمتع بهذه الحقوق وممارسة هذه الحريات اللصيقة بذات الإنسان، والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من كيانه، وهي تمثل الجيل الأول من حقوق الإنسان باعتبارها الحقوق والحريات الأساسية التي سعت البشرية لتحقيقها عبر التاريخ<sup>1</sup>.

وقد نص على هذه الحقوق بداية ميثاق الأمم المتحدة باعتباره الوثيقة الدولية الأولى ذات الطابع العالمي والتشريعي، وعكست ديباجة الميثاق في فقرته الثانية مدى الاهتمام بهذه الحقوق مؤكدة على الكرامة الإنسانية والمساواة بين

<sup>1</sup> ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1998، ص274.

الرجل والمرأة، وبين الأمم صغیرها وكبیرها، وكذلك وضعت أهداف الأمم المتحدة حقوق الإنسان في بؤرة اهتماماتها.

ويبدو ذلك واضحاً من أحكام المادة الأولى التي تنص الفقرة الأولى منها على حفظ السلم والأمن الدوليين، ثم تركّز الفقرة الثانية على حق هام من الحقوق الأساسية للشعوب وهو حق تقرير المصير الذي يعتبر أساساً للسلام العالمي وأساس الحقوق الإنسانية، هذا وجاءت الفقرة الثالثة لتتضمن عبارات صريحة واضحة عن مقصد الأمم المتحدة في تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً، والتشجيع على ذلك دون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أو تفرقة بين الرجال والنساء<sup>1</sup>.

ومن أهم النصوص التي توضح الاهتمام الدولي بمسألة حقوق الإنسان هي مضمون أحكام المادتين 55 و56 من الميثاق، فالمادة الخامسة والخمسون تؤكد حق الشعوب في تقرير المصير، وعلى ضرورة احترام هذه الحقوق دونما تفرقة في اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفرقة بين الرجال والنساء ونصت المادة السادسة والخمسون من الميثاق على ضرورة تعهد جميع أعضاء الأمم المتحدة بالقيام بأي عمل مشترك أو منفرد بالتعاون مع المنظمة من أجل تحقيق الأغراض المنصوص عليها في المادة 55 المذكورة أعلاه، وتعهد المادة 62 في فقرتها الثانية من الميثاق إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي بدور هام في مجال حقوق الإنسان، إذ يقدم توصيات فيما يخص احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية ومراعاتها.

وباستقراء أحكام ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة بمسألة حقوق الإنسان، نجد أن الميثاق جاء خالياً من تعريف دقيق لحقوق الإنسان، كما أنه أشار إليها بصورة مقتضبة خالية من أية ضمانات أو حماية لها ولو في الظاهر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، مكتبة الجلاء الجديدة- المنصورة، مصر، 1992، ص45.

<sup>2</sup> محمد مصباح عيسى، حقوق الإنسان في العالم المعاصر، دار الرواد، ليبيا، 2001، ص91.

إن عدم توسع ميثاق الأمم المتحدة حول مسألة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية أمر يمكن تفهمه من الناحية التاريخية، لأن هذا الميثاق قد وضع نتيجة ظروف تاريخية صعبة، في ظل حرب عالمية طاحنة كانت الأنظار والأفكار متجهة إلى آليات إقرار السلم والأمن الدوليين، ولم تكن مسألة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من المواضيع الهامة التي تستأثر باهتمام المجموعة الدولية آنذاك في هذا السياق، وبالمقابل لم يكن ميثاق الأمم المتحدة خالياً من النص على هذه الحقوق والإشارة إلى ضرورة حمايتها ورعايتها وتكليف أجهزة الأمم المتحدة بتعميقها واحترامها<sup>1</sup>.

فميثاق الأمم المتحدة قد ربط مسألة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية بمسألة حماية السلم والأمن الدوليين، وهذا ما يمكن استخلاصه من الديباجة والمادة الأولى الفقرة الثالثة، والمادتين 55 و56 منه التي تضمنت التزامات قانونية جازمة من أجل احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ولعل الدليل على ذلك الألفاظ التي استخدمها مثل: " يتعهد"، "أن يقوموا منفردين أو مشتركين بما يجب عليهم من عمل"، "لإدراك المقاصد المنصوص عليها في المادة الخامسة والخمسون"<sup>2</sup>.

وقد أراد واضعو الميثاق إعطائه أهمية قانونية كبيرة بالمقارنة بغيره من المعاهدات الدولية، وذلك بتقرير أن الالتزامات الواردة فيه لها أولوية على غيرها من المعاهدات الدولية، لذلك تنص المادة 103 من الميثاق على أنه: "إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به، فالعبرة بالالتزامات المترتبة على هذا الميثاق".

<sup>1</sup> ساسي سالم الحاج، المرجع السابق، ص277.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة، مصر، 1975، ص36.

من هنا لا تعتبر مسائل حقوق الإنسان وانتهاكاتها من الاختصاصات المطلقة للدولة، ولا ينطبق عليها نص الفقرة السابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على ما يلي: "ليس في هذا الميثاق ما يسوغ للأمم المتحدة أن تتدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما. وليس فيه ما يقتضي الأعضاء أن يعرضوا مثل هذه المسائل لكي تحل بحكم هذا الميثاق"، فمسائل حقوق الإنسان تعتبر شركة بين الدولة والمجتمع الدولي ومنظّماته الدولية، ويكون من حق وواجب أجهزة الأمم المتحدة التدخل في شؤون أي دولة تمس حقوق الإنسان إذا ما شكلت تهديدا أو مساسا للسلم والأمن الدوليين<sup>1</sup>.

بناء على ما تقدم، تركت مسألة تعريف حقوق الإنسان والتوسع فيها للجمعية العامة للأمم المتحدة للقيام به مستقبلا وإصداره في وثيقة علمية مستقلة.

### المطلب الثاني: دور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في منع انتهاكات حقوق الإنسان

إن أهم خطوة تم تسجيلها في مجال حقوق الإنسان في العصر الحديث هو قيام المجموعة الدولية بتقنين وتدوين وثيقة حقوق الإنسان والتي أطلق عليها "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، وقد جاء هذا الإعلان بناء على توصية اللجنة التحضيرية في خريف 1945 للمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة لتشكيل لجنة لحقوق الإنسان تتكفل بوضع التقارير والاقتراحات لصياغة وثيقة دولية لحقوق الإنسان<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الشافعي محمد بشير، المرجع السابق، ص48، 47.

<sup>2</sup> فريدريكو مايور، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ترجمة: مهدي مصطفى، مطبوعات اليونسكو، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص22.

وقد وافقت الجمعية العامة على هذه التوصية في 12 فبراير عام 1946 وتشكلت لجنة حقوق الإنسان بعد بضعة أشهر من تلك الموافقة، وفي شهري أبريل وماي 1946 اجتمعت اللجنة التي كانت مشكلة من تسعة أعضاء منتخبين من المجلس الاقتصادي والاجتماعي، وبعد مناقشات مستفيضة وعسيرة حول عدد أعضاء هذه اللجنة والحكومات الممثلة فيها وكيفية عملها انحصرت المهمة الرئيسية لهذه اللجنة المصغرة في إعداد لجنة كاملة مع تحديد اختصاصاتها وطريقة عملها، الأمر الذي تم فعلا بمقتضى التقرير الوحيد الذي أعدته اللجنة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي في شهر جوان 1946، وانبثق عنه انتخاب 18 عضوا داخل لجنة حقوق الإنسان<sup>1</sup>.

هذا ولقد عقدت أول دورة للجنة في شهر جانفي وفيفري 1947 وأعدت مسودة لإعلان حقوق الإنسان تتضمن ثلاثة أقسام: الإعلان، واتفاقية تحتوي على الالتزامات القانونية، وأخيرا الإجراءات اللازم اتخاذها بالخصوص، وبعبارة أخرى أعدت نظاما دوليا للإشراف والرقابة، وبدأ العمل فورا في إعداد مسودة الإعلان الذي تخصص فيه ثمانية أعضاء من خلال المجلس الاقتصادي والاجتماعي عام 1948، وقدمت اللجنة كذلك في هذا الموعد مسودة الاتفاقية للجمعية العامة التي نظرت في المسودتين إبان انعقاد اجتماعها الثالث بباريس عام 1948، وهكذا صادقت الجمعية العامة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 10 ديسمبر 1948 بموجب توصية وذلك بموافقة 48 دولة وبدون معارضة، وامتناع 08 دول الممثلة في دول الكتلة الشيوعية إلى جانب إفريقيا الجنوبية والعربية السعودية، وذلك بعد إدخال أكثر من 168 تعديلا له<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ساسي سالم الحاج، المرجع السابق، ص 278.

<sup>2</sup> فريدريكومايور، ترجمة مهدي مصطفى، المرجع السابق، ص 26.

الملاحظ أن العديد من فقهاء القانون الدولي يقولون بأن الإعلان العالمي ليس باتفاقية ولكنه إطار وضعت به قائمة الحقوق والمعايير التي ترغب الدول أن تسود على الساحة الدولية<sup>1</sup>، كما أنه ليس بقانون حتى يتضمن عقوبات جزائية، ولو حاولت منظمة الأمم المتحدة أن تعتبره كذلك لكان من الصعب الاتفاق على العقوبات ولأصبح انتشاره أضيق مما هو عليه الآن، ولما راجت المبادئ التي نص عليها الرواج العظيم الذي نشاهده لها في الواقع<sup>2</sup>.

إن الشيء الملاحظ على هذا الإعلان من الناحية القانونية أنه عبارة عن توصية أصدرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة الأمر الذي يجرده من قيمته القانونية، إلا أنه في الحقيقة يمثل نموذجا احتوى الحقوق والحريات الأساسية التي يجب الاعتراف بها، كما تضمن تفسيراً رسمياً أو تحديداً لمضمون حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي أشير إليها في نصوص ميثاق الأمم المتحدة، مما يجعله ذات قيمة فعلية وأخلاقية وأدبية عالية، سرعان ما تحول إلى وثيقة قانونية ملزمة لكل الدول لثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن العديد من الدول التي وضعت دساتيرها منذ 1948 أشارت إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في دساتيرها.

الوجه الثاني: أن المنظمات الحكومية الإقليمية سواء تلك المختصة في ميدان حقوق الإنسان أو تلك ذات الطابع العام أشارت إلى الإعلان العالمي في مواثيقها أو في قراراتها بصورة أو بأخرى.

الوجه الثالث: إن الادعاء المتكرر بالإعلان العالمي من طرف الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة هو دليل قاطع بأنه أصبح في الوقت الحالي بمثابة عرف دولي ملزم لكل الدول بالمفهوم القانوني.

<sup>1</sup> محمد مصباح عيسى، المرجع السابق، ص 93.

<sup>2</sup> فؤاد شباط، الحقوق الدولية، الطبعة الخامسة، دون دار طبع، سوريا، 1964، ص 677.

ضف إلى ذلك أن أحكام المادتين 55 و56 من ميثاق الأمم المتحدة يتضمنان العمل على تعزيز الاحترام العالمي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لجميع الناس ومراعاتها دون تفرقة بسبب العنصر، أو الجنس، أو اللغة أو الدين، دون ذكر لتعداد هذه الحقوق أو تلك الحريات، بينما ورد هذا التعداد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي بدأت عباراته بعد الديباجة بعبارة: "فإن الجمعية العامة تنادي بهذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"، وهي دعوة كما تقول الديباجة إلى الإدراك العام لهذه الحقوق والحريات وللأهمية للوفاء التام بها<sup>1</sup>.

يتألف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من ديباجة وثلاثين مادة وبالنظر لأهمية ما تضمنه الاستهلال من أحكام تهدف إلى خدمة "الأفراد"، ثم ينتقل الإعلان العالمي إلى مواد لا يوجد بينها أي تسلسل أو ارتباط، إلا أنه يمكن إجمالها في خمسة فئات نذكرها تباعاً<sup>2</sup>:

الفئة الأولى: تشمل الحقوق الفردية الشخصية كالحق في الحياة والحرية والأمن، وكل الأشخاص متساوون ولهم الحق في جميع الحقوق المثبتة في الإعلان، دون تمييز يتعلق بالشخص نفسه أو وضعه القانوني أو الدولي أو الإقليم الذي ينتهي إليه.

الفئة الثانية: وتبحث في علاقة الفرد بالجماعة أو الدولة، كالحق في الجنسية أو الزواج أو حق اللجوء أو حق التنقل واختيار محل الإقامة وغيرها.

الفئة الثالثة: تشمل الحقوق العامة والحريات الأساسية، كحق حرية الفكر والدين والمعتقد، وكذلك حرية الرأي والتعبير وحرية الاجتماعات والانتماء إلى الأحزاب والجمعيات والحق في التوظيف والانتخاب وغيرها.

<sup>1</sup> مكي محمود مصطفى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، 1989، ص50.

<sup>2</sup> لتفاصيل أكثر، يراجع نص المواد 1 إلى 29 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

الفئة الرابعة: وتشمل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، كالحق في الضمان الاجتماعي والحق في تشكيل نقابة والحصول على أجر وغيرها. الفئة الخامسة: تشمل مواد تتضمن أحكام عامة، وتنص المادة الثلاثون والأخيرة من الإعلان على أنه لا يجوز تفسير حكم من هذا الإعلان بما يولي دولة أو جماعة أو فرد أي حق في القيام بحركة أو الإتيان بعمل يرميان إلى تقويض الحقوق والحريات المثبتة فيه.

تلك هي أهم بنود الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والذي أجملت فيه جميع الحقوق الفردية التي تربط الفرد بأخيه الفرد وبالدولة ضمن إطار الأمم المتحدة، وبالتالي بقواعد القانون الدولي العام ككل<sup>1</sup>.

**المطلب الثالث: دور العهدين الدوليين لحقوق الإنسان في منع انتهاكات حقوق الإنسان**

نتعرض في هذا المطلب للظروف التاريخية لتدوين العهدين ومضمونهما والقيمة القانونية لهما ضمن قواعد القانون الدولي وذلك على النحو الآتي:

**الفرع الأول: الظروف التاريخية لتدوين العهدين الدوليين لحقوق الإنسان**

لقد قامت اللجنة المختصة بإعداد مسودة مبدئية للاتفاقية وقدمتها للجمعية العامة للأمم المتحدة التي أعادتها مرة أخرى لمزيد من الدراسة والتنقيح، وهكذا بدأت مرحلة المناقشات والمفاوضات حول محتوى الاتفاقية الجديدة الخاصة بحقوق الإنسان من الناحية الموضوعية والتي استغرقت ثمانية عشر سنة.

لقد كان العمل المبدئي الذي تم انجازه في هذا الصدد يتحدد في إعداد نص يحتوي على الحقوق المدنية والسياسية التقليدية، ولكن عندما استشيرت

<sup>1</sup> فؤاد شباط، الحقوق الدولية، المرجع السابق، ص 276، 275.

الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1950 حول سياسة بعض القرارات الأساسية قررت أن تتضمن الاتفاقية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أيضا.

وهكذا عندما عازمت اللجنة على وضع مسودة أخرى عام 1951 رأى المجلس الاقتصادي والاجتماعي ذلك الاختلاف بين الحقوق المدنية والسياسية من جهة، وبين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جهة أخرى فعرض على الجمعية العامة مراجعة توصيتها السابقة وكان من نتيجة ذلك أن درست الجمعية العامة الوضع من جديد، وبعد مناقشات طويلة وبناء على اقتراح الهند ولبنان الذي أيدته بلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية عام 1952 تم إعداد اتفاقيتين منفصلتين تحتويان على العديد من النصوص البديلة على أن تتضمن مادة تنص على "حق الشعوب والأمم في تقرير مصيرها".

لقد كانت الصعوبة التي واجهت اللجنة في إعداد الإجراءات الضامنة لتنفيذ أحكام الاتفاقية في اختلاف وجهات نظر الأعضاء حولها خاصة فيما يتعلق بقبول نظام الرقابة الدولية لحسن تطبيق أحكامها، وبعد مناقشات عميقة، وتقديم مقترحات متعددة عن الجهاز التي يناط به تطبيق أحكام الاتفاقية استقر الرأي أخيرا على إنشاء " لجنة لحقوق الإنسان" تضم ثمانية عشر عضوا للقيام بهذا الدور الرقابي والتنفيذي<sup>1</sup>.

وهكذا نجد أن الجمعية العامة للأمم المتحدة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ولجنة حقوق الإنسان التابعة له لم تتأخر كثيرا في تقنين تفصيلات الحقوق والحريات الأساسية التي وردت إجمالا في ميثاق الأمم المتحدة، إذ اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقيتين تتضمنان قواعد قانونية تفصيلية لحقوق الشعوب وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وقد تمت

<sup>1</sup> سامي سالم الحاج، المرجع السابق، ص 284.

صياغة الاتفاقيتين في لجنة حقوق الإنسان، ثم في اللجنة الثالثة للشؤون الاجتماعية والإنسانية والثقافية التابعة للجمعية العامة.

وفي 16 ديسمبر 1966 اعتمدت الجمعية العامة هاتين الاتفاقيتين الدوليتين المعروفتين باسم العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري<sup>1</sup> ويطلق فقهاء القانون الدولي على هذين العهدين الدوليين إلى جانب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 اسم الشريعة الدولية لحقوق الإنسان<sup>2</sup>.

وقد دخل هذان العهدان الدوليان والبروتوكول الاختياري الى حيز التنفيذ عام 1976 بالتوقيع والتصديق عليهما من جانب العدد اللازم من الدول، وهو عدد يتزايد باستمرار لتصبح هذه الشريعة الدولية مصدرا للالتزام والقانون الدولي في التعامل مع الفرد من جانب حكومات الدول الأعضاء.

الفرع الثاني: مضمون الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية أولاً: الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

صدر قرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 2200 أ/د/21 المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 يتعلق بالاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتي بدأ سريانها يوم 03 مارس 1976.

تحتوي هذه الاتفاقية على ما يسمى " بالجيل الثاني لحقوق الإنسان" والتي يقصد بها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتعالج حقوق الجماعة والأفراد على حد سواء، وتعكس التطورات التي شابت البشرية بحيث

<sup>1</sup> الشافعي محمد بشير، المرجع السابق، ص 49.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 37.

لم تعد حقوق الإنسان مقتصرة على الحقوق المدنية والسياسية، ولكنها امتدت لتشمل نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ولو استعرضنا الحقوق التي تحميها هذه الاتفاقية وتؤكد عليها، لاتضح لنا طول القائمة التي تحتويها والتعريفات المحددة الخاصة بها أكثر مما هو منصوص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وغيره من الاتفاقيات الدولية الأخرى. فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينص على ستة حقوق فقط من هذا النوع، بينما تنص هذه الاتفاقية على عشرة من تلك الحقوق وفي مدى زمني قريب نسبياً، والسبب في ذلك يعود إلى دخول العديد من الدول النامية إلى منظمة الأمم المتحدة التي تعاني من هذه المشاكل الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>1</sup>.

ومن بين الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية نجد حق العمل وفق ظروف وشروط تحمي كرامة الإنسان، والحق في تشكيل النقابات والانضمام إليها وحق الإضراب، والحق في الضمان الاجتماعي.

ولوضع أحكام هذه الاتفاقية موضع التنفيذ العملي فقد نصت المواد من 16 إلى 25 من الاتفاقية على الإجراءات الكفيلة بحسن تطبيقها عندما ألزمت الدول الأطراف تقديم تقارير دورية إلى الأمين العام للأمم المتحدة تبين فيها التقدم الذي أحرزته في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والذي يقوم بإرسال نسخ إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للنظر فيها.

أما بالنسبة لطبيعة الالتزامات القانونية المتولدة عن هذه الاتفاقية فإنها عبارة عن تمنيات ومناشدة للدول الأطراف لعمل ما في وسعها لإصدار

<sup>1</sup> جعفر عبد السلام، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط.1، دار الكتاب المصري، مصر، 1999، ص41.

القوانين اللازمة لتنفيذ الحقوق الواردة بها، ولكي يتمتع الإنسان بمستوى معيشي لائق.

ولكن هذا الالتزام لا يعني في الحقيقة التمتع بهذه الحقوق ما لم تكن الدول الأطراف تتمتع بقدرات اقتصادية تؤدي إلى تحقيق هذه الأهداف، وهذا يعني في حد ذاته عدم استطاعة كافة الدول الأطراف الوفاء بالتزامات متساوية في هذا المجال نظرا لاختلاف قدراتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>1</sup>.

ثانيا: مضمون الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية

صدر قرار من الجمعية العامة رقم: 2200 "د/21" المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 المتعلق بالاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية، وبدأ سريانها يوم 23 مارس 1976.

لقد تضمن القسم الثالث من هذه الاتفاقية حماية مجمل الحقوق المدنية والسياسية للإنسان كالحق في الحياة، وعدم التعذيب أو المعاملة للإنسانية، والحق في الحرية والسلامة الشخصية، والحق في حرية التنقل والإقامة والسفر، والحق محاكمة عادلة، وحق التفكير وحرية المعتقد، وحق إبداء الرأي والتعبير، وحق الزواج وتكوين أسرة، وحماية حق الطفل.

ومما يجدر الإشارة إليه أن هذه الحقوق المنصوص عليها جاءت أكثر تفصيلا مما هو عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما أن الاتفاقية جاءت خالية من النص على حق التملك، والسبب في ذلك يعود إلى تعارض الأنظمة والإيديولوجيات في الدول الأعضاء في الأمم المتحدة حول مفهوم هذا الحق<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ساسي سالم الحاج، المرجع السابق، ص320.

<sup>2</sup> محمد مصباح عيسى، المرجع السابق، ص98.

كما أنشأت الاتفاقية لجنة حقوق الإنسان، ومنحتها وظائف متعددة الغرض منها التأكد من أن الدول الأعضاء تلتزم بما تعهدت به نتيجة مصادقتها على الاتفاقية، وتتضمن هذه الوظائف إدارة نظام التقارير والشكاوي بين الدول إضافة لذلك تقوم اللجنة ببعض الوظائف الواردة في البروتوكول الاختياري الذي أنشأ حق الأفراد بتقديم شكاوي ضد الدول الأعضاء التي قبلت هذا النظام.

### الفرع الثالث: القيمة القانونية للعهديين الدوليين لحقوق الإنسان

إن الاتفاقيتين سالفتي الذكر أبرمتا تحت إشراف منظمة الأمم المتحدة استنادا لميثاق الأمم المتحدة الذي منح للجمعية العامة بموجب المادة العاشرة أربعة عشرة اختصاصا واسعا لتحقيق أهداف المنظمة منها تشجيع وتطوير مسألة حقوق الإنسان، فإبرام العهديين الدوليين مر بمراحل تختلف عن المراحل التي تمر بها المعاهدات العادية، فقد قامت أجهزة المنظمة ببحث الاتفاقيتين وإعداد نصوصهما، ثم وجدت الدول نفسها أمام نصوص جاهزة من طرف المنظمة وما عليها سوى التصديق والانضمام إليها، مما دفع جانبا من الفقه الدولي إلى اعتبارها مجرد عمل انفرادي رغم عملية المداولة التي تمت ضمن لجنة حقوق الإنسان، ودفع الجانب الآخر إلى قياس نشاط الجمعية العامة في هذا الإطار بالنشاط الداخلي للبرلمان في مجال إعداد القوانين<sup>1</sup>.

إن القيمة القانونية للعهديين الدوليين لحقوق الإنسان تتأكد من خلال طبيعتهما، إذ يعتبران معاهدة شارعة جاءت لخلق قواعد قانونية دولية في المجتمع الدولي، فالجمعية العامة باشرت هذا العمل استنادا إلى أحكام المادة 13 من الميثاق، وإلى نظرية الاختصاصات الضمنية. كما أن إجماع إرادات الدول

<sup>1</sup> عمر إسماعيل سعد الله، تقرير المصير السياسي للشعوب في القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص194.

الكبرى التي على عاتقها حماية السلم والأمن الدوليين في وضع قواعد عامة ومجردة في مجال حقوق الإنسان يكسيها صبغة تشريعية<sup>1</sup>.

يتضح لنا مما سبق أن واجب الالتزام الدولي بالعهديين الدوليين لحقوق الإنسان لا ينصب على الدول التي وقعت فقط، بل يمتد إلى كافة الدول الأخرى كما لا تقبل التحفظات أو الإلغاء.

**المبحث الثاني: الآليات العملية المسؤولة على منع انتهاكات حقوق الإنسان وظهور مفهوم الأمن الإنساني**

تبنت منظمة الأمم المتحدة العديد من الوثائق الدولية في مجال حقوق الإنسان، باعتبار أن المسألة تعتبر إحدى الركائز الأساسية لصيانة السلم والأمن الدوليين على المدى البعيد، وقد حددت الأمم المتحدة في هذه الوثائق المستويات العالمية لكل حق من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، إلا أن التعريف بالحق وبيان حدوده لا يكفي لضمان تمتع كل فرد بهذه الحقوق أو تلك الحريات<sup>2</sup>، كما لا يكفي لبناء مجتمع دولي متناسق أساسه السلم والأمن الدوليين، ما لم يوجد هناك آليات عملية فعلية تعمل على منع انتهاكات حقوق الإنسان.

إن هذه الآليات العملية تتجسد بصفة أساسية في أجهزة منظمة الأمم المتحدة باعتبارها المسؤولة الأولى على حفظ وتحقيق السلم والأمن الدوليين وهو ما سنتعرض إليه في هذا المبحث من خلال التطرق فقط إلى آليتين مهمتين هما الجمعية العامة ومجلس حقوق الإنسان في المطلب الأول، ثم نتعرض إلى ظهور مفهوم جديد مهمته حمايته الفرد وضمان كرامته في المطلب الثاني.

<sup>1</sup> عمر إسماعيل سعد الله، المرجع السابق، ص 196.

<sup>2</sup> منى محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 59.

## المطلب الأول: دور الجمعية العامة ومجلس حقوق الإنسان في منع انتهاكات حقوق الإنسان

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في أولهما دور الجمعية العامة في منع انتهاكات حقوق الإنسان، وفي ثانيهما دور مجلس حقوق الإنسان في منع انتهاكات حقوق الإنسان.

### الفرع الأول: دور الجمعية العامة في منع انتهاكات حقوق الإنسان

تتمتع الجمعية العامة بأهمية كبيرة بين مختلف فروع الأمم المتحدة باعتبارها الجهاز العام في المنظمة الذي يضم كل أعضائها، فضلا عن أنها تتمتع بسلطات عامة، إذ لها أن تناقش أية مسألة أو أمر يدخل في نطاق الميثاق أو يتصل بسلطات فرع من الفروع المنصوص عليها فيه<sup>1</sup>، وقد نصت المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة على أن إحدى وظائف الأمم المتحدة تتمثل في وضع دراسات وتقديم توصيات بقصد إنماء التعاون الدولي في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتعليمية والصحية والإعانة على تحقيق حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس بلا تمييز بينهم في الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفرق بين الرجال والنساء.

لم تكتف الجمعية العامة بمهمة الدراسة والبحث وإعداد مشروعات الإعلانات الدولية والمواثيق الدولية وإقرارها دوليا، وإنما مارست مهمة الرقابة الدولية على تطبيق واحترام هذه الصكوك الدولية، فهي تنظر في أي موضوعات تتعلق بحقوق الإنسان يعرضها عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي أو هيئة أخرى من هيئات المنظمة، أو تعرضها الدول الأعضاء أو الأمين العام للمنظمة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص49.

<sup>2</sup> الشافعي محمد بشير، المرجع السابق، ص 254.

وتنظر الجمعية العامة هذه الموضوعات باعتبارها الهيئة الرئيسية للأمم المتحدة والتي تمثل كل الدول، حيث تشترك هذه الدول في طرح ومناقشة ومراقبة مدى احترام حقوق الإنسان في أي مكان، أو على الأقل توصي الأمين العام للمنظمة بالقيام بعمل ما في هذا السبيل<sup>1</sup>.

وقد أنشأت الجمعية العامة لجانا فرعية تابعة لها مباشرة تتولى من خلالها وبواسطتها مراقبة تنفيذ بنود حقوق الإنسان ومن هذه اللجان:

\_ اللجنة الخاصة المعنية بحالة تنفيذ إعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة.

\_ مجلس الأمم المتحدة لناميبيا.

\_ اللجنة الخاصة لمناهضة الفصل العنصري.

\_ اللجنة الخاصة المعنية بالتحقيق في الممارسات الإسرائيلية التي تمس حقوق الإنسان لسكان الأرض المحتلة.

\_ اللجنة المعنية بممارسة الشعب الفلسطيني لحقوق غير القابلة للتصرف<sup>2</sup>.

وتعد هذه اللجان تقارير وتدرسها كما يبحثها مجلس الأمن الدولي والأجهزة الأخرى كلما كان هذا ملائما<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: دور مجلس حقوق الإنسان في منع انتهاكات حقوق الإنسان

لقد تم إنشاء مجلس حقوق الإنسان حديثا، حيث أنه كانت هناك لجنة حقوق الإنسان والتي أنشأها المجلس الاقتصادي والاجتماعي منذ سنة 1949 بموجب القرار رقم: 05 والمعدل بالقرار رقم 09 من نفس السنة، والتي

<sup>1</sup> منى محمود مصطفى، المرجع السابق، ص60.

<sup>2</sup> الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص255.

<sup>3</sup> منى محمود مصطفى، المرجع السابق، ص60.

كانت من مهامها السهر على منع وحماية حقوق الإنسان من الانتهاكات المترتبة من طرف الدول والأشخاص، حيث أنها كانت تلعب دورا هاما في إطار نظام الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، لدرجة أنها أصبحت تعرف مع الوقت بجهاز حقوق الإنسان الأعلى للأمم المتحدة<sup>1</sup> إلى غاية سنة 2006 أين قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بإلغاء لجنة حقوق الإنسان، واعتماد مجلس حقوق الإنسان الذي قام على أنقاضها وأصبح يطلع بجميع مهامها وألياتها ومسؤولياتها.

ولقد صوتت 170 دولة لصالح القرار من مجموع 191 دولة، بينما عارضت 04 دول وهي الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل وجزر مارشال، و17 دولة امتنعت، وثلاثة دول امتنعت عن التصويت وهي إيران وبيلاروسيا وفنزويلا، واستمرت اللجنة في نشاطاتها حتى عام 2006 وهو تاريخ إنشاء المجلس الدولي لحقوق الإنسان، وذلك بموجب المادة الأولى من القرار رقم: 251/60 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والمتضمن إنشاء المجلس<sup>2</sup>.

يتم انتخاب أعضاء المجلس وعددهم 47 بواسطة الجمعية العامة وفعلا في 09 ماي 2006 انتخبت الجمعية العامة هؤلاء الأعضاء، مدة العضوية في المجلس ثلاث سنوات، ولا يجوز إعادة انتخابهم مباشرة إلا مرة واحدة أخرى، الأمر الذي يعني أن العضو لا يجوز له أن يستمر أكثر من مرتين في عضوية المجلس.

ويختص المجلس خصوصا بما يلي:

\_ تعزيز الاحترام الدولي لحقوق الإنسان وحياته الأساسية.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، المرجع نفسه، ص 60.

\_مناقشة الموافق الخاصة بانتهاكات حقوق الإنسان، بما في ذلك الانتهاكات الجسيمة والمستمرة.

\_ أن يكون المجلس مكانا للحوار بخصوص كل مواضيع حقوق الإنسان.

\_ للمجلس أن يصدر توصيات يرفعها إلى الجمعية العامة بخصوص تطوير القانون الدولي لحقوق الإنسان.

