



# جامعة عباس لغرور خنشلة

## مجلة الحقوق والعلوم السياسية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن جامعة عباس لغرور خنشلة

الجزائر

تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية والتخصصات ذات الصلة

المجلد: 07 - العدد: 02 - جوان 2020

العدد التسلسلي: (14)

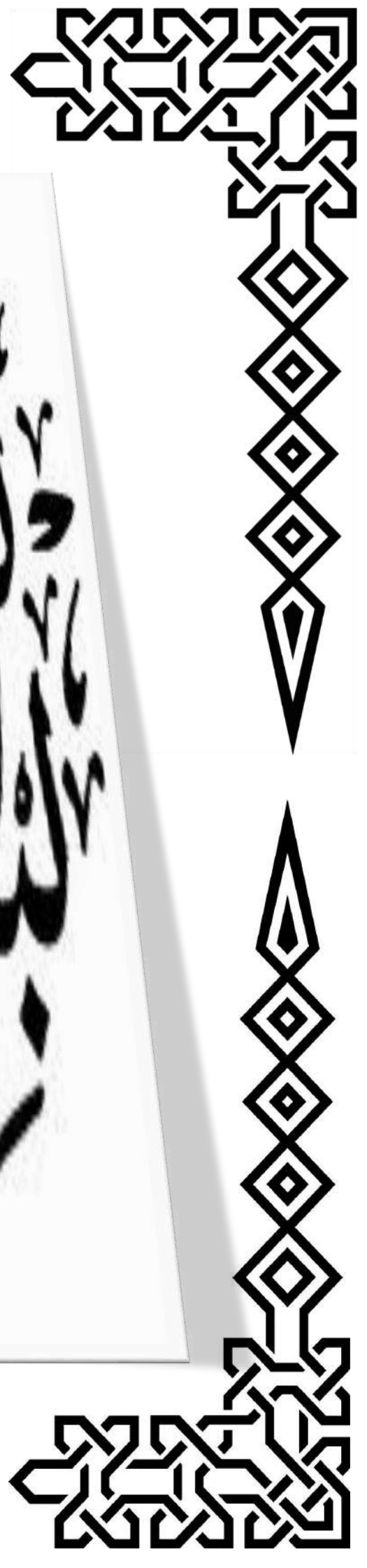
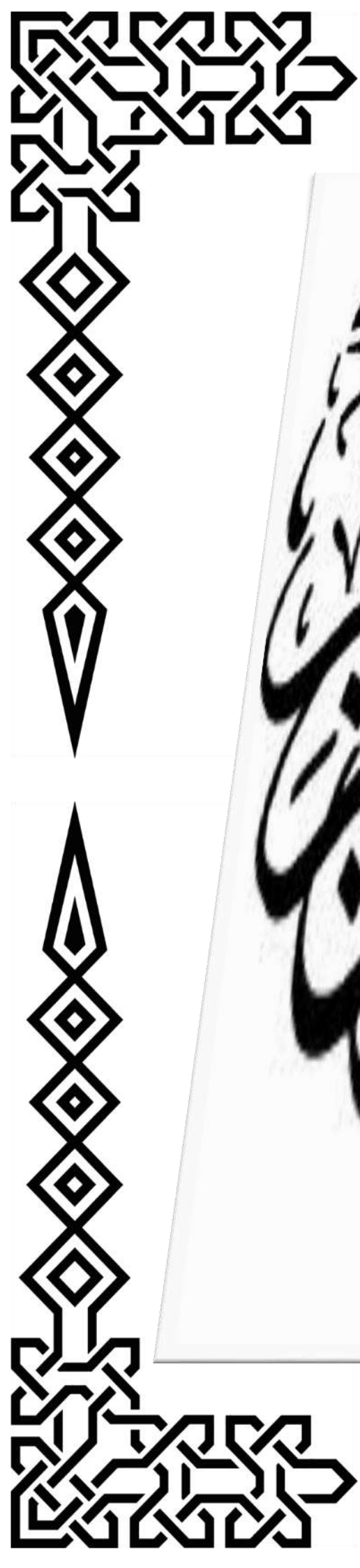
الترقيم الدولي : ISSN 2352-9806

الترقيم الإلكتروني: EISSN 2588-2309

الايذاع القانوني: NR :2014-3506



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ  
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ  
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ



# مجلة الحقوق و العلوم السياسية

## REVUE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

مجلة دولية دورية محكمة  
تصدر عن جامعة عباس  
لغزور خنشلة

تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية  
والتخصصات ذات الصلة  
الترقيم الدولي : ISSN 2352-9806  
الترقيم الإلكتروني: EISSN :2588-2309  
الايذاع القانوني : NR :2014-3506

**الرئيس الشرفي للمجلة:**

أ.د: سياب رشيد

مدير جامعة خنشلة

**مدير المجلة و مؤسسها:**

أ.د: زواقري الطاهر

عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية

**رئيس التحرير:**

أ.د: بوكماش محمد

**نائب رئيس التحرير:**

د: تافرونت عبد الكريم

**مساعد رئيس التحرير**

قماز شعيب

- المجلة تهتم بنشر المقالات والأبحاث المرتبطة بتخصص الحقوق و العلوم السياسية  
و كذا التخصصات ذات الصلة في الآداب و اللغات و العلوم الاقتصادية  
والعلوم الإنسانية والاجتماعية و العلوم الإسلامية

### للاتصال

E-mail : [droit.sspkh@gmail.com](mailto:droit.sspkh@gmail.com)

هاتف / فاكس: 032.73.12.59

الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلة: <http://www.univ-khenchela.dz/revueDetSP/>

موقع مجلة على المنصة الجزائرية للمجلات العلمية ASJP :

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/76>

Facebook : revue de droit

Adresse : Université Abbes LAGHROUR Khenchela - Algérie -  
(BP 1252 Route de Batna Khenchela -40004-)

## هيئة التحرير الدولية:

أ.د زواقري الطاهر	جامعة عباس لغرور خنشلة - الجزائر
أ.د. محمد بوكماش	جامعة عباس لغرور خنشلة - الجزائر
د. شادي عدنان الشديقات	جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة.
د. جواد الربيع	كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية - جامعة ابن زهر بأكادير- المغرب
د.ملوخية عماد	جامعة الإسكندرية -مصر
د. يوسف ناصر	الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا
د.سرور طالبی	رئيسة مركز جيل البحث العلمي
أ.د سدرأوي طارق	كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المهدية، تونس
د. كاظم عوده	جامعة ذي قار / كلية القانون / العراق
د.عبد القادر لشقر	جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس -المغرب
د. خيرى مرتضى عبد الله	كلية الحقوق جامعة ظفار في سلطنة عمان
د. جلال حسن	جامعة المنصورة بمصر
د.عبد الكريم تافرونت	جامعة عباس لغرور خنشلة -الجزائر
د.عبدالمجيد بوكير	سيدي محمد بن عبد الله فاس-المغرب
د.مراد بن صغير	جامعة الشارقة - الامارات العربية
د. نشأت ادوارد	معهد العبور العالي للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات - مصر.
د. همام القوصي	خريج جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية
أ.د. الفوركي مصطفى	جامعة الحسن الأول بسطات-المغرب
د. حسنية أحمد	جامعة ظفار- سلطنة عُمان
د. محمد الأحمد شواخ	جامعة دارالعلوم- كلية الحقوق - الرياض - المملكة العربية السعودية
أ.د. نبيل العبيدي	جامعة الكتاب - كلية القانون العراق
د. ميثاق بيات الضيفي	جامعة تكريت - العراق
أ.د أحمد باي	جامعة باتنة 1- الجزائر
أ.د. عبد الرحمان خلفي	جامعة بجاية- الجزائر
د. بوقرة اسماعيل	جامعة عباس لغرور خنشلة -الجزائر
د. عبد الكريم كاظم عجيل	جامعة ذي قار- العراق
د. خالد اسحاق	جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة
د. عبد القادر محمد الداه	جامعة نواكشوط العصرية موريتانيا
د. عبو عبد الصمد	جامعة محمد الأول -وجدة -المغرب
د/ محمد طلعت يدك	وزارة العدل - جمهورية مصر العربية

## الهيئة العلمية للمجلة:

## من داخل الوطن

جامعة خنشلة	د. حنان أوشن	جامعة خنشلة	أ د زواقري الطاهر
جامعة خنشلة	د. كمال تكواشت	جامعة خنشلة	أ.د محمد بوكماش
جامعة خنشلة	د. الطيب بوحالة	جامعة خنشلة	د. تافرونت عبد الكريم
جامعة خنشلة	د. يسين قوتال	جامعة باتنة 1	أ د بدر الدين زواقة
جامعة المدينة	د. هارون أروان	جامعة تيارت	أ.د. مقني بن عمار
جامعة تبسة	د. السايح بوساحية	جامعة بسكرة	أ.د.بن مشري عبد الحلیم
جامعة بسكرة	د.يعيش تمام شوقي	جامعة بجاية	أ.د. عبد الرحمان خلفي
جامعة الجلفة	د. زروق يوسف	جامعة خنشلة	أ.د سعادنة العيد
جامعة سعيدة	د. سامي محمد فيصل	جامعة باتنة 1	أ.د أحمد باي
جامعة المسيلة	د. عبد المالك صاوي	جامعة خنشلة	أ.د. قصوري رفيقة
جامعة خنشلة	د. طارق طراد	جامعة خنشلة	د. بوقرة إسماعيل
جامعة تيارت	د. كمال محمد الأمين	جامعة خنشلة	د. راجي عبد العزيز
جامعة خنشلة	د. سليمان مباركة	جامعة خنشلة	د. عبد المجيد لخذاري
جامعة خنشلة	د. نصري سميرة	جامعة خنشلة	د. عثمانية كوسر
جامعة خنشلة	د. مایة بن مبارك	جامعة خنشلة	د. بن یکن عبد المجید
جامعة خنشلة	د. توفيق عطاء الله	جامعة أدرار	أ.د. باخويا ادريس
جامعة خنشلة	د. زمران كريم	جامعة خنشلة	د. اونيسي ليندة
جامعة خنشلة	د. عبدلي حبيبة	جامعة خنشلة	د. عرشوش سفيان
جامعة خنشلة	د. بن مكي نجاة	جامعة خنشلة	د. دمان ديبج عماد
جامعة خنشلة	د.صالح سعيد	جامعة خنشلة	د.بالة عمار
جامعة خنشلة	د.سعیدی طارق	جامعة خنشلة	د.بلعیدی عبد الله
جامعة جيجل	د. بوشكويه عبد الحلیم	جامعة تبسة	د. لخذاري عبد الحق
المركز الجامعي بريكّة	د.سماح محمودي	جامعة خنشلة	د. بوجوراف عبد الغاني
جامعة المسيلة	د.طيب بلواضح	جامعة الأغواط	د. رايحي لخضر
جامعة باتنة 1	د.مناصرة عزوز	جامعة الجلفة	د.لدغش سليمة
جامعة خنشلة	د.بن عمران إنصاف	جامعة تمنراست	د.نذیر شوقي
جامعة أم البواقي	د. حمشي محمد	جامعة باتنة	د.ميلود بن عبد العزيز
جامعة خنشلة	د.مالكية نبيل	جامعة تلمسان	د. مراد بن صغير
جامعة خنشلة	د.تافرونت الهاشي	جامعة الوادي	د.زعي عمار
جامعة خنشلة	د.شنه محمد	جامعة خنشلة	د.سليم قط
جامعة خنشلة	د.عباسة محمد	جامعة خنشلة	د.صبرينة جبايلي
جامعة تبسة	د.أمين البار	جامعة باتنة	أ.د. شعبان رضا
جامعة باتنة 1	عبد اللاوي زينب	جامعة باتنة	د.حيدوسي عمر
جامعة الوادي	د.بلعمري أكرم	جامعة الوادي	د.حوية عبد القادر
جامعة خنشلة	د.سعید حفظاوي	جامعة بسكرة	د.حسونة عبد الغني
جامعة الجزائر	د. نعيبي عبد المنعم	جامعة خنشلة	د. لكبير علي

جامعة بسكرة	د. مرزوقي عبد الحليم	جامعة سطيف2	د. بن عمر عادل
جامعة خنشلة	د. زياد عادل	جامعة باتنة1	أ.د. زقاغ عادل
جامعة باتنة 1	أ.د. مراد بن سعيد	جامعة الأمير قسنطينة	د. رازي نادية
جامعة البليدة	د. عمراني نادية	جامعة خنشلة	د. بوشري مريم
جامعة خنشلة	د. بولقواس ابتسام	جامعة خنشلة	د. عمر اوي خديجة
جامعة خنشلة	د. خلاف بدر الدين	جامعة جيجل	د. بن غريب رابع
جامعة خنشلة	د. عبد العزيز فكرة	جامعة البويرة	د. والي نادية
جامعة بسكرة	أ.د. عباس زواوي	جامعة بسكرة	د. عادل رزيق
جامعة البليدة 2	د. عمراني نادية	جامعة خنشلة	د. بولقواس سناء
جامعة خنشلة	د. باديس الشريف	جامعة خنشلة	د. زمورة داود
جامعة خنشلة	د. بالة عبد العالي	جامعة خنشلة	د. مهزول عيسى
جامعة خنشلة	د. نوري عزيز	جامعة خنشلة	د. بن النوي خالد
جامعة سطيف	د. عماد لبيد	جامعة خنشلة	د. معمري عبد الرشيد
جامعة وهران 1	د. حمدادو بن عمار	جامعة خنشلة	د. عبد اللاوي سامية
		جامعة المسيلة	د. بقة عبد الحفيظ

### من خارج الوطن:

جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة.	د. شادي عدنان الشديفات
كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية جامعة مولاي إسماعيل مكناس.	د. عبد الصمد عبو
جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة.	د. صالح أحمد محمد اللهيبي
كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية - جامعة ابن زهر بأكادير - المملكة المغربية.	د. جواد الرباع
جامعة حلوان - مصر.	د. صادق احمد هشام
جامعة سيدي محمد بن عبدالله فاس المغرب	د. عبد المجيد بوكير
جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس - المغرب	عبد القادر لشقر
رئيسة مركز جيل البحث العلمي.	د. سرور طالبي
جامعة نواكشوط العصرية موريتانيا	د. عبد القادر محمد الداه
جامعة الإسكندرية - مصر	د. ملوخية عماد
جامعة السطات (المغرب)	د. مصطفى الفوري
جامعة الحسن الأول بسطات	د. الفوري مصطفى
جامعة ظفار - سلطنة عُمان	د. حسنية أحمد
جامعة ذي قار - العراق	د. عبد الكريم كاظم عجيل
جامعة بغداد - العراق	د. الشمري مصطفى إبراهيم
جامعة ظفار - سلطنة عُمان	د. محمد المدني
جامعة تكريت - العراق	د. ميثاق بيات الضيفي
وزارة العدل - جمهورية مصر العربية	د/ محمد طلعت يدك
جامعة حلب - الجمهورية العربية السورية	د. همام القوصي
كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المهديّة، تونس	أ.د. سدر اوي طارق
جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة	د. خالد اسحاق
معهد العبور العالي للإدارة والحاسبات ونظم المعلومات - مصر.	د. نشأت ادوارد
جامعة ذي قار / كلية القانون / العراق	د. كاظم عوده

## قواعد النشر

- مجلة الحقوق والعلوم السياسية مفتوحة لكل الأساتذة والباحثين المتخصصين في الحقوق أو العلوم السياسية أو التخصصات ذات العلاقة بهما، من داخل الوطن ومن خارجه. وتخضع الأبحاث العلمية التي ترد المجلة إلى شروط شكلية وموضوعية يجب على الباحثين التقيد بها وهي:
- ✓ أن يكون البحث المقدم للنشر أصيلا ويتسم بالجدية والموضوعية وسلامة اللغة، ولم يسبق نشره بأي شكل من الأشكال في أية مجلة أو مؤلف.
  - ✓ أن لا يكون المقال مستلا من رسالة أو مداخلة أو بحث آخر
  - ✓ أن يتراوح عدد صفحات البحث من 12 إلى 16 صفحة.
  - ✓ أن يشتمل البحث على ملخصين أحدهما باللغة العربية والآخر بإحدى اللغتين الأجنبية (الانجليزية أو الفرنسية). ويتضمن الملخص الإشكالية وأهم النتائج المقررة .
  - ✓ أن يكون البحث المنجز باللغة العربية محررا بخط Majalla Sakal حجم 14 و بحجم 11 في التهميش أسفل كل صفحة على حدة.
  - ✓ أما البحث المنجز بإحدى اللغات الأجنبية فيحرر بخط Times New Roman حجم 12 و بحجم 10 في التهميش.
  - ✓ أن يرسل البحث عبر منصة المجلات العلمية الجزائرية بعد الإضطلاع على "تعليمات للمؤلف" عن طريق الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/76>
  - ✓ أن يراعى في تدوين الهوامش ما يلي:
  - إذا كان المرجع كتابا، يدون الاسم الكامل للمؤلف، عنوان الكتاب، مكان النشر، الناشر، سنة النشر، الصفحة.
  - إذا كان المرجع دورية، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، بين مزدوجتين، اسم الدورية، عددها، تاريخ صدورها، الصفحة.
  - إذا كان موقع الانترنت، يدون الاسم الكامل للباحث، عنوان البحث، المعلومات الأخرى مثل مكان تقديم العمل (والتاريخ)، ثم يدون هذا الموقع كاملا وبدقة، ويذكر تاريخ الرجوع إلى الموقع.
  - ✓ أن تدون الهوامش أسفل الصفحة بطريقة آلية.
  - ✓ يمكن إنجاز المقال بصفة فردية كما يمكن إنجازه بشكل ثنائي على الأكثر و يرتب الأعلى درجة .
  - ✓ المقالات المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها.
  - ✓ في حال إجازة البحث للنشر مع ملاحظات بالتعديل يجب على الباحث الالتزام بالأجل المحدد له وإلا يلغى البحث.
  - ✓ البحوث التي ترسل إلى المجلة لا ترد إلى أصحابها نشرت أم لم تنشر.
  - ✓ يستفيد صاحب كل بحث منشور من نسخة أصلية واحدة من العدد مع شهادة إدارية بالنشر.
  - ✓ عدم المساس أو التجريح في الهيئات والأشخاص.
  - ✓ المجلة لا تتحمل مسؤولية أية سرقة علمية ترتكب ولم ينتبه إليها خبراء التحكيم الإلكتروني أو خبراء التحكيم العلمي للمجلة

## كلمة إدارة المجلة



المدير الشرفي للمجلة ورئيس الجامعة :  
أ.د سيياب رشيد



مدير المجلة وعميد الكلية:  
أ.د زواوي الطاهر



رئيس التحرير: أ.د بوكهاماش محمد

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين  
وبعد:

يأتي صدور العدد الرابع عشر (14) من مجلة الحقوق والعلوم السياسية في ظرف استثنائي جراء الوباء الذي ألم ببلادنا وسائر بلدان العالم، وما زال يحصد آلاف الأرواح من البشر، وقد أثر على صيرورة الحياة في جميع مناحها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، ولقد كان لهذا الأثر في الجانب العلمي الأكاديمي؛ لذا تم تفعيل التواصل والتفاعل واللقاءات وجل الأنشطة العلمية عن طريق وسائط التواصل

المختلفة عبر الشبكة العنكبوتية، ولقد استغلت هيئة تحرير المجلة هذا الظرف لتتم إجراءات إصدار هذا العدد الذي جاء ثريا ومتنوعا من حيث مضمون المقالات والأبحاث المرشحة للنشر فيه. والتي نأمل أن يجد فيها الباحثين ضالتهم لإتمام رسائلهم وأبحاثه العلمية.

ونغتتم هذه الفرصة لتتقدم بالشكر والتقدير لكل من ساهم في إخراج هذا العدد من محكمين ومحررين مساعدين وكافة أعضاء الهيئة العلمية وهيئة التحرير، مواصلين المسار العلمي المنتظم للمجلة منذ نشأتها، بالنظر لما حققته من إنجازات.

بعد استكمال جميع الإجراءات والشروط القانونية المطلوبة للتصنيف، أملنا أن تنال مجلتنا شرف التصنيف ضمن المجالات الجزائرية المصنفة في ASJP من طرف وزارة التعليم العالي في الدورة المقبلة، ليكون ذلك حافزا لترقية البحث العلمي من خلال المساهمة في مختلف الترقيات والمناقشات للأساتذة وطلبة الدكتوراه، وإلى لقاء جديد في العدد المقبل بحول الله.



فهرس الجلد : 07 - العدد : 02  
العدد التلسلى : (14)

الموضوع	رقم الصفحة
تأهيل المنظومة القانونية تعززا لترقية أداء مؤسسات التمويل المصرفي الإسلامي.....	10-27
بن صغبر مراد	جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان
الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية.....	28-43
ليندة أونيسي	جامعة عباس لغرور خنشلة
متطلبات إرساء دبلوماسية عربية موحدة في ظل حتمية إصلاح جامعة الدول العربية.....	44-63
عبد المومن بن صغبر	جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة
عبد العزيز خنفوسي	جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة
الصيرفة الإسلامية في الجزائر "واقع و تحديات".....	64-80
عبدلي حبيبة	جامعة عباس لغرور خنشلة
عبدلي وفاء	جامعة عباس لغرور خنشلة
عبدلي هالة	جامعة عباس لغرور خنشلة
حقوق غير المسلمين في التزام شرائعهم في الدولة الإسلامية.....	81-105
رابح بن غريب	جامعة جيجل
مدى مشروعية السلطة القمعية المخولة للسلطات الإدارية المستقلة.....	106-121
بن عمران سهيلة	جامعة عباس لغرور خنشلة
جبايلي صبرينة	جامعة عباس لغرور خنشلة
حدود الإفصاح عن السرية المتعلقة بالاختراعات.....	122-139
بادي بوقميحة نجيبة	جامعة الجزائر 1
ماهية الجرائم البيئية في نطاق القانون الدولي الجنائي.....	140-152
باديس الشريف	جامعة عباس لغرور خنشلة
الليات الجديدة لتسير ميزانية التجهيز للدولة 2017، المادة 120 من قانون لمالية 2017.....	153-168
محمد العباسي	جامعة دالي براهيم الجزائر 3
ايت محمد مراد	جامعة دالي براهيم الجزائر 3

181-169 ..... آثار العرف الدولي على أحكام القضاء الدولي الجنائي و القانون الدولي الإنساني

مراد كواشي  
جامعة عباس لغرور خنشلة

202-182 ..... حماية حقوق المرأة العاملة بين نصوص الاتفاقيات الدولية و تشريع العمل الجزائري

محمودي سماح  
بوحميدة عبد الكريم  
المركز الجامعي بريكّة  
جامعة غرداية

220-203 ..... المركز القانوني للجنين- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري-

معمري إيمان  
ميدون مفيدة  
جامعة الوادي  
جامعة بسكرة

237-221 ..... ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي 16-18

باهي هشام  
ماحي وسيلة  
جامعة قاصدي مرباح ورقلة  
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان

255-238 ..... ضمانات القانون الدولي لحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره

رحيمة لدغش  
سليمة لدغش  
جامعة زيان عاشور الجلفة  
جامعة زيان عاشور الجلفة

## تأهيل المنظومة القانونية تعزيزا لترقية أداء مؤسسات التمويل المصرفي الإسلامي Rehabilitation of the legal system in order to enhance the performance of Islamic banking

finance institutions

بن صغير مراد \*

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

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

تاريخ القبول: 2020-03-01

تاريخ المراجعة: 2020-02-27

تاريخ الإيداع: 2020/01/24

### الملخص:

غني عن البيان ما يلعبه الدور المزدوج للجانبين الشرعي والقانوني في النهوض بالقطاع المالي المصرفي عموما، وتكريس دور المؤسسات المصرفية الإسلامية وترقية أداءها على وجه الخصوص. على اعتبار أن تهيئة بيئة شرعية وتشريعية (قانونية) يعد غاية منشودة ومطلبا ملحا باعتباره ركيزة أساسية ولبنة ضرورية لتطوير القطاع. ويعالج هذا البحث موضوعا غاية في الأهمية لارتباطه بالجانب القانوني في أداء مؤسسات التمويل المصرفي الإسلامي، من خلال بحث الإشكالية الرئيسية المتمثلة في مدى مساهمة المنظومة التشريعية في ترقية وتطوير دور ومكانة المصارف الإسلامية، ومدى حاجة الجانب القانوني للتأهيل قصد مساهمته في إيجاد بيئة مناسبة وصدقية لمؤسسات التمويل المصرفي الإسلامي.

تهدف هذه الدراسة إلى البحث في مدى كفاية النصوص القانونية من حيث طبيعتها وقدرتها على تغطية مكانم النقص والشغور في كثير من الجوانب القانونية والإجرائية المرتبطة بعمليات التمويل والصيرفة. كما يهدف البحث إلى تأهيل وتطوير المنظومة التشريعية بما يحقق المكانة اللائقة بمؤسسات التمويل المصرفي الإسلامي. فضلا عن إبراز الدور الجوهري والريادي للمنظومة القانونية في تحقيق الاستقرار والنمو لدى الأسواق المالية.

الكلمات المفتاحية: المصارف الإسلامية؛ التمويل المصرفي؛ التشريع؛ الضوابط القانونية؛ المسؤولية القانونية.

### Abstract:

It goes without saying what the dual role of the legal and Sharia sides plays in advancing the financial banking sector in general, and consolidating the role of Islamic banking institutions and enhancing their performance in particular on the grounds that the creation of a legal and Sharia complying environment is a desired goal and an urgent requirement as a fundamental pillar and a necessary building block for the development of the sector.

\* المؤلف المرسل: بن صغير مراد.

This research deals with a very important topic because it is connected with the legal aspect of the performance of Islamic banking finance institutions by examining the main problem of the contribution of the legislative system to the enhancement and development of the role and status of Islamic banks and the legal need for improvement in order to contribute to the creation of an appropriate and friendly environment for Islamic banking financial institutions.

The study aims to examine the adequacy of the legal texts in terms of their nature and their ability to cover the deficiency and gaps in many legal and procedural aspects related to financing and banking operations. The research aims also to reform and develop the legislative system in order to achieve the proper position of the Islamic banking financial institutions. As well as highlighting the essential and leading role of the legal system in achieving stability and growth in the financial markets.

**Keywords:** Islamic Banks ;Banking Finance; Legislation; Legal Controls; Legal Liability.

## المقدمة:

أثبت العمل المصرفي الإسلامي خلال مسيرته الحافلة وخصوصاً في السنوات الأخيرة، لاسيما في ظل الأزمة المالية العالمية الأخيرة مدى جدارته وكفاءته وقدرته على احتواء الكثير من مكامن الخلل وسد العديد من الثغرات التي كانت من الأسباب المباشرة أو غير المباشرة لوقوع أكثر المؤسسات المالية على المستوى العالمي في أزمات مالية خانقة، وقفت أمامها تلك البنوك والمؤسسات المالية، بل والدول من وراءها عاجزة عن إيجاد حلول فعالة وكافية. ورغم مرور سنوات عديدة على إنشاء المصارف الإسلامية في كثير من الدول لاسيما الدول الإسلامية، في مقدمتها دولة الإمارات العربية المتحدة باعتبارها من الدول الرائدة في مجال المعاملات المصرفية والمالية الإسلامية، إلا أننا نجد أن مؤسسات التمويل المصرفي الإسلامية لازالت تعترضها العديد من العقبات والحواجز وكثير من الإشكالات العملية التطبيقية على مختلف الأصعدة.

وغير خاف على كل متتبع الدور المزدوج للجانبين الشرعي والقانوني في النهوض بالقطاع المالي المصرفي عموماً، وتكريس دور المؤسسات المصرفية الإسلامية وترقية أداءها على وجه الخصوص. على اعتبار أن تهيئة بيئة شرعية وتشريعية (قانونية) يعد غاية منشودة ومطلبا ملحا باعتباره ركيزة أساسية ولبنة ضرورية لتطوير القطاع.

وسوف نتناول بالدراسة والبحث ما ينبغي معالجته والتركيز عليه بموجب المعالجة القانونية والشرعية، وهو أمر يستدعي التعرّض لجزئيات الموضوع وبحث أهم الإشكالات والتحديات التي تواجه عمل المصارف الإسلامية على اختلافها من زاوية قانونية. سواء تعلق الأمر بعقبات أو تحديات مرتبطة بهيكله ونظام المصارف الإسلامية ذاتها وطريقة عملها وما ينبغي أن تتميز به من خصوصية إسلامية، أو ما كان مرتبطاً بعلاقتها الخارجية وقوانين الاستثمار والمنافسة التي تستوي فيها المصارف الإسلامية مع غيرها من البنوك التجارية والتقليدية الأخرى. كما نتطرّق في هذه الدراسة إلى بحث أهم الآليات والوسائل الكفيلة بترقية أداء المؤسسات المالية الإسلامية وتطويرها ورفع مستوى التنافسية لديها، من خلال إبراز أهم الإجراءات والخطوات العملية المرتبطة بالجوانب الشرعية، القانونية، المالية، والمهنية أو الفنية.

وقد قسمنا موضوع البحث إلى قسمين (مبحثين)؛ تناول في الأول منهما معالم القصور لدى تشريعات مؤسسات التمويل المصرفي الإسلامي، في حين خصّصنا المبحث الثاني لبيان آليات تأهيل وترقية المنظومة التشريعية الخاصة بالمصارف الإسلامية. ثم خاتمة الموضوع تضمنت أهم النتائج والتوصيات المناسبة التي خلصنا إليها.

### المبحث الأول: معالم القصور لدى تشريعات مؤسسات التمويل المصرفي الإسلامي

مما لا شك فيه أن الصيرفة الإسلامية أصبحت حالياً صناعة مزدهرة أكثر من أي وقت مضى، لها مؤسساتها ومنتجاتها وخدماتها المتميزة التي تلبى احتياجات متعددة لشرائح واسعة من أفراد المجتمع. الأمر الذي دفع بعديد البنوك والمؤسسات المالية التقليدية إلى استحداث خدمات مصرفية إسلامية، رغبة في استقطاب المزيد من الزبائن والعملاء، والحد من تنافسية البنوك الإسلامية لها. ولكن رغم ذلك لازال القطاع المصرفي الإسلامي يواجه الكثير من التحديات، كما لازالت المؤسسات المصرفية الإسلامية تعرف عديد الإشكاليات المتداخلة المختلفة التي تنعكس سلباً على توفير بيئة سليمة ذات أسس وقواعد ثابتة تسمح لها بأداء دورها المنوط بها في بناء اقتصاد إسلامي قوي ومتين.

إن المؤسسات المالية الإسلامية تواجه اليوم معضلات صعبة وتحديات حقيقية عليها العمل الجاد لمواجهتها والتغلب عليها، رغم تباين تلك العراقيل والإشكالات. إذ أن بعضها مرتبط بالنظام الاقتصادي والسياسي للبلد الذي اعتمدت فيه، وبعضها يرجع إلى البيئة القانونية والاجتماعية السائدة، وبعضها الآخر يتعلق بأسس اعتمادها وضوابط تعاملاتها. وسوف نتطرق باختصار إلى أهم الثغرات والمعوقات ذات البعد القانوني التي تواجه عمل المؤسسات المصرفية الإسلامية في المطالبين التاليين.

#### المطلب الأول: الثغرات والمعوقات الداخلية

عرفت المصارف الإسلامية قفزة نوعية وخطت خطوات متقدمة، استطاعت من خلالها إثبات كفاءتها وجدارتها وتوسيعها، غير أنها لازالت تواجه عديد الصعوبات وتعرف كثيراً من مكامن النقص والقصور، نتطرق إليها فيما يلي.

#### الفرع الأول: غياب المفهوم القانوني السليم للمؤسسات المالية الإسلامية

لازال مفهوم المصارف أو البنوك الإسلامية يكتنفه الغموض وغير دقيق المعنى لدى الكثير من المهتمين والدارسين، فضلاً عن جمهور الناس من المتعاملين وغيرهم. ولعل السبب في ذلك حسب رأينا يرجع إلى عدة نقاط أبرزها:

- أن المؤسسات المالية رغم اعتمادها وانتشارها بشكل كبير وواسع، إلا أنها لازالت في بداية طريقها تحتاج إلى كثير من الجهد والتطوير للارتقاء بمكانتها ودورها، وبالتالي القدرة على المنافسة والقيادة.
- الاختلاف والتضارب بشأن ضبط وتحديد مجالات عمل واستثمار المصارف الإسلامية، ذلك أن نطاق ممارسة هذه المؤسسات المالية غالباً ما يكون محصوراً في نماذج محدودة كالمراجحة، المضاربة، التأجير التمويلي، التورق وغيرها من المعاملات المحدودة.

- تضارب الآراء الشرعية والفتاوى في كثير من المعاملات المالية نتيجة تعدد الهيئات الشرعية المرتبطة بالمصارف الإسلامية من جهة<sup>(1)</sup>، وضعف التكوين والتخصص الشرعي لدى الكثير ممن ينتسب إليها من جهة أخرى. ولعل سبب بعض الخلافات في قرارات الهيئات الشرعية راجع إلى كون أن لأعضاء الهيئات الشرعية وجهات نظر مختلفة في تكييف الوقائع وإسقاط الأحكام فيقع الخلاف؛ فيكون هناك من يشدد، ومن يضيّق، ومن يتسامح. كما قد يكون الخلاف بسبب إتباع رأي في مذهب معتمد دون رأي آخر، فيأخذ بعضهم بالأول، وبعضهم بالثاني وهكذا، مما يزيد في غموض مفهوم وأداء هذه المصارف.

ولذلك يبدو لنا من الأهمية بمكان ضرورة تحديد مفهوم دقيق وواضح يحقق المعنى الكامل للمؤسسات المالية الإسلامية. وفي هذا الصدد نشير إلى بعض التعريفات المتجانسة والتي تتفق في بيان مفهوم عام وشامل. ومنها تعريف اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية في المادة 1/5 للبنوك الإسلامية بأنها "يقصد بالبنوك الإسلامية في هذا النظام، تلك البنوك أو المؤسسات التي ينص قانون إنشائها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة، وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذاً وعطاءً"<sup>(2)</sup>.

في حين عرّفت المادة الأولى من القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (6) لسنة 1985م في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية تلك المؤسسات بما يلي: "يقصد بالمصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية التزاماً بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتباشر نشاطها وفقاً لهذه الأحكام".

وقد حاول بعض الفقه إيجاد تعريف مناسب للمصرف الإسلامي بأنه "مؤسسة مالية مصرفية لتجميع الأموال وتوظيفها في نطاق الشريعة الإسلامية، بما يخدم بناء مجتمع التكامل الإسلامي، وتحقيق عدالة التوزيع، ووضع المال في المسار الإسلامي"<sup>(3)</sup>.

في حين عرّفه البعض الآخر بأنه "المؤسسات المصرفية التي تتعامل بالنقود على أساس الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، تعمل على استثمار الأموال بطرق شرعية، وتهدف إلى تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية"<sup>(4)</sup>.

(1) المسفر طارق خالد، هيئات الرقابة الشرعية خارج دائرة الشك - إعلان الحق الواجب، مجلة المستثمرون، العدد 24، <http://mosgcc.com>، تاريخ الاطلاع: 2018/11/13.

عارضة فيصل، هيئات الرقابة في المصارف الإسلامية، صحيفة الغد، الأردن، 2006/5/26، <http://alghad.jo>، تاريخ الاطلاع: 2018/11/6. الشرفان عماد، البيئة التشريعية والقانونية لعمل المصارف الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر البيئة التشريعية لنمو المصارف الإسلامية وآلية حل النزاعات المرتبطة بها، جمعية المحكمين الأردنيين، الأردن، يومي 2 و3 نيسان 2014.

(2) انظر: اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة، 1977، ص: 10.

(3) النجار أحمد، البنوك الإسلامية وأثرها في تطوير الاقتصاد الوطني، مجلة المسلم المعاصر، أكتوبر- نوفمبر 1980م، العدد 24، ص: 163.

(4) الزحيلي وهبة، المعاملات المالية المعاصرة - بحوث وفتاوى وحلول، دمشق، 2002، دار الفكر، ص: 516. وانظر كتابه: المصارف الإسلامية، دمشق، 1997، دار المكتبي، ص: 09 و10.

إن هذا الأمر يقتضي ضرورة إبراز المفهوم القانوني المهني الصحيح للمصارف الإسلامية، على غرار ما تنص عليه قوانين البنوك التقليدية في تعريفها للبنك التقليدي ومهنته المصرفية، فضلاً عما هو مسموح وما هو محظور من أعماله ونشاطاته.

### الفرع الثاني: غياب الخبرة ومحدودية القدرة التنافسية

تواجه المصارف الإسلامية تحدياً وعائقاً كبيراً، يتمثل في المنافسة المصرفية الكبيرة لاسيما في ظل تطبيق اتفاقية تحرير تجارة الخدمات المصرفية منذ 1997م بموجب اتفاقية الجات (General Agreement On Trade (GATS) Related Services). ورغم عديد المزايا التي تضمنتها هذه الاتفاقية، إلا أن البعض وجد في تطبيقها إزالة للتنظيمات والإجراءات التي تحد من المنافسة<sup>(1)</sup>، في مقابل خلق نوع من المنافسة غير المتكافئة بين المصارف العالمية والمحلية بما فيها المصارف الإسلامية، والتي لا تزال حديثة التجربة، ضعيفة الخبرة، غير مهيأة لمواجهة مثل هذه التحديات نظراً لضعف إمكاناتها. فضلاً عن غياب الوازع الديني عموماً لدى العاملين فيها أو المتعاملين معها على حد سواء، نتيجة عدم التزامهم حقيقة بأحكام وقيم الشريعة الإسلامية<sup>(2)</sup>.

وبناء على ما تقدم يمكننا القول أن تجربة البنوك والمصارف الإسلامية لازالت تخضع في كثير من جوانبها لنفس القواعد المنظمة للعمل المصرفي التقليدي نظامياً ورقابياً. الأمر الذي يضع هذه التجربة حسب رأي البعض في وضع غير تنافسي مع العمل المصرفي التقليدي<sup>(3)</sup>. إذ بينما يتمتع العمل المصرفي التقليدي بكل المزايا والتسهيلات التي توفرها الجهات الإشرافية (البنوك المركزية)، نجد العمل المصرفي الإسلامي يفتقر إلى كثير من الميزات المشابهة والداعمة له. وهذا لا شك يمثل تحدياً آخر يواجه العمل المصرفي الإسلامي بصفة عامة ويحد من كفاءة تشغيله وربحيته.

(1) الطيب عبد المنعم محمد، أثر تحرير تجارة الخدمات المصرفية على المصارف الإسلامية، (دون بلد وتاريخ النشر)، ص: 9، 27 وما بعدها. <http://iefpedia.com>، تاريخ الاطلاع: 2018/12/11.

شنايت صباح، المصارف الإسلامية وتحديات العولمة المالية، بحث مقدم للملتقى الدولي الثاني حول الأزمة المالية الراهنة والبداية المالية والمصرفية، يومي 05 و06 ماي 2009، المركز الجامعي خميس مليانة، الجزائر، ص: 9، 10.

زعتري علاء الدين، العولمة وتأثيرها على العمل المصرفي الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الرابع عشر للمؤسسات المالية الإسلامية - معالم الواقع وأفاق المستقبل، أيام 7-9 ربيع الآخر 1426هـ الموافق 15-17 مايو 2005م، غرفة تجارة وصناعة دبي، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات. <http://iefpedia.com>، تاريخ الاطلاع: 2016/12/11.

(2) الرفاعي فادي محمد، المصارف الإسلامية، ط 2، بيروت، 2007، منشورات الحلبي، ص: 78.

وانظر: فليح حسن خلف، البنوك الإسلامية، ط 1، عمان، 2006، جدارا للكتاب وعالم الكتب الحديث، ص: 418.

(3) الشامسي جاسم بن سالم، ضوابط المصارف الإسلامية والمعاملات فيها وفقاً للقانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الرابع عشر للمؤسسات المالية الإسلامية - معالم الواقع وأفاق المستقبل، أيام 7-9 ربيع الآخر 1426هـ الموافق 15-17 مايو 2005م، غرفة تجارة وصناعة دبي، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، <http://iefpedia.com>، تاريخ الاطلاع: 2016/12/01.

الفرع الثالث: ضعف التكوين الثلاثي (الشرعي والقانوني والفني) لغالب موظفي المصارف الإسلامية

#### وحاجتهم للتأهيل

لا يُماري أحد أن نجاح المؤسسات المالية الإسلامية في أداءها لعملها وتطورها يتوقف كثيراً على مدى نجاحها في استقطاب الإطارات المدربة والمؤهلة للعمل فيها<sup>(1)</sup>. ولاشك أن المصارف الإسلامية تتطلب جهداً وتخصصاً إضافيين مقارنة بنظيرتها التقليدية، إذ يقتضي الأمر أن يتوافر لدى المورد البشري العامل لديها التكوين والكفاءة الشرعية والقانونية والفنية<sup>(2)</sup> التي تؤهل تلك المؤسسات المالية للتنافسية والرقى. ذلك أن هناك نقصاً كبيراً في المهنيين المحترفين في الصيرفة الإسلامية، حيث أن أغلب خبرات موظفي هذه البنوك كانت في بنوك تقليدية، وليس من السهل إيجاد أفراد يحسنون الجمع بين فقه المعاملات وفقه التعامل مع البنوك<sup>(3)</sup>. مع الإشارة أن البنوك الإسلامية لا تدخر جهداً في تحقيق ذلك، غير أن الواقع لا يزال يسجل النقص النسبي في المعروض منها مقارنة بما هو مطلوب.

ونسجل في هذا الشأن أن أكبر التحديات التي تعيق مسيرة أداء المصارف الإسلامية يتمثل في ضعف الجانب القانوني سواء ما تعلق بالعاملين لدى هذه البنوك، أو ما تعلق بالإطار القانوني لمباشرة عملها وتنظيم علاقاتها بالمعاملين أو غيرها من المؤسسات المالية الأخرى، وهو ما نتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الرابع: غياب بيئة قانونية تتوافق مع طبيعة عمل المصارف الإسلامية وعدم اعتماد نظام تحكيم

#### مصرفي

تعرف المؤسسات المالية الإسلامية قصورا في منظومتها القانونية، وذلك لعدة اعتبارات أو أسباب متداخلة. فالطبيعة الإسلامية التي تقتضي عدم التعامل بأي معاملات مالية محرمة لاسيما الربا، جعلت هذه البنوك مقيدة على أساس أن كثيرا من معاملاتها لحل وتسوية المنازعات المتعلقة بالعلاقات المصرفية الإسلامية، وتطوير صيغ تمويل إسلامية جديدة لتخفيف المخاطر وزيادة العوائد، كثيرا ما تصطدم بعقبات قانونية بالدرجة الأولى، ثم بحواجز مالية تمويلية في قالب قانوني. وذلك على أساس أن معاملة البنوك المركزية للمصارف الإسلامية كثيرا ما لا تراعي خصوصياتها وامتناعها عن التعامل بالربا. ويتعلق الأمر على الخصوص بإجراءات المتابعة، الآجال القانونية، التنظيم القانوني للسيولة المالية، الودائع... وغيرها من المسائل التي تحتاج إلى نصوص قانونية تقنّ وتوظف الأحكام الشرعية المعتمدة.

(1) المرطان سعيد بن سعد، ضوابط تقديم الخدمات المصرفية الإسلامية في البنوك التقليدية، كتاب منتدى الاقتصاد الإسلامي الأول - اللجنة الاقتصادية، الديوان الأميري بالكويت - اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، (الكويت، 25 مايو 1999م)، ص: 48.

(2) الشمري هاشم، الدعبي عباس، دور المصارف الإسلامية في ظل التطورات النقدية الإلكترونية - الأردن حالة تحليلية دراسية، بحث ضمن كتاب: دراسات في المصارف والبنوك، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2014، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص: 350.

(3) داود حسن، الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، ط1، القاهرة، 1996م، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص: 34.



### الفرع الخامس: تركيز سياسات التمويل في المصارف الإسلامية على المشروعات قصيرة الأجل

يقف الجانب القانوني مرة أخرى حجر عثرة في طريق تطور المؤسسات المالية الإسلامية وتوسعها، فيما يتعلق بوجود فائض أو عجز في السيولة. ذلك أن هذه المصارف غالباً تعتمد على الاستثمار في المشروعات قصيرة الأجل كالاستثمار السليبي وعمليات البيع بالتقسيط والمراوحة، الأمر الذي أدى للانحراف في أساليب الاستثمار والتمويل، وهو ما دفع بالمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي إلى حث هذه المصارف على التوسع في مجالات المضاربة والمشاركة والتنوع في العمليات الاستثمارية وإعطاء الأفضلية للمشاريع ذات الآجال الطويلة<sup>(1)</sup>.

وفي هذا الشأن نشير إلى أن وجود فائض سيولة نقدية عند بعض البنوك الإسلامية يشكل تحدياً وعبئاً عليها بسبب تقلص فرص الاستثمار، إذ غالباً ما تجد نفسها أمام أحد الخيارين؛ إما أن تحتفظ بالنقد في الخزائن الخاصة بالبنك المركزي دون فائدة، وإما أن تقوم بتحويل جزء منها إلى عملة أجنبية. كما أن هذه المصارف تجد نفسها في ضائقة مالية في حالة عدم توفر سيولة الموجودات، وذلك بسبب انتشار صيغ التمويل القائمة على أساس الدين، وانعدام التمويل عن طريق تقاسم الأرباح. ولا شك أن هذا تحدياً آخر يشكل صعوبة في تحويل هذه الصيغ التمويلية إلى أدوات مالية يمكن التفاوض بشأنها. فمجرد إحداث الدين لا يمكن تحويله إلى أي شخص إلا بقيمته الاسمية. مما يجعل هيكل السوق المالية الإسلامية غير قابل للتسييل والاستمرارية بدرجة عالية<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: الثغرات والمعوقات الخارجية

إن أداء وعمل المؤسسات المالية الإسلامية ليس في معزل عن البيئة الدولية والعالمية التي تتداخل فيها مختلف التيارات والمؤثرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية. الأمر الذي انعكس سلباً على تطور مسيرة المصارف الإسلامية وازدهارها بالشكل الذي كانت تطمح إليه، وشكل ثقلاً وعائقاً إضافياً إلى ما تعانيه أصلاً من التحديات والمعوقات الداخلية. ولعلنا نقتصر على بيان أهم معالم القصور والنقص الخارجية فيما يلي:

### الفرع الأول: عدم ملائمة المناخ الاقتصادي والتشريعي

لا زالت تشكل البيئة التشريعية والاقتصادية والرقابية عدم استقرار للبنوك والمصارف الإسلامية، ذلك أن معظم البنوك المركزية لا تراعي اختلاف النظام القانوني للبنوك التجارية التقليدية عن النظام الخاص بالمصارف الإسلامية. إذ نلاحظ نقصاً في التشريعات الخاصة بالصيرفة الإسلامية التي تراعي طبيعة عمل المؤسسات المالية

(1) مطلوب مصطفى ناطق صالح، معوقات عمل المصارف الإسلامية وسبل المعالجة لتطورها، مجلة العلوم الاقتصادية، 2010، العدد 22، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بغداد، ص: 309، 310.

خليفة محمد، دور البيئة القانونية في دعم سيولة المصارف الإسلامية، بحث مقدم لملتقى الرباط الدولي الثالث للمالية الإسلامية حول "الضبط القانوني والمؤسّساتي للنظام المالي الإسلامي"، أيام 29-30 أكتوبر 2016، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المجلة الدولية للمالية، جانفي 2017، العدد الأول، مختبر البحث حول الضبط القانوني والسياسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، ص: 15.

(2) البلتاجي محمد، المصارف الإسلامية - التحديات التي تواجه العمل المصرفي الإسلامي، 29 أبريل 2014، موقع المصارف الإسلامية، <http://bltagi.com>، تاريخ الاطلاع: 2019/01/02.

عبد الغني أحمد، التمويل الإسلامي وتحدياته، جريدة المال المصرية، 23 يناير 2014 م، <http://almaalnews.com>، تاريخ الاطلاع: 2018/11/29.

الإسلامية<sup>(1)</sup>، الأمر الذي أدى إلى فقدان بعض البنوك الإسلامية للبيئة الملائمة لوجود رقابة شرعية تتابع العمل وتضبط الأداء وتقوّم المنحرف، وبالتالي تزيد في الإنتاج وترفع من مستوى الدخل، مما يكون له الدور الأكبر في النهوض بالبنوك الإسلامية نحو الرقي والتقدم<sup>(2)</sup>.

ونشير في هذا الشأن أن سياسة الاحتياطي القانوني مثلا التي يتبعها البنك المركزي في تعامله مع البنوك التقليدية والمصارف الإسلامية على حد سواء، تؤدي إلى تعطيل جزء من موارد هذه المصارف على غير رغبة المودعين. كما تتعارض مع حسن استثمار المال كاملاً. ذلك أن أنشطة هذه المصارف تقوم في الأساس على الاستثمار النوعي الحقيقي، الذي تُعد المخاطرة من أهم ميزاته. على خلاف الإقراض النقدي الذي هو أساس عمل البنوك التقليدية والذي تنعدم فيه نسبة المخاطرة مقارنة بالاستثمار النوعي. فقدرة البنوك التقليدية على خلق النقود وزيادة العرض النقدي أكبر بكثير مما عليه الحال في المصارف الإسلامية التي تُمارس عملها على أسس شرعية سليمة<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: تأخر المدينين عن السداد

تعد مشكلة تأخر المدينين لاسيما الموسرين منهم، من المشكلات الكبيرة التي تواجهها المصارف الإسلامية دون غيرها من المصارف والمؤسسات المالية الأخرى. ذلك أنه كلما تأخر المدين عن السداد إلا وفرضت عليه البنوك التقليدية فوائد أو رسوم التأخير وتزداد مع مرور الوقت<sup>(4)</sup>. بينما في المصارف الإسلامية تعتبر هذه المسألة عائقاً أمام حركية هذه المصارف ونموها، باعتبار أنها لا تأخذ أي فوائد أو زيادات دون حق. إن هذا الواقع يدفع المدين الموسر إلى التماطل عن السداد لعلمه أن المصارف الإسلامية لا تضيف عليه أي فوائد. ورغم أن المصارف الإسلامية متنبهة لهذه المعضلة وتتخذ ما تراه مناسباً من الإجراءات، إلا أن هذا لا يمنع من وجود جملة من الثغرات التي يستغلها المماطلون مما ينعكس سلباً على أداء ونمو هذه المصارف.

### الفرع الثالث: ضعف وقلة توافر أسواق مالية إشرافية

لأشك أن عدم وجود سوق مالية متطورة أو على الأقل قلتها وضعفها يعتبر أحد نقاط الضعف وأهم التحديات التي تواجه المصارف الإسلامية، إذ تعاني هذه المصارف من ضعف امتلاكها لأدوات مالية تتمتع بما هو

<sup>(1)</sup> أوردت كثير من التشريعات نصوصاً خاصة في تعامل البنوك المركزية مع المصارف الإسلامية. فقد نصت المادة الرابعة من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنة 1985 بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية على: "تستثنى المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية التي تؤسس في الدولة، وفروع ومكاتب المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الأجنبية التي يرخص لها بالعمل داخل الدولة من أحكام البند (8) من المادة (90) والبند (هـ) من المادة (96) من القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1980م، المشار إليه. 2 - وتستثنى تلك الجهات من أحكام البند (ب) من المادة (90) من القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 1980م، المشار إليه وذلك بما لا يتعارض مع أحكام التشريعات المعمول بها في الإمارة المعنية".

<sup>(2)</sup> الهيبي عبد الرازق رحيم، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ط1، عمان، 1998م، دار أسامة، ص: 689.

فياض عطية السيد، الرقابة الشرعية والتحديات المعاصرة للبنوك الإسلامية، المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، (مكة المكرمة، جامعة أم القرى، 1426هـ / 2005م)، ط1، ص: 416، <http://said.net>، تاريخ الاطلاع: 2018/11/17.

<sup>(3)</sup> زين العابدين محمد وفيق، معوقات العمل المصرفي الإسلامي، مركز دراسات التشريع الإسلامي، <http://active-adv.com>، تاريخ الاطلاع: 2019/01/10.

<sup>(4)</sup> الرفاعي فادي محمد، المصارف الإسلامية، ص: 82. محمد ناطق صالح مطلوب، معوقات عمل المصارف الإسلامية، ص: 311.



موجود لدى الأسواق المالية من قدرة على تحويل استحقاقات الموارد قصيرة الأجل إلى استثمارات وتمويلات طويلة الأجل<sup>(1)</sup>. ذلك أن ما تتعامل به هذه البنوك يقتصر على الودائع الجارية والاستثمارية وودائع التوفير المستحقة خلال مدد قصيرة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن تطوير مثل هذه الأسواق يعتبر دون شك شرطاً ضرورياً لقيام البنوك الإسلامية بدورها في تجميع مدخرات المتعاملين واستثمارها في المشاريع ذات الأجل المتوسط والطويل، التي تحتاجها عملية التنمية الاقتصادية في الدول الإسلامية.

#### الفرع الرابع: عدم وضوح الأحكام القانونية المرتبطة بعمليات التمويل الإسلامي

تفتقد كثير من المعاملات والاتفاقيات والعقود إلى الدقة وسلامة الصياغة القانونية، لاسيما ما يتعلق بالمسائل الشرعية التي تنظم عمل المنتجات التجارية الإسلامية كالإيجار التمويلي والمضاربة والمرابحة وغيرها. الأمر الذي نتج عنه لبس وغموض في العلاقات التعاقدية التي يمكن أن تعرض الأطراف المتعاقدة لمخاطر قانونية غير محسوبة العواقب.

ولا شك أنه بالنظر إلى حجم التعاملات المصرفية الإسلامية وارتفاع عمليات التمويل الإسلامي، فإنه حري بهذه الصناعة أن تنأى بالمشتغلين والمستثمرين بها عن التبعات والمخاطر القانونية، وذلك من خلال توفير الحماية القانونية لهم في اتفاقيات وعقود التمويل الإسلامي<sup>(2)</sup>، وهو ما تفتقده المؤسسات المالية الإسلامية ويشكل بالنسبة لها أهم وأخطر التحديات التي تقف في طريق تطورها وتحقيق أهدافها المنشودة.

ولتوضيح الحاجة إلى وضوح البيئة القانونية ودورها في حماية استثمارات المصارف الإسلامية وتعزيز أداءها، أقتصر على الإشارة إلى النقطتين التاليتين.

أولاً: الاستثمار المباشر والمضاربة: نتيجة تقاعس كثير من أصحاب الأموال وإحجام رجال الأعمال عن إقامة المشاريع الكبرى ذات النفع العام والمصلحة العامة، فضلاً عن مصلحة المستثمرين، تجد المصارف الإسلامية نفسها أمام الحاجة لإنشاء هيئات إدارية وتنظيمية تتولى الاستثمار المباشر لأموالها وأموال المودعين وحسن تدبيرها وتسييرها. وهذا ما يحتاج إلى ضبط للأحكام القانونية في هذا الخصوص<sup>(3)</sup>.

كما يمكن للمؤسسات المالية الإسلامية استثمار الأموال بطريقة غير مباشرة من خلال أعمال المضاربة، حيث يتم الجمع بين أساسي النشاط الاستثماري وهما الخبرة ورأس المال في مشروع واحد لمصلحة أطراف المضاربة الثلاث وتحقيق المصلحة العامة.

(1) المرطان سعيد بن سعد، الضوابط، ص: 51. السعيدات إسماعيل، التحديات التي تواجه البنوك الإسلامية مع البنوك المركزية، الملتقى الدولي الخامس حول دور الحكمة في تحسين الداء المالي للمؤسسات بين تطبيق المعايير المحاسبية الدولية والمعايير المحاسبية الإسلامية، يومي 7 و8 ديسمبر 2014، جامعة الوادي، الجزائر، ص: 08.

(2) الدوسري سلمان بطي، تحديات قانونية تواجه صناعة المصرفية الإسلامية والتمويل الإسلامي، جريدة الرياض، العدد 15299، الجمعة 30 جمادى الأولى 1431هـ الموافق 14 مايو 2010م.

(3) الموسوعة العلمية والعملية لاتحاد البنوك الإسلامية، ص: 27.

وتتجلى أهمية المضاربة في توسيع النشاط الاستثماري، وإضفاء حركية على عمل المصارف والبنوك، وذلك لما تمتاز به عقود المضاربة من خصائص مميزة. حيث تحديد مسؤولية أصحاب المال في حدود نصيبهم في المضاربة، إذ لا يكونوا مسئولين عن الخسارة التي تزيد عن ذلك. كما أن نظام المضاربة يتسع لتعدد رؤوس الأموال المشاركة في نشاط استثماري معين مهما بلغ عدد المستثمرين في المشروع الواحد، ورغم عدم معرفتهم ببعض. فضلاً على أن الفصل بين رأس المال والعمل واعتبار المضاربة (المصرف) جهة متميزة عن الأطراف المشاركة بها، يمكن دون شك المضارب من اتخاذ القرارات التنفيذية التي يراها مفيدة وربحية دون حاجة للرجوع إلى أصحاب المال. الأمر الذي جعل من ذلك عاملاً مهماً وقوياً لملائمة المضاربة في تمويل التجارة الخارجية وتنظيمها<sup>(1)</sup>.

وبما أن أساس المضاربة هو الجمع بين المال والعمل، وهو ما تتعامل به المصارف الإسلامية، فعليها أن تراعي في مزاوتها لهذه المعاملات الضوابط الفقهية والشروط القانونية المتعلقة برأس المال وأهلية المتعاقد، وتحديد نوع المضاربة وخصائصها وطبيعة المشروع<sup>(2)</sup>، وحدود العمل الخاص بكل طرف، ومن ذلك على الخصوص عدم تدخل صاحب المال في العمل التنفيذي للمضارب (البنك). كما يجب على المصرف هو الآخر ألا يتدخل في عمل مضاربه الذي يستحق به المشاركة في الربح، ما لم يكن على سبيل الإعانة لهذا المضارب<sup>(3)</sup>، وحق مضارب المضارب في الاستدانة على المشروع... وغيرها من المسائل التفصيلية التي تحتاج لنصوص قانونية تصاغ وفق الضوابط الشرعية.

ثانياً: **بيوع المرابحة**: تعتبر بيوع المرابحة أبرز أوجه نشاط المصارف الإسلامية وأكثرها ممارسة وانتشاراً. ويقصد بها نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح<sup>(4)</sup>، أو كما عرّفها بعض الفقه بأنها بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح<sup>(5)</sup>.

وقد أُجيزت هذه المعاملة لمشروعيتها في الفقه الإسلامي، وكذا اجتماع شروط البيع فيها، فضلاً عن الحاجة الملحة لتعامل تعامل الناس بها. إذ من الناس من لا يقدر على المساومة والمكايسة ويود الاعتماد على نقل المتعسر في التجارة وتطبيق نفسه بالزيادة على ما اشتراه، ولهذا كان مبناها على الأمانة وتوقي الخيانة وشبهتها<sup>(6)</sup>.

وما يمكننا التنبيه إليه في هذا الشأن ونحن نتناول إشكالية غموض النصوص القانونية وعدم وضوح الصورة الشرعية الكاملة لكثير من المعاملات، أن المفهوم الفقهي للمرابحة يختلف عن ما شاع لدى الناس وما

(1) سراج محمد، النظام المصرفي الإسلامي، عمان، بدون تاريخ، دار الثقافة، ص: 241.

(2) سراج محمد، النظام المصرفي، ص: 259.

(3) الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، ج 6، بيروت، 1418هـ/1997م، دار الكتب العلمية، ص: 100.

(4) الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كز الدقائق، ط1، ج 4، مصر، 1314هـ، المطبعة الأميرية بولاق، ص: 73.

(5) الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، ج 5، ص: 220.

(6) الشامسي جاسم علي، الضوابط التشريعية للمؤسسات المالية الإسلامية وفقاً لقانون الشركات التجارية لسنة 2015 والقوانين الأخرى في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث مقدم للنتقى الرباط الدولي الثالث للمالية الإسلامية حول "الضبط القانوني والمؤسّساتي للنظام المالي الإسلامي"، أيام 29-30 أكتوبر 2016، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المجلة الدولية للمالية، جانفي 2017، العدد الأول، مختبر البحث حول الضبط القانوني والسياسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، ص: 87.

وانظر كتابه: عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، العين، 1998، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص: 242، 243.

تتعامل به المصارف الإسلامية (المرابحة المصرفية) من عدة أوجه. فالمعقود عليه (الشيء المبيع) في المربحة المصرفية معين بالوصف لا بالذات، أما في المربحة الفقهية فإنه معين بذاته لا بوصفه. ثم إن المبيع في المربحة المصرفية غالباً ما لا يكون مملوكاً للمصرف (البائع)، على خلاف المبيع في المربحة الفقهية الذي يجب أن يكون مملوكاً للبائع وقت العقد. من جهة أخرى نجد أن الثمن في المربحة الفقهية معلوم قبل التفرق من مجلس العقد، في حين أن الثمن في المربحة المصرفية ليس معلوماً عند الاتفاق على البيع. ذلك أن الثمن الذي يلتزم به العميل هو الثمن الذي يشتري به المصرف في المستقبل. من وجه آخر نشير إلى أن القصد في المربحة المصرفية هو تمويل الشراء، الذي يتعسّر على العميل، في حين أن القصد في المربحة الفقهية هو المعاونة والبعد عن كل مساومة أو مفاوضة. فالأول كما يقول البعض من بيوع الآجال والثاني من بيوع الأمانات<sup>(1)</sup>.

ونظراً لهذا الاختلاف وما شاع من فهم غير دقيق وغير مضبوط لبيع المربحة، فإن الأمر يقتضي ضرورة العناية بالجانب القانوني وصياغة نصوص قانونية مضبوطة وموافقة لأحكام الفقه الإسلامي. لاسيما وأن كثيراً من الفقهاء يصطلح على ما تقوم به المصارف الإسلامية من بيوع بالمربحة تسمية عقود المواصفة التي تعني تحديد أوصاف السلعة التي يرغب الأمر في شرائها، مع الاتفاق على صفة الثمن بتحديد نسبة الربح أو مقداره<sup>(2)</sup>. ذلك أن إشكالية الاصطلاح أو التسمية كثيراً ما كانت السبب فيما عدم وضوح كثير من المفاهيم والمعاملات المالية، وكثيراً ما أثارت الاضطراب والاختلاف في الحكم على هذه المعاملة. فتسمية هذه المعاملة المصرفية ببيع المربحة كانت السبب المباشر في هذا القول العام الذي حظي به في محيط المصارف الإسلامية.

إن هذا الأمر يدفعنا للتشديد عند صياغة النصوص القانونية على الالتزام في تسمية المعاملات المالية وغير المالية الحديثة بأسمائها الشرعية بكل وضوح، دفعا للتعارض مع المسميات الفقهية، ودرءاً للريبة والشبهة.

### المبحث الثاني: آليات تأهيل وترقية المنظومة التشريعية

غني عن البيان أن صناعة المصرفية الإسلامية يجب أن تراعي بالمقام الأول مقاصد الشريعة الإسلامية وأن تعمل وفقاً لتعاليمها، إلا أن الواقع العملي يجري للأسف ضمن بيئة عمل شمولية تحتوي العمل المصرفي الإسلامي والتقليدي معاً ضمن إطار الأنظمة التجارية السارية. ولا شك أن هذا الوضع جعل كثيراً من جهات الاستثمار مترددة في المشاركة في الاستثمارات التي تقدمها المصارف الإسلامية، لاسيما ما يتعلق بالمعاملات التمويلية. بل وتعزف عنها في كثير من الأحيان نتيجة شعورها بعدم توفر الحماية القانونية اللازمة لحقوقها، واحتمال تعرّضها للخسارة لعدم وجود ضمانات كافية. كما هو الحال عند حدوث أي نزاع ملي أو قانوني. ويعكس هذا اللبس والغموض والحاجة لبيئة قانونية سليمة ومنسجمة لجوء الأطراف إلى المحاكم مباشرة للمطالبة بالحقوق وتسوية الخلافات. إن ما يقتضيه هذا الموضوع ضرورة بحث الوسائل العملية وتقديم الآليات القانونية الكفيلة بتأهيل البيئة القانونية والمهنية للأداء الحسن والفعال لمختلف المؤسسات المالية الإسلامية، وهو ما نتناوله من خلال المطالبين المواليين.

(1) الشامسي جاسم بن سالم، ضوابط المصارف الإسلامية، ص: 28.

(2) سراج محمد، النظام المصرفي، ص: 338.

### المطلب الأول: الآليات الشرعية والقانونية

تعد العوامة في إطار النظام العالمي الجديد، أو ما يسمى بنظام العوامة، أحد أهم التحديات التي يتوجب على المصارف الإسلامية الاستعداد لمواجهةها بيقظة تامة، من خلال الحرص على توظيف الضوابط الكفيلة بتنمية قدراتها، وتقوية حصانتها وتطوير أداءها كأحد أهم المؤسسات المالية الفاعلة على المستوى الإقليمي والعالمي<sup>(1)</sup>. ولعلنا نتطرق لأهم جوانب التطوير وترقية الأداء من خلال التعرض للجانبين الشرعي والقانوني، ثم الجوانب المالية والفنية.

### الفرع الأول: الآليات والضوابط الشرعية

تعتبر فكرة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في مجال المعاملات المالية الباعث الأساسي لإنشاء البنوك والمصارف الإسلامية. الأمر الذي يقتضي أن تعمل هذه الأخيرة على التقيد فعلاً بضوابط الشريعة في كل تحركاتها ومعاملاتها الداخلية والخارجية. ومن الضوابط والوسائل الشرعية التي ينبغي مراعاتها وتوظيفها من خلال نصوص قانونية تؤطر العمل المصرفي الإسلامي نشير إلى نقطتين مهمتين على سبيل المثال فقط.

أولاً: التقيد بخصوصية العمل المصرفي الإسلامي: ما من شك أن للمصارف الإسلامية خصوصية وميزات تنفرد بها عن غيرها، كما أنها تمارس أعمالها المصرفية بأسلوب مختلف عن أعمال المصارف التقليدية<sup>(2)</sup>. وفي هذا الصدد نشير إلى أن التشريع الإماراتي على سبيل المثال نص على ضرورة التقيد بالشريعة الإسلامية وتطبيق أحكامها عند إنشاء المؤسسات المالية الإسلامية، على المؤسسات المالية التجارية الأخرى<sup>(3)</sup>.

وعلى هذا الأساس يظهر أن التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية ومراعاة خصوصيتها في العمل المصرفي الإسلامية يجب أن يقيّد بنصوص قانونية وأن يظهر بشكل جلي شكلاً ومضموناً. إذ توجب الشكلية أن يُعنون المصرف بأنه مصرف إسلامي كما هو مثلاً حال مصرف الشارقة الإسلامي، مصرف فيصل الإسلامي وبنك دبي الإسلامي وغيرها من المصارف.

والمعنى مما سبق يظهر أن التسمية الإسلامية مطلوبة كإجراء ضروري للإنشاء، وهو ما تشترطه السلطات المختصة كإجراء جوهري لمنح الاعتماد، ذلك أن الوصف يدل على الموصوف. بل هو دليل على الميزة الإسلامية في المعاملات التي تميّزه عن غيره من البنوك التجارية.

(1) بن صغير مراد، مساهمة آليات حوكمة الشركات في الارتقاء بكفاءة الأسواق المالية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، سبتمبر، 2016، العدد 15، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ص: 504، 505.

(2) الهواري سيد، الاستثمار والتمويل بالمشاركة في البنوك الإسلامية، مصر، 1996، دار الجيل، ص: 122.

(3) تنص المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (6) لسنة 1985م في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية على الآتي: "يُقصد بالمصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية التزاماً بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتباشر نشاطها وفقاً لهذه الأحكام".

أما عن الجانب الموضوعي، فلا بد من تطبيق جميع الأحكام الشرعية على مختلف وجوه المعاملات المالية وأسس التنمية وسياستها ونظم تسييرها، بحيث يخرج العمل المصرفي في هذه البنوك بتنظيم قانوني تضبطه الأحكام الشرعية وتسيّره<sup>(1)</sup>.

ثانياً: تشكيل هيئة شرعية عليا للإشراف الرقابي على السوق المالية الإسلامية: من الضوابط الشرعية الملحة والجوهرية ضرورة تشكيل هيئة شرعية متكونة من كبار العلماء والفقهاء المتخصّصين في المعاملات المالية، الذين يجمعون بين الفقه والاقتصاد. وتعتبر هذه الهيئة دائمة تتولى المتابعة والإشراف والتوجيه والرقابة وتقديم الاستشارة الشرعية لكافة الهيئات الشرعية المشرفة على المؤسسات المالية الإسلامية. إن الغرض من وراء هذه الهيئة هو العمل على توحيد المرجعية الفقهية والتقليل من الخلافات الجزئية، فضلاً عن توحيد الجهود وتوجيه العمل المؤسسي وفق إطار شرعي وحتى قانوني موحد. إذ لا غنى للمصارف عن فقهاء متخصصين، تستفيد من علمهم وتستثمر خبراتهم في مجال العمل المصرفي الإسلامي للمتابعة والمراقبة والتثبت من شرعية السياسات القانونية والمالية وكذا الإجراءات المعمول بها، فضلاً عن المنتجات المقدمة أو المتوقع طرحها للعملاء، والعقود التي تعمل بمقتضاها، والنواحي القانونية والمالية والمحاسبية المصاحبة لكل ذلك. حيث تنعقد هذه الهيئة في اجتماعات دورية مرة حسب ما تقتضيه ظروف العمل وضروراته للنظر فيما يُستجد من موضوعات، والأخذ بالتوصيات اللازمة والعمل الجاد والفوري على تنفيذها. فضلاً عن قيامها من حين لآخر بمراجعة بعض العمليات التي يتم تنفيذها ومراقبة إجراءات هذا التنفيذ ومراحله سواء على مستوى المراكز أو الفروع.

### الفرع الثاني: الآليات والضوابط القانونية

يشكل الهاجس القانوني لدى المؤسسات المالية الإسلامية من خلال تهيئة بيئة قانونية ذات أسس سليمة وركائز قوية أكبر تحدّ لها، ونقطة ضعف وعامل قصور لديها في تطوير أداءها وترقية خدماتها واستثماراتها. ولا شك أن الاهتمام بالجانب القانوني يعد أولوية قصوى لضبط وتأطير العمل المصرفي الإسلامي، وهو ما لا يتأتى إلا بالاهتمام بأمرين متلازمين وهما ملائمة النصوص القانونية، وكفاءة الموارد البشرية.

أولاً: ملائمة النصوص القانونية: يعد البحث عن كيفية تهيئة البيئة القانونية المناسبة لتحصيل مزيد من التوسع والنمو للعمل المصرفي الإسلامي، فضلاً عن تطوير نظم الرقابة المصرفية، مما تقتضيه قواعد المنافسة ومعايير الارتقاء. ولا شك أن تخصيص جزء كبير من اهتمامات المؤسسات المالية الإسلامية بمراعاة الجانب القانوني، سيُسهم في توفير البيئة القانونية السليمة للعمل المصرفي ويضفي عليها مزيداً من الشفافية والوضوح. ولعلنا نقتصر في هذا الجانب على إبراز ثلاث دعائم كنماذج لتأهيل البيئة القانونية وتفعيلها.

أ- وضع منظومة قانونية تراعي عمل المصارف الإسلامية: تحتاج غالب النظم القانونية المعتمدة لدى البنوك والمصارف الإسلامية إلى مراجعة وتحيين وإعادة صياغة، مراعية في ذلك الميزة الإسلامية الأساسية التي

(1) بن صغير مراد، دوافع وضوابط إصلاح المنظومة التشريعية الجزائرية، مجلة دراسات قانونية، 2013، العدد 10، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، ص: 47 وما بعدها.

تنتهجها وتتمتع بها هذه المصارف عن غيرها<sup>(1)</sup>. إذ يقتضي الأمر أن تُنشأ هذه المصارف تحت مسمى إسلامي تميزها لها عن غيرها من المؤسسات المالية، وأن تعتمد الشريعة الإسلامية وأحكامها في كل تعاملاتها المالية والفنية داخلية كانت أو خارجية. كما يجب أن تتقيد هذه المؤسسات المالية بضوابط الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بإنشائها ووضع قانونها الأساسي، ثم في خدماتها من خلال معاملاتها مع العملاء من جهة، ثم من خلال العقود والاتفاقيات التي تربطها بغيرها من المؤسسات المالية الأخرى وفي مقدمتها البنوك المركزية.

ب- العمل على تبني نظام التحكيم الإسلامي: يعتبر التحكيم التجاري من أهم الآليات التي ينبغي أن تولمها المصارف الإسلامية اهتماما أكبر، وأن تعمل على تطويرها، بل وقبل ذلك العمل على تبنيها في منظومتها القانونية والنص على اعتبارها وسيلة قانونية من وسائل فض النزاعات المالية وغير المالية التي تكون بين المصارف الإسلامية فيما بينها، أو فيما بينها وبينها من المصارف التجارية الأخرى. ذلك أن التحكيم لاسيما التجاري قد أثبت نجاعته وفعالته في كثير من الخلافات والقضايا، فحري أن تعمل المؤسسات المالية الإسلامية على تبني هذا النظام ذو المزايا العديدة في معالجة الخلافات المالية التي تنشأ بينها وبين المتعاملين أو البنوك والمصارف الأخرى. وجدير بالإشارة أن المؤتمر الأخير المؤتمر الدولي الأول في التحكيم التجاري الإسلامي، الذي عقد في جامعة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة، قد شدد على ضرورة تبني وتشجيع اللجوء إلى التحكيم التجاري الإسلامي، واعتماده كوسيلة لمعالجة مختلف القضايا الخلافية والمتنازع عليها<sup>(2)</sup>.

ج- تبني وتشجيع نظام التأمين التكافلي: وهو من المسائل التي يجب أن تعمل المؤسسات المالية الإسلامية على تفعيلها ونشرها على أوسع نطاق، باعتباره بديلا شرعيا أثبت نجاعته وقدرته التنافسية. وفي هذا الشأن شددت معظم الهيئات والمجامع الفقهية على ضرورة اللجوء إلى التأمين التعاوني بديلا عن التعاون التجاري. الأمر الذي يقتضي أن تبذل من خلاله البنوك والمصارف الإسلامية جهدا مضاعفا قصد إنشاء أو تمويل مشاريع إنجاز مؤسسات للتأمين التكافلي، لما فيه من المصالح الدينية والاقتصادية والاجتماعية، وهي كلها أهداف تسعى المؤسسات المالية الإسلامية لتحقيقها<sup>(3)</sup>.

ثانيا: كفاءة وتأهيل العامل البشري: من المسائل التي تتطلب عملا إشرافيا ومراجعة عاجلة، النظر في كفاءة الكوادر البشرية العاملة لدى المصارف الإسلامية، والعمل على تأهيلها ورفع من مستواها من خلال التكوين

(1) أهم التوصيات التي غالبا ما تؤكد عليها مؤتمرات وندوات المصارف الإسلامية، ضرورة تهيئة البيئة القانونية المنسجمة مع الطبيعة الخاصة والاستثنائية لعمل المصارف الإسلامية. يراجع على سبيل المثال: المؤتمر الرابع للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، المنعقد بالعاصمة السورية دمشق، يومي 1 و2 يونيو 2009. مجلة الاقتصاد الإسلامي، رجب 1430 هـ، الموافق يوليو 2009، العدد 340، ص: 32، 33، 34.

ملتقى الرباط الدولي الثالث للمالية الإسلامية حول " الضبط القانوني والمؤسّساتي للنظام المالي الإسلامي"، أيام 29-30 أكتوبر 2016، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المجلة الدولية للمالية، جانفي 2017، العدد الأول، مختبر البحث حول الضبط القانوني والسياسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، ص 1، 2.

(2) الملتقى الدولي الأول في التحكيم التجاري الإسلامي، مركز الشارقة الإسلامي لدراسات الاقتصاد والتمويل، مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الشارقة، يوم 07 ديسمبر 2016، جامعة الشارقة.

(3) بن صغير مراد، التأمين التعاوني ودوره في ضمان حقوق الدائنين وتطبيقاته المعاصرة، مجلة دراسات قانونية، 2009، العدد 06، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، ص: 156.



المزدوج القانوني والشرعي، وتدريبهم على صياغة ومعالجة مختلف المعاملات المالية وفق الضوابط الشرعية. وهذا دون شك يتطلب جهداً مضاعفاً وتخصّصاً إضافياً مقارنة بالبنوك التجارية التقليدية.

وفي هذا الصدد نؤكد على ضرورة توافر التكوين والكفاءة الشرعية والقانونية لدى العاملين في هذه المصارف، والتي من شأنها أن تؤهل هذه المؤسسات المالية للإقبال عليها وتحقيق التنافسية. إذ نسجل في هذا الإطار أن أكبر التحديات التي تعيق مسيرة أداء المصارف الإسلامية يتمثل في ضعف الجانب القانوني لدى العاملين في هذه البنوك، بل والنقص الكبير في المهنيين المحترفين والمتخصّصين في الصيرفة الإسلامية. ذلك أن أغلب خبرات موظفي هذه البنوك كانت في بنوك تقليدية، ورثت كثيراً من المفاهيم والمبادئ المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

### المطلب الثاني: الآليات المالية والفنية

من الآليات والوسائل التي لا تقل أهمية عن الجانبين الشرعي والقانوني في أداء المصارف الإسلامية، ما يتعلق بالاهتمام بالجانب المالي والفني أو المهني. على أساس أن أي عمل مهما كان نوعه أو غرضه فإن غاية اعتماده على الجانب المادي المالي، ثم كيفية تسيير ومراقبة هذا العمل، وقبل ذلك كيفية الحفاظ على رأس المال وتنميته.

### الفرع الأول: الآليات والوسائل المالية

إن أداء وعمل المؤسسات المالية الإسلامية يعتمد بالدرجة الأولى على القدرات المالية والإمكانات الفنية والإدارية، شأنها في ذلك شأن أي مشروع اقتصادي استثماري يهدف إلى تحقيق الربح من خلال تقديم خدمة معينة. ولما كان المال هو عصب الحياة لا تقوم مصالح الناس الدنيوية إلا به، كان لزاماً على البنوك والمصارف الإسلامية وضع الإطار القانوني والشرعي لاستثمار الأموال بما يحقق المطلوب من الأرباح والعائدات، بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية. ولعل ذلك لن يتأتى إلا بإتباع جملة من الآليات والوسائل المشروعة، من أهمها:

- تدليل العقوبات وإزاحة الحواجز المالية التي ترهق المصارف الإسلامية، وعدم إلزامها بشق أشكال المعاملات المخالفة للضوابط الشرعية. ويأتي في مقدمة تلك الإجراءات والوسائل ضرورة العمل على تقديم السيولة المطلوبة عند حاجة المصارف الإسلامية إليها، باعتبار ذلك أهم التزامات البنوك المركزية باعتبارها المقرض الأخير بالنسبة للمصارف الإسلامية، شريطة أن يكون ذلك وفق خصوصية هذه المصارف وما قامت عليه من عدم التعامل بالفوائد الربوية، فلا يكون هذا القرض بفائدة ربوية كتمويل لها. وإنما يكون في شكل صيغ أخرى جائزة شرعاً إما في صورة قرض حسن أو وديعة استثمارية.

- ارتباطاً مع هذا العنصر وتنمته لما أشرنا إليه سابقاً، يجب على الأجهزة والدوائر النقدية مراعاة مبدأ المساواة والعدل في التعامل مع المؤسسات المالية على اختلافها، بالموازاة مع مراعاة الاعتبارات والأسس والضوابط التي قامت عليها كل مؤسسة مالية. ونشير في هذا الصدد إلى ضرورة تفهّم ومراعاة خصوصية المصرف الإسلامي عند وضع التعليمات التطبيقية، وممارسة أعمال الرقابة عليها. إذ لا شك أن هذا الإجراء يعتبر ضرورياً لإزالة كل ما من شأنه التحيز للمصارف التجارية التقليدية (الربوية) ومنحها ميزات على حساب المصارف الإسلامية.

- من الآليات التي نراها مناسبة وجديرة بالاهتمام والتطبيق، ضرورة التقيّد بالمعاملات الشرعية الثابتة بالأدلة الشرعية، فضلاً عن البحث عن أساليب استثمارية أخرى في إطار الضوابط الشرعية دون توسّع أو شبهة.

ومما نود الإشارة إليه خصوصاً في هذا الإطار ضرورة اعتماد المصارف الإسلامية أسلوب المشاركة في تجارة السلع والبضائع كبديل عن أسلوب المراهجة للأمر بالشراء، على أساس أن معاملات المراهجة كما يرى البعض أنها لم تحظى بإجماع المختصين في الفقه الإسلامي<sup>(1)</sup>.

ثانياً: الآليات الإدارية والأدوات الفنية و: تحتاج المؤسسات المالية الإسلامية إلى رفع قدراتها الفنية وتطوير أساليب معاملاتها وإدارتها لديها، قصد بلوغ الأهداف وتحقيق الريادة في العمل المصرفي، فضلاً على تطوير القدرة التنافسية. ولا شك أن ذلك يحتاج إلى وضع إستراتيجية شاملة تضمن جودة الخدمات واستمراريتها، وترتقي بمستوى الأداء والتميز لدى هذه المصارف. ولأجل بلوغ هذه الأهداف يجب اتخاذ مجموعة من الخطوات واعتماد عدد من الآليات، نكتفي بذكر أهمها.

ضرورة استمرار العمل بشكل أشمل وأوسع على تطوير القدرات الإدارية والتنظيمية ورفع مستوى التكوين لدى العاملين في المصارف الإسلامية- كما أشرنا إلى ذلك -، من خلال ضمان التكوين المتواصل والتدريب عالي المستوى قصد تأهيلهم وتطوير قدراتهم وكفاءتهم المهنية والفنية والإدارية في ممارستهم للعمل. من جهة أخرى ينبغي العمل على تأصيل جانب الوازع الديني وتنمية الجانب الأخلاقي والمهني والقيمي للعاملين لدى المصارف الإسلامية<sup>(2)</sup>، مع الحرص على توطيد مبادئ الأمانة والثقة والنزاهة التي تقوم عليها هذه المصارف في أداءها لرسالتها النبيلة.

العمل على توظيف أحدث الأساليب التكنولوجية في الإدارة المصرفية وتطبيق أفضل أنظمة العمل المصرفي، من خلال إنشاء نظام لتبادل المعلومات والخبرات والاستشارات والتنسيق بين بنوك المعلومات فيما بين المؤسسات المالية الإسلامية من جهة، وفيما بينها وبين غيرها من البنوك التقليدية قصد اكتساب الخبرة وتطوير الأداء المهني والاحترافي. مما سيكون له دون شك انعكاساً إيجابياً على مستوى الأداء والجودة الخاص بهذه المصارف الإسلامية. وما من شك أن مثل هذه الإجراءات والوسائل تعد خطوة مهمة وجديّة في سبيل تطوير العمل المصرفي الإسلامي وسعة انتشاره.

العمل الحثيث على ضرورة إنشاء سوق مالية إسلامية متخصصة تجمع وتربط كل المصارف الإسلامية تحت سقف مظلة إشرافية واحدة وتوحد جهودها فيما بينها، قصد تشكيل قطب اقتصادي قوي ومؤثر في حركة الأسواق والتداولات المالية العالمية. كما تعمل على ربط اقتصاديات الدول الإسلامية بهذه المصارف التي أسهمت ولا تزال في تعزيز الأنشطة الاقتصادية ذات العلاقة المباشرة بالأسواق المالية، كتسريع عمليات التخصيص في عدد من الدول الإسلامية، وتمويل شراء أسهم الشركات والقيام بتداولها في البورصة<sup>(3)</sup>. الأمر الذي يحتم على هذه المصارف من وجه آخر ضرورة الاستفادة من اتفاقية تحرير تجارة الخدمات المصرفية، من خلال التواجد التجاري المصرفي على أوسع نطاق، والعمل على توسيع دائرة نشاط المصارف الإسلامية عالمياً من خلال فتح الفروع ومكاتب التمثيل الاستشاري وغير ذلك من الآليات التي تسهم في تواجدها العالمي.

(1) صوان محمود حسن، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، ط 2، عمان، 2008، دار وائل، ص: 277.

(2) فليح حسن خلف، البنوك الإسلامية، ص: 422.

(3) سفر أحمد، المصارف والأسواق المالية التقليدية والإسلامية في البلدان العربية، بيروت، 2006، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص: 149، 150.

أخيراً التأكيد على ضرورة وجود هيئة الرقابة الشرعية وبيان مدى أهميتها ودورها في الرقابة مع تمتعها بالاستقلالية في العمل والإلزامية فيما تتخذه ويصدر عنها من قرارات. ذلك أن ميزة وبقاء هذه المصارف الإسلامية مرهون بكفاءة الهيئات الشرعية ومستوى تكوينها، فضلاً عن قدرتها واستقلاليتها في إصدار الاستشارات والفتاوى والتوجيهات. ونشير إلى أن العديد من الدول قد سعت إلى تكوين هيئة عليا للرقابة الشرعية تتولى الإشراف المباشر على عمل المصارف الإسلامية، على غرار المملكة العربية السعودية وسوريا والسودان والإمارات العربية المتحدة<sup>(1)</sup>.

#### خاتمة:

أضحت مؤسّسات التمويل المصرفي الإسلامي في الوقت الراهن أهم الدعائم التي يعتمد عليها نظام الاقتصاد الإسلامي، باعتبارها مؤسسات مالية تقوم بأداء الخدمات المالية والمصرفية المختلفة، كما تساهم في تطوير اقتصاد الدول من خلال مباشرة مختلف أعمال التمويل والاستثمار في مختلف المجالات وفق ضوابط وأحكام الشريعة الإسلامية.

وما من شك أن النظام المصرفي الإسلامي في حاجة ماسة إلى دراسات وبحوث مستمرة، كما هو في حاجة إلى متابعة منتظمة قصد تحسين أداءه وترقية عمله وتطويره. ولأجل هذا الغرض فإن النظام المصرفي الإسلامي عموماً ومؤسسات التمويل المصرفي خصوصاً تتطلب مجموعة من الآليات والخطوات الضرورية، تحقيقاً لبيئة مالية خصبة كفيلة بالمساهمة في دفع عجلة الاقتصاد وتطوير النظام المالي المصرفي. ولعل أهم ما كشف عنه هذا البحث هو الدور الفاعل للبيئة القانونية في رفع مستوى أداء المؤسسات المصرفية المالية، من خلال إعداد منظومة قانونية متكاملة ومنسجمة تسير حركية المعاملات المالية المتسارعة من جهة، وتستجيب لضوابط وأحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى. إذ تواجه مؤسسات التمويل المصرفي الإسلامي عديد التحديات والصعوبات المرتبطة بالجانب القانوني المتمثل في عدم وجود بيئة قانونية منسجمة إلى حد ما مع الضوابط الشرعية التي تقوم عليها هذه المصارف أو المؤسسات.

فقد تطرقت الدراسة إلى أبرز التحديات والعوائق التي تواجه نشاط وسمعة المصارف الإسلامية، سواء كانت عوائق داخلية أو خارجية. كما تناولت الآليات والوسائل الكفيلة بترقية أداء المؤسسات المالية الإسلامية وتطويرها من خلال تهيئة بيئة قانونية مؤهلة وسليمة، وكذا توسيع فرص الاستثمار والتعاون بين المصارف الإسلامية والبنوك المركزية، وضرورة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وتطبيقها في كافة المعاملات المالية.

ولعل أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث:

أن العمل المصرفي الإسلامي لازال يعرف ضعفاً ويمارس بشكل محتشم وضعيف ولم يعرف تطبيقاً فعالاً وكافياً في بعض الدول الإسلامية والعربية كما هو الشأن مثلاً في الجزائر وتونس وغيرها.

<sup>(1)</sup> تنص المادة الخامسة (5) من القانون الاتحادي رقم (6) لسنة 1985م في شأن المصارف الإسلامية على الآتي: "تُشكّل بقرار مجلس الوزراء هيئة عليا شرعية تضم عناصر شرعية وقانونية ومصرفية تتولى الرقابة العليا على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية للتحقق من مشروعية معاملاتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كذلك إبداء الرأي فيما يعرض على هذه الجهات من مسائل أثناء ممارستها لنشاطها، ويكون رأي الهيئة العليا ملزماً للجهات المذكورة، وتلحق هذه الهيئة بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف".

- غياب التنسيق والانسجام بين الإطار القانوني لعمل المؤسسات المصرفية الإسلامية وضوابط أو أحكام الشريعة الإسلامية، إذ غالباً ما يظهر تركيز البنوك والمصارف على الجانب الشرعي دون الجانب القانوني.
- غالباً ما تعانيه البنوك الإسلامية يتعلق بإشكالية إدارة السيولة المالية، إذ غالباً ما ترتبط التحديات والصعوبات إما بالفائض أو العجز. ذلك أن معظم المصارف الإسلامية تتبع إدارة سيولة الأصول، وذلك لافتقار العمليات المالية الإسلامية للبنية التحتية الملائمة.
- يعتبر وجود سوق نقد إسلامي من أهم المتطلبات الأساسية للمصارف الإسلامية، وذلك لقدرته على حل العديد من المشاكل التمويلية في الآجال المختلفة. فضلاً عن الاحتفاظ بتشكيلة مناسبة من الموجودات التي تساعد من تقليل حجم مخاطر عدم التوافق في آجال الموارد والاستخدامات. رغم اقتصر المؤسسات المصرفية الإسلامية على أهم أدوات السيولة المتمثلة في المرابحة السلعية.
- وعلى ضوء هذه النتائج نختم الدراسة ببعض أهم التوصيات المرتبطة بتكريس بيئة قانونية كفيلة بترقية أداء ودور المصارف والبنوك الإسلامية والمتمثلة فيما يلي:
- 1- ضرورة خلق سوق مصرفية إسلامية على المستوى المحلي والدولي، بالتوازي مع العمل على إنشاء بنك مركزي إسلامي يدير السياسة النقدية والمالية للمصارف الإسلامية، من أجل تحقيق التعاون والتنسيق مع بعضها البعض في مجال الاستثمارات، وأن يكون ذلك على كافة المستويات المحلية والإقليمية بل وحتى على مستوى العالم الإسلامي ولاسيما في الدول الإسلامية ذات الفرص الاستثمارية الواعدة.
  - 2- ضرورة زيادة توثيق تعاون المصارف الإسلامية فيما بينها، لاسيما في مجال إدارة السيولة والعمل على تسوية المعاملات فيما بينها بالسبل الشرعية والودية. إضافة إلى إبرام عقود واتفاقيات مع المصارف التقليدية لتسهيل عمليات إدارة السيولة، من خلال العمل على وضع إستراتيجية شاملة وفاعلة لإدارة السيولة للأصول والالتزامات.
  - 3- ضرورة اهتمام الهيئات التشريعية والمهتمين القانونيين والاقتصاديين بتطوير آفاق وسبل ترقية أداء المصارف الإسلامية، بالعمل على استحداث أدوات ومشاريع استثمارية مالية متوسطة وطويلة الأجل، تسهم في الموازنة بين السيولة والربحية وترفع من مستويات إدارة السيولة في البنوك الإسلامية وفق أحكام الشريعة الإسلامية.
  - 4- العمل على وضع منظومة قانونية وفق أحكام الشريعة الإسلامية، تراعي خصوصية المؤسسات المالية الإسلامية من جهة، وتضمن تطوير أداءها وتحقيق التعاون والتعايش مع غيرها من البنوك التقليدية. وذلك من خلال إعداد النصوص القانونية الملائمة، وتأهيل الكوادر ورفع مستوى الأداء لديها، ضمن أطر قانونية وتنظيمية تستوعب المصارف الإسلامية على المستوى العالمي.
  - 5- ضرورة وضع المخصّصات والاحتياطات اللازمة لمواجهة المخاطر التي قد تواجهها المصارف والبنوك الإسلامية، من خلال إنشاء صندوق احتياطي مشترك بين البنوك الإسلامية على المستوى المحلي والدولي، تُخصّص منه نسبة معينة سنوياً لإمداد البنوك الإسلامية بالسيولة عند الحاجة.

## الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام للجماعات الإقليمية

## Administrative control over the delegations of the General Facility of the regional groups

ليندة أونيسي\*

جامعة عباس لغرور خنشلة

[ounissi\\_l@hotmail.fr](mailto:ounissi_l@hotmail.fr)

تاريخ القبول: 2020-06-11

تاريخ المراجعة: 2020-06-09

تاريخ الإيداع: 2019-12-16

**الملخص:**

لقد اعتنى المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية بموضوع الرقابة الإدارية، بحيث خصص لها فصلا كاملا اشتمل على مختلف أنواع الرقابات من رقابة داخلية، خارجية، قبلية أو بعدية كانت.

ونظرا لأهمية هذه الرقابة في الحفاظ على المال العام وضمان المنافسة في الوصول إلى أحسن العروض من جهة واتساع هذه الرقابة وشمولها لجميع أنواع التفويضات، حاولنا من خلال هذه الدراسة التطرق إلى الرقابة الإدارية الداخلية التي تمارسها لجنة اختيار وانتقاء العروض، و الرقابة الإدارية الخارجية عن طرق لجنة تفويضات المرفق العام والرقابة البعدية عن طريق السلطة المفوضة .

يهدف هذا الموضوع إلى دراسة الأحكام القانونية المتعلقة بالرقابة الإدارية ، والبحث في مدى فعاليتها في تكريس مبدأ الشفافية في إبرام اتفاقية التفويض من جهة، ومبدأ الجماعة في اختيار أحسن العروض من جهة ثانية، وضمان منافسة مشروعة تكفل المساواة بين المترشحين من جهة ثالثة ، مما يبعد في النهاية اتفاقية التفويض عن كل شبهة .  
الكلمات المفتاحية: الرقابة الإدارية؛ تفويض المرفق العام؛ الجماعات الإقليمية .

**Abstract:**

Executive Decree No. 18/199 on the delegation of the General Facility to the regional communities on administrative control was devoted to a chapter containing various types of oversight from internal, external, tribal or other functions.