وعلى المجلس في مباشرته لعمله أن يراعي مبادئ منها: العالمية، الحيادية والموضوعية، وعدم الانتقائية، والحوار والتعاون الدولي البناء من أجل رفعة شأن حقوق الإنسان وحمايتها، كذلك يجتمع المجلس بصورة منتظمة خلال السنة بما لا يقل عن ثلاث دورات في السنة، مع إمكانية عقده دورات خاصة بناء على طلب عضو واحد يؤيده ثلث أعضاء المجلس<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: ظهور مفهوم الأمن الإنساني

كان مفهوم الأمن الإنساني مرتبطا أساسا بالدولة، لكن مع نهاية الحرب العالمية الثانية وظهر أشخاص دولية جديدة زاد الاهتمام بمسألة حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وهذا ما لاحظناه في هذه الدراسة، لكن مع نهاية نظام الثنائية القطبية في العلاقات الدولية وظهر عوامل ومستجدات دولية زادت في تهديد الفرد الطبيعي مباشرة سواء في وقت السلم أو في وقت النزاعات المسلحة، بدأ الفرد يواجه تهديدات متنوعة عابرة للحدود لا يمكن أن يتعامل معها في إطار القانون الدولي العام الموجود بشكل فعال، ومن أجل التصدي لهذه الأوضاع ظهر في المجتمع الدولي مصطلح جديد غير مسبوق بشأن مجال الأمن الدولي والمرتبط بحماية الفرد، وهو "الأمن الإنساني"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، المرجع نفسه، ص 61.

<sup>2</sup> كينسي هاماساكي، نظرية الأمن الإنساني في القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2009/2008، ص 86.

لقد ظهر البيان الرئيسي الأول بخصوص الأمن الإنساني في تقرير التنمية الإنسانية لسنة 1994 لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP، وورد في هذا التقرير أن مفهوم الأمن قد فسر بشكل ضيق لمدة طويلة، مثل أمن الإقليم من الهجمات الخارجية أو حماية المصالح القومية هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقترح هذا التقرير مفهوماً جديداً للأمن هو "الأمن الإنساني" والذي له مظهران أساسيان:

الأول هو الأمن من التهديدات المزمنة، مثل الجوع والأمراض والقمع.

والثاني هو الحماية من التدهور المفاجئ والضار في الحياة اليومية<sup>1</sup>.

على ضوء تقرير التنمية البشرية الصادر عام 1994، نجد أن مفهوم الأمن الإنساني يركز على سبعة عناصر أساسية هي:

- الأمن الاقتصادي: والذي يتحقق من خلال توفير فرص العمل لجميع الأفراد.

-الأمن الغذائي: ويقصد به توفير الغذاء أو مصادره.

- الأمن الصحي: توفير الرعاية الصحية والحماية من الأوبئة والأمراض.

- الأمن البيئي: الحماية من المخاطر البيئية بكل أنواعها.

- الأمن الشخصي: مثل الأمن الجسدي، والحماية من العنف لجميع الأفراد.

- الأمن السياسي: ضمان حرية التعبير والتمتع بالحقوق السياسية وممارستها

دون قمع أو ضغط.

- الأمن الاجتماعي: مثل ضمان الأمن الثقافي والمحافظة على التراث.

إن مفهوم الأمن الإنساني وتطبيقه لا يزال مقصوراً على بعض الدول خاصة اليابان وكندا، وهذا ما جعل بعض الغموض يكتنف إعطاء تعريف

<sup>1</sup> كينسي هاماساكي، المرجع نفسه، ص 87.

موحد لمفهوم الأمن الإنساني، حيث أن مجمل التعاريف تتكلم عن عناصر مشتركة وهي: التركيز على الفرد الطبيعي أولاً فهو جوهره وأساسه وغايته، وثانياً حماية الفرد الطبيعي من التهديدات والوقاية من الأخطار.

يعتبر مفهوم الأمن الإنساني مفهوماً مكملًا لمفهوم حقوق الإنسان<sup>1</sup> ومكملاً لأمن الدولة، فهو يسعى إلى تعزيز التنمية البشرية وترقية حقوق الإنسان، وتشجيع الحريات الأساسية فقواعده ذات صبغة أخلاقية يجب أن يسعى المجتمع الدولي إلى تبنيها وجعلها قواعد قانونية ملزمة وهذا من خلال تبني هذا الطرح الجديد من طرف أشخاص المجتمع الدولي وبمساعدة المنظمات الدولية غير الحكومية التي لها دور أساسي وهام في تعزيز هذا المفهوم وحمايته.

#### الخاتمة:

أفضت بنا هذه الدراسة إلى إبراز الجهود الدولية المبذولة منذ نهاية الحرب العالمية الثانية من أجل حماية وتطوير قواعد حقوق الإنسان، وخلق الآليات الأساسية لحماية هذه القواعد بين أفراد المجتمع الدولي، والتي لا بد من احترامها وإعطائها سلطة توقيع الجزاء لحماية الأفراد الطبيعيين من جهة والسعي إلى تطوير مفهوم الأمن الدولي عن طريق تبني مفاهيم جديدة تتماشى والتطورات والتهديدات التي يعرفها العالم من جهة أخرى، خاصة ما تشكله العولمة والتكنولوجيا من خطر عابر للحدود يهدد حياة الفرد، والذي بدوره يصبح خطراً على أمن دولته، وهذا ما يدفعنا لتشجيع مبادرة الأمم المتحدة في تشجيع طرح جديد في مجال العلاقات الدولية، وهو تبني مفهوم الأمن الإنساني والسعي إلى إعطائه القوة اللازمة من خلال إصدار إعلان عالمي، أو انعقاد مؤتمر دولي ينتهي بتوقيع اتفاقية أو معاهدة تتضمن قواعد الأمن الإنساني.

<sup>1</sup> خديجة عرفة محمد أمين، مفهوم الأمن الإنساني وتطبيقاته في جنوب شرق آسيا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 2006/2007، ص 72.

## أثر التحوّلات الاقتصادية على القبول بشرطيّ التحكيم والثبات التشريعي في العقود الإدارية

ط/ صادق عباس- طالب دكتوراه  
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

مُلخَص:

يهدف إشراك القطاع الخاص في عملية التنمية الاقتصادية لتخفيف العبء عن خزينة الدولة، كما يهدف لتحسين الخدمة العمومية، ويتحقّق أساسا عن طريق العقود التي تبرمها الدولة مع الخواص، ومنها ما توصف "بالعقود الإدارية"، وهذه العقود في تجددٍ مستمرٍ واتّساعٍ مُطرَد، فهي تتغيّر في شكلها ومضمونها وصياغتها، وبالتالي تتغيّر القواعد القانونية التي تحكمها بالنظر لعدّة عوامل، أهمها مدى حاجة الدولة لإبرامها تحقيقا لتوجهاتها الاقتصادية من جهة، ومدى قوّة القطاع الخاص الوطني والأجنبي، ومدى تمسّكه بشروطه واملاءاته، من جهة ثانية.

الكلمات المفتاحية: العقود الإدارية، التحوّلات الاقتصادية، القانون العام، القانون الخاص، المرافق العامة.

Résumé :

La participation du secteur privé dans le processus de développement économique vise à alléger le fardeau sur le Trésor public ainsi qu'à accomplir et améliorer le service public. Elle est principalement réalisée par des contrats conclus par l'Etat avec les particuliers y compris ce qui est décrit comme «contrats administratifs». Ces contrats se renouvellent sans cesse et s'élargissent de façon constante en changeant dans la forme, le contenu et la formulation. Par conséquent, compte tenu de plusieurs facteurs, les règles juridiques qui les régissent changent également notamment celles relatives

au besoin de l'État pour conclure une enquête sur son orientation économique d'une part, l'étendue du secteur privé national et international, et l'ampleur de l'adhésion à ses conditions et exigences d'autre part.

**Mots clés:** contrats administratifs, transformations économiques, droit public, droit privé, services publics.

### مقدمة:

تُعدّ التشريعات مرآة عاكسة لواقع التحوّلات الاقتصادية والسياسية فالجزائر غداة استقلالها اختارت النهج الاشتراكي فكان دستوراً 1963 و1976 المعبراً الأول عن التمسك بهذا النهج، كما كان دستور 1989 والدساتير التي تلتها إعلاناً صريحاً بانتهاء الاقتصاد الاشتراكي في الجزائر، والتحوّل عوضاً عن ذلك لتوجه اقتصادي يسعى لاستيعاب بعض مبادئ الاقتصاد الرأسمالي، وأبقى على الصبغة "الاجتماعية"<sup>1</sup> للدولة.

وكما هو معلوم، فإن التوجه الاقتصادي الحالي للجزائر يقوم على تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال التحكم التام في الإنفاق، والبحث عن وسائل تمويل جديدة لتغطية النفقات العامة للدولة، وعلى غرار أغلب الدول، تضطلع السلطة التنفيذية باعتبارها الإدارة العامة للدولة، في تنفيذ القسط الأوفر لتحقيق هذا التوجه. وذلك من خلال جُملة من التدابير الاقتصادية، التي يأتي في طليعتها تعاقد الدولة مع الخواص الوطنيين والأجانب، لإنشاء، وإدارة وتسيير المرافق العامة، وتلبية الاحتياجات المتزايدة للسكان، ومن تلك العقود ما توصف "بالعقود الإدارية"، وهذه العقود في تجدد مستمر، واتّسع مُطّرد، فهي تتغيّر في شكلها ومضمونها وصياغتها، وبالتالي تتغيّر القواعد القانونية التي تحكمها بالنظر

<sup>1</sup> - تنص المادة 15 من الدستور على أن: " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية"

لعدة عوامل، أهمها مدى حاجة الدولة لإبرامها من جهة، ومدى قوة القطاع الخاص الوطني والأجنبي، ومدى تمسّكه بشروطه وإملاءاته، من جهة ثانية. فما هو أثر التحولات والتوجهات الاقتصادية على الأحكام العامة للعقود الإدارية في الجزائر؟

### المبحث الأول: العقود الإدارية في الأنظمة القانونية المقارنة

منذ اتساع نشاط الدولة، وظهور حاجتها للتدخل في مختلف الأنشطة الاقتصادية، ظهرت أنماط جديدة من الأعمال القانونية، فلم يصبح القرار الإداري الذي تتخذه الدولة بإرادتها المنفردة<sup>1</sup> هو وسيلتها الوحيدة في قيامها بوظائفها، بل ظهرت العقود أيضا كوسيلة من وسائل تحقيق وتلبية الحاجات والخدمات العامة.

وتختلف تلك العقود باختلاف أهدافها، والظروف الاقتصادية والسياسية المواكبة لإبرامها، والنظم القانونية التي تخضع لها. ففي النظم التي تأخذ بازدواجية القانون والقضاء كفرنسا ومصر ولبنان والجزائر، تتصف العقود التي تكون الإدارة العامة طرفا فيها بخصائص تميزها عن العقود التي تبرم بين الأشخاص العاديين "الخواص". وذلك على خلاف الدول التي تأخذ بنظام وحدة القانون والقضاء، حيث تطبق على مختلف العقود أحكام قانونية موحدة، بغض النظر عن شخصية المتعاقدين " كأصل عام". كما أن العقود الإدارية في تطور مستمر ناتج عن تطور وظائف الدولة وزيادة وتشعب الخدمات العامة، وناتج أيضا عن التحولات الاقتصادية التي تشهدها مختلف الدول. لذلك ينبغي التطرق إلى تمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية (المطلب الأول) ثم ذكر أهم تطبيقات العقود الإدارية في الجزائر (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص10.

## المطلب الأول: التمييز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية

يجري التفريق في الدول الأخذة بنظام ازدواجية القانون والقضاء، بين نوعين من العقود التي تبرمها الإدارة العامة

### الفرع الأول: تعريف عقود الإدارة والعقود الإدارية

أ- عقود الإدارة: وهي تلك العقود "التي تبرمها الإدارة العامة بنفس الطريقة التي تُبرم بها العقود بين الخواص" ومثلها عقود إيجار المحلات والسكنات...<sup>1</sup>

ففي هذه العقود تُقدّر الإدارة العامة أن إتباع قواعد القانون الخاص كافٍ لتلبية احتياجاتها وتحقيق مصالحها، وليس هناك داعٍ لاستحضار مظاهر السلطة العامة وتضمينها في العقد.

ب- العقود الإدارية: "تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة"<sup>2</sup>، وهي العقود "التي يكون أحد طرفيها إدارة عامة، وتهدف لتحقيق المصلحة العامة، وتتضمن شروطاً استثنائية غير معروفة في نطاق القانون الخاص"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: معايير التمييز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية

ولقد ظهرت عدّة معايير للتمييز بين العقود الإدارية التي تخضع لقواعد القانون العام، وبين عقود الإدارة التي تُبرم وفقاً لقواعد القانون الخاص. وللتمييز بينهما أهمية بالغة، فمن خلاله يمكن معرفة الأحكام المطبقة على العقد والجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المرتبطة به، كما يمكن معرفة

<sup>1</sup> -ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد، سطيف، الجزائر، د س ط، ص 199.

<sup>2</sup> -محمد رضا جنيج، القانون الإداري، ط2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص 50.

<sup>3</sup> -وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 1.

حدود اعتماد الدولة على وسائل "السلطة والإجبار" في مقابل "وسائل التفاوض والتشريك" في بناء التزاماتها التعاقدية. هذا وقد تعدّدت معايير التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص.

### 1- المعيار التشريعي (العقود الإدارية بتحديد القانون)

قد تُظفي التشريعات وصف العقود الإدارية على طوائف معينة من العقود التي تبرمها الدولة، وبصفة خاصة، عند رغبة الأخيرة في تبني أساليب القانون العام وعقد الاختصاص للقضاء الإداري. وقد ظهر هذا التحديد "أول مرة" عندما نص المشرع الفرنسي في قانون السنة الثامنة على أن "عقود بيع الأملاك المصادرة أثناء الثورة والعائدة للرهبان والمهاجرين هي عقود إدارية يكون الاعتراض عليها أمام مجلس الدولة"، وكان ذلك راجع أساساً لرغبة حكومة نابليون في أن يفصل القضاء الإداري في هذه المنازعات، وفي تلك الحقبة كان القضاء الإداري في نشأته، وكان يميل بصورة كاملة لتغليب وجهة نظر "الحكومة" والانتصار لآرائها<sup>1</sup>. وقد توالى التشريعات في هذا الاتجاه.

أما في مصر فقد نص القانون رقم 9 لسنة 1949 على أن "نفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد".

وفي الجزائر وعلى سبيل المثال، فقد نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 50-90<sup>2</sup> على أنه "إذا تكوّنت مستثمرة فلاحية جماعية أو فردية بصورة قانونية...وجب أن تثبت الحقوق العقارية الممنوحة في هذا الإطار

<sup>1</sup> - مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 34.

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 50-90 مؤرخ في 6 فبراير 1990، يحدد شروط إعداد العقد الإداري الذي يثبت الحقوق العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين في إطار القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 وكيفيات ذلك، ج ر 1990/6، مؤرخة في 7-2-1990.

للمنتجين المعنيين دون تأخير بإعداد العقد الإداري المذكور في الفقرة الأولى أعلاه. وهذا العقد الذي تُعدّه الإدارة المكلفة بأمالك الدولة يحدد الأساس العقاري الذي يمارس عليه حق الانتفاع الدائم الممنوح للمنتجين الفلاحين...".

وقد تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية "لكثير من النقد حيث أن بعض العقود قد لا تتلاءم مع التكييف الذي يسبغه المشرع عليها وقد تكون في حقيقتها أقرب إلى العقود المدنية"<sup>1</sup>. كما لا يشمل التشريع كل العقود التي يختص القضاء الإداري بنظرها، لذلك كان على الأخير معزّزاً بآراء الفقه أن يساهم في هذا التمييز.

## 2- التحديد الفقهي والقضائي للعقود الإدارية:

نظرا لما شهده التحديد القانوني للعقود الإدارية من اضطراب ونقد، اتجه القضاء والفقه لوضع معايير أخرى لتمييز هذه العقود. ويمكن القول بأن القضاء الإداري المقارن اعتبر أن العقد "الذي تكون الإدارة طرفاً فيه، ويهدف لتسيير أو إدارة مرفق عام، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، يُعدُّ عقداً إدارياً".

ولئن كان شرط أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد لم يثر كبير خلاف فإن شرطاً تعلق العقد بمرفق عام، واحتواؤه شروطاً استثنائية، كانا محل تطورات وتجاوزات قضائية وفقهية.

## - أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد:

من البديهي أن العقد لا يوصف بالإداري إلا لكون الإدارة العامة طرفاً فيه، والإدارة العامة هي الدولة، والولاية، والبلدية، والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري، وما يقوم مقامها من أشخاص القانون العام. وقد تقوم هذه

<sup>1</sup> -مازن ليلوراضي، المرجع السابق ص 36.

الهيئات بإبرام عقودها بنفسها، كما قد ينوبها في ذلك هيئة خاضعة للقانون العام، بل وحتى للقانون الخاص. وفي هذه الحالة تتصرف تلك الهيئة بكونها نائبة عن الإدارة العامة ومتعاقدة لصالحها، وفي مثل هذه الحالات، وعلى الرغم من افتراض إبرام العقد بين طرفين خاضعين للقانون الخاص، فقد يكون العقد إدارياً. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر "...من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو لحساب الإدارة ومصحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري..."<sup>1</sup>

#### - أن يتعلق العقد بالمرفق العام:

إن من أعقد المفاهيم في مجال القانون الإداري مفهوم المرفق العام خاصة وأن هذا الفرع من فروع القانون (القانون الإداري) تم اعتباره ولمدة طويلة قانون المرافق العامة، وتم ربط مجال ونطاق الموضوعات المدرجة تحت مظلته بتلك المرتبطة بتسيير وإدارة وإنشاء واستغلال تلك المرافق. حيث يرى البعض "أن موضوع العقد الإداري هو المرفق العام"<sup>2</sup>.

يعرف البعض المرفق العام بأنه: "النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 7 مارس 1964، مجموعة مجلس الدولة، السنة 9، ص. 763. مشار إليه: حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 566.

<sup>2</sup> -علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 297.

<sup>3</sup> -مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص 43.

وأمام تطور تعريفات المرفق العام الناتج عن تطور وظيفة الدولة وتشعب دورها كان لزاما طرح التساؤل عن طبيعة الأنشطة المتجددة وما إذا كانت تؤلف مرفقا عاما أم لا؟

إجابة على ذلك يرى جانب من الفقهاء بأنه في حالة وضوح النص التشريعي فإن الرجوع إليه ومعرفة نية المشرع هو الفيصل في تحديد طبيعة النشاط وتحديد كونه من المرافق العامة. أما في حالة عدم وضوح فإنه على القاضي استنتاج نية المشرع، وبهذا الصدد فقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في قرار Nancy الشهير عدة شروط للقول بأن النشاط يشكل مرفقا عاما ولو قامت به مؤسسة خاصة<sup>1</sup>، وهذه الشروط هي:

- أن تمارس الإدارة حق الرقابة على طريقة انجاز النشاط.
- أن تسهل الإدارة عمل تلك المؤسسات التي تعمل في سبيل المصلحة العامة.
- أن تُمنح تلك المؤسسات بعض امتيازات السلطة العامة.
- وأن تخضع لرقابة سلطة الوصاية.

وخلافا لما سبق، قد تخضع بعض المرافق العامة للقانون الخاص، وتكون العقود التي تتصل بها عقودا خاصة، وذلك بالنسبة للمرافق العامة الصناعية والتجارية<sup>2</sup>، وهذا الوضع ترتب عن تغير وتطور وظيفة الدولة الكلاسيكية، حيث يمكن لبعض المؤسسات الخدمية والإنتاجية المملوكة للدولة أن تمارس نشاطا مربحا بنفس الكيفية التي يمارس بها الخواص أنشطتهم، وعلى هذا الأساس تحتكم لقواعد القانون الخاص.

<sup>1</sup> Sébastien HOURSON, Service public exploité par une personne privée, Revue générale du droit, 2008, on line : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/02/09/service-public-exploite-par-une-personne-privée/>

<sup>2</sup> في تحديد مفهوم المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الصناعية والتجارية، يُنظر:

<http://www.cours-de-droit.net/le-service-public-definition-et-distinction-spa-spica-130494156>

### - أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية:

إن تكافؤ المصالح الخاصة في العقود المدنية لا يبرر للطرفين تفوق أحدهما عن الآخر، بخلاف العقود الإدارية التي تتميز فيها المصلحة العامة بالأولوية دون إهدار المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، ولضمان تحقيق تلك المصلحة العامة "تقرر" للإدارة سلطة وضع بعض الشروط والأحكام التي توصف "بالاستثنائية"، وقد عرفها البعض بأنها "الشروط التي لا يستطيع الأفراد إدراجها في عقودهم" وذلك "لارتباطها بفكرة السلطة العامة"، وقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ramon في حكمه الصادر بتاريخ 1953-11-6 بأنها "الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقاً غير مألوفة في القانون الخاص"<sup>1</sup>.

وقد صنّف البعض<sup>2</sup> الشروط الاستثنائية إلى صنفين، صنف أول يُعبّر عن امتيازات السلطة العامة كسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته، وسلطتها في تنفيذ قراراتها مباشرة في مواجهته. أما الصنف الثاني فهو الشروط الاستثنائية غير المألوفة، ومثلها سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وحق المتعاقد في إعادة التوازن المالي الناتج عن ذلك التعديل.

وعن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يقول الدكتور مازن ليلوراضي في كتابه "دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري"<sup>3</sup> ما يلي: "إن المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري هو معيار تخيري مُناطق بقاضي الموضوع يقوم على ثلاث مبادئ أساسية هي:

<sup>1</sup> - مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> - مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص ص 63-69.

<sup>3</sup> - مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص 146.

- 1- أن اشترك المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته،
- 2- تضمن العقد شروطا غير مألوفة،
- 3- خضوع العقد لنظام قانوني غير مألوف،

ففي حالة اشتغال العقد على أحد هذه المبادئ فإن العقد يُعدُّ عقداً إدارياً، أما إذا كان خالياً منها جميعاً فهو عقد من عقود القانون الخاص".

هذا، وعلى غرار الدول الآخذة بنظام ازدواجية القانون والقضاء، يعرف القانون الجزائري عدّة تطبيقات للعقود الإدارية.

### المطلب الثاني: أهم تطبيقات العقود الإدارية في الجزائر

يعرف النظام القانوني الجزائري الكثير من تطبيقات العقود الإدارية.

### الفرع الأول: عقود البحث والتنقيب واستغلال المحروقات

قبل الاستقلال كانت الجزائر تخضع للقوانين الفرنسية، وقد نصت المادة 41 من الأمر رقم 58-1111 المتضمن قانون البترول الصحراوي<sup>1</sup> على أن: "النزاعات بين صاحب الامتياز ومانح الامتياز والمتعلق بتطبيق الاتفاقية يرجع ابتداء وانتهاء إلى مجلس الدولة الذي يفصل في النزاع". ومن أهم عقود الامتياز في تلك الحقبة عقود البحث والتنقيب واستغلال المحروقات.

أما بعد الاستقلال، فإن "عقود المحروقات" قد خضعت لقوانين متعاقبة آخرها القانون رقم 05-07 الذي تم تعديله سنّي 2006 و2013، وقد نصت المادة 05 منه على أن " عقد البحث و/ أو الاستغلال أو العقد: هو عقد يسمح

<sup>1</sup>Ordonnance n°58-1111 du 22 novembre 1958 RELATIVE A LA RECHERCHE, A L'EXPLOITATION, AU TRANSPORT PAR CANALISATIONS DES HYDROCARBURES ET AU REGIME FISCAL DE CES ACTIVITES DANS LES ZONES DE L'ORGANISATION COMMUNE DES REGIONS SAHARIENNES. EXTENSION A L'ALGERIE DE L'ART. 69 PAR OR. 581112 DU 22-11-58. On line:

[https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT000000705068&pageCourante=10526](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000705068&pageCourante=10526)

بإنجاز نشاطات البحث و/ أو استغلال المحروقات طبقاً لهذا القانون" كما عرفت عقود الشراكة بأنها: "عقود البحث و/ أو استغلال المحروقات المبرمة بين سوناطراك، شركة ذات أسهم، وشريك أو شركاء أجنب". والظاهر من هذا القانون أنه لم يُحدد الطبيعة القانونية لعقود المحروقات. وإن نص في المادة 58 منه على أن تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه العقود عن طريق الوساطة والتحكيم الدولي (كما سيأتي تفصيله).

وقد تناولت الآراء الفقهية تعريف عقود التنقيب عن المحروقات واستغلالها، انطلاقاً من عدة زوايا<sup>1</sup>، حيث يتم اعتبارها في بعض الحالات عقوداً إدارية (على النحو السابق بيانه)، وذلك إذا ما تم إبرام العقد من قبل الدولة أو من يتصرف لصالحها، وكان متضمناً لشروط غير مألوفة في مجال القانون الخاص (كشروط الثبات التشريعي)، وتصرفت فيه الدولة باعتبارها سلطة عامة تهدف لتحقيق الصالح العام<sup>2</sup>. كما قد يُنظر لعقود المحروقات على أنها عقودٌ مرغّبة، تحوي مزيجاً من قواعد القانون العام والخاص، وقد تكون عقود تجارة دولية إذا تم إبرامها وفقاً للقواعد المطبقة على المعاملات التجارية الدولية دون أن يظهر في العقد أن للدولة مكانة متميزة وسلطة استثنائية تفوق سلطة المتعاقد معها...

### الفرع الثاني: الصفقات العمومية وعقود الالتزام

تعتبر الصفقات العمومية من أظهر التطبيقات المعروفة للعقود الإدارية في الجزائر، ويربط تنظيمها الحالي (المرسوم الرئاسي رقم 15-247) بينها وبين عقود تفويضات المرفق العام. تُعرّف الصفقات العمومية قانوناً بأنها "عقود

<sup>1</sup> - ينظر: عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص.ص 36-41.

<sup>2</sup> - نساخ سفيان، التحكيم في عقود استغلال النفط في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013-2014، ص ص 8-30.

مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأثغال واللوامز والخدمات والدراسات " (1). ففي " عبارة عن عقود مكتوبة بين طرفين أو أكثر (2) يلزم فيها الأطراف بما تم الاتفاق عليه، وهي صورة من صور العقود التي لها أهمية كبيرة وغطاء مالي معتبر" (3). وهذا الوصف بالنسبة للصفقات عموما، أما الصفقات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها فتُعرّف قضائيا على أنها " عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو انجاز مشروع أو أداء خدمة" (4).

أما عقد الالتزام فيُعرّف بأنه: "عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم نفقات المشروع

<sup>1</sup> - تنص المادة الثانية من م.رر 15-247 على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأثغال واللوامز والخدمات والدراسات". المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج، عدد 2015/50، مؤرخة في 20-09-2015.

<sup>2</sup> "لذلك اشترط نص القانون الكتابة ولم يشترط وجود الدولة أو أحد هيئاتها العامة الإدارية لإسباغ وصف الصفقة على العقد على اعتبار أن هناك صفقات عمومية قد تبرم بين المؤسسات العامة الاقتصادية، أو بينها وبين الخواص". سهام عباسي نظام المنافسة في إطار الصفقات العمومية دراسة صفقات المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري نموذجا، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات المؤتمر الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 سكيكدة، يومي 16-17 مارس 2015، ص 4.

<sup>3</sup> فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، العدد 05، ص 110

<sup>4</sup> قرار غير منشور مؤرخ في 17-12-2002 تحت رقم 6215 فهرس 873، مشار إليه في عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 56.

وأخطاره المالية مقابل ما يتقاضاه عوضاً عن ذلك في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين".<sup>1</sup>

مع الإشارة إلى أن العقود الإدارية في تطور وتجدد مستمر، متصل أساساً بضرورات التنمية وتبعات التحولات الاقتصادية.

**المبحث الثاني: حدود تأثر نظرية العقود الإدارية بالتحولات الاقتصادية في الجزائر**

تأثرت نظرية العقود الإدارية بشكل كبير بواقع التحولات والتقلبات الاقتصادية، خاصة عندما أصبح العقد الإداري وسيلة من وسائل التنمية الاقتصادية، ولرصد ذلك التأثير يتم التطرق أولاً للأحكام المنظمة لتعاقدات الدولة في ظل التوجه الاشتراكي (المطلب الأول)، ثم للأحكام المنظمة لتلك التعاقدات في ظل التوجه نحو الاقتصاد الرأسمالي (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: أثر التوجه الاشتراكي في تغليب قواعد القانون العام على المعاملات الاقتصادية للدولة**

على الرغم من المبادئ النظرية التي يقوم عليها الاقتصاد الاشتراكي، فقد أدى تطبيقه إلى هيمنة الدولة على النشاط الاقتصادي، وتوليها بنفسها إدارة الأنشطة الاقتصادية، باعتبارها سلطة عامة، وباعتبارها اليد الأمينة الأولى التي تحافظ على ثروات الشعب، وتجعل تحقيق هذه الغاية بنفسها، من صميم وظيفتها السياسية والاجتماعية.

وقد أنتج اتباع النهج الاشتراكي تغليب قواعد القانون العام فيما تتخذه الدولة من أعمال لتنظيم الأنشطة الاقتصادية، فاحتكارها للأنشطة الأساسية

<sup>1</sup> - حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الدعوى رقم 18628 لسنة 59 ق، بتاريخ 19-02-2006. منقول عن: محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 588.

الإستراتيجية، وعدم إتاحة المجال للخواص، من شأنه أن يستبعد كل ما يؤثر في مركز الدولة باعتبارها رائدة تلك الأنشطة، وكتعبير على هذه الهيمنة ما نصت عليه المادة 5 من القانون 88-25 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية<sup>1</sup>، فقد نصت المادة 5 منه على أنه "لا يمكن انجاز الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية في النشاطات الاقتصادية المُعتبرة إستراتيجية بموجب القانون المتضمن المخطط والتشريع المعمول به ولاسيما منها النشاطات المتعلقة بالنظام المصرفي والتأمينات والمناجم والمحروقات والصناعة القاعدية للحديد والصلب والنقل الجوي والسكك الحديدية والنقل البحري وبصفة عامة كافة النشاطات المتعلقة بتسيير الأملاك الوطنية".

وهذا النص، وعلى الرغم من سنّه قبل سنة من إحداث القطيعة مع النظام الاشتراكي (بموجب دستور 1989)، يؤكد استمرار رغبة الدولة في احتكار أهم الأنشطة الاقتصادية، وعدم السماح للخواص بممارستها، وللباحث أن يتصوّر مدى اتساع النشاط الاقتصادي للدولة، وغلبة العقود المُبرمة وفقا لقواعد القانون العام في هذه المرحلة. بل أخذ بقواعد القانون العام، حتى في تنظيم وتسيير الشركات المختلطة الاقتصاد، على الرغم من أن اتفاقية تأسيسها تخضع لقواعد القانون المدني، فقد نصت المادة 53 مكرر من القانون 82-13 (المُلغى)<sup>2</sup> المعدل والمُتمم بالقانون 86-13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها " تتمتع الشركة المختلطة الاقتصاد بأهلية قانونية كاملة للتصرف في جميع ممتلكاتها حسب قواعد القانون العام. ويخضع بروتوكول

<sup>1</sup> - مُلغى، بموجب المادة 2/49 من المرسوم التشريعي 93-12.

<sup>2</sup> - القانون رقم 82-12 المؤرخ في 28-8-1982، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، المعدل والمُتمم بالقانون رقم 86-13 المؤرخ في 19-08-1986. (المُلغى)

الاتفاق<sup>1</sup>، للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني".

كما يظهر إعمال قواعد القانون العام، فيما تضمنته المادة 48 من نفس القانون، حيث قرّرت بأنه: "إذا اقتضت المصلحة العامة أن تستعيد الدولة الأسهم التي يحوزها الطرف الأجنبي، فإنه يترتب على هذا الإجراء قانوناً وبمقتضى الدستور تعويض عادل ومنصف خلال أجل أقصاه سنة واحدة" وفي هذا الحكم خروج واضح على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تحكم العقود المدنية، وفيه إبراز لرغبة الدولة في إظهار سلطتها التعاقدية التي تفوق مركز المتعاقد معها.

### المطلب الثاني: وضعية العقود الإدارية في ظل التوجه نحو الاقتصاد الحر

إن التوجّه نحو الاقتصاد الحر يفضي لتوسيع قاعدة الملكية الخاصة وتحرير المبادرات الفردية، وتخلىّ الدولة عن "تزعّم النشاط الاقتصادي"، وهذه المبادئ تستلزم تغيير الفلسفة القانونية التي تبني عليها الدولة التزاماتها التعاقدية، والتحوّل من مركز الأمر والنهي إلى مركز الشراكة والمرافقة. وهذا التصرّف للدور الاقتصادي الجديد لبعض الدول، ومنها الجزائر، ما هو في الحقيقة إلا امتداد للتصور الرأسمالي الذي روّجته "العولة"<sup>2</sup>، وقد أدركت الدول النامية هذه الحقيقة، كما أدركت تبعاتها القانونية والسياسية.

<sup>1</sup> - تنص المادة 2 مكرر "تعد الشركات المختلطة الاقتصاد الموجود مقرها في الجزائر شركات تجارية بالأسهم، تخضع للقانون التجاري الجزائري، وتحوز جزءاً من رأسمالها مؤسسة أو عدة مؤسسات اشتراكية وطنية، ويندرج إنشاؤها وقانونها الأساسي المعد طبقاً للتشريع المعمول به، في إطار بروتوكول الاتفاق المبرم بين المؤسسة أو المؤسسات الاشتراكية الوطنية والطرف الأجنبي أو الأطراف الأجنبية، وذلك مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"

<sup>2</sup> - في هذا المعنى: محمد عبد المجيد اسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010، ص ص 13-16.

لقد أظهرت الدول "النامية بصفة خاصة"، رغبتها في تجاوز أزماتها الاقتصادية والسياسية، من خلال التأسيس لنظام قانوني يوفر المناخ المطلوب من قبل المستثمرين الخواص الأجانب أولاً ثم الوطنيين ثانياً، والتخلّي عن "المبادئ والتدابير القانونية والتنظيمية" التي تُنفّرهم من إقامة المشاريع الاستثمارية والتنموية في الدول المضيفة<sup>1</sup>. ولم تُقدم المؤسسات الخاصة على إنشاء استثماراتها إلا بعد أن توقّرت لها جُملة من الضمانات القانونية، والتي انعكست على العقود التي أبرمتها الدول معهم، وبهذا الصدد، يمكن التساؤل عن طبيعة بنود تلك العقود وعن مركز الدولة مقارنة بمركز المتعاقد معها "المستثمر"، وعن تطورات تلك العقود مقارنة بما كانت عليه قبل هذه التحوّلات، خاصة بالنسبة لحالة الجزائر؟

يمكن استجلاء أثر التوجه الاقتصادي الحالي للجزائر على العقود التي تُبرم باسم الإدارة العامة في عدّة نقاط أهمها القبول بشرط التحكيم والقبول بشرط الثبات التشريعي.

### الفرع الأول: قبول الدولة بشرط التحكيم

يُقصد بالتحكيم " اتفاق أطراف النزاع -اتفاقاً يجيزه القانون - على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلاً من القضاء المختص، ويكون القرار في هذا الشأن ملزماً لهم"<sup>2</sup>، فهو "نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضائهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بخصوص علاقاتهم التعاقدية، والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم"<sup>3</sup>. وقد

<sup>1</sup>- وائل عز الدين يوسف، المرجع السابق، ص 4.

<sup>2</sup>- ماجد راغب الحلو، التحكيم في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص. 162.

<sup>3</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، 2006، ص. 19. مذكورين في وائل عز الدين يوسف، المرجع السابق، ص. 18.

يرد شرط التحكيم كبنود من بنود العقد أو في اتفاق مستقل ملحق بالعقد يتفق فيه الأطراف على أن يتم الفصل في المنازعات التي قد تطرأ بينهم مستقبلاً عن طريق التحكيم وفي هذه الحالة يسمى شرط التحكيم " clause compromissaire"، أما إذا وقع هذا الاتفاق بعد نشوء النزاع فيسمى حينها مشاركة التحكيم "le compromis"<sup>1</sup>

إن اختصاص السلطة القضائية بالفصل في كل المنازعات هو اختصاص أصيل، يعبر عن سيادة الدولة في فرض قانونها الداخلي بواسطة السلطة المختصة بذلك "القضاء". وهذا الوضع الطبيعي والدستوري لم يواءم نظرة المؤسسات التجارية والصناعية كالشركات متعددة الجنسيات مثلاً، فهذه الأخيرة أبدت تخوفها من خضوعها للقانون وللقضاء الوطنيين في الدول المضيفة، في حال نشبت بينهما خلافات حول تنفيذ العقود التي تُبرمها معها واستعاضت عن ذلك باشتراطها للتحكيم. ولم يكن هذا الأمر محل موافقة من قبل الدول<sup>2</sup>، إذ رأت في هذا الاشتراط اهتزازاً للثقة في مؤسساتها القضائية الوطنية. إلا أن الحاجة الماسة لخدمات تلك المؤسسات والشركات، وعجز كثير من الدول على الاستغناء عنها في تنفيذ برامجها وإصلاحاتها الاقتصادية، دفعها للقبول بشرط التحكيم وتنازلها عن ممارسة سلطاتها القضائية<sup>3</sup>، ففي مصر وبعدها جدل فقهي وقضائي امتد لعقود أجاز التشريع المصري صراحة التحكيم في العقود الإدارية بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 المعدل للقانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، واشترطت المادة الأولى

<sup>1</sup> - محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2007، ص. 6.

<sup>2</sup> - وائل عز الدين يوسف، المرجع السابق، ص 36-46.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص. 16.

منه أن تتم إجازة شرط التحكيم بموافقة الوزير المختص ولا يجوز له تفويض هذا الاختصاص<sup>1</sup>.

أما في الجزائر فقد نصت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 (الملغى) على أنه: " لا يجوز للدولة وللأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم" ولكن من الناحية العملية، فقد أبرمت الدولة عددا من عقود التنقيب واستخراج المحروقات مع بعض الشركات والدول الأجنبية وكانت تتضمن شرط التحكيم، فقد تضمن الملحق المبرم بين المؤسسة الوطنية للبحث عن المحروقات وإنتاجها وتحويلها (سوناطراك) وشركة جي تي بترولوم كمباني الذي صادق عليه رئيس الجمهورية بموجب الأمر 72-48<sup>2</sup> في المادة 12 منه على أن: " كل نزاع أو خلاف يحصل بين الطرفين بشأن تأويل أو تطبيق أو تنفيذ شروط هذا الملحق تفصل فيه محكمة تحكيمية مؤلفة من ثلاثة محكمين. وتسري أحكام التحكيم على الطرفين، وهي لا تخضع لأي طعن ويجري التحكيم في مدينة الجزائر". كما ظهر ما عرف بالتحكيم الإجباري في بعض عقود التوريدات الداخلية. وظل هذا التناقض قائما حتى صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5-10-1993 الذي أجاز في المادة 41 منه شرط التحكيم<sup>3</sup> وبموجبه تم تعديل قانون الإجراءات المدنية المذكور، فأصبحت المادة 442 تنص على أنه " لا يجوز للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا في علاقات التجارة

<sup>1</sup> - في بيان ذلك: حكم محكمة القضاء الإداري بمصر بتاريخ 23-04-2006، الدعوى رقم 11498 للسنة ق 53، مذكور في: محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 590 وما بعدها.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 72-48 المؤرخ في 27 شعبان عام 1392 الموافق 3 أكتوبر 1972 يتضمن المصادقة على الملحقين المؤرخين في 27 مايو 1972 بعقد شركة المحاصة المؤرخ في 6 فبراير 1963 الذي هو موضوع الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر من طرف شركة جي تي بترولوم كمباني، ج رقم 86/1972 مؤرخة في 27-10-1972. ص. 1366.

<sup>3</sup> - المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 5-10-1993 المتعلق بترقية الاستثمار (الملغى)، ج ر عدد 64-1993 مؤرخة في 10-10-1993.

الدولية". وبعد إلغاء القانون القديم وصدور قانون الإجراءات المدنية والتجارية سنة 2008 فقد نصت المادة 1006 منه على أنه " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية". وما يظهر من هذا النص أن التشريع الجزائري يجيز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، ويجيزه أيضا في إطار الصفقات العمومية التي قد تبرم مع متعاملين وطنيين أو أجانب.

### أ- التحكيم الإجباري:

نص الأمر رقم 44-75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات (المُلغى)<sup>1</sup>، في المادة الأولى منه على أنه "لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم "

فوفقا لهذا الأمر، تتشكل لجنة وطنية ولجنة ولائية للتحكيم في المنازعات الخاصة بتنفيذ العقود المذكورة في النص، كما يمكن أن يقوم بمهمة التحكيم الوزير المعني إذا وقع النزاع بين هيئتين خاضعتين لوصايته. ويمكن أن يختص مجلس الحكومة بمهمة التحكيم إذا كان للنزاع أثر مباشر على الاقتصاد الوطني.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 44-75 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 1395 الموافق 17 يونيو 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد: 53/1975 مؤرخة في 4-7-1975. مُلغى بالقانون رقم 4-88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن تعديل الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، والذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 2-1988 مؤرخة في 13-1-1988.

ولا يمكن استئناف قرار هيئة التحكيم، ويمكن الطعن فيه فقط بإعادة النظر لأسباب محددة حصرا.

إن أحكام هذا الأمر قد أسّست لتحكيم إجباري استبعد بصفة كلية سلطة المحاكم في نظر المنازعات التي قد تنشأ بين المؤسسات المذكورة، وهي هيئات ومؤسسات اقتصادية تابعة للدولة من جهة، والتعاونيات التي يسيروها الخواص من جهة ثانية. واقتصرت أحكامه على العقود الداخلية (الوطنية) فقط. وبتتبع مختلف الأحكام يظهر أن الدولة استهدفت إبعاد القضاء عن هذه الطائفة الهامة من المنازعات في تلك الحقبة، واستبدلت ذلك بهيئات تحكيم تتكون من محكمين وخبراء في الغالب هم من العمال والموظفين وأعوان الدولة.

وما يلاحظ على هذا النوع من التحكيم أنه لم يشمل صراحة الهيئات العمومية الإدارية كالولايات والبلديات، على الرغم من أن الهيئات المحددة حصرا في نص المادة الأولى من الأمر 44-75 المذكور أنفا، قد تعمل باسم ولحساب الدولة، وقد تستعمل أساليب القانون العام في علاقتها مع المؤسسات والهيئات الوطنية الأخرى (كشركات الاقتصاد المختلط)، وأن نشاطها متصل بالمرافق العامة، وهذه الشروط الثلاث قد تجعل من عقودها " ذات صبغة إدارية"، خاصة وأن هذا التحكيم الإجباري قد أعطى دورا محوريا للهيئات الإدارية الوصية على المؤسسات والهيئات المذكورة في نص المادة الأولى.

#### ب- التحكيم الاتفاقي:

تنص المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتضمن ترقية الاستثمار على أن: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في

حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص". وهو ذات الحكم الذي تضمنته المادة 17 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم (الملغى) وتضمنه قبل ذلك نص المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-12<sup>1</sup> (الملغى)

وقد أعطى القانون 09-16 للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار سلطة واختصاص إبرام عقود الاستثمار باسم الدولة الجزائرية، وفي طائفة من تلك العقود تم النص على أن تتم تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذها في المركز الدولي للتحكيم (فرنسا)، منها العقد المبرم بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار "القائمة في حق الدولة الجزائرية" والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) بتاريخ 26-6-2004، حيث نصت المادة 13 منها على أنه "في حالة استمرار الخلاف يفصل فيه نهائيا المركز الدولي لتسوية الخلافات الخاصة بالاستثمار" وهو ذات الحكم المذكور في المادة 18 من الاتفاقية المبرمة بين الوكالة المذكورة والشركة الأيرلندية GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) LIMITED والمبرمة بالجزائر بتاريخ 25-06-2005.

الفرع الثاني: الإشكاليات التي يثيرها القبول بشرط التحكيم في العقود الإدارية

بالإضافة لما سبق ذكره بشأن تخوف الدول خاصة النامية وتوجسها من شرط التحكيم، فإن الإشكاليات الحقيقية لتطبيق هذا الشرط تتجسد عمليا في الصعوبات والمخاطر المالية والاقتصادية التي تلحق بالطرف المتضرر الذي غالبا ما يكون الدولة، وعلى هذا الأساس وعلى الرغم من أن هناك عدة قضايا

<sup>1</sup> -المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق 5 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج رعدد 1993/64، مؤرخة في 10-10-1993. ملغى بنص المادة 35 من الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم المتضمن ترقية الاستثمار الملغى أيضا بموجب نص المادة 38 من القانون 09-16 المؤرخ في 3-8-2016 المتضمن ترقية الاستثمار، ج ررقم 2016/46 مؤرخة في 3-8-2016.

تم الفصل فيها لصالح الجزائر فقد صرح أحد المسؤولين السابقين قائلاً: " إن الجزائر لا تزال تلميذا غير موفق في قضايا التحكيم الدولي... وهي لا تحسن التفاوض دولياً لضعف الإمكانيات في مجال التحكيم الدولي"<sup>1</sup>.

ولعل في مثل هذا الإقرار، اعتراف واضح بخطورة التحكيم على الاقتصاد الوطني في حالة عدم التحكم الجيد في التقنيات التفاوضية التي يستند عليها<sup>2</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن قانون المحروقات رقم 05-07 المعدل والمتمم، قد تضمن حكماً في غاية الأهمية، فقد نصت المادة 58 منه بعد ذكرها لتسوية الخلافات الناشئة عن تنفيذ عقود المحروقات بطريقي المصالحة والتحكيم على أن: "يُطبَّق القانون الجزائري، ولا سيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات". فهل مفاد هذا النص هو السماح بتطبيق التحكيم كأسلوب معروف لتسوية المنازعات يختار فيه الأطراف محكمهم والقانون المطبَّق عليهم، أو يُقصد به ضرورة تطبيق القانون الجزائري حتى في حالة اللجوء للتحكيم الدولي؟

### الفرع الثالث: شرط الثبات التشريعي

كما سبقت الإشارة، فإن مقتضيات المصلحة العامة التي تهدف الإدارة لتحقيقها من وراء تعاقدها مع الخواص هي التي تبرر تبوأها لمنزلة أعلى من منزلة المتعاقدين معها، وهي التي تبرر تمتعها بسلطات واسعة ليس لها نظير في العقود التي تبرم بين الخواص. إلا أن التوجهات الاقتصادية التي أملت بها الضرورة

<sup>1</sup> -جريدة العربي الجديد، عنوان "توتال وسوناطراك، الخلاف بين الجزائر وفرنسا يتجاوز ساحات التحكيم الدولي"، عدد تاريخ 2016-08-08.

<sup>2</sup> - وهو "الهاجس" الذي يقلق الكثير من الباحثين، حيث أوصى بعضهم بأهمية اعداد الخبراء والمفاوضون الوطنيين اعدادا جيدا قبل القيام بمهام التحكيم المشار إليها، في هذا المعنى: محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 354.

وحق المصلحة قد فرضت نفسها على أغلب الدول<sup>1</sup>، بحيث استجابت -بالإضافة إلى شرط التحكيم السابق بيانه- لشرط آخر لا يقل عنه أهمية ألا وهو شرط الثبات التشريعي.

ومفاد هذا الشرط أن المتعاقد مع الدولة "المستثمر" لا يتحمل تبعات صدور تشريعات جديدة أو تعديل للتشريعات النافذة في حال فرضت عليه مزيداً من الرسوم أو القيود المالية أو الاقتصادية، وأن تبقى الامتيازات الناشئة لصالحه عند إبرام العقد سارية المفعول ولو صدر قانون جديد ينقص منها أو يلغيها. لذلك عرّف البعض هذا الشرط بأنه: " شرط تتعهد بموجبه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو إجراء جديد على العقد الذي أبرمته مع المستثمر"<sup>2</sup>

ولقد أقر القانون رقم 09-16 المتضمن ترقية الاستثمار بهذا الشرط، فقد نصت المادة 22 منه على أنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة". وهو الحكم الوارد في نص المادة 15 من الأمر رقم 03-01 المتضمن قانون ترقية الاستثمار الصادر سنة 2001 (المغى). وعملياً فقد نصت عدة عقود أبرمتها الجزائر على هذا الشرط؛ منها العقد المبرم بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار "القائمة في حق الدولة الجزائرية" والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، بتاريخ 26-6-2004، حيث نصت المادة 5 منه تحت عنوان "تعديل التنظيم" على أنه " طبقاً للمادة 15 من الأمر رقم 01-03... فإن المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على

<sup>1</sup>- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 391.

<sup>2</sup>- في هذا المعنى: بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، العدد 5 المجلد 2، جانفي 2017، ص 533.

الامتيازات المحددة في هذه الاتفاقية". وهو ذات الحكم المذكور في عدة عقود أخرى منها الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار ممثلة للدولة الجزائرية واتصالات الجزائر للهاتف النقال MOPILIS وذلك في المادة الثالثة منها. والاتفاقية بين الوكالة المذكورة والشركة الأيرلندية GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) LIMITED حيث نصت المادة 6 منها تحت عنوان "تغيير التنظيمات" على أنه: " طبقاً للمادة 15 من الأمر 03-01... فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية. كما أنه يمكن لشركة المشروع، وبطلب صريح منها، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب على مراجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار والذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ."

#### الفرع الرابع: الإشكالات التي يثيرها شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية

لا شك أن التزام الدولة بعدم المساس بالامتيازات المقررة لصالح المتعاقد معها في حال أصدرت أو عدلت تشريعاتها القائمة وقت إبرام العقد، يثير إشكاليات قانونية وسياسية واقتصادية عديدة، فقد أظهرت التجارب التي مرّت بها بعض الدول صعوبة كبيرة في التعاطي مع هذا الشرط إذا ما تغيّرت كلياً أو جزئياً الظروف التي واكبت إبرام الاتفاقيات أو العقود المتضمنة له. وبهذا الصدد يقول الدكتور مهند مختار نوح<sup>1</sup>: "إن العقد الإداري هو عقد المصلحة العامة، وهو لم يُبرم إلا في سبيل سد حاجات المرفق العام الذي يتصل به، مما يعني أن تجميد العلاقة التعاقدية (كما هو الوضع في حالة شروط الثبات التشريعي) على الرغم من تغير ظروف المرفق الذي أبرم العقد في سبيل سد احتياجاته، سوف يؤدي إلى انقلاب العقد غرماً خالصاً على عاتق الإدارة

<sup>1</sup> مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 936.

والصالح العام، وتغليباً في الكثير من الأحيان للمصلحة الخاصة على المصلحة العامة...".

وفي عدة دول، وبسبب التزامها بشرط الثبات التشريعي، قد واجهت صعوبات كبيرة للتحلل من هذا الشرط في حال تبين لها بعد مدة من العمل به أن له آثاراً سلبية على اقتصادها أو سياستها.

أما في الجزائر فقد كان لتعديل القانون رقم 05-07،<sup>1</sup> المتعلق بالمحروقات بموجب الأمر رقم 06-07 أثر تطبيق جلي لما سبق بيانه. فعلى الرغم من نص المادة 101 منه على أن: "تبقى عقود الشراكة المُبرمة قبل تاريخ نشر هذا القانون، وكذا الملاحق بهذه العقود المُبرمة قبل تاريخ نشر هذا القانون، سارية المفعول إلى غاية انتهاء مدة صلاحيتها"، فقد نصت المادة 101 مكرر (المُستحدثة) على أنه: "بغض النظر عن أحكام المادة 101 أعلاه، يُطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول "البرنت" يتجاوز ثلاثون (30) دولاراً للبرميل الواحد، وذلك فيما يخص عقود الشراكة المُبرمة بين سوناطراك وشريك أجنبي أو أكثر... يُطبق هذا الرسم ابتداءً من أول عُشت سنة 2006.

-تبلغ نسبة هذا الرسم المطبق على الإنتاج الذي يعود للشركاء الأجانب 05% كحد أدنى و50% كحد أقصى.

-تعد كل اتفاقية مخالفة للأحكام المذكورة أعلاه لاغية"

<sup>1</sup> - القانون رقم 05-07 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، مُعدّل ومُتمّم بالأمر رقم 06-10 مؤرخ في 29 يوليو سنة 2006، والقانون رقم 13-01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، ج ر عدد 05/2005، و48/2006، و11/2013.

لقد أسس نص المادة 101 مُكرّر لرسم جديد وهو "رسم غير قابل للحسم على الأرباح الاستثنائية"، حيث أن الجزائر رأت في ارتفاع سعر البترول عن التقديرات التي توقعتها قبل إبرامها لعدة عقود يفوّت عليها أرباحا طائلة إذا ما ارتفعت تلك الأسعار بعد ذلك، وهو ما وقع بالفعل، حيث استأثرت الكثير من شركات إنتاج البترول المتعاقدة مع "سوناطراك" بهامش الأرباح الناتج عن فارق السعر المتعاقد عليه مع السعر الحقيقي للبترول في الأسواق العالمية، وهو ما دفع بالجزائر لمحاولة استدراك هذا الوضع من خلال فرض هذا الرسم الجديد على الرغم من نص العقود المُبرمة مع الشركاء الأجانب على شرط "الثبات التشريعي" خاصة في شقه المرتبط بعدم خضوعها للرسوم والضرائب المستحدثة بعد إبرام عقودها.

ومن الملاحظ أن الشركات الكبرى المتعاقدة مع "سوناطراك" قد تعاملت وفقا لمصالحها في عدم التمسك بشرط الثبات التشريعي في مواجهة هذا الرسم فشركة توتال الفرنسية كمثال لم تُقدم على مواجهة نص المادة 101 مكرر عند صدوره سنة 2006، وإنما بدأت تلوّح بلجوءها للتحكيم الدولي بداية من سنة 2016، أي بعد أدائها للرسم طيلة عشر سنوات، وتفسيرا لذلك يقول أحد الخبراء في عقود البترول: "إن شركة توتال تحركت في هذا الوقت تحديدا إما سعيا للضغط على الجزائر من أجل منحها عقودا أخرى في مجال المحروقات وإما لنيتها مغادرة الجزائر بعد أن تراجع إنتاجها بسبب نشاط شركات أخرى منافسة لها". ولكن التساؤل المطروح هو ما مقدار التعويض الذي ستتحمله الجزائر في حال صدور حكم تحكيمي لصالح شركة توتال؟ فأغلب التجارب الحديثة لإعمال شرط الثبات التشريعي في شقه الاقتصادي هو تحمل الدولة لتعويضات "ترضي" الشركات المتعاقدة، فلا يخفى ما آل إليه النزاع بين ليبيا

وشركتي TEXACO<sup>1</sup>، وقبل ذلك قضية قناة السويس في مصر، عندما أرادت الأخيرة "تأميم" شركة قناة السويس واسترجاع سيادتها سياسيا واقتصاديا على هذه القناة<sup>2</sup>. فعلى الرغم من رفع الغبن نظريا لصالح الدول "المتضررة"، فإن الشركات الكبرى ومن ورائها حكوماتها التي تنتصر لها، ستظفر بتعويضات مباشرة أو غير مباشرة تضمن من خلالها استرجاع خسائرها<sup>3</sup>.

وما يلاحظ مما سبق، أن الدافع الاقتصادي ومن وراءه الباعث السياسي، كانا دوما محور أعمال شرط الثبات التشريعي وفي نفس الوقت داعيا قويا للتحلل من تبعاته، فالدول النامية خاصة تقبل بهذا الشرط في حال ضعفها وتحاول التراجع عن ذلك في حال قوتها، مما يجعل أعمال شرط الثبات التشريعي متوقف بقدر كبير على مدى قدرة الدولة على "استغلال مواردها وثرواتها" ومدى إفلاحها في رسم سياسة التوفيق بين مصالحها الاقتصادية والسياسية ومصالح الشركات الكبرى التي تتعاقد معها والتي تهدف لتحقيق أكبر قدر من الأرباح.

### الخاتمة:

إن التقارب الشديد والتداخل في المفاهيم التي توصف بها العقود التي تكون الدولة والأشخاص العامة طرفا فيها، يؤدي في حالات كثيرة إلى الاختلاف في تكييفها، كما أن تغير وظيفة الدولة الناتج عن تغيير سياستها الاقتصادية

<sup>1</sup> Cohen-Jonathan Gérard. L'arbitrage *Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen*, décision au fond du 19 janvier 1977. *Annuaire français de droit international*, volume 23, 1977. pp. 452-479.

On line: [https://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_1977\\_num\\_23\\_1\\_2048](https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1977_num_23_1_2048)

<sup>2</sup> علي الحفناوي، هل كان تأميم قناة السويس ضروريا، جريدة الوفد، جمهورية مصر العربية، عدد تاريخ 20-6-2018 على الرابط:

<https://alwafd.news/printing/1940276>

<sup>3</sup> - في هذا المعنى: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 38.

ينعكس مباشرة على الطريقة القانونية التي تعتمدها في بناء التزاماتها التعاقدية، فالجزائر غداة استقلالها أرادت تأمين ثرواتها الطبيعية وضمن إنشاء بنية تحتية خدمية متكاملة، لذلك استأثرت "الإدارة العامة" بسلطة الإشراف والتوجيه والتنفيذ معا، واحتكرت الدولة ممارسة أغلب الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمية. وفي هذه المرحلة لا يمكن القول أن هناك تمييزا حقيقيا بين العقود الإدارية وعقود الدولة بصفة عامة.

أما بعد الاستقلال بعقود وبعد انحسار التوجه الاقتصادي الاشتراكي توجهت الجزائر لاعتماد اقتصاد السوق ومبدأ حرية المنافسة، تزامنا وتوسع نشاط الشركات المتعددة الجنسيات ضمن نطاقها الجغرافي، وحاجة الجزائر الملحة للتعاقد معها، وهذه الأخيرة فرضت كثيرا من الشروط من بينها شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي، وقد قبلت بهما الجزائر في أغلب تعاقداتها في مجال عقود البترول والعقود الخدمية "شركات الهاتف النقال...، ولا يمكن التسليم بأن هذه العقود كلها من قبيل العقود الإدارية، بل لا يطلق هذا الوصف إلا على العقود التي استجمعت خصائص وأوصاف العقد الإداري وفقا لمفهومه الحديث والمتطور، والذي يتأثر باستمرار بموقف الدولة من المتعاقدين معها، وتغير نظرتها إليهم من مأمورين منفذين تحت سلطة الإدارة وسطوتها إلى شركاء اقتصاديين ومساهمين أساسيين في عملية التنمية الاقتصادية.

## حماية أموال القاصر المودعة لدى البنك

ط/ حاج بوسعادة فتيحة - طالبة الدكتوراه

جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان

### الملخص

للإنسان أهلية الوجوب بمجرد ولادته حيا، وله ذمة مالية منفصلة تماما عن والديه أو القائمين عليه. اعترف المشرع الجزائري أن يقبل القاصر لفتح دفاتر دون تدخل ولهم الشرعي و لكن يبقى خاضعا لأحكام القانون المقررة لحماية القاصر.

الكلمات المفتاحية: القاصر، القانون البنكي، الحساب البنكي، الأهلية.

### Abstract

As the human being has the capacity of enjoyment from his live birth, he has a heritage totally distinct from that of his parents and any other representative. The Algerian legislator has recognized to the minor the right that the minors can open bank accounts without the intervention of their tutor, while remaining subject to the provisions of the protection of minors.

**Key words:** the minor, the banking law, bank account, the capacity.

### مقدمة:

اعترفت التشريعات الوضعية للقاصر بأهلية اكتساب الحقوق، لاسيما من خلال أحكام الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني، وقد أحال القانون المدني الجزائري على أحكام الولاية على القاصر المنصوص عليها في قانون الأسرة وقد نص القانون البنكي على حق القاصر في فتح حساب بنكي؟ فهل هناك ضمانات وآليات قانونية لحماية أموال القاصر المودعة في البنوك؟ للإجابة على

هذه الإشكالية، قسما هذا البحث إلى مبحثين: أولا علاقة البنك بأموال القاصر. ثانيا: حماية أموال القاصر المودعة في البنك.

### المبحث الأول : علاقة البنك بأموال القاصر.

اعترف المشرع الجزائري للقاصر بالحق في أن تكون له ذمة مالية مستقلة، وتدخل بوضع قواعد قانونية لحماية تلك الذمة المالية، و نظرا لأهمية حماية تلك الذمة المالية فكثيرا ما يتم إيداع أموال القاصر في البنك، وأقر كذلك للقاصر القيام ببعض العمليات البنكية حتى بدون تدخل وليه ( المطلب الأول) وبالمقابل فإن القاصر يبقى ذلك الشخص الجدير بالحماية فالأحكام القانونية المقررة لحماية أمواله هي أحكام خاصة ( المطلب الثاني).

### المطلب الأول: العمليات البنكية التي يجربها القاصر دون تدخل وليه.

تخضع أحكام الذمة المالية للقانون المدني، أما حماية الذمة المالية للقاصر فقد خصها المشرع الجزائري بقواعد متفرقة سواء في القانون المدني أو الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما اعترف القانون البنكي للقاصر بالحق في القيام ببعض عمليات البنوك.

### الفرع الأول: الذمة المالية للقاصر

بمجرد ميلاد الإنسان حيا تكون له شخصية قانونية<sup>1</sup> وتثبت له أهلية الوجوب،<sup>2</sup> أي صلاحية اكتساب الحقوق، وتكون له ذمة مالية مستقلة. ولا تثبت الالتزامات على القاصر لأنه غير مكتمل الأهلية،<sup>3</sup> والقاصر يرث ويستحق

<sup>1</sup> المادة 25 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته".

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الأول ( نظرية الالتزام بوجه عام)، منشأة المعارف، السكندرية، 2003، ص 220.

<sup>3</sup> المادة 40 من القانون المدني الجزائري: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

الهيئة وذلك يؤثر في ذمته المالية إيجابا بزيادتها، وقد نصت أغلب التشريعات الوضعية على منع عمل الأطفال، ولكن يفرق القانون بين الطفل الذي لم يبلغ سن 13 سنة كاملة، والذين تتراوح أعمارهم بين سن 13<sup>1</sup> و19 سنة، فيمكن للقصر الذين بلغوا 16 سنة كاملة أن يكونوا متدربين أو متربصين، وأحكام التربص والتدريب تفتح لهم مجالاً للحصول على دخل مالي، كما أن القاصر الذكر الذي بلغ 10 سنوات تنقضي مدة حضنته<sup>2</sup> و تسقط عنه النفقة بالكسب<sup>3</sup>، وعليه يمكن أن يخرج إلى سوق العمل والحصول على دخل.

غير أن الطفل نظراً لعدم بوجه سن الرشد يعتبر قاصراً، وليس له الحق في التصرف في تلك الذمة المالية مثله مثل الكامل الأهلية، وبالعكس فقد نظمت أحكام قانون الأسرة أحكام الولاية على القاصر من حيث رعايته، وتربيته ولكن كذلك من حيث النيابة الشرعية<sup>4</sup> والولاية<sup>5</sup> على أمواله أي ذمته المالية الخاصة، وكذلك القانون المدني " فللولي أن يباشر عن الصغير أهلية الإغتناء"<sup>6</sup> ونظم القانون أحكام التصرف في أموال القاصر بالبيع والرهن والإستثمار التي أخضعها لإذن القاضي لاسيما من خلال المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري

<sup>1</sup> المادة 42 من القانون المدني- بعد تعديل بموجب القانون 10-05: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقده التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون،

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة "

<sup>2</sup> المادة 65 من قانون الأسرة.

<sup>3</sup> المادة 75 من قانون الأسرة: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والغناث بالدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لأفة عقلية أو بدنية أو لمزاولة الدراسة وتسقط بالإستغناء عنها بالكسب".

<sup>4</sup> المواد من 81 إلى 86 من قانون الأسرة.

<sup>5</sup> عبد المجيد زعلاني، "المدخل لدراسة القانون ( النظرية العامة للحق)", دار هومة، 2011، ص 130-152.

<sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 226.

وتحت رقابة القاضي،<sup>1</sup> وكذلك أخضع إدارة أموال القاصر في حالة وفاة الوالدين لرقابة القاضي.<sup>2</sup>

كما أن أحكام الشريعة الإسلامية نصت صراحة على ضرورة الاتصاف بالأمانة في التصرف في أموال القصر لاسيما اليتامى، لقوله تعالى: "وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ، إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا" (النساء، الآية 2).

وقوله تعالى: "وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا". (النساء، الآية 6).

وقوله تعالى: "إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَهُمْ لَا يَبْصُرُونَ" (النساء، الآية 10).