The importance of this control in maintaining public money and ensuring competition in reaching the best offers on the one hand, and the expansion of this control for all types of delegations, we have addressed internal management control exercised by the selection and selection Committee, and external administrative control through the General Facility delegations Committee and the follow-up control through the delegated authority.

We studied the legal provisions related to administrative control, and examined the extent of their effectiveness in devoting the principle of transparency in concluding an authorization agreement on the one hand, and the principle of collectivity in choosing the best offers on the other hand, and ensuring legitimate competition.

**Keywords :** Administrative control; delegation of the General Facility; the regional groups.

\* المؤلف المرسل: ليندة أونيسي.

## المقدمة:

عرفت الجزائر كغيرها من الدول في كل مرحلة من مراحل تطورها مجموعة من التشريعات التي تهدف من خلالها إلى تنظيم المرافق العامة والبحث عن أنجع السبل لتسييرها، مما انعكس على طبيعة العلاقة القانونية التي تربطها بالمرافق العامة خاصة الاقتصادية، وذلك برفع يد الدولة عن معظم النشاطات الاقتصادية وتحفيز الاستثمار لضمان الرفاهية للمواطن وتحقيق أكثر فاعلية للمرافق العامة، وتأتي مرحلة ما بعد سنة 2015 بفكرة جديدة تتعلق بالمرافق العامة وتسييرها تتمحور في تفويض المرفق العام .

تعاني الجماعات الإقليمية وخاصة البلديات في الجزائر عجزا ماليا مما أثقل كاهل الدولة ، ويرجع سبب ذلك إلى نقص الموارد البشرية والمادية وغياب الكفاءة في التسيير، وعليه تدخلت السلطات العمومية في الدولة إلى إعادة النظر في سياسة ترشيد الخدمات العامة وتنميتها وإسناد تسيير بعض المرافق إلى المتعاملين الخواص من أجل تمكين الجماعات الإقليمية من القيام بدورها الاقتصادي التنموي المحلي، وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتعلق بتفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية<sup>1</sup>.

إن تنازل الجماعات الإقليمية عن تسيير المرافق العامة لأشخاص القانون الخاص يفرض عليها السهر على احترام المبدأ الأساسي الذي يحكم المرفق العام وهو المصلحة العامة بأبعاده المختلفة ، وتحسين جودة الخدمات لأن الطرق المعتمدة من قبل الخواص تتميز بالبساطة والسرعة ستمكن لا محالة من تقديم خدمة عمومية في وقت مناسب وبجودة عالية مما يلي حاجيات المواطنين، وكذلك عصرنة طرق التسيير والعمل على تقليص دور تدخل الجماعات الإقليمية في التسيير المباشر لحاجيات المواطنين من خلال إعادة الثروة بين القطاعين العام والخاص، وهذا لن يتحقق إلا بفرض رقابة شاملة سواء إدارية أو وصائية لضمان ذلك.

اعتنى المرسوم التنفيذي رقم 199-18 بموضوع الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام ، بحيث خصص لها فصلا كاملا اشتمل على مختلف أنواع الرقابات من رقابة داخلية، خارجية، قبلية أو بعدية كانت، باعتبار الرقابة هي الحصن المنيع للحفاظ على المال العام ولا أحد ينكر دورها المهم في ذلك<sup>2</sup>، إلى جانب اتساع هذه الرقابة وشمولها لجميع أنواع التفويضات ولجميع المراحل التي تمر بها، حاولنا من خلال هذه الدراسة التطرق إلى الشق المتعلق بالرقابة القبلية التي تمارسها لجنة اختيار وانتقاء العروض ، وفي إطار الرقابة الخارجية لجنة تفويضات المرفق العام، والرقابة البعدية التي تمارسها السلطة المفوضة .

وعليه فإن الإشكالية المطروحة في هذا البحث تتمثل في: "ما هي أنواع الرقابة الإدارية التي نص عليها المشرع الجزائري على تفويضات المرفق العام المحلي في ظل المرسوم التنفيذي رقم 199/18. "

إن الإجابة على الإشكالية أعلاه تتطلب بالضرورة إتباع المنهج التحليلي من خلال تحليل الأحكام القانونية المتعلقة بالرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام الصادرة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 199/18، والبحث في مدى فعاليتها في ضمان خدمة عمومية محلية جيدة.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 199-18 المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 أوت 2018، ج رعد 48، الصادرة في 5 أوت 2018.

<sup>2</sup> - بشيرة بجاوي، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، رسالة ماجستير، 201، كلية الحقوق بودواو، جامعة بومرداس، ص 2، ص 08.

ومن أجل دراسة هذا الموضوع بشيء من التفصيل قمنا بتقسيم الموضوع كما يلي:

المحور الأول: الرقابة الإدارية الداخلية المنفذة من قبل لجنة اختيار وانتقاء العروض

المحور الثاني: رقابة لجنة تفويضات المرفوق العام ورقابة السلطة المفوضة البعيدة

المحور الثالث: مدى فعالية الرقابة الإدارية على تفويضات المرفوق العام

### المحور الأول: الرقابة الإدارية الداخلية المنفذة من قبل لجنة اختيار وانتقاء العروض

تفويض المرفوق العام عقد بموجبه يفوض شخص معنوي خاضع لقانون عام يسمى المفوض لمدة محددة تسيير مرفوق عام يتولى مسؤوليته شخص خاضع للقانون الخاص يسمى المفوض إليه<sup>1</sup>، كما يعد أيضا ذلك العقد الذي يقوم بموجبه شخص مسؤول عن مرفوق عام مهمة تسيير هذا المرفوق المفوض له، يمكن أن يكون شخص عام أو خاص، ويكون أجر المفوض له مرتبطا بنتائج استغلال المرفوق<sup>2</sup>.

أما تفويض المرفوق العام المحلي فهو وسيلة تمكن مسيري الجماعات الإقليمية من تسيير المرافق التي تقع على عاتقهم بشكل فعال ومرن، بغية ضمان خدمات ذات نوعية لمستعملي المرفوق العام، وتفويض المرفوق العام المحلي هو اتفاقية يخول من خلالها شخص معنوي خاضع للقانون العام و مسؤول عن مرفوق عام، يدعى السلطة المفوضة، بعض مهامه غير السيادية إلى شخص آخر يدعى المفوض له<sup>3</sup>، وتطبيقا للمادة 4 من المرسوم التنفيذي 199/18 التي نصت على: "يمكن الجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفوق عام، التي تدعى في صلب النص "السلطة المفوضة" أن تفوض تسيير مرفوق عام إلى شخص معنوي عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، يدعى في صلب النص "المفوض له" بموجب اتفاقية تفويض".

إذن أطراف اتفاقية تفويض المرفوق العام المحلي حسب المادة 4 السابقة الذكرهما:

- السلطة المفوضة: نجدها إما الجماعات الإقليمية التي تأخذ شكل ولاية أو بلدية وهو ما نصت عليه المادة 16 من التعديل الدستوري 2016<sup>4</sup>، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها والتي نص عليها كل من قانون البلدية رقم 10/11 في كل من المادتين 153 و154<sup>5</sup> وقانون الولاية 07/12 في المادتين 146 و147<sup>6</sup>.

- المفوض له: بالرجوع للمادة 4 من المرسوم التنفيذي 199/18 السابقة الذكر، نجد انه تم حصر المفوض له في شخص معنوي قد يكون عام أو خاص، شريطة أن يكون خاضع للقانون الجزائري، بمعنى له موطن وعنوان، له

<sup>1</sup> -Braconnier Stefane, Droit de services publics, p u f ,Paris ,2008,p413.

<sup>2</sup> - Dribenko Bernard, Droit de l'eau, edition gualino,paris,2008,p222.

<sup>3</sup> نصت المادة 2 من المرسوم التنفيذي 199/18 على: "يقصد بتفويض المرفوق العام في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية

التابعة للسلطات العمومية، لمدة محدودة إلى المفوض له المذكور في المادة 4 أدناه، بهدف الصالح العام".

<sup>4</sup> نصت المادة 16 من التعديل الدستوري 2016 على: "الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية....."، ج ر، عدد 14، الصادرة في 2016/03/07.

<sup>5</sup> نصت المادة 153 من القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر، عدد 37 الصادرة في 3 جويلية 2011 على: "يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها"، ونصت المادة 154 على: "تكون المؤسسات العمومية البلدية ذات طابع إداري أو ذات طابع صناعي وتجاري ويجب على المؤسسة العمومية البلدية ذات الطابع الصناعي والتجاري أن توازن بين إيراداتها ونفقاتها".

<sup>6</sup> نصت المادة 146 من القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية، ج ر، عدد 07 المؤرخة في 29 فيفري 2012 على: "يمكن المجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية"، ونصت المادة 147 على: "تأخذ المؤسسة العمومية الولائية شكل مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري حسب الهدف المرجو منها".

قانون أساسي، هذا بالنسبة للشركات التجارية، ويكون في شكل شركة أو مؤسسة أو تجمع، سواء كان أجنبي أو وطني.

تلتزم الجماعات الإقليمية على احترام مبادئ الشفافية والمساواة والمنافسة في عملية إبرام وتنفيذ اتفاقيات التفويض، ولا سبيل لتأكيد التزامها بهذه المبادئ إلا من خلال تفعيلها لمبدأ آخر في غاية الأهمية وهو الرقابة والتي حددها المرسوم التنفيذي 199/18 في الرقابة الإدارية التي تمارسها هيئات إدارية داخلية أو خارجية على اتفاقية التفويض، وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة لتفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، فقد نص المرسوم التنفيذي رقم 199/18 على مضمونها الرقابة الإدارية بالمواد (74 ومن المواد 75 إلى 83)، جاعلا منها رقابة قبلية داخلية وخارجية ورقابة بعدية بمجرد دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ<sup>1</sup>، تنفذ من طرف السلطة المفوضة .

في إطار الرقابة الذاتية للإدارة، عادة ما يلجأ المشرع إلى الاعتماد على آليات رقابية داخلية عن طريق إنشاء اللجان الإدارية. وتقوم هذه الأخيرة برقابة بعض أعمال الإدارة بالرغم من خضوعها هي نفسها للسلطة السلمية للرئيس الإداري، وانطلاقا من ذلك أورد المرسوم التنفيذي رقم 199/18 المتضمن تفويض المرفق العام وتحديدًا في الفصل الرابع المعنون "رقابة تفويضات المرفق العام" بالمادة 75 منه تحديدا لأهم جهات الرقابة الداخلية ألا وهي لجنة اختيار وانتقاء العروض بنصها: "تنشئ السلطة المفوضة في إطار الرقابة الداخلية، لجنة لاختيار وانتقاء العروض،..... وتتكون من ستة (6) موظفين مؤهلين من بينهم الرئيس....". فهي إذن لجنة إدارية واحدة تحدثها على وجه الإلزام كل الهيئات المكلفة بإبرام تفويضات المرفق العام في إطار الرقابة الداخلية .

#### أولا- تشكيلة اللجنة

نصت المادة 2/75 من المرسوم التنفيذي 199/18 على ما يلي: تتكون هذه اللجنة من ستة (6) موظفين مؤهلين، من بينهم الرئيس، يعينهم مسؤول السلطة المفوضة...". واستنادا لذلك تنشأ لجنة اختيار وانتقاء العروض من طرف السلطة المفوضة، يعين أعضائها من طرف رئيس السلطة المفوضة بموجب مقرر يتضمن عادة أسماء أعضاء اللجنة ورئيسها، لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد .

وأما عن معايير الاختيار لعضوية اللجنة، فحسب نص المادة 76 من نفس المرسوم التنفيذي، الذي جعل مسألة اختيار الأعضاء قائمة على أساس الكفاءة، وهو أمر منطقي كون مهام اللجنة وخاصة المتعلقة بفحص العروض والتفاوض، يحتاج إلى قدر كبير من الدراية والمعرفة بمعايير التحليل والترجيح والمفاضلة المبينة في دفاتر الشروط، زيادة على ذلك فإن قانون تفويض المرفق العام للجماعات الإقليمية، اشترط لعضوية لجنة اختيار وانتقاء العروض تبعية العضو للسلطة المفوضة، وبذلك يتم القضاء على ظاهرة تعيين أعضاء من خارج السلطة المفوضة لأهداف لا تتعلق بالمصلحة العامة بقدر ما ترتبط ببعض الأهداف الضيقة للمشرفين على السلطات المفوضة .

والملاحظ هنا بشأن تشكيلة اللجنة، أن المشرع قام بتحديد عدد أعضائها، تاركا مسألة تنظيم عملها لمسؤول السلطة المفوضة الذي يحدد نظامها الداخلي بموجب مقرر، دون أن يفوت الفرصة على السلطة المفوضة في الاستعانة - عند الاقتضاء - بكل شخص يمكنه بحكم كفاءته أن ينير اللجنة في أشغالها .

<sup>1</sup> -انظر: المادة 74 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المرجع السابق.



## ثانفا: آلفة عمل اللفنة ومهامها

عهد المشرع للفة اأفار وانقاء العروض باأفاصاف ومهام آآلاء مع دورها الهام كرقابة إدارفة داخلفة هذفها الوصول إلى اأفار أأسن العروض ، وآأقق سلامة وصأة وشفاففة إأراءاف الآعاقد من أةة أخرى ، ولأجل ذلك أوكل لها عدة مهام إدارفة وآقنفة دقفة حددتها المادة 77 من المرسوم الآنففذي 199/18 ، الفف جعلتها مكلفة بفتح العروض وفأص ملفات الآعهد وفأص العروض والآفواض كما فلف:

### 1- مرألة فآح العروض

إن اأفاص لفة اأفار وانقاء العروض وفف مرألة فآح الملفات الفف آعد أولى مراحل عملها مقفد آقفا دقففا بموجب المرسوم الآنففذي رقم 199/18 السابق الذكر ، فبعء أن فآم اسآءعاء كل أءفاء للفة من طرف السلطة المفوضة ، وفف آرفوم وآر ساعة من أجل آأضفر العروض آباشر للفة عملها بفتح الاظرفة ، وفآم ذلك فف ألسة علنفة آكرفسا لشفاففة الإأراءاف ، وآلال هذة المرألة آقوم للفة بالمهام الآلفة:

- الآأكد من آسأل ملفات الآعهد أو العروض فف سأل آاص معد آأففا لهذا الغرض على مسآوف السلطة المفوضة ،
  - القفام بفتح الاظرفة ،
  - إءاء القائمة الاسمفة للمآرشأفن الذفن آم انقاءهم ، آسب الآالة ، وآرفف وصول الاظرفة ، دون آمفرز أو انأفاز وفا للمادة 3 من المرسوم الآنففذي رقم 18-199<sup>1</sup> ،
  - إءاء قائمة الوآائف الفف فآكون منها ملف آعهد وكل عرض ،
  - آأرفر مآضر اأآماع فوقعه كل الأءفاء الآضرفن آلال الألسة ،
  - آأرفر مآضر عدم الأءوف<sup>2</sup> ، فوقعه كل الأءفاء الآضرفن آلال الألسة ،
  - آسأل أشغالها آلال هذة المرألة فف سأل آاص ومرفم ومؤشر علىه من مسؤول السلطة المفوضة .
- باآآمال مرألة فآح العروض آكون لفة اأفار وانقاء العروض قد قامآ بالدور الإءءافف الأول اللازم لعملها الآلف المآعلق بفأص ملفات الآعهد .

### 2: مرألة فأص ملفات الآعهد

بعء إآمام عملفة فآح الأظرفة على النحو السابق ذكره ، آآف مرألة فأص ملفات الآعهد فف ألسة مغلقة ابآءاء من الفوم الموالف لألسة فآح الأظرفة وآآوف ذلك نفس للفة وبهذة الصفة آقوم لفة اأفار وانقاء العروض بالمهام الآلفة<sup>1</sup> :

<sup>1</sup> - نصآ المادة 3 من المرسوم الآنففذي رقم 199/18 على: "دون الإألال بأآكام المادة 5 من المرسوم الرئاسف رقم 15-247 ، فجب أن فآم آفوفض المرفق العام فف إطار اأآرام مباءف المساواة والاستمرارفة والآكفف ، مع ضمان معافر الأءة والنأعة فف الآءمة العمومفة " .

<sup>2</sup> - نصآ المادة 15 من المرسوم الآنففذي رقم 199/18 على: فآم إعلان عدم أءوف الطلب على المنافسة فف الآالات الآنفة : "إذا آفن بعء الطلب على المنافسة للمرة الأولى :

-عدم اسآلام أف عرض ،

-اسآلام عرض واحد ،

-عدم مطابقة أف عرض لدفآر الشروط ،....."

- دراسة الضمانات المالية والمهنية والتقنية للمتريشحين وكذا كفاءاتهم وقدراتهم التي تسمح لهم بتسيير المرفوق العام حسب المعايير المحددة في دفتر الشروط.
- إقصاء ملفات التعهد غير المطابقة للمعايير المحددة في دفتر الشروط.
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة، كما يمكنها عند الاقتضاء تحرير محضر عدم الجدوى يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.
- تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء، يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة.
- تسجيل أشغالها المرتبطة بدراسة الملفات في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه مسبقا من مسؤول السلطة المفوضة.

من خلال ما تقدم، نجد أن عمل اللجنة في هذه المرحلة هو التدقيق في الملفات وما تحويه من ضمانات مختلفة حسب دفتر الشروط، والقيام بوضع قائمة المترشحين المقبولين مبدئيا الذين يستوفون شروط التأهيل طبقا للجزء الأول من دفتر الشروط والمعايير المحددة في الطلب على المنافسة ليمروا إلى المرحلة الموالية<sup>2</sup>.

### 3- مرحلة فحص العروض

الظاهر أن أهم أدوار اللجنة، يبرز تحديدا بعد اكتمال عملية فحص ملفات التعهد لتتولى نفس اللجنة وفي نفس الجلسة السرية بفحص العروض، وتعتبر مرحلة مهمة جدا تقتضي الدقة، وتتولى اللجنة في هذه المرحلة بالمهام التالية:

- دراسة عروض المترشحين المنتقين أوليا، حسب سلم التنقيط المحدد في دفتر الشروط،
- إقصاء العروض غير المطابقة لدفتر الشروط،
- إعداد قائمة العروض المطابقة لدفتر الشروط، مرتبة ترتيبا تفضيليا حسب النقاط المتحصل عليها،
- تحرير محضر اجتماع يوقعه كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- تحرير محضر عدم الجدوى، عند الاقتضاء وذلك عند عدم مطابقة أي عرض لدفتر الشروط، يوقعه أيضا كل الأعضاء الحاضرين خلال الجلسة،
- تسجيل اللجنة أشغالها بعد انتهائها من هذه المرحلة في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف مسؤول السلطة المفوضة،
- دعوة المترشحين الذين تم انتقائهم كتابيا وعن طريق مسؤول السلطة المفوضة، لاستكمال عروضهم عند الاقتضاء.

وفي حالة تقديم ملفات ناقصة، يمكن للجنة أن تطلب عند الاقتضاء من المترشح وثائق تكميلية لتدعيم العرض، عن طريق السلطة المفوضة وفي أجل محدد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر بالتفصيل: المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، نفس المرجع.

<sup>2</sup>-انظر: المادة 3/31 من المرسوم التنفيذي 199/18، المرجع السابق.

<sup>3</sup>-انظر: المادة:2/36 من المرسوم التنفيذي 199-18، نفس المرجع.

## 4- مرحلة المفاوضات

تعد مرحلة المفاوضات آخر مرحلة من عمل لجنة اختيار العروض، حيث تقوم بدعوة المترشح أو المترشحين المقبولين والمؤهلين كتابيا كل على حدة، من أجل مفاوضة العرض أو العروض المدروسة، مع احترام بنود اتفاقية التفويض المحدد في المادة 48<sup>1</sup>، حيث يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مدة تفويض المرفق العام عند الاقتضاء، كذلك التعريفات أو الاتاوي التي يدفعها المفوض له للسلطة المفوضة، أو المنح التي تدفعها السلطة المفوضة للمفوض له حسب شكل التفويض، كما يمكن أن تتطرق المفاوضات إلى مختلف الاقتراحات المتعلقة بتحسين تسيير المرفق العام موضوع التفويض، باستثناء معايير تقييم العروض المنصوص عليها في دفتر الشروط<sup>2</sup>، ولا يمكن أن تتطرق المفاوضات، في أي من الأحوال إلى موضوع التفويض، وتشكل المفاوضات في عقود تفويض المرفق أهمية كبيرة، للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقاً للمصلحة العامة. ومرحلة المفاوضات في عقود تفويض المرفق العام ليست مرحلة عابرة بل هي في غاية الأهمية لأنه قد يترتب عليها اقتراح اللجنة للمترشح الذي يتم انتقائه والذي قدم أحسن عرض والذي يمكن أن تتعاقد معه وبعد ذلك تقوم بتحرير محضر مفاوضة بعد انتهاء كل جلسة تفاوض، وتحرر إلى جانب ذلك محضر يضم قائمة العروض المدروسة من طرفها مرتبة ترتيباً تفضيلياً.

وإجمالاً لما سبق، يمكن القول أن اتفاقية تفويض المرفق العام المحلي تخضع لرقابة داخلية مهمة تتجسد في عمل لجنة اختيار وانتقاء العروض، يعود السبب الرئيس لإحداثها على مستوى كل سلطة مفوضة إلى تحقيق مبدأ التسيير الجماعي لاتفاقية التفويض، وإضفاء إطار رقابي فعال عليها، حيث تعد الرقابة التي تتولاها من قبل الرقابة الذاتية التلقائية التي تمارسها السلطة المفوضة على نفسها، وباستحضار مقتضيات المرسوم التنفيذي رقم 199/18، نجد أن دور اللجنة في مرحلتها فتح الاظرفة وفحص الملفات، يتخذ شكل مراقبة الوثائق والعروض وتقييمها وفي المراحل اللاحقة فدورها استشاري وخاصة أنها هي التي تقوم باقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض<sup>3</sup> وتبدي الملاحظات والتحفظات التي تساعد بها السلطة المفوضة لاتخاذ القرار السليم في الاختيار أو الرفض بين المترشحين المتنافسين.

## المحور الثاني : الرقابة الإدارية الخارجية المنفذة من قبل لجنة تفويضات المرفق العام والرقابة

## البعدي للسلطة المفوضة

خلافاً للرقابة الإدارية الداخلية التي تنبع من داخل السلطة المفوضة، فإن الرقابة الإدارية الخارجية تمارس من طرف هيئات إدارية متخصصة خارجة عن نطاق تشكيلة السلطة المفوضة، كما أن صلاحيات هذه الأخيرة تقريرية مهمة، وتعد الرقابة الإدارية الخارجية رقابة لاحقة زجرية للضرب على أيدي المخلين بقواعد العقود والصفقات

<sup>1</sup> - راجع بالتفصيل: أحكام المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - انظر: المادة 40 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - انظر: المادة 3/35 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع نفسه.

العمومية والإنفاق العام<sup>1</sup>، وإذا كانت لجنة اختيار وانتقاء العروض لا تملك أي رأي ملزم للمصلحة المتعاقدة كون رأيها استشاري، فإن رأي هيئة الرقابة الخارجية ملزم فعليا للسلطة المفوضة، إلى جانب الرقابة الخارجية تمارس السلطة المفوضة رقابة بعدية تتابع من خلالها تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام، وسوف نحاول تفصيل كل ذلك كما يلي :

#### أولا- الرقابة الإدارية الخارجية المنفذة من قبل لجنة تفويضات المرفق العام

تنشئ السلطة المفوضة وفقا للمادة 78 من المرسوم التنفيذي 18-199 وفي إطار الرقابة الخارجية، لجنة تفويضات المرفق العام، وبهذا تكون هذه اللجنة مساعدة للسلطة المفوضة في مجال التحضير لإبرام اتفاقية التفويض بكل مراحلها، كما يعهد إليها بمهمة دراسة الطعون المقدمة من قبل المترشحين غير المقبولين، وقبل الخوض في تفاصيل مهامهما، سوف نتطرق إلى تشكيلتها كما يلي:

#### 1- تشكيلة لجنة تفويضات المرفق العام

تتشكل لجنة تفويضات المرفق العام من ستة أعضاء سواء على مستوى الولاية أو البلدية محددين كما يلي:

##### • لجنة تفويضات المرفق العام على مستوى الولاية

- ممثل عن الوالي المختص إقليميا، رئيسا،
- ممثلين (2) عن السلطة المفوضة،
- ممثل عن المجلس الشعبي الولائي،
- ممثل عن المديرية الولائية للبرمجة ومتابعة الميزانية،
- ممثل عن المديرية الولائية للأماك الوطنية.

##### • لجنة تفويضات المرفق العام على مستوى البلدية

- ممثل عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، رئيسا،
- ممثلين (2) عن السلطة المفوضة - ممثل عن المجلس الشعبي البلدي،
- ممثل عن المصالح غير المركزية للأماك الوطنية،
- ممثل عن المصالح غير المركزية للميزانية،

و بإمعان النظر في تشكيلة اللجنة، فإن أعضائها يختارون نظرا لكفاءتهم بالنظر لأهمية وقيمة العمل الذي تتولاه اللجنة سواء على مستوى الولاية أو البلدية، كما أن رئاسة اللجنة تم إسنادها إلى ممثل عن الوالي المختص إقليميا، وعادة ما يكون هذا الممثل من ذوي الكفاءات المهنية المطلوبة، أما بالنسبة للبلدية أسندتها إلى ممثل رئيس المجلس الذي غالبا ما يتم اختياره من النواب، كما أن تشكيلة اللجنة الولائية والبلدية تضم صنفين من الأعضاء، الأمر الذي يضي جانبا من التنوع على هذه التشكيلة، أول الصنفين يتمثل في الأعضاء المنتخبين الممثلين عن المجلس الشعبي الولائي والبلدي والذين يمارسون مهمة الرقابة الشعبية السابقة على إبرام اتفاقيات تفويضات المرفق العام،

<sup>1</sup> -توفيق سعيد، الصفقات العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية، مطبعة طوب بريس، الرباط، الطبعة 2003، ص 331.

أما الفئة الثانية فتتخصص في الأعضاء المتبقين والمعنيين من مختلف المديرات المصالح الولاية وغير الممركزة التي لها علاقة دائمة بالتفويض .

إلى جانب تشكيلة اللجنة ضمت عضوين ينتميان لوصاية واحدة (وزارة المالية)، الشيء الذي يؤكد علاقة تفويض المرفق العام بالخزينة العمومية، هذين العضوين لم يحدد المرسوم التنفيذي السالف الذكر هويتهم بل فقط أشار إلى المصلحة التي يشتغلان بها.

لم يبين المرسوم التنفيذي رقم 199/18 طريقة تعيين أعضاء لجنة تفويضات المرفق العام سواء على مستوى الولاية أو البلدية، إلا أنه واقعيًا يكون تعيين أعضاء اللجنة من قبل إدارتهم وبأسمائهم وبالتالي فهذه المهمة تقع على عاتق كل إدارة ينتهي إليها أعضاء اللجنة، كما يتكفل المجلس الشعبي الولائي و البلدي باختيار ممثليه في اللجنة بعد مداولة المجلس.

وتطبيقًا لأحكام المادة 80 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر<sup>1</sup>، فإن تعيين لجنة تفويضات المرفق العام يكون بموجب مقرر من رئيس السلطة المفوضة والمتمثل في الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب الحالة، بناء على اقتراح من السلطات التي ينتهي إليها باقي الأعضاء، هذا المقرر يعتبر تنصيبًا للجنة حتى يمكنها مباشرة عملها، لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد، ويحدد النظام الداخلي للجنة وتشكيلها بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة . لم يشر المرسوم التنفيذي 199-18 إلى القواعد المنظمة لسير وعمل لجنة التفويضات وطريقة ممارسة عملها الرقابي وأجالها، إلا أنه أحال ذلك إلى النظام الداخلي للجنة الذي يحدد بموجب مقرر من مسؤول السلطة المفوضة<sup>2</sup>.

## 2- اختصاصات لجنة تفويضات المرفق العام

باكتمال تشكيلتها تقبل اللجنة على ممارسة مهامها وصلاحياتها العديدة و المنوطة بها، والتي تنصب أساسًا حول الموافقة على مشاريع دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام، وكذلك الموافقة على مشاريع اتفاقيات تفويض العام إلى جانب الموافقة على مشاريع ملاحق اتفاقيات تفويض المرفق العام ومنح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة ودراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين والفصل فيها<sup>3</sup>.

### أ-الاختصاص الرقابي للجنة تفويضات المرفق العام في مجال تحضير التفويض

أكدت المادة 81 من المرسوم التنفيذي 199-18 على أن تقوم لجنة تفويضات المرفق العام بمراقبة دفاتر الشروط المتضمنة تفويض المرفق العام وبالتالي فإن هذه الرقابة تكمن في دراسة مشاريع دفاتر الشروط من قبل اللجنة الذي يكون قبل الشروع في مرحلة الإعلان عن العملية، وعليه فالسلطة المفوضة لا يمكنها الشروع في عملية إبرام اتفاقية التفويض قبل الحصول على موافقة على مشاريع دفاتر الشروط .

<sup>1</sup> -انظر: المادة 80 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المرجع السابق.

<sup>2</sup> -انظر: المادة 2/78 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> -انظر المادة 81 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المرجع نفسه.

### • ماهية دفتر الشروط

دفتر الشروط هو عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود التنظيمية والبنود التعاقدية التي يجب أن توضح كيفيات إبرام اتفاقية تفويض المرفق العام وتنفيذها<sup>1</sup>، ويشمل دفتر الشروط جزءين :

-الجزء الأول المتعلق بدفتر ملف الترشيح، ويتضمن هذا الأخير البنود الإدارية العامة المتعلقة بشروط تأهيل المترشحين و الوثائق التي تتكون منها ملفات الترشيح وكذا طرق تقديمها، كما يتضمن هذا الجزء الأسس والمعايير التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المترشحين لتقديم عروضهم المتعلقة على الخصوص ب:

\* القدرات المهنية أي ما يمتلكه المترشح من الشهادات المؤهلة المطلوبة لتسيير المرفق العام .

\* القدرات التقنية وهي الوسائل البشرية والمادية والمراجع المهنية .

-أما الجزء الثاني المتعلق بدفتر العروض يتضمن :

\* البنود الإدارية والتقنية: التي تتمثل في كل المعلومات المتعلقة بكيفيات تقديم العروض واختيار المفوض له والبنود التقنية المطبقة على تفويض المرفق العام المعني، وكذا كل البيانات الوصفية والتقنية المتعلقة بتسيير المرفق العام محل التفويض .

\* البنود المالية: المتعلقة أساسا بالمقابل المالي لفائدة المفوض له أو لفائدة السلطة المفوضة أو المقابل المالي الذي يدفعه عند الاقتضاء المعني بالتفويض، كما يجب أن تحدد هذه البنود حالات التعويض لصالح المفوض له وكذا كيفيات حسابه .

### • نتائج ممارسة الرقابة على مشاريع دفاتر الشروط

إن الرقابة على مشاريع دفاتر الشروط هي خطوة فعالة، أراد من خلالها المشرع تطبيق الرقابة على جميع الوثائق المتعلقة بالتفويض وكذا مراحلها وهذا بدءا من التحضير له، وهي خطوة من شأنها أن تعني السلطة المفوضة من إضاعة الوقت بتفادي الأخطاء المادية قبل الشروع في الإبرام.

ب- الاختصاص الرقابي للجنة تفويضات المرفق العام قبل دخول الاتفاقية حيز التنفيذ لا تتوقف اختصاصات اللجنة عند مراقبة مشاريع دفاتر الشروط كرقابة أولية على العقد وإنما تمتد لتشمل مشاريع الاتفاقيات ومشاريع الملاحق ويكون ذلك قبل دخول اتفاقية التفويض حيز التنفيذ.

### • مشاريع اتفاقيات تفويض المرفق العام

بعدها تتحصل السلطة المفوضة على دفتر شروط مصادق عليه من قبل لجنة تفويضات المرفق العام، تودع السلطة المفوضة مشروع اتفاقية تفويض المرفق العام لدى اللجنة الولائية أو البلدية لمراقبته والتأشير عليه وذلك من خلال رقابة كل البيانات المنصوص عليها في المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 18-199، ونذكر منها موضوع التفويض بدقة، صيغة الإبرام، شكل التفويض ومدته، حقوق وواجبات السلطة المفوضة والمفوض له، الضمانات، التأمينات ككيفية حل النزاعات....<sup>2</sup>، تقدم السلطة المفوضة هذا المشروع مرفقا بملف كامل لتشريع لجنة تفويضات

<sup>1</sup> -انظر: المادة 13 من المرسوم التنفيذي 18-199، المرجع السابق.

<sup>2</sup> -انظر: بالتفصيل المادة 48 من المرسوم التنفيذي 18/199، المرجع السابق.

المرفق العام بدراسة وتفحص كل وثيقة والتأكد من مطابقتها شكلا ومضمونا للتشريع والتنظيم المعمول بهما خاصة ما تعلق بتنظيم تفويضات المرفق العام.

### • مشاريع الملاحق

في إطار تنفيذ اتفاقية التفويض ، يمكن للسلطة المفوضة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق ، وذلك وفقا لتنظيم تفويضات المرفق العام<sup>1</sup> ، فالملاحق هو وثيقة تعاقدية تابعة لاتفاقية التفويض، ولا يبرم خارج الأجل التعاقدية ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخص الملاحق تعديل موضوع الاتفاقية، أو انجاز استثمارات أو خدمات تكون على عاتق المفوض له، وتعديل مدة الاتفاقية باستثناء الحالات المذكورة في القسم الثالث من المرسوم التنفيذي 199/18 إن الملاحق شأنه شأن اتفاقية التفويض من حيث خضوعه للرقابة الخارجية القبلية وذلك باعتباره وثيقة تعاقدية ملحقة بالاتفاقية ، فالملاحق يبرم ويعرض على لجنة تفويضات المرفق في حدود آجال التنفيذ التعاقدية الخاصة بالاتفاقية الأصلية وبالتالي فإن السلطة المفوضة لا يمكنها الشروع في تنفيذ بنود الملاحق قبل الحصول موافقة لجنة تفويضات المرفق العام .

### • منح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة

تعتبر لجنة تفويضات المرفق العام وهي تمارس مهامها الرقابية، مركز اتخاذ القرار في مجال رقابة تفويضات المرفق العام، وهو ما أكدته المادة 81 من المرسوم التنفيذي 199-18 حيث تتوج هذه الرقابة بمنح التأشيرات للاتفاقيات المبرمة، فالتأشيرة التي تمنحها لجنة تفويضات المرفق العام تعبر عن إرادة هذه الأخيرة، وهي تعتبر أهم خطوة في عملية الرقابة القبلية على إبرام اتفاقية التفويض ، حيث تملك هذه اللجنة الحرية في منح التأشيرة أو رفضها فبعد دراسة الملف والتأكد من أنه كامل ويستوفي الشروط القانونية تقرر اللجنة منح التأشيرة التي تعتبر تصرفا قانونيا لها. أما حالة الرفض التي لم ينص عليها المرسوم التنفيذي السابق الذكر يمكن أن يعود سببها إلى قيام حالة قانونية تعانها اللجنة من حيث وجود مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بهما .

### • دراسة الطعون المودعة لديها من قبل المترشحين غير المقبولين

لقد كرس المرسوم التنفيذي 199-18 المتضمن تفويض المرفق العام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، وهو ما يظهر جليا من خلال تنظيمه لإجراء الطعن في المنح المؤقت للتفويض في مادته 42 التي جاءت فاصلة في هذا المجال مانحة الحق للمترشح المحتج على رفع الطعن في المنح المؤقت للتفويض أمام لجنة تفويضات المرفق العام وذلك في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوم من تاريخ إقرار المنح المؤقت للتفويض في جريدتين يوميتين باللغتين الوطنية واللغة الأجنبية.

وبالرجوع إلى المادة السالفة الذكر وفي الفقرة الثانية منها نجد أن لجنة تفويضات المرفق العام تقوم بدراسة ملف الطعن وتفصل فيه بموجب قرار تصدره في أجل لا يتعدى عشرين (20) يوما ابتداء من تاريخ استلامها الطعن وتبلغ قرارها المعلل إلى السلطة المفوضة وصاحب الطعن<sup>2</sup> ، كما يمكن لأي مترشح أن يحتج على قرار إلغاء إجراء التفويض

<sup>1</sup> -انظر: المادة 58 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> -انظر: المادة 2/42 من المرسوم التنفيذي رقم 199/18، المرجع السابق

وان يرفع طعنا لدى لجنة تفويضات المرفق العام في اجل لا يتعدى عشر (10) أيام ابتداء من تاريخ إقرار الإلغاء مع العلم أن المرسوم التنفيذي 18-199 منح السلطة المفوضة إلغاء إجراء التفويض في أي مرحلة من مراحل التفويض ، وتقوم بإشهاره وتبليغه للجنة تفويضات المرفق العام<sup>1</sup> .

#### ثانيا: الرقابة الإدارية البعدية لتفويضات المرفق العام

تتابع السلطة المفوضة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام في إطار الرقابة البعدية والتي تمارسها حتى ولو لم ينص عليها دفتر الشروط ، وتستمد السلطة المفوضة هذا الحق من طبيعة المرفق العام التي تستلزم عدم تنازل السلطة العمومية عن المرفق كلية ، بل تبقى في يدها سلطة الرقابة لأنها المسؤول الأول عن ضمان الخدمة العمومية فيكون لها الحق في متابعة المفوض له أثناء استغلال المرفق العام، وذلك عن طريق الرقابة التقنية وكذلك إعداد التقارير الدورية.

تقوم السلطة المفوضة أثناء ممارسة الرقابة الميدانية للمرفق العام المفوض بالاطلاع على كل الوثائق والمستندات ذات الصلة باتفاقية التفويض، للوقوف على مدى احترام المفوض له لقواعد سير المرفق العام المحددة في دفتر الشروط ومتابعة تنفيذ اتفاقية تفويض المرفق العام ، ويلتزم المفوض له بوضع كافة الوثائق التي يطلبها السلطة المفوضة سواء كانت مالية أو تقنية الضرورية لتقييم الخدمة العمومية<sup>2</sup> .

كما يلتزم المفوض له بإعداد تقارير دورية وإرسالها إلى السلطة المفوضة ، تستطيع هذه الأخيرة تقييم جودة الخدمات من خلال ما تضمنه التقرير من معلومات لاسيما تلك المتعلقة بالوسائل الفنية المستخدمة في تشغيل المرفق العام وكذلك برنامج تحديث الوسائل الفنية ، تلبية المرفق للحاجيات التي يطلبها المستفيدين من خدماته لا سيما فيما له علاقة بمواعيد تأدية الخدمات ونشر المعلومات المتعلقة بالمرفق العام إلى المستفيدين وشروط استقبال الجمهور وكذلك التعريفات المفروضة مقابل أداء الخدمات إلى المستفيدين ومدى تناسبها مع الخدمات المؤداة .

تقوم السلطة المفوضة في إطار الرقابة البعدية بعقد اجتماع واحد ، على الأقل ، كل ثلاثة (3) أشهر مع المفوض له ، لتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة ومدى احترام المبادئ الضابطة للمرفق العام<sup>3</sup> . وتقوم السلطة المفوضة على اثر هذا الاجتماع بإعداد تقرير شامل يرسل إلى السلطة الوصية ، نظرا للدور الكبير الذي تقوم به هذه الأخيرة في حماية المال العام وذلك بمراقبة ومراجعة ما تقوم به مرافقها المحلية وتسليط الضوء على ما تبرمه الجماعات الإقليمية من تفويضات .

<sup>1</sup> نصت المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 18/199 على : "يمكن السلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام ، في أي مرحلة من مراحل التفويض ، يخضع إشهار قرار إلغاء إجراء التفويض إلى نفس قواعد إشهار الدعوة لمنافسة المنصوص عليها في هذا المرسوم وتقوم السلطة المفوضة ، بعد إلغاء إجراء تفويض المرفق العام وإشهاره ، بتبليغه للجنة تفويضات المرفق العام ."

<sup>2</sup> -فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2018 ، ص 245

<sup>3</sup> -انظر: المادة 2/82 من المرسوم التنفيذي 188/19 ، نفس المرجع .



كما يلتزم المفوض له ، طوال مدة استغلال المرفق العام وحسب طبيعة هذا الاستغلال ، بنشر أو إشهار إعلان يتضمن الشروط الرئيسية بخصوص استخدام المرفق العام ، لا سيما مبلغ الاتاوي أو التعريفات وساعات العمل والمستفيدين المعنيين من المرفق العام ، كما يلتزم المفوض له، أثناء استغلال المرفق العام ، بفتح سجل خاص يوضع تحت تصرف مستخدمي المرفق العام ، بغرض تدوين شكاويهم واقتراحاتهم ، ويكون مؤشرا عليه من السلطة المفوضة<sup>1</sup> ، وتطبيقا لأحكام المادة 86 من المرسوم التنفيذي 199/18 بأنه : "يمكن مستعمل المرفق العام المفوض أن يعلم السلطة المفوضة بتصرفات المفوض له ، في حالة :

-إهمال أو تجاوز من قبل المفوض له ،

-عدم احترام المفوض له الشروط المتعلقة باستغلال المرفق العام المعني .

-المساس بمبدأ من مبادئ تسيير المرفق العام والحفاظ عليه.

-سوء استغلال المرفق العام .

وفي هذه الحالات ، تضع السلطة المفوضة فوراً ، لجنة تحقيق تعد تقريراً في هذا الشأن وتتخذ جميع التدابير اللازمة لتدرك الوضع.

وإجمالاً يمكن القول بشأن رقابة السلطة المفوضة البعدية، بأنها عنصر مهم من عناصر الرقابة الإدارية المطبقة على تفويض المرفق العام ، فإذا كانت غاية الرقابة الإدارية الداخلية والخارجية هي التأكد من مدى احترام قواعد وإجراءات إبرام اتفاقية التفويض ، فإن الغاية من الرقابة التي تقوم بها السلطة المفوضة البعدية تتمثل أساساً في التأكد من التنفيذ السليم لاتفاقية التفويض في ظل احترام الأجل المنصوص عليها في الاتفاقية .

### المحور الثالث: مدى فعالية الرقابة الإدارية على تفويضات المرفق العام المحلي

تكمن أهمية الرقابة الإدارية عن طريق لجنة اختيار وانتقاء العروض في كشف الانحرافات والتجاوزات دون توقيع الجزاء ، فهي تبنى على مراجعة وفحص مختلف الإجراءات لأجل التحقق من صحتها وسلامتها ، فهي بهذا الشكل تهدف إلى التحكم في إجراءات إبرام التفويضات، وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية وتجسيدها لمبدأ الشفافية<sup>2</sup> .

لقد زود المرسوم التنفيذي 18-199 هذه اللجنة بمجموعة من التدابير والأحكام الجديدة بتحقيق مبادئ الطلب العام وتكريس الشفافية بما يحقق حماية المال العام، تتمثل في التأكيد على ضرورة تشكيل لجنة اختيار وانتقاء العروض من موظفين مؤهلين يختارون لكفاءتهم ، وكذلك ضرورة أن يتلقوا تكويناً مؤهلاً في مجال التفويضات والاستفادة من دورات تكوين وتحسين المستوى وتجديد المعارف تضمنها الهيئة المستخدمة<sup>3</sup> . ، وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن المادة 88 من المرسوم الرئاسي 15/247 مكنت سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ،

<sup>1</sup> -انظر: المادة 85 من المرسوم التنفيذي 19/188، المرجع السابق.

<sup>2</sup> -فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع الدولة والمؤسسات ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2007، ص 10 .

<sup>3</sup> -انظر بالتفصيل: الماد 212 من المرسوم الرئاسي 15/247 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، ج ، ر، عدد 50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.

من إعداد المدونة الخاصة أدبيات وأخلاق المهنة للأعوان العموميين الذين يتدخلون في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الذين يطلعون عليها ويوافقون عليها بموجب تصريح ، كما يجب عليهم التوقيع على تصريح آخر بغياب تضارب المصالح .

إلا أن ما يؤخذ على المرسوم التنفيذي 18-199 أنه جعل رأي لجنة اختيار وانتقاء العروض استشاري فقط وغير ملزم والكلمة الأولى والأخيرة للسلطة المفوضة التي لها حق إبرام التفويض ، كما أنها تملك سلطة تقديرية في إتمام التعاقد أو العدول عنه بإلغاء التفويض عندما ترى أن الظروف المحيطة لا تتلاءم مع المصلحة العامة . إن دراسة مدى فعالية الدور الرقابي للجنة تفويضات المرفق العام لا بد أن ننظر إليه من خلال الصلاحيات الممنوحة لها في إطار الرقابة القبلية لتفويض المرفق العام التي تبرمها الهيئات العمومية والتي تدخل ضمن اختصاصات هذه اللجنة.

إن الاختصاص الأصيل للجنة هو رقابة مطابقة مشاريع دفاتر الشروط والاتفاقيات والملاحق التي تدخل في اختصاصها للتنظيم والتشريع المعمول به، لتنتهي هذه الرقابة بالموافقة ومنحها التأشيرة، إلا أن الدراسة المعمقة لهذه الرقابة أظهر لنا محدودية في فعاليتها وذلك بالنظر إلى ما جاءت به المادة 45 المرسوم التنفيذي المذكور سلفا. حيث تنص المادة 45 على: " يمكن السلطة المفوضة إلغاء إجراء تفويض المرفق العام في أي مرحلة من مراحل التفويض ...."، هذه المادة تشير إلى النهاية غير الطبيعية للتفويض ، وذلك بإلغاء التفويض من طرف الإدارة بالإرادة المنفردة .

مما سبق، يتبين لنا أن رقابة لجنة تفويضات المرفق العام ذات فعالية نسبية في ظل كل الأشواط التي مر بها التفويض (تحضير، طرح للمنافسة، استقبال المترشحين، اختيار المترشح المتعاقد) والتي خضعت للرقابة الخارجية للجنة لتأتي السلطة المفوضة في نهاية الأمر لتعلن عدولها عن الإبرام أو إلغاء التفويض في أي مرحلة لاحقة .وتقوم فقط بتبليغ اللجنة بعد إلغاء إجراء التفويض وإشهاره، كما يجب الإشارة إلى أن رقابة لجنة تفويضات المرفق العام هي رقابة مطابقة فقط لا ترتقي إلى رقابة الأداء ونوعية التسيير، أما الرقابة التي تقوم بها السلطة المفوضة البعدية تتمثل أساسا في التأكد من التنفيذ السليم لاتفاقية التفويض في ظل احترام الأجل المنصوص عليها في الاتفاقية وتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة في ظل احترام المبادئ الضابطة للمرفق العام .

#### الخاتمة :

بعد كل ما أوردناه عبر هذا الموضوع، تولدت لدينا جملة من النتائج المتمثلة في:

1. إن اتفاقية تفويض المرفق العام المحلي تخضع لرقابة داخلية مهمة تتجسد في عمل لجنة اختيار وانتقاء العروض، يعود السبب الرئيس لإحداثها على مستوى كل سلطة مفوضة إلى تحقيق مبدأ التسيير الجماعي لاتفاقية التفويض، وإضفاء إطار رقابي فعال عليها.
2. زود المشرع لجنة اختيار وانتقاء العروض بصلاحيات متعددة بهدف التحكم في إجراءات إبرام التفويضات، وذلك للحفاظ على مصالح الإدارة وضمان السير الحسن لها وحماية مصالحها المالية وتجسيدها مبدأ الشفافية، إلا أن دورها، يتخذ شكل مراقبة الوثائق والعروض وتقييمها، وفي المراحل اللاحقة فدورها استشاري وخاصة أنها

هي التي تقوم باقتراح المترشح الذي قدم أحسن عرض على السلطة المفوضة لمنحه التفويض وتبدي الملاحظات والتحفظات التي تساعد بها السلطة المفوضة لاتخاذ القرار السليم في الاختيار أو الرفض بين المترشحين المتنافسين .

3. تمر إجراءات اختيار المفوض إليه بمراحل متعددة وطويلة وهي مرحلة الدعوة لتقديم العروض تحقيقاً لمبدأ المنافسة، ومرحلة إعداد قائمة المرشحين المؤهلين، مرحلة فتح العروض وعملية المفاوضات، مرحلة اختيار المفوض له وإبرام العقد.
4. تتميز تشكيلة لجنة تفويضات المرفق بمشاركة المنتخبين فيها إلا أن مشاركتهم في هذه اللجنة تبقى جد محدودة أو تكاد تكون معدومة، بالإضافة إلى عدم اشتراط المشرع لشرط الكفاءة لأعضاء لجان تفويضات المرفق العام
5. تعتبر التأشير التي تمنحها لجنة تفويضات المرفق العام من النتائج التي تعكس رقابة هذه اللجنة وهي إلزامية تطلبها السلطة المفوضة قصد استكمال إبرام التفويض وتنفيذه.
6. رقابة السلطة المفوضة البعدية تعتبر عنصر هام من عناصر الرقابة الإدارية المطبقة على تفويض المرفق العام لأنها تقوم أساساً من اجل التأكد من التنفيذ السليم لاتفاقية التفويض في ظل احترام الأجل المنصوص عليها في الاتفاقية ، وتقييم نجاعة التسيير والتأكد من جودة الخدمات المقدمة في ظل احترام المبادئ الضابطة للمرفق العام .

#### ثانياً: التوصيات

- أن الرقابة الإدارية التي اقرها المشرع على تفويضات المرفق العام المحلي ، تبقى الوسيلة الكفيلة لضمان حسن ونجاح التفويض، وإرساء اتفاقيات وفقاً للمبادئ التي جاء بها المرسوم الرئاسي 247/15 وكذلك لضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية ،ولهذا نقترح ما يلي:
1. التأكيد على شرط الكفاءة بالنسبة لأعضاء لجنة تفويضات المرفق العام.
  2. تطوير قدرات ومهارات المنتخبين المحليين وكذا موظفي الإدارات العمومية على تحليل وفهم النصوص القانونية خصوصاً تلك المتعلقة بمهامهم الرقابية، من خلال تنظيم برامج تكوين دورية وفعالة حول تفويض المرفق العام المحلي.
  3. تسريع إجراءات صدور مدونة أدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ اتفاقيات تفويض المرفق العام المحلي، المنصوص عليها في المادة 88 من المرسوم الرئاسي 247/15 .

#### قائمة المراجع:

##### أولاً: النصوص القانونية

- 1- التعديل الدستوري لسنة 2016، ج ر ، عدد، 14، الصادرة في 2016/03/07.
- 2- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر ، عدد 37 الصادرة في 3 جويلية 2011.
- 3- القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بالولاية ، ج ر ، عدد 07 المؤرخة في 29 فيفري 2012.

4-المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر، عدد50، الصادرة بتاريخ 20/09/2015.

2-المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، المؤرخ في 2 أوت 2018، ج ر عدد48، الصادرة في 5 أوت 2018.

ثانيا:الكتب

1- Braconnier Stefane, Droit de services publics, p u f,paris,2008.

2-Dribenko Bernard, Droit de l'eau, edition gualino,paris,2008.

3- توفيق سعيد، الصفقات العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية، مطبعة طوب بريس، الرباط، ط1، 2003.

ثالثا:الرسائل الجامعية

1 فوناس سهيلة، تفويض المرفق العام في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.

2-فرقان فاطمة الزهراء، رقابة الصفقات العمومية الوطنية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة والمؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.

3- بشيرة بجاوي، الدور الرقابي للجان الصفقات العمومية على المستوى المحلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بودواو، جامعة بومرداس، 2012.

## حقوق غير المسلمين في التزام شرائعهم في الدولة الإسلامية

## The rights of non-Muslims to abide by their laws in the Islamic state

— رابح بن غريب \*

جامعة جيجل

[bengherieb\\_rabah@yahoo.fr](mailto:bengherieb_rabah@yahoo.fr)



تاريخ القبول: 2020-06-11

تاريخ المراجعة: 2020-06-08

تاريخ الإيداع: 2020-01-21

### الملخص:

إن الشريعة الإسلامية ذات نظرة عالمية لا تعرف حدودا سياسية أو طبيعية أو بشرية أمام تطبيقها، فكانت تطبق على جميع الأقاليم التي تخضع لسلطان المسلمين، لذا كان من الواجب على أهل الذمة التزام القانون الإسلامي، لأنهم - بمقتضى عقد الذمة - أصبحوا يحملون جنسية الدولة الإسلامية، فعليه أن يتقيدوا بقوانينها التي لا تمس عقائدهم وحريةهم الدينية، فليس عليهم أي تكليف من التكاليف التعبدية للمسلمين. ويتمتع المستأمن بالحقوق الخاصة، فهو فيها كالذمي، لأنه بمنزلة الذمي مادام في دار الإسلام. فإذا اعتدى على حق من حقوق الله تعالى، كارتكاب الزنا، فإن الشريعة الإسلامية تضع تشريعات خاصة بعقوبات الأجانب غير المسلمين، الذين يقومون بارتكاب جريمة في الأراضي الإسلامية، وللفقهاء المسلمين آراء مختلفة بهذه المسألة، وقد تطرق فقهاء القانون لهذه المسألة في كلامهم عن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، ولهم في ذلك نظريات عديدة اختلاف كبير.

الكلمات المفتاحية: أهل الذمة؛ مستأمنين؛ حقوق؛ دار الإسلام؛ شريعة إسلامية.

### Abstract:

Islamic Sharia has a global view that does not know political, natural or human boundaries in front of its application. It was applied to all regions that are subject to the authority of Muslims, so it was obligatory for the people of the Dhimma to abide by Islamic law, because - according to the Dhimma contract - they became citizens of the Islamic state. They must abide by its laws that do not affect their beliefs and religious freedom, as they do not have any duty of devotional costs to Muslims. The trustee enjoys special rights, as it is like dhimmi, because he is like dhimmi as long as he is in the house of Islam. If he infringes on the right of God Almighty, such as committing adultery, the Islamic Sharia legislates penalties for non-Muslim foreigners who commit a crime in Islamic lands, and Muslim jurists have different opinions on this issue, and jurists have touched on this issue in their talk about applying foreign law In front of the national judge, there are many differences in that.

**Keywords :** Dhimmis; Trustees; Law; Islam; Islamic law.

\* المؤلف المراسل: رابح بن غريب.



## مقدمة:

بموجب أحكام الشريعة الإسلامية كان العالم يقسم إلى دارين: دار الإسلام، ودار الحرب وإلى جانبها دار الصلح. فالعلاقة بين دار الإسلام ودار الحرب لم تكن تسمح بقيام علاقات تجارية وأسرية، مما سبب غياب ظاهرة تنازع القوانين بمفهومها الدولي الراهن في القانون الإسلامي من جهة وقوانين الدول المؤلفة لدار الحرب من جهة أخرى. هذا بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية ذات نظرة عالمية لا تعرف حدودا سياسية أو طبيعية أو بشرية أمام تطبيقه، فكانت تطبق تطبيقا إقليميا على مختلف الأقاليم التي تخضع لسلطان المسلمين مما يعني قيام نظام إقليمية القوانين في دار الإسلام.

إلا أن الشريعة الإسلامية تضع تشريعات خاصة بعقوبات غير المسلمين، الذين يقومون بارتكاب جريمة في الأراضي الإسلامية، كما أنه ليس عليهم أي تكليف من التكاليف التعبدية للمسلمين. كما أن الإسلام يجيز لهم المعاملة بالخمير والخنزير، كما أنه يصحح أنكحتهم.

وهذا الموضوع محاولة لتسليط الضوء على المعاملة التي يحضى بها غير المسلمين في الدولة الإسلامية، والحقوق الممنوحة لهم، سوء فيما يجوز لهم في حياتهم ومعاملاتهم، وسواء فيما يتعلق بالتقاضي إلى احتكموا إلى أهل دينهم. ويحضى هذا الموضوع بأهمية كبيرة في القانون الدولي الخاص من وجهة نظر إسلامية، حيث يدرس تنازع القوانين، خاصة وأن تقسيم العالم لم يعد كما كان سابقا، فلم تبق من دار الحرب إلا دول قليلة منها الكيان الإسلامي، ومع ظهور آراء عند بعض الفقهاء تحاول إخراج الدول الإسلامية من دار الإسلام، ومع ظهور تيارات تحول دق دروب الحرب على جميع غير المسلمين، بالرغم من ظهور نظريات في الغرب في تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، بالرغم من سبق الإسلام في ذلك وإن كان في محاكم خاصة بغير المسلمين.

لذا نهدف من هذا الموضوع تسليط الضوء على كل تلك الموضوعات، مما يستشف من الشريعة الإسلامية أو مما ذكره الفقهاء السابقون. وبناء أصول مضبوطة لتلك الحقوق، دون تضيق كما نادت بذلك بعض التيار المتعصبة، ولا تساهل كما كان في نظام الامتيازات الممنوحة للأجانب في عهد الدولة العثمانية.

ويطرح هذا الموضوع الإشكالية الآتية: كيف نظم الفقه الإسلامي حقوق غير المسلمين في الدولة الإسلامية؟ ويترتب عليها الأسئلة الآتية:

كيف قسم الفقهاء العالم الإسلامي؟

ماهي الحقوق التي منحها فقهاء الشريعة للمواطنين غير المسلمين (الذميين)؟

ما هي الحقوق التي منحها الإسلام للأجانب غير المسلمين الذين دخلوا الإسلام بأمان (المستأمنين)؟

ما هي حدود تطبيق الشريعة وكيف يعامل الإسلام غير المسلمين من دار الحرب؟

لذا نبدأ بتقسيم العالم وعلمية الشريعة قبل أن نذكر الأحكام الخاصة بغير المسلمين وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: تقسيم العالم ومبدأ السيادة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: تقسيم العالم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مبدأ السيادة في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: حقوق المواطنين غير المسلمين (أهل الذمة) في التزام شرائعهم

المطلب الأول: التزام أهل الذمة القانون الإسلامي

المطلب الثاني: تقيد الذميين بأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية والمدنية

المطلب الثالث: تقيد الذميين بأحكام الشريعة في الدماء

المبحث الثالث: حقوق الأجانب المستأمنين في التزام شرائعهم

المطلب الأول: الحقوق الخاصة للمستأمن بالنسبة للمعاملات المالية

المطلب الثاني: الحقوق الخاصة للمستأمن بالنسبة للعقوبات

## المبحث الأول: تقسيم العالم ومبدأ السيادة في الفقه الإسلامي

لقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية العم على أساس ديني، ليرتبوا على ذلك أحكاماً خاصة تتعلق بحقوق غير المسلمين - مواطنين كانوا أو أجانب، ولأحكام التي يجب على غير المسلمين أن يلتزموا أو لا يجب عليهم ذلك إلى احتكموا إلى محاكمهم، لكن إذا احتكموا إليهما فلا يجوز لنا أن نطبق إلا شريعتنا، بنصوص من القرآن توجب ذلك. لذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلب تناول في المطلب الأول: تقسيم العالم في الفقه الإسلامي. أما المطلب الثاني فنخصصه لمبدأ السيادة في الشريعة الإسلامية.

### المطلب الأول: تقسيم العالم في الفقه الإسلامي

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى العالم الإسلامي على أساس ديني على دار إسلام ودار حرب ودار عهد، وخصصوا لكل دار منها أحكاماً خاصة بمواطنيها وعلاقتهم بالدولة الإسلامية، وهذا التقسيم لا يزال له أثر في تقسيم العالم في عصرنا الحاضر. نتناول في هذا المبحث تقسيم العالم في الفقه الإسلامي القديم (الفرع الأول)، ثم تقسيم العالم في الفقه الإسلامي الحديث (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تقسيم العالم في الفقه الإسلامي القديم:

تقسم النظرية القديمة في الفقه الإسلامي العالم إلى قسمين: الأول يشمل كل بلاد الإسلام، ويسمى دار الإسلام، والثاني يشمل كل البلاد الأخرى، ويسمى دار الحرب، ويضيف بعض الفقهاء قسماً آخر سموه دار العهد، وهي بلاد غير إسلامية عقد أهلها الصلح مع المسلمين دون أن تؤخذ منهم جزية.

أولاً: دار الإسلام: دار الإسلام هي الدار التي تظهر فيها أحكام الإسلام، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهر فيها أحكام الإسلام<sup>1</sup>، وتعرف دار الإسلام: بأنها البلاد التي يسود فيها الحكم الإسلامي تشريعاً وتنفيذاً، وتكون القوة والعزة فيها للمسلمين<sup>2</sup>، سواء كانوا أكثرية السكان بها من المسلمين، أم غير المسلمين ويتسلط عليه المسلمون ويحكمونه<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> - قال الكاساني: "دار الكفر تصير دار إسلام بظهور أحكام الإسلام فيها"، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، بيروت: دار الكتاب العربي (1982)، ط2، ج7 ص130، وقال في موضع آخر: "المقصود من إضافة الدار إلى الإسلام والكفر ليس هو عين الإسلام والكفر، وإنما المقصود هو الأمن والخوف، ومعناه أن الأمن إن كان للمسلمين فيها على الإطلاق والخوف للكفرة على الإطلاق فهي دار الإسلام، وإن كان الأمن فيها للكفرة على الإطلاق والخوف للمسلمين على الإطلاق فهي دار الكفر، والأحكام مبنية على الأمن والخوف لا على الإسلام والكفر، فكان اعتبار الأمن والخوف أولى"، المرجع نفسه، ص131، وانظر أيضاً محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، المبسوط، بيروت: دار المعرفة (1406هـ)، ج10 ص19 و23.

<sup>2</sup> - راجع محمد أبو زهرة، العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي، ط1، دت، ص53.

<sup>3</sup> - راجع عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط14، (1998)، ج1 ص275.

"ويدخل في دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون يظهرون أحكام الإسلام، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام"<sup>1</sup>.

وسكان دار الإسلام نوعان: مسلمون، وهم كل من آمن بالدين الإسلامي، وذميون، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام.

ثانيا: دار الحرب: قد اختلف الفقهاء في تعريف دار الحرب على رأيين:

أحدهما أن دار الحرب هي الدار التي لا يكون فيها السلطان والمنعة للحاكم المسلم، ولا يكون عهد بينهم وبين المسلمين يرتبط به المسلمون ويقيدهم<sup>2</sup>، فالعبرة عند أصحاب هذا الرأي إلى المنعة والسلطان، فمادامت الدار خارجة عن منعة المسلمين من غير عهد فهي دار حرب، يتوقع الاعتداء منها دائما، والله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين بأن يأخذوا الحذر دائما، وأن يكونوا على أهبة القتال لدفع الاعتداء، وذلك رأي كثير من الفقهاء<sup>3</sup>.

والرأي الثاني رأي أبي حنيفة والزيدية، وبعض الفقهاء<sup>4</sup>، وهو أن كون السلطان والمنعة لغير المسلمين لا يجعل الدار دار حرب، بل لا بد من تحقق شروط ثلاثة لتصير الدار دار حرب.

أول هذه الشروط: ألا تكون المنعة والسلطان للحاكم المسلم، بحيث لا يستطيع تنفيذ الأحكام الشرعية.

وثانها: أن يكون الإقليم متاخما للديار الإسلامية بحيث يتوقع منه الاعتداء على دار الإسلام، ويترتب على هذا الشرط أن تكون الصحارى المتاخمة للبلاد الإسلامية ليست دار حرب، ما لم تكن ممتنعة على المسلمين بقوة أخرى لا يمكن للحاكم المسلم أن يفرض سلطان الإسلام عليها، وكذلك البحار المحيطة التي تتصل بالدار الإسلامية لا تعد في قبضة غير المسلمين ما لم تكن ممتنعة على الحاكم المسلم.

وثالث الشروط: ألا يبقى المسلم أو الذمي (أي غير المسلم الذي يعد من الرعية الإسلامية) مقيما في هذه الديار بالأمان الإسلامي الأول الذي مكن رعية المسلمين من الإقامة فيها، وبتطبيق هذا الشرط تكون البلاد التي استولى عليها المسلمون وأمنوا أهلها، ثم اضطروا إلى الجلاء عنها تحت تأثير الحرب أو عامل آخر ليست دار حرب، إذا كان الذين سيطروا عليها أبقوا المسلمين ورعايا الدولة الإسلامية مقيمين فيها بمقتضى الأمان الأول، وذلك بلا ريب لا يكون إلا إذا سلمت هذه الدولة المسلمين وكان معهم سلام لا تعكره حرب، وأما إذا قضوا الأمان وحاربوا المسلمين فإن الدار دار حرب، ولو أعطوا أولئك أمانا جديدا<sup>5</sup>.

وقد ذكر هذه الشروط الكاساني إذ قال: "واختلفوا في دار الإسلام أنها بماذا تصير دار الكفر، قال أبو حنيفة إنها لا تصير دار الكفر إلا بثلاث شرائط: أحدها ظهور أحكام الكفر فيها، والثاني أن تكون متاخمة لدار الكفر، والثالث

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 275، 276.

<sup>2</sup> - انظر: ابن القيم محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي، أحكام أهل الذمة، تحقيق: صبيح الصالح، دمشق: جامعة دمشق، ط 1، 1381 هـ، (1961 م)، ج 1 ص 266.

<sup>3</sup> - راجع أبو زهرة، مرجع سابق، ص 53. السرخسي، مرجع سابق، ج 10 ص 144، وابن القيم، أحكام أهل الذمة، المرجع السابق، ج 1 ص 266، وعبد اله محمد ابن مفلح المقدسي، الآداب الشرعية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عمر القيام، مؤسسة الرسالة، 1419 هـ، 1999 م، ج 1 ص 213.

<sup>4</sup> انظر: الكاساني، مرجع سابق، ج 7 ص 131، 132، ولجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، بيروت: دار الفكر، ج 2 ص 232.

<sup>5</sup> - أبو زهرة، المرجع السابق، ص 53، 54.





أن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمي آمن بالأمان الأول وهو أمان المسلمين، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إنها تصير دار الكفر بظهور أحكام الكفر فيها، وجه قولهما أن قولنا دار الإسلام ودار الكفر إضافة دار إلى الإسلام وإلى الكفر،... وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن المقصود من إضافة الدار إلى الإسلام والكفر ليس هو عين الإسلام والكفر، وإنما المقصود هو الأمان والخوف... فكان اعتبار الأمان والخوف أولى فما لم تقع الحاجة للمسلمين إلى الاستئمان بقي إلا من الثابت فيها على الإطلاق فلا تصير دار الكفر، وكذا إلا من الثابت على الإطلاق لا يزول إلا بالمتاخمة لدار الحرب، فتوقف صيرورتها دار الحرب على وجودهما... دار الكفر حيث تصير دار الإسلام لظهور أحكام الإسلام فيها، لأن هناك الترجيح لجانب الإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام: "الإسلام يعلو ولا يعلى"<sup>1</sup>، فزال الشك على أن الإضافة إن كانت باعتبار ظهور الأحكام، لكن لا تظهر أحكام الكفر إلا ثم وجود هذين الشرطين، أعني المتاخمة وزوال الأمان الأول، لأنها لا تظهر إلا بالمنعة ولا منعة إلا بهما"<sup>2</sup>.

قال أبو زهرة: "ولا شك أن هذا الرأي هو الذي يتفق مع اعتبار أن الأصل في العلاقة هو السلم... وهو الذي يتلاقى مع النصوص الداعية للإسلام، فإننا نعتقد أنه مستمد من روح القرآن ونصوصه، لكن اشتراط المتاخمة لتوقع الاعتداء أصبح غير ذي موضوع، لأن ابن الأرض أخذ يتحكم في الأجواء بل يتحكم في الفضاء، ولم يعد القتال يحتاج إلى المتاخمة، بل إن القنابل الفتاكة المخربة تصل من أقصى الأرض إلى أقصاها، ولذلك نرى أن هذا الشرط لا موضع له الآن، ولو كان أبو حنيفة حيا ورأى ما نرى لتترك الشرط، فإذا تركناه فبفكرته نأخذ، والاختلاف بيننا وبينه ليس اختلاف حجة وبرهان، بل اختلاف حال وزمان"<sup>3</sup>.

ثالثا: دار العهد: يعرّف الفقهاء دار العهد بأنها: "بلاد غير إسلامية عقد أهلها الصلح مع المسلمين دون أن تؤخذ منهم جزية. فدارهم لا تخضع لأحكام الإسلام فليست من دار الإسلام، وليس بينهم وبين المسلمين حرب فليست دار حرب"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قال الزبلي: "لأن الإسلام يعلو ولا يعلى قلت لم يذكره المصنف حديثا، وهو حديث تزوجها وموقوف، فالموقوف من قول بن عباس ذكره البخاري في صحيحه في الجنازات تعليقا، فقال وقال بن عباس: "الإسلام يعلو ولا يعلى"، والمرفوع روى من حديث عمر بن الخطاب ومن حديث عائذ بن عمرو المزني ومن حديث معاذ بن جبل، فحديث عمر رواه الطبراني في معجمه الأوسط والبيهقي في دلائل النبوة، وأما حديث عائذ بن عمرو المزني فأخرجه الدارقطني في سننه، وأما حديث معاذ فرواه نهشل في تاريخ واسط". عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزبلي، نصب الرأية، تحقيق: محمد يوسف البنوري، مصر: دار الحديث، 1357هـ، ج3 ص213. وراجع أيضا أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل، الدراية في تخرج أحاديث الهداية، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، بيروت: دار المعرفة، ج2 ص66.

<sup>2</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7 ص130، 131.

<sup>3</sup> - أبو زهرة، المرجع السابق، 54 بتصرف.

<sup>4</sup> - انظر: محمد بن عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير، المطبعة الأميرية، ط1، 1315هـ، ج4 ص293 وما بعدها، ولجنة علماء برئاسة نظام الدين البليخي، الفتاوى الهندية، بيروت: دار الفكر، ج1 ص181، ومحمد بن عبد الله الخريشي، شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر، دط، دت، ج3 ص175، ومحمد الدردير، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، بيروت: دار الفكر، دط، دت، ج2 ص190، وأبو الضياء ابن جزئي، القوانين الفقهية، الجزائر: دار الكتب، دط، دت، ص 154، ومغني المحتاج، ج4 ص260 وما بعدها، ومحمد بن إدريس الشافعي، الأم: برواية الربيع بن سليمان المرادي، ج4 ص110 وما بعدها، ومحمد بن أبي العباس بن حمزة شمس الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، على هامش ابن شهاب الدين الرملي، حاشية أحمد بن عبد الرزاق، القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1357هـ، 1938، ج7 ص235، ومنصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، دط، 1402، ج3 ص103، وما بعدها، وموفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني، القاهرة: مطبعة المنار، دط، 1348هـ، ج8 ص459، 461.

ويعرفها بعض الفقهاء بأنها: "الأرض التي يغلب عليها الكفار الذين صالحهم المسلمون على البقاء فيها ودخلوا معهم في معاهدة سلام على أن تكون الأرض لأهلها، وتسمى (دار الصلح)"<sup>1</sup>.

الفرع الثاني: تقسيم العالم في الفقه الإسلامي الحديث:

السؤال المهم هنا: كيف نصنف عالمنا اليوم؟ أيوجد فيه دار إسلام، ودار حرب، ودار عهد، أم أن هذا التقسيم ألغى نهائياً، كما يذهب إلى ذلك بعض العلماء والباحثين المعاصرين؟ يجيب على ذلك الدكتور يوسف القرضاوي بقوله: "في رأيي، أنه لا يزال هنا مجال لهذا التقسيم، فلا نستطيع أن نقبل قول من قال: أن دار الإسلام قد انتهت ولم يعد لها وجود في عالمنا، لأن عالمنا الجديد - في عصر العولمة - لم يعد مقسماً على أساس ديني.

وهذا غير مسلم تماماً، فإذا كان الآخرون قد نفوا الدين من حياتهم ودمسائيرهم، فنحن لم ننف ذلك، ولا يجوز لنا أن ننفي، مادام الإسلام يمثل عقيدتنا وشريعتنا، وعليه تقوم هويتنا، وإليه تعود مرجعيتنا، على أن الغربيين لازالوا إلى اليوم ينص كثير منهم على دينه، وعلى مذهبه في الدستور، ولزالت هناك أحزاب ديمقراطية مسيحية، واشتراكية مسيحية، ولزال الكثيرون يحملون عداوة للإسلام"<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك فجميع الدول الإسلامية تعد دار إسلام، وبقي الدول غير الإسلامية تعد دار عهد ما عدا الكيان الصهيوني، وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: جميع البلاد الإسلامية تعد دار إسلام: يقول الدكتور القرضاوي: "والذي أراه وأطمئن إليه: أن جميع البلاد التي تسمى الآن (البلاد الإسلامية) والتي تسكنها غالبية مسلمة، تعد كلها من دار الإسلام، وإن كان بعضها لا يحتكم في كل أموره على شريعة الإسلام، بل ربما أعلن بعضها العلمانية جهاراً، مثل تركيا، منذ حكمها كمال أتاتورك.

وحسبنا: أن هذه البلاد إسلامية الأصل. وأن هذه البلاد إسلامية تاريخياً أيضاً. وأن سكانها مسلمون في أغليبتهم على الأقل، وكثير منهم مسلمون متدينون. أن حكماها أيضاً مسلمون رسمياً على الأقل.

وأن شعائر الإسلام ومظاهره الدينية والاجتماعية لم تزل معلنة وظاهرة، مثل الأذان وتلاوة القرآن والمساجد والجمعة والجماعات والأعياد الإسلامية، والإعلان بصيام رمضان، وإتاحة الفرصة للحج كل عام، وتغسيل الميت وتكفينه والصلاة عليه، ودفنه في مقابر المسلمين، وغيرها.

كما أن أكثرها يعلن في دستوره: أن الإسلام دين الدولة، وبعضها يعلن في دستوره كذلك: أن الشريعة مصدر رئيسي أو المصدر الرئيسي للتشريع، وحتى البلاد التي يعلن حكماها العلمانية، لا ينبغي أن تسلك من دار الإسلام، مادام شعبها مسلماً.

وها نحن نرى تركيا التي لا يزال دستورها علمانياً، ولا يزال جيشها يعلن حماسته للعلمانية، ولا يزال تشريعها علمانياً: تحكمها اليوم حكومة ذات توجهات إسلامية، صوتت عليها أغلبية الشعب في انتخابات حرة، ويرأسها رئيس ذو توجهات إسلامية وزوجته محجبة.

<sup>1</sup> - الشافعي، الأم، ج4 ص103، 104، والماوردي، الأحكام السلطانية، ص133، 151، 166

<sup>2</sup> - يوسف القرضاوي، فقه الجهاد، القاهرة: مكتبة وهبة، ط3، دت، ج2 ص893-894.

ولا أوافق بعض الإخوة المتحمسين الذين يسارعون بنفي الإسلام عن تلك البلاد، وإخراجها من نطاق (دار الإسلام)، وهذا في الحقيقة يندرج بخطر عظيم، إذا وافقنا عليه، واستجبنا لمتطلباته ولوازمه. وإن نفي الإسلام عن هذه البلاد يعني سائر المسلمين من الاهتمام بها، والدفاع عنها، والحرص على إيصال كل حير غلبها، ودفع كل شر عنها، مادامت قد خرجت من الدائرة الإسلامية. وأنا مع الفقهاء الذين تشددوا في الشروط التي تخرج الأرض من دار الإسلام، مثل الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، وأشد منه الشافعية رضي الله عنهم<sup>1</sup>.

ثانياً: العالم كله دار عهد بالنسبة للمسلمين (ما عدا الكيان الصهيوني):

كما أن سائر العالم النسبة لنا -نحن المسلمين- يعتبر (دار عهد)، فما عدا دولة الكيان الصهيوني إسرائيل، فنحن نرتبط مع هذا العالم من حولنا بـ (ميثاق الأمم المتحدة) بوصفنا نحن المسلمين جميعاً أعضاء في هذه الهيئة. صحيح أننا لم ندخلها كتلة واحدة، بل دخلناها باعتبارنا أقطارا ودولا قطرية أو محلية، تربطنا بعض المنظمات مثل: منظمة المؤتمر الإسلامي.

وما دمنا أعضاء في الأمم المتحدة فنحن ملزمون بقراراتها، لكن لا يجوز لنا التوقيع على أي اتفاقية تخالف الشريعة.

أما الكيان الصهيوني فما دام يحتل أرضنا وينتهك حرماننا ويهجر شعبنا، وليس لنا علاقات أو اتفاقات معه، فهو دار حرب.

المطلب الثاني: مبدأ السيادة في الشريعة الإسلامية:

كلمة السيادة تعبير يجري في كتب القانون الدولي في العصر الحاضر، ومؤدى هذا التعبير أن يكون سلطان الدولة أصيلاً غير مستمد من دولة أخرى، وأن يكون ذلك السلطان مبسوطاً في كل أجزاء الدولة مهما تعددت فيها القوميات أو تتسع الأراضي وتتباين أجزاؤها، وأن تكون علاقتها بغيرها قائمة على أساس سلطانها، ولا يكون مستمداً من سلطان آخر، إلا أن يكون تنفيذاً لعهد لا يمس الاستقلال، بل يكون منبعثاً منه لا من شيء سوى الوفاء بالعهود الذي تقوم عليه العلاقات الدولية الحرة<sup>2</sup>.

وعلى ذلك يكون لسلطان الدولة مظهران:

أحدهما خارجي، يكون بتنظيم العلاقات الدولية على أساس من الاستقلال، الذي لا تبعية فيه لدولة أخرى. وثانيهما بسط السلطان في داخلها، بحيث يكون جميع الرعايا خاضعين لقوانين هذه الدولة، إلا ما تمنحه هي من بعض المعاملات الخاصة لبعض الطوائف، على أن يكون ذلك على أساس أنه منحة قابلة للاسترداد في أي وقت من الأوقات، لا على أساس أنه امتياز يوجد حقا مكتسباً، فإن الدولة إذا أعطت بعض الطوائف امتيازاً في نظم

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 894-895.

<sup>2</sup> - انظر: طلال ياسين العيسى، السيادة بين مفهومها التقليدي والمعاصر "دراسة في مدى تدويل السيادة في العصر الحاضر"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م 26، العدد الأول، 2010، ونسيب أرزقي، مستقبل السيادة والنظام العالمي الجديد، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم الإدارية والقانونية، ج 3، 1998، ص 84

الأُسرة مثلا، فهذا على أساس مراعاة الحرية الدينية، لا على أنه قيد دولي تقيد الدولة الإسلامية به نفسها، فإن تحول إلى قيد يمس السيادة، فإن على الدولة التي تنفذ أحكام الإسلام أن تلغيه فوراً، لأنه حينئذ يمس سلطان السيادة، كما حدث في الامتيازات التي أعطتها الدولة العثمانية للطوائف التي كانت تعيش في ظلها، فإنها تحولت إلى حقوق دولية تمس السيادة، حتى ألغيت وانتهت من غير رجعة.

قال مالك: "إذا زنى أهل الذمة أو شربوا الخمر فلا يعرض لهم الإمام؛ إلا أن يظهروا ذلك في ديار المسلمين ويدخلوا عليهم الضرر؛ فيمنعهم السلطان من الإضرار بالمسلمين"<sup>1</sup>.

والدول الحاضرة لا تجعل لأي طائفة من طوائفها ميزة خاصة في تعاملها، وخصوصاً في نظام الأسرة، لأن نظم الأسرة فيما تتعلق بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

ولكن الدول الإسلامية لا تزال تعطي رعاياها حق التقاضي على مقتضى دينهم بالنسبة للأسرة فيما عدا الوصايا والموارث والأوقاف، وتوضع لهم قوانين تتعلق بالزواج والطلاق تتفق مع المعروف عندهم من شؤون دينهم، وترجو أن لا يتحول ذلك إلى امتياز خاص تتدخل فيه الدول، فإنه في هذه الحال يجب إلغاؤه، لأنه حينئذ يكون تقييدا لحرية الدولة ونقصاً من سيادتها، ولو ترددنا بين احترام حرية الأحاد وحرية الدولة لاخترنا الثانية وخصوصاً أن الدول عامة تسير على هذه القاعدة، وهي تعميم أحكام قوانينها.

إن نظامنا الإسلامي في منحه الحرية الدينية لرعايا الدولة الإسلامية من غير المسلمين هو من قبيل السماح الدينية لرعايانا، ولا يصح أن نجاري غيرنا في التضييق على حرية رعايانا، على أننا نكرر أنه لو اعتبر امتيازاً يجب إلغاؤه فوراً، وفي الفقه الإسلامي ما يبرر الإلغاء، لأن الشافعي لا يرى ذلك التسامح، فليؤخذ برأيه<sup>2</sup>.

ويؤكد القرآن الكريم هذه السيادة في أكثر من موضع، من ذلك قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا)<sup>3</sup>، وقوله تعالى: (ثُمَّ رُدُّوا إِلَى اللَّهِ مَوْلَاهُمْ الْحَقَّ لَا لَهُ الْحُكْمُ وَهُوَ أَسْرَعُ الْحَاسِبِينَ)<sup>4</sup>، قال ابن جرير: "ألا له الحكم والقضاء دون سواه من جميع خلقه، وذلك حق في الدنيا والآخرة، لأن مبنى الحساب في الآخرة إنما يقوم على عمل الناس في الدنيا"<sup>5</sup>، ولا يحاسب الناس على ما اجترحوا في الدنيا إلا على أساس هذه الشريعة التي جاءت أحكامها منظمة للحياة الاجتماعية والسياسية، والاقتصادية، وأموال المعاملات الأخرى.

وما دامت الحاكمية في هذا العالم لشريعة الله تعالى في كل شؤون الحياة، وإلى آخر الزمان، فإن الكثير من الآيات جاءت أمرة بتطبيق أحكامها، وإتباع ما أمرت به وترك ما نهت عنه، من ذلك قول الله تعالى: (ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ)<sup>6</sup>. قال ابن جرير: "فاتبع تلك الشريعة التي جعلناها لك، ولا

<sup>1</sup> - ابن عبد البر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: محمد التاويت وسعيد أحمد أعراب وغيرهما، المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1394هـ، 1974م، ج14 ص392.

<sup>2</sup> - راجع محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص57، 58.

<sup>3</sup> - الأحزاب:36.

<sup>4</sup> - الأنعام:62.

<sup>5</sup> - الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، تفسير بن جرير الطبري، تحقيق: محمد شاكر، القاهرة: دار المعارف، ج7 ص218.

<sup>6</sup> - الجاثية: 18.

تتبع ما دعاك إليه الجاهلون بالله الذين لا يعرفون الحق من الباطل فتعمل به فمهلك إن عملت به"<sup>1</sup>، وهو قول ابن عباس وقتادة وابن زيد، وقال الزمخشري: "فاتبع شريعتك الثابتة بالدلائل والحجج ولا تتبع ما لا حجة عليه من أهواء الجهال ودينهم المبني على هوى وبدعة"<sup>2</sup>، ومن ذلك قوله تعالى: (اتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ)<sup>3</sup>. قال القرطبي: "قوله تعالى: (اتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ) يعني الكتاب والسنة. قال تعالى: (وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا)<sup>4</sup>، وقالت فرقة: هذا أمر يعم النبي، صلى الله عليه وسلم وأمته، والظاهر أنه أمر لجميع الناس دونه، أي: اتبعوا ملة الإسلام والقرآن، وأحلوا حلاله وحرموا حرامه، وامتلوا أمره، واجتنبوا نهييه. ودلت الآية على ترك إتباع الآراء مع وجود النص"<sup>5</sup>.

ومما يؤكد أن الأمر بإتباع ما أنزل الله تعالى لا يخص القرآن فحسب، بل يعم السنة أيضا، ما جاء في عدد من الآيات من الأمر بإتباعها وتطبيقها، من ذلك قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ)<sup>6</sup>.

كل هذا يدل على أن "الأصل في الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لا مكانية، جاءت للعالم كله لا لجزء منه، وللناس جميعا لا لبعضهم، فهي شريعة الكافة لا يختص بها قوم دون قوم، ولا جنس دون جنس، ولا قارة دون قارة، وهي شريعة العالم كله، يخاطب بها المسلم وغير المسلم، وساكن البلاد الإسلامية، وساكن البلاد غير الإسلامية، لكن لما كان الناس جميعا لا يؤمنون بها، ولا يمكن فرضها عليهم فرضا، فقد قضت ظروف الإمكان أن لا تطبق الشريعة إلا على البلاد التي يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطا بسلطان المسلمين وقوتهم، فكلما اتسعت الأقاليم التي يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التي تطبق فيها الشريعة، فالظروف والضرورة هي التي جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة في أساسها شريعة عالمية، ولهذا نستطيع أن نقول: إن الشريعة الإسلامية في أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية، ولكنها في تطبيقها شريعة إقليمية، إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية"<sup>7</sup>.

#### المبحث الثاني: حقوق المواطنين غير المسلمين (أهل الذمة) في التزام شرائعتهم:

جرى العرف الإسلامي على تسمية المواطنين من غير المسلمين في المجتمع الإسلامي باسم "أهل الذمة" أو "الذميين".

<sup>1</sup> - الطبري، المرجع السابق، ج28ص146.

<sup>2</sup> - الزمخشري محمود بن عمر، الكشاف، بيروت: دار المعرفة، تفسير الآية المذكورة.

<sup>3</sup> - الأعراف:03.

<sup>4</sup> - الحشر: 07.

<sup>5</sup> - القرطبي محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: التركي ومحمد رضوان عرقسوسي، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2006، ج7ص161.

<sup>6</sup> - محمد: 33 وانظر: الموسوعة الفقهية، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، ط2، 1426هـ، 2005م، ج25ص299، 300.

<sup>7</sup> - عبد القادر عودة، مرجع سابق، ج1ص274، 275.

و"الذمة" كلمة معناها العهد والضمان والأمان، وإنما سموا بذلك؛ لأن لهم عهد الله وعهد الرسول، وعهد جماعة المسلمين: أن يعيشوا في حماية الإسلام، وفي كنف المجتمع الإسلامي آمنين مطمئنين، فهم في أمان المسلمين وضمائمهم، بناء على "عقد الذمة" بينهم وبين أهل الإسلام. فهذه الذمة تعطي أهلها "من غير المسلمين" ما يشبه في عصرنا "الجنسية" السياسية التي تعطيها الدولة لرعاياها، فيكتسبون بذلك حقوق المواطنين ويلتزمون بواجباتهم. فالذمي على هذا الأساس من "أهل دار الإسلام" كما يعبر الفقهاء<sup>1</sup>، أو من حاملي "الجنسية الإسلامية" كما يعبر المعاصرون<sup>2</sup>.

يقول عبد القادر عودة: "تقوم الجنسية في الشريعة الإسلامية على أساس الدار، أو بتعبير آخر: على أساس الإسلام ومسالمته، والتزام أحكامه أو الكفر به، فأهل دار الإسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة، ومهما تميز المصري عن السوري أو العراقي أو المغربي فذلك تمييز محلي أو إقليمي لا ينبي عليه حكم شرعي ولا يؤدي إلى تمييز في الخارج"<sup>3</sup>.

وعقد الذمة عقد مؤبد<sup>4</sup>، يتضمن إقرار غير المسلمين على دينهم، وتمتعهم بحماية الجماعة الإسلامية ورعايتها، بشرط بذلهم "الجزية" والتزامهم أحكام القانون الإسلامي في غير الشؤون الدينية، وبهذا يصيرون من أهل "دار الإسلام". فهذا العقد ينشئ حقوقاً متبادلة لكل من الطرفين: المسلمين وأهل ذمتهم، بإزاء ما عليه من واجبات. وبناء على ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول: التزام أهل الذمة القانون الإسلامي، المطلب الثاني: تقييد الذميين بأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية والمدنية، المطلب الثالث: تقييد الذميين بأحكام الشريعة في الدماء.

#### المطلب الأول: التزام أهل الذمة القانون الإسلامي:

من الواجب على أهل الذمة التزام القانون الإسلامي، أو الشريعة الإسلامية، التي تطبق على المسلمين، لأنهم -بمقتضى عقد الذمة- أصبحوا يحملون جنسية الدولة الإسلامية<sup>5</sup>، فعليه أن يتقيدوا بقوانينها التي لا تمس عقائدهم وحريتهم الدينية، فليس عليهم أي تكليف من التكاليف التعبدية للمسلمين، أو التي لها صبغة تعبدية أو دينية، مثل الزكاة التي هي ضريبة وعبادة في الوقت نفسه، ومثل الجهاد الذي هو خدمة عسكرية وفريضة إسلامية، ومن أجل ذلك فرض الإسلام عليهم الجزية بدلا من الجهاد، أو الجهاد والزكاة رعاية لشعورهم الديني: أن يفرض

<sup>1</sup> -انظر السرخسي، شرح السير الكبير، طبعة مصر، ج 1 ص140، والكاساني، مرجع سابق، ج 5 ص 281، وعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني، بيروت: دار الفكر، ط1، 1405هـ، ج5 ص516.

<sup>2</sup> - انظر عبد القادر عودة، مرجع سابق، ج 1 ص 307 وعبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، ط1، 1382هـ، 1963م، ص 63-66.

<sup>3</sup> - عبد القادر عودة، المرجع السابق، ج 1 ص 307.

<sup>4</sup> - هذا الأصل فيه، لكن يمكن أن ينقض لأسباب ذكرها الفقهاء، انظر: ابن الهمام، مرجع سابق، ج4 ص381 وما بعدها، ومحمد الدردير، الشرح الكبير مع الدسوقي، مرجع سابق، ج2 ص188 وما بعدها، والخريشي، مرجع سابق، ج3 ص149، والقراقي، الفروق، مرجع سابق، ج3 ص13، والشافعي، الأم، مرجع سابق، ج4 ص109، ومغني المحتاج، مرجع سابق، ج4 ص258، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8 ص525.

<sup>5</sup> - يعتبر أهل الذمة من أهل دار الإسلام؛ لأن المسلمين حين أعطوهم الذمة فقد التزموا دفع الظم عنهم والمحافظة عليهم، وصاروا أهل دار الإسلام. انظر الكاساني، مرجع سابق، ج5 ص281، والسرخسي، شرح السير الكبير، مرجع سابق، ج1 ص140، وابن قدامة، مرجع سابق، ج8 ص566.

علمهم ما هو من عبادات الإسلام، وليس عليهم في أحوالهم الشخصية والاجتماعية أن يتنازلوا عما أحله لهم دينهم، وإن كان قد حرمه الإسلام، كما في الزواج والطلاق وأكل الخنزير وشرب الخمر، فالإسلام يقرهم على ما يعتقدون حله، ولا يتعرض لهم في ذلك بإبطال ولا عتاب، فالمجوسي الذي يتزوج إحدى محارمه، واليهودي الذي يتزوج بنت أخيه، والنصراني الذي يأكل الخنزير ويشرب الخمر، لا يتدخل الإسلام في شؤونهم هذه ما داموا يعتقدون حلها، فقد أمر المسلمون أن يتركوهم وما يدينون، قال مالك: "إذا زنى أهل الذمة أو شربوا الخمر فلا يعرض لهم الإمام؛ إلا أن يظهروا ذلك في ديار المسلمين ويدخلوا عليهم الضرر؛ فيمنعهم السلطان من الإضرار بالمسلمين"<sup>1</sup>.

ويتمتع أمان الذمي على ماله، ولو كان خمراً أو خنزيراً، وينقل الطحاوي إجماع المسلمين على حرية أهل الذمة في أكل الخنازير والخمر وغيره مما يحل في دينهم، فيقول: "وأجمعوا على أنه ليس للإمام منع أهل الذمة من شرب الخمر وأكل لحم الخنازير واتخاذ المساكن التي صالحوا عليها، إذا كان مِصرّاً ليس فيه أهل إسلام (أي في بلادهم التي هم فيها الكثرة)"<sup>2</sup>.

وقد كتب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل نجران أماناً شمل سلامة كنائسهم وعدم التدخل في شؤونهم وعباداتهم، وأعطاهم على ذلك ذمة الله ورسوله، يقول ابن سعد: "وكتب رسول الله، صلى الله عليه وسلم لأسقف بني الحارث بن كعب وأساقفة نجران وكهننتهم ومن تبعهم ورهبانهم: أن لهم ما تحت أيديهم من قليل وكثير، من بيعهم وصلواتهم ورهبانهم، وجوار الله ورسوله، لا يغير أسقف عن أسقفيته، ولا راهب عن رهبانيته، ولا كاهن عن كهانته"<sup>3</sup>.

ووفق هذا الهدي السمع سار الخلفاء الراشدون من بعده، صلى الله عليه وسلم، فقد ضمن الخليفة عمر بن الخطاب نحوه في العهدة العمرية التي كتبها لأهل القدس، وفيها: "بسم الله الرحمن الرحيم؛ هذا ما أعطى عبد الله عمر أمير المؤمنين أهل إيلياء من الأمان، أعطاهم أماناً لأنفسهم وأموالهم، ولكنائسهم وصلبانهم وسقيمها وبريئها وسائر ملتها، أن لا تُسكن كنائسهم، ولا تُهدم، ولا يُنتقص منها ولا من حيزها، ولا من صلبهم، ولا من شيء من أموالهم. ولا يكرهون على دينهم، ولا يُضار أحد منهم .. وعلى ما في هذا الكتاب عهد الله وذمة رسوله وذمة الخلفاء وذمة المؤمنين"<sup>4</sup>.

فإذا رضوا بالاحتكام إلى شرع المسلمين في هذه الأمور حكمنا فيهم حكم الإسلام لقوله تعالى: (أَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ)<sup>5</sup>.

فمن أمارات تسامح المسلمين مع غيرهم أنهم لم يتدخلوا في الشؤون التفصيلية لهم، ولم يجبروهم على التحاكم أمام المسلمين وإن طلبوا منهم الانصياع للأحكام العامة للشريعة المتعلقة بسلامة المجتمع وأمنه.

<sup>1</sup> - ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج 14 ص 392

<sup>2</sup> - الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، اختلاف الفقهاء، ص 233

<sup>3</sup> - محمد بن سعد بن منيع الزهري، الطبقات الكبرى، بيروت: دار صادر، 1380هـ، 1960م، ج 1 ص 266

<sup>4</sup> - الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، تاريخ الطبري، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، القاهرة: دار المعارف، ج 4 ص 449

<sup>5</sup> - المائدة: 49

وقد بين المرادوي المراد من التزام الأحكام الإسلامية فقال: "لا يجوز عقد الذمة إلا بشرطين: بذل الجزية والالتزام أحكام الملة من جريان أحكام المسلمين عليهم .. يلزم أن يأخذوهم بأحكام المسلمين في ضمان النفس والمال والعرض وإقامة الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه"<sup>1</sup>.