وبذلك فإن القاصر اليتيم الذي له ذمة مالية موجبة يستحق استرجاع أمواله بمجرد بلوغه (شرعا) وهذا ما يقابله سن الرشد القانوني، وبما أن له حق استرجاعها فهو بذلك يتمتع بحماية لذمته المالية وهو قاصر، ويقابلها حماية قانونية لأموال القاصر.

وتلك الحماية تكون للقاصر أي كانت حالته، بغض النظر عن الشخص الذي يكون تحت رعايته، الأب، أو الأم، أو الوصي، أو المقدم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر".

<sup>2</sup> المادة 468 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> شيخ سناء، "الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف فيها"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، العدد 01، 03/2014، ص 246-249.

فهل يحق للقاصر أن يكون له حساب بنكي مستقل عن وليه أو الوصي؟

### الفرع الثاني: فتح الدفتر.

نظم المشرع أحكام تصرفات القاصر لأحكام القانون المدني وقانون الأسرة ونظرا لتمتع القاصر بذمة مالية مستقلة أجاز أن يكون له حساب بنكي مستقل عن وليه، ذلك أن إيداع النقود في البنك يكفل حماية لأموال القاصر من الضياع والتبذير، حتى أنه في القانون الفرنسي يجب أن توضع المستحقات المالية للقاصر التي يتحصل عليها لاسيما من شركات التأمين في حساب بنكي.

وعلى غرار المشرع الفرنسي لقد أقر المشرع الجزائري صراحة حق القاصر في حساب بنكي، واعترف للقاصر بأكثر من أن يكون له حساب بنكي أو دفتر بنكي فقد نص صراحة على جواز دخول القاصر في علاقة مباشرة مع البنك حتى دون تدخل الوالي، لا سيما في المادة 119 من الأمر 11-03: "يقبل القصر لفتح دفاتر دون تدخل ولهم الشرعي، ويمكنهم بعد بلوغ سن الست عشر سنة كاملة (16) أن يسحبوا مبالغ من مدخراتهم، دون هذا التدخل"، إن أحكام القانون البنكي هي قواعد خاصة تختلف عن أحكام القانون المدني والتجاري وتخضع لاسيما للأعراف البنكية، حيث "تظهر قواعد الأهلية التي يجب تحديدها بمناسبة دراسة كل عقد للخدمات المصرفية على حدى"<sup>1</sup>.

ونجد أن هنا المشرع الجزائري قصد حق فتح حساب بنكي عادي، ذلك أن الدفاتر التي يتحصل عليها الأشخاص من خلال فتحهم لحساب بنكي أو حق استعمال للأموال المودعة في تلك الحسابات، فلا يمكن أن تصور قاصر أو غير قاصر يتحصل على دفاتر شيكات أو بطاقات دفع، أو فتح دفتر توفير دون أن يكون له حساب بنكي، الذي تقيد فيه الأصول والخصوم، والحركات على الحساب.

<sup>1</sup> محفوظ لعشب" الوجيز في القانون المصرفي الجزائري"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 97.

ويكون فتح الحساب من خلال عقد إطار يُبين حقوق وواجبات كل طرف وهنا العقد يخضع لقواعد القانون التجاري الذي يعتبر عملا تجاريا بحسب موضوعه كل عملية مصرفية<sup>1</sup> وكذلك إلى أحكام القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة في التعاقد، وإلى القانون البنكي، وقد اعتبر المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي وغيره أن فتح الحساب أو الدفتر هو من قبيل الأعمال النافعة للقاصر. وهنا يجب أن يكون القاصر مميزا أو مرشدا،<sup>2</sup> وهذا ما نجده حتى في القانون الفرنسي، حيث تقبل البنوك فتح حسابات للقصر المميزين وتسييره دون تدخل ممثله الممثل الشرعي<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: العمليات التي يجوز القيام بها على الدفتر

إن فتح دفتر بنكي للقاصر، ومنحه الحق في القيام ببعض العمليات حتى دون تدخل الولي، يجعلنا نتساءل عن جواز تقديم كل الخدمات البنكية للقاصر، فهل هناك عمليات يجوز للقاصر القيام بها دون سواها؟ وهل يجوز للولي التدخل في القيام ببعض العمليات مباشرة؟

### الفرع الأول: العمليات البنكية التي يجوز أن يقوم بها القاصر

إن حق فتح حساب بنكي هو حق مكسب في القانون البنكي لاسيما المادة 119 مكرر من الأمر 11-03،<sup>4</sup> ونظرا لأهمية إيداع النقود في البنك بالنسبة للقاصر، فهل يجوز للقاصر القيام بالعمليات البنكية على إطلاقها؟

<sup>1</sup> المادة 2 من القانون التجاري فقرة 13 .

<sup>2</sup> شيخ سناء، المرجع السابق، ص 259-260.

<sup>3</sup> Thierry BONNEAU, « Droit bancaire », éd Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd, 2011, p 276.

<sup>4</sup> المادة 119 مكرر من الأمر 11-03 المعدل و المتمم: " بغض النظر عن حالات منع دفاتر الصكوك و حالات الممنوعين من البنك، يمكن كل شخص تم رفض حساب ودائع له من قبل عدة بنوك، ولا يملك أي حساب، أن يطلب من بنك الجزائر أن يعين له بنكا لفتح مثل هذا الحساب، - ويمكن البنك أن يحصر الخدمات المتعلقة بفتح الحساب في عمليات الصندوق".

## أولاً- بصفة عامة:

لقد نص المشرع على جواز قيام القاصر بفتح دفتر بنكي، وهذا لأنه يعد من الأفعال النافعة نفعا محضاً له، وبذلك يتقدم للبنك لفتح الحساب حتى دون تدخل الوالي، ولكن لا يمكن أن نعتبر أن كل العمليات التي يقوم بها القاصر على الحساب هي عمليات نافعة نفعا محضاً. وهنا نجد أن العمليات التي يجوز للقاصر القيام بها وللبنك السماح بها هي الإيداع والسحب:

(1)- السحب: مبالغ مالية على أن تكون مبالغ صغيرة، ولا يسمح لغير البالغ سحب مبالغ كبيرة؛

(2)-الإيداع: نفس الشيء، فالإيداع كذلك يجب أن يتضمن مبالغ صغيرة، أو إذا كانت كبيرة يجب أن يبررها.

ثانياً - بالنسبة لبطاقات السحب: في القانون الفرنسي يجوز أن يكون للقاصر بطاقات سحب وودفع على أن يتم تسقيف مبالغ العمليات ولا يمكن أن تكون أكبر من الحساب وبذلك يكون الحساب دائماً. و يكون منح بطاقات السحب والدفع بإذن من الوالي (Cass.civ.1<sup>er</sup> du 12/11/1998 N° 97-13248)

## الفرع الثاني: الأعمال المحظورة

أولاً- الحصول على دفتر الشيكات: فلا يمكن أن يمنح القاصر دفتر شيكات ذلك أن المتعامل مع القاصر لا يمكن دائماً أن يتعرف على سنه، وإذا حررت الشيكات وكانت المبالغ المستحقة أكبر من الرصيد المتوفر جعلت القاصر في وضعية يعاقب عليها القانون، ولذلك لا يجوز أن يمنح دفتر شيكات، وكذلك بالرجوع إلى الشروط الموضوعية للشيك كذلك لا يمكن للقاصر أن يتحصل على دفتر شيكات.

ثانيا- عدم جواز منح قرض أو فتح اعتماد أو سحب على المكشوف للقاصر غير المرشد : رغم توفر القاصر على حساب بنكي أو دفتر القاصر، فلا يجوز أن يمنح قرضا لأنه يعد من قبيل أعمال التسيير التي يجب أن تخضع لإذن القاضي " الإقراض فيه احتمال أن تنجم خسارة". أما السماح له بتجاوز الرصيد المدين، فلا يجوز أن يكون رصيد القاصر دائما، لأن ذلك سحب أموال تفوق قيمة الرصيد المتوفر في الحساب تعد<sup>1</sup> من الأعمال الضارة ضررا محضا . ويقاس على ذلك باقي الخدمات البنكية<sup>2</sup> التي لا يجوز القيام بها إلا بإذن من القاضي.

### ثالثا: العمليات التي تخضع لإذن القاضي

إن استثمار أموال القاصر من خلال العمليات البنكية يجب أن يخضع لإذن القاضي، ذلك أن الاستثمار يحتمل الربح والخسارة، وحتى الاستثمارات المضمونة العائد كالأستثمار من خلال شراء سندات الخزينة العمومية يجب أن تخضع لإذن القاضي، ذلك أن الأصل في التصرف في أموال القاصر يكون بإذن من القاضي، بغض النظر عن كونها نافعة أو ضارة له، بل قياسا على الأعمال الأخرى التي أخضعها المشرع الجزائري لإذن القاضي لاسيما بيع العقار. وعدم طلب الإذن من الوالي أو البنك يجعل القاصر لا يتحمل تبعات الخسارة.

المبحث الثاني: الأحكام القانونية المقررة لحماية أموال القاصر المودعة في البنك

لقد أقر المشرع والإجتهاد القضائي للقاصر القيام ببعض العمليات البنكية، ففتح الدفتر وإيداع النقود وسحبها قد يبدو أنها نافعة للقاصر نفعاً

<sup>1</sup> شيخ سناء، المرجع السابق، ص 254.

<sup>2</sup> كتأجير الخزائن الحديدية، الصرف، التحويل، استثمار أموال القاصر لاسيما من خلال بيع و شراء القيم المنقولة... إلخ

محضاً، ولكن المسألة تبقى نسبية ذلك أن عدم إحاطتها بضوابط قانونية محددة قد تؤدي مثلاً إلى افتقار القاصر إذا أدت العمليات إلى سحب كامل الوديعة، لذلك اخضعها لأحكام خاصة سواء من جهة الولي الشرعي (المطلب الأول) أو من جهة البنك (المطلب الثاني)، لاسيما أن السماح للقاصر بالقيام ببعض العمليات البنكية قد يؤدي إلى استغلال القاصر في القيام بأعمال محظورة قانوناً.

### المطلب الأول: في مواجهة الولي الشرعي:

يعد الولي مسؤولاً عن أعمال القاصر مدنياً، فيلتزم حتى بالتعويض عن الأضرار التي نشأت بفعل القاصر، فكيف له التدخل لحماية أموال القاصر المودعة في البنك وحماية القاصر حتى من القيام ببعض العمليات البنكية التي قد تتسبب بضرر للقاصر أو لغيره.

### الفرع الأول: حق الولي في الاعتراض على العمليات القائمة على الحساب:

يعد الولي مسؤولاً عن أعمال القاصر مدنياً، فيلتزم حتى بالتعويض عن الأضرار التي نشأت بفعل القاصر، ومع أنه تحت رعايته إلا أن النفقة على القاصر كما رأينا أعلاه تسقط إذا كان للقاصر ذمة مالية كافية أو كبيرة (لاسيما إذا كانت أكبر من مداخيل الأب مثلاً لحصوله على ميراث أو تعويض عن طريق التأمينات ... إلخ).

إن المشرع الجزائري أجاز للولي الشرعي للقاصر التدخل عن طريق المعارضة في العمليات التي تتم على دفتر وحساب القاصر، وذلك من خلال التقدم إلى البنك أو إرسال رسالة أو بطريق الهاتف أو الفاكس، يطلب صراحة فيها من البنك عدم الاستجابة لطلب القاصر في سحب مبلغ معين أو أي مبلغ وحتى عدم قبول الودائع البنكية.

كما أنه تبقى للولي كامل السلطة في القيام ببعض العمليات كالإيداع والسحب، على ألا يكون السحب لمبالغ كبيرة، فقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن سحب الولي لمبالغ كبيرة من حساب القاصر يجب أن يكون بإذن من القاضي. يجب على الولي أن يبرر أن السحب الذي تم على حساب القاصر بعد بلوغه سن 16 سنة كاملة قد تم في مصلحة القاصر (مثلا لتغطية حاجاته)<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: واجب معارضة الولي لبعض العمليات.

إن حق المعارضة في العمليات المعترف بها للولي ليس حقا فقط بل واجبا كذلك، وعدم استعماله قد يؤدي إلى الإضرار بمصلحة القاصر والمساءلة، ذلك أن الولي يبقى المسؤول المدني عن القاصر إلى بلوغه سن الرشد. ويكون مسؤولا مسؤولية كاملة عن الأعمال التي يقوم بها القاصر حتى بعد بلوغه سن الرشد فلا يجوز مساءلة الشخص مدنيا بعد بلوغه الرشد عن الأعمال التي قام بها وهو قاصر.

الرجوع إلى المادة 119 من الأمر 11-03: " يقبل القصر لفتح دفاتر دون تدخل ولمهم الشرعي، ويمكنهم بعد بلوغ سن الست عشر سنة كاملة (16) أن يسحبوا مبالغ من مدخراتهم، دون هذا التدخل، إلا إذا اعترض ولمهم الشرعي على ذلك بوثيقة تبلغ حسب أصول تبليغ العقود غير القضائية"، نستنتج أن ولي القاصر يبقى له كامل الصلاحيات في الاعتراض على العمليات التي تتم على دفتر القاصر، وهذا موافق لأحكام القانون المدني، والإجراءات المدنية والإدارية فالأصل أن القاصر لا يجوز له التعامل باسمه ولحسابه به وليه الشرعي من

<sup>1</sup> Lefigaro.fr.le particulier n° 1082, auteur TUGNY (Diane de),février 2013/

تمت زيارة الموقع يوم 2017/12/07 على الساعة 11:30.

يقوم بها نيابة عنه، والاستثناء هو ما جاء به القانون البنكي بإجازة تصرف القاصر وإجراء بعض العمليات دون تدخل الولي.

### المطلب الثاني: في مواجهة البنك

يجب على البنك مراعاة القواعد القانونية المختلفة المقررة لحماية أموال القاصر أيا كان مصدرها سواء القانون البنكي أو المدني أو غيرها، ويكون مسؤولاً عن كل إخلال من جانبه.

الفرع الأول: تنفيذ البنك عمليات خلافاً لرأي الولي أو دون مراعاة واجب الحذر:

1- مخالفة البنك لمعارضة الولي: مع أن المشرع أجاز للقاصر القيام ببعض العمليات دون تدخل الولي، ولكن نص المادة 119 مكرر من الأمر 11-03 المعدل و المتمم واضح فيما يخص ورود اعتراض من الولي، فإذا اعترض الولي وقام البنك بتنفيذ العملية فإن البنك يتعرض للمسؤولية.

2- واجب الحذر الذي يقع على عاتق البنك: و إذا امتنع الولي عن التدخل والمعارضة في العمليات التي يقوم بها القاصر على الحساب سواء بالسحب أو الإيداع، فإن البنك مبقى ملتزماً بواجب آخر تجاه الزبون القاصر وهو واجب الحذر. فإذا كانت العملية التي أمر بها القاصر تقتضي أصلاً تدخل الولي مثلًا لأنها متعلقة بسحب أو إيداع مبلغ كبير فيقع على البنك التزام إعلام الولي، وحتى إبلاغ القاضي الذي إما يأذن بها أو يتخذ الإجراءات القانونية حيالها.

والحذر مطلوب أياً كان الشخص الذي أمر بالعملية سواء كان القاصر أو وليه مثلًا في القانون الفرنسي، يقع على البنك واجب الحذر بخصوص السحب الذي يقوم به الولي على حساب قاصر إذا كانت المبالغ المسحوبة كبيرة ذلك لأن تلك العملية تؤثر في ذمة القاصر سلباً، ففي قضية أمام محكمة ليموج في 08 جويلية 2015، متعلقة بسحب أم القاصر مبلغ 14.151,04 أورو من أموال

قاصر المودعة في البنك، حكمت المحكمة على البنك بدفع تعويض (dommages-et intérêts) قدره 4.200,00 أورو بسبب عدم تفتن البنك بأن سحب الأم لمبالغ كبيرة ولعدة مرات ولفترات متقاربة على حساب قاصر يمكن أن يضر بمصالح القاصر، وإعمالا لواجب الحذر البنكي، كان من المفروض على البنك اتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالقواعد القانونية المقررة لحماية أموال القاصر

يقع على البنك واجب التحقق من أن أموال الزبون المودعة لديه هي مشروعة، وإذا تقدم قاصر لفتح حساب بنكي وإيداع مبالغ كبيرة فعليه ان يتحرى المسألة، ونفس الشيء، فتح الحساب وسحب المبالغ الكبيرة يجب أن يجعل البنك يتساءل عن مصدرها وعن وجهتها.

### أولاً: المسؤولية المدنية والإدارية

إذا تصرف البنك خلافا لمقتضيات قواعد حماية أموال القاصر المتمثل في إعلام الولي عن بعض العمليات أو استئذان القاضي، والالتزامات العامة المترتبة الناشئة في ظل القانون البنكي ( واجب الحذر) فإن العمليات التي قام بها تكون قابلة للإبطال وحتى تترتب عليها مسؤولية مدنية وإدارية.

#### أ- بالنسبة لنفاذ التصرف:

- يجوز لولي القاصر أن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف الذي قام به القاصر إذا لم يتصل به البنك لإعلامه بوجود عمليات بمبالغ كبيرة على حساب القاصر.

<sup>1</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr>

تمت زيارة الموقع يوم 2017/12/07 على الساعة 12:00

- يجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد رفع دعوى عدم نفاذ العمليات التي قام بها وهو قاصر، لاسيما إذا أثبت عدم التزام البنك بواجب الحذر. ففي قضية (CA . de versailles du 26/10/1990, N° 1426/89) متعلقة بفتح حساب لقاصر بدون إذن من الوالي تبعه سحب على المكشوف، قضت محكمة باريس بعدم نفاذ القرض الذي اكتتبه نفس القاصر عند بلوغه الرشد لتغطية قيمة الدين الذي في ذمته وبذلك لم يتمكن البنك من استرجاع المبلغ الذي صرفه القاصر. وبذلك يعتبر البنك مسؤولاً عن قبوله سحب على المكشوف من طرف قاصر، ولا يمكن أن يكون وليه مسؤولاً عليه ولا حتى الساحب بعد بلوغه الرشد.

### ب- المسؤولية:

#### 1- المسؤولية المدنية:

- بالنسبة للأب: الأب الذي علم بوجود عمليات بمبالغ كبيرة أو متكررة على حساب القاصر يبقى مسؤولاً مدنياً عنها لأنه المسؤول المدني عن أعمال القاصر إلى بلوغه سن الرشد، لاسيما إذا لم يتدخل بعد علمه بها، فامتناعه عن استعمال لحقه القانوني المتمثل في الاعتراض على بعض العمليات يجعله مسؤولاً مسؤولية كاملة عن أعمال القاصر.

- بالنسبة للبنك: يمكن أن يحكم على البنك بالتعويض عن إخلاله واجب الحذر المنوط به، على أساس المسؤولية المدنية، ولصالح القاصر المتضرر من أعماله، وحتى لوليته الذي يحق له متابعة البنك عن الإخلال بالتزاماته إذا تعرضت مصالح القاصر للضرر.

#### 2- المسؤولية الإدارية للبنك: لقد نص المشرع على إجراءات محددة

يتبعها البنك في تنفيذ العمليات البنكية، بالإضافة إلى أنظمة مجلس النقد

والقرض لا سيما فيما يخص التأكد من هوية الزبون،<sup>1</sup> وكذلك تدخل المشرع ضمن قوانين خاصة لا سيما تلك المتعلقة بتبييض الأموال و مكافحة الإرهاب<sup>2</sup> وكل مخالفة للبنك لتلك القواعد تعرضه لتطبيق عقوبات إدارية و جزائية.

المادة 12 من القانون 01-15: " تباشر اللجنة المصرفية فيما يخصها إجراءات تأديبية طبقا للقانون ضد البنك أو المؤسسة المالية التي تثبت عجزا في إجراءاتها الداخلية الخاصة بالوقاية في مجال الإخطار بالشبهة المذكورة في المادة 20 أدناه، ويمكنها التحري عن وجود التقرير المذكور في المادة 10 أعلاه، والمطالبة بالإطلاع عليه.

تسهر اللجنة المصرفية على أن تتوفر البنوك والمؤسسات المالية على برامج مناسبة من أجل الكشف عن تبييض الأموال وتمويل الإرهاب والوقاية منهما".

وقد نص الأمر 11-03 على العقوبات التي يجوز للجنة البنكية توقيعها على البنك عن مخالفته لأحكام القانون والأنظمة السارية المفعول لاسيما بموجب المادة 114، تلك العقوبات متمثلة في:

1- الإنذار؛

2- التوبيخ؛

<sup>1</sup> المادة 07 من القانون 01-05: "يجب على البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو ربط أية علاقة أخرى.

يتم التأكد من هوية الشخص الطبيعي بتقديم وثيقة رسمية أصلية، سارية الصلاحية متضمنة الصورة، ومن عنوانه بتقديم وثيقة رسمية تثبت ذلك.

ويتعين الإحتفاظ بنسخة من كل وثيقة...".

<sup>2</sup> المادة 10 مكرر 3 من القانون رقم 06-15 المؤرخ في 15 فيفري 2015 المعدل والمتمم القانون رقم 01-05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 والمتعلق بالوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب و مكافحتها ، ج رقم 08 بتاريخ 15 فيفري 2015: "تطبق التنظيمات التي يتخذها مجلس النقد والقرض والخطوط التوجيهية لبنك الجزائر في مجال الوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب، و مكافحتها، على البنوك والمؤسسات المالية وعلى المصالح المالية لبريد الجزائر ومكاتب الصرف التي تخضع لرقابة اللجنة المصرفية".

- 3- المنع من ممارسة بعض العمليات، وغيرها من أنواع الحد من ممارسة النشاط؛
- 4- التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر مع تعيين قائم مؤقت بالإدارة أو عدم تعيينه؛
- 5- إنهاء مهام شخص أو أكثر من هؤلاء الأشخاص أنفسهم مع تعيين قائم بالإدارة مؤقتا أو عدم تعيينه؛
- 6- سحب الاعتماد.

زيادة عن ذلك، يمكن للجنة إما أن تقضي إما بدلا عن هذه العقوبات المذكورة أعلاه، و إما إضافة إليها بعقوبة مالية تكون مساوية على الأكثر للرأسمال الأدنى الذي يلزم البنك أو المؤسسة المالية بتوفيره، وتقوم الخزينة بتحصيل المبالغ الموافقة.

ثانيا: -المسؤولية الجزائية: إن عدم تجميد الحساب<sup>1</sup> والدفتر الذي تتم عليه عمليات إيداع وسحب مشبوحة من خلال المبالغ الكبيرة، يجعل البنك مسؤولا عن الإخطار بالشبهة،<sup>2</sup> لاسيما بالرجوع إلى المواد<sup>3</sup> 20، 21 و 23 من القانون 01-15 المعدل و المتتم، و لا يمكن للبنك الاعتداد بالسر البنكي فيما

<sup>1</sup> بعد اتباع الإجراءات القانونية وليس بطريقة إنفرادية.

<sup>2</sup> المادة 19 من القانون 01-05: "يخضع لواجب الشبهة:

- البنوك و المؤسسات المالية و المصالح المالية لبريد الجزائر...".

<sup>3</sup> المادة 09 من القانون 06-15 التي تتم المادة 20 من القانون 01-05 المتعلق بالوقاية من تبيض الأموال وتمويل الإرهاب و مكافحتها : المادة 20" دون الإخلال بأحكام المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية، بتعين على الخاضعين بإبلاغ الهيئة المختصة بكل عملية تتعلق بأموال يشتبه أنها متحصل عليها من جريمة أو يبدو أنها موجبة لتبيض الأموال و / أو لتمويل الإرهاب.

و يتعين القيام بهذا الإخطار بمجرد وجود الشبهة حتى ولو تعذر تأجيل تنفيذ تلك العمليات أو بعد إنجازها.

يجب على الخاضعين إبلاغ الهيئة المتخصصة<sup>3</sup> عن محاولات إجراء العمليات المشبوحة".

يخص الإخطار بالشبهة للسلطة المختصة<sup>1</sup>. وقد عدد القانون بعض الحالات التي يمكن أن تدل على وجود عمليات مشبوهة على الحساب لاسيما من خلال أحكام المادة 10 من القانون 01-05: "إذا تمت عملية ما في ظروف من التعقيد غير عادية أو غير مبررة أو لا تبدو أنها تستند إلى مبرر اقتصادي أو إلى محل مشروع، يتعين على البنوك أو المؤسسات المالية المشابهة الأخرى الاستعلام حول مصدر الأموال ووجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاملين الاقتصاديين.

يحرر تقرير سيري يحفظ دون الإخلال بتطبيق المواد من 15 إلى 22 من هذا القانون". وهذا تحت طائلة تطبيق عقوبات جزائية على البنك المخالف.

العقوبات الجزائية عن عدم الإخطار بالشبهة: قد يتعرض البنك إلى متابعات جزائية إذا أخل بالقواعد المقررة للحماية والوقاية من تبييض الأموال وهنا يعلق الأمر بالمسيرين و الأعوان البنكيين وكذلك البنك باعتباره شخصا معنويا وهذا ما قد يؤثر سلبا على سمعة البنك ووضعيته المالية .

حسب المادة 32 من القانون 01-05: " يعاقب كل خاضع يمتنع عمدا وبسابق معرفة، عن تحرير و/أو إرسال الإخطار بالشبهة المنصوص عليه في هذا القانون بغرامة من 100.000,00 د.ج إلى 1.000.000,00 د.ج، دون الإخلال بعقوبات أشد وبأية عقوبة تأديبية أخرى".

المخالفة العمدية والمتكررة لتدابير الوقاية من تبييض الأموال: حسب المادة 34 من القانون 01-15: " يعاقب مسيرو وأعوان البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى الذين يخالفون عمدا وبصفة متكررة، تدابير الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب المنصوص عليها في المواد 7 و 8 و 9 و 10 و 14 من هذا القانون بغرامة من 50.000,00 د.ج إلى 1.000.000,00 د.ج .

<sup>1</sup> المادة 22 من القانون 01-15.

وتعاقب المؤسسات المالية المذكورة في هذه المادة بغرامة من 1.000.000,00 د.ج إلى 5.000.000,00 د.ج, دون الإخلال بعقوبات أشد".

خاتمة:

إن الاعتراف بحق القاصر في الحصول على دفاتر توفير واستعمال الأموال المودعة فيها، يساهم في تنمية قدراته في تسيير شؤونه المالية و يخلق لديه ثقافة المسؤولية، مما يؤثر في تكوين شخصية قوية وقادرة على مواجهة مصاعب المستقبل، ولكن في نفس الوقت لا يمكن أن تبقى دون أية رقابة أو حماية فالقاصر يستحق الحماية القانونية حتى من أفعاله التي قد تضر بمصالحه المالية، وهنا نرجع لقواعد القانون المدني والإجراءات المدنية والإدارية والأسرة المقررة لحماية القاصر.

وكذلك لا يمكن أن يترك القاصر دون حماية قانونية في مجال الإجرام لاسيما مسألة تبييض الأموال، وهنا يجب أن يتدخل المشرع الجزائي لا سيما من خلال وضع إطار خاص بالعمليات التي يمكن للصبي القيام بها وتحديد مثلا المبالغ المالية التي يجوز للقاصر سحبها دون تدخل الولي الشرعي دفعة واحدة أو على دفعات متعددة ( طبعا إذا لم يكن ما يبررها كعمل أو إيراد)، وأن توضع لدى البنك مكينزمات إنذار خاصة بالعمليات التي تقع على حساب القاصر.

## مبدأ الإفصاح والشفافية في شركة المساهمة

ط/ زرقوق عبد الجليل – طالب دكتوراه

جامعة مصطفى اسطمبولي- معسكر

الملخص:

يعتبر مبدأ الإفصاح والشفافية من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الحوكمة في الشركات التجارية، وذلك نظرا لما يمثله من شفافية وحماية لجميع الأطراف المتعاملين ، والهدف منه هو الكشف عن المعلومات الهامة للمساهمين ويتجسد ذلك عن طريق إعلام المساهم باطلاعه على مجموعة من الوثائق التي تتضمن معلومات كافية عن نشاط الشركة، وينبغي أن يكون الإفصاح حقيقيا ودالا بوضوح عن المركز المالي للشركة حتى يمكن المساهم من اتخاذ القرار المناسب بشأن علاقته مع الشركة وأن يكون في الوقت المناسب ،وقد حدد المشرع الجزائري المدة ب 30 يوم قبل انعقاد الجمعية العامة كما حدد الوثائق التي يحق للمساهم الإطلاع عليها، كجدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والحصيلة وقائمة القائمين بالإدارة ومجلس المديرين أو مجلس المراقبة،تقارير مندوبي الحسابات التي ترفع للجمعية،المبلغ الإجمالي المصادق على صحته من مندوبي الحسابات، والأجور المدفوعة للأشخاص المحصلين على أعلى أجر،مع العلم أن عدد هؤلاء الأشخاص يبلغ خمسة.

الكلمات المفتاحية: الإفصاح، شركة المساهمة، الحوكمة، الإعلام.

### summary

The principle of disclosure and transparency is one of the fundamental principles of corporate governance in view of its transparency and protection for all parties. Its purpose is to disclose important information to shareholders. This is achieved by informing the shareholder of a set of

documents that contain sufficient information The disclosure should be clear and clear about the financial position of the company so that the shareholder can make the appropriate decision on his relationship with the company and be in a timely manner. The Algerian legislator has set the period 30 days before the General Assembly, Which the shareholder is entitled to access, The report of the auditors of the association, the total amount validated by the auditors and the wages paid to the highest paid persons, with the number of such persons being five.

**Keywords:** Disclosure, Joint Stock Company, Governance, Media.

### مقدمة:

إن الأزمات المالية والانهيارات الاقتصادية التي شهدتها بعض الدول الآسيوية ودول أمريكا اللاتينية في أواخر القرن الماضي وما شهدته الاقتصاد الأمريكي من انهيارات مالية ومحاسبية لشركات عملاقة دفع بالعالم إلى البحث عن نظام يحد من هذه المخاطر ويؤدي إلى إحكام الرقابة عليها بشكل شفاف ويكون في سبيل للنهوض الاقتصادي<sup>1</sup>، وهذا النظام هو مبدأ الإفصاح والشفافية وهو من أهم مبادئ الحوكمة في الشركات التجارية، والتجارة الدولية على الإطلاق نظرا لما يمثله من شفافية واستقرار وحماية لجميع الأطراف والمتعاملين مع الشركات، ويقابل هذا المبدأ الحق في الإعلام والذي سوف يتم التكلم عنه في هاته المداخلة باعتبار أنه يمثل تجسيد لمبدأ الإفصاح والشفافية، إذن فما هو المقصود بهذا المبدأ وما هو موقف المشرع الجزائري منه؟ وهذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال مبحثين تطرق المبحث الأول إلى المقصود بالإفصاح والشفافية، أما المبحث الثاني فتناول موضوع الإعلام.

<sup>1</sup> - أحمد أسود عباس، الممارسات التعسفية في شركات المساهمة، ماجستير في القانون، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2017، ص. 148.

## المبحث الأول: المقصود بالإفصاح والشفافية.

الإفصاح في اللغة هو الفصاحة والبيان ويقال رجل فصيح أي بليغ اللسان أي طليق، وهي انطلاق اللسان بكلام صحيح وواضح، ويقال أفصح الصبح أ أصبح أو أفصح الأمر أي وضح وبان وبدأ بالظهور.

أما الإفصاح في الاصطلاح هو اتصال الشركة بالعالم الخارجي بالوسائل المختلفة لكشف المعلومات الهامة للمستثمرين والمساهمين وسوق المال وغيرهم من أصحاب المصالح المختلفة بطريقة تسمح بالتنبؤ بمقدرة الشركة على الأرباح وسداد التزاماتها، والإفصاح في الشركات وسوق المال يعني:

-إشهار كافة الحقائق عن الشركة.

-إظهار جميع البيانات والمعلومات.

-توفير كافة المعلومات سواء الدورية أو غير الدورية، وكذلك المالية وغير المالية لجميع الأطراف وسوق المال<sup>1</sup>.

فهو نظام اقتصادي وقانوني متكامل يمثل ضمانا أكيدا من ضمانات تطبيق النظام القانوني لحوكمة الشركات بالقدر الذي يحقق الغرض من الشركة تطبيقا لأحكام عقدها، لذا جعلت منه نظرية حوكمة الشركات التزاما يترتب على قيام مسؤولية الملتزمين به<sup>2</sup>

أما الشفافية فهي توفير البيانات المالية وغير المالية بصورة حقيقية عن المركز المالي للشركة وكذلك العمليات الأخرى بالشركة حتى يمكن توقع النشاط الحالي والمستقبلي للشركة، مع مراعاة حقها في حجب البيانات التي من شأنها

<sup>1</sup> - أحمد على خضر، الإفصاح والشفافية كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر سنة 2012، ص. 52

<sup>2</sup> - عمار حبيب جهلول، النظام القانوني لحوكمة الشركات،

الإضرار بعمليات الشركة، إذن هي تعني عدم حجب المعلومات، وتوصيلها للكافة وبدقة في الوقت المناسب وبالقدر الكافي<sup>1</sup>، وبالضرورة أنه بمجرد القيام بواجب الإفصاح يتحقق للمساهم بصفة خاصة الحق في الإعلام في شركة المساهمة إذن ما هو الحق في الإعلام باعتباره تجسيد لمبدأ الإفصاح والشفافية في إطار حوكمة الشركات.

### المطلب الأول: الحق في الإعلام أو الالتزام بالإفصاح والشفافية.

إن إعلام المساهم يتم أساسا بإطلاعه على مجموعة من الوثائق التي تتضمن معلومات كافية عن حياة الشركة وتكوينها ونشاطها خلال فترة زمنية محددة، والتي عادة ما تكون سنة مالية إضافة إلى ذلك فإن هذه الوثائق تبين النتائج التي تحصلت عليها الشركة، والتي يمكن أخذها كمعيار لتقييم مدى نجاح سياسة التسيير والإدارة التي ينتهجها الجهاز الإداري<sup>2</sup>.

ويعتبر الالتزام بالإفصاح عن الأوضاع المالية والاقتصادية للشركة مظهرا من مظاهر الثقة وحسن النية في الحياة التجارية، يستدل بوجوده على حسن ائتمانها ويعتمد على فعاليته في تحديد قرارات الاستثمار مع الشركة ابتداء واستمرارا فيها ثم إنه ومن جانب آخر يمثل وبصورة عامة خروجاً على مبدأ السرية وقدسية المعلومة في التعاملات التجارية<sup>3</sup>، مما يستوجب دراسته على النحو الذي يبين ماهيته من خلال ثلاثة أجزاء يتطرق الجزء الأول إلى مفهوم

<sup>1</sup>- أحمد على خضر، الإفصاح والشفافية كأحد مبادئ الحوكمة في قانون الشركات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر سنة 2012، ص، 52.

<sup>2</sup>- خلفاوي عبد الباقي، حق المساهم في رقابة شركة المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2008/2009، ص. 12.

<sup>3</sup>- عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص. 168.

الحق في المعلومة، أما الجزء الثاني فيتكلم عن شروط تنفيذ الالتزام بالإفصاح، والجزء الثالث يتناول أنواع الالتزام بالإفصاح.

### الفرع الأول: مفهوم حق الإعلام.

ويقصد به الكشف عن المعلومات المتعلقة بالنشاط الاقتصادي والاجتماعي للشركة، بما يعطي صورة واضحة عن حقيقة النشاط المفصوح عنه ويعد الإفصاح نظاماً ائتمانياً رصينا يمكن الشركاء من ممارسة حقوقهم على الوجه الصحيح بناء على مبدأ المساواة، إذ يمكن كلا منهم الحصول على المعلومات اللازمة لتحقيق رقابته على الشركة واتخاذ القرار المناسب<sup>1</sup>، والمساهم عن طريق حصوله على المعلومات اللازمة، يستطيع ممارسة حقه في التصويت وبالتالي يساهم في اتخاذ القرارات داخل الشركة، وذلك بعد علمه بكل الأمور الخاصة بالشركة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: شروط الالتزام بالإفصاح.

يجب توفر شرطان أساسيان في المعلومة المفصوح عنها ألا وهما:

أولاً: أن تكون المعلومة المفصوح عنها حقيقية.

يشترط في الإفصاح أن يكون عن معلومات حقيقية ودالة بوضوح عن المركز المالي والقانوني للشركة، وهذا بدوره يمكن المستثمر من ان يتخذ القرار المناسب بشأن علاقته مع الشركة، وهو ضرب من ضروب نظرية حسن النية في تنفيذ العقود بما يحفظ حقوق أطرافها ولذلك فإنه لا مجال لأن تكون المعلومات المفصوح عنها غير حقيقية أو غير دقيقة، لأن ذلك يعني إخلالاً بمبدأ

<sup>1</sup> - زكريا يونس أحمد، التنظيم القانوني للمسؤولية الاجتماعية للشركات، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دارشحات للنشر، مصر، الإمارات، سنة 2017، ص 267.

<sup>2</sup> - بن عزوز فتيحة، حماية الأقلية في شركة المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية، 2007/2008، ص، 50.

حسن النية في تنفيذ العقود والمعاملات التجارية وإخلاصا بهدف إلزام الشركة بالإفصاح عن المعلومات التجارية لدعم الثقة والائتمان التجاري<sup>1</sup>.

ثانياً: أن يكون الإفصاح في الوقت المناسب.

يشترط في الإفصاح من جانب آخر أن يكون في توقيت ملائم، يمكن معه الاستفادة من المعلومات المفصح عنها، فإذا كانت الغاية من الالتزام بالإفصاح هي إحاطة المستفيدين علماً بأوضاع الشركة الاقتصادية بغية اتخاذ القرار المناسب والمبني على أساس المعرفة الواقعية، فإنه لا فائدة من ذلك إذا ما كان الإفصاح متأخراً عن الوقت المناسب<sup>2</sup>. وقد حدد المشرع الجزائري هذا الوقت بحيث منع الهيئة المسيرة من أن تتجاوز مدة ثلاثين يوماً قبل انعقاد الجمعية العامة<sup>3</sup>، لكن يطرح السؤال في حالة تعسف مجلس الإدارة وأفصح عن معلومات تتطلب تدقيق من قبل المساهمين في مدة لا تتجاوز ثلاثون يوماً لكنها ليست بالكافية من أجل تحليلها؟ كان الأولى بالمشرع الجزائري إما أن يرفع المدة إلى ستون يوماً أو يبقمها مع إمكانية تأجيل انعقاد الجمعية العامة عن طريق دعوى يتقدم بها المساهم أمام القضاء وهذا لأخذ أكبر وقت ممكن لتفحص المعلومات المقدمة.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من مبدأ الإفصاح والشفافية

الملاحظ من أحكام القانون التجاري أنه لم يساير مبادئ الحوكمة بحيث لا توجد مادة صريحة في القانون التجاري تنص على أن المشرع الجزائري أعطى للمساهم إمكانية التقدم لمقر الشركة في كل وقت لطلب المعلومات المتعلقة بالوضع المالي والاقتصادي للشركة، بل وأكثر من ذلك ضيق على أعضاء مجلس

<sup>1</sup> - زكريا يونس أحمد، المرجع نفسه، ص. 268.

<sup>2</sup> - عمار حبيب جهلول، المرجع السابق، ص. 172.

<sup>3</sup> - المادة 677 من المرسوم التشريعي رقم 93-08.

الإدارة من الإفصاح عن المعلومات والأمور التي تم التطرق إليها من قبل الهيئة المسيرة أو المدعويين لحضور أشغال مجلس الإدارة وذلك تحت طائلة السر المهني<sup>1</sup>.

لكن فيما يخص المعلومات التي تسبق انعقاد الجمعيات العامة فقد مكن كل مساهم منها وذلك تحت طائلة العقوبات القضائية.

فحصول المساهم على معلومات وتفاصيل تخص الشركة ونشاطها، يشكل بحد ذاته نوعا من الرقابة، حيث يكون للمساهمين والذين هم أصحاب الشركة على اطلاع تام بما يجري داخل شركتهم، وبالطريقة التي يتم بها تسيير شؤونها، وبالنتائج التي تتحصل عليها، وهذا ما يجعل تدخلهم سريعا وفعالا في حال اكتشافهم لتجاوزات أو أخطاء في هذا التسيير، فيمكنهم وعن طريق السلطات التي يمنحها إياهم القانون التدخل باتخاذ القرارات التي تحفظ لهم حقوقهم ومصالحهم داخل الشركة.<sup>2</sup>

### المبحث الثاني: موضوع الإعلام.

استنادا إلى أحكام القانون التجاري الجزائري، فإن مضمون الوثائق التي يحق للمساهم الإطلاع عليها تختلف بحسب نوع الجمعية العامة التي تنعقد، وذلك يكون في المرحلة التي تسبق انعقاد الجمعية العامة، وهذا الأمر بديهي بحيث لأنه من خلاله تتشكل للمساهم بغض النظر عن الطائفة التي

<sup>1</sup> - المادة 627 من المرسوم التشريعي رقم 93\_08، بقولها: يتعين على القائمين بالإدارة أو المدعويين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة، كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعتبر كذلك. انطلاقا من هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري كان صريحا فيما يخص مبدأ الإفصاح والشفافية بحيث منعه صراحة وبنص المادة، بالإضافة إلى أنه استعمل عبارات غامضة كعبارة أو التي تعتبر كذلك، بحيث يمكن للهيئة الإدارية أن تعتبر أي معلومة أنها سرية مادام أن المشرع لم يوضح ماهي المعلومات التي لا يمكن الكشف عنها هذا إن أراد أن يساير ركب الدول التي سبقت الجزائر في التسيير الرشيد للشركات التجارية.

<sup>2</sup> - خلفاوي عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 11.

ينتهي إليها سواء كان من الأغلبية المالكة لرأس المال أم من الأقلية فكرة أو رصيد معلوماتي عن الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للشركة، هذا حتى تكون تدخلاته ذات معنى أثناء الجلسة، ومنه فهناك وثائق يطلع عليها قبل انعقاد الجمعية العامة العادية وأخرى قبل انعقاد الجمعية العامة الغير عادية، مع وضع ضابط مشترك بين كلا الجمعيتين وهو شرط التاريخ فالمشروع الجزائري ألزم المشروع الجزائري مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أن يبلغ المساهمين أو يضع تحت تصرفهم قبل ثلاثين يوما من انعقاد الجمعية العامة الوثائق الضرورية لتمكينهم من إبداء الرأي عن دراية واتخاذ القرارات الصائبة بشأن الشركة، إلا أنه وكما تم ذكره سابقا أن هذه المدة التي وضعها المشروع قد تكون غير كافية في كثير من الحالات التي تستوجب التدقيق من قبل المساهمين خاصة إذا تحدثنا عن فئة الأقلية المساهمة، في حالة التعسف من قبل الأغلبية حيث قد تعتمد إلى وضع الوثائق خلال مدة ثلاثين يوما التي تسبق الجمعية العامة وتكون هذه المدة غير كافية لتكوين فكرة عن وضعية الشركة، لهذا حبذا لو أن المشروع الجزائري رفع المدة إلى شهرين على الأقل، بالإضافة إلى معلومات أخرى هي مشتركة بين كل من الجمعيتين وهي:

- 1- أسماء وألقاب القائمين بالإدارة والمديرين العاملين ومواطنهم، وفي حالة التسيير في أكثر من شركة لابد من ذكر الشركات التي يزاولون فيها مهام التسيير.
- 2- نص المشاريع التي قدمها مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب النمط المتبع في التسيير سواء النمط القديم أو النمط الحديث في التسيير.
- 3- في حالة تقديم مشاريع قرارات من قبل المساهمين مع ذكر أسبابها.
- 4- تبليغهم بتقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين الذي يقدم إلى الجمعية.

5- وفي حالة تضمن جدول الأعمال تسمية القائمين بالإدارة أو أعضاء مجلس المراقبة أو أعضاء مجلس المديرين أو عزلهم.

✚ أسم ولقب وسن المرشحين والمراجع المتعلقة بهم ونشاطاتهم المهنية طيلة السنوات الخمسة الأخيرة، ولاسيما منها الوظائف التي يمارسونها أو مارسوها في شركات أخرى.

✚ مناصب العمل أو الوظائف التي قام بها المرشحون في الشركة وعدد الأسهم التي يملكونها أو يحملونها فيها<sup>1</sup>.

لكن الملاحظ من أحكام القانون التجاري أنه في المادة 677 من القانون التجاري نص على أنه يجب على مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أن يبلغ المساهمين بالوثائق الضرورية قبل انعقاد الجمعية العامة بثلاثين يوما، ليأتي في المادة 680 من ذات القانون لينص أنه يحق لكل مساهم الإطلاع خلال خمسة عشر يوما السابقة لانعقاد الجمعية العامة العادية على مجموعة من الوثائق سيتم التطرق إليها في الجزء الأول من هذا الفرع، لكن السؤال المطروح هو لماذا قام المشرع الجزائري بخفض هذه المدة من شهر إلى خمسة عشر يوما؟ وما هو الفرق بين المدتين؟

ولعل الإجابة عن الفرق بين المدتين هي التي ستوضح لماذا خفض المشرع هذه المدة إلى خمسة عشر يوما في المادة 680، ففي الحالة الأولى حين نص المشرع الجزائري على أن المدة الممنوحة للمساهمين من الإطلاع على الوثائق الخاصة بالشركة تكون المبادرة فيها من قبل مجلس الإدارة أو مجلس المديرين ورغم أن هذه المدة غير كافية في كثير من الحالات إلا أنه يمكن القول أنها توفر حماية للمساهم، وضمن أساسي لممارسة الحق في التصويت في شركة المساهمة، أما في الحالة التي خفض فيها المشرع الجزائري المدة إلى خمسة عشر

<sup>1</sup> المادة 677 والمادة 678 من المرسوم التشريعي رقم 93\_08 المؤرخ في 25 أبريل 1993.

يوما تكون المبادرة فيها من قبل المساهم حيث أجاز له المشرع أن يتقدم إلى الشركة وأن يطلع على مجموعة من الوثائق، ومنه يمكن القول أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل حين أعطى إمكانية ثانية للمساهم الذي لم تسعفه ظروفه من الإطلاع على الوثائق في المدة الأولى أي مدة ثلاثون يوما التي تسبق انعقاد الجمعية العامة أن يتقدم مرة ثانية قبل انعقاد الجمعية العامة بخمسة عشر يوما وهذا ما يعتبر تعزيز لحق المساهم في الإطلاع من قبل المشرع الجزائري ويدخل في إطارهاته الحماية الأقلية المساهمة كون المشرع الجزائري ذكر عبارة يحق لكل مساهم ولم يستثنى أي فئة<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: الوثائق الخاصة بالجمعية العامة العادية

لقد مكن المشرع الجزائري جماعة المساهمين من حقهم في الإطلاع قبل انعقاد الجمعية العامة العادية، وبغض النظر عن الوثائق المشتركة بين الجمعيتين العادية والغير عادية والتي تم ذكرها سيتم التطرق فقط إلى الوثائق الخاصة بالجمعية العامة العادية وهي:

جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والحصيلة والتقرير الخاص بمندوبي الحسابات المبين لنتائج الشركة خلال كل سنة مالية من السنوات الخمس الماضية وفي حالة كانت الشركة منشأة حديثا أو مدمجة فبنهاية وإقفال كل سنة مالية شرط أن تكون سنوات نشأتها تقل عن خمس سنوات<sup>2</sup>.

- جرد جدول حسابات النتائج والوثائق التلخيصية والحصيلة وقائمة القائمين بالإدارة ومجلس المديرين أو مجلس المراقبة.
- تقارير مندوبي الحسابات التي ترفع للجمعية.

<sup>1</sup> المادة 677 و680 من نفس المرسوم التشريعي السابق.

<sup>2</sup> المادة 06/678 من نفس المرسوم التشريعي السابق.

• المبلغ الإجمالي المصادق على صحته من مندوبي الحسابات، والأجور المدفوعة للأشخاص المحصلين على أعلى أجر، مع العلم أن عدد هؤلاء الأشخاص يبلغ خمسة<sup>1</sup>.

والوثائق الواجب تبليغها هي كالاتي:

## الفرع الأول: التقرير السنوي للتسيير: le rapport de gestion

### 1- في التشريع الجزائري

يقدم التقرير السنوي للتسيير في إطار التحضير لانعقاد الجمعية العامة السنوية للمساهمين، وهي من المهام التي ينبغي على جهاز التسيير سواء كان مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، حسب النمط المعتمد في التسيير، ونجد أن المشرع الجزائري لم يحدد بالتفصيل التقرير السنوي والبيانات والمعلومات التي يجب ذكرها فيه، وبالتمعن في القانون التجاري الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري تطرق إلى التقرير السنوي وألزم مجلس الإدارة أو القائمون بها وعند قفل كل سنة مالية أن يضعوا تقرير مكتوب عن حالة الشركة ونشاطها أثناء السنة المالية المنصرمة<sup>2</sup>.

ويجب أن يتضمن التقرير ملخصا عن نشاط الشركة خلال السنة الماضية، وذلك والتطرق إلى إنجازات الشركة ومختلف المشاكل المالية او الإجتماعية التي صعبت من نشاطها خلال تلك المدة، كالديون التي على عاتقها ومدى خطورتها على وضعها المالي ويشترط في الملخص ان يكون واضحا ومفصلا، ويجب أن يتضمن التقرير أيضا المعلومات التي تسمح للمساهمين معرفة الوضع الحقيقي للشركة كالقيام بعملية مقارنة عن طريق رقم الأعمال للسنة الماضية ومقارنته مع السنوات الفارطة للوقوف على تطور الشركة

<sup>1</sup>\_المادة 1،2،3/680، من نفس المرسوم التشريعي السابق.

<sup>2</sup>\_المادة 03/716، من نفس المرسوم التشريعي.

والإشارة أيضا في التقرير إلى الخطط المستقبلية وفي حالة تعديل للتقرير السنوي يجب أن يعرض التعديل حسب الطرق القديمة أي أن يوضع التعديل تحت تصرف محافظ الحسابات وذلك خلال أربعة أشهر على الأكثر والتالية لقفل السنة المالية<sup>1</sup>، بحيث يشهد محافظ الحسابات بان الحسابات السنوية منتظمة وصحيحة ومطابقة تماما لنتائج عمليات السنة المنصرمة وكذا الأمر بالنسبة للوضعية المالية وممتلكات الشركات والهيئات، كما أنه يفحص صحة الحسابات السنوية ومطابقتها للمعلومات المبينة في تقرير التسيير الذي يقدمه المسكرون للمساهمين أو الشركاء أو حاملي الحصص<sup>2</sup>.

ومنه يمكن القول أن التقرير السنوي يتضمن الحسابات السنوية ويتضمن وضعية الشركة وممتلكاتها (وأموال الشركة هي الأموال المنقولة المادية كالعتاد والآلات والسيارات، وقد تكون أموال منقولة معنوية، كبراءات الاختراع والاسم التجاري، وقد تكون ممتلكات عقارية، كالأراضي).

## 2- في التشريع الفرنسي

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد وسع مجال المعلومات المقدمة للمساهمين ضمن التقرير السنوي للتسيير، إضافة إلى المعلومات العامة السابق ذكرها، فإنه قد فرض تضمين هذا التقرير معلومات خاصة سيتم ذكرها، حيث يجب أن يحتوي التقرير السنوي على تحليل موضوعي لتطور أعمال الشركة، لنتائجها، وللوضعية المالية لها لا سيما وضعية ديونها، وذلك بالنظر إلى قوة تقدم وتطور أعمال الشركة وركودها.

<sup>1</sup> المادة 04/716 من نفس المرسوم التشريعي السابق.

<sup>2</sup> المادة 02/01/23، من قانون رقم 01\_10 مؤرخ في 29 يونيو سنة 2010، يتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، ج.ر، 42، مؤرخة في 11/07/2010، معدل بالقانون رقم 08\_13 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2012 متضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر، 68 مؤرخة في 30/12/2013.

كما يمكن أن تكون هناك شروحات إضافية إذا اقتضى الأمر، ويضمن التقرير أيضا إشارات إلى كيفية استعمال الشركة لمواردها المالية، وذلك في الحالة التي تكون فيها هاته الإشارة ضرورية لتقييم أصول وخصوم الشركة أو حالتها المالية، ويتم التطرق على الخصوص إلى سياسة الشركة فيما يخص تسيير المشاكل المالية، والمشاكل المتعلقة بالأسعار، والقروض..... إلخ<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: وثيقة الجرد

الجرد هو وثيقة تتضمن نتائج عملية إحصاء كل عناصر أصول وخصوم الشركة، وتقييمها ومراقبتها، وقد ألزم المشرع الجزائري أي شخص سواء كان طبيعيا أو معنوي أن يمسك وثيقة الجرد الذي يعتبر من الدفاتر التجارية، وأن يمسكها بانتظام، وتحتوي وثيقة الجرد على قائمة بأصول وخصوم الشركة والهدف من ذلك هو الوقوف على عناصر الذمة المالية للشركة بطريقة موضوعية، وعليه إقفال كافة الحسابات وذلك من أجل إعداد الميزانية وحساب النتائج، ووضعها في دفتر الجرد<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: دفتر اليومية

وهو دفتر يقيد فيه يوما بيوم نشاطات الشركة أو أن يراجع على الأقل نتائج هاته العمليات شهريا لكن الواضح أن المشرع الجزائري وتدعيما لحماية المساهمين بصفة عامة والأقلية المساهمة بصفة خاصة فقد وضع شرط بالنسبة للشركة التي تراجع نتائج العمليات شهريا، إمسك كافة الوثائق التي يمكن معها المراجعة وأيضا تؤكد هذه العمليات<sup>3</sup>، والملاحظ من أحكام القانون التجاري فإن كلا الدفترين سواء دفتر اليومية أو دفتر الجرد، اشترط المشرع

<sup>1</sup> Art.L225\_100.Code de Commerce Français.

<sup>2</sup> المادة 10 من الأمر رقم 75\_59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، والمادة 10 مكرر من الأمر رقم 96\_27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996.

<sup>3</sup> المادة 09 من الأمر رقم 75\_59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975.

الجزائري وفي إطار تدعيم مبدأ حماية الائتمان التجاري، وحماية المساهم بصفة عامة والأقلية المساهمة بصفة خاصة فقد اشترط أن يمسك بحسب التاريخ، وبدون ترك أي بياض أو تغيير من أي نوع أو نقل على الهامش، وهذا لتفادي التزوير في الدفترين، مع ترقيم صفحات كلا الدفترين ويوقع عليهما من قبل قاضي المحكمة<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: الميزانية

تمثل الميزانية الوثيقة السيدة في إعلام المساهم فهي توضع تحت تصرفه للإطلاع عليها بهدف إيصاله إلى معرفة حالة الشركة وكيفية استثمار أموالها ونتيجة أعمالها، حتى يكون على دراية كاملة، والميزانية هي جدول محاسبي يقارن بين حقوق المؤسسة وواجباتها فيتكون الجدول من جانبين: الجانب الأيمن يمثل الأصول والجانب الأيسر يمثل الخصوم وهدفها هو تبين الوضعية المالية للمؤسسة في تاريخ معين (نهاية السنة، سداسي أو ثلاثي)<sup>2</sup>.

### خاتمة:

وفي الأخير يمكن الخروج بالتوصيات الآتية:

1- يجب تمكين المساهم من المعلومات في أي وقت بحيث لا توجد أي مادة صريحة تؤكد على ذلك.

2- ضرورة تعديل المادة 627 من المرسوم التشريعي رقم 93\_08 بقولها: يتعين على القائمين بالإدارة أو المدعويين لحضور اجتماعات مجلس الإدارة، كتم المعلومات ذات الطابع السري أو التي تعتبر كذلك. انطلاقاً من هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري كان صريحاً فيما يخص مبدأ الإفصاح والشفافية بحيث منعه صراحة وبنص المادة، بالإضافة إلى أنه استعمل عبارات

<sup>1</sup> المادة 11 من الأمر رقم 75\_59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975.

<sup>2</sup> خلفاوي عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 22.

غامضة كعبارة أو التي تعتبر كذلك، بحيث يمكن للهيئة الإدارية أن تعتبر أي معلومة أنها سرية مادام أن المشرع لم يوضح ما هي المعلومات التي لا يمكن الكشف عنها هذا إن أراد ان يساير ركب الدول التي سبقت الجزائر في التسيير الرشيد للشركات التجارية، وفي هذه الحالة كأنما أعطى السلطة التقديرية للهيئة المسيرة في تقدير الحالات التي تكشف فيها عن المعلومة والتي بدورها قد تتعسف في حق الأقلية بداعي خطورة معلومات في الحقيقة هي معلومات تخفي تعسف الأغلبية لتحقيق مصلحتها الضيقة.

3- حسنا ما فعل حين أعطى إمكانية ثانية للمساهم الذي لم تسعفه ظروفه من الإطلاع على الوثائق في المدة الأولى أي مدة ثلاثون يوما التي تسبق انعقاد الجمعية العامة أن يتقدم مرة ثانية قبل انعقاد الجمعية العامة بخمسة عشر يوما وهذا ما يعتبر تعزيز لحق المساهم في الإطلاع من قبل المشرع الجزائري ويدخل في إطارهاته الحماية الأقلية المساهمة كون المشرع الجزائري ذكر عبارة يحق لكل مساهم ولم يستثنى أي فئة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>\_المادة 680 و677 من نفس المرسوم التشريعي السابق.

## واقع الأقليات ببلاد المغرب

### قراءة في نوازل "المعيار المغرب" لأحمد الونشريسي.

ط/ سعيداني لخضر – طالب دكتوراه (1)

جامعة محمد بن أحمد - وهران 2

أ.د/ عمر بلبشير – أستاذ (2)

جامعة مصطفى اسطنبولي - معسكر

#### ملخص:

تشكّل القضايا المرتبطة بالأقليات اهتماما بالغا على المستوى الدولي حيث تسعى مختلف الأمم الى ابراز رصيدها الثقافي المتعلق بموضوع التعامل مع مختلف الأقليات، في ظل الأهمية التي توليها المنظمات الدولية لها، وعلى مستوى التأليف الفقهي تبرز نصوص مختلفة تساعد الباحثين لابرز مسيرة الحضارة الإسلامية في التعامل مع الأقليات، ويعد كتاب المعيار المغرب لأحمد الونشريسي من أهم النماذج التي يمكنها أن تقدم لنا مادة مهمة بخصوص الأقليات ووضعها داخل المجتمع في بلاد المغرب.

الكلمات المفتاحية: الأقليات، أحمد الونشريسي، المعيار المغرب، أهل الذمة.

#### Résumé:

Les questions relatives aux minorités présentent un grand intérêt au niveau international, les différentes nations cherchant à mettre en valeur leur patrimoine culturel en matière de relations avec différentes minorités, compte tenu de l'importance que les organisations internationales leur

<sup>1</sup> - طالب دكتوراه، مدرسة الدكتوراه الدين والمجتمع، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد.

<sup>2</sup> - أستاذ التاريخ الوسيط، جامعة معسكر.

attachent. Minorités, et le livre Al –Miyar d'al Wancharissi est l'un des modèles les plus importants qui peuvent nous fournir un matériau important sur les minorités et les intégrer dans la communauté maghrébine.

**Mots-clés:** Les Minorités , Ahmed Al Wancharissi , Al-Miyar Almurib, Les gens du livre.

### 1- التعريف بأحمد بن يحيى الونشريسي، ومؤلفه "المعيار المغرب":

ولد أحمد بن يحيى الونشريسي، بجبال ونشريس عام 834هـ. نشأ بتلمسان حيث درس على يد أشهر علماءها، ومنهم أبو عبد الله محمد بن العباس، وقاسم بن سعيد العقباني، وابراهيم العقباني، وابن مرزوق الكفيف وابن الجلاب، ولما بلغ الأربعين من عمره، هاجر إلى فاس، بعد حادثة له مع السلطان الزياني، الذي أمر بتهيب داره، وذلك لأنه كان ميّالا للحق لا تأخذه في ذلك لومة لائم.

وبفاس لقي الونشريسي ترحابا وافرا من فقهاءها وطلبتها، حيث أقبل على التدريس هناك، وقد اختص بالمدونة ومختصر ابن الحاجب الفرعي، حيث تخرج على يديه عدد وافر من الطلبة الذين بلغوا مرتبة عالية في القضاء والفتيا والتدريس، ومن أبرزهم، ابنه عبد الواحد الونشريسي، ومحمد بن الغريديس التغلبي، ومحمد بن عبد الجبار الوردغيري، والحسن بن عثمان التيمي<sup>(1)</sup>.

لقد حصل الونشريسي على ثناء مختلف المصادر التي ترجمت له، فقد وصفه ابن مريم التلمساني في مؤلفه البستان: بحامل لواء المذهب على راس المائة التاسعة، وأضاف قائلا: "كان مشاركا في فنون العلم إلا أنه لما لازم

<sup>1</sup> - الونشريسي: المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب، ج1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1981، صصاً، ب، ج، د

تدريس الفقه يقول من لا يعرفه انه لا يعرف غيره، وكان فصيح اللسان والقلم حتى كان بعض من يحضره يقول لو حضر سبويه لأخذ النحو من فيه..<sup>(1)</sup>.

أما ابن عسكر فقد وصفه في مؤلفه "دوحة الناشر" الإمام العالم العلامة المصنف الأبرع، الفقيه الأكمل الأرفع، البحر الزاخر، والكوكب الباهر، حجة المغاربة على أهل الأقاليم، وفخرهم الذي لا يجحده جاهل ولا عالم، ويضيف ابن عسكر قائلا: ".. كان شديد الشكيمة في دين الله لا تأخذه في الله لومة لائم ولذلك لم يكثر له مع أمراء وقته كثير اتصال"<sup>(2)</sup> أما ابن مريم التلمساني فيقول بشأن هذه الحادثة ".. حصلت له كائنة من جهة السلطان في أول محرم عام أربعة وسبعين فانتهبت داره ففرّ الى مدينة فاس واستوطنها..<sup>(3)</sup>.

يعد كتاب المعيار من أشهر كتب النوازل الفقهية في الغرب الإسلامي حيث يأتي في مقدمة المصادر الفقهية المالكية التي احتوت نصيبا هاما من الاسئلة التي رفعت الى الفقهاء للإجابة عنها، وقد تنوعت هذه الأسئلة حيث شملت مختلف مناحي الحياة اليومية، وقد استفاد الونشريسي أثناء إقامته بفاس من مكتبة تلميذه الغرديس التغلي ليؤلف كتاب "المعيار" حيث اعتمد على ما وجده من مخطوطات خاصة بنوازل الأندلس والمغرب الأقصى، أما فيما يخص المغربيين الأدنى والأوسط فقد اعتمد على نوازل كل من البرزلي والمغيلي المازوني صاحب كتاب الدرر المكنونة في نوازل مازونة<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - ابن مريم التلمساني: البستان في ذكر الأولياء والعلماء بتلمسان، تنج: محمد بن أبي شنب، د م ج، الجزائر، 1986، ص 53

<sup>2</sup> - ابن عسكر: دوحة الناشر لمحاسن من كان بالمغرب من مشايخ القرن العاشر، دار المغرب للتأليف والترجمة والنشر، الرباط، 1977، ص 47

<sup>3</sup> - ابن مريم التلمساني: المصدر السابق، ص 53

<sup>4</sup> - الونشريسي: المصدر السابق، ج 1 ص و.

أثبت الونشريسي في كتابه هذا أسماء المفتين ونصوص الاستئلة الموجهة إليهم، وكان يذكر الإجابة أحيانا دون التطرق الى نص السؤال كاملا، وقد تكررت هذه الفتاوى أحيانا أخرى في نصوص المعيار حسب أبواب الفقه، وقد ذيل الونشريسي مؤلفه بذكر تاريخ الانتهاء من تأليفه قائلا: "وكان الفراغ من تقييده مع مزاحمة الأشغال وتغيير الأحوال يوم الأحد الثامن والعشرين لشوال عام واحد وتسعمائة.." (1).