لكن الخربوطلي ينقل عن الدكتور فيليب في كتابه "تاريخ العرب" حديثه عن رغبة أهل الذمة في التحاكم إلى التشريع الإسلامي، واستئذانهم للسلطات الدينية في أن تكون مواريتهم حسب ما قرره الإسلام<sup>2</sup>. ويرى بعض الفقهاء<sup>3</sup> أننا مخيرون إذا احتكموا إلينا: إما أن نحكم بشرعنا أو نترك فلا نحكم بشيء، لقوله تعالى: (فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)<sup>4</sup>، ومن هنا كان لأهل الذمة محاكمهم الخاصة، يحتكمون إليها إن شاؤوا، وإلا لجؤوا إلى القضاء الإسلامي.

وينقل العيني عن الزهري قوله: "مضت السنة أن يرد أهل الذمة في حقوقهم ومعاملاتهم ومواريتهم إلى أهل دينهم: إلا أن يأتوا راغبين في حكمننا، فنحكم بينهم بكتاب الله تعالى"<sup>5</sup>.

كما ينقل عن ابن القاسم: "إن تحاكم أهل الذمة إلى حاكم المسلمين ورضي الخصمان به جميعاً؛ فلا يحكم بينهما إلا برضا من أساقفهما، فإن كره ذلك أساقفهم فلا يحكم بينهما، وكذلك إن رضي الأساقفة ولم يرض الخصمان أو أحدهما لم يحكم بينهما"<sup>6</sup>.

يقول المؤرخ الغربي آدم ميتز: "ولما كان الشرع الإسلامي خاصا بالمسلمين، فقد خلّت الدولة الإسلامية بين أهل الملل الأخرى وبين محاكمهم الخاصة بهم.

والذي نعلمه من أمر هذه المحاكم: أنها كانت محاكم كنسية، وكان رؤساء المحاكم الروحيون يقومون فيها مقام كبار القضاة أيضا، وقد كتبوا كثيرا من كتب القانون، ولم تقصر أحكامهم على مسائل الزواج، بل كانت تشمل إلى جانب ذلك مسائل الميراث، وأكثر المنازعات التي تخص المسيحيين وحدهم مما لا شأن للدولة به، وعلى أنه كان يجوز للذمي أن يلجأ إلى المحاكم الإسلامية، ولم تكن الكنائس بطبيعة الحال تنظر إلى ذلك بعين الرضا، ولذلك ألّف الجاثليق تيمونيوس حوالي (عام 200هـ، 800م) كتابا عن الأحكام القضائية المسيحية (لكي يقطع كل عذريته عن النصارى الذين يلجأون إلى المحاكم غير النصرانية بدعوى فقدان القوانين المسيحية).

إلى أن يقول: "وفي عام (120هـ، 738م) ولي قضاء مصر خير بن نعيم، فكان يقضي في المسجد بين المسلمين، ثم يجلس على باب المسجد بعد العصر على المعارج فيقضي بين النصارى، ثم خصص القضاة للنصارى يوما

<sup>1</sup> - المرادوي علي بن سليمان بن أحمد، الإنصاف مع الشرح الكبير، القاهرة: طبعة هجر، ج4ص222

<sup>2</sup> - علي حسن الخربوطلي، الإسلام وأهل الذمة، القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، 1389هـ، 1969م، ص 119.

<sup>3</sup> - قال في المغني: "فالحاكم مخير بين إحضارهم والحكم بينهم، وبين تركهم سواء كانوا من أهل دين واحد، أو أهل أديان، هذا المنصوص عن أحمد، وهو قول النخعي، وأحد قول الشافعي". ابن قدامة، مرجع سابق، ج12ص382.

<sup>4</sup> - المائدة:4.

<sup>5</sup> - العيني، مرجع سابق، ج16ص161

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، ج16ص161



يحضرون فيه إلى منازل القضاة ليحكموا بينهم، حتى جاء القاضي محمد بن مروق الذي ولي قضاء مصر (عام 177هـ) فكان أول من أدخل النصارى في المسجد ليحكم بينهم<sup>1</sup>.

وقد قال متز: "أما في الأندلس، فعندنا من مصدر جدير بالثقة: أن النصارى كانوا يفصلون في خصوماتهم بأنفسهم، وأنهم لم يكونوا يلجأون للقاضي إلا في مسائل القتل"<sup>2</sup>.

**المطلب الثاني: تقيد الذميين بأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية والمدنية:**

القاعدة العامة أن أهل الذمة في المعاملات كالبيوع والإجارة وسائر التصرفات المالية كالمسلمين (إلا ما استثني من المعاملة بالخمير والخنزير ونحوهما). وذلك لأن الذمي ملتزم أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات المالية، فيصح منهم البيع والإجارة والمضاربة والمزارعة ونحوها من العقود والتصرفات التي تصح من المسلمين، ولا تصح منهم عقود الربا والعقود الفاسدة والمحظورة التي لا تصح من المسلمين، كما صرح به فقهاء المذاهب.

قال الجصاص من الحنفية: "إن الذميين في المعاملات والتجارات كالبيوع وسائر التصرفات كالمسلمين، أما الربا فهو محظور عليهم كالمسلمين"<sup>3</sup>، ومثله ما قاله الإمام السرخسي في المبسوط<sup>4</sup>، وصرح به الكاساني في البدائع حيث قال: "كل ما جاز من بيوع المسلمين جاز من بيوع أهل الذمة، وما يبطل أو يفسد من بيوع المسلمين يبطل أو يفسد من بيوعهم، إلا الخمر والخنزير"<sup>5</sup>، بل إن الشافعية صرحوا ببطلان بيع الخمر والخنزير بينهم أيضاً قبل القبض. القبض. وكلام المالكية<sup>6</sup> والحنابلة أيضاً يدل على صحة هذه القاعدة في الجملة. لأن أهل الذمة من أهل دار الإسلام، وملتزمون أحكام الإسلام في المعاملات. قال الإمام الشافعي في الأم: "تبطل بينهم البيوع التي تبطل بين المسلمين كلها، فإذا مضت واستهلكت لم تبطلها، إنما تبطلها ما كانت قائمة"<sup>7</sup>، وقال: "فإن جاء رجلان منهم قد تبايعا خمرا ولم يتقابضاها أبطلنا البيع، وإن تقابضاها لم نرده، لأنه قد مضى"<sup>8</sup>.

وفي الجملة فإن ما يستثنى من معاملات أهل الذمة نجمله فيما يلي:

#### الفرع الأول: المعاملة بالخمير والخنزير:

اتفق الفقهاء على أنه لا تجوز المعاملة بالخمير والخنزير بين المسلمين مطلقاً، لأنهما لا يعتبران مالا متقوماً عند المسلمين، وقد روي عن النبي، صلى الله عليه وسلم أنه قال: (ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والخنزير والميتة

<sup>1</sup> - آدم ميتز، الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري، ترجمة: محمد عبد الهادي أبو ريدة، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، ط4، 1387هـ، 1967م، ج2ص93

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج2ص95،

<sup>3</sup> - الجصاص أحمد بن علي الرازي أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1405هـ، ج2ص426.

<sup>4</sup> - قال السرخسي: "هذا لأن صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف وكون المحل محلًا للتصرف وما يصير به أهلاً للتصرف يستوي فيه الكافر والمسلم، وإنما يكون المحل محلًا للتصرف لكونه مالا متقوماً... السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13ص130.

<sup>5</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج5ص192.

<sup>6</sup> - قال ابن جزى: "ويجوز كراؤها من ذمي إذا لم يشترط فيها بيع الخمر والخنزير". ابن جزى، القوانين الفقهية، ج1ص183.

<sup>7</sup> - محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، بيروت: دار المعرفة، ط2، 1393هـ، ج4ص211.

<sup>8</sup> - المرجع نفسه.



والأصنام)<sup>1</sup>، لكنهم أقروا المعاملة بالخمير والخنزير بين أهل الذمة، بنحو شرب أو بيع أو هبة أو مثلها، بشرط عدم الإظهار، لأن مقتضى عقد الذمة: أن يقر الذمي على الكفر مقابل الجزية، ويترك هو وشأنه فيما يعتقد من الحل والحرمة، والمعاملة بالخمير والخنزير مما يعتقد جوازها. وهذا محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة. وقد سبق ينقل الطحاوي إجماع المسلمين على حرية أهل الذمة في أكل الخنازير والخمر وغيره مما يحل في دينهم، فيقول: "وأجمعوا على أنه ليس للإمام منع أهل الذمة من شرب الخمر وأكل لحم الخنازير واتخاذ المساكن التي صالحوا عليها، إذا كان مصراً ليس فيه أهل إسلام (أي في بلادهم التي هم فيها الكثيرة)"<sup>2</sup>.

قال مالك: "إذا زنى أهل الذمة أو شربوا الخمر فلا يعرض لهم الإمام؛ إلا أن يظهروا ذلك في ديار المسلمين ويدخلوا عليهم الضرر؛ فيمنعهم السلطان من الإضرار بالمسلمين"<sup>3</sup>.

ويستدل الحنفية لذلك بقولهم: "فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير، أما على قول بعض مشايخنا، فلأنه مباح الانتفاع به شرعا لهم، كالخل وكالشاة لنا، فكان مالا في حقهم فيجوز بيعه، وروي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى عشاره بالشام: "أن ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها"<sup>4</sup>، ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتولييتهم البيع"<sup>5</sup>.

#### الفرع الثاني: ضمان الإتلاف:

إذا أتلف الخمر والخنزير لمسلم فلا ضمان اتفاقا، لعدم تقومهما في حق المسلمين. وكذلك إتلافهما لأهل الذمة عند الشافعية والحنابلة، لأن ما لا يكون مضمونا في حق المسلم لا يكون مضمونا في حق غيره. لكن الحنفية صرحوا بضمن متلفهما لأهل الذمة، لأنهما مال متقوم في حقهم، وبهذا قال المالكية، إذا لم يظهر الذمي الخمر والخنزير. قال ابن قدامة المقدسي: "من أتلف لذمي خمرا أو خنزيرا فلا غرم عليه، وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه، وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلما أو ذميا، لمسلم أو ذمي، نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكرا لمسلم أو لذمي خمرا فلا ضمان عليه، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانهما إذا أتلفهما على ذمي، قال أبو حنيفة إن كان مسلما بالقيمة وإن كان ذميا بالمثل،

<sup>1</sup> - أخرجه البخاري ومسلم عن عطاء عن جابر. راجع الزيلعي، نصب الرأية، مرجع سابق، ج4ص54، وابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج9ص42.

<sup>2</sup> - انظر ما سبق ص09 نقلا عن الطبري، اختلاف الفقهاء، مرجع سابق، ص233.

<sup>3</sup> - انظر ما سبق ص09 نقلا عن ابن عبد البر، مرجع سابق، ج14ص392.

<sup>4</sup> - قال الزيلعي: "عن عمر رضي الله عنه أنه قال ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها قلت رواه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا سفيان الثوري عن إبراهيم بن عبد الأعلى الجعفي عن سويد بن غفلة قال بلغ عمر بن الخطاب أنه عماله يأخذون الجزية من الخمر فنأشدهم ثلاثا فقال له بلال إنهم ليفعلون ذلك قال فلا تفعلوا ولهم بيعها فان اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها انتهى ورواه كذلك أبو عبيد في كتاب الأموال وقال فيه ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن فان اليهود الى آخره قال أبو عبيد كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنازير في جزية رءوسهم وخراج أرضهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فهذا الذي أنكره بلال ونهى عنه عمر ثم رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أثمانها إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها لأنها مالهم وليست بمال للمسلمين". الزيلعي، نصب الرأية، مرجع سابق، ج4ص55.

<sup>5</sup> - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج5ص143، وراجع أيضا الجصاص، مرجع سابق، ج4ص89، وعبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، تحقيق: زهير الشاويش، بيروت: المكتب الإسلامي، ط5، 1408هـ، 1988م، ج4ص368، ومتصور بن يونس بن إدريس الهنتوي، كشف القناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، 1402هـ، ج3ص349، والسرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج13ص137،

لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها، كنفس الآدمي، وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها، فيجب أن يقومها، ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه أن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمر، فكتب إليه عمر ولوهم بيعها، وخذوا منهم عشر ثمنها، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم، ولنا إن جابرا روى أن النبي، صلى الله عليه وسلم قال: "ألا إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"<sup>1</sup> متفق على صحته، وما حرم بيعه لا لحرمة لم تجب قيمته كالميتة، ولأن ما لم يكن مضمونا في حق المسلم لم يكن مضمونا في حق الذمي"<sup>2</sup>.

وقال الشرواني من الشافعية: "واحترز بالمال عن الخمر والخنزير ونحوهما، فمن أتلّف شيئا من ذلك لا ضمان عليه، سواء أكانوا أظهره أم لا، لكن من غصبه يجب عليه رده عليهم ومؤنة الرد على الغاصب، ويعصي بإتلافها إلا إن أظهرها، وتراق الخمر على مسلم اشتراها منهم وقبضها، ولا ثمن عليه لهم، لأنهم تعدوا بإخراجها إليه"<sup>3</sup>.

وقال الكاساني من الحنفية مبينا حجة القولين: "وعلى هذا يخرج ما إذا غصب خمرًا لمسلم أو خنزيرا له فهلك في يده، أنه لا يضمن سواء كان الغاصب مسلما أو ذميا، لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم، وكذا الخنزير، فلا يضمنان بالغصب، ولو غصب خمرًا أو خنزيرا لذمي فهلك في يده يضمن، سواء كان الغاصب ذميا، أو أن الغاصب إن كان ذميا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته، وإن كان مسلما فعليه القيمة فهما جميعا، وهذا عندنا، وقال الشافعي لا ضمان على غاصب الخمر والخنزير، كائنا من كان، وجه قوله أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس كافة، لقوله سبحانه وتعالى في صفة الخمر إنه: (رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ)<sup>4</sup> وصفة المحل لا تختلف باختلاف الشخص، وقوله عليه السلام: "حرمت الخمر لعينها"<sup>5</sup> أخبر عليه السلام وجعل علة حرمتها عينها، فتدور الحرمة مع العين، وإذا لا تكون مالا، لأن المال ما يكون منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الإطلاق، ولنا ما روي عنه أنه قال في الحديث المعروف: "فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين"<sup>6</sup>، وللمسلم الضمان

<sup>1</sup> - سبق تخريجه.

<sup>2</sup> - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني، بيروت: دار الفكر، ط1، 1405هـ، ج5 ص173.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني، بيروت: دار الفكر، ج9 ص292.

<sup>4</sup> - المائدة: 90.

<sup>5</sup> - قال ابن حجر العسقلاني: "حديث "حرمت الخمر لعينها" ويروى "بعينها قليلها وكثيرها" والسكر من كل شراب إذنه من وجهين. وحديث ابن عباس أخرجه النسائي من طرق عنه موقوفا وأخرجه من رواية بلفظ "وما أسكر من كل شراب" وأخرجه البزار من طرق أيضا عن ابن عباس وكذلك الطبراني، وأخرجه الدارقطني من وجه مرفوعا ثم قال "الصواب موقوف" ثم ساقه، وأخرجه النسائي من طريق عبد الملك بن نافع، قال النسائي عبد الملك بن نافع ليس بالمشهور والمعروف عن ابن عمر خلافة... وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الدارقطني نحو سياق حديث ابن عمر وإسناده ضعيف، وعن أبي بردة رفعه اشربوا في الظروف ولا تسكروا، أخرجه النسائي". أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، مرجع سابق، ج2 ص251، 252.

<sup>6</sup> - قال ابن حجر العسقلاني: "لم أجد هكذا". ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، مرجع سابق، ج2 ص162. وقال الزيلعي: "لم اعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف (يعني هذا)". الزيلعي، نصب الراية، مرجع سابق، ج4 ص55.

الضمان إذا غصب منه خله وشاته ونحو ذلك إذا هلك في يد الغاصب، فيلزم أن يكون للذمي الضمان إذا غصب منه خمره أو خنزيره، ليكون لهم ما للمسلمين عملاً بظاهر الحديث، وأما الكلام في المسألة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا: الخمر مباح في حق أهل الذمة وكذا الخنزير، فالخمر في حقهم كالحل في حقنا، والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا، في حق الإباحة شرعاً، فكان كل واحد منهما مالا متقوماً في حقهم<sup>1</sup>.

#### الفرع الثالث: أنكحة أهل الذمة وما يتعلق بها

لا يختلف أحكام نكاح أهل الذمة عن غيرهم من أهل الكتاب وسائر الكفار، إلا أنه يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية. ولا يجوز زواج المسلمة من غير المسلم، ولو كان ذمياً أو كتابياً. وذلك باتفاق الفقهاء لقوله تعالى: (وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا)<sup>2</sup> ولقوله تعالى: (فَلَا تُزْجَعُوهُمْ إِلَى الْكُفَّارِ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَكُونُونَ لَهُنَّ)<sup>3</sup> ولا يجوز زواج مسلم من ذمية غير كتابية، لقوله تعالى: (وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ)<sup>4</sup> ويجوز للمسلم أن يتزوج ذمية إذا كانت كتابية كاليهودية والنصرانية، لقوله تعالى: (الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ) إلى قوله تعالى: (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الذِّمِّينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ)<sup>5</sup>.

قال الإمام القرافي: "الفرق الثاني والخمسون والمائة بين قاعدة ما يقر من أنكحة الكفار وقاعدة ما لا يقر منها): قال ابن يونس أنكحتهم عندنا فاسدة وإنما الإسلام يصححها، وقال صاحب الجواهر: لا يقرهم على ما هو فاسد عندهم إلا أن يكون صحيحاً عندنا، ولو اعتقدوا غصب امرأة أو رضاها بالإقامة مع الرجل بغير عقد أقرناهم عليه قاله الشافعي رضي الله عنه ترغيباً في الإسلام، كما سقط عنهم القصاص والغصوب وما جنوه على المسلمين في نفوسهم وأموالهم وأعراضهم، ويثبت ما اكتسبوه بعقود الربا وغيره من ثمن الخمر والخنزير، كل ذلك ترغيباً في الإسلام، لأنهم لو فهموا المؤاخذة بذلك لنفروا عن الإسلام، وضابط مذهب مالك رحمه الله أن كل مفسدة تدوم كالجمع بين الأختين، أو لا تدوم لكن أدركه الإسلام كالزواج في العدة فيسلم فيها فهو يبطل، وإن عرى نكاحهم عن هذين القسمين صح بالإسلام، وقال الشافعي وابن حنبل رضي الله عنهما عقودهم صحيحة"<sup>6</sup>.

وقال ابن كثير: "قال الإمام أحمد: قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله فإذا شهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله واستقبلوا قبيلتنا وأكلوا ذبيحتنا وصلوا صلاتنا فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقها لهم ما للمسلمين وعلمهم ما علمهم" ورواه البخاري في صحيحه وأهل السنن إلا ابن ماجه. د 2641 ت 2608 س 776 من حديث عبد الله بن المبارك به". إسماعيل بن غمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء، تفسير بابن كثير، مرجع سابق، ج 2 ص 337.

وقال ابن الجوزي: "انفرد بإخراجه البخاري". عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج، التحقيق في أحاديث الخلاف، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، بيروت: دار الكتب العلمية، ط 1، (1415هـ)، ج 1 ص 486.

<sup>1</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج 7 ص 147.

<sup>2</sup> - البقرة: 221.

<sup>3</sup> - الممتحنة: 10.

<sup>4</sup> - البقرة: 221.

<sup>5</sup> - المائدة: 05.

<sup>6</sup> - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، دط، دت، الفرق الثاني والخمسون والمائة، ج 3 ص 133.

### المطلب الثالث: تقييد الذميين بأحكام الشريعة في الدماء:

وفيما عدا ما يتعلق بأنكحتهم وإجازة التعامل بالخمير والخنزير لهم، وعدم تكليفهم بالتزامات دينية للمسلمين، يلزمهم أن يتقيدوا بأحكام الشريعة الإسلامية في الدماء والأموال والأعراض -أي: في النواحي المدنية والجنائية ونحوها- شأنهم في ذلك شأن المسلمين، وفي هذا يقول الفقهاء: لهم ما لنا وعليهم ما علينا -أي، في الجملة لا في التفصيلات.

نقسم هذا المطلب إلى فروعين: الفرع الأول: ما يختص بأهل الذمة في الحدود، الفرع الثاني: ما يختص بأهل الذمة في القصاص.

#### الفرع الأول: ما يختص بأهل الذمة في الحدود:

إذا ارتكب أحد من أهل الذمة جريمة من جرائم الحدود، كالزنى أو القذف أو السرقة أو قطع الطريق، يعاقب بالعقاب المحدد لهذه الجرائم شأنهم في ذلك شأن المسلمين، إلا شرب الخمر حيث لا يتعرض لهم فيه، لما يعتقدون من حلها، ومراعاة لعهد الذمة، إلا إن أظهروا شربها، فيعززون، وهذا عند جمهور الفقهاء في الجملة، إلا أن هناك بعض الأحكام يختص بها أهل الذمة نجملها فيما يأتي:

أولاً: ذهب الشافعية والحنابلة وأبو يوسف إلى المساواة في تطبيق عقوبة الرجم على الذمي والمسلم، ولو كان متزوجاً من ذمية، لعموم النصوص في تطبيق هذه العقوبة، ولما ورد أن النبي، صلى الله عليه وسلم أمر برجم يهوديين<sup>1</sup>.

وصرح أبو حنيفة ومالك<sup>2</sup> بأن الزاني من أهل الذمة إذا كان متزوجاً لا يرحم، لاشتراط الإسلام في تطبيق الرجم عندهما، وكذلك المسلم المتزوج بالكتابية لا يرحم عند أبي حنيفة، لأنه يشترط في الإحصان: الإسلام والزواج من مسلمة مستدلاً بما "قال النبي صلى الله عليه وسلم لحذيفة حين أراد أن يتزوج يهودية: "دعها فإنها لا تحصنك"<sup>3</sup>. وقال مالك: "إذا زنى أهل الذمة أو شربوا الخمر فلا يعرض لهم الإمام: إلا أن يظهروا ذلك في ديار المسلمين ويدخلوا عليهم الضرر؛ فيمنعهم السلطان من الإضرار بالمسلمين"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قال الزيلعي بعد أن ذكر طرفاً من حديث ابن عمر هذا: "قال الدارقطني في كتاب العلل هذا حديث يرويه موسى بن عقبة موقوفاً، وهو أصح، وروى عن إسحاق بن راهويه عن الدراوردي عن عبيد الله عن نافع عن بن عمر مرفوعاً، والصحيح موقوف، انتهى، قال البيهقي في المعرفة وكان المراد بالإحصان في هذا الحديث إحصان القذف وإلا فابن عمر هو الراوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رجم يهوديين زنياً وهو لا يخالف النبي صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عنه". الزيلعي، نصب الرأية، مرجع سابق، ج3ص327.

<sup>2</sup> - انظر: الكاساني، المرجع السابق، ج7ص38، والبايجي، المنتقى شرح الموطأ، ج3ص331، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4ص320، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج12ص317.

<sup>3</sup> - قال الزيلعي: "روى بن أبي شعبة في مصنفه ومن طريقه الطبراني في معجمه والدارقطني في سننه وابن عدي في الكامل من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تتزوجها فإنها لا تحصنك"، قال الدارقطني وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف... وهو ممن لا يحتج بحديثه. وأخرجه أبو داود... قال بن القطان في كتابه هذا حديث ضعيف ومنقطع... وقال عبد الحق في أحكامه: ...وهو ضعيف الإسناد منقطع، وقال البيهقي في المعرفة وهو ضعيف عن علي بن أبي طلحة عن كعب وهو منقطع فإن علي بن أبي طلحة لم يدرك كعباً، قال الدارقطني: وهو أيضاً منقطع". الزيلعي، نصب الرأية، مرجع سابق، ج3ص327.

<sup>4</sup> - ابن عبد البر، مرجع سابق، ج14ص392

ثانيا: لا حد على من قذف أحدا من أهل الذمة، بل يعزر، سواء كان القاذف مسلما أم من أهل الذمة، لأنه يشترط في القذف أن يكون المقذوف مسلما، وهذا باتفاق الفقهاء.

ثالثا: يطبق حد السرقة على السارق المسلم أو الذمي، سواء أكان المسروق منه مسلما أم من أهل الذمة اتفاقا، إلا إذا كان المسروق خمرا أو خنزيرا، لعدم تقويمهما. ويقول القرطبي: "الذمي محقون الدم على التأبید، والمسلم كذلك، وكلاهما قد صار من أهل دار الإسلام، والذي يحقق ذلك: أن المسلم يقطع بسرقة مال الذمي، وهذا يدل على أن مال الذمي قد ساوى مال المسلم، فدل على مساواته لدمه، إذ المال إنما يحرم بحرمة مالكة"<sup>1</sup>.

وقال الغزالي: "ولا قطع على الصبي والمجنون، ويجب على الذمي لإلزامه أحكامنا، نعم هذا إذا سرق مال مسلم، فإن سرق مال ذمي فهو موقوف على ترافعهم إلينا"<sup>2</sup>.

وقال ابن عابدين: "ولا بد من كون المسروق متقوما مطلقا، فلا قطع بسرقة خمر مسلم، مسلما كان السارق أو ذميا، وكذا الذمي إذا سرق من ذمي خمرا أو خنزيرا أو ميتة لا يقطع لعدم تقويمها عندنا"<sup>3</sup>.

رابعا: إذا بغى جماعة من أهل الذمة منفردين عن المسلمين انتقض عهدهم عند جمهور الفقهاء، إلا إذا كان بينهم عن ظلم ركبهم عند المالكية، وإذا بغوا مع البيعة المسلمين ففيه تفصيل وخلاف.

هذا، ويعاقب أهل الذمة بعقوبة قطع الطريق (الحرابة) إذا توفرت شروطها كالمسلمين بلا خلاف.

قال اليهودي: "إن قطع أهل الذمة على المسلمين الطريق وحدهم أو مع المسلمين انتقض عهدهم، كما تقدم في أحكام الذمة، وحلت دماؤهم وأموالهم، يعني أن الإمام يخير فيهم كالأسرى، بين القتل والرق والمن والهداء، فإن قتلوا فمالهم فيء، كما تقدم في آخر أحكام الذمة، فإن خيف لحوقهم بداء الحرب قبل بلوغ الإمام فلكل أحد قتلهم وأخذ ما معهم"<sup>4</sup>.

#### الفرع الثاني: ما يختص بأهل الذمة في القصاص

إن الشريعة الإسلامية تضع تشريعات خاصة بأهل الذمة، الذين يقومون بارتكاب جريمة في الأراضي الإسلامية، حيث يقتص منه إذا قتل مسلما أو من أهل الذمة (أولا)، كما تجب عليه الدية في القتل الخطأ دون الكفارة (ثانيا)، كما لا يقتص من المسلم للذمي في جرائم الاعتداء فيما دون النفس (ثالثا).

أولا: إذا ارتكب الذمي القتل العمد وجب عليه القصاص، إذا كان القاتل مسلما أو من أهل الذمة بلا خلاف، وكذلك إن كان القاتل مستأمنا عند جمهور الفقهاء، خلافا لأبي حنيفة حيث قال: إن عصمة المستأمن مؤقتة، فكان في حقن دمه شبهة تسقط القصاص. أما إذا قتل مسلم ذميا أو ذمية عمدا، فقد قال الشافعية

<sup>1</sup> - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج2 ص246

<sup>2</sup> - محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، القاهرة: دار السلام، ط1، (1417هـ)، ج6 ص479.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، الدرالمختار، بيروت: دار الفكر، ط2، (1386هـ)، ج4 ص84.

<sup>4</sup> - منصور بن يونس بن إدريس اليهودي، مرجع سابق، ج6 ص152.



والحنابلة: لا قصاص على المسلم، لقوله، صلى الله عليه وسلم: (لا يقتل مسلم بكافر)<sup>1</sup>، وعند الحنفية<sup>2</sup> يقتص من المسلم للذمي، وهذا قول المالكية أيضا إذا قتله المسلم غيلة (خديعة) أو لأجل المال.

ويقول القرطبي: "الذمي محقون الدم على التأبید، والمسلم كذلك، وكلاهما قد صار من أهل دار الإسلام، والذي يحق ذلك: أنّ المسلم يقطع بسرقة مال الذمي، وهذا يدل على أنّ مال الذمي قد ساوى مال المسلم، فدل على مساواته لدمه، إذ المال إنّما يحرم بحرمة مالكة"<sup>3</sup>.

قال الشافعي: "وقال أهل المدينة لا يقتل مؤمن بكافر. قال محمد بن الحسن قد روى أهل المدينة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بكافر، وقال أنا أحق من أوفى بدمته. قال محمد أخبرنا إبراهيم بن محمد عن محمد بن المنكدر عن عبدالرحمن بن البيلماني أن رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أنا أحق من أوفى بدمته" ثم أمر به فقتل، فكان يقول بهذا القول فقيهم ربعة بن أبي عبد الرحمن، وقد قتله أهل المدينة إذا قتله قتل غيلة فما فرق بين قتل الغيلة الغيلة، وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب أنه أمر أن يقتل رجل من المسلمين بقتل رجل نصراني غيلة من أهل الحيرة فقتله به، وقد بلغنا عن علي بن أبي طالب أنه كان يقول إذا قتل المسلم النصراني قتل"<sup>4</sup>.

ثانيا: لا فرق بين المسلم والذمي في وجوب الدية في القتل الخطأ وشبه العمد وشبه الخطأ على عاقلة القاتل، سواء أكان القاتل مسلما أم من أهل الذمة. وفي مقدار دية الذمي المقتول، ومن يشترك في تحملها من عاقلة الذمي القاتل تفصيل وخلاف.

ولا تجب الكفارة على الذمي عند الحنفية والمالكية، لما فيها من معنى القرية، والكافر ليس من أهلها، ويجب عند الشافعية والحنابلة لأنها حق مالي يستوي فيه المسلم والذمي، لا إن كانت صياما<sup>5</sup>.

ثالثا: لا يقتص من المسلم للذمي في جرائم الاعتداء فيما دون النفس، من الجرح وقطع الأعضاء، إذا وقعت بين المسلمين وأهل الذمة عند الشافعية<sup>6</sup> والحنابلة<sup>7</sup>، ويقتص من الذمي للمسلم، وقال الحنفية<sup>8</sup> بالقصاص بينهم بينهم مطلقا إذا توفرت الشروط، ومنع المالكية<sup>9</sup> القصاص فيما دون النفس بين المسلمين وبين أهل الذمة مطلقا، بحجة عدم المماثلة. ولا خلاف في تطبيق القصاص إذا كانت الجروح فيما بين أهل الذمة وتوفرت الشروط.

<sup>1</sup> - أخرجه البخاري (ابن حجر، فتح الباري، مرجع سابق، ج12ص260) من حديث علي. وقال الزيلعي: "حديث علي من جهة أبي داود والنسائي فقط أخرجه عن قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد... ورواه أحمد في مسنده ومن طريقه رواه الحاكم في المستدرک... وقال صحيح على شرط الشيخين وأخرجه أبو داود أيضا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده... أخرجه بن ماجة مفسرا... ورواه البخاري في تاريخه الكبير والله أعلم". الزيلعي، نصب الراية، مرجع سابق، ج3ص394.

<sup>2</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7ص236.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج2ص246.

<sup>4</sup> - الشافعي، مرجع سابق، ج7ص320.

<sup>5</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7ص252، والخرشي، مرجع سابق، ج8ص49، وابن قدامة، مرجع سابق، ج8ص94.

<sup>6</sup> - مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4ص16. 18.

<sup>7</sup> - ابن قدامة، المغني، ج7ص653.

<sup>8</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج5ص344، والكاساني، مرجع سابق، ج7ص236.

<sup>9</sup> - الدسوقي، مرجع سابق، ج4ص238.

### المبحث الثالث: حقوق الأجنبي المستأمن في التزام شرائعهم:

المستأمنون هم أجنب من دار الحرب يحصلون على عقد أمان يعطيهم الحق في الحصانة لأنفسهم وأملاكهم، ويمكنهم البقاء في أرض الإسلام دون دفع الجزية لمدة أربعة أشهر، أما إذا بقوا لمدة عام أو أكثر فيلتزمون بدفعها<sup>1</sup>.

ويعرف فقهاء المستأمن بأنه: الحربي المقيم إقامة مؤقتة في ديار الإسلام<sup>2</sup>.

"فالمستأمن شخص دخل الديار الإسلامية على غير نية الإقامة المستمرة فيها، بل إقامته فيها تكون محدودة بمدة معلومة يدخل فيها بعقد يسمى "عقد الأمان" أو بمجرد منح الأمان، وذلك يكون بقصد الاتجار عادة، وإقامته لا بد أن تكون مؤقتة، وقد تتجدد وقتاً بعد آخر، ولكن لا تكون لإقامته صفة الدوام، فإن أخذت صفة الدوام يتحول إلى ذمي ويصير رعية للدولة الإسلامية، ولا شك أن ذلك يكون بقبوله تلك الرعية"<sup>3</sup>.

وبناء لى ذلك ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول الحقوق الخاصة للمستأمن بالنسبة للمعاملات المالية، أما المطلب الثاني فنخصصه الحقوق الخاصة للمستأمن بالنسبة للعقوبات.

#### المطلب الأول: الحقوق الخاصة للمستأمن بالنسبة للمعاملات المالية:

فيما يتعلق بالمعاملات المالية تطبق القوانين الإسلامية بالاتفاق، فإنه يمنع من التعامل بالربا، لأن ذلك محرم في القوانين الإسلامية، وكل بيوعه ومعاملاته يطبق عليها النظام الإسلامي، لأنه يتعامل مع المسلمين، فلا يطبق عليه إلا قانون المسلمين وذلك أمر بديهي، ولو كان التعامل بينه وبين ذمي أو مستأمن فإنه خاضع للأحكام الإسلامية، لا يحكم بغيرها، لأن السيادة للدولة الإسلامية مفروضة على كل رعاياها.

ويتمتع المستأمن بالحقوق الخاصة فهو فيها كالذمي لأنه كما قال الفقهاء بمنزلة الذمي مادام في دار الإسلام. فله مباشرة المعاملات المالية مع المواطنين مسلمين كانوا أو ذميين، وفي خذا يقول ابن رشد: "أما مبياعة أهل الحرب أو متاجرتهم إذا قدموا بأمان فذلك جائز"<sup>4</sup>، إلا أنهم لا يمكنون من شراء ما فيه تقوية لدار الحرب مثل السلاح ونحوه، وفي هذا يقول ابن رشد: "لا يجوز أن يباعوا ما يستعينون به في حروبهم من كراع أو سلاح أو حديد ولا شيء مما يرهبون به المسلمين في قتالهم"<sup>5</sup>، "ولكن لو دخل المستأمن بسلاح ونحوه مما لا يمكن شراء مثله في دار الإسلام فإنه من حقه أن يخرج به، لأنه بالأمن استفاد العصمة لنفسه وماله"<sup>6</sup>، "وله تملك المنقول والعقار، بل وله تملك عقار المسلم بحق الشفعة"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج3ص247.

<sup>2</sup> - السرخسي، شرح السير الكبير، مؤجع سابق، ج 1 ص207، والكاساني، مرجع سابق، ج5ص281 وج7ص326.

<sup>3</sup> - أبو زهرة، مرجع سابق، ص68.

<sup>4</sup> - ابن رشد الجد الوليد بن محمد القرطبي، المقدمات والمهدات، بيروت: دار صادر، ج2ص289.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ج2ص80.

<sup>6</sup> - الطبري، اختلاف الفقهاء، مرجع سابق، ص50.

<sup>7</sup> - محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، مواهب الجليل، بيروت: دار الفكر، ط2، (1398هـ)، ج5ص310، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق،

ج5ص357-358.



وحقه في الملكية مصون سواء منها ملكية ما حازه بجهده وسعيه أو ما يوصى له به أو ما يرثه من أقاربه الذين هلكوا في دار الإسلام، بل وحقه في الملكية مصون من بعد وفاته، فإذا مات في دار الإسلام ففي هذه الحالة ترد تركته أو باقيا إن كان قد أوصى بشيء منها، ترد إلى دولته لتوزع على ورثته رعاية لحقه في أمواله حتى بعد وفاته<sup>1</sup>، وله إنشاء أسرة والتمتع بحقوق الأسرة كما هو الحال بالنسبة للذمي<sup>2</sup>.

#### المطلب الثاني: الحقوق الخاصة للمستأمن بالنسبة للعقوبات:

قرر الفقهاء أنه إن ارتكب أمراً فيه اعتداء على حق مسلم نزل به العقاب المقرر في الشريعة الإسلامية وطبقه الحاكم المسلم وهو خاضع له، وكذلك إذا كان الاعتداء على ذمي أو على مستأمن مثله، لأنه يجب إقامة العدل وإنصاف المظلوم من الظالم ما دام مقيماً في دار الإسلام، فليس لدولة مهما يكن تسامحها أن تتخلى عن إقامة العدل في دارها، على ذلك اتفقت كلمة الفقهاء، وفي هذا قال ابن القيم: "المستأمن يحرم قتله، وتضمن نفسه، ويقطع بسرقة ماله"<sup>3</sup>.

أما إذا كان الاعتداء على حق من حقوق الله تعالى، كارتكاب الزنا، فإن الشريعة الإسلامية تضع تشريعات خاصة بعقوبات الأجانب غير المسلمين، الذين يقومون بارتكاب جريمة في الأراضي الإسلامية، وللفقهاء المسلمين آراء مختلفة بهذه المسألة، حيث توجد ثلاث نظريات مختلفة حول سريان العقوبة على المكان وهي:

#### 1- نظرية إقليمية سريان الشريعة الإسلامية:

وصاحبها أبو حنيفة ويرى أن الشريعة تُطبق على الجرائم التي ترتكب في دار الإسلام، أي مكان داخل في حدود الدولة الإسلامية، أي كانت الجريمة، وسواء كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً، أما من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة، إذا ارتكب جريمة تمس حقاً لله، أي تمس حقاً للجماعة، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتكب جريمة تمس حقاً للأفراد. وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة في دار الإسلام يسمى مستأماً، ويعلل أبو حنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة، بل لحاجة يقضيها كتجارة أو رسالة أو مجرد المرور، وليس في الاستئمان ما يلزمه بجميع أحكام الشريعة في الجرائم والمعاملات<sup>4</sup>.

وبناء على نظرية أبي حنيفة، لا يمكن معاقبة الأجنبي غير المسلم على جرائم مثل السرقة والزنا<sup>5</sup>، ولكنه يُعاقب على جرائم القصاص والقذف، والجرائم التي تخص الأفراد كالغصب، والجرائم المرتكبة خارج الدولة الإسلامية لا يُعاقب عليها مرتكبها، وفقاً لهذه النظرية، سواء كان مسلماً أو ذمياً أي مواطن تابع لدولة إسلامية ثم عاد إليها، أو كان أجنبياً ارتكبها في الخارج ثم دخل دار الإسلام، لأن المسألة عند أبي حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذمي بأحكام الإسلام أينما كان مقامه، وإنما هي واجب الإمام في إقامة الحد، ولا يجب على الإمام أن يقيم الحد أو

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج6 ص297، والطبري، اختلاف الفقهاء، مرجع سابق، ص54.

<sup>2</sup> - انظر: القرافي، الفروق، مرجع سابق، الفرق الثاني والخمسون والمائة. ج3 ص133 وقد سبق ذلك.

<sup>3</sup> - ابن القيم، أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج2 ص737.

<sup>4</sup> - زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، بيروت: دار الكتاب الإسلامي، دط، ج5 ص76.

<sup>5</sup> - ابن الهمام، مرجع سابق، ج4 ص155، 156.0.

العقوبة إلا وهو قادر على إقامتها، لأن الوجوب مشروط بالقدرة، ولا قدرة للإمام على من يرتكب جريمة في دار الحرب أثناء ارتكابها<sup>1</sup>.

قال الكاساني: "فصل وأما الذي يرجع إلى المسروق فيه، وهو المكان فهو أن تكون السرقة في دار العدل، فلا يقطع بالسرقة في دار الحرب ودار البغي، لأنه لا يد للإمام في دار الحرب، ولا على دار البغي فالسرقة الموجودة فيهما سببا لوجوب القطع، ... إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لا يقطعه الإمام، لأنه لا يد للإمام في دار الحرب، فالسرقة الموجودة فيهما سببا لوجوب القطع، فلا تستوفى في دار الإسلام، وكذلك التجار من أهل العدل في معسكر أهل البغي أو الأسارى في أيديهم إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى أهل العدل، فأخذ السارق لم يقطعه الإمام، لأن السرقة وجدت في موضع لا يد للإمام عليه، فأشبهت السرقة في دار الحرب، وكذلك رجل من أهل البغي جاء للإمام تائباً وقد سرق من أهل البغي لم يقطعه، لما قلنا، وكذلك رجل من أهل العدل أغار على معسكر أهل البغي فسرق منهم، لم يقطعه الإمام ... وكذلك الرجل من أهل البغي إذا سرق من معسكر أهل العدل وعاد إلى معسكره، ثم أخذ بعد ذلك لم يقطع لأنهم يعتقدون بإباحة أموالنا، ولهم منعة، فكان أخذه عن تأويل فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالإتلاف"<sup>2</sup>.

وقال في موضع آخر: "فصل وأما الأحكام التي تختلف باختلاف الدارين فأنواع: منها أن المسلم إذا زنا في دار الحرب أو سرق أو شرب الخمر أو قذف مسلماً لا يؤخذ بشيء من ذلك، لأن الإمام لا يقدر على إقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية، ولو فعل شيئاً من ذلك ثم رجع إلى دار الإسلام لا يقام عليه الحد أيضاً، لأن الفعل لم يقع موجبا أصلاً، ولو فعل في دار الإسلام ثم هرب إلى دار الحرب يؤخذ به، لأن الفعل وقع موجبا للإقامة فلا يسقط بالهرب إلى دار الحرب، وكذلك إذا قتل مسلماً لا يؤخذ بالقصاص وإن كان عمداً لتعذر الاستيفاء إلا بالمنعة... وكذلك لو كان أميراً على سرية أو أمير جيش وزنا رجل منهم أو سرق أو شرب الخمر أو قتل مسلماً خطأ أو عمداً لم يأخذه الأمير بشيء من ذلك، لأن الإمام ما فوض إليه إقامة الحدود والقصاص لعلمه أنه لا يقدر على إقامتها في دار الحرب، إلا أنه يضمنه السرقة إن كان استهلكها، ويضمنه الدية في باب القتل، لأنه يقدر على استيفاء ضمان المال... وعلى هذا يخرج الحربي إذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتله مسلم عمداً أو خطأ، لأنه لا قصاص عليه عندنا، وهذا مبني على أن التقوم عندنا يثبت بدار الإسلام، لأن التقوم بالعزة ولا عزة إلا بمنعة المسلمين، وعند الشافعي رحمه الله التقوم يثبت بالإسلام، وعلى هذا إذا أسلم الحربي في دار الحرب ولم يعرف أن عليه صلاة ولا صياماً ثم خرج إلى دار الإسلام فليس عليه قضاء ما مضى، وقال أبو يوسف استحسناً أن يجب عليه القضاء"<sup>3</sup>.

ويعلق عبد القادر عودة على هذه النظرية بقوله: "هذه هي نظرية أبي حنيفة في سريان الشريعة الإسلامية على المكان. وقد كان لرأيه في عدم سريان الشريعة على المستأمن أثر سبئ على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساساً وسنداً في منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين، أي من نسبهم اليوم بالأجانب، وكلنا يعلم مدى ما قاسته البلاد

<sup>1</sup> - والتفتازاني، شرح مقاصد الطالبين في علم أصول الدين، مرجع سابق، ج2 ص201.

<sup>2</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7 ص80.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج7 ص130، 131.

الإسلامية وما تزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التي منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين، لتشجع الأجانب على دخول دار الإسلام، وتؤمنهم على أنفسهم وأموالهم، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سبباً لاستغلال المسلمين، وتضييع حقوقهم، واستعلاء الأجانب عليهم<sup>1</sup>.

## 2- نظرية أبي يوسف:

وهو فقيه من فقهاء المذهب الحنفي، ولكنه يختلف مع أبي حنيفة الذي يقيد تطبيق أحكام الشريعة، على الجرائم المرتكبة داخل دار الإسلام، على مواطني الدولة الإسلامية سواء كانوا مسلمين أو ذميين، "أما أبو يوسف فيرى أن الشريعة الإسلامية تسري على كل المقيمين في دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمي، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن، وحجته في ذلك: أن المسلم يلزمه إسلامه بالالتزام بالإسلام.

وأن الذمي ملزم بأحكام الإسلام التزاماً دائماً بمقتضى عقد الذمة الذي يضمن له الأمان الدائم.

وأما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذي خوله الإقامة المؤقتة في دار الإسلام، وبقبوله دخول دار الإسلام، لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط، فصار حكمه حكم الذمي، ولا فرق بينهما إلا أن الذمي أمانه غير مؤقت والمستأمن أمانه مؤقت، ولهذا يُعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد<sup>2</sup>.

إن وجه الخلاف بين النظريتين ينحصر في تطبيق الشريعة على المستأمن، فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن في كل الأحوال، بينما أبو حنيفة لا يرى تطبيق الشريعة على المستأمن إلا في الجرائم التي تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم، ويتفق أبو يوسف مع أبي حنيفة في أن الشريعة لا تسري على الجرائم التي ترتكب في دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون في دار الإسلام<sup>3</sup>.

قال الجصاص: "وقد اختلف فقهاء الأمصار فيمن قتل في دار الحرب وهو مؤمن قبل أن يهاجر فقال أبو حنيفة وأبو يوسف في الرواية المشهورة ومحمد في الحربي يسلم فيقتله مسلم مستأمن قبل أن يخرج فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ، وإن كانا مستأمنين دخلا دار الحرب فقتل أحدهما صاحبه فعليه الدية في العمد والخطأ، والكفارة في الخطأ خاصة، وإن كانا أسيرين فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد الدية في العمد والخطأ، وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف في الحربي يسلم في دار الحرب فيقتله رجل مسلم قبل أن يخرج إلينا أن عليه الدية استحساناً، ولو وقع في بئر حفرها أو وقع عليه ميزاب عمله لم يضمن شيئاً، وهذا خلاف المشهور من قوله، وخلاف القياس أيضاً، وقال مالك إذا أسلم في دار الحرب فقتل قبل أن يخرج إلينا فعلى قاتله الدية والكفارة إن كان خطأ... وقال الشافعي إذا قتل المسلم مسلماً في دار الحرب في الغارة أو الحرب

<sup>1</sup> - عبد القادر عودة، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - الكاساني، مرجع سابق، ج7 ص134.

<sup>3</sup> - انظر الكاساني، مرجع سابق، ج7 ص130، 131.

وهو لا يعلمه مسلماً فلا عقل فيه ولا قود، وعليه الكفارة، وسواء كان المسلم أسيراً أو مستأمناً أو رجلاً أسلم هناك وإن علمه مسلماً فقتله فعليه القود"<sup>1</sup>.

وقد بقيت هذه النظرية (نظرية أبي يوسف) هي السائدة في القانون الدولي حتى نهاية القرن التاسع عشر، حيث أن الدول الغربية كانت تطبق قوانينها الوطنية على جميع المقيمين في أراضيها مهما كانت أوضاعهم، وكانت ترفض منح امتيازات قضائية لأية دولة أو أشخاص.

### 3-نظرية عالمية سريان الشريعة:

وهذه النظرية يؤمن بها فقهاء الشيعة<sup>2</sup> والمالكية<sup>3</sup> والشافعية<sup>4</sup> والحنبلية<sup>5</sup> وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب في أي مكان داخل حدود دار الإسلام، سواء كان مرتكب الجريمة مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبتها مسلم أو ذمي في دار الحرب، بخلاف جرائم الحربي المستأمن التي يرتكبها في دار الحرب فإنه لا يُعاقب عليها في دار الإسلام لأنه لم يلتزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره. فهذه المدارس الإسلامية تعتمد على أصالة ولاء المسلم والذمي للشريعة الإسلامية، فلذلك تطبق عليهم أينما كانوا، أما أبو حنيفة<sup>6</sup> فيرى أن الشريعة تسري على الأراضي الإسلامية فقط، وأن الدولة الإسلامية لها الولاية على أتباعها ضمن حدودها الجغرافية فقط، ولا تمتد خارج نطاق سلطاتها وتطبيق قوانينها.

## الخاتمة:

مما سبق يمكن أن نخلص إلى النتائج الآتية:

في الفقه الإسلامي يتم استخدام ديانة الأشخاص من أجل توزيع الاختصاص القضائي بين الجهات القضائية في دار الإسلام.

ومن القواعد التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية

1- غلبة شريعة القاضي المسلم على غيرها من الشرائع المطبقة في دار الإسلام في حال دخولها، فيتنازع مع هذه الشرائع.

فيكون القاضي المسلم مختصاً بفصل النزاع ويكون ملزماً بإتباع أحكام الشريعة الإسلامية. عملاً بالقاعدة التي تقول: (لا يحكم القاضي المسلم بغير أحكام الشريعة الإسلامية) كما لو كان النزاع يتعلق بزواج بين مسلم وغير

<sup>1</sup> - الجصاص، مرجع سابق، ج3ص216.

<sup>2</sup> - ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، بيروت: دار المعرفة، ط2، 1395 هـ. 1975 م، ج4ص87، الطرطوسي، سراج الملوك، ص39.

<sup>3</sup> - ابن فرحون المالكي في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناجج الأحكام، القاهرة: الحلبي، 1378 هـ. 1958 م، ج2ص150. 152، والخطاب، مرجع سابق، ج3ص355، 356.

<sup>4</sup> - النووي، المهذب، مرجع سابق، ج2ص358. وانظر: ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، القاهرة: السنة المحمدية، 1372 هـ. 1952 م، ص13، وابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مصر: السعادة، ط1، 1374 هـ. 1955 م، ج4ص378.

<sup>5</sup> - أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي ابن مفلح، الفروع، القاهرة: دار عمر للطباعة، ط2، 1381 هـ، ج6ص431، وزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج5ص76، أبو العباس أحمد عبد الحليم الحراني ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، ج11ص551، ج25ص392. وابن قدامة، مرجع سابق، ج10ص439.

<sup>6</sup> - والتفتازاني، شرح مقاصد الطالبين في علم أصول الدين، استنبول: دار الطباعة، 1277 هـ، ج2ص201.

مسلمة. أو يعقد آخر بين مسلم وغير مسلم. يستحيل تطبيق أي قانون غير إسلامي أمام قاضي مسلم. ولذا لا يوجد هنا أي تنازع بين القوانين.

2- ومن القواعد التي كانت تنظيم الاختصاص القضائي في الشريعة الإسلامية.

أ- عدم خضوع المسلم إلى غير مسلم.

ب- يمكن لغير المسلمين ولو كانوا من ديانة واحدة أن يتفقوا على الترافع لدى القاضي المسلم ولهذا الأخير الحرية في القبول أو الرفض.

ج- النزاعات بين غير المسلمين من ديانة واحدة يبت فيها قضاتهم الدينيون إلا في جرائم الدم.

د- يعود الاختصاص للقاضي المسلم متى كان النزاع بين طرفين غير مسلمين منتمين لديانتين مختلفتين، إذ لا يجوز للقاضي غير المسلم أن يفرض ديانته على طرف ينتسب لديانه أخرى.

هـ- عرفت الشريعة الإسلامية أيضا نظام شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين في دار الإسلام كاستثناء على مبدأ إقليمية القوانين الذي كان سائدا فيها.

متطلبات إرساء دبلوماسية عربية موحدة في ظل حتمية إصلاح جامعة الدول العربية

## The requirements for establishing a unified Arab diplomacy in light of the imperative of reforming the League of Arab States

عبد العزيز خنفوسي

عبد المومن بن صغير\*

جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة

جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة

[azizkhanfouci@yahoo.com](mailto:azizkhanfouci@yahoo.com)

[abdelmoumenebenseghier@yahoo.com](mailto:abdelmoumenebenseghier@yahoo.com)

تاريخ القبول: 2020-05-28

تاريخ المراجعة: 2020-05-21

تاريخ الإيداع: 2020-04-01

### الملخص:

سنتطرق في هذه الدراسة إلى تبيان نوع وشكل من أشكال التمثيل الدبلوماسي على مستوى المنظمات الدولية، ألا وهي الدبلوماسية العربية الجماعية في ظل جامعة الدول العربية. وإذا كانت جامعة الدول العربية إحدى المنظمات الإقليمية نشأت بين الدول العربية دون سواها تهدف إلى الدفاع عن مصالح الدول الأعضاء المشتركة والقضايا المصيرية التي لها علاقة بمستقبل الشعوب العربية ومصيرها وغيرها من قضايا الأمن القومي. لذا بات من الضروري على الجامعة وبغية مواكبة تطورات شعوبها ضرورة إرساء دبلوماسية عربية موحدة يكون فيها النشاط الدبلوماسي المشترك الذي ينبع من المصالح المشتركة للدول العربية. يمكن طرح إشكالية رئيسية للورقة البحثية وتجلي فيما يلي: ما هي متطلبات إرساء دبلوماسية عربية موحدة ومشاركة في ظل حتمية إصلاح جامعة الدول العربية؟ الكلمات المفتاحية: الدبلوماسية العربية الموحدة؛ العمل الدبلوماسي المشترك؛ الربيع العربي؛ مشروع الشرق الأوسط؛ دبلوماسية الألفة؛ الدبلوماسية القومية.

### Abstract:

in this study, we will discuss the type and form of diplomatic representation at the level of international organizations, namely collective Arab diplomacy under the League of Arab States.

If the League of Arab States is one of the regional organizations that arose among the Arab states and not others, it aims to defend the interests of the common member states and the crucial issues that have to do with the future of the Arab peoples and their fate and other issues of national security.

\* المؤلف المراسل: عبد المومن بن صغير.

Therefore, it has become necessary for the university, in order to keep pace with the aspirations of its peoples, the necessity of establishing a unified Arab diplomacy in which the common diplomatic activity that stems from the common interests of the Arab countries

A major problem can be presented to the research paper, which is illustrated by the following: What are the requirements for establishing a unified and joint Arab diplomacy in light of the imperative of reforming the League of Arab States?

**Keywords :** Unified Arab diplomacy ; joint diplomatic action ; the Arab Spring ; the Middle East project ; affinity diplomacy ; national diplomacy.

## مقدمة:

تسعى المنظمات الإقليمية عموماً إلى تكريس إرادة الدول الأطراف في تحقيق أهداف مشتركة وتمثل في تعزيز التعاون والاعتماد المتبادل المتكافئ، كما تعمل على العيش مع بعضها البعض في إطار السلم والأمن الدوليين ومواجهة التهديدات الخارجية، كما تهدف إلى تحقيق هدفها الأسمى وهو الوحدة والاندماج في كتلة واحدة. وباعتبار جامعة الدول العربية هي إحدى هذه المنظمات الإقليمية<sup>1</sup>، والتي هي امتداد لعمل واختصاص المنظمات الدولية، لها نفس أهداف المنظمات الإقليمية الأخرى، حيث أنها جاءت من ولأجل توثيق الصلات بين الدول الأعضاء فيها، وصيانة استقلالها والتخلص من الهيمنة الاستعمارية، والعمل على منع نشوب النزاعات الداخلية وترقية العلاقات العربية-العربية من أجل تحقيق الوحدة العربية. نظراً لما تمتلكه هذه الدول من مؤهلات وإمكانات التكامل الضرورية سواء منها: الجغرافية، الاقتصادية، والاجتماعية، أو التاريخية الحضارية<sup>2</sup>. ولعل ما يحقق ذلك الهدف الأسمى هو: توحيد العمل الدبلوماسي المشترك، في إطار الحفاظ على مصالح الدول العربية.

رغم مرور أكثر من نصف قرن على إنشاء جامعة الدول العربية، وعلى الرغم من توافر كل هذه المؤهلات والإمكانات التي بإمكانها تعزيز تفعيل العمل المشترك في إطاره القومي، وعلى الرغم من طول التجربة والخبرة التي عاشتها الجامعة جامعة الدول العربية في مختلف المجالات، إلا أنها ما زالت بعيدة كل البعد عن أداء الدور الذي أنشأت من أجله، فهي ما فتئت تتعرض إلى النقد الشديد سواء من حيث آليات العمل، ودرجة الالتزام، ونوعية وطبيعة إصدار القرارات، بالإضافة إلى أنها أخفقت في توحيد الصف العربي وتحقيق الوحدة المنشودة من قبل الشعوب العربية، وهذا من خلال الواقع الذي تعيشه، وبقيت مشلولة وقاصرة عن مختلف القضايا المصيرية التي لها

<sup>1</sup> - يقصد بالمنظمة الإقليمية كل هيئة دولية تخلق عن طريق اتفاقية دولية جماعية أطرافها الجدول بغية تحقيق أهداف محددة ومشتركة للدول الأعضاء بها، بحيث يصير هنا إلى الإرادة الذاتية لهذه الهيئة أن تمكها من الاضطلاع بالمهام المنوطة بها، دون أن يرتب ذلك بأي حال بسيادة الدول الأعضاء. أنظر سعيد الدقاق، التنظيم الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص-ص، 18 و 19.

<sup>2</sup> - يتجلى ذلك بوضوح من خلال تعريف آخر للمنظمة الدولية الإقليمية التي تعكس أسس القومية العربية الموحدة، وهي تلك المنظمة التي يقتصر تكوينها واختصاصها على نطاق جغرافي محدد، أي أنها تجمع دول منطقة جغرافية معينة، وهي عبارة عن تضامن سياسي بين دول تجمع عادة بينها عدة عوامل أهمها الأصل الحضارة والتاريخ والإيديولوجية والمصالح المشتركة مثل جامعة الدول العربية. أنظر د ليلي بن حمودة محاضرات في المؤسسات والعلاقات الدولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008 نظام ل م د.

علاقة وطيدة مع الأمن القومي (لاسيما القضية الفلسطينية)، وحتى رد العدوان على الدول الأعضاء مثل ما هو الشأن بالنسبة (لحالة العراق) وسورية في ظل التحولات التي يشهدها النظام الدولي الذي تطبعه العولمة وما ينجر عنها من إفرازات وانعكاسات سلبية على الدول النامية عامة والدول العربية خاصة. ضف إلى ذلك ما تزايدت الخطورة والتحديات على كينونة النظام الإقليمي العربي من جراء الخلافات والنزاعات ومظاهر التجزئة وموجات التغير التي يشهدها حاليا العالم العربي.

تحديد إشكالية البحث :

لعل من أهم السبل للخروج من ما آلت إليه وضعية العالم العربي في الوقت الراهن، لا بد من إصلاح جامعة الدول العربية ميثاق وأجهزة، وفي إطار هذا الإصلاح لا بد من إرساء دعائم لدبلوماسية عربية مشتركة تستلهمها من ميثاق جامعة الدول العربية بعد الإصلاح. وعلى هذا الأساس يمكن طرح إشكالية رئيسية للورقة البحثية وتجلي فيما يلي:

ما هي متطلبات إرساء دبلوماسية عربية موحدة ومشتركة في ظل حتمية إصلاح جامعة الدول العربية ؟ وتندرج ضمن هذه الإشكالية الرئيسية، التساؤلات الفرعية التالية:

\*- ما هو مفهوم العمل الدبلوماسي المشترك؟ وما هي مجالات استخدامه؟

\*- ما هي العراقيل التي تقف حجر عثرة ولا زالت تحول دون تحقيق جامعة الدول العربية للعمل الدبلوماسي المشترك؟

للإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الفرعية، انتهجت الخطة التالية:

المحور الأول: مفهوم العمل الدبلوماسي المشترك ومجالات استخدامه في إطار جامعة الدول العربية

المحور الثاني: العراقيل التي حالت دون تحقيق جامعة الدول العربية للعمل الدبلوماسي المشترك

وقد استعنت في هذه الدراسة على المنهجين الوصفي والتحليلي .

-الوصفي، لوصف مفهوم الدبلوماسية العربية الموحدة. وتحديد مفهوم العمل الدبلوماسي المشترك ومجالات استخدامه في إطار جامعة الدول العربية.

-التحليلي، لتحليل مختلف الأوضاع السياسية الدولية الراهنة.

المحور الأول: مفهوم العمل الدبلوماسي المشترك ومجالات استخدامه في إطار جامعة الدول العربية

يعتبر العمل العربي المشترك هو ذلك النشاط الذي تقوم به مجموعة من الدول العربية الأعضاء في منظمات إقليمية، مثل جامعة الدول العربية، وذلك في مختلف المجالات والميادين، سواء تعلق الأمر بالعمل السياسي، أو بالعمل الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي، انطلاقا من الاهتمامات المشتركة.

01- مفهوم العمل العربي الدبلوماسي المشترك:

يقصد بالعمل المشترك العربي هو ذلك العمل الذي يتجاوز عمل الدولة وحدها إلى المساهمة من قبل عدة دول تجمعها صفة العضوية داخل منظمة إقليمية، ويشتركون في أسس قومية، وتسعى إلى تحقيق جملة من الأهداف



والالتزام بالمبادئ التي ترتكز عليها المنظمة الإقليمية ، انطلاقا من واقع قائم ،، وسعيا إلى تحقيق أهداف محددة، أنية، أو مرحلية، أو إستراتيجية ، تصب جميعها في أفق تغيير ذلك الواقع تغيرا جزئيا أو كليا .

وكما هو معلوم أن المجتمع الدولي انتقل من الدبلوماسية التقليدية إلى الدبلوماسية الحديثة ويندرج ضمن هذا النوع من الدبلوماسية المعاصرة دبلوماسية المنظمات ، التي أصبحت تكتسي أهمية كبيرة في النظام الدولي ، وهي التي أصبح يتخذ فيها القرارات شاملة وتهتم جميع الدول الأعضاء في المنظمة.

ودبلوماسية جامعة الدول العربية هي من قبيل هذا النوع من الدبلوماسية الحديثة (دبلوماسية المنظمات الإقليمية). وبالرجوع إلى ميثاق جامعة الدول العربية، نجد نص على موضوع العمل العربي المشترك الذي يقتضي توثيق الصلات بين الدول الأعضاء وتنسيق خططها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والأمنية . (وهذا ما نص عليه ميثاق جامعة الدول العربية) .

## 02-مجالات استخدام العمل العربي المشترك في إطار جامعة الدول العربية:

يتألف ميثاق جامعة الدول العربية من عشرين مادة ، تتعلق بأغراض الجامعة ، وأجهزتها ، والعلاقات فيما بين الدول الأعضاء ، وغير ذلك من الشؤون ، ويتصف الميثاق بالشمولية والتنوع الواسع في تحديد مجالات العمل العربي المشترك، ويفتح الباب أمام الدول الراغبة فيما بينها ، في تعاون أوثق وروابط أقوى ، مما نص عليه الميثاق ، أن تعقد بينها من الاتفاقات ما تشاء لتحقيق هذه الأغراض .

ورغم أن ميثاق جامعة الدول العربية لم يشر صراحة إلى العمل الدبلوماسي العربي المشترك، إلا أن يستشف من خلال قراءة مواد ميثاق الجامعة بأن العمل الدبلوماسي المشترك يندرج ضمن العمل العربي المشترك . ولقد نصت المادة الثانية من ميثاق<sup>1</sup> جامعة الدول العربية على أنه : (الغرض من الجامعة توثيق الصلات بين الدول المشتركة فيها ، وتنسيق خططها السياسية ، تحقيقا للتعاون بينها وصيانة لاستقلالها وسيادتها ، والنظر بصفة عامة في شؤون البلاد العربية ومصالحها، وكذلك من أغراضها تعاون الدول المشتركة فيما تعاوننا وثيقا بحسب نظم كل دولة منها وأحوالها في الشؤون التالية:

01-الشؤون الاقتصادية والمالية ، ويدخل في ذلك التبادل التجاري والجمارك، والعملية ، وأمور الزراعة والصناعة.

02-شؤون المواصلات ، ويدخل في ذلك السكك الحديدية ، والطرق والطيران ، والملاحة والبرق والبريد.

03-شؤون الثقافة .

04-شؤون الجنسية ، والجوازات والتأشيرات ، وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين.

05-الشؤون الاجتماعية .

06-الشؤون الصحية

<sup>1</sup> - أنظر ميثاق جامعة الدول العربية 1945.

وقد تم الإشارة إلى العمل العربي المشترك في قمة تونس 2004، وأكد القادة العرب فيها تمسكهم بالإصلاح باعتمادهم "وثيقة الإصلاح" وبالعمل العربي المشترك باعتماد "وثيقة العهد والوفاق" التي قدمتها السعودية، وإعلان تونس كما اتفقوا على إدخال تعديلات على ميثاق الجامعة العربية للمرة الأولى منذ عام 1945.

### المحور الثاني: العراقيل التي حالت دون تحقيق جامعة الدول العربية للعمل الدبلوماسي المشترك

إن الحرص على جامعة الدول العربية، والإيمان بقدرتها على تطوير العمل العربية المشترك، وخاصة الدبلوماسي منه، والارتقاء به يقتضي كشف جوانب القصور لمعالجتها وتشخيص مواطن الضعف لتلافها والوقوف على مبررات إصلاح<sup>1</sup> جامعة الدول العربية الحالي في ضوء الأحداث المتلاحقة في الساحة الدولية، وأيضاً الأحداث الداخلية لبعض الدول العربية التي باتت تشكل أنظمتها وإدارة شؤونها السياسية إحدى التهديدات الخطيرة الموجهة لاستقرار هذه الدول، واختلال الأمن الاستراتيجي العربي .

إن البحث عن أسباب الإخفاق يبقى ذا أهمية على المستويين : الداخلي المتمثل في مدى تأثير البيئة الداخلية لجامعة الدول العربية في تفعيل العمل الدبلوماسي المشترك .

والمستوى الخارجي ، والذي يتجلى في دور الأطراف الخارجية في عرقلة مسار العمل الدبلوماسي العربي المشترك (دولة إسرائيل<sup>2</sup> نموذجاً). هذا من جهة ومن جهة أخرى يمكن أن يتعدى أسباب هذا الإخفاق إلى الجانب النظري والعملي.

\*- فمن الناحية النظرية: يبدو أن ميثاق جامعة الدول العربية في صياغته الحالية عاجز عن تحقيق الأهداف المرجوة (قصور ميثاق جامعة الدول العربية).

\*-ومن الناحية العملية: فإن أجهزة الجامعة تفتقد إلى الفعالية المطلوبة .

ومن بين أهم العراقيل التي تعترض جامعة الدول العربية عن أداء مهامها وخاصة المتمثلة في توحيد العمل العربي الدبلوماسي نذكر:

أولاً:- ابتعاد الجامعة عن التطلعات الوحدوية:

على الرغم من أن جامعة الدول العربية هي من أقدم المنظمات الإقليمية نشأة<sup>3</sup>، حيث تزامن قيامها مع نهاية الحرب العالمية الثانية فكان تأسيسها على يد بعض الدول المستقلة آنذاك، وإلى غاية اليوم رغم مرور أكثر من نصف قرن عن إنشائها، إلا أنها ابتعدت عن الطموح العربي (تحقيق نوع من الوحدة بين الدول العربية، خاصة فيما يتعلق بالعمل الدبلوماسي العربي المشترك).

<sup>1</sup> - أنظر د، نجيب بن عمر عوينات، إصلاح جامعة الدول العربية، جامعة المجمع، المملكة العربية السعودية،

<sup>2</sup> - أنظر أسامة طلفاح، فشل الدبلوماسية العربية، الحوار المتمدن، المحور مواضيع وأبحاث سياسية، العدد 2520، المؤرخ في 08-01-2009.

<sup>3</sup> - أنظر الدين فاطمة الزهراء، جامعة الدول العربية وموقفها من الربيع العربي، مذكرة ماستر، تخصص تنظيم سياسي وإداري، قسم العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012-2013، ص 01.

وكما هو مسلم به ، ليس بإمكانها الارتقاء إلى مرتبة التجسيد الفعلي إلا عندما تتمكن القيادة السياسية في كل دولة عربية من تجسيد التطلعات الشعبية والتفاعل معها والتصرف على أساسها، ويمكن تجسيد العمل الدبلوماسي العربي الموحد والمشارك من خلال التطلع على الأوضاع الآتية<sup>1</sup>:

أ- إن قيام منظمة دولية إقليمية قادرة على تحقيق التضامن والتلاحم والانصهار بين أعضائها الارتفاع عن العنعنات والترفع وتغليب المصلحة القومية على الأهواء الشخصية وبمدى إيمانها بأهمية الجامعة والدور الذي ينبغي أن تلعبه. وإذا كان نجاح كل منظمة مرهون بنجاح الأنظمة في دولها ، فإن نجاح هذه الأنظمة يوم على مدى التزامها بالمصلحة القومية، فهناك مصالح مشتركة تقوم على الدفاع عن مقتضيات الأمن القومي العربي، وهذه الأخيرة تستدعي وجود عمل دبلوماسي عربي موحد ومشارك، والذي هو بدوره يحتاج متطلبات إرسائه ، بالإضافة إلى توفير الحد الأدنى من الحرية الشرعية لشعوبها، والتنازل عن جزء من سيادتها.

ب- إن الكيانات السياسية العربية ، التي نشأت بتدبير أجنبي، وبحدود مصطنعة أصبحت حريصة على سيادتها واستقلالها، حتى كاد البحث في إمكان تحويل الجامعة إلى مشروع لاتحاد العربي، أو في إمكان التخلص من أفات النزعة المحدودة لكل دولة عربية أن يصبح أمرا متعذرا، ولهذا كل المشاريع الرامية إلى تطوير عمل الجامعة أو إصلاحها سيصطدم بعراقيل وعقبات يصعب التغلب عليها.

ج- إن جامعة الدول العربية بحكم الظروف التاريخية، والأوضاع الجغرافية والتغيرات السياسية والاقتصادية والروابط القومية والثقافية ، هي منظمة ذات طبيعة مزدوجة، إنها إقليمية لأنها تضم دول متجاورة تنتشر فوق إقليم معين ، وهي قومية لأنها تضم دول تنتمي إلى قومية واحدة وتراث واحد ومصير مشترك، وبالتالي سبب الأزمة التي تعانيها الجامعة يكمن في الصراع بين هذين الجانبين (الإقليمية- القومية).

د- إن محاولة بعض الحكم على الجامعة العربية، أو التعرف إلى مدى التزامها ببعض القيم أو المعايير من خلال المقارنة بينها وبين بعض المنظمات الدولية الإقليمية وعبر مطالبتها بالافتداء بالتجربة الأوروبية (الاتحاد الأوروبي مثلا)، هذا الأخير يمتاز بقوة الدبلوماسية الأوروبية الموحدة والمشاركة من خلال مقدرته على قوة التفاوض مثل ما حدث لبعض الدول العربية حينما دخلت في شراكة معه ، لذلك أية محاولة للمقارنة بين جامعة الدول العربية والاتحاد الأوروبي هي محاولة فاشلة ، وذلك لعدة أسباب نوردتها فيما يلي :

\*- لأن الجامعة تتميز بانتماء قومي ، وتراث حضري مشترك ومصالح اقتصادية ومصيرية مترابطة لا وجود لها، متجمعة في أية منظمة دولية إقليمية أخرى.

\*- لأنها تتعرض لخطر صهيوني استعماري استيطاني عنصري توسعي يهدف إلى اقتلاع شعب وتغيير هوية أمة عريقة.

\*- لأنها سبقت في الولادة والوجود المنظمات الإقليمية الكبرى.

\*- لان التعاون القومي خارج الأطر الفيدرالية أو الكونفيدرالية كان نادرا.

<sup>1</sup> - أنظر محمد المجذوب، التنظيم الدولي، النظرية والمنظمات العالمية والإقليمية المتخصصة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، الطبعة 08 ، 2006، ص -ص 413.414.

\*- لأن التجارب التنظيمية والمؤسساتية في حقل التعاون العربي كانت ولا تزال معدومة ، فالاتحاد الأوروبي مثلا يبني هوية من خلال المؤسسات الأوروبية، أما جامعة الدول العربية فلديها هوية، ولكنها بحاجة إلى مؤسسات. ه- إن جامعة الدول العربية بوضعها الراهن، لم تعد صالحة أو مؤهلة لتحقيق طموحات الدول العربية لتحقيق الوحدة والتكامل العربي في جميع المجالات، والسبب الجوهرى في ذلك هو تعرض الجامعة منذ تأسيسها لسلسلة طويلة من الضعف ومظاهر العجز، وكفيينا الاستشهاد بأربعة منها على الصعيد السياسي:

- المثل الأول هو الأزمات والخلافات العربية التي لا تهدأ، وعجز الجامعة على إيجاد الحلول لها. فالحروب العربية الأهلية لا تتوقف. والصراع العربي مع الدول المجاورة قائم على قدم و ساق.

-و المثل الثاني هو افتقاد الزعامة القيادية. وهذا الافتقاد هو أحد الأسباب الرئيسية للمعاناة والتشتت والضياع في الوطن العربي وفي الجامعة العربية. وقد حاول أكثر من قطر عربي، اختلاس هذه الزعامة أو الاستيلاء عليها، فلم يوفق.

و المثل الثالث هو استمرار التصادم بين بعض الثنائيات على صعيد التعامل والسلوك في الجامعة العربية.

- و المثل الرابع هو الصمت الرهيب الذي تلتزمه الجامعة إزاء الأحداث والتطورات الكبرى على الساحة العربية. وإذا أتيح لها الإفصاح فيكلمات عامة أو غامضة ولا تؤثر. (كموقف العرب اتجاه العدوان الصهيوني في فلسطين).

ثانيا:- مدى تأثير البيئة الداخلية لدول الجامعة العربية على زعزعة تجسيد العمل الدبلوماسي العربي المشترك :

تعتبر العوامل الداخلية للدول العربية إحدى العوامل المؤثرة<sup>1</sup> في تجسيد وتفعيل فكرة العمل الدبلوماسي العربي المشترك، ويظهر ذلك جليا من خلال الأوضاع العربية التي لازالت تعاني من حالة التفكك والضعف العربي نتيجة الخلافات العربية-العربية، وسعي بعض الدول العربية للمنافسة على موقع الصدارة، وأخذ الدور الريادي والمحوري على صعيد العمل العربي المشترك، بدل الالتفاف حول مدى توحيد الجهود والتنسيق فيما بين الدبلوماسية لكل دولة عربية في إطار توحيد الرؤى والأبعاد الإستراتيجية للدبلوماسية العربية المشتركة .

وذلك من أجل التأثير في قرارات الصادرة من الجامعة تجاه أي أزمة عربية، بالإضافة إلى التكتلات العربية الأجنبية التي ما فتئت تأثر سلبا على العمل الدبلوماسي المشترك، وسياسة الأحلاف التي انتهجتها الدول العربية في بناء علاقات على حساب العمل العربي المشترك ، مما أدى إلى إتباع سياسية حيادية أحيانا، وكذا اتخاذ قرارات فردية اتجاه قضايا عربية، تتناسب مع وجهات النظر الأجنبية تبعا للمصالح المشتركة.

وهناك نماذج مختلفة من البيئة العربية الداخلية والتي أثرت على أداء ومواقف الدبلوماسية العربية تجاه الأحداث الراهنة وعلى رأسها مجلس التعاون الخليجي ، ففي ظل غياب العديد من الفاعلين على الساحة العربية، كمصر والعراق وسوريا أدت الاحتجاجات الشعبية في دول الربيع العربي إلى زيادة شعور دول الخليج بأن أمن المنطقة قد بات مهددا أكثر من ذي قبل، خاصة بعد اندلاع اضطرابات البحرين التي أدت إلى دخول قوات درع الجزيرة إليها، ووصول لاحتجاجات شعبية إلى اليمن، أي إلى الحدود الجنوبية الغربية للمملكة العربية السعودية، مما جعل

<sup>1</sup> - انظر ، عبد الكريم سليمان وادي، الربيع العربي وانعكاساته على الدبلوماسية العربية . الأسباب والمبررات جريدة، مجلة أمد، للإعلام السنة الثامنة ، 2014 ، المؤرخة في : 04-12-2014.

الدول الخليجية حساسة اتجاه التغيرات العميقة المحيطة وموقفها كان متأججا ومتناقضا من الاحتجاجات الشعبية في دول الربيع العربي، فكان حياديا في تونس ومصر، أما في ليبيا بدا الأمر مختلفا فقد تدخلت قطر والسعودية الثوار ضد النظام الليبي، والطلب المتكرر من المجتمع الدولي ومجلس الأمن للتدخل العسكري لحسم الأمور لصالح الثوار، أما في البحرين فقد اعتبرت الأمر شأنا داخليا مما دفعها إلى إرسال قوات درع الجزيرة لاحتواء الأزمة .

وقد أثرت كل هذه الظروف على جعل مواقف الدول العربية الأخرى تتسم بالتردد حول المسار الذي يجب أن تتبعه في دعم الاحتجاجات<sup>1</sup> في هذه الدولة أو تلك، حيث قادت دولة قطر الدعوة للتدخل الدولي لإنهاء حكم القذافي عندما بدأت تلك الاحتجاجات الشعبية في ليبيا، لكن بوصول الثورة إلى البحرين، قادت المملكة العربية السعودية توجهها خاصا بدول مجلس التعاون الخليجي وبعيدا عن السماح لجامعة الدول العربية للتدخل، وخاصة من قبل إصرار كل من السعودية وقطر والإمارات والبحرين، وقد بررت ذلك بأنه لا يسمح للجامعة بالتدخل في تلك المنطقة، لأن الأمر لا يعدو أن يكون سوى شأنا داخليا خاصا، وتدخل مجلس التعاون الخليجي لدعم الحكومة الملكية البحرينية وتم تبرير التدخل في إطار التضامن السني ضد التخريب الشيعي.

ثالثا:- دور الأطراف الخارجية الأجنبية في عرقلة مسار العمل الدبلوماسي العربي المشترك :

تتجلى أهم الأطراف الخارجية الأجنبية والتي باتت تشكل هاجسا لدى جامعة الدول العربية عامة، وتجسيد العمل الدبلوماسي العربي المشترك خاصة، نذكر من أهمها: دولة إسرائيل، السياسة الإيرانية والتركية .

أ- إسرائيل والصراع العربي المستمر :

يعتبر الصراع العربي الإسرائيلي من أكثر الصراعات التاريخية الممتدة، أي التي تزيد عن خمسين عاما المتواصلة، وبالطبع تمتد جذور ومصادر الصراع إلى أواخر القرن التاسع عشر، وحتى قيام الكيان الصهيوني في فلسطين عام 1948، ويتميز الصراع العربي الإسرائيلي عن غيره من الصراعات بأنه يشمل مختلف الجوانب الإستراتيجية والسياسية والعسكرية والاقتصادية والثقافية وغيرها،

وتكاد إسرائيل تكون من الدول المنفردة في العالم والتي تصر على إعادة الهيكلة التامة للنظام الإقليمي الرئيسي وللنظم الإقليمية الفرعية المحيطة بها، فهي تزعم أن هناك ضرورة قصوى لتفجير وإزالة النظام الإقليمي العربي، بل ولتفتيت الكيان القومي العربي .

ورغم التسويات السياسية التي تمت حتى الآن بين إسرائيل من جهة وكل من مصر والأردن والسلطة الفلسطينية تعتبر تسويات ملغومة ومتوترة وتتضمن في داخلها مصادر لعودة الصراع أكثر من مصادر الخاصة بالتسوية الدائمة والشاملة والمستقرة .

يظهر الصراع العربي الإسرائيلي المستمر من خلال المظاهر التالية:

-المحاولات الإسرائيلية المستمرة لمضاعفة الانقسام العربي؛ وذلك بالتحديد المسبق للدول التي ستفاوض معها إسرائيل .

<sup>1</sup> - أنظر للمزيد من التفاصيل حول حركة الاحتجاجات في الدول العربية التي حدث فيها مايسى بالربيع العربي، مجموعة من الباحثين، الحركات الاحتجاجية في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 2011، ص 50 وما بعدها .

-ارتباط المشاريع الصهيونية بالمصالح العربية ارتباطا مباشرا .

-تعدد أشكال وأنواع الصراع العربي الإسرائيلي<sup>1</sup> من : صراع عسكري، النووي ،الاقتصادي المائي،الاستيطان الإسرائيلي،الثقافي ، الديني.

-تصدير مشروع الشرق الأوسطي إلى الوطن العربي،وهذا المشروع يعتبر أكبر التحديات الراهنة على الإطلاق التي تواجهها جامعة الدول العربية ،ورغم كل المناورات ومحاولات التمويه والتأثير والترويج وإخفاء أهدافه المتسترة ،وعقد العديد من المؤتمرات ، واستخدام وسائل الإعلام الجدد متطورة ، إلا أنه لم تستطع أن تخفي حقيقة الدوافع الكامنة وراء هذا المشروع الضخم والتي كان من ورائه الحلف الأمريكي الصهيوني .

ولعل كم الوثائق والأبحاث والدراسات التي قدمت في الندوة التي أقامتها اللجنة المصرية لمقاومة التطبيع سنة 1996 تحت عنوان : (الشرق أوسطية مخطط أمريكي صهيوني).

وقد برهنت خلالها على نحو قاطع وبما لا يدع مجالا للشك أن ذلك المشروع كما وصفه الدكتور إبراهيم سعد الدين : (أن مشروع الشرق الأوسطي الأمريكي الصهيوني هو مشروع للإخضاع).

في حين وصفه الدكتور محمود عبد الفضيل بأنه (المشروع الشرق الأوسطي صياغة إسرائيلية بدعم أمريكي بهدف بناء ما أسماه شيمون بيريز الشرق الأوسط الجديد الذي تلعب فيه إسرائيل دورا رئيسيا قياديا وتكون بمثابة الوسيط والوكيل المعتمد بين المراكز الرأسمالية المتقدمة في الغرب).

ب-السياسات الإيرانية التركية و موقفها من الربيع العربي ومدى تأثيرها على الدبلوماسية العربية:

هناك قوى إقليمية تسعى دائما إلى تشكيل الشرق الأوسط بعيدا عن أي دعم خارجي،وهو ما يتضح جليا من خلال السياسات الإيرانية- التركية ويفتح أفقا جديدة للتعامل وفق رؤى سياسية ممنهجة تهدف للسيطرة على المنطقة العربية،ومن ثمة تقزيم دور جامعة الدول العربية، وذلك بجعل دورها هامشي.

وقد لعبت السياسة الإيرانية-الأمريكية دور مركزي في مختلف القضايا المتعلقة بالمنطقة .

وكمثال على ذلك ، فالصراع الإيراني -الإماراتي قلل من فرص التلاحم العربي ، للسعي الحثيث للتأثير في المنطقة العربية بشكل محوري،فالموقف الإيراني تجاه الاحتجاجات الشعبية كان متناقض ،وفقا للمصالح المشتركة ، والعلاقات الدبلوماسية بين إيران وكافة بلدان الثورات ،خلاف للموقف الإيراني تجاه الاحتجاجات الشعبية في كل من :البحرين وسوريا ،والذي جاء مختلفا تمام مؤيد للأولى بسبب مطالب سكان الشيعة ،وذلك ورفض للثانية ،بسبب المحافظة على الحليف الإستراتيجي السوري في المنطقة .

أما موقف تركيا<sup>2</sup> من تجاه الثورات متناقضة،مثل الحالتين الليبية والسورية،بسبب حفاظها على مصالحها الاقتصادية بالمنطقة ،بالإضافة للارتباك الواضح في السياسة الخارجية التركية تجاه الثورات في مصر،واليمن وليبيا وسوريا،وستستمر في سياستها الخارجية،تجاه المنطقة العربية بشكل قوي،وستحاول جاهدة أخذ دور محوري على

<sup>1</sup> - لمزيد من التفاصيل حول أشكال وصور وأبعاد الصراع العربي الإسرائيلي راجع، د، أحمد ثابت، جوانب الصراع العربي الإسرائيلي ومجالاته، جزيرة نت.

<sup>2</sup> - أنظر أحمد داود أوغلو،العمق الاستراتيجي موقع تركيا ودورها في الساحة الدولية،مركز الجزيرة للدراسات ،الطبعة الأولى، 2013،ص 73.

حساب جامعة الدبلوماسية العربية، واستضافتها لمؤتمرات المجلس الانتقالي السوري خير دليل على ذلك، لذلك دعت تركيا الحكومات العربية إلى القيام بإصلاحات، وأعلنت وقوفها بوضوح نسبيا إلى جانب المحتجين، إدراكا منها أن الأنظمة العربية القديمة باتت على مشارف السقوط، وستستمر في أخذ المواقف تجاه القضية الفلسطينية لكسب تأييد الشارع العربي، والوقوف في وجه إسرائيل بالمنطقة<sup>1</sup>.

انطلاقا مما سبق ذكره، يمكن القول بأن الدول الأجنبية دائما تسعى بصورة مستمرة لإحباط كل محاولة جادة لأي توجه عربي يهدف لتعزيز التعاون العربي المشترك، لأن هذه الدول تعتقد أن أي تعاون عربي قائم على أسس يؤدي لحدوث أضرار سلبية في المصالح الحيوية للقوى الخارجية، فالدول الأجنبية وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية، وروسيا الاتحادية والاتحاد الأوروبي ليس من مصلحتهم وجود دبلوماسية عربية موحدة، لذلك فهي تسعى للهيمنة على المنطقة العربية بشتى الوسائل والطرق، على الرغم من أن الولايات المتحدة الأمريكية هي التي تهيمن على النظام الدولي الراهن في الجانب الاستراتيجي والسياسي والاقتصادي، وخاصة بعد انتهاء الحرب الباردة، وانتهاء الاتحاد السوفياتي، وترى أن أي توجه عربي مشترك لتعزيز التعاون العربي، وخاصة الدبلوماسية العربية الموحدة سيؤثر لا محال سلبا على نفوذها ومصالحها في المنطقة العربية، فهي تحبذ التعامل مع الدول العربية بشكل فردي وانتقالي لا جماعي متناسق، بهدف إخضاع هذه الدول للنفوذ الأجنبي، وإضعاف الإرادة السياسية العربية.

رابعا: مدى تأثير تداعيات الربيع العربي على جامعة الدول العربية ومسألة توحيد الدبلوماسية العربية:

يظهر تأثير تداعيات الربيع العربي على جامعة الدول العربية ومسألة توحيد الدبلوماسية العربية من خلال

النقاط التالية:

**01- التوجه الحديث لبعض التكتلات الإقليمية نحو بعث تجسيد فكرة التكامل العربي وتوحيد العمل العربي المشترك من خلال تولد شعور لدى شعوب الدول العربية التي حدثت فيها الثورات مثل ما هو الشأن بالنسبة لتونس، من إمكانية الإقرار بضعف جامعة الدول العربية، وإحداث بدائل مؤسساتية إقليمية أو بالأحرى التكتلات الإقليمية مثل الاتحاد المغربي، ومجلس التعاون الخليجي .**

\*- فبنسبة للاتحاد المغربي، مع حدوث الربيع العربي مباشرة، عرفت منطقة المغرب العربي تحركات مكثفة توجي بوجود رغبة حقيقية في بعث الروح وضح دماء جديدة في الاتحاد المغربي، وإعادته إلى الواجهة من جديد بعد غياب دام سنوات بسبب فتور العلاقات الثنائية بين الدول الموقعة على اتفاقية مراكش لسنة 1989، وقد شكلت تداعيات الربيع العربي إلى إحياء الضمير بين دول المغرب العربي، وبذلك أعلن المغرب الأقصى عن رغبته في تفعيل الاتحاد وفتح الحدود مع الجزائر، كما أعلنت الجزائر أيضا عن مدى رغبته في إعادة تفعيل الاتحاد، وكنتيجة لذلك فقد أفرزت تداعيات الربيع العربي نوعا من الإرادة السياسية لقادة دول المنطقة ومدى وعيها بالتحديات الأمنية والاقتصادية والسياسية .

<sup>1</sup> - محمد وفاء حجازي، الجامعة العربية بين الإبقاء والإلغاء، دراسة قدمت لندوة: (الوحدة العربية في ضوء مشروع الاتحاد العربي، التي أقامها ملتقى الحوار الثوري الديمقراطي، القاهرة، المنعقد في 14-17 مارس 1998، ص 74.

من خلال ما سبق ذكره، حول النقطة السابقة بالذات، أن سعي الدول المغربية إلى إحياء من جديد الاتحاد المغربي كتكتل إقليمي، هو في حقيقة الأمر توجيه صفقة لجامعة الدول العربية، وتأكيد فشلها الذريع نحو احتواء مصالح الدول العربية والدفاع عنها.

\*-بالنسبة لمجلس التعاون الخليجي: لقد انعكست تداعيات الربيع العربي على تفاعلات دول المجلس وخياراته في علاقاته مع القوى الإقليمية والدولية، والتي تأثرت مصالحها هي الأخرى كثيرا بفعل هذه الثورات<sup>1</sup> وتداعياتها، كذلك تفاعل المجلس ودوله مع هذه التداعيات خوفا من حدوث الثورات مماثلة في ظل سكوت جامعة الدول العربية. وكان من نتيجة ذلك أن تم إعطاء قدر أكبر من الاهتمام لمشروع مجلس التعاون الخليجي وضرورة تطويره أكثر فأكثر، والبحث عن حلفاء أو شركاء جدد ضمن إعادة ترسيم خرائط التحالفات وأن يكون لها دور أساسي في توحيد العمل العربي المشترك ومن ثمة توحيد دبلوماسية عربية مشتركة تكون قادرة على الدفاع بصرامة وجدية عن مصالح الأمة العربية.

ولذلك نجد أن تداعيات الربيع العربي على مستوى فعالية مجلس التعاون الخليجي قد أحدثت بالفعل مجموعة من التطورات على صعيد العلاقات التعاونية (العلاقات الثنائية) بتدافع المجلس لمعالجة الأزمة في البحرين، والدعم الكامل لها، وأما على مستوى التفاعلات الجماعية انعكست على فعالية أداء الوظائف، فكان التصدي الأمني والعسكري للأزمة في البحرين والحرص على احتواء الأزمة في عمان عن طريق تقديم معونات مالية سخية، كما تم الاتجاه نحو توسيع عضوية مجلس التعاون الخليجي يظم كل من الأردن، والمغرب في محاولة لتأسيس منظومة توازن قوى إقليمية عربية جديدة (بين المشرق والمغرب).

## 02- أثر قيام منظمات وتكتلات إقليمية أخرى على مسيرة التعاون العربي المشترك :

منذ نشوء منظمات إقليمية عربية أخرى (مجلس التعاون الخليجي سنة 1981، الاتحاد المغربي سنة 1989، ودول إعلان دمشق سنة 1991، والجدل قائما ويثور حول مدى تأثير هذه المنظمات سلبا وإيجابا على أداء الجامعة العربية عامة، والعمل العربي المشترك، خاصة، وعلى وجه التحديد العمل الدبلوماسي المشترك. وقد اختلفت وتباينت الآراء في هذا وتفرقت على اتجاهات ثلاثة:

\*-الاتجاه الأول: ويرى أن الترابط بين هذه الأقطار من شأنه أن يسهل إقامة الوحدة العربية الكبرى التي ستكون حينذاك بين عدد أقل من الوحدات، وبالتالي فإن هذه التجمعات الفرعية خطوة نحو الهدف الكبير.

\*-الاتجاه الثاني: والرافض مطلقا لهذه التجمعات، ويرى أنها تحمل مخاطر توسيع نطاق التفتت ومدخلا لترسيخ الانقسام والعزلة وتقسيم الوطن العربي إلى نواة مغلقة.

الاتجاه الثالث: وسط لا يرى إمكانية إلغاء القومي ما هو محلي، وأنه يجب تقبل الفكرة مع وضع ضوابط لها لكي

<sup>1</sup> أنظر عبد الله عيسى عبده عيسى الشريف، دور جامعة الدول العربية في الثورات العربية، دراسة حالي، سوريا وليبيا، الطبعة الأولى، 2013، ص



تكون هذه التجمعات وحدات محلية مندمجة تؤدي إلى الوحدة لا أن تكون عقبات في سبيلها<sup>2</sup>.

ومهما يكن ودون الاعتماد على هذه الاتجاهات وتباين تفسيراتها، فإننا سنطرح الأسئلة التالية:

\*-هل أفادت العمل العربي المشترك بما فيه العمل الدبلوماسي العربي المشترك؟ .

\*-هل دعمت الجامعة العربية أم أضعفتها؟

\*-هل استطاعت تقريب المسافة نحو تحقيق الوحدة العربية أم العكس؟

بالرجوع إلى ما هو معروف عن هذه المنظمات والتكتلات العربية الإقليمية، وما هو مجسد في نطاق العلاقات

الدولية يمكن أن نشير إلى أنه يعاب عليها من عدة نواحي نذكر أهمها<sup>1</sup>:

\*-إن لم تكن هذه المنظمات الإقليمية العربية قد أضرت بالفعل بالعمل العربي المشترك عامة، وبالعامل الدبلوماسي

العربي المشترك على وجه الخصوص فإنها بالقطع لم تفده أو تنفعه على أي نحو.

\*-أنها كذلك بالقطع لم تدعم جامعة الدول العربية، بل في بعض الحالات كانت سببا في تعطيل مسارها نحو العمل

الدبلوماسي العربي المشترك، فالوضع الحالي للجامعة أضعف مما كانت عليه في أي وقت مضى...وقد لا تكون هذه

المنظمات الإقليمية العربية مسئولة مسؤولية مباشرة عن هذا الضعف، إلا أنه لا يمكن أن نقر باستبعاد أنها كانت

أحد أسباب الضعف.

\*-أن هدف الوحدة لم يكن في يوم من الأيام أبعد منالا مما هو عليه الآن.