أما عن سبب التأليف فقد صرح الونشريسي قائلا: "وبعد فهذا كتاب سميت به بالمعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب، جمعت فيه من أجوبة متأخريهم العصريين ومتقدمهم ما يعسر الوقوف على أكثره في أماكنه، واستخراجه من مكانه لتبديده وتفريقه وانهمام محله وطريقه رغبة في عموم النفع به ومضاعفة الأجر بسببه" (2).

ومن هنا نستخلص أن الغرض من تأليف هذا المؤلف هو رغبة الونشريسي في جمع مادة مهمة خاصة بمختلف النوازل الفقهية من أجل تسهيل الاستفادة منها لاحقا لتحصيل المنفعة العامة.

خلف الونشريسي عددا معتبرا من المؤلفات ومن أشهرها كتاب المعيار المغرب، وتعليق على ابن الحاجب الفرعي، وغنية المعاصر والتالي في شرح وثائق الفشتالي، وكتاب القواعد في الفقه والفائق في أحكام الوثائق وتأليف في الفروق في مسائل الفقه، وكانت وفاته عام 914 هـ، وكان عمره نحو ثمانين سنة (3).

تضمن كتاب المعيار المغرب اثنا عشر جزءا مقسمة حسب أبواب الفقه فقد خصص الجزء الأول إلى الفتاوى الخاصة بالعبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والصوم.

1- الونشريسي: نفسه، ج 1 ص ر

2- الونشريسي: نفسه، ج 1 ص 1

3- ابن مريم التلمساني: المصدر السابق، ص 54

أما الجزء الثاني فقد خصص إلى فقه المعاملات كالأطعمة والاشربة والصيد.

بينما احتوى كل من الجزء الثالث والرابع على نوازل النكاح وما يتعلق به. كما اختص الجزئين الخامس والسادس على قضايا الاقتصاد ومختلف مظاهره مثل البيوع والرهن.

أما الجزء السابع فقد خصص إلى الأحباس والأوقاف.

بينما احتوى الجزء الثامن والجزء التاسع على نوازل تتعلق بالجانب الفلاحي مثل مليكة الأرض والمشاكل المتعلقة بها مثل الشفعة والبيع والرهن. أما الجزء العاشر فقد ضم نوازل ترتبط بقضايا الأفضية والشهادات والوكالات.

أما الجزئين الحادي عشر والثاني عشر فقد جمع فيهما الونشريسي قضايا لا ترتبط بالأبواب السابقة، وهي عبارة عن قضايا عامة في مختلف المجالات<sup>(1)</sup>.

## 2- مصطلح أهل الذمة:

- الذمة في اللغة، الذمة بالكسر: العهد والكفالة<sup>(2)</sup>، والذمة: العهد والأمان والضمان وأهل الذمة هو المستوطنون في بلاد الإسلام من غير المسلمين وسموا بهذا الاسم لأنهم دفعوا الجزية، فامنوا على أرواحهم وأعراضهم وأموالهم وأصبحوا في ذمة المسلمين ومن واجباتهم في بلاد المسلمين ضمن عقد الجزية احترام القران والرسول الكريم، وعدم القدح في الإسلام وعدم ثني المسلمين عن دينهم، وعدم إعانة أهل الحرب، اضافة الى لبس الزنار والغيار، وعدم ضرب

<sup>1</sup> - عمر بلبشير: حجة المغاربة، أبو العباس الونشريسي ومعلمته النوازلية، دراسة في منهجه وموارده وأهميته، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2017، صص 117، 116.

<sup>2</sup> - الفيروز أبادي: القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص 597.

النواقيس وعدم المجاهرة بالخمرة وركوب الخيل واحداث الكنائس، أما الحقوق المفردة لهم فهي الحماية لهم وعدم التعرض لهم ولأموالهم واعفاء الصبيان والعبيد منه والأطفال من دفع الجزية التي لا تجب إلا على الرجال الأحرار العقلاء<sup>(1)</sup>.

### 3- مصطلح الأقليات:

لم يكن مصطلح الأقلية معروفا في الثقافات القديمة، غير أن ذلك لا يعني أنه لم يكن موجودا، فعلى مستوى العالم الإسلامي عرف هذا الأخير التجزئة تحت مسميات مختلفة ومنها: أهل الدّمة، الجالية، أهل الصلح، أهل الموادة، المستأمنون، وقد خصّصت كتب الفقه جانبا من الأحكام الفقهية لهذه الجماعات<sup>(2)</sup>.

شكّل مفهوم الأقليات أهمية بارزة في تاريخ الفكر الحديث، إذ تصدّر مختلف التقارير والنشريات في مجال حقوق الإنسان، وقد تعددت جملة من المعايير التي يمكننا من خلالها الوصول الى تعريف خاص بالأقليات، ومن أهم هذه المعايير نذكر:

1- العدد: حيث يجب أن يكون عدد الأقليات أقل من عدد السكان

الذين يمثلون الأغلبية

2- عدم الهيمنة: حيث تكون الأقلية في وضع غير مهيمن.

<sup>1</sup> - الماوري: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تح: أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت،

ط1، صص185، 184.

<sup>2</sup> - نور الدين حمادي: فقه الاقليات الدينية في المجتمع الإسلامي، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم

الإسلامية، ع 01، مج. 30، 2016، ص 232

3- الشعور بالاختلاف: من حيث اللّغة والإثن أو الدين أو القومية أو الثقافة، وهذا ما يميزها عن الأغلبية<sup>(1)</sup>، وعليه يمكن القول أن الأقلية هي مجموعة قومية أو إثنية أو دينية أو لغوية تختلف عن المجموعات الأخرى الموجودة داخل دولة ذات سيادة<sup>(2)</sup>.

#### 4- قضايا الأقليات، من خلال كتاب "المعيار المعرب" للونشريسي:

لقد تعددت الفتاوى والأسئلة التي شكلت نموذجا مهما لدراسة واقع الأقليات الدينية ضمن المجتمع في بلاد المغرب، حيث مسّت جوانب مختلفة تركزت في مجملها في مسائل التعايش والمعاملات، ومكانة الأقليات داخل منظومة المهن والحرف، وقد أخذ الفقهاء على عاتقهم مسألة الخوض في هذه الأسئلة التي شكلت تحديا شرعيا بالنسبة لهم، وهذا ما يعطي صورة واضحة عن الحركية التي تميزت بها هذه الفئات، داخل المجتمع ببلاد المغرب والأندلس.

حظيت الأقليات الدينية بمستوى مهم من الجدل الديني داخل المجتمع في بلاد المغرب والأندلس، وقد شكلت قضايا عديدة نماذج هامة لهذه الحركة بقاء بعض النصارى على دينهم رغم إعلان إسلامهم، حيث تعرض ابن رشد إلى هذه القضية مؤكدا على وجوب إتباع البيّنة وتحري الحقائق بخصوصها، كما تضاف إلى هذه القضية مسألة تعرض بعض النصارى واليهود إلى الرسول صلى الله عليه وسلم<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - ختال هاجر، قاسمي آمال: ضمانات حماية حقوق الأقليات بين القانون الدولي والفكر الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 4، ديسمبر 2014، ص.ص 284، 283.

<sup>2</sup> - جمال الدين عطية محمد: نحو فقه جديد للأقليات، دار السلام للنشر، القاهرة، ط1، 2003، ص.ص 7، 8.

<sup>3</sup> - الونشريسي: المصدر السابق، ج2، ص.ص 350، 351.

وقد طرحت قضية أخرى تتعلق بتنصر البعض وعودتهم من بلاد العدو ودخولهم الإسلام من جديد رفقة زوجاتهم النصرانيات، وهي القضية التي أثرت بخصوص صحة هذا الزواج من عدمه<sup>(1)</sup>.

ومن جانب آخر تعد القضايا المرتبطة بالنقاشات والمناظرات أهم مظهر من المظاهر التي ارتبطت بواقع الأقليات الدينية بالغرب الإسلامي، خاصة اليهود والنصارى، ومن أبرز هذه النماذج نذكر مناظرة يهودي مع الفقيه ابن لب في مسائل تتعلق بالقضاء والقدر، وقد أوردها الونشريسي في كتاب المعيار المغربي على شكل أبيات شعرية مذيبة بإجابة الفقيه ابن لب<sup>(2)</sup>، كما جرت مناظرة أخرى بين الفقيه أبي عبد الله الشريف وأحد القساوسة بمدينة مرسية، وكانت على شكل ثلاث أسئلة، وهي المسألة التي قال عنها الونشريسي، ولهم حرص على مناظرة المسلمين، ويقصد بذلك القساوسة<sup>(3)</sup>.

أما على المستوى الاجتماعي فقد شكلت مسائل الجوار أبرز نموذج للتعبير عن حال الأقليات الدينية داخل الفضاء الإسلامي، ومن ذلك دعوة الفقهاء إلى المعاملة الحسنة مع الجيران اليهود، حيث يذكر الونشريسي إجابة أحد الفقهاء بشأن التعامل معهم قائلا: "فيستقضيك في حاجة لا مآثم فيها، فتقضيها له فلا بأس"<sup>(4)</sup>، ومن تلك القضايا التي تتعلق بالجانب الاجتماعي الإشارة إلى سكنى بعض اليهود في أحياء المسلمين والتزود بالمياه من أبارهم، فرغم بعض التصرفات السلبية الصادرة منهم، أجاز الفقهاء لهم الحصول على الماء، أو كراء سكناتهم إذا ما تمادوا في ذلك، وهو إقرار مهم بحصول الأقليات على حق الملكية

<sup>1</sup> - الونشريسي: نفسه، ج3، ص 250

<sup>2</sup> - الونشريسي: المصدر السابق، ج11، ص.ص 267، 266.

<sup>3</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 11، ص.ص 154، 155.

<sup>4</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 11، ص 301

للسكن داخل الأحياء في مجتمع بلاد الغرب الإسلامي<sup>(1)</sup>، كما أثار نصوص النوازل قضايا تتعلق بأحباس الأقليات من اليهود والنصارى، ومن ذلك مسألة الأحكام المرتبطة بالأموال المحبسة على بيع النصارى<sup>(2)</sup>.

وقد حظيت الأقليات بمساحة مهمة في مجال التعامل مع فئات المجتمع من خلال الروابط اليومية مع المسلمين، وهو ما تأكده تلك التساؤلات الخاصة بحكم قبول الهدايا منهم في أعيادهم، وتقديمها لجيرانهم المسلمين، وهو ما يتيح إمكانية رصد تداخل بين الطرفين على مستوى الإقامة في الأحياء<sup>(3)</sup>، كما يلتمس الباحث من نصوص المعيار وجود مساحة مهمة للتعامل الاقتصادي بين المسلمين والأقليات من خلال البيع والشراء، ومن ذلك إشارة الونشريسي إلى شراء مسلم جنانا من يهوديين وحيازتها لمدة عشرة أعوام، ثم حسمها على بنيه<sup>(4)</sup>، وفي هذا المجال أيضا تتكرر الإشارة إلى أمثلة كثيرة من المعاملات الاقتصادية مع الأقليات مثل بيع أصول الكرم للنصارى، وتخصيص بعض هؤلاء في بيع الخبز وغسل ثياب الناس، وتشبه بعض اليهود بأزياء المسلمين، وهي مسألة تحيل إلى القول بعدم احترام بعض الأقليات لعقد الذمة<sup>(5)</sup>، وقد فرضت المعاملة اليومية مع اليهود تساؤلات حول صحتها، حيث أشار الفقهاء إلى ضرورة النظر في طبيعة المعاملة وتحري صحتها، خاصة وأن معاملات اليهود تغلب عليها الربا، ومن هنا نستشف تسامح النص مع التعامل العام مع اليهود واقتصراره على التأكد من صحتها<sup>(6)</sup>، كما أجاز الفقهاء التعامل مع الأقليات بالقول بإباحة دراهمهم مع تحديد بعض الممنوعات من التعامل مثل المصحف

<sup>1</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 8، ص 437

<sup>2</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 8، ص 56

<sup>3</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 11، ص 111

<sup>4</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 7، ص 438

<sup>5</sup> - الونشريسي: المصدر السابق، ج 6، ص 68، 69

<sup>6</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 6، ص 433

والخيل، وكل ما من شأنه ايقاع الضرر بالمسلمين<sup>(1)</sup>، كما تتعد طرق التعامل بين المسلمين واليهود لتتجاوز البيع والشراء الى الاستدانة كما توضحه بعض النصوص في كتاب المعيار<sup>(2)</sup>، إضافة الى اللجوء الى الأطباء اليهود<sup>(3)</sup>.

وفي مجال التعامل مع اليهود أجاز الفقهاء مسألة طرحت عليهم، تتعلق بحكم استئجار ماء المسجد لبعض اليهود الذين يسكنون في درب ملاصق لمسجد، وقد قرر الفقهاء السماح بذلك مع ذكر بعض الشروط، كتثبيت السداد في الثمن<sup>(4)</sup>، كما تعرض الفقهاء لمسألة مماثلة لهذه القضية تتعلق بحكم استفادة اليهود من مياه نهر وسط البلد<sup>(5)</sup>.

وتشير نصوص أخرى ضمن نماذج عديدة من المعيار الى رغبة بعض اليهود في التقاضي لدى حكام المسلمين، وهو الأمر الذي لم يعارضه الفقهاء، خاصة للحالات التي أثبتت براءتها عبر وثائق عربية، وتعد فتوى ابن العطار نموذجا بارزا في هذا المجال<sup>(6)</sup> وقد تكررت الإشارة الى هذه القضية في موضع لاحق من كتاب المعيار حيث أشار الونشريسي الى حصول بعض اليهود على وثائق منعقدة بالخط العربي وشهود المسلمين، وقد أشار الفقهاء الى النظر في هذه القضايا اذا رغب اليهود في ذلك، وهذا ما يمكننا من القول بأن تسامح الفقهاء مع طلبات اليهود للتقاضي عند المسلمين له دلالة عميقة في مجال التسامح الذي شهده المجتمع مع الأقليات خلال هذه الفترة<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - الونشريسي، نفسه، ج 5، 103

<sup>2</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 5، ص 244

<sup>3</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 8، 319

<sup>4</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 7، ص 52

<sup>5</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 8، ص 433

<sup>6</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 10، 56

<sup>7</sup> - الونشريسي: نفسه، ج 10، 128

لقد شكلت مسائل عديدة في كتاب المعيار المغرب دلالات معبرة عن الوضعية التي ميزت واقع الأقليات الدينية في بلاد المغرب، حيث حصلت على مساحة واسعة للانفتاح على مختلف شرائح المجتمع، وهو ما أدى إلى تزايد القضايا المطروحة على الفقهاء، خاصة في مجال تنظيم العلاقة بين الطرفين ولذلك يمكن اعتبار الأسئلة المرتبطة بهم أهم دلالة على وضعيتهم داخل البلاد الإسلامية، ومن هنا نلمس مدى مساهمة كتب النوازل الفقهية عامة، وبدرجة خاصة كتاب المعيار المغرب في كشف أوضاع الاقليات في بلاد المغرب.

### الخاتمة:

إن دراسة المسألة المتعلقة بوضعية الأقليات اعتمادا على نصوص فقهية تؤرخ لمجتمع الغرب الإسلامي، تعتبر نافذة حية على الأدوار التي لعبتها هذه الفئات داخل الفضاء الإسلامي، وهو ما يتيح رصد عملية التعايش داخل المجتمع، من خلال حجم تلك التساؤلات الصادرة على شكل أسئلة لمعالجة مختلف القضايا التي اختصت بالأقليات الدينية .

وبالنظر الى الحجم الكبير من القضايا التي عالجها كتاب المعيار المغرب لأحمد الونشريسي، يمكننا القول أن هذه الفئة حظيت باهتمام بالغ من الفقهاء الذين حاولوا الأخذ بالأطر الشرعية لهذه الفئات، غير أن بعض القضايا ساهمت في تغليب الواقع الاجتماعي على الأطر الشرعية في كثير من الأحيان، وهذا ما يتضح من خلال بعض نصوص النوازل، وهو الأمر الذي يستدعي القول بأن هذه الأقليات حصلت على أوضاع ايجابية في كثير من الفترات، وهو المؤشر الايجابي لمجتمع بلاد الغرب الإسلامي يكرس بوضوح درجة مميزة من التعايش مع هذه الأقليات.

إن كتاب المعيار المغرب للونشريسي يشكل إضافة مهمة للباحثين في مجال الأقليات، حيث يمكن اعتباره مصدرا ثريا لتتبع أوضاع الأقليات الدينية، من

خلال تغطية بعض النقائص المتعلقة بهذه الفئة في كتب التاريخ العام، وهذا ما يمكننا من رصد مساهمة الحضارة العربية الإسلامية في ترسيخ قيم التعايش والتسامح.

## الإجراءات الاستثنائية للبحث و التحري عن جريمة تبيض الأموال في قانون الإجراءات الجزائية

أ/ أيت بن اعمر غنية - طالبة دكتوراه

جامعة محمد بن أحمد - وهران 2

### ملخص

إن التطور العلمي والتكنولوجي في مختلف المجالات، أدى الى ظهور أشكال إجرامية متعددة وبذلك لم تصبح أساليب البحث والتحرير التقليدية كافية وفعالة لمواجهة هذه الأشكال الإجرامية الجديدة، مما استدعى الأمر ضرورة اعتماد إجراءات حديثة تتماشى والطرق الإجرامية المتبعة، وتبعاً لذلك قام المشروع الجزائري بتبني أساليب استثنائية للتحري عن الجريمة المنظمة بصفة عامة و جريمة تبيض الأموال بصفة خاصة.

الكلمات المفتاحية: أساليب التحري الاستثنائية، جريمة تبيض الأموال، جهات البحث والتحري، توسيع الاختصاص المحلي.

### Résumé :

L'évolution scientifique et technologique des divers domaine a entraîné l'apparition de multiples formes de criminalité, de sorte que les méthodes traditionnelles de recherche et d'investigation ne sont pas devenues suffisantes et efficaces pour faire face à ces nouvelles formes criminelles, ce qui a nécessité l'adoption de procédures modernes conformes aux méthodes pénales suivies. En conséquence le législateur algérien adopté des méthodes exceptionnelles pour enquêter sur le crime organisé en général et le blanchiment d'Argent en particulier.

**Mots-clés:** techniques d'enquête extraordinaires, blanchiment d'argent, recherche et investigation, élargissement de la juridiction locale.

## مقدمة

تعد ظاهرة تبييض الأموال من بين أخطر الجرائم الاقتصادية لارتباطها بالجريمة المنظمة والجريمة الإرهابية وجرائم الفساد، و غيرها من الجرائم الأخرى المتولدة عنها، فهي جريمة العصر نتيجة انتشارها المذهل عبر أنحاء العالم. ويسعى مبيضو الأموال من خلال نشاطات تبييض الأموال الى إعادة تدوير الأموال غير المشروعة و ذلك بإضفاء المشروعية عليها، و من ثم قطع الصلة بين هذه الأموال و بين أصلها غير المشروع.

و تداركا لخطورة ظاهرة تبييض الأموال، عمد المشرع الجزائري بتجريم عملياتها بالنص الصريح و التوجه نحو سياسة تجريميه قصد الحد من أفعال أصبحت تضر بالمصالح الاقتصادية والحيوية للمجتمع وتصب في اتجاه التزامات الدول في مجال مكافحة جريمة تبييض الأموال التي تستوجب كفاءة مهنية عالية، و تقنيات تحري خاصة تتطلب وسائل مادية و بشرية ذات نوعية.

وقد عملت الجزائر على ادخال تعديلات كثيرة في معظم القوانين السارية بالإضافة الى استحداث نصوص قانونية جديدة كان الهدف من وراء اصدارها مكافحة القضاء على جرائم معينة ومن بينها جريمة تبييض الأموال، وهذا وصولا الى تسهيل جمع الأدلة و ضمان الفاعلية التحري و تجسيدا للاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال مكافحة تبييض الأموال التي اهتمت بوضع العديد من المبادئ التوجيهية و النماذج التشريعية التي يمكن أن تهتدي بها الدول عند وضع تشريعات لمواجهة هذه الظاهرة الاجرامية.

وعليه، وحرصا من المشرع الجزائري على مواجهة عمليات تبييض الأموال فقد لجأت الى اصدار القانون 01- 05 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال



وعليه جاءت هذه الدراسة لتساهم في كشف النقاب على ماهية وحقيقة إجراءات البحث والتحري المستحدثة في التشريع الاجرائي الجزائري، محاولين بداية تحدد قواعد الاختصاص لهيئات التحري من وكيل الجمهورية، قاضي التحقيق وضباط الشرطة القضائية، فضلا عن انشاء محاكم ذات الاختصاص الموسع كنتيجة الاتجاه المشرع الجزائري نحو مواجهة ظاهرة تبييض الأموال ثم التطرق في نقطة ثانية إلى الأساليب الخاصة للبحث والتحري، ومن ثم تقييم نجعتها وفعاليتها في مواجهة عمليات تبييض الأموال.

ويطرح هذا الموضوع الإشكالية التالية: ما مدى فعالية الإجراءات الاستثنائية الخاصة بالبحث والتحري في مواجهة عمليات تبييض الأموال وتكون الإجابة عن هذه الإشكالية عن طريق ثنائية بحثية كما يلي:

المبحث الأول: جهات البحث والتحري في جريمة تبييض الأموال ومجال اختصاصها.

المبحث الثاني: الأساليب الخاصة للبحث والتحري في مواجهة ظاهرة تبييض الأموال.

### المبحث الأول: جهات البحث والتحري في جريمة تبييض الأموال

البحث والتحري عن الجرائم هو استكشافها، وتعتبر إجراءات البحث والتحري عن الجريمة من الإجراءات الاستدلالية التي يهدف بها الكشف عن الجريمة و البحث عن أدلتها، و يجب أن تتضمن هذه التحريات كافة القرائن التي تفيد في معرفة اثبات أو نفي لواقعة معينة.<sup>1</sup>

فالتحري عن الجريمة عمل ضروري للتوصل الى كشف حقيقتها وازالة الغموض المحيط بها، وجمع البيانات والأدوات والاثار الدالة على ثبوتها، ومعرفة

<sup>1</sup> - أحمد فتحي سرور أصول قانون الاجراءات الجنائية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 425.

دواعيها ومسبباتها والتعرف على الجناة تمهيدا لاتخاذ الاجراءات اللازمة بحقهم من قبض وتفتيش وغيره.<sup>1</sup>

ويعتبر المشرع التحريات الأولية اجراءات سابقة على تحريك و مباشرة الدعوى الجزائية، فهي بمثابة تمهيد لها وذلك من خلال جمع الاستدلالات والأدلة المادية اللازمة من أجل التثبت من وقوع الجريمة و معرفة الشخص المشبه في ارتكابها وموافاة النيابة العامة بكل ذلك، حتى تستطيع هذه الأخيرة تحريك الدعوى. ورغم أنه لم يتم اعتبار التحريات الأولية من إجراءات الخصومة، إلا أنها ومن الناحية الواقعية العملية تعد الأساس الذي يتم عليه بناء جميع إجراءات الخصومة الجزائية.<sup>2</sup>

وقد أناط المشرع الجزائري من خلال قانون الاجراءات الجزائية مهمة البحث و التحري عن الجرائم الى مجموعة من الهيئات، فهذه الصلاحيات ليست مقتصرة فقط على الضبطية القضائية لوحدها، ولكن منح المشرع هذه الاختصاصات أيضا لأعضاء القضاء المتمثلين أساسا في وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق.

وفي اطار أداة مهامهم في البحث و التحري يتقيد القائمين بهذا الاجراء بالاختصاص المحلي المحدد للنطاق الإقليمي الذي يباشرون فيه مهامهم في حدود الصلاحيات المخولة لهم قانونا.

وتعتبر الجزائر من الدول المعينة بظاهرة تبيض الأموال، وتداركا لخطورة هذه الظاهرة فقد وضعها المشرع الجزائري موضع التجريم بالنص الصريح كما

<sup>1</sup> محمد على السالم عياد الحلبي اختصاص رجال الضبط القضائي في التحري والاستدلال و التحقيق، منشورات دار السلاسل، الطبعة الأولى، 1982، ص 19.

<sup>2</sup> أحمد عبد الحميد الدسوقي الحماية الموضوعية و الاجرائية لحقوق الانسان في مرحلة ما قبل المحاكمة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009، ص 198.

أعطى لها أهمية لارتباطها بالجريمة المنظمة، بل عمل على استحداث محاكم ذات اختصاص موسع في خطوة اعتبرت سابقة من نوعها في القانون الجزائري خطى بموجبها القضاء نحو التخصص في المعالجة القضائية لطائفة من الجرائم.<sup>1</sup> وتجسيدا لذلك حصر المشرع الجزائري جريمة تبييض الأموال ضمن الجرائم الخطيرة المستحدثة والتي ولى اختصاص البحث والتحري فيها إلى المحاكم ذات الاختصاص الموسع.

وعليه سيتم التطرق الى هذه الخصوصيات الاجرائية لجريمة تبييض الأموال في مطلبين. الأول يتعلق بالمحاكمة ذات الاختصاص الموسع (الأقطاب الجزائية الخاصة) الثاني يخص جهات الاختصاص و التحري.

#### المطلب الأول: المحاكمة ذات الاختصاص الموسع

يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم حسب مفهوم المشرع والمحاكم تتوزع على مناطق الدولة المختلفة، ويتحدد لكل منها حدود جغرافية أو إدارية بحيث لا يجوز لها الخروج عن منطقة الصلاحية المعينة لها.

وفي مادة الجرح فقد أقر المشرع الجزائري في أحكام المادة 329 فقرة 10 من قانون الإجراءات الجزائية على ثلاث محلات لتحديد الاختصاص الإقليمي والمتمثلة في محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم .

وإضافة الى ذلك، أقر المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أعلاه على أنه: "يجوز تمديد الاختصاص المحلي للمحكمة إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريقة التنظيم، في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات

<sup>1</sup> محمد بكارشوش الاختصاص الإقليمي الموسع في المادة الجزائرية في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، جانفي 2016، ص 306.

وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف" وبذلك يكون المشرع الجزائري قد قام بتوسيع الاختصاص المحلي الإقليمي لعدد من المحاكم إلى اختصاص محاكم مجالس قضائية أخرى وذلك في نوع معين من الجرائم المتميزة بالخطورة والطبيعة الخاصة وهذا على غرار جريمة تبييض الأموال.

إن توجيه الدول نحو التخصص القضائي، يهدف إلى إنشاء تشكيلات قضائية من قضاة متخصصين على مستوى النيابة، التحقيق والمحاكمة تستأثر بالاختصاص في القضايا ذات الصلة بالجرائم الخطيرة في شكل أقطاب متخصصة توضع لدى بعض المحاكم التي يتم توسيع اختصاصها المحلي ليشمل اختصاص محلي لمحاكم أخرى على امتداد ذات بعد جغرافي.

وقد جدد المرسوم التنفيذي رقم 06/348 المؤرخ في 5 أكتوبر 2006 المتضمن تمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق حدود الاختصاص المحلي الجديد للمحاكم المعنية بهذا التوسع في الاختصاص والمتمثلة في محكمة سيدس محمد، محكمة قسنطينة، محكمة ورقلة وهران.

وطبقا لهذا المرسوم فإن الاختصاص المحلي لهذه المحاكم الأربعة يتوسع ليشمل باقي المحاكم الأخرى التي تدخل في نطاقها الجهوي على النحو التالي :

- تمديد الاختصاص المحلي لمحكمة سيدي امحمد ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها الى محاكم المجالس القضائية ل الجزائر، الشلف، الأغواط البليدة، البويرة، تيزي وزو، الجلفة، المدية، المسيلة، بومرداس، تيبازة، عين الدفلى.

- تمديد الاختصاص المحلي لمحكمة قسنطينة ووكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بها الى محاكم المجالس القضائية ل قسنطينة، أم البواقي، باتنة بجاية

بسكرة، تبسة، جيجل، سطيف، سكيكدة، عنابة، قالمة، برج بوعريج الطارف الوادي، خنشلة، سوق أهراس، ميلّة.

- تمديد الاختصاص المحلي لمحكمة ورقلة ووكيل الجمهورية و قاضي التحقيق بها الى المجالس القضائية ل ورقلة، أدرار، تامنغست، اليزي، تندوف، غرداية.

- تمديد الاختصاص المحلي لمحكمة وهران ووكيل الجمهورية و قاضي التحقيق بها الى المجالس القضائية ل وهران، بشار، تلمسان، تيارت، سعيدة، سيدس بلعباس، مستغانم، معسكر، البيض، تيسمسيلت، النعامة، عين تيموشنت، غليزان.

وتجسيدا لهذا التحديد للأقطاب الجزائية الخاصة التي تنظر في الجرائم المستحدثة ومن بينها جرائم تبييض الأموال باعتبار أن هذه الجرائم خطيرة تهدد سلامة الاقتصاد الوطن والأمن الداخلي وتتميز بنوع من التعقيد، الأمر الذي يستوجب تواجد أشخاص متخصصين في البحث والتحرّي في مثل هذه الجرائم، وذلك بهدف كشف خيوطها، وملاحقة مبيضي الأموال وبالتالي القضاء على عمليات تبييض الأموال.

**المطلب الثاني: الجهة المكلفة بالبحث والتحرّي في جريمة تبييض الأموال.**

إلى جانب خلية معالجة الاستعمال المالي<sup>1</sup> والتي تعتبر كوحدة متخصصة للتحرّي والمراقبة بشأن عمليات تبييض الأموال، ومتابعة قضاياها<sup>2</sup> والتي هي محل دراسات أخرى، فإن المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات الجزائية

<sup>1</sup> - جلية معالجة الاستعلام المالي هي مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-127 المؤرخ في 07 أفريل 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 23، مؤرخة في 07 أفريل 2002، ص 16.

<sup>2</sup> - صالح السعد التحقق في غسل الأموال وتمويل الارهاب، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، 2006 م، ص 34.

قد أناط مهمة البحث والتحرّي عن جريمة تبييض الأموال إلى مجموعة من الهيئات، فهذه المهمة ليست مقتصرة فقط على الشرطة القضائية لوحدها بل هناك أيضا وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق، فقد أقرت المادة 12 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية أنه يقوم بمهمة الشرطة القضائية، القضاة والضباط والأعوان والموظفون المبيّنون في قانون الإجراءات الجزائية .

### الفرع الأول: الضبطية القضائية

حددت أحكام قانون الإجراءات الجزائية صفة أعضاء الضبطية القضائية والتي تشمل ضباط الشرطة القضائية، وأعوانهم وكذا الموظفين والأعوان المنوط بهم قانونا بعض مهام الضبط القضائي.<sup>1</sup>

ومهمة الشرطة القضائية هي العمل على البحث والتحرّي عن الجرائم والكشف عنها، وضبط مرتكبها، وجمع الأدلة التي تؤدي إلى إجراء التحقيق وعليه فإن الشرطة القضائية أو ما يسمى بالمرحلة التمهيديّة يقصد بها مجموعة العمليات والإجراءات التي يقوم بها الموظفون المكلفون قانونا، تمهيدا لتقديم الملف إلى الجهة المختصة.<sup>2</sup>

### البند الأول: تحديد ضباط الشرطة القضائية

إن تحديد اختصاصات الشرطة القضائية تحديدا دقيقا خاصة في مجال الاختصاصات الاستثنائية يجب أن تسيقه تحديد وظائف الموظفين المخولين صفة الشرطة القضائية وأن يكون هذا التحويل وفقا للقانون.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - المادة 14 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية.

<sup>2</sup> - أوهايبية عبد الله ضمانات الحرية الشخصية أثناء مرحلة البحث التمهيدي الاستدلالي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1992، ص 57.

<sup>3</sup> - أوهايبية عبد الله المرجع السابق، ص 79.

وطبقا الأحكام المادة 14 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري يتضح لنا أن الأشخاص المؤهلين للقيام بوظائف أو صلاحيات الشرطة القضائية يمكن وضعهم ضمن ثلاث فئات هي على التوالي:

الفئة الأولى متمثلة في الضباط و الفئة الثانية هم أعوان الضباط و الفئـة الثانية هم أعوان الضباط، أما الفئة الثالثة فهم الموظفون والأعوان المنوط بهم مهام الضبط القضائي، وهي ليس لها اختصاص عام بكل الجرائم بل اختصاصها محدود في مهام معينة.