وسواء كانت هذه التجمعات مسئولة عن هذا كله أم لا...فإنها بالنسبة للجامعة العربية والعمل العربي المشترك لم

تحقق أي من الانجازات أو الأهداف القومية التي عنيت بإبرازها والتأكيد عليها في وثائق تأسيس كل منها .

غير أنه بالنظر لنشاطات هذه المنظمات الإقليمية العربية الفرعية، وبلاستشهاد لما هو في الواقع نجد أن هذه

المنظمات كانت تحبذ وتميل دائما لأن تكون نشاطاتها بمنأى عن الجامعة العربية، كما كان كل نظام من الأنظمة

الإقليمية يتم نشاطه بمعزل عن التنسيق مع أجهزة الجامعة.

ومن مظاهر أهم سلوك وممارسات هذه المنظمات التي كانت تتم بمعزل عن جامعة الدول العربية نذكر منها :

\*-عدم حرص أي منها (عدا دول إعلان دمشق) على إشراك الجامعة في اجتماعاتها أو على الأقل إخطارها على نحو

منظم بنشاطاتها .

\*-تغليب الاعتبارات الذاتية على الاعتبارات القومية .

\*-أنه ينطبق عليها صفة الأندية المغلقة على أعضائها.

\*-غلبة طابع الاستعلاء والاعتزاز بالثروة (دول مجلس التعاون الخليجي) في تعامله مع الدول والأقطار العربية الأخرى.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد وفاء حجازي، الجامعة العربية بين الإبقاء والإلغاء، المرجع السابق، ص.ص 83-84

خامسا:- ضعف النظام العربي الإقليمي وأثره المباشر على تشتيت العمل الدبلوماسي العربي المشترك:

يمكن إرجاع أسباب<sup>1</sup> ضعف النظام الإقليمي العربي بسبب غياب الاتفاق والتضامن بين الدول العربية وكثرة

الخلافات السياسية ، وعموما يمكن إجمال أهم مظاهر ضعف النظام الأمني الإقليمي العربي<sup>2</sup>:

أ- انعدام توافق العربي على مستوى مجلس جامعة الدول العربية بشكل أساسي من خلال مناقشة القضايا والتصويت على القرارات التي تصدر عنه ، وعدم القدرة على تنفيذها ، بالإضافة إلى وجود تكتلات داخل مؤسسات جامعة الدول العربية التي نجم عنها عدم توافق في الآراء لدرجة إصدار القرارات دون إلزامية ، أو في شكل بيان ختامي أو توصيات مؤجلة في معظم الحالات.

ب- اتسمت العلاقات العربية- العربية منذ نشأة جامعة الدول العربية بالانحلال وعدم التوافق ، حيث يوجد نداء شعبي ومشاريع سياسية للقيادات العربية من أجل الوحدة ، لكن في كل مرة تقف الخلافات العربية البينية حاجزا أمام تحقيق مشروع الوحدة<sup>3</sup>.

ج- هشاشة وضع الاقتصاد العربي لتوافر مجموعة من الأسباب البسيطة والمعقدة في نفس الوقت ، وذلك لوجود مركز القرار خارج المنطقة العربية ، أو تعدد مراكز القرارات الجماعية ، وعدم جدية تطبيقها ، وفشل الاتفاقيات الخاصة بالوحدة الاقتصادية وتكاملها<sup>4</sup>.

د- تقييد المجال الدفاعي والعسكري الذي يعتبر أبرز عائق للأمن الإقليمي العربي ، وذلك من خلال ضعف الإمكانيات العسكرية ومحدودية الصناعات الحربية للدول العربية ، رغم نفقاتها في هذا المجال .

03- صلابة العلاقات<sup>5</sup> بين إسرائيل والقوى العظمى الكبرى ( بريطانيا العظمى وأمريكا) ، فأمريكا تعتبر بقاء إسرائيل وأمنها التزاما قوميا ، وبريطانيا لعبت دورا أساسيا في خلقها ( وعد بلفور المشؤم 1917). وهناك حقيقة تؤمن بها القوى الكبرى هو أنه لا يمكن البتة أن تهزم إسرائيل في منطقتها .

04- حالة التشتت العام الذي يعاني منها العالم العربي خاصة بعد أزمة الخليج الثانية، وما ترتب عنها من انهيار للجهة الشرقية، وتضاعف الأعباء المالية والارتباطات السياسية والعسكرية والاقتصادية لدول الخليج اتجاه الدول العربية، وسيطرة الهموم الاقتصادية والاجتماعية على اهتمامات الحكم في الدول العربية بوجه عام ، ولما له من انعكاسات سلبية على توجه تلك الدول إلى توحيد جهودها نحو إرساء دبلوماسية عربية مشتركة.

<sup>1</sup> - أنظر عبد العزيز خنفوسي، وعبد المومن بن صغير، الوضع القانوني للحصار المفروض على غزة في إطار أحكام القانون الدولي المعاصر، ورقة بحثية شارك بها ضمن فعاليات المنتدى الوطني الثالث حول: القانون الدولي الإنساني والحصار على غزة، يومي 22-28 نوفمبر، 2011، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة حسنية بن بوعلي، شلف، ص 17.

<sup>2</sup> - أنظر: أسامة المجذوب ، العولمة والإقليمية (مستقبل العالم العربي في التجارة الدولية ) ، الطبعة الثانية ، الدار المصرية اللبنانية ، بيروت ، لبنان ، 2001 ، ص ، ص : 125 ، 126.

<sup>3</sup> - أنظر: عبد الرحمن حسنية ، تحديات الأمن القومي العربي ، مذكرة دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في الإستراتيجية ، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، كلية العلوم السياسية والإعلام ، جامعة الجزائر ، 2008 ، ص: 75.

<sup>4</sup> - أنظر: حسان حمدان العلكيم ، التحديات التي تواجه الوطن العربي في القرن الواحد والعشرين ، المجلة العربية للعلوم السياسية العدد 19 ، مركز دراسات الوحدة العربية ، لبنان ، 2008 ، ص : 102 ،

سادسا: غياب ثقافة "العمل العربي المشترك" في التريويات الدبلوماسية، وفي أفضل الحالات، فإن هذه الثقافة لم تعد في أولويات الأجندة السياسية العربية الراهنة .

سابعا: العمل البيروقراطي الدبلوماسي الرتيب، والميل نحو الاكتفاء بمهمة نقل المعلومات، بدلا من تحليلها، وتقديم خيارات وبدائل بفوائدها وتكاليفها، وفرصها وتهديداتها.

ثامنا: تقاعس الدبلوماسية العربية بعامة، عن الاهتمام بتدريب أفرادها، وتنمية مهاراتهم في الدبلوماسية الإقليمية والمتعددة الأطراف وتوسيع معارفهم وتعميق وعيهم والتزامهم بقضايا ومؤسسات العمل العربي المشترك .

تاسعا: قلة عدد المتخصصين في الشؤون العربية بخاصة في عدد البعثات الدبلوماسية العربية، رغم تزايد الأعباء الملقاة على عاتق السفارات، وتعدد الحقوق المستولة عنها واتساع المجالات الجديدة، والتي تدخل في نطاق العمل الدبلوماسي المعاصر .

-عاشرا: اتساع ظاهرة استغناء بعض الدول عن "خدمات الدبلوماسية" في مقابل تزايد الاعتماد على "خدمات الأجهزة ومراكز البحث الأجنبية" وعلى الوقوع تحت تأثيرات إعلام مرئي، متدفق في معلوماته وتحليلاته، متنوع في مصادره ومتعاطم في نفوذه وسطوته.

لقد فرض تفجر ثورات الاتصال والمعرفة والتكنولوجيا الحديثة المتطورة على الدبلوماسية إحداث تغيير كبير في طبيعة دورها، وآليات عملها، ومستلزمات نجاحها، ويبدو حتى الآن، أن التغيير ما زال بطيئا أو غير مستدرك في الحقل الدبلوماسي العربي.

-الحادي عشر: ضعف استيعاب القواعد والأساليب العصرية في التنظيم الإقليمي العربي، وفي مؤسسات العمل المشترك.

الثاني عشر: هشاشة آليات النظام العربي، الذي تحقق له التوازن المستقر، من خلال تمكينه من اكتساب فعالية عالية نسبية للتكيف وللقدرة على استيعاب تأثير متغيرات الطارئة على المناخ العام الذي يحيط بأداء العمل العربي المشترك. ومن أزمة لأخرى تبعاً للمصالح والأهواء والعلاقات البينية بين الدول العربية، لكن يمكن ذكر أهم الخطوط العريضة لهذه التحديات<sup>1</sup>:

أولا: وجود اثنان وعشرون سياسة خارجية عربية متناقضة عن بعضها ومنقسمة فيما بينها، فلكل دولة عربية سياستها الخارجية التي تديرها وفق نمط معين وفي إطار مصلحة معينة

لا تلتقي دوما، حتى في القضايا المصيرية، مع السياسات الخارجية للدول العربية الأخرى.

ثانياً: الخلافات والنزعات التي تجمع الدول العربية أكثر بكثير من عوامل الوحدة البينية، إذ قلما تتوحد السياسات الخارجية العربية فيما بينها على شأن قومي يصب في مصلحتها العربية، بسبب تناقض المصالح واختلاف التوجهات الخارجية لكل دولة عربية منفردة.

ثالثاً: كثرت التدخلات الخارجية في النظام الإقليمي العربي وفي سياسات الدول العربية، بسبب خلافات الأنظمة

<sup>1</sup> - أنظر ياسر قطيشات، التحديات التي تواجه بناء دبلوماسية عربية موحدة الحوار المتمدن، مجلة السياسة والعلاقات الدولية، العدد 3297، المؤرخ في 06-03-2011.

العربية الشخصية والسياسية ، وتأطير العلاقات العربية – العربية في إطار الرضا الأمريكي عن دول النظام المقبولة أو المنبوذة.

رابعاً : شيوع وهيمنت العلاقات العربية مع دول غير عربية على حساب العلاقات البينية ، إذ في معظم الأحيان توصف العلاقات الخارجية لكل دولة عربية مع دول الجوار الإقليمي أو دول أوروبا أو الولايات المتحدة بصورة تفوق علاقات الدولة العربية مع محيطها العربي ، وهذا يفسح المجال أمام التداخل والاختلاف في السياسات الخارجية ، وبالتالي في رسم دبلوماسية عربية موحدة.

خامساً: في ظل التحديات المستقبلية والتطورات السياسية الراهنة والمصاحبة والملازمة للعولمة ، تستطيع الدبلوماسية العربية ، إن وعت وأرادت ، أن تسهم بدور في عقلنة السياسات المحلية للدول العربية ، وتقديم بدائل وخيارات ، أكثر التصاقاً بظاهرة التعاون العربي المشترك بجميع مجالاته وأنماطه ، لا سيما العمل الدبلوماسي العربي المشترك.

وفي لغة وفن الدبلوماسية ، يمكن تصور عدة دبلوماسيات المأمول منها أن تلعب دوراً في الحيلولة دون تباطؤ أو تعثر العمل العربي المشترك ، وتطويره وحفزه على التأقلم مع التحديات الجديدة ومن أهمها<sup>1</sup> 01-الدبلوماسية القومية ؛ إنه من الضروري ، اقتناع مؤسسات الدبلوماسية العربية بوجود "دبلوماسية إقليمية" ، أو من خلال التدريب المكثف على شؤون الإقليم (الوطن العربي) ، وعلى قضايا التكامل الإقليمي والقومي واستراتيجيات الدفاع والأمن القومي ، فضلاً عن قضايا الدبلوماسية الإقليمية المتعددة الأطراف ، والتكيف الإيجابي الفاعل والجمعي مع المتغيرات الدولية ذات التأثير العام في مجمل الوطن العربي ومكانة الأمة ومصالحها..

من الاقتراحات الجديرة بالاهتمام ، اقتراح إنشاء "أكاديمية دبلوماسية عربية" في إطار جامعة الدول العربية ، أو "توفير برامج تدريب منهجية ومنتظمة ، بهدف توفير بناء القدرات "برؤية مشتركة" وتحقيق التفاعل بين الدبلوماسيين العرب."

وهناك مبادرة وليدة ، نجحت في وضع آلية مناسبة ، "أسهم معهد الإمارات الدبلوماسي ، في اقتراحها وبلورتها" ، وتقديمها إلى المعاهد الدبلوماسية العربية ، تتمحور حول إنشاء "منتدى للمعاهد الدبلوماسية العربية" وإدارات التدريب بوزارات الخارجية" ، للتشاور وتبادل الخبرات والبرامج ، وبلورة فكر دبلوماسي عربي معاصر ، وتنسيق المواقف في منتديات المعاهد والأكاديميات الدبلوماسية الدولية ، خاصة "المنتدى الدولي لمديري وعمداء المعاهد والأكاديميات الدبلوماسية". وقد أثمرت هذه المبادرة ، عقد أول دورة لهذا المنتدى العربي للمعاهد الدبلوماسية ، برعاية كريمة من وزارة الخارجية المصرية ، ومعهد الدراسات الدبلوماسية المصري ، وذلك في 18 ابريل/نيسان 2004 في القاهرة. وقد حضر هذا الاجتماع رؤساء معاهد وإدارات التدريب الدبلوماسي في كل من مصر ، السعودية ، والأردن والبحرين

<sup>1</sup> - يوسف الحسن ، الدبلوماسية العربية ، مجلة إيلاف الإلكترونية ، لندن ، 2001 الصادرة في: 21 ماي 2001.

المشار إليه في الموقع الإلكتروني:

- See more at: <http://www.elaph.com/NewsPapers/2005/2/43053.htm#sthash.Yzn6QyF5.dpuf>.

والكويت والإمارات وسلطنة عمان وسوريا والجزائر واليمن. ومن المقرر عقد الدورة الثانية للمنتدى في ربيع 2005 في الرياض، واتفق على عقد الاجتماعات بشكل دوري "سنويا".

## 2- دبلوماسية الألفة:

رغم كثرة اللقاءات العربية المشتركة، فإن الخشية إن تنتهي إلى نوع من "وهم الألفة" كما يسميها بعض المثقفين العرب. وتستطيع الدبلوماسية العربية، تصحيح هذه الظاهرة، وتحويلها إلى "حقيقة الألفة"، خاصة ان الكثير من القضايا التي تدرج على جداول أعمال الاجتماعات العربية، لا تناقشها دوائر صناعة القرار العربية، إما بسبب قلة الخبرة، أو الصلاحيات، أو ضيق الوقت. وبالتالي فإن عبء شرح هذه القضايا، وتقديمها إلى كبار المسؤولين العرب، تقع على كاهل الدبلوماسيين.

## 03- الدبلوماسية الوقائية:

إن وجود دبلوماسية وقائية نشطة ومبادرة، عارفة وواعية، يمكنها الحيلولة دون حدوث "إرباك" أو حتى "ضرر" يلحق بالعمل العربي المشترك الفرعي "مجلس التعاون لدول الخليج العربية" أو القومي. خاصة إذا ما تحركت في الوقت المناسب، للوقاية من الأزمات الطارئة، والتوترات المفاجئة، التي تعرقل أو تشوش المناخ التعاوني العربي. إن التحديات غير العادية التي تواجه مجمل الدول العربية، فرادى ومنظومة، تتطلب استجابات شديدة التفاني، وبعيدة المدى.

## 04- دبلوماسية العولمة:

هناك مهارات ومعارف مستجدة، تتطلب من الدبلوماسي العربي اكتسابها، والإلمام بها، من خلال التدريب والتعلم والممارسة، من أبرزها الإلمام بمفردات العولمة والدبلوماسية الاقتصادية، وبقضايا ذات الصلة بالعولمة، وقضايا معاصرة ساخنة كحقوق الإنسان والبيئة وغسل الأموال والجريمة والإرهاب والمخدرات وما يرتبط بهذه القضايا من عناصر التوتر الإقليمي والدولي، فضلا عن قضايا القانون الدولي الإنساني والهجرة، والتدخل الإنساني، وحوار الثقافات والأديان، والمسائل المثارة على أجندات دولية في ظروف وملابسات مختلفة، كمسائل الأقليات في العالم العربي والإصلاح والحريات الدينية وتمكين المرأة وغيرها.

وقد صارت هذه القضايا من الأركان الأساسية للعمل الدبلوماسي، ولا يجوز الاستهانة بها على أساس أنها لا تدخل في الاختصاص المباشر للدبلوماسي.

## دبلوماسية أممية:

إن الوضع الراهن، بقطيبيته الأحادية الأمريكية، وبسيطرة العسكرة على العلاقات الدولية، قد سلب الأمم المتحدة وغيرها من المنابر الدولية والإقليمية (الجامعة العربية) دورها في تنظيم العلاقات الإقليمية والدولية، وفي هذا الإطار



يبرز السؤال حول دور الدبلوماسية العربية في توازن واستقرار النظام الدولي، وعقلنة ودمقرطة العلاقات الدولية، كما يتطلب التفكير في ما يتوجب على الدبلوماسية العربية ان تعيه وان تعمله، في مواجهة هذه المخاطر:

أ توجهات إستراتيجية دولية، لتفكيك المنطقة العربية إلى طوائف ومذاهب واثنيات وقوميات فرعية، وترسيخ هذا التفكك في نظم دستورية وقانونية وسياسية على الطراز الطائفي اللبناني، بمعنى آخر تركيب دويلات طائفية وعشائرية واثنية، تتناحر وتتقاتل.

ب مخاطر إعادة رسم خريطة الوطن العربي، من خلال آليات القوة العسكرية او من خلال الديناميكية السياسية الأجنبية بأفكار التغيير الشامل للوطن العربي من داخله.

ت مخاطر تقليص وجود دور جامعة الدول العربية وتحييد تأثيراتها، لكي لا تشكل قيادا على توجهات التفكيك والتركيب وإعادة رسم الخريطة القومية.

ث مخاطر انفرط التنسيق بين الدبلوماسيات العربية، سواء في مسائل رئيسية على الساحة الدولية، خاصة المسائل المطروحة في اجتماعات الأمم المتحدة ومنظماتها المتخصصة ووكالاتها كقضايا الفقر والأمن والسلام والاستقرار وتقسيم القوة في العالم، او في مسائل ذات صلة بإعادة بناء الأمم المتحدة، وزيادة مشاركة الدول العربية في عملية صنع القرار على المستوى الدولي. إضافة إلى قضايا ومبادرات عربية (بخاصة أوروبية) ذات صلة بالحوار والإصلاحات في المنطقة العربية والشراكة والتحالفات الإستراتيجية مع دولها.

وأخيرا.. هناك حاجة ماسة لتخليص النظام العربي من ازدواجية التعامل مع قضية "السيادة" النظام العربي يقبل ويخضع لما تقرره المنظمات الدولية والدبلوماسية الدولية بشأن قضايا سياسية وقانونية واقتصادية، لكنه لا يقبل ان تتعامل الدبلوماسية العربية مع هذه القضايا او تناقشها عربيا، مثل قضايا حقوق الإنسان والوصفات الاقتصادية والعمالة العربية وغيرها.

إن بلورة موقف دبلوماسي عربي بشأنها، سيعزز أولا العمل العربي المشترك، ويقوي الموقف العربي معنويا في البيئة الدولية والمؤسسات الدولية.

## الخاتمة:

وفي الأخير وعلى ضوء ما سبق ذكره، إن صناعة دبلوماسية عربية موحدة، لن يتأتى له الوصول في ظل ما يشوب جامعة الدول العربية من مساوئ وعيوب كثيرة حالت دون تحقيق هذه الجامعة لأهدافها وللمبادئ التي جاءت لتكريسها حتى يتم الوصول إلى الوحدة العربية والتكامل في جميع الميادين، ولن يتم ذلك إلا عبر قنوات العمل العربي المشترك، الذي بات يهدد العالم الغربي والكيان الصهيوني، لأن تحقق ذلك سوف يؤثر على المصالح الحيوية لهما، لذلك مطلوب للحذر من العالم الغربي بناء دبلوماسية عربية مشتركة وموحدة تكون قادرة على مواجهة



التحديات المستقبلية للمصالح القومية العربية، ومن جهة أخرى لها القدرة التفاوضية مع هذا العالم الخطير، وقصد الوصول إلى ذلك ارتأينا تقديم بعض المقترحات والتوصيات التالية:

إن الجامعة كمنظمة إقليمية وقومية، تحتاج إلى تطوير كبير يتناول المفاهيم والهيكلية

و الأجهزة و الميثاق و أساليب العمل. و الجميع ينتظرون من مؤسسة القمة العربية المستقبلية الاضطلاع لهذه المهمة الملحة و الشاقة، و يتمنون أن يتم ذلك على الصعيد التالي:

01- إيجاد مؤسسات جديدة قادرة على تعزيز نشاط الجامعة، سواء أنصّ الميثاق عليها أم لا، مثل محكمة العدل العربية، والآلية الكفيلة بالوقاية من المنازعات بين الدول العربية وإدارتها و تسويتها سلمياً. لتجسيد العمل الدبلوماسي العربي الموحد والمشارك.

02- تعديل ميثاق الجامعة: الذي لا يزال إلى غاية اليوم يثير اهتمام قادة الدول العربية نتيجة وجود توجه مؤداه أن تعديل ميثاق جامعة الدول العربية من شأنه أن يساعد على تدعيمها، وعلى تجديد أجهزتها ويساهم في تخليصها من الشلل الذي أعاقها عن أداء مهامها.

03- ضرورة تغيير قاعدة التصويت في إطار الجامعة و التخلي عن مبدأ الإجماع في اتخاذ القرارات.

04- ضرورة تطوير التنظيم الإداري و الهيكلي للجامعة.

05- ضرورة تطوير شبكة العمل العربي المشترك.

06- ضرورة تعزيز دور ممثلي المجتمع المدني في الأمانة العامة.

07- وجوب توافر الإرادة السياسية.

08- إيجاد حل للعجز المالي الذي تعاني منه الجامعة باستمرار.

09- إحداث تغيير جذري في الكادرات الوظيفية في دوائر الجامعة.

10- إدخال مبدأ الإلزام و الالتزام في تنفيذ القرارات و الاتفاقيات في نطاق الجامعة.

11- إيجاد آلية عربية لفض المنازعات بين الدول العربية بالطرق السلمية.

12- تعهد كل دولة عربية باعتماد خطط وطنية.

13-- إصلاح ومعالجة عدم التزام الدول العربية بتنفيذ تعهداتها إزاء العمل العربي المشترك بسبب غياب آلية داخل جامعة الدول العربية تمكنها من إلزام أعضائها بتنفيذ ما يتفقون عليه، وذلك باستحداث آلية تشرف على تنفيذ القرارات.

14-- ضرورة التنسيق بين دبلوماسية كل دولة من الدول العربية مع جامعة الدول العربية، وذلك في إطار توحيد الرؤى حول القضايا التي من الممكن أن تكون لها علاقة مع مستقبل ومصير الشعوب العربية خصوصاً عندما يتعلق الأمر بالأمن القومي ومختلف المصالح القومية ذات الاهتمام المشترك بين الدول العربية.

15-- في مجال التنسيق بين الدبلوماسية الدول العربية على حدى، ينصح بإنشاء معهد عربي للدبلوماسية ويكون تحت إشراف جامعة الدول العربية ويكون في مقرها وليس في مقر أحد الدول العربية.

16- على جامعة الدول العربية أن تسعى بالتراضي وبالتوافق لوضع أسس ومعايير موحدة للسياسات الخارجية للدول العربية تسهل مهمة توحيد العمل الدبلوماسي العربي المشترك على أن لا تخرج عن نطاق الاتفاقيات الدولية المنظمة للعمل الدبلوماسي والقنصلي تبعا لامتداد المنظمات الإقليمية للمنظمات الدولية .

17-الاتفاق على آلية فعالة وملزمة لتسوية النزاعات بين الدول الأعضاء بما في ذلك ضرورة وتطوير مجلس السلم والأمن العربي ، وعدم تجاهله وإعطائه صلاحيات واسعة على اعتبار أن هذا المجلس يعد أحد أهم الآليات المهمة للجامعة العربية ، والذي يمكن أن يلعب دورا مهما في حل الخلافات العربية وتسويتها بالإضافة إلى تفعيل محكمة عدل عربية، حتى لا نفتح المجال للأطراف الخارجية الأجنبية للتدخل في الشؤون العربية للمصالح القومية ، لأن ذلك سيؤدي إلى تعميق الخلافات بين الدول العربية بدل تسويتها.

18-على جامعة الدول العربية أن تتحمل على عاتقها مسئولية الاهتمام بتدريب أفرادها ، وتنمية مهارتهم في الدبلوماسية الإقليمية والمتعددة الأطراف وتوسيع معارفهم وتعميق وعيهم والتزامهم بقضايا ومؤسسات العمل العربي المشترك .

19-العمل على زيادة تكوين عدد المتخصصين في الشؤون العربية بخاصة في عدد البعثات الدبلوماسية العربية، رغم تزايد الأعباء الملقاة على عاتق السفارات ، وتعدد الحقوق المسئولة عنها واتساع المجالات الجديدة، والتي تدخل في نطاق العمل الدبلوماسي المعاصر.

20-العمل على ضرورة تدريب الدبلوماسيين العرب على استيعاب القواعد والأساليب العصرية في التنظيم الإقليمي العربي ، وفي مؤسسات العمل المشترك.

ورغم ترهل الجامعة أو ضعفها أو تقصيرها فإنها لا تزال عند المتفائلين محط آمال متبقية لأمة تبحث عن آمال، و أنها استطاعت، رغم الأعاصير، أن تحافظ على وجودها. ولكن هناك من يرى أن استمرارها في النهج الذي اتبعته حتى الآن سيؤدي إلى إعلان فشلها وإغلاق أبوابها. ولعل قيام بعض التجمعات الإقليمية العربية، على هامشها ينطوي على ضعف الثقة بها.

#### قائمة المراجع :

الكتب:

- حسن أبو طالب، نظم التعاون الفرعية بين الدول العربية وإحياء النظام العربي، 1997.
- أسامة المجدوب ، العولمة والإقليمية (مستقبل العالم العربي في التجارة الدولية ) ، الطبعة الثانية ، الدار المصرية اللبنانية ، بيروت ، لبنان ، 2001.
- أحمد البرقاوي وآخرون ، الأمن القومي في عالم متغير بعد أحداث 11 سبتمبر ، مكتبة مدبولي ، القاهرة ، مصر ، 2003 .
- عتلم (محمد حازم). المنظمات الدولية الإقليمية. دار النهضة العربية. مصر، طبعة 3. 2006.
- ليلى بن حمودة محاضرات في المؤسسات والعلاقات الدولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008.



- نجيب بن عمر عوينات، إصلاح جامعة الدول العربية، جامعة المجمعة، المملكة العربية السعودية، بدون سنة الطبع .
- محمد الجذوب، التنظيم الدولي، النظرية والمنظمات العالمية والإقليمية المتخصصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، الطبعة 08 ، 2006.
- مجموعة من الباحثين، الحركات الاحتجاجية في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 2011.
- أحمد داود أوغلو، العمق الاستراتيجي موقع تركيا ودورها في الساحة الدولية، مركز الجزيرة للدراسات، الطبعة الأولى، 2013.
- عبد الله عيسى عبده عيسى الشريف، دور جامعة الدول العربية في الثورات العربية، دراسة حالي، سوريا وليبيا، الطبعة الأولى، 2013.
- 02-الرسائل الجامعية:**
- عبد الرحمن حسيبة ، تحديات الأمن القومي العربي ، مذكرة دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في الإستراتيجية PGS ، قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية ، كلية العلوم السياسية والإعلام ، جامعة الجزائر، 2008.
- الدين فاطمة الزهراء، جامعة الدول العربية وموقفها من الربيع العربي، مذكرة ماستر، تخصص تنظيم سياسي وإداري، قسم العلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012-2013.
- 02-المقالات والأبحاث:**
- محمد وفاء حجازي، الجامعة العربية بين الإبقاء والإلغاء، دراسة قدمت لندوة (الوحدة العربية في ضوء مشروع الاتحاد العربي، التي أقامها ملتقى الحوار الثوري الديمقراطي، القاهرة، المنعقد في 14-17 مارس 1998.
- يوسف الحسن، الدبلوماسية العربية، مجلة إيلاف الإلكترونية، لندن، 2001 الصادرة في: 21 ماي 2001.
- حسان حمدان العلكيم ، التحديات التي تواجه الوطن العربي في القرن الواحد والعشرين ، المجلة العربية للعلوم السياسية العدد 19 ، مركز دراسات الوحدة العربية ، لبنان ، 2008.
- عبد العزيز خنفوسي، وعبد المومن بن صغير، الوضع القانوني للحصار المفروض على غزة في إطار أحكام القانون الدولي المعاصر، ورقة بحثية شارك بها ضمن فعاليات الملتقى الوطني الثالث حول: القانون الدولي الإنساني والحصار على غزة، يومي 22-28 نوفمبر، 2011، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة حسيبة بن بوعلي.
- ياسر قطيشات، التحديات التي تواجه بناء دبلوماسية عربية موحدة الحوار المتمدن، مجلة السياسة والعلاقات الدولية، العدد 3297، المؤرخ في 06-03-2011.
- عبد الكريم سليمان وادي، الربيع العربي وانعكاساته على الدبلوماسية العربية، الأسباب والمبررات جريدة، مجلة أمد، للإعلام السنة الثامنة ، 2014 ، المؤرخة في : 04-12-2014.

## "الصيرفة الإسلامية في الجزائر" واقع وتحديات" Islamic banking in Algeria" Reality and Challenges".

عبدلي هالة



جامعة عباس لغرور خنشلة

[Abdelli.hala@hotmail.com](mailto:Abdelli.hala@hotmail.com)

عبدلي وفاء



جامعة عباس لغرور خنشلة

[Abdelli.wafa@hotmail.com](mailto:Abdelli.wafa@hotmail.com)

عبدلي حبيبة\*



جامعة عباس لغرور خنشلة

[Abdelli-habiba@hotmail.fr](mailto:Abdelli-habiba@hotmail.fr)

تاريخ القبول: 2020-06-14

تاريخ المراجعة: 2020-05-28

تاريخ الإيداع: 2020-02-03

### الملخص:

في ظل النمو الملحوظ للتمويل الإسلامي في العالم كافة، اخذ ظهور المؤسسات المالية التي تعمل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية عدة أشكال مختلفة للتحويل إلى المصرفية الإسلامية، والجزائر على غرار هذه الدول تشهد تجارب في مجال العمل المصرفي الإسلامي كبنك البركة الإسلامي وبنك السلام، غير ان هذه الصيرفة تواجهها العديد من العوائق والتحديات التي تحد من تطورها في الجزائر، مما يستدعي منا تبيان المتطلبات الواجب توافرها في البيئة الجزائرية بما يفعل الصيرفة الإسلامية، ويعزز من دورها في تمويل الاستثمار الإسلامي في ظل القيود التي تعترض تنمية وتطور هذه الصناعة.

الكلمات المفتاحية: الصيرفة الإسلامية؛ المصارف الإسلامية في الجزائر؛ صيغ التمويل الإسلامي .

### Abstract:

In light of the remarkable growth of Islamic finance in all the world, the emergence of financial institutions operating in accordance with islamic law has taken several different forms of conversion to Islamic banking, and Algeria, like these countries, is experiencing experiments in the field of Islamic banking such as Al Baraka Islamic Bank and Bank of Al Baraka Islamic Bank. Peace, however, this banking faces many obstacles and challenges that limit its development in Algeria, which calls for us to clarify the requirements that must be met in the Algerian environment, as islamic banking does, and enhances its role in financing Islamic investment under the constraints of development and development this industry

**Keywords :** Islamic banking; Islamic banks in Algeria; Islamic finance formulas .

\* المؤلف المراسل: عبدلي حبيبة.

## مقدمة :

تمثل عملية التمويل الشريان الحيوي و القلب النابض للحياة الاقتصادية ،كون القطاع الاقتصادي يحتاج للأموال اللازمة للقيام بعملية الاستثمار وتحقيق التنمية.ومن هنا ظهرت المصارف و الأسواق المالية كموول لأي نشاط.

وتبعاً لذلك احتل القطاع المصرفي مركزاً حيوياً في النظم الاقتصادية و المالية ،من خلال استقبال الأموال و حفظها و تنميتها و استثمارها و تمويل من يحتاج إليها و تعتبر البنوك التقليدية رائدة في المجال المصرفي نظراً لخبرتها و تجربتها الطويلة،و التي تقوم أعمالها على أساس التعامل بالربا المحرم شرعاً.

وظهرت المصارف الإسلامية كبديل عادل و ضرورة ملحة للاستجابة لرغبة العملاء الذين يرفضون التعامل بالربا الذي تقوم على أساسه أعمال المصارف التقليدية .

حيث لا تعد هذه الأخيرة وظيفة اقتصادية بحتة بل تسعى لتحقيق و تعميم مقومات اجتماعية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالإنسان ، وفي هذا السياق نطرح الإشكال التالي :

- ما هو واقع الصرفة الإسلامية في النظام المصرفي الجزائري بين حتمية التوجه و معوقات تكريسه؟ .

و للإمام بالموضوع أكثر و لتبسيط الإشكالية المطروحة نطرح الأسئلة الفرعية التالية :

- ما هو مفهوم الصرفة الإسلامية و صيغ تمويلها في النظام المصرفي الجزائري ؟ .
- ما هو واقع الصرفة الإسلامية و متطلبات تفعيلها في المنظومة المصرفية الجزائرية؟ .

أهداف البحث :يسعى البحث إلى توضيح أهمية المصارف الإسلامية واهم صيغ تمويلها المعتمدة في القانون الجزائري ،مع الوقوف على ابرز المعوقات التي تعترض نمو و تطور الصرفة الإسلامية في الجزائر .

منهجية البحث : تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي الذي يعتمد على تحليل و توضيح مختلف المفاهيم و التعاريف المقدمة في البحث، إضافة إلى تحليل للنصوص القانونية التي لها علاقة بموضوع البحث .

خطة الدراسة : في هذا الإطار سنقوم بمعالجة هذا البحث من خلال ما يلي :

الفصل الأول:الإطار المعرفي للصرفة الإسلامية .

الفصل الثاني:واقع الصرفة الإسلامية في الجزائر.

الفصل الثالث: عوائق تفعيل الصرفة الإسلامية في الجزائر .

## الفصل الأول : الإطار المعرفي للمصيرفة الإسلامية:

لقد خطلت المصارف الإسلامية خطوة كبيرة في مجال العمل المصرفي حيث يظهر ذلك جليا من خلال الانتشار الواسع لها في مختلف الدول على غرار الجزائر، حيث أصبحت منافسا للبنوك التقليدية وغم اختلافا في طبيعة العمل والأهداف التي ترمي تحقيقها، وللتعرف على هذا النوع من المؤسسات الإسلامية علو نحو من التفصيل يتم التطرق إلى :

### المبحث الأول: مفهوم المصارف الإسلامية :

تعتبر المصيرفة الإسلامية من النظام أو النشاط المصرفي الذي يعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية في إطار النظام الاقتصادي الإسلامي، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال التطرق إلى كل من تعريفها، وخصائصها، والأهداف الرامية إليها .

### أولا: تعريف المصارف الإسلامية:

لقد تعددت التعاريف الخاصة بالمصارف الإسلامية ومن أهمها:

- يعرف المصرف الإسلامي بأنه: " ذلك البنك أو المؤسسة التي ينص قانون إنشائها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية ،وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذا و عطاء"<sup>1</sup>.
- وكذلك يعرف بأنه: " واسطة مالية تقوم بتجميع المدخرات و تحريكها، نظير حصة من الربح في قنوات المشاركة للاستثمار بأسلوب محرر من سعر الفائدة عن طريق أساليب المضاربة و المشاركة المتاجرة الاستثمار المباشر، وتقديم كافة الخدمات المصرفية في إطار من الصبغ الشرعية نظير اجر بما يضمن القسط و التنمية و الاستقرار"<sup>2</sup>.
- كما عرف بأنه: " منظمة مالية و مصرفية اقتصادية و اجتماعية ،تسعى إلى جذب الموارد من الأفراد و المؤسسات ،وتعمل عللا استخدامها الاستخدام الأفضل مع أداء الخدمات المصرفية المتعددة، وتعمل على تحقيق العائد المناسب لأصحاب رأس المال ،كما تسهم في تحقيق التكافل الاجتماعي في المجتمع، و تلتزم بمبادئ و مقتضيات الشريعة الإسلامية ،و ذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للأفراد و المؤسسات مع مراعاة ظروف المجتمع "<sup>3</sup>.
- من خلال التعريفات السابقة يتضح أن المصارف الإسلامية هي عبارة عن مؤسسات مالية تعمل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية و هدفها الرئيسي تحقيق التنمية الاقتصادية و التكافل الاجتماعي في المجتمع .

(1) - عادل عبد الفضيل، الربح والخسارة في معاملات المصارف الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 397.

(2) - يوسف كمال محمد، فقه الاقتصاد النقدي، دار القلم، القاهرة، مصر، الطبعة 04 ، 2002 ، ص 160.

(3) - عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الإستراتيجية في البنوك الإسلامية، (البنك الإسلامي للتنمية)، جدة، المغرب، الطبعة 01 ، 2004 ، ص 86.

## ثانيا: خصائص المصارف الإسلامية:

لها جملة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من المصارف التقليدية وسنتناولها تباعا:

### 1- عدم التعامل بالفوائد الربوية:

إن أهم ما يميز المصرف الإسلامي عن التقليدي استبعاده التعامل بالفائدة، لاعتبار هذه الأخيرة من قبيل الربا الذي اجمع الفقهاء على تحريمه مراعاة منها لأحكام الشريعة الإسلامية ، وذلك بغرض تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع.  
وبدون هذه الميزة يصبح هذا المصرف كأى مصرف ربوي آخر.<sup>1</sup>

### 2- الاستثمار في المشاريع الشرعية:

تسعى المصارف الإسلامية للاستثمار في المشاريع الحلال التي تحقق النفع للمجتمع ، وذلك من خلال اعتمادها لصيغ المشاركة العادلة، التي تقوم على التعاون بين صاحب المال و طالب التمويل في حالة الربح أو الخسارة، مما يجعل نشاطه مميّزا عن النظام التقليدي الربوي الذي يسعى إلى تحقيق أعلى سعر فائدة ممكن دون الاهتمام بطبيعة المشاريع أن كانت نافعة أو ضارة للإنسان .  
فلا يجوز شرعا تقديم أي تمويل لمشروع ينتج سلعا أو خدمات محرمة ، بمعنى انه لا يجوز القرض لمعصية، أو مصنع للخمر أو أي أنشطة يحرمها الإسلام وتسبب ضرر للمجتمع.  
فهو تمويل بضوابط دينية شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

### 3- ربط التنمية الاقتصادية بالتنمية الاجتماعية:

يعتبر تحقيق التنمية الاقتصادية مطلبا توليه المصارف الإسلامية اهتماما بالغا، وتسعى إلى تحقيق ذلك من خلال إقامة مشاريع استثمارية حقيقية ، تتوافق مع الضوابط الشرعية وتساهم في تحريك عجلة النشاط الاقتصادي مراعية في ذلك البعد الاجتماعي من خلال تلبية حاجات فعلية للمجتمع.  
فتكون بذلك قد حققت العائد المادي والاجتماعي على حد سواء.<sup>2</sup>

### 4- الطابع العقائدي:

إن المصارف الإسلامية تقوم على إتباع أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي جميع أعمالها تكون محكومة بما أحله الله، وهذا يدفعنا إلى استثمار و تمويل المشاريع التي تحقق الخير للبلاد و العباد و التقيد في ذلك بقاعدة الحلال و الحرام .  
و يترتب على هذه الخاصية أن تتحرى المصارف الإسلامية التوجهات الدينية في جميع أعمالها و تركيزه في دائرة إنتاج السلع و الخدمات التي تشبع الحاجات السوية للإنسان المسلم.<sup>3</sup>

(1) - محمد الطاهر قادري، المصارف الإسلامية بين الواقع و المأمول ، مكتبة حسين للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان ، 2014 ، ص 29.

(2) - محمود حسن صوان، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن ، 2001 ، ص 92.

(3) - حربي محمد العريقات، سعيد جمعة عقل، إدارة المصارف الإسلامية، الطبعة 01 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010 ، ص 95.

### ثالثا: أهداف المصارف الإسلامية:

للمصرف الإسلامي دور رئيسي في التنمية الاقتصادية بما يخدم الصالح العام للمجتمع يسير وفق منظور إسلامي.

ومن بين الأهداف التي تسعى المصارف الإسلامية إلى تحقيقها ما يلي:

#### 1- إحياء المنهج الإسلامي في المعاملات المالية والمصرفية :

حيث تهدف المصارف الإسلامية إلى تحقيق منهج الله على أرضه فيما يختص بالمعاملات المالية والمصرفية و ذلك من خلال:

- الالتزام بالقواعد والمبادئ الإسلامية في المعاملات المالية والمصرفية .

- الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في المعاملات المصرفية والمالية من خلال التزامها هي أولا ثم النصح والإرشاد لأفراد المجتمع بإتباع السلوك الإنساني في استثمار وتوظيف أموالهم.<sup>1</sup>

- تنمية القيم العقائدية والأخلاقية في المعاملات وتثبيتها لدى العاملين والمتعاملين معها.

#### 2- تحقيق آمال وطموحات أصحاب البنك والعاملين به :

إن المساهمون في المصرف الإسلامي يقومون باستثمار أموالهم بالأسلوب الشرعي، إضافة إلى ان العاملين فيه يقومون بأعمال يحرصون فيها على مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية.

ويمكن للمصارف الإسلامية أن تحقق هذا إذا تمكنت من الوصول إلى:

- تقديم الخدمات المصرفية بجودة عالية للعملاء، وقدرته على جذب العديد منهم بتقديم الخدمات المصرفية المتميزة لهم في إطار أحكام الشريعة الإسلامية.

- تنمية الموارد البشرية، حيث تعد هذه الأخيرة العنصر الرئيسي لعملية تحقيق الأرباح في المصارف بصفة عامة، حيث أن الأموال لا تدر عائدا بنفسها دون استثمار.

و حتى يحقق المصرف الإسلامي ذلك لا بد من توافر العنصر البشري القادر على استثمار هذه الأموال، ولا بد كذلك أن تتوفر لديه الكفاءة والخبرة المصرفية، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال العمل تنمية مهارات العنصر البشري عن طريق التدريب للوصول إلى أفضل مستوى أداء عمل للمصارف الإسلامية.

- موقف معزز في السوق المصرفية، و تكوين سمعة طيبة عن المصرف و تحقيق الانتشار الجغرافي لوحده و العمل على زيادة عدد المتعاملين معه.<sup>2</sup>

#### 3- تحقيق التنمية الاقتصادية: تساهم المصارف الإسلامية في تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال:

(1) - عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الإستراتيجية في البنوك الإسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، الطبعة 01، 2004، ص 89.

(2) - عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، مرجع سابق، ص 90.

- تحريك الطاقات الكامنة في المجتمع للوصول إلى أقصى إنتاجية ممكنة ،بما يكفل التغيير المنشود في الشرع ، ولا شك أن تحريك الطاقات الكامنة في المجتمع أيا كان نوع هذه الطاقات (بشرية،مادية،....) فانه نوع من التغيير في المجتمع الذي ينشده المصرف الإسلامي كهدف من أهداف المشروع الإسلامي .
- تشجيع الاستثمارات و محاربة الاكتناز من خلال إيجاد فرص و صيغ عديدة للاستثمار تتناسب مع الأفراد والشركات ،<sup>1</sup> أي إيجاد البدائل لأولئك الذين يرفضون التعامل بالربا.
- العمل من اجل إبقاء رؤوس الأموال داخل الوطن،و بالتالي ازدياد الاعتماد على الموارد والإمكانيات الذاتية الأساسية التي توظف داخل البلدان الإسلامية.
- إلغاء الفوائد الربوية ،و تخفيض تكاليف المشاريع مما يؤدي إلى تشجيع الاستثمار و بالتالي خلق فرص عمل جديدة ، و انخفاض معدل البطالة، و زيادة الدخل الوطني.

#### 4- تحقيق التكافل الاجتماعي: تهتم المصارف الإسلامية بتحقيق التكافل الاجتماعي من خلال:

- يحقق المصرف الإسلامي التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع بمختلف السبل ،و خاصة من خلال صناديق الزكاة التي تمول عن طريق الموارد المتعددة و التي يتمثل أهمها في الزكاة المفروضة شرعا عللا رأس مال البنك و أرباحه، إضافة إلى زكوات أصحاب حسابات الاستثمار الذين يفوضون المصرف في إخراجها من أرصدهم نيابة عنهم، هذا إلى جانب الصدقات و التبرعات و الهبات التي يتلقاها من الأفراد و المنظمات.<sup>2</sup>
- توجه المصارف الإسلامية هذه الموارد الى قنواتها الشرعية في صورة نقدية أو عينية لمختلف الجهات و الأفراد المستحقين كالفقراء و المساكين و المساجد و الجمعيات الخيرية ....الخ
- فضلا عن اهتمام إدارة المصارف الإسلامية بالقروض الحسنة الإنتاجية و الاجتماعية،العينية و النقدية ،و المساهمة في المشروعات الاجتماعية التي لا تهدف إلى الربح.
- إن هذه الأنشطة الاجتماعية التي ينفرد بها المصرف الإسلامي بأدائها تساعد على تحقيق التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع و تدعيم البنية الاجتماعية المحيطة به.

#### المبحث الثاني:صيغ التمويل في المصارف الإسلامية في الجزائر:

تنص المادة 2 من النظام رقم 02/18 و المتضمن لقواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف و المؤسسات المالية على:

( في مفهوم هذا النظام ،تعد عمليات مصرفية متعلقة بالصيرفة التشاركية ،كل العمليات التي تقوم بها المصارف و المؤسسات المالية التي تندرج ضمن فئات العمليات المذكورة في المواد 66 إلى 69 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في

(<sup>1</sup>) - مصطفى إبراهيم محمد مصطفى، تقييم ظاهرة تحول البنوك التقليدية للمصرفية الإسلامية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة مصر الدولية ، مصر ، 2006 ، 2008، ص22.

(<sup>2</sup>) - عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، مرجع سابق ، ص 93.

27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 و المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم ، و المتمثلة في عمليات تلقي الأموال و عمليات توظيف الأموال و عمليات التمويل و الاستثمار التي لا يترتب عنها تحصيل أو تسديد الفوائد ، و تخص هذه العمليات على الخصوص فئات المنتجات الآتية:

- المرابحة،

- المشاركة،

- المضاربة،

- الإجارة،

- الاستصناع،

- السلم،

- وكذا الودائع في حسابات الاستثمار.