وأما ضباط الشرطة القضائية فقد حددت المادة 15 ق.ج.ج المعدلة بموجب الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 جويلية سنة 2015<sup>1</sup>، من يتمتع بصفة ضابط الشرطة القضائية بما يلي:

1 – رؤساء المجالس الشعبية البلدية

2 – ضباط الدرك الوطني .

3 – الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمراقبين، و محافظي و ضباط الشرطة للأمن الوطني.

4 – ذوو الرتب في الدرك، ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك الوطني ثلاث سنوات على الأقل والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل و وزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة.

5 – الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمفتشين و حفاظ و أعوان الشرطة للأمن الوطني الذين أمضوا ثلاث سنوات على الأقل بهذه الصفة

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية ج ج، العدد 40 المؤرخة في 23 جويلية سنة 2015 م.

والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الداخلية والجماعات المحلية، بعد موافقة لجنة خاصة.

6 - ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني ووزير العدل.

وجهاز الشرطة القضائية الموكلة له مهمة الضبطية القضائية و الخاضع من حيث هيكلته و تنظيمه إلى قواعد قانونية في قانون الإجراءات الجزائية وبعض النصوص القانونية المتفرقة، هو تنظيم سلمي أو تدريجي من حيث هيكله الجهاز أو من حيث السلطات المخولة لكل عضو من أعضائه، ولا يجوز مباشرة صلاحيتهم الا ضمن حدود اختصاص معينة.

#### البند الثاني: الاختصاص المحلي لضباط الشرطة القضائية.

يعرف الاختصاص المحلي بأنه المجال الاقليمي الذي يباشر فيه ضباط الشرطة القضائية مهمه الضبطية في حدود الصلاحيات المخولة له قانونا. ويتحدد الاختصاص المحلي لضباط الشرطة القضائية تحت سلطة وكيل الجمهورية،<sup>1</sup> الذي يدير عملهم في مرحلة جمع الاستدلالات، بمكان ارتكاب الجريمة أو مكان توقيف المشتبه فيهم أو مكان اقامتهم تماشيا مع الضوابط التي اعتمدها المشرع في تحديد الاختصاص المحلي لكل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق في المادتين 37 و 40 من قانون الإجراءات الجزائية .

<sup>1</sup> أنظر أحكام المواد 15 مكرر 1 و 15 مكرر 2 المضافة بموجب القانون رقم 07-17 المؤرخ في 27 مارس سنة 2017، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-155 و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ح، العدد 20 المؤرخة في 29 مارس سنة 2017 م، ص 5.

وينعقد اختصاص ضباط الشرطة القضائية بالإدارة الإقليمية التي يباشرون في اطارها أعمالها المعتادة،<sup>1</sup> وهذا ما نص عليه المشرع في أحكام الفقرة 1 من المادة 16 ق.ا.ج.ج. ولكن حين يتعلق الحال ببحث ومعاينة الجرائم المستحدثة على غرار جريمة تبييض الأموال ، يمتد اختصاص ضباط الشرطة القضائية الى كامل الاقليم الوطني، على أن يعمل هؤلاء تحت اشراف النائب العام لدى المجلس القضائي المختص إقليميا ويعلم وكيل الجمهورية المختص إقليميا بذلك في جميع الحالات وهذا طبقا لأحكام الفرقتين 7 و 8 من المادة 16 ق.ا.ج.ج. وعليه يكون المشرع الجزائري قد وسع مجال الاختصاص المحلي لضباط الشرطة القضائية وجعله وطنيا في مواجهة تبييض الأموال مهما كانت الجهة التي ينتهي اليها وسواء كان من فئة الدرك الوطني أو من الوطني.

وعلاوة على ذلك، يمكن لضباط الشرطة القضائية ، و تحت سلطتهم أعوان الشرطة القضائية، أن يمددو عبر كامل الاقليم الوطني عمليات مراقبة الأشخاص الذين يوجد ضددهم مبرر مقبول أو أكثر يحمل على الاشتباه بارتكاب الجرائم المبينة في المادة 16 من ق.ا.ج.ج. على غرار جريمة تبييض الأموال أو مراقبة وجهة أو نقل أشياء أو أموال أو متحصلات من ارتكاب هذه الجرائم أو قد تستعمل في ارتكابها.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الجهات الأخرى القائمة بهام البحث والتحري.

لم يخول المشرع الجزائري اختصاصات البحث و التحري على الضبطية القضائية فقط وإنما منح هذه الاختصاصات أيضا لرجال القضاء كما تم توضيحه سابقا طبقا لأحكام المادة 12 الفقرة الأولى من ق.ا.ج.ج. ويشمل سلك

<sup>1</sup> نصر الدين هونوي و دارين يقده: الضبطية القضائية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2011، ص 49.

<sup>2</sup> المادة 16 مكرر ق.ا.ج.ج. المستحدثة بموجب القانون 22-06، المرجع السابق.

القضاء، طبقا لنص المادة 2 من القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، قضاة الحكم والنيابة.

البند الأول: سلطات وكيل الجمهورية في مجال البحث والتحري.

يظهر دور وكيل الجمهورية في جمع الدليل أثناء البحث و التحري من خلال نص المادة 56 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية فيإلى جانب إشرافه على عمل الضبطية القضائية، فانه يدير بنفسه مرحلة جمع الاستدلالات بحيث ترفع يد ضباط الشرطة القضائية عن التحقيق بوصول وكيل الجمهورية الى مكان الحادث و يقوم هو بإتمام جميع أعمال الضبط القضائي . بالإضافة إلى ماجاء في أحكام المادة 36 من نفس القانون والتي تنص على أنه لوكيل الجمهورية يقوم بجميع السلطات و الصلاحيات المرتبطة بصفة ضابط الشرطة القضائية، وكذا مباشرة أو الأمر باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للبحث والتحري عن الجرائم المتعلقة بالقانون الجزائري.

وتظهر سلطة البحث و التحري التي يملكها وكيل الجمهورية من خلال ذات السلطات التي يملكها ضباط الشرطة القضائية في الجنائيات والجنح المتلبس بها،<sup>1</sup> وتتمثل أساسا في الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 42 إلى 55 من قانون الإجراءات الجزائية باعتبار أنه هو الذي يدير الضبطية القضائية.

فإذا وصل إلى علم وكيل الجمهورية من قبل ضابط الشرطة القضائية ارتكاب جريمة متلبس بها جنحة كانت أو جناية، فانه وفقا للمادة 56 ق.ا.ج يمكنه الانتقال إلى مكان الجناية أو الجنحة المتلبس بها، ومن الناحية العملية يكون من المفيد الانتقال في الحالة التي تعتبر فيها الجريمة خطيرة، فإذا ما وقع

<sup>1</sup> -Gaston stefani et Georges levasseur et Bernard Bouloc : procédure pénale, éditions Dalloz, Paris, 16e édition, 1996, page 347.

ذلك أصبح وحده صاحب الاختصاص دون ضابط الشرطة القضائية بممارسة جميع الصلاحيات.<sup>1</sup>

وإذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جريمة تبيض الأموال يجوز لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن بوضع الترتيبات التقنية الخاصة بالبحث والتحري وهذا طبقا لما حددته أحكام المادة 65 مكرر5 من قانون الإجراءات الجزائية .

وإذا قام وكيل الجمهورية بعمل ضابط الشرطة القضائية، أي إذا قام بمهام البحث و التحري بنفسه فانه سيكون أول من يكتشف دليل الجريمة هذا ما سيسهل عليه فيما بعد مهمة إثباته أمام قاضي الموضوع، غير أنه نادر في الواقع العملي ما يتولى وكيل الجمهورية مهام البحث والتحري لكثرة أشغاله التي تحول دون تمكنه من القيام بها بنفسه.<sup>2</sup>

كما تظهر صلاحية وكيل الجمهورية من خلال الاختصاصات التي يمارسها عند تقديم الشخص المشتبه فيه أمامه،<sup>3</sup> وكذا في حالة الوفاة المشتبه فيها أو كان سببها مجهولا.<sup>4</sup>

وعليه منح المشرع لوكيل الجمهورية امكانية القيام بوظيفة الاتهام والمتابعة على أحسن وجه من خلال منحه صلاحية اتخاذ اجراءات البحث

<sup>1</sup> محمد حزيب مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار هوم، الجزائر، 2007 ، صفحه 25.  
<sup>2</sup> نصر الدين مروك محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هوم، الجزائر، 2003، صفحه 368.  
<sup>3</sup> محمد خريط المرجع السابق، صفحه 26.  
<sup>4</sup> " إذا عثر على جثة شخص وكان السبب الوفاة مجهولة أو مشتبه فيها سواء كانت الوفاة نتيجة عنف، أو بغير عنف فعليه ضابط الشرطة القضائية الذي يبلغ الحادث أن يخطئ وكيل الجمهورية على الفور وينتقل بخبر تمهل إلى مكان الحادث للقيام بعمل المعاينات الأولية..." المادة 62 ، فقره 1 من ق.ا.ج.

والتحري عن الجرائم و كشفها و توجيه الاتهام لمرتكبها تم محاولة اسنادها له وذلك لا دانتة بها.<sup>1</sup>

### البند الثاني: سلطات قاضي التحقيق في مجال البحث والتحري

قاضي التحقيق هو أول شخص يتولى التحقيق و هو تابع لجهاز القضاة ويتم تعيينه بموجب قرار من وزير العدل و بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء.<sup>2</sup>

ومن خلال وظائفه، يساهم قاضي التحقيق في مكافحة الجريمة بما خول له القانون ووفقا للإمكانيات المتاحة له للحصول على الحقائق واكتشافها وجمع الأدلة بشأنها فيقوم بثلاث وظائف أساسية تتمثل في كل من وظيفة البحث والتحري، ووظيفة التحقيق ووظيفة الحكم.<sup>3</sup>

وطبقا لأحكام المادة 38ق.ا.ج يناط بقاضي التحقيق اجراءات البحث والتحري، ويجوز لقاضي التحقيق عندما يتعلق الأمر بجريمة تبييض الأموال اجراء التفتيش والمعاينة والحجز في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل وذلك بناء على اذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص،<sup>4</sup> فضلا عن قيام قاضي التحقيق بأية عملية تفتيش أو حجز ليلا أو نهارا و في أي مكان على امتداد التراب الوطني أو يأمر ضباط الشرطة القضائية المختصين للقيام بذلك.<sup>5</sup>

وعليه لقاضي التحقيق أن يقوم باستعمال السلطات المخولة له قانونا اما بنفسه أو عن طريق تكليف ضباط الشرطة القضائية المختصين للقيام بها

<sup>1</sup> - نصر الدين مروك: المرجع السابق، صفحه 369

<sup>2</sup> - المادة 50 من القانون العضوي رقم 4 المؤرخ 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاة.

<sup>3</sup> - محمد خريط: التحقيق في النظام القضائي الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط.3، 2010، صفحه 7 و 8.

<sup>4</sup> - المادة 47 فقره 3 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

<sup>5</sup> - المادة 47 فقره 4 من ق.ا.ج.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري في أحكام المادة 68 فقرة 6 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه: "ان كان من المتعذر على قاضي التحقيق أن يقوم بنفسه بجميع إجراءات التحقيق أجار له أن يندب ضباط الشرطة القضائية للقيام بتنفيذ جميع أعمال التحقيق اللازمة ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد من 138 الى 142..."

فقد تتوافر مجموعة من الاعتبارات منها القانونية والمادية والفنية والبدنية والاجتماعية والنفسية تحول دون امكانية قيام قاضي التحقيق بمفرده بكل الأعمال الضرورية التي يقتضيها سير التحقيق. فخروجا عن القاعدة العامة كان من الطبيعي أن يجيز المشرع لقاضي التحقيق انتداب أحد ضباط الشرطة القضائية للقيام ببعض أعمال قاضي التحقيق باعتبارهم أكفاء وأجدر للقيام بها في هذا الخصوص، مثل ما هو عليه الحال عند اعتراض المراسلات و تسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب و هي أساليب أدرجها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية لمواجهة الجرائم المستحدثة .

**المبحث الثاني: أساليب البحث والتحرّي الاستثنائية في مواجهة جريمة تبييض الأموال**

أدرج المشرع الجزائري نصوص جديدة ضمن قانون الإجراءات الجزائية والتي حددت أساليب البحث والتحرّي الاستثنائية الخاصة بالجرائم المستحدثة. ويندرج القانون رقم 06-22 في إطار مسعى إصلاح العدالة فيما يحض مراجعة القوانين الأساسية ووضع إجراءات جديدة تسمح بمكافحة الإجرام الخطير على غرار جريمة تبييض الأموال. فمنح المشرع للجهات القضائية والشبه قضائية اختصاصات تساعد على إظهار الحقيقة وإثارة الدليل، فأعطى لكل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق، وضباط الشرطة القضائية المناب حق قمع الجريمة عن طريق تتبع إجراءات التحري الخاصة في البحث والتحرّي واعتراض

المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب يمكن اختزالها في مصطلح واحد هو "المراقبة"<sup>1</sup>.

فإذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جريمة تبيض الأموال لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن باعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية، ووضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعينين، من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية أو التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص طبقاً لأحكام المادة 65 مكرر 5 ق.ا.ج.

وعليه يستشف من نص المادة أن أهم الأساليب التي اعتمدها المشرع الجزائري في هذا الاطار تتمثل في اعتراض المراسلات، تسجيل الأصوات، التقاط الصور و التسرب و التي أوردها المشرع الجزائري على سبيل الحصر و تطرق اليها من المادة 65 مكرر 5 حتى المادة 65 مكرر 10 فيما يخص "اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور" و من المادة 65 مكرر 11 حتى المادة 65 مكرر 18 فيما يخص "التسرب".

**المطلب الأول: اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور**

**البند الأول: تعريف هذه العمليات:**

يعرف اعتراض المراسلات على انه اجراء تحقيقي يباشر خلسة و ينتهك سرية الأحاديث الخاصة، تأمر به السلطات القضائية في الشكل المحدد قانونا

<sup>1</sup> فوزي عماره: اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور وتسرب إجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية مقال منشور في مجله العلوم الإنسانية، مجله صادرة عن جامعه متنوري، فسطنينه، ع 33، جوان 2010، صفحه 236.

يهدف الحصول على دليل غير مادي للجريمة، ويتضمن من ناحية أخرى استراق السمع الى الأحاديث، وهي تعتبر أيضا وسيلة هامة من الوسائل الحديثة للبحث والتحري تستخدمها الضبطية القضائية واجهة الإجرام الخطير وتتم عبر وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية.<sup>1</sup>

ويعتبر وسيلة من وسائل الاتصال السلكي أو اللاسلكي كل استقبال أو ارسال لإشارة أو كتابة أو صورة أو أصوات أو معلومة من أي نوع كانت عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو الكهرياء لا سلكية أو بمختلف الأنظمة الكهرومغناطيسية أو الأقمار الصناعية .

وأما تسجيل الأصوات فيقصد به النقل المباشر والالي للموجات الصوتية من مصادرها بنبراتها و مميزاتها الفردية و خواصها الذاتية بما تحمله من عيوب في النطق الى شريط تسجيل بحفظ الاشارات الكهريائية على هيئة مخطط مغناطيسي.<sup>2</sup>

#### البند الثاني: الشروط الموضوعية لهذه العمليات:

من الشروط الموضوعية الواجب توافرها أثناء القيام بهذه الاجراءات ضرورة تحديد السلطة المختصة بتلك الاجراءات. وقد أصبح ضابط الشرطة القضائية بموجب المادة 65 مكرر 5 الجديدة المتضمنة بقانون الاجراءات الجزائية يتمتع بسلطة اعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية ووضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل النقاط و تثبيت وبث وتسجيل الأصوات و الكلام المتفوه من طرف الأشخاص في

<sup>1</sup> - ياسر الأمير فاروق مراقبة الأحاديث الخاصة في الاجراءات الجزائية، دارالمطبوعات الجامعية جامعة القاهرة ، ط 1-2009، ص 150.

<sup>2</sup> - سليمان بن عبد الله بن سلمان العجلان حق الانسان في حرمة مراسلاته واتصالاته الهاتفية الخاصة في النظام الجنائي السعودي. دراسة تطبيقية مقارنة، الرياض 2005، ص 377.

أي مكان عام أو خاص أو التقاط لأي شخص في أي مكان خاص اذا اقتضت ضرورات التحري ذلك في جرائم تبيض الأموال و هو الأمر الذي تم توضيحه سلفا .

وإذا اكتشفت أثناء القيام بتلك العمليات جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في ترخيص وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق فان ذلك لا يكون سببا لبطلان الاجراءات العارضة ويخطر بها وكيل الجمهورية المختص لاتخاذ اجراءات المتابعة بشأنها (الفقرة 2 المادة 65 مكرر 6 ق، ا، ج) . وقد استلزمت المادة (65 مكرر 7 ق، ا، ج) أن يتضمن الاذن بالقيام بالعمليات المذكورة كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها والأماكن المقصودة سكنية أو غيرها وأن يتضمن أيضا الجريمة التي تبرر اللجوء الى هذه التدابير و ومدتها، فيما حددت الفقرة 2 من المادة 65 مكرر 7 ق، ا، ج شكل ذلك الاذن بأن يكون مكتوبا .

والمدة المقدرة قانونا لإجراء تلك العمليات تكون لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية، ولأجل التكفل بالجوانب التقنية لعمليات اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات و التقاط الصور يجوز لوكيل الجمهورية أو لضابط الشرطة القضائية الذي أذن له ولقاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية الذي ينبيه أن يسخر كل عون مؤهل لدى كل مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلوكية و اللاسلوكية للقيام بذلك (المادة 65 مكرر 8 ق، ا، ج).

**البند الثالث: الشروط الشكلية لهذه العمليات:**

تكريسا للمادة 46 من الدستور التي لم تحضر المساس بحقوق الأفراد أقرت المادة 65 مكرر 5 ق، ا، ج على أنه يجب لممارسة هذا الاختصاص حصول

ضابط الشرطة القضائية على اذن كتابي من وكيل الجمهورية المختص، وان الاذن المسلم بغرض وضع الترتيبات التقنية يسمح له بالدخول الى المحلات السكنية وغيرها في أي وقت ليلا و نهارا أو بغير علم أو رضا الأشخاص الذين لهم حق في تلك الأمكنة، على أن تنفيذ العمليات المأذون بها على هذا الأساس تبقى تمارس تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية المختص. وفي حالة فتح تحقيق قضائي تتم العمليات المذكورة بناء على اذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة (الفقرة 06 المادة 65 مكرر 5 ق، ا، ج)

وإذا كانت تلك العمليات يقصد اجراؤها في أماكن يشغلها شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني فيجب اتخاذ مسبقا جميع التدابير اللازمة لضمان احترام ذلك السر. وهذا الاجراء مكرس لما جاء في الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الاجراءات الجزائية التي تنص على أنه "كل شخص يساهم في هذه الإجراءات- أي إجراءات التحري - ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه ."

والهدف من مبدأ المحافظة على السر المهني هو ضمان السر العادي لإجراءات التحري عن الجرائم بحيث يجري البحث عن ملبسات حدوث الجريمة للوصول الى الحقيقة بغرض القبض على الجاني و توقيع العقاب المناسب عليه بموجب حق الدولة في العقاب ضمانا لأمن المجتمع و التصدي لظاهرة الاجرام التي تهدد أمنه و نظامه العام.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - احمد غاي: ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، دراسة مقارنة ضمانات النظرية والتطبيقية المقررة للمتهم في التشريع الجزائري و التشريعات الأجنبية و الشرعية الاسلامية، دار هومه، الجزائر، الطبعة الثانية، طبعه مزيد و مشينا طبقا لتعديلات قانون الإجراءات الجزائية 2006 قانون العقوبات 2009 2011، صفحه 298 299.

فيما أوجبت المادة 65 مكرر9 ق، ا، ج أن يحزر ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب من طرف القاضي المختص محضرا عن كل عملية اعتراض وتسجيل المرسلات و كذا عن كل عمليات وضع الترتيبات التقنية وعمليات الالتقاط و التثبيت و التسجيل الصوتي أو السمعي البصري، وأوجبت المادة 65 مكرر 10 ق، ا، ج على ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب إن يقوم بوصف ونسخ جميع المراسلات أو الصور أو المحادثات المسجلة والمفيدة في إظهار الحقيقة في محضر يودع في الملف وإذا كانت المكالمات قد تمت باللغة الأجنبية تنسخ وترجم عند الاقتضاء بمساعدة مترجم يسخر لهذا الغرض.

وترفق المحاضرة التي تتضمن أدلة مادية عن العمليات السابقة الذكر في ملف الدعوى لاستعمالها في الإثبات،<sup>1</sup> وذلك إذا كانت صحيحة في شكلها وتدخل في إطار وظيفة من حررها وتضمنت ما سمعه أو عاينه بنفسه،<sup>2</sup> وتكون لها حجية إلى حين رخصها بدليل عكسي بالكتابة أو شهادة الشهود أو الطعن فيها بالتزوير.<sup>3</sup>

#### المطلب الثاني: القيام بعمليات التسرب:

في سبيل الكشف عن الحقيقة في جريمة تبيض الأموال منح المشرع الجزائري لقاضي التحقيق ولو بطريقه غير مباشرة عن طريق الضابط الشرطة أو عون الشرطة القضائية إلى عملية الاندماج في صفوف المجرمين خافيا لهويته وصفته لمباشرة ما يسند إليه من دور يتصل بنشاط المشتبه فيهم المواد كشف

<sup>1</sup> - المادة 212 من ق، ا، ج التي أجازت إثبات الجرائم بأي طريق من طرق لإثبات ما عاد الأحوال التي ينص

فيها القانون على غير ذلك

<sup>2</sup> - المادة 214 ق، ا، ج.

<sup>3</sup> - المادة 218 ق، ا، ج.

حقيقتهم،<sup>1</sup> وعليه يقصد بعملية التسرب القيام بمراقبة المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهام المتسرب لهؤلاء الأشخاص أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف .

وقد منحت المادة 65 مكرر 12 سلطة القيام بهذا الاجراء الى ضباط الشرطة القضائية وعون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضباط الشرطة القضائية المكلف بعملية التنسيق، وذلك متى اقتضت ضرورات التحقيق أو التحري في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الإلوية للمعطيات أو جرائم تبييض أموال الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف و كذا جرائم الفساد المنصوص والمعاقب عليها بالقانون رقم 06/01 المؤرخ في 07 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية و مكافحة الفساد (المادة 65 مكرر 11 ق، ا، ج).

ولا يجوز قانونا مباشرة عمليه التسرب إلا بإذن مكتوب وسبب من وكيل الجمهورية أو من قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية وذلك تحت طائلة البطلان مذكور فيه الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذا الإجراء وهوية ضابط الشرطة القضائية التي تتم العملية تحت مسؤوليته.

وان المدة القصوى بعملية التسرب يجب أن لا تتجاوز 4 أربعة اشهر كما يجب أن تذكر في وثيقة الإذن بالقيام بعملية التسرب ويمكن أن تجدد تلك العملية حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية، ويجوز للقاضي الذي رخص بإجرائها انياًمر في أي وقت بوقفها قبل انقضاء المدة المحددة على أن تودع هذه الرخصة في ملف الإجراءات بعد انتهاء من عمليه التسرب (المادة 65 مكرر 15 ق، ا، ج) .

<sup>1</sup> - فوزي عمارة: المرجع السابق، صفحه 246.

ولأجل القيام بعملية التسرب يسمح لضابط عون الشرطة القضائية أن يستعمل هوية مستعارة يسمح لهم والأشخاص الذين يسخرونهم لهذا الغرض دون أن يكونوا مسؤولين جزائريين القيام بعمليات اقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعمله في ارتكابها واستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الاتصال.

ولا يجوز تحت طائلة البطلان أن تشكل هذه الأفعال تحريضا على ارتكاب جرائم (المادة 65 مكرر 12 فقره 2 المادة 65 مكرر 14 ق، ا، ج) .

وعليه يكون المشرع الجزائري قد رخص للعنصر المتسرب القيام ببعض الأفعال المحددة في نص المادة 65 مكرر 14 ق، ا، ج دون أن يكون مسئولاً جزائياً عنها، وعليه فإن الأعوان المسخرين لهذا الإجراء محميين بقوة القانون (م 39 ق.ع) ماعدا التحريض على القيام بالجرائم فهنا المتسرب الذي يحرض التنظيم الإجرامي على ارتكاب أفعال إجرامية يكون مسئولاً جنائياً على تلك الأفعال<sup>1</sup>.

وقد أوجبت المادة 65 مكرر 13 على ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية تحرير تقريراً يتضمن جميع العناصر الضرورية لمعاينه الجرائم غير تلك التي تعرض للخطر امن الضابط أو العون المتسرب، فيما حضرت المادة 65 مكرر 16 ق، ا، ج إظهار الهوية الحقيقية لضباط أو أعوان الشرطة القضائية الذين باسروا عملية التسرب تحت هوية مستعارة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات وقررت عقوبات جزائية ضد كل من يكشف هويتهم او يتسبب

<sup>1</sup> - احمد غاي المرجع السابق صفحه 235

كشفيها في أعمال عنف ضد هم أو ضد أزواجهم أو أبناءهم أو أصولهم المباشرين أو وفاة أحد هؤلاء الأشخاص.

بينما أجازت المادة 65 مكرر 18 ق، ا، ج سماع ضابط الشرطة القضائية التي تجري عملية التسرب تحت مسؤوليته دون سواه بوصفه شاهد عن العملية.

هذا وإذا تقرر وقف عملية التسرب أو انقضت المهلة المحددة لها في رخصه التسرب دون تمديدها دون أن يتمكن العون المتسرب من توقيف عمليات المراقبة في ظروف تضمنه فانه بموجب المادة 65 مكرر 17 ق، ا، ج يمكن مواصلة النشاطات المذكورة في المادة 65 مكرر 14 ق، ا، ج دون أن يكون مسؤولاً جزائياً للوقت الضروري لتوقيف عمليات المراقبة على ألا يتجاوز ذلك ا مدة (4) أربعة أشهر مع ضرورة اخبار القاضي الذي رخص بإجراء عملية التسرب في أقرب الآجال، فان انقضت مهله ( 4 ) أربعة اشهر تلك دون أن يتمكن العون المتسرب من توقيف نشاطه في ظروف تضمن أمنه ، يمكن هذا القاضي أن يرخص بتمديدها لمدة 4 أربعة اشهر على الأكثر.

ويشترط لمشروعيه أي إجراء من الإجراءات السابقة عدم مخالفه القواعد القانونية المنظمة له، أي الشروط الموضوعية اللازمة لممارسته ومراعاة حقوق الإنسان والمواثيق الدولية ، وإلا تكون إزاء إجراء غير مشروع. ويتعرض للبطلان كل دليل مستوحى من الأساليب المذكورة سابقا ولم تستوفي الشروط والإجراءات القانونية بحيث يستبعد ويسحب ملف التحقيق ويحضر الرجوع إليه الاستنباط عناصر أو اتهامات ضد الخصوم (المادة 160 ق، ا، ج .)

## الخاتمة:

في الأخير ما يمكن استنتاجه من هذا العمل المتواضع، هو التطور الذي عرفه المجتمع على المستويين الداخلي والدولي قد صاحبه ظهور الكثير من الظواهر التي تهدد كيانه الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، ومن بين هذه الظواهر الخطيرة ظاهرة تبييض الأموال مما أدى إلى تسخير كافة الوسائل القانونية والمادية والبشرية على المستوى الداخلي لمواجهتها ومن بين هذه الجهود هو محاولة البحث عن الوسائل والأساليب التي من شأنها مساعدة القائمين بالتحريات للوصول الى إثبات قيام جريمة تبييض الأموال وربطه بالجاني مبييض الأموال غير المشروعة، وهذا من خلال الإثباتات والأدلة المبينة على أسس علمية سليمة.

وعليه حسن ما فعله المشرع الجزائري لاستحداثه إجراءات استثنائية للبحث والتحرري مع تحديده للمواصفات والشروط التي يجب توافرها حتى تتم هذه الإجراءات بنجاح وفي إطار مشروع. فالمشرع الجزائري قد حدد إذن الأساليب العملية لمباشرة إجراءات البحث والتحرري في مواجهه جريمة تبييض الأموال الأمر الذي يجعل هذه الإجراءات مضبوطة قانونا لتكون فعالة في سد الطريق أمام مبيضي الأموال ومتابعتهم جزائيا و الحد من جريمة تبييض الأموال.

## نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون

أ/براهيمي آسيا

المركز الجامعي: بلحاج بوشعيب عين تيموشنت

الملخص:

تشهد البشرية اليوم تقدما سريعا ومطّردا في كافة شؤون الحياة، و من بين هذه المعطيات الحديثة نجد عمليات زراعة ونقل الأعضاء البشرية، وهذا البحث يبين الحكم الشرعي لهذه العمليات ويوضح أنها لا تقتصر على نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء فقط بل تمتد إلى جثث الموتى، وإجازة الشرع والقانون الوطني بذلك والسماح بها تحت طائلة من الشروط والضوابط التي يجب التقيد بها.

الكلمات المفتاحية: زراعة، نقل، أعضاء، متبرع، متبرع له، مشروعية، حكم، قانون.

### Summary

Today, humankind is witnessing rapid and steady progress in all aspects of life. Among these recent developments, we find the transplantation and transfer of human organs.

This research shows the Islamic ruling of these operations and shows that it is not limited to transplants organs between the living only but extends to the dead bodies, the authorization of the law and the national law allow them under a set of conditions and controls that must be observed.

**Keywords:** agriculture, transportation, organs, donor, donor, legality, rule, law.

## مقدمة:

إن زراعة الأعضاء البشرية من المسائل التي ظهرت بسبب التقدم العلمي الكبير خاصة في المجال الطبي، إذ تعتبر وسيلة من وسائل علاج المرضى وشفائهم، فبعدما كانت عملية نقل وزراعة الأعضاء عملاً ممنوعاً ومحرمًا في الأزمنة السابقة صارت واقعة لا مفر منها لإطالة حياة الإنسان من جهة وتخفيف آلامه من جهة أخرى، كما ظهرت في الآونة الأخيرة الكثير من الدراسات والبحوث التي تهدف إلى إبراز موقف الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع وعلى هذا الأساس فإن البحث في هذه المسألة يقتضي منا الإجابة على التساؤلات الآتية:

- ما هو الحكم الشرعي لزرع ونقل الأعضاء البشرية؟

هل تقتصر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على الأحياء؟ أم تمتد إلى حيث الموتى؟ ما هي الشروط والضوابط الواجب احترامها لصحة التصرف في الأعضاء البشرية؟ ما هي النظرة القانونية لهذه المسألة؟

بغية الإجابة على هذه التساؤلات قسمنا بحثنا إلى مبحثين، تناولنا في الأول مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية مقسمين إياه إلى مطلبين تناولنا في الأول الاتجاه المعارض لمشروعية نقل الأعضاء وفي المطلب الثاني الاتجاه المؤيد لمشروعية نقل الأعضاء، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه ضوابط عمليات نقل وزراعة الأعضاء مقسمين إياه إلى مطلبين تناولنا في الأول الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأحياء ومن الأموات أما في المطلب الثاني فتناولنا فيه الضوابط القانونية.

حماية وحرمة جسم الإنسان:

يعتبر حفظ حياة الإنسان وسلامة جسمه من المصالح الضرورية التي عنيت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كافة بحمايتها. ولهذا ففي تقرر

الحرمة المطلقة لجسم الإنسان<sup>1</sup> وتمنع شتى أنواع الاعتداد عليه والتي تؤدي إلى المساس بحياته أو سلامة جسمه .

كما أنه ليس للإنسان أن يفعل ذلك بنفسه أو يقتل نفسه أو يتلف بعض أعضاء جسمه لأن الحق في سلامة الحياة و

الجسد حق مشترك بين الله تعالى والعبد فليس للعبد إسقاطه<sup>2</sup> .

المبحث الأول: مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية

إن عملية زرع الأعضاء من المسائل الشائكة والمستجدة التي أحدثت جدلا كبيرا من الناحية الشرعية، ذلك لأن الصورة المعاصرة لزرع الأعضاء وفائدتها لم تكن معروفة عند القدماء، والفقه القدامى أجروا القواعد العامة التي لا تجيز التصرف في الإنسان أو جزء منه، فقالوا من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه "فليس لأحد أن يأخذ جزء من بدنه لأنه لا يملكه"<sup>3</sup> .

واختلف الفقهاء المعاصرين، في الحكم الشرعي لعملية زرع الأعضاء إلى معارض ومؤيد للمسألة، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الجزء الآتي:

المطلب الأول: الاتجاه المعارض لمشروعية نقل الأعضاء

<sup>1</sup> يقصد بجسم الإنسان ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، ويوجد الجسم منذ لحظة تكون الجنين في بطن أمه ويظل موجودا حتى لحظة الوفاة قبل انحلاله .

- أنظر فتحي محمد أنور غرت، جرائم العصر الحديث، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ط1، 2010، ص 68.

<sup>2</sup> عبد الكريم مأمون: حق الموافقة على الأعمال الطبية وجراء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية مصر، 2006، ص 12.

<sup>3</sup> معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف رابيس محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، نوقشت سنة 2014م 2015م، ص 91-92.

## القول الأول:

لا يجوز نقل الأعضاء من الشخص ميت كان أو حيا وزرعها في جسم الإنسان الحي، وهو قول جمع من علماء عصرنا وباحثيه ومفكره مستندين في ذلك إلى أن الله سبحانه وتعالى قد حرم الاعتداء على النفس كما حرم صور الاعتداء على ما دون النفس ووعد الجاني عذابا عظيما كما أن الله قد كرم الإنسان وجعله مملوكا له ومن ثم لا يصح القول بأن الإنسان يدخل في دائرة المعاملات المادية ويعامل معاملة الأشياء لأن ذلك كله إهانة للإنسان الذي خلقه الله مكرما.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1- من القرآن: قوله تعالى: "وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ"<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال: نصت الآية الكريمة عن الإلقاء بالنفس في مواطن التهلكة المتعددة والمؤدية إلى إتلافها كلياً أو إضعافها عن أداء وظائفها المنوطة بها، ولا شك أن نزع عضو من البدن لزراعته في بدن آخر يؤدي إلى إضعاف البدن المنزوع منه أو إتلافه<sup>2</sup>.

2- وقوله أيضا: ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال: ورد النبي عن قتل الإنسان نفسه عاما بغض النظر عن سب وسيلة القتل، واعتبر ذلك عدوانا، ولا شك أن مواقفه الإنسان على نقل

<sup>1</sup>سورة البقرة، الآية 195.

<sup>2</sup>سميرة: عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون رسالة دكتوراه، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1999، ص 95.

<sup>3</sup>سورة النساء، الآية 29.

عضو لغيره عدوان على جسده ، فيكون فعله داخلا في الوعيد الوارد في النص لأنه قد يؤدي إلى قتلها<sup>1</sup>.

3- وقوله تعالى "ثُمَّ لَتَسْأَلَنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ"<sup>2</sup>.

وقيل أن النعيم هو الأمن و الصحة و العافية، و هذه النعم مما يسأل الإنسان عن شكرها يوم القيامة، لقوله صلى الله عليه و سلم "إن أول ما يحاسب العبد عنه يوم القيامة من النعيم فيقوله له: ألم نصح لك جسديك؟ فصحة الإنسان و عافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر و المحافظة لا التضييع بالتبرع أو بالبيع<sup>3</sup>.

4- قوله تعالى عن إبليس الذي لعنه "وَلَأَمْرُهُمْ فُلْيَغْيِرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ"<sup>4</sup>.

وجه الاستدلال: حرمت الآية تغيير خلق الله بأي شكل من الأشكال و قد ورد هذا الأمر عاما فيها فيدخل فيه نقل الأعضاء فيكون محرما، فالله عز وجل خلق الإنسان في أحسن تقويم و نزع العضو منه ما هو إلا تغيير لهذا الخلق السوي و التركيب الحكيم الذي أتقن الله صنعه<sup>5</sup>.

وقوله تعالى: "و من يبدل نعمة الله من بعد ما جاءته فإن الله شديد العقاب"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سعاد سطحي، نقل و زرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية طبية قانونية، دار الهدي للطباعة والنشر و التوزيع عين مليلة، الجزائر، 2003، ص 19.

<sup>2</sup> سورة التكاثر، الآية 8.

<sup>3</sup> سميره عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 94.

<sup>4</sup> سورة النساء 119.

<sup>5</sup> محمد على البار، الموقف الفقهي والأخلاقي في قضية زرع الأعضاء 142.

– نقلا عن سعاد سطحي النقل و زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 21.

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 211.

## ثانياً: من السنة النبوية الشريفة

1- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: "رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم يطوف بالكعبة يقول: "ما أطيبك و أطيب ريحك ، ما أعظمك وأعظم حرمتك ، و الذي نفس محمد بيده لحرمة المؤمن عند الله أعظم حرمة منك، ماله و دمه، و إن نظن به إلا خيراً"<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال: يبين الحديث الشريف عظم حرمة المؤمن عند الله عز وجل و لا شك أن المساس بأحد أعضائه يتفانى مع هذه الحرمة التي تفوق حرمة الكعبة قبله المسلمين و مهوى قلوبهم<sup>2</sup>.

2- عن النبي صلى الله عليه و سلم: "من حلف بملة غير الإسلام كاذباً فهو كما قال، و من قتل نفسه بشيء عذب به في نار جهنم و لعن المؤمن كقتله و من رمي مؤمناً بفكر فهو كقتله"<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال: لقد رتب الله تعالى العذاب الشديد لمن قتل نفسه بل توعده بنار جهنم و لا ريب أن المساس بأحد أعضائه قد يؤدي إلى قتل نفسه التي حرم الله ، و عليه فلا يجوز نقل الأعضاء لأن فيه إهلاكاً لنفس المعطي للعضو، أو إخلالاً بصحته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رواه ابن ماجه ، السنن ، حديث رقم 32-39 ، كتاب الفتن ، باب حرمة دم المؤمن و ماله ، ج2 ، ص 97-12.

<sup>2</sup> سعاد سطحي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مرجع سابق ، ص 22.

<sup>3</sup> رواه البخاري في الجامع الصحيح ، حديث رقم 54-57 ، كتاب الأدب ، باب من أكفر أخاه بغير تأويل فهو كما قال ، دار الفجر للشرق ، 2012 ، ص 10-33.

كتاب الأيمان ، باب من حلفه بملة سوى ملة الإسلام ، ص 111.

– رواه مسلم ، الجامع الصحيح ، حديث رقم 110 ، كتاب الأيمان ، باب غلط تحريم قتل الإنسان نفسه ، دار الفجر للتراث القاهرة ، 2010م ، ص 51.

<sup>4</sup> سعاد سطحي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، مرجع سابق ، ص 23.

3- حديث أسماء بنى أبي بكر - رضي الله عنها - قالت: "جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله إن لي ابنة عريسا أصابها حصبة فتمزق شعرها أفصلها؟ فقال: "لعن الله الواصلة والمستوصلة"<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال: و عليه فإن من أصيب بداء فقد بسببه عضوا من أعضائه أو جزءا من أجزاء بدنه ليس له أن يكمل هذا النقص بعضو أو جزء من شخص آخر، و أن هذا النوع من التداوي غير جائز و ملعون فاعله، و علة ذلك أنه تغيير لخلق الله<sup>2</sup>.

### ثالثا من المعقول والقواعد الشرعية:

1- عدم أحقية تصرف الإنسان في جسده: إن هناك إجماعا على أن حق الإنسان في سلامة جسمه حق مشترك بين الإنسان و بين خالقه، إلا أن حق الله هو الغالب، و بالتالي لا يجوز أن يتنازل الإنسان عن جزء من جسمه أو عضو من أعضائه، لأن هذا الحق غير قابل للتنازل بالإجماع أيضا<sup>3</sup>.

2- إن درء المفسد مقدم على جلب المصالح.

3- الضرر لا يزال بضرر مثله.

4- ما جاز بيعه جازت هبته و ما لم يجز بيعه لم يجز هبته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رواه البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم 5589، كتاب اللباس، باب الوصل في الشعر، ص .  
- رواه مسلم، صحيح مسلم، حديث رقم 2122، كتاب اللباس، باب تحريم فعل الواصلة والمستوصلة و الواشمة، ص .

<sup>2</sup> سمييره عايد الدايات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مرجع سابق، ص 97.  
<sup>3</sup> صفاء حسن العجيلي، الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة، دراسة مقارنة، دار الجامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2010، ص 217.

<sup>4</sup> سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 28-29.

## المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لمشروعية نقل الأعضاء

القول الثاني : يرى البعض أن تبرع الإنسان بشيء من أعضاء جسمه لا يصدر إلا في أشد حالات الضرورة تحقيقها لمصلحة مبتغيا بما وجه الله تعالى وقد سئل الشيخ يوسف القرضاوي عن جواز تبرع المسلم الحي بعضو من جسمه فأجاب : "لم أجد في أقوال الفقهاء السابقين من تعرض لمثل هذا الموضوع من التبرع ببعض الجسم ، لعدم حاجتهم إلى بحثه في زمنهم، ولكن إذا كان يشرع للمسلم أن يوجد نفسه و يخاطر بها في الحرب فلماذا لا يجوز أن يوجد المسلم بنفسه لانقاذ مريض من التهلكة أو ألم مبرح أو حياة قاسية"<sup>1</sup>.

واستدلوا ذلك بما يأتي:

أولاً: من القرآن الكريم

1- استدلوا بآيات الاضطرار وهي:

- ❖ قوله تعالى : "فمن اضطر غير باغ فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم"<sup>2</sup>.
  - ❖ قوله تعالى : "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم"<sup>3</sup>.
  - ❖ قوله تعالى : "وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"<sup>4</sup>.
- وجه الاستدلال :هذه الآيات تدل دلالة واضحة على أن الحكم العام بإباحة المحرمات عند الضرورة ، ولا شك أن جسم الإنسان من بين المحرمات التي تباح عند الضرورة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية ،دراسة مقارنة ،مصدر سابق ،ص 95.

<sup>2</sup> سورة البقرة ، الآية 173.

<sup>3</sup> سورة المائدة ، الآية 03.

<sup>4</sup> سورة الأنعام ، الآية 145.

<sup>5</sup> سميرة عايد الديات ،عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ،مرجع سابق ،ص 98-99.

2- قول الله تعالى: "من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا و من أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا"<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال: إن الآية على عموم الإحياء، مما يشمل إنقاذها من تهلكة أشرفت عليها، و يدخل في أسباب الهلاك إشرافها بالمرض الميؤوس من شفائه إلا بواسطة زرع عضو مما يحفظ الحياة أو يعيد النور لمن فقد بصره.<sup>2</sup>

3- قوله تعالى: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"<sup>3</sup>.

وقوله أيضا "يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا"<sup>4</sup>.

وقال أيضا "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج"<sup>5</sup>.

وجه الاستدلال: إن إجازة نقل الأعضاء الأدمية تيسيرا على العباد ورحمة بالمصابين و المنكوبين، و تخفيفا للألم و كل ذلك موافق لمقصود الشرع، بخلاف تحريم نقلها، ففيه حرج و مشقة و هذا يتفانى مع مادلت عليه نصوص الشرع.<sup>6</sup>

### ثانيا: من السنة النبوية

1- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه – قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> سورة المائدة، الآية 32.

<sup>2</sup> سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 33.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 185.

<sup>4</sup> سورة النساء، الآية 28.

<sup>5</sup> سورة المائدة، الآية 06.

<sup>6</sup> سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، ص 98-99.

<sup>7</sup> رواه مسلم في صحيحه، حديث رقم 2199، كتاب السلام، باب استحباب الرقية من العين و النملة و الحمة، ص 778.

وجه الاستدلال: يبين الحديث الشريف بأنه يندب للمؤمن أن ينفع أخاه متى استطاع ذلك، ولا شك أن بذل عضو لإنقاذ حياته من أعظم النفع له<sup>1</sup>.

2- عن أنس رضي الله عنه - قال: "رخص رسول الله للزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنهما - في لبس الحرير لحكة كانت بهما"<sup>2</sup>.

وجه الاستدلال: من خلال الحديث السابق يتبين جواز لبس الحرير في حالات الضرورة كالأضرار الجلدية رغم أن الأصل تحريمه في الحالات العادية فيقاس عليه نقل الأعضاء البشرية، إذ لا يجوز نقلها والاعتداء عليها في الحالات العادية ولكن يجوز ذلك في حالات الضرورة المتعلقة بالعلاج والاستطباب، إذ الضرورات تبيح المحظورات.

ثالثاً: من المعقول ومن القواعد الشريعة العامة

- أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهذا أمر مباح لم يرد في الشرع ما يجرمه.

- استدلال المجيزون لنقل الأعضاء بما فهموه من عموم قواعد الشريعة مثل الضرورات تبيح المحظورات، الضرر يزال، المشقة تجلب التيسير، أن الأحكام تتغير بتغير الزمان، ارتكاب أخف الضررين، وإذا تعارضت مفسدتان ندر أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما ضرراً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 37.

<sup>2</sup> رواه مسلم، في صحيحه، الحديث رقم 2076، كتاب اللباس والزينة باب إباحة لبس الحرير للرجل إذ كان به حكة، 742.

<sup>3</sup> سميير عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 98.

- سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 40.

## المبحث الثاني: ضوابط عمليات نقل وزراعة الأعضاء

تقع عمليات نقل وزراعة الأعضاء على درجة من الخطورة لما تمثله من انتهاك للسلامة الجسدية و الحق في التكامل الجسدي لاسيما بالنسبة للمعطي الأمر الذي دفع معظم الباحثين سواء من علماء الشريعة أو رجال القانون إلى استلزام عدة ضوابط لأبد منها لكي يكتمل لهذه الممارسة إطار مشروعيتها وفيما يلي سنتناول هذه الضوابط من الناحية الشرعية والقانونية.

### المطلب الأول: الضوابط الشرعية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء

اتفقت جميع القرارات و الفتاوى الصادرة عن كبار العلماء، و المجامع الفقهية في مسألة تنظيم عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية على جملة من الضوابط التي لأبد من توافرها في هذه العمليات لكي تكتسب طابع المشروعية ومن هذه الضوابط ما يتعلق بعمليات نقل الأعضاء من الأحياء، و منها ما يختص بعمليات النقل من الأموات.

### الفرع الأول: الضوابط الشرعية للنقل من الأحياء

أولاً: تحقق حالة الضرورة: و تتحقق حالة الضرورة متى وجد المضطر نفسه في حالة إذا لم يتناول المحرم فيها هلك أو قارب الهلاك.

وشروط حالة الضرورة هي:

1- أن تكون الضرورة ملجأه، بحيث يجد المضطر نفسه أو غيره في حاله يخشى تلف النفس أو العضو.

2- أن يكون الخطر قائماً لا منتظراً.

3- أن يكون فعل الضرورة وسيلة لازمة لدفع الخطر.

4- أن تكون المصلحة من فعل الضرورة أعظم من المفسدة المترتبة على الفعل المحظور<sup>1</sup>.

ثانياً: إذن المتبرع: اشترط الفقهاء القائلين بجواز التبرع بالأعضاء البشرية ضرورة صدور الإذن من المتبرع وقد وضعوا عدة شروط لصحة هذا الإذن وهي:

1- أن يكون الإذن واقعا على محل مشروع: ويعتد بالإذن الصادر من المتبرع بإسقاط عضو من أعضائه مالم يكن واقعا على الأعضاء التالية:

أ- الأعضاء التي تتوقف عليها حياة الإنسان كالقلب والكبد لأنه مما يؤدي الموت يقينا والقاعدة الفقهية تقضي أن الضرر لا يزال بمثله.

ب- الأعضاء التناسلية الناقلة للصفات الوراثية مثل المبايض والرحم في المرأة، ومنى الرجل و العلة من المنع هي اختلاط الأنساب الذي منعه الشريعة الإسلامية بكل الوسائل<sup>2</sup>.

2- أن يكون المتبرع كامل الأهلية: لأن ناقص الأهلية لا يعتذر برضاه.

3- أن يكون صادرا عن إرادة حرة: لا بد أن يصدر الإذن من المتبرع وهو مختار إذ لا يعتبر شرعا الإذن باستقطاع العضو إذا كان صادرا تحت تأثير إلا كره بغض النظر عن مصدره سواء كان العائلة أم الطبيب المعالج<sup>3</sup>.

ثالثاً: ألا يكون التبرع أو الوصية بهدف المقابل المادي أو الربح

أجمعت الفتاوى الصادرة عن هيئات الإفتاء وكبار العلماء والمجامع الفقهية على عدم جواز بيع الأعضاء الآدمية، فالإنسان حيا أو ميتا لا يمكن أن

<sup>1</sup> صفاء حسن العجيلي، الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة، مرجع سابق، ص 258.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 259-260.

<sup>3</sup> سعاد سطحي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 41.

يكون محلا للمعاملات، لذا يجب أن يكون الدافع إلى التبرع هو احتساب الأجر لديه.

ولئن كان المقابل المادي غير جائز شرعا يبقى التساؤل ماثرا حول حكم الهدايا والمكافآت التشجيعية التي يمنحها المتلقي للمتبرع ...  
اختلف الآراء في هذا الصدد :

- فذهب البعض إلى أن منح الهدايا والمكافآت التشجيعية عمل جائز ومحمود بل و من مكارم الأخلاق.
- في حين ذهب البعض إلى ما يعارض هذا الرأي خشية من أن يتحول الأمر إلى وسيلة للتحايل على تحريم أخذ المقابل المادي فيرى الامتناع عن أخذ المكافأة أو الهدية شدا للذريعة ،وهو الرأي الراجع للحد من انتشار عمليات الاتجار غير المشروع بالأعضاء البشرية<sup>1</sup>.

رابعا: أن يكون للمتبرع حق الرجوع في شرعه:

أوجب الفقهاء القائلون بجواز التبرع بالأعضاء أن يكون للمتبرع بعضوه العدول عن تبرعه في أي وقت يشاء دون أي قيد أو شرط على أن يتم ذلك قبل عملية الاستئصال، و يكون له الرجوع إذا مارأى أنه لن يستطيع تحمل النتائج المترتبة على هذا الاستقطاع.

<sup>1</sup>وقد أطلق على عملية بيع الأعضاء اسم التجارة القذرة و خاصة أن هذه التجارة نجدها منتشرة أكثر في المناطق الفقيرة و المكتنزة بالسكان ،و التي تحولت إلى سوق لبيع الأعضاء البشرية حيث يعرض الفقراء أعضاء أجسامهم للبيع على السماسرة ،الذين لديهم قوائم تعرض أثمانا مختلفة من طرف الأغنياء ،و يشكل هؤلاء السماسرة مع مجموعة من الموظفين في المستشفيات والأطباء مافيا الأعضاء البشرية .

- سميره عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، مرجع سابق ، ص 182.

- سعاد سطحي ، المرجع السابق ، ص 64.

- صفاء حسن العجيلي ، الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة ، مرجع سابق ، ص 263.

### خامسا: اشتراط الديانة أو الجنسية:

تكاد تجمع الفتاوى التي أباحت نقل وزراعة الأعضاء على عدم تحديد ديانة أو جنسية معينة سواء في المتبرع أو المتبرع له، ولكن جرى العمل في بعض الدول على أن تكون الأولوية لمواطنيها على أن من حق للمتبرع أن يقيد تبرعه بشخص معين أو جهة معينة ويشترط الفقهاء أن يكون المتبرع له ممن عصم الشرع دمائهم، فلا يجوز التبرع لكافر حربي أو مرتد أو زان محض وجب عليه الحد الشرعي، أو لقاطع طريق أو قائل متعمدا استحق عليه القصاص<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الضوابط الشرعية للنقل من الأموات

لا تختلف ضوابط نقل وزراعة الأعضاء من الأموات عن مثلتها في النقل من الأحياء إلا في بعض الجوانب التي تفتضحها طبيعة مصدر الأعضاء في مثل هذه العمليات وهي جثث الموتى وتتخلص هذه الضوابط في:

### أولا: التحقق من حصول الوفاة

إن تعريف الوفاة في الإسلام هي مفارقة الروح للجسد و الموت يتحقق بأحد أمرين، إما بتوقف القلب وتوقف لا رجعة فيه ويقرر ذلك الأطباء المختصون، والأمر الثاني هو هلاك وتلف جذع الدماغ أو جذع المخ و هو الأساسي بحيث يتلف تلفا لا رجعة فيه ويأخذ في التحلل وهذا يعرفه الأطباء بإشارات كهربائية<sup>2</sup>.

و الدور الكبير الذي يلعبه تحديد لحظة الوفاة في تحديد مدى صلاحية الأعضاء لزرعها في جسم المريض المستفيد ولو أخذنا بمعيار الموت الظاهري

<sup>1</sup> صفاء حسن العجيلي، المرجع السابق، ص 265.

<sup>2</sup> عبد الناصر كعدان، زرع الأعضاء وأخلاقيات الطب من منظور إسلامي، ص 04.

بتوقف القلب و الرئتين تفوت فرصة الانتفاع بعض الأعضاء الأساسية بسبب تحللها و فسادها ، بخلاف الحال إذا ما أخذنا بمعيار الموت الدماغي حيث يمكن معه الاستفادة من معظم تلك الأعضاء <sup>1</sup>.

ثانيا: التحقق من صدور الوصية من المتوفى قبل وفاته

لذا فالوصية بجواز الاستفادة من بعض أعضاء المتوفى للغير هي تعبير عن الموافقة بلفظ الوصية حيث يشترط الفقهاء ضرورة صدور ما يثبت موافقة المتوفى على اقتطاع أعضائه و الانتفاع بها حال حياته و بغير هذه الموافقة لا يجوز استقطاع أي عضو من أعضائه <sup>2</sup>.

ثالثا: التحقق من موافقة الورثة

إذا مات الشخص و لم يتعرض حال حياته إلى مسألة التصرف ببحثه و ترك المجال مفتوحا، فإن ذلك الحق ينتقل إلى أسرته بإبداء الموافقة من عدمها في مثل هذه الأحوال.

لكن من هم الورثة الذين يحق لهم في إعطاء الموافقة على الانتفاع بأعضاء المتوفى؟

- ذهب بعض الفقه إلى ضرورة الحصول على الإذن من جميع الورثة و من ثم إذا أذن بعض الورثة دون بعضهم فلا يجوز الأخذ من جثة الميت.
- و ذهب البعض الآخر من الفقه – و هو ما أميل إليه إلى أن الحصول على إذن الورثة يكون بحسب ترتيبهم في الميراث و ذلك لأن الحصول على إذن جميع الورثة يكون فيه نوعا من الصعوبة قد تؤدي إلى تفويت مصلحة ضرورية و هي إنقاذ نفس من الهلاك و من ثم يقدم الأقرب فالأقرب فيعتبر الأبناء هم

<sup>1</sup> صفاء حسن العجيلي، المرجع السابق، ص 265.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 266.

الأولى لأن التعصيب بالبنوة مقدم على التعصيب بالأبوة فأخذ الموافقة من ورثة المتوفى يحقق نوعا من الحماية للجنثة وفيه أيضا مراعاة لمشاعر ذوي المتوفى و احترام لحقوقهم المعنوية<sup>1</sup>.

رابعا: موافقة ولي الأمر أو من يقوم مقامه

هذه الموافقة إنما تلزم في حالة المتوفى مجهول الهوية أو الذي لا ورثة له فاشتراط بعض الفقهاء و الفتاوى الصادرة في هذا الشأن استحصال موافقة ولي الأمر بشأن استقطاع الأعضاء ممن كان مجهول الهوية و من ليس له وارث خاص لأن السلطان ولي لمن لا ولي له .و بيت مال المسلمين وارث لمن لاوارث له ،لذا لا بد من الرجوع إلى ولي الأمر و استحصال موافقته عند التصرف بجنثة المتوفى بنقل الأعضاء منها<sup>2</sup>.

المطلب الثاني: الضوابط القانونية لعمليات نقل وزراعة الأعضاء

عالج المشرع الجزائري نزع الأعضاء البشرية و زرعها من خلال قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم 85-05 المعدل و المتمم بالقانون 90-17 المؤرخ في 13-07-1990 حيث أسست على أساس التضامن الإنساني، وما يحمله هذا المبدأ من أهمية التعاون بين البشر في سبيل تحقيق مصالحهم.

تستند شرعية عمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري من المواد 161 إلى 168 في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان "انتزاع أعضاء الإنسان و زرعها" في قانون حماية الصحة و ترقيتها.

<sup>1</sup> المرجع نفسه ، ص 267 و ما بعدها .

<sup>2</sup> المرجع نفسه ، ص 270.

## الشروط القانونية:

لقد وضع رجال القانون شروطا معينة يجب أن تتوفر لجواز عملية الزرع وقد نص على ذلك القانون الجزائري لحماية الصحة و ترقيتها المرقم بـ 05/85 والمؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق لـ 16 فبراير 1985 م و القانون رقم 17-90 المؤرخ في 9 محرم عام 1411 هـ الموافق لـ 31 يوليو سنة 1990 م و المعدل و المتمم للقانون الأول و تتمثل هذه الشروط في:

1- أن يكون الغرض من عمليتي النقل و الزرع العلاج، و هو ما نصت عليه المادة 161 من القانون رقم 05/85، و التي ورد فيها: "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

2- أن تكون عملية الزرع هي الوسيلة الطبية الوحيدة للمحافظة على حياة المريض أو سلامته البدنية، و هذا ما نص عليه القانون رقم 05/85 في مادته 166 و التي نصت: "لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية".

3- ألا تكون عمليتي النقل و الزرع ذريعة للمتاجرة بالأعضاء البشرية وهذا ما نصت عليه المادة 161 في الفترة الثانية من القانون الجزائري لحماية الصحة و ترقيتها رقم 05/85: "و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية".

4- أن لا تهدد هذه العملية حياة المتبرع و لا تؤدي إلى الإضرار بصحته أو صحة المستقبل و قد ورد النص على ذلك في القانون رقم 05/85 في مادته 162: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر" و مادته 163 إذ جاء فيها: "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع

الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل".

5- أن يتبرع الشخص بعضوه عن رضا منه ولا بد أن يعرب المتبرع عن هذه الموافقة كتابيا وبحضور شاهدين وتودع هذه الوثيقة لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة، كما يجب على الطبيب أن يخبر المختبر بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية نقل العضو. وقد نص على ذلك القانون الجزائري المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في مادته 162 التي ورد فيها ما يأتي "و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة".

6- أن يعرب الشخص المريض المستقبل للعضو أو أهله عن الرضا بهذه العملية ولا بد أن يعلم الطبيب المعالج المريض أو أهله بالأخطار الطبية التي تترتب على هذه العملية، وهذا ما نص عليه القانون الجزائري لحماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 في مادته 166 والتي نصها: "لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا ... و بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين، و إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه أمن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب المين في المادة 164 أعلاه ...

7- أما بالنسبة للنقل الأعضاء من الموتى فقد اشترط القانون لذلك ما

يأتي:

أ- لا يجوز نقل الأعضاء من الموتى إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، و يكون ذلك بواسطة لجنة مكونة من طبيبين على الأقل، و طبيب شرعي يقوم بتقرير ذلك في سجل خاص.

ب- يشترط أن يعلن المتوفى خلال فترة حياته برضاه بالتبرع بعضوه بعد وفاته.

ت- إذا لم يعلن المتوفى عن موافقته على نقل عضوه قبل الوفاة، لا يجوز النقل إلا برضا عائلته، أو الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى عائلة.

ث- يسمح بنقل الكلية أو القرينة من الميت بدون موافقته على ذلك قبل وفاته، أو موافقة أهله، إذا لم يتسن أخذ موافقة أهله بسبب تعذر الاتصال بهمه، أو بسبب الخشية من انتهاء فترة صلاحية العضو المنزوع لغرض الزرع.

وقد ورد الكلام عن ذلك في المادة 164 المعدلة من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 9 محرم عام 1411هـ الموافق لـ 31 يوليو 1990 والتي تنص على أنه: "لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المختصة المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، و حسب المقاييس العملية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية، وفي هذه الحالة الانتزاع إذا اعتبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك، إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، و الوالي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة، غير أنه يجوز انتزاع القرينة والكلية بدون موافقة المستشارية أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين، أو كان تأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو، موضوع الانتزاع، إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعانها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167، من هذا القانون" ونصت المادة 167 في فقرتها الثالثة على ما يأتي: "يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة، و طبيب شرعي و تدون خلاصاتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة، أو أعضاء من متوفين".

8- لا يسمح بإجراء عمليات النقل و الزرع إلا في المستشفيات المرخص لها بذلك من طرف الوزير المكلف بالصحة ،كما تكون لجنة طبية خاصة في الهيكل الاستشفائي للنظر في حتمية النقل و الزرع و الأذن و الإذن بإجراء العملية ، وهذا ما نصت عليه المادة 167 من القانون نفسه ، كما يتبين لنا من خلال المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 04/04/2012 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها ، أنه قد أشار إلى وضع سجل لتسجيل المرضى في انتظار انتزاع الأعضاء و زرعها ، و ذلك من خلال ضمان تسيير و حفظ بطاقيات المانحين و المستقبلين للأعضاء مع النص على ضرورة تطوير نشاطات انتزاع و زرع الأعضاء ، كما منح لهذه الوكالة ، حق إبداء الرأي للسلطات الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع و زرع الأعضاء والأنسجة و الخلايا البشرية ، مما يدل على تشديد الرقابة على المستشفيات المخول لها إجراء هذه العمليات و ضمان حماية أكبر للمتبرع والمتلقي، و مساهمة تطور التشريعات المنظمة لها النوع من العمليات .

9- أن تكتنف هذه العملية السرية التامة، فلا يكشف عن هوية المتبرع للمستقبل و لا العكس، و يمنع الطبيب الذي أثبت الوفاة من أن يكون من بين أعضاء الطاقم الطبي الذي يقوم بعملية الزرع، و قد ورد النص على ذلك في القانون رقم 90-17 المعدل و المتمم للقانون رقم 85-05. و الذي جاء فيه: "... يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد و كذا لا هوية الأخير لعائلة المتبرع و لا يمكن الطبيب الذي عاين و أثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع".

#### الخاتمة:

تعد عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من بين الإنجازات الهائلة التي شهدها العالم في مجال الطب، والتي اختلف فيها فقهاء الشريعة وعلماء القانون حول مدى مشروعيتها، وأثير حوله جدل علمي كبير.

وأما هذا التطور فمدخل للأسباب الطبية اتجه أغلب علماء الشريعة الإسلامية المعاصرين في الوقت الحالي إلى إجازة الانتفاع بأعضاء الإنسان الحي أو الميت كما دعت الضرورة لذلك ولا تتم هذه العمليات إلا بشروط أهمها، تحقق حالة الضرورة وأخذ الإذن من المتبرع بالإضافة إلى كون الفائدة المرجوة من وراء النقل أكيدة دون أن يؤدي نقل العضو إلى ضرر بالمتبرع سواء كان الضرر كلياً أو جزئياً.

كما يشترط أن تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء وفقاً للنظام العام والآداب العامة بحيث يكون محل وسبب الاستئصال منزوعاً فلا يجب أن يكون التنازل عن الأعضاء الوحيد.

كما تتركز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على مبدأ مجانية التبرع.

أما بالنسبة للنقل من جثث الأموات قد صارت أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية إلى جواز النقل من الموتى لأنه يوفر الأعضاء المنفردة التي لا يمكن الحصول عليها من الأحياء وفق ضوابط وشروط معينة.

وبخصوص التشريع الجزائري الحالي فإنه يجب إعادة النظر في نصوصه حتى يتماشى مع التطور العلمي والطبي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. وكذا ضرورة الإسراع في إصدار قانون تنظيم الأعضاء البشرية من الأموات لضمان تغطية نقص الأعضاء، والنص على استبعاد التبرع بالأعضاء الناقلة للصفات الوراثية.

كما يجب النظر في تكفل شركات التأمين بتغطية نفقات عمليات زرع الأعضاء البشرية.