- تخضع منتجات الصيرفة التشاركية – هذه لأحكام المادة 3 من النظام رقم 01-13 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 8 ابريل سنة 2013 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية<sup>1</sup> ، و سنتعرض لها تباعا :

#### أولا: صيغ التمويل القائمة على المشاركة في عائد الاستثمار:

و يتم فيها استبدال علاقة الدائن بالمدين بعلاقة أخرى تعتمد على الاشتراك في تحمل المخاطر من ربح أو خسارة ، مع اقتسام العوائد وفيما يلي نورد أهم هذه الصيغ :

#### 1- التمويل بالمضاربة: وهي عقد على شركة بمال من احد الجانبين وعمل من الأخر.<sup>2</sup>

فالمضاربة إذن هي صيغة من عقود الاستثمار يتم بموجبها المزج و التأليف بين عنصري الإنتاج رأس المال و العمل لإقامة مشروعات اقتصادية يمولها صاحب رأس المال و يديرها المضارب ، على أن يتفقا على نسبة توزيع الأرباح بينهما، أما الخسارة فيتحملها الممول إذا اثبت عدم تقصير المضارب و عدم إخلاله بشروط عقد المضاربة.<sup>3</sup>

(1) – المادة 2 من نظام رقم 02-18 مؤرخ في 26 صفر عام 1440 الموافق 4 نوفمبر سنة 2018، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف و المؤسسات المالية الجريدة الرسمية ، العدد 73 ، الصادرة في اول ربيع الثاني عام 1440 هـ ، الموافق 9 ديسمبر سنة 2018 ، ص 20.

(2) – أبو عتروس عبد الحق ، الوجيز في البنوك التجارية ، عمليات تقنيات و تطبيقات ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، الجزائر ، 2000 ، ص 204.

(3) – جمال لعمارة، اقتصاد المشاركة ، نظام اقتصاد بديل لاقتصاد السوق ، نحو طريق ثالث ، مركز الإعلام العربي ، مصر ، 2000 ، ص 69.



من خلال ما سبق نستنتج أن المضاربة هي تعاون بين المال والعمل من أجل تحقيق الربح، أما الخسارة وان كانت فهي على أساس رأس المال فقط أما المضارب بعمله فيكفيه خسارة جهده، إلا إذا ثبت في حقه التقصير فإنه يضمن رأس المال.

## 2- التمويل بالمشاركة :

هي عقد بين شخصين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال والربح أو استقرار شيء له قيمة مالية بين مالكين فأكثر لكل واحد أن يتصرف تصرف المالك<sup>1</sup>.  
فالمشاركة هي اشتراك طرفين أو أكثر في المال أو العمل على أن يتم الاتفاق على كيفية الربح، أما الخسارة فيجب أن تكون حسب نسبة المشاركة في رأس المال، و يطبق المصرف الإسلامي هذه الصيغة بالدخول بأمواله شريكا مع طرف أو مجموعة أطراف في تمويل المشاريع، مع اشتراكه في إدارتها ومتابعتها<sup>2</sup>.  
من خلال هذا نستنتج أن المشاركة عبارة عن صيغة استثمارية و تمويلية متوافقة مع الشريعة، يمكن أن تشترك فيها عدة أطراف مع المصرف، بهدف تحقيق أرباح من قبل الأفراد، بينما يبحث المصرف في المشاركة عن تمويل و العكس صحيح.

## ثانيا- صيغ التمويل القائمة على المديونية:

يطغى الجانب التمويلي على البعد التجاري المتعلق بالبيع، فالعلاقة بين المصرف و عميله يغلب عليها صفة الدائن و المدين و هذا النوع يفضله الكثير من المتعاملين، ومن أهم هذه الصيغ ما يلي:

### 1- التمويل بالمراوحة:

وهي تقديم طلب للمصرف بان يقوم بشراء سلعة معينة و بيعها للعميل مقابل ربح محدد، و تأتي هذه الصيغة التمويلية لتلبية احتياجات العملاء من السلع<sup>3</sup>.  
و يعتبر الباحث سامي حمود أول من طور هذه الصيغة بعد أن أخذها عن كتاب للإمام الشافعي، و ادخلها إلى النظام المصرفي الإسلامي، وهي أن يقوم المصرف الإسلامي بشراء بضاعة أو تجهيزات للعميل بطلب منه، ثم يعيد بيعها له مع هامش ربح معين و متفق عليه<sup>4</sup>.

### 2- التمويل بالتأجير:

و معناه بيع حق الانتفاع مع الاحتفاظ بحق التملك، يتضمن عملية تمويل رأسمالية لا تهدف للتملك، حيث انه في المصارف الإسلامية يقوم هذا التمويل على أساس طلب عميل المصرف الحصول على أصل من

(1) - محمد شيخون، المصارف الإسلامية، دراسة في تقويم المشروعات الدينية و الدور الاقتصادي و السياسي، دار وائل للطباعة و النشر، عمان، الأردن، 2002، ص 120.

(2) - سليمان ناصر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية في ظل المتغيرات الدولية الحديثة، مكتبة الريام، الجزائر، 2006، ص 175.

(3) - شلهوب على محمد، شؤون النقود و أعمال البنوك، شعاع للنشر و العلوم، حلب، سوريا، ط1، 2007، ص 427.

(4) - نسبي جبهيدة، دور الهندسة المالية في تطوير الصيرفة الإسلامية، مجلة الاقتصاد الجديدة، المجلد 01، العدد 12، 2015، ص 346.

الأصول الثابتة للانتفاع بها كالعقارات أو المعدات و الأدوات التي لا يستطيع العميل شراؤها، او لا يريد لأسباب معينة، ويكون ذلك بطريقة أقساط محددة تدفع للمؤجر مع فرصة تملك الأصل في نهاية المدة و لكن بعقد مستقل.

يمكن للمصرف أن يستخدم هذه الصيغة في صورة الإجارة التشغيلية ، وذلك عندما يود الاحتفاظ بملكية العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة، أي عندما يتجه القصد إلى نقل ملكية العين المؤجرة إلى العميل المستأجر بعد انتهاء عقد الإيجار أو أثناء سريانه.<sup>1</sup>

### 3- التمويل بالاستصناع و السلم:

يقصد بالاستصناع عقد من عقود الاستثمار و صيغة من صيغ التمويل يقوم بموجبه الصانع بصنع شئ محدد الجنس و الصفات للطرف الآخر المستصنع، على أن تكون المواد اللازمة للصنع (المواد الخام) من عند الصانع ، وذلك مقابل ثمن معين يدفعه المستصنع للصانع، إما حالا أو مؤجلا.<sup>2</sup>

- السلم: يقصد ببيع السلم كل عقد يتم بموجبه دفع الثمن نقدا من قبل المشتري (المصرف) إلى البائع الذي يلتزم بتسليمه سلعة معينة محددة في اجل معلوم، فهو يبيع اجل بعاجل، فالأجل هو السلعة المباعة التي يتعهد البائع بتسليمها بعد اجل محدد، و العاجل هو الثمن الذي يدفعه المشتري.<sup>3</sup>

## الفصل الثاني : واقع الصرفية الإسلامية في الجزائر .

لقد تبنت العديد من الدول الإسلامية و العربية إصدار تشريعات و قوانين تنظم أعمال المصارف الإسلامية ، و لقد كان لهذه الخطوة الأثر الكبير و الواضح في ترسيخ دعائم العمل المصرفي الإسلامي، و الجزائر على غرار العديد من الدول الإسلامية و العربية فتحت المجال أمام البنوك الإسلامية لمزاولة نشاطها ، و ستحاول من خلال هذا الفصل تشخيص واقع هذه الصرفية .

### المبحث الأول : نبذة عن إنشاء الجزائر للمصارف الإسلامية :

قامت الجزائر بفتح المجال للصرفية الإسلامية لتكون من نظامها المصرفي منذ أن سنت قانون النقد و القرض 10/90 الذي فتح المجال للقطاع الخاص و الأجنبي لإنشاء البنوك و منها البنوك الإسلامية في الجزائر<sup>4</sup> ، أين اعتبرت الجزائر من الدول السباقة لاعتماد هكذا نوع من المؤسسات مقارنة بدول الجوار.

(1) - عبد الستار أبو غدة، المصرفية الإسلامية، خصائصها و آليات تطويرها، بحث مقدم إلى المؤتمر الأول للمصارف و المؤسسات المالية الإسلامية، منعقد بدمشق، سوريا، 13-14 مارس، 2006.

(2) - سمحان حسين محمد، أسس العمليات المصرفية الإسلامية الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 274.

(3) - الغزالي عبد الحميد ، أساسيات الاقتصاديات النقدية و وضعها و إسلاميا مع الإشارة إلى الأزمة المالية العالمية، ط2، القاهرة ، دار النشر للجامعات، 2009، ص 403.

(4) ناصر سليمان ، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية في ظل المتغيرات الدولية الحديثة مع دراسة تطبيقية حول علاقة بنك البركة الجزائري ببنك الجزائر، مكتبة الريام ، الجزائر ، 2006 ، ص 244.

## أولا – بنك البركة الجزائري :

ويتعلق الأمر ببنك البركة الجزائري الذي تأسس في 1990/12/06 ، ثم فتح أبوابه رسميا في 1991/05/20 ، وهو يعتبر أول مؤسسة مصرفية تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر برأسمال وقدره 500.000.000 دج .

500.000.000 دينار جزائري مقسمة إلى 500.000 سهم ، قيمة كل سهم 1000 دج، ويشترك فيه مناصفة كل من :

- بنك الفلاحة والتنمية الريفية B.A.D.R (بنك حكومي جزائري)، بنسبة 50%.

- شركة دلة البركة القابضة الدولية "و مقراتها بين جدة السعودية و البحرين" بنسبة 50%، وفي آخر التقارير التي يصدرها المصرف أعلن عن نسبة 59.9% بالنسبة لمجموعة البركة و 40.1% بالنسبة لبنك الفلاحة والتنمية الريفية.

ثانيا – بنك السلام : بعد ذلك بسنوات عديدة تم تسجيل إنشاء بنك جديد في هذا المجال وهو " بنك السلام" ، و الذي باشر أعماله حديثا من خلال تقديم مجموعة من الخدمات المالية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ليكون بذلك ثاني مصرف إسلامي يدخل السوق المصرفية الجزائرية ، و يقدر رأسمال مصرف " السلام" الذي تم افتتاحه بتاريخ 2008/10/20 ب 72 مليار دينار جزائري أي ما يقارب 100 مليون دولار ليصبح حينها أكبر المصارف الخاصة العاملة بالجزائر<sup>1</sup>.

ويقدم مصرف السلام خدمات للشركات و أخرى للأفراد، الأولى تتضمن العمليات المصرفية (الحساب الجاري، دفتر شيكات مجاني، و خدمة تحويل الأموال عن طريق الدفع الآلي)، و التجارة الخارجية (بوالص التحصيل، العمليات المستندية، التعهدات و خطابات الضمان البنكية)، و طرق التمويل عن طريق كل من العقود التالفة (عقد المربحة للأمر بالشراء، عقد الإيجار، عقد السلم، عقد المضاربة، عقد المشاركة، عقد الاستصناع..... الخ)، كما يوفر مجموعة من الخدمات المصرفية كأجهزة الصراف الآلي و الدفع الآلي، و خدمة الدفع عبر الانترنت (E.Amina)<sup>2</sup>.

## ثالثا – بنك الخليج :

لم يقم بنك الجزائر باعتماد بنوك إسلامية أخرى رغم الطلبات التي تم إيداعها منذ سنوات ، إضافة إلى ذلك سمحت السلطات الرقابية الجزائرية لبعض البنوك التقليدية على فتح نوافذ تقدم خدمات مصرفية إسلامية في نفس الوقت الذي تقدم خدماتها المصرفية التقليدية ، و من أبرز التجارب في هذا المجال تجربة بنك الخليج الجزائر AGB التابع لشركة مشاريع الكويت القابضة ، الذي بدأ نشاطه بالجزائر سنة 2002 ، حيث يقوم بتقديم خدمات مصرفية متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية من خلال النوافذ الإسلامية المتواجدة بفروعه كما سمحت الحكومة

(1) أبو رومي عبد الرحمن ، السلام ثاني بنك يقتحم سوق الجزائر في موقع إسلام أون لاين ، 2009 ، مارس ،

<https://islamonline.net> consulté le : 22/11/2019 .

(2) – الموقع الرسمي لمصرف السلام ، متاح على الموقع :

<http://www.alsalamalgeria.com> consulté le 23 /11/2019 .

لثلاثة بنوك عمومية بفتح شبابيك إسلامية بدءا من نوفمبر 2017 ، هي بنك القرض الشعبي الوطني ، بنك الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط و بنك التنمية المحلية .

وفي أكتوبر 2018 منح البنك المركزي الجزائري الضوء الأخضر للبنوك العاملة في النظام المصرفي الجزائري بممارسة العمل وفق سبعة أنواع من المعاملات الإسلامية الأنفة الذكر.

### المبحث الثاني: المناخ التشريعي لعمل المصارف الإسلامية في الجزائر:

تواجه المصارف الإسلامية تحديات كبيرة تقف أمام نموها وتوسيع منتجاتها في السوق البنكية الجزائرية، فحصلتها من هذه السوق لا تتجاوز 2%، وحسب خبراء مالية فان الصناعة المالية الإسلامية بحاجة إلى تعزيز بنيتها التحتية، و إلى صياغة الإطار التشريعي التنظيمي الرقابي الكفيل بتوفير المناخ الملائم لنموها في البلاد.

### أولا: النظام القانوني المتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية الإسلامية :

حدد بنك الجزائر القواعد التي ستطبق على منتجات الصيرفة الإسلامية في البنوك و المؤسسات المالية، رغم انه لم يأت على ذكر إسلامية و اكتفى بعبارة "منتجات تشاركية" التي لا يترتب عنها تحصيل أو تسديد فوائد و هو النظام رقم 02-18 و الذي يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف و المؤسسات المالية .

#### 1- أهدافه: يهدف النظام رقم 02/18 من خلال هذه القواعد إلى تحديد:

- شروط الترخيص المسبق من طرف بنك الجزائر للمصارف و المؤسسات المالية المعتمدة للقيام بالعمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.

و حدد بنك الجزائر سبع منتجات للصيرفة الإسلامية التي اكتفى بتسميتها منتجات تشاركية و هي المرابحة و المشاركة و المضاربة و الإجارة و الاستصناع و السلم و كذا الودائع في حسابات الاستثمار.<sup>1</sup>

#### 2- شروطه:

- يشترط في البنك او المؤسسة المالية الراغبة في تسويق هذه المنتجات أن تقدم معلومات في ملف طلب الحصول على الترخيص، و تتضمن بطاقة وصفية للمنتوج و رأي مسؤول المطابقة للمصرف او المؤسسة المالية و الأجراء الواجب إتباعه لضمان الاستقلالية الإدارية و المالية لشباك المالية التشاركية للصيرفة الإسلامية.<sup>2</sup>

- و بعد الحصول على الترخيص المسبق من بنك الجزائر، يتعين على المصارف و المؤسسات المالية المعتمدة التي ترغب في الحصول على شهادة مطابقة منتجاتها لأحكام الشريعة، أن تخضع المنتجات لتقييم الهيئة الوطنية المؤهلة قانونا لذلك.<sup>3</sup>

(1) - المادة 2 من النظام 02-18، مرجع سابق.

(2) - المادة 3، من النظام رقم 02-18، مرجع سابق.

(3) - المادة 4، من النظام رقم 02-18، مرجع نفسه.

-و اشترط بنك الجزائر أن يكون شبك الصيرفة التشاركية مستقلا ماليا عن الدوائر و الفروع الأخرى للمؤسسة المالية.

و تخضع أموال الصيرفة الإسلامية لأحكام الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003 ، باستثناء الودائع في الاستثمار التي تخضع لاتفاق مبرم مع الزبون يجيز للمصرف ان يستثمر ودائعه في محفظة مشاريع و عمليات شبك المالية التشاركية التي يوافق المصرف على تمويلها.<sup>1</sup>

كما يحق للمودع الحصول على حصة من الأرباح الناجمة عن شبك المالية التشاركية ، و يتحمل حصة من الخسائر المحتملة التي يسجلها شبك المالية التشاركية في التمويلات التي يقوم بها المصرف.

### ثانيا: تقييم للمناخ التشريعي لعمل الصيرفة الإسلامية في الجزائر:

و يقصد بذلك أن تكون أعمال المصارف الإسلامية محكومة بقوانين و تشريعات محددة ، صادرة عن الجهات الرسمية و المختصة في الدولة ، بحيث يتناول قانون خاص كل ما يتعلق بالبنوك الإسلامية من أحكام إنشائها و الرقابة عليها ، حتى يسمح لهاته البنوك الإسلامية بالتوسع بالنظر إلى الفرص المتاحة في الاقتصاد الجزائري ، و حاجته إلى التمويل بصيغ تبتعد عن الربا ، لكن المتصفح للنصوص القانونية و المتعلقة بهذه الصيغ التي جاء بها بنك الجزائر و الذي أطلق عليها تسمية تشاركية بدل من إسلامية بدت كنوع من التحايل في المصطلحات و التي تبدو في ظاهرها إسلامية لكنها تظل خاضعة لقانون النقد و القرض الواقف في وجه توسع هذه البنوك التي تخضع للقانون نفسه المنظم لعمل البنوك التقليدية أي عدم مراعاة خصوصيتها ، مما يحول دون توسعها و انتشار معاملاتها .  
من الخسائر المحتملة التي يسجلها شبك المالية التشاركية في التمويلات التي يقوم بها المصرف .

### الفصل الثالث: عوائق تفعيل الصيرفة الإسلامية في الجزائر:

تواجه المصارف الإسلامية في الجزائر عوائق جمة في الفترة الراهنة مما يساهم سلبا في محدودية انتشار هذه الأخيرة مما جعل تطويرها ضرورة حتمية يجب مراعاتها ، خاصة مع تزايد عدد المصارف الإسلامية وذلك لتمكين الاقتصاد الوطني من الاستفادة من مساهمتها في تمويل مختلف القطاعات ، و تمكين المواطن الجزائري من التعامل بمختلف صيغ التمويل الإسلامي و إبعاده عن التمويل التقليدي القائم على الربا و هذا ما سنتناوله تباعا:

### المبحث الأول: معوقات العمل المصرفي الإسلامي في الجزائر:

يمكن إجمال أهم المعوقات للعمل المصرفي الإسلامي في الجزائر في :

#### أولا: العوائق القانونية:

يمكن حصر العوائق القانونية التي تواجهها المؤسسات المالية في الجزائر في النقاط التالية:

(1) - المادة 9 ، من النظام رقم 02-18 ، مرجع نفسه.

1- ينظم الأمر 03-11 الصادر في 2003 السوق المصرفية و النقدية في الجزائر، و تحت طائلته أيضا تقع المصارف الإسلامية، مع العلم أن قانون النقد و القرض في الجزائر لا يميز بين أنواع المصارف متخصصة أو استثمارية أو مصارف أعمال، فهو ذو طابع شمولي و يمنح رخصة استغلال لمصرفية شاملة و للبنك وفق قانونه الأساسي أن يوضح طبيعة أعماله و شكله القانوني، و هو الأمر الذي كان سببا في إمكانية إنشاء مصارف إسلامية في الجزائر عكس الكثير من الدول التي كان القانون فيها يمنع ذلك .

و الناظر لقانون النقد و القرض في الجزائر لا يرى فيه الكثير من معوقات العمل المصرفي الإسلامي بل هناك فسحة لإقامة مثل هذه الأنشطة، غير انه وان لم يعارض إنشاء مؤسسات مصرفية إسلامية فإنه لا يمنحها أيضا الآليات القانونية التي تمكها من أداء مهامها في إطار واضح.

2- عدم توفر البيئة التشريعية التي تناسب عمل المصارف الإسلامية مقارنة بعمل المصارف التقليدية، و التي تعد في الغالب بيئة رافضة لعمل البنوك الإسلامية أو المؤسسات المالية التي تتعامل وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

3- اختلاف المبادئ و القوانين بين المصرف الإسلامي و المصرف التقليدي يجعلها تعاني إشكالية الموائمة مع البنك المركزي<sup>1</sup>، وهو ما يجعلها تعاني من صعوبة الحصول على السيولة التي تحتاج إليها في نشاطها انطلاقا من أن الأحكام المتبناة من طرفها و التي تتعامل بأحكام الشريعة الإسلامية و التي لا تجيز لها اللجوء إلى سوق النقد لتغطية متطلباتها .

كذلك عندما تحتاج للسيولة فهي لا ترجع للبنك المركزي في ذلك بسبب الفائدة الربوية التي يفرضها على القروض التي يمنحها أو على عمليات خصم الأوراق التجارية كون مثل هذه الأعمال تتعارض مع الشريعة الإسلامية.

4- عدم تطوير النظام المحاسبي في المصارف الإسلامية.

#### ثانيا: عوائق متعلقة بالعنصر البشري: يمكن إجمالها في النقاط التالية:

1- عدم فهم المتعاملين مع المصارف الإسلامية لطبيعة عملها، و الذي أدى إلى الخلط بين نظام التمويل الإسلامي و الصناعة المالية التقليدية مما دفع بالكثير من المسلمين ذاتهم إلى الاعتقاد بان الأمر مجرد تحايل و أن الصيرفة الإسلامية هي مجرد ربا مقنن و تلاعب بالمصطلحات بين معدل الفائدة و هامش الربح التي تقوم عليه الصيرفة الإسلامية.<sup>2</sup>

(1) - أيناك فوزي، الصيرفة الإسلامية و إمكانات إدماجها في النظام البنكي الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة البليدة 2، الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، 2015، ص 166.

(2) - الشيخ بن الطيب ساسي، الانتشار المحدود لصناعة الصيرفة الإسلامية، منتدى سواعد الإخاء، أكتوبر، 2011، متاح على الموقع الإلكتروني :

2- افتقار موظفي المصارف الإسلامية للتأهيل و التكوين و الكفاءة ، و ذلك لعدم الاهتمام الكافي بالجانب البشري في المصارف الإسلامية الجزائرية. حيث يلاحظ أن معظم إطارات و موظفي هذه المصارف غير ملمة بالمعلومات الكافية حول العمل المصرفي الإسلامي مما يؤدي بالمصرف إلى التوجه نحو الصيرفة التقليدية و الانحراف عن الأهداف و المبادئ المنوطة بالمصرف الإسلامي القائم .

### المبحث الثاني:متطلبات تفعيل الصيرفة الإسلامية في الجزائر:

نظرا للدور و الأهمية الكبيرة للمصارف الإسلامية في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية،فانه يتطلب من السلطات النقدية تهيئة المناخ الملائم لعملها و ذلك من خلال عدة متطلبات يمكن إجمالها فيما يلي:

#### أولاً:التدريب و التنقيف الشرعي للعنصر البشري العامل بالمصارف الإسلامية:

يسهم وعي العاملين بالمصارف الإسلامية و معرفتهم الكاملة بأصول المعاملات المالية الإسلامية و التأصيل الشرعي الصحيح لصيغ الاستثمار و الخدمات المالية الإسلامية في:

- 1- إنشاء مركز تعليمي و تدريبي متخصص في العلوم المصرفية الإسلامية و ذلك لإعداد و تدريب و تخريج الإطارات المصرفية المؤهلة ، و إذا لم يتسن ذلك في القريب العاجل فيمكن إنشاء قسم خاص لهذا الغرض بالمدرسة العليا للبنوك في الجزائر.
- 2- قيام المصارف الإسلامية في الجزائر بإنشاء مراكز متخصصة لتدريب العاملين محليا أي داخل المصرف،و في هذا الإطار يمكن الاستفادة من تجارب بنوك إسلامية رائدة في هذا المجال،كالمعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بجدة،و مركز الاقتصاد الإسلامي التابع للمصرف الإسلامي الدولي للاستثمار و التنمية بالقاهرة.

#### ثانياً:التكليف القانوني للعمل المصرفي الإسلامي و تنظيم العلاقة مع بنك الجزائر:

ويكون هذا من خلال :

- 1- تكييف القوانين الحالية مع نموذج المصارف الإسلامية،بحيث تكون أعمالها محكومة بقوانين و تشريعات محددة صادرة عن الجهات الرسمية و المختصة في الدولة،و يكون من خلال سن قانون خاص بالمصارف الإسلامية من خلال أحكام إنشائها و الرقابة عليها ، إذ أن عدم سن قوانين في هذا المجال سيؤدي إلى الكثير من الإشكالات في الرقابة و الإشراف و معايير المحاسبة و المراجعة ، و العلاقة مع مختلف المؤسسات العاملة في السوق المصرفية بالجزائر.
- 2- يثمن على بنك الجزائر تحديده للقواعد التي ستطبق على منتجات الصيرفة الإسلامية في البنوك و المؤسسات المالية من خلال وضعه لإطار قانوني لها و المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ضمن المنظومة التشريعية و التنظيمية المتعلقة بعمل المصارف و المؤسسات المالية من خلال النظام رقم 02-18 حيث يحدد

شروط الترخيص المسبق من طرف بنك الجزائر للمصارف و المؤسسات المالية المعتمدة للقيام بالعمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، و إخضاعها للتنظيم 01-13 و المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية ربما يكون في صالح هذه المنتجات المالية الإسلامية في انتظار تطبيقاته العملية .

**ثالثا: تأسيس الهيئات المحلية الداعمة و الاستفادة من جهود بعض الهيئات الاقليمية و الدولية:**

و يتحقق هذا من خلال :

- 1- العمل على تأسيس الهيئات المحلية الداعمة ، حيث أن إنشاء مؤسسات البنية التحتية ضروري جدا ، و ذلك لمساعدة المصارف و المؤسسات المالية الإسلامية على الارتقاء بمستوى الشفافية و معايير حسن الإدارة في عملها و بما يرفع من قدرتها في إدارة المخاطر و ضبط عمليات الاستثمار و تحسين جودة محافظة الاستثمار و المالية، و بالتالي الاندماج في النظام المالي العالمي، و يمكن أن تشمل هاته الهيئات الداعمة<sup>1</sup>، إنشاء مجلس أعلى للمالية الإسلامية يعنى بتقديم الاستشارات و الخدمات التدريبية في مجال المالية الإسلامية و المسائل ذات الصلة ، إنشاء هيئة لتصنيف المؤسسات و المنتجات المالية الإسلامية... الخ.
- 2- ضرورة الاستفادة من جهود بعض الهيئات الإقليمية و الدولية ، و التي تعمل على تطوير الصيرفة الإسلامية و هذا مثل<sup>2</sup>، هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين، و التي تضع معايير محاسبة متوافقة مع المعايير المحاسبية المطبقة عالميا من جهة، و المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، و مجلس الخدمات المالية الإسلامية بماليزيا، و الذي يضع القواعد الاحترازية المتوافقة مع المعايير العالمية مثل معايير بازل من جهة ، و يراعي خصوصية العمل في المصارف الإسلامية من جهة أخرى.

#### خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية يمكن القول أن الصيرفة الإسلامية وفي ظل ما تلبيه من دور هام في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية إلا أنها تبقى محدودة نظرا لجملة من المعوقات التي تعترض نموها و تطورها ، وهو ما يتطلب بذل الجهود الحثيثة لإرسائها بما يتماشى مع الحركة الاقتصادية العالمية، و التوجه العالمي المتنامي لهاته الصناعة وهو ما يدفعنا للخروج ببعض التوصيات في هذا الصدد نجملها في النقاط التالية:

- 1- ضرورة سن قانون خاص يتعلق بالمصارف الإسلامية من خلال أحكام إنشائها و الرقابة عليها ، حيث لا زالت الجزائر تمثل الاستثناء في المنطقة المغاربية فبعد أن كانت البلد المغاربي الوحيد الذي يعرف نشاطا للمصارف الإسلامية فهي اليوم البلد المغاربي الوحيد الذي لا يعرف قانون للمالية الإسلامية.

(1) - غربي عبد الحليم، تقييم تجربة الخدمات المالية الإسلامية في السوق الجزائرية و أفاقها المستقبلية ، الندوة العلمية حول الخدمات المالية و إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية 18-20 افريل 2010، جامعة عباس فرحات ، سطيف، الجزائر، ص31.

(2) - خنفوسي عبد العزيز، العولة و تأثيراتها على الجهاز المصرفي ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الأيام ، عمان، الأردن، 2016، ص 343.



- 2- التكثيف من الدورات التكوينية لإطارات و عمال المصارف التقليدية التي تعمل بصيغ إسلامية من خلال إنشاء مركز تدريبي مصرفي لدى بنك الجزائر من اجل تاهلهم و استيعاب آليات الرقابة على المصارف الإسلامية.
- 3- إيجاد معالجات محاسبية تراعي خصوصيات المنتجات المصرفية و المالية المستوحاة من أحكام الشريعة الإسلامية ضمن النظام المحاسبي و المالي التقليدي الساري المفعول.
- 4- تنظيم ملتقيات و ندوات حول التمويل الإسلامي من طرف المصارف الإسلامية الموجودة أو من طرف الجامعات لتحسيس و تعريف العملاء و المتعاملين الاقتصاديين على اختلاف أنشطتهم ، بهذا النوع من التمويل مع استعراض التجارب و النماذج العربية و الدولية الرائدة في هذا المجال للاستفادة من خبرتها وتجربتها في هذا المجال .

### قائمة المصادر والمراجع :

#### أولا – النصوص القانونية و التنظيمية :

- 1- النظام رقم 02-18 المؤرخ في 26 صفر عام 1440 الموافق 4 نوفمبر سنة 2018، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف و المؤسسات المالية الجريدة الرسمية ، العدد 73 ، الصادرة في اول ربيع الثاني عام 1440هـ ، الموافق 9 ديسمبر سنة 2018 .

#### ثانيا – المجلات :

- 2- نسبي جهيده، دور الهندسة المالية في تطوير الصيرفة الإسلامية ، مجلة الاقتصاد الجديدة، المجلد 01، العدد 12 ، 2015.

#### ثالثا- الكتب :

- 3- أبو عتروس عبد الحق ، الوجيز في البنوك التجارية ، عمليات تقنيات و تطبيقات ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، الجزائر ، 2000 .
- 4- الغزالي عبد الحميد ، أساسيات الاقتصاديات النقدية و ضعيها و إسلاميا مع الإشارة إلى الأزمة المالية العالمية، ط2، القاهرة ، دار النشر للجامعات، 2009 .
- 5- جمال لعمارة، اقتصاد المشاركة ، نظام اقتصاد بديل لاقتصاد السوق ، نحو طريق ثالث ، مركز الإعلام العربي ، مصر ، 2000 .
- 6- حربي محمد العريقات، سعيد جمعة عقل، إدارة المصارف الإسلامية، الطبعة 01 ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن، 2010 .
- 7- خنفوسي عبد العزيز، العولة و تأثيراتها على الجهاز المصرفي ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الأيام ، عمان، الأردن، 2016 .
- 8- سليمان ناصر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية في ظل المتغيرات الدولية الحديثة ، مكتبة الريام، الجزائر، 2006 .
- 9- سمحان حسين محمد، أسس العمليات المصرفية الإسلامية الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2013.

- 10- شلهوب على محمد، شؤون النقود وأعمال البنوك ، شعاع للنشر والعلوم ، حلب ، سوريا ، ط1 ، 2007 .
  - 11- عادل عبد الفضيل، الربح و الخسارة في معاملات المصارف الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
  - 12- عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، الإدارة الإستراتيجية في البنوك الإسلامية، (البنك الإسلامي للتنمية)، جدة، المغرب، الطبعة 01 ، 2004 .
  - 13- محمد الطاهر قادري، المصارف الإسلامية بين الواقع و المأمول ، مكتبة حسين للطباعة و النشر و التوزيع، لبنان ، 2014 .
  - 14- محمود حسن صوان، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، داروائل للنشر ، عمان ، الأردن، 2001 .
  - 15- محمد شيخون، المصارف الإسلامية ، دراسة في تقويم المشروعية الدينية و الدور الاقتصادي و السياسي ، داروائل للطباعة و النشر ، عمان ، الأردن، 2002 .
  - 16- ناصر سليمان ، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية في ظل المتغيرات الدولية الحديثة مع دراسة تطبيقية حول علاقة بنك البركة الجزائري ببنك الجزائر ، مكتبة الريام ، الجزائر ، 2006 .
  - 17- يوسف كمال محمد، فقه الاقتصاد النقدي، دار القلم، القاهرة، مصر، الطبعة 04 ، 2002.
- رابعا- الملتقيات :
- 18- عبد الستار أبو غدة، المصرفية الإسلامية، خصائصها و آليات تطويرها، بحث مقدم إلى المؤتمر الأول للمصارف و المؤسسات المالية الإسلامية، منعقد بدمشق، سوريا، 13-14 مارس، 2006.
  - 19- غربي عبد الحليم، تقييم تجربة الخدمات المالية الإسلامية في السوق الجزائرية و أفاقها المستقبلية ، الندوة العلمية حول الخدمات المالية و إدارة المخاطر في المصارف الإسلامية 18-20 افريل 2010، جامعة عباس فرحات ، سطيف، الجزائر.
- خامسا - المواقع الالكترونية :
- 20- أبو رومي عبد الرحمن ، السلام ثاني بنك يقتحم سوق الجزائر في موقع إسلام أون لاين ، 2009 ، مارس ،

<https://islamonline.net> consulté le : 22/11/2019

21- الموقع الرسمي لمصرف السلام ، متاح على الموقع :

<http://www.alsalamalgeria.com> consulté le 23 /11/2019 .

22- الشيخ بن الطيب ساسي، الانتشار المحدود لصناعة الصيرفة الإسلامية، منتدى سواعد الإخاء، أكتوبر، 2011، متاح على الموقع الإلكتروني :

<http://maliki.montadamoslim.com>.

سادسا – رسائل الماجستير و أطروحات الدكتوراه :

23- أينال فوزي، الصيرفة الإسلامية و إمكانات إدماجها في النظام البنكي الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة البليدة 2، الجزائر، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، 2015.

## مدى مشروعية السلطة القمعية المخولة للسلطات الإدارية المستقلة

The legality of the oppressive authority vested in the independant administrative  
authoritie.

جبايلي صبرينة

جامعة عباس لغرور خنشلة

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

تاريخ القبول: 2020-02-16

بن عمران سهيلة\*

جامعة عباس لغرور خنشلة

[souhaila.benamrane@gmail.com](mailto:souhaila.benamrane@gmail.com)

تاريخ المراجعة: 2020-02-13

تاريخ الإيداع: 2019-12-16

**الملخص:**

يرتبط ظهور السلطات الإدارية المستقلة بمتطلبات الحكم الرشيد، من خلال أن إنشائها والاعتراف بها يعكس تنامي الديمقراطية في المجتمع لأنها تقوم أساساً على وجود هيئات تعمل خارج السيطرة الحكومية، متمتعة بضمانات يمنحها إياها نظامها الأساسي وصلاحيات تسمح لها بأداء مهامها، مع تخلصها من رقابة السلطة التنفيذية التدريجية والوصائية. ومع ذلك فليس سهلاً دائماً تكييف الوضعية والطبيعة القانونيتين لهذه الهيئات، التي تمارس سلطة إدارية معتبرة في قطاعات نشاط معينة مما حدا ببعض الشراح إلى القول عنها بأنها تشكل بذاتها تناقضاً داخل التقاليد السياسية، من حيث أن الإدارة ليست جهة مستقلة من حيث المبدأ على الأقل، بل تابعة للحكومة، ومن ثمة فالاستقلالية مسألة تخص دستورياً السلطة القضائية والتي هي بدورها استقلالية نسبية. فالسلطات الإدارية المستقلة تجمع الاختصاصين معاً تنظيمي وعقابي.

الكلمات المفتاحية: اختصاصات السلطات الإدارية المستقلة؛ الاختصاص شبه قضائي للسلطات الإدارية المستقلة؛ سلطة القمع للسلطات الإدارية المستقلة.

**Abstract :**

The emergence of independent administrative authorities is linked to the requirements of good governance, by establishing and recognizing them reflects the growth of democracy in society because it is mainly based on the existence of bodies operating outside government control, enjoying guarantees that give them their articles of association and powers that allow them to perform their tasks, while getting rid of the control of the progressive executive authority The will. However, it is not always easy to adapt the legal position and nature of these bodies, which exercise administrative authority in particular sectors of activity, which led some commentators to say that they themselves constitute a contradiction within political traditions, in that the administration is not an independent body in principle at least, but rather Independence of the government, and from there independence is a matter of constitutional

\* المؤلف المراسل: بن عمران سهيلة.

jurisdiction of the judiciary, which in turn is relative independence. Independent administrative authorities bring the professionals together, both organizational and punitive.

**Keywords :** Powers of the independent administrative authorities ; Quasi-judicial jurisdiction of independent administrative authorities ; Repressive authority of independent administrative authorities .

## مقدمة

لقد خص المشرع السلطات الإدارية المستقلة بنظام قانوني خاص وسلطة تقديرية واسعة لضرورة مرونة العمل الإداري وسلاسته لتعمل بطريقة مستقلة للحد من سلطة الرقابة والتدرج الرئاسي المعروفين في نظام المركزية الإدارية الشديدة، إذ هي غير مدمجة في هياكل إدارية مركزية، الأمر الذي يمكّنها من ممارسة سلطة اتخاذ القرارات اللائحية والفردية على السواء. بالإضافة إلى الاختصاصات ذات شبه القضائي فهي إذا تتمتع بقدر من استقلالية، إن هذه الاستقلالية التي تتمتع بها السلطات الإدارية المستقلة تشكل تحدي كبير في مواجهة السلطات الثلاث عامة والسلطة القضائية بصورة خاصة. ومن أهم الصور التي تثير هذه الإشكالية السلطة القمعية، فبالنظر إلى الصلاحيات الواسعة التي تتمتع بها السلطات الإدارية المستقلة، وعلى غرار السلطة التنظيمية وسلطة التحكيم وكونها بديل للقاضي للفصل في النزاعات كان لابد من تفعيل أحكامها وقراراتها وهذا لا يتم إلا من خلال قوة ردعية تتجسد في سلطة العقاب (القمعية). إن تمكين السلطات الإدارية المستقلة من السلطة القمعية التي هي في الأصل من اختصاص القضاء الذي تقلص دوره جراء هذا المنح يضعنا أمام إشكالية مثيرة للاهتمام تتمحور حول هل تشكل السلطة القمعية المخولة للسلطات الإدارية المستقلة تعدي على اختصاص القضاء؟

هذه الإشكاليات تستدعي منا الوقوف على مجموعة من الإشكاليات الفرعية كما يلي :

ما مدى دستورية هذا المنح (السلطة القمعية)؟

ما هي أسس السلطة القمعية؟

وكيف تمارس السلطة القمعية من قبل السلطات الإدارية المستقلة؟

سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية الرئيسية والإشكاليات الفرعية من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول: الإطار الدستوري لسلطة العقاب المخولة للسلطات الإدارية المستقلة

المطلب الثاني: مبررات السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة

المطلب الثالث: ممارسة السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة

## المطلب الأول: الإطار الدستوري لسلطة العقاب المخولة للسلطات الإدارية المستقلة

منح المشرع الفرنسي بعض السلطات الإدارية المستقلة خاصة تلك التي تنحصر مهامها بالتنظيم صلاحية فرض

العقاب<sup>(1)</sup> لكن تصطدم عملية تخويل اختصاصات قضائية لصالح هيئات إدارية بالأحكام الدستورية المكرسة لمبدأ

(1)-سمير اللحام رنا: السلطات الإدارية المستقلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2015. ص 64

الفصل بين السلطات <sup>(1)</sup>، التي تبناها أيضا إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 حيث جاء في المادة 16 منه: «كل مجتمع لا يضمن الحقوق ولا يفصل بين السلط "السلطات" لا دستور له <sup>(2)</sup>».

إذ انه من صالح المجتمع أن تكون السلطة فيه موزعة بين هيئات مستقلة تعمل فيها كل هيئة من اجل الصالح العام، وجمع السلطة التنفيذية والتشريعية في يد هيئة واحدة يعدم الحرية، كما تنعدم الحرية أيضا إذا لم تكن سلطة القضاء منفصلة عن سلطة التشريع <sup>(3)</sup>.

إن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي توزيع السلطة بين ثلاث هيئات ( سلطة تشريعية، تكلف بوضع القوانين، سلطة تنفيذية تعمل وتسهر على تنفيذها، سلطة قضائية تضمن معاقبة المخالفين لها بإصدار أحكام قضائية ). إذا كان هذا التقسيم سليم من الناحية النظرية، فإن ظهور السلطات الإدارية المستقلة أعاد النظر في هذا التقسيم وذلك من خلال وجود هيئات إدارية تضطلع باختصاصات قضائية . فما مدى دستورية هذا الاعتراف <sup>(4)</sup>؟ يمكن لبعض السلطات الإدارية المستقلة إصدار تنظيمات في إطار اختصاصها التنظيمي وبالتالي تضع قواعد وتعاقب على مخالفتها فما مصير مبدأ الحياد في هذه الحالة ؟ والحريات التي كلفها الدستور؟ انتهى المجلس الدستوري إلى رفع العوائق الدستورية التي تواجه هذا المنح من خلال مجموعة من القرارات، والتي أكد من خلالها توافق منح هذه السلطة مع مبدأ الفصل بين السلطات من زاويتين:

الأولى: إن مبدأ توزيع الوظائف (وهو يشكل احد العناصر التي يقوم عليها هذا المبدأ ) لا يشكل عائقا أمام الاعتراف بالسلطة العقابية للسلطات الإدارية المستقلة وذلك من خلال تفحص ثلاث قرارات مهمة <sup>(5)</sup> هي:  
\_ القرار الأول هو القرار رقم 181/84 المؤرخ في 10/11/1984 والذي يتعلق بلجنة شفافية وتعددية الصحافة، والذي اقر فيه عدم دستورية منح هذه اللجنة السلطة العقابية ليس على أساس تعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات، ولكن بسبب النظام المطبق على الجزاءات الذي يتطلب ترخيصا مسبقا والذي يقيد ممارسة هذه الحرية. إذن لقد اقر المجلس الدستوري في هذا القرار ضمنا مسألة التلاؤم بين السلطة العقابية الممنوحة للسلطات الإدارية المستقلة ومبدأ الفصل بين السلطات، لكونه لم يؤسس عدم التلاؤم على التعارض مع هذا المبدأ <sup>(6)</sup>

<sup>(1)</sup>-بوجملين وليد : سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، 2011.ص 173

<sup>(2)</sup>- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادرة في 26 أوت 1789

<sup>(3)</sup>- محمد المجذوب ، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان واهم النظم الدستورية والسياسية في العالم، ط4 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2002 ، ص 106

<sup>(4)</sup>- وليد بوجملين ، مرجع نفسه ، ص 174

<sup>(5)</sup>الهام خرشي ، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين، سطيف 2، 2015.ص 313

<sup>(6)</sup>- الهام خرشي. مرجع نفسه، ص 314 وانظر:

Conseil constitutionnel .Décision N° 84\_181 DC du 11/10/1984, loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse Journal officiel du 13 octobre 1984, p3200 Recueil <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-84-181-dc-du-11-octobre-1984.8135.html> Recueil p782019/12/10.

\_ القرار الثاني هو القرار رقم 248/88 المؤرخ في 17/01/1989<sup>(1)</sup> المتعلق بالمجلس العالي للسمعي البصري ، حيث قدر المجلس أن المشرع يمكنه منح سلطة إدارية مكلفة بضمان ممارسة الاتصال السمعي البصري سلطات عقابية في الحدود الضرورية لأدائها مهامها ، دون أن يكون لذلك المنح مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات<sup>(2)</sup> .

\_ القرار الثالث رقم 260/89 المؤرخ في 28/07/1989 يتعلق بلجنة عمليات البورصة<sup>(3)</sup> حيث أقر المجلس الدستوري بأن تتمتع السلطات الإدارية المستقلة بصلاحيات فرض العقوبات لا يتعارض بتاتا مع مبدأ فصل السلطات . ولكن يشترط أن لا تؤدي هذه العقوبات إلى التجريد من الحريات وان تمارس هذه الصلاحيات ضمن إطار قانوني بشكل يؤدي إلى حماية الحقوق والحريات التي كفلها الدستور<sup>(4)</sup> وبالتالي فقد أقر صراحة بعدم تعارض السلطة العقابية مع مبدأ الفصل بين السلطات بأي صفة .

الثانية: مبدأ عدم الجمع بين الوظائف لا يتعارض مع الاعتراف لسلطة إدارية لسلطة إدارية مستقلة بالسلطة العقابية .

ويتعلق الأمر بالسلطات الإدارية المستقلة التي تجمع الاختصاصين معاً تنظيمي وعقابي . أقر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره السابق رقم 260/89 انه لا يقصد الفصل الصارم بين الوظائف بل التعاون بين الأجهزة لممارسة الوظائف الدولية ، حيث أن الفصل بين السلطات الذي يهدف إلى حماية المتقاضين من كل تدخل تعسفي لا يمنع من أن تجمع سلطة واحدة بين يديها مجموعة من الوظائف ، بشرط أن تمارس هذه الوظائف في إطار احترام قواعد القانون<sup>(5)</sup> . واعتبر المجلس الدستوري أن السلطات الإدارية المستقلة وجدت نفسها مخولة امتيازات تسمح لها بفرض العقوبات ، على أن تكون هذه الصلاحيات في حدود اختصاصها أي مقيدة<sup>(6)</sup> . وبناءً عليه فإن السلطة التي تتمتع بهذه الصلاحيات يجب أن تراعي شرطين أساسيين :

-الحيادية حيث جاء في المادة 06 البند 01 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ما يلي :«1- لكل شخص - عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته . أو في اتهام جنائي موجه إليه - الحق في مراجعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون<sup>(7)</sup>» .

\_ إضافة إلى ضرورة التقيد بالقانون الصادر في 11 تموز 1979 الذي يقضي بتحليل قرارات فرض العقوبة وذلك منعا لأي تعسف قد يحصل فيها .

(1) \_ Conseil constitutionnel . Décision N°88-248 DC. du 17 janvier 1989 loi modifiant la loi N°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 15 [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) . 2019/12/07

(2) - الهام خرشي ، مرجع نفسه ، ص 314

(3) \_ Décision N° 89\_260 DC du 28/07/1989, loi relative à la sécurité et à la transparence du marché Financier, considérant N6 . Jo. du 01\_08\_1989 , P9676 , Recueil p71 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-89-260-dc-du-28-juillet-1989.8652.html> 2019/12/14 .

(4) - انظر في رنا سمير اللحام مرجع سابق ص 68\_69

(5) - الهام خرشي ، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، مرجع سابق ص 315

(6) - رنا سمير اللحام . مرجع سابق ص 69

(7) - اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا ، روما في 04 نوفمبر 1950

نلاحظ أن المجلس الدستوري اخذ في قراراته بالمعيار العضوي حصريا ( كل سلطة إدارية مستقلة )<sup>(1)</sup>، ثم توسع في مجال القمع الإداري إلى كل سلطة تنشط في إطار امتيازات السلطة العامة و معيار مادي واسع<sup>(2)</sup>. أما بالنسبة للمشروع الدستوري الجزائري فيبدو موقفه واضح إذ في الرأي رقم 1 لسنة 1989 اقر بان محرر الدستور. أقام مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره عنصرا أساسيا في تنظيم السلطات<sup>(3)</sup>، بالإضافة إلى قرار آخر صادر عن المجلس الدستوري رقم 02 لسنة 1989<sup>(4)</sup> أكد على أن مبدأ الفصل بين السلطات يحتم أن تمارس كل سلطة صلاحياتها في الميدان الذي أوكله إيها الدستور ويجب على كل سلطة إن تلتزم دائما حدود اختصاصاتها لتضمن التوازن التأسيسي المقام. إذ يستشف من هذه القرارات عدم تأسيس أو التكريس الدستوري للسلطة القمعية بالإضافة إلى التحفظ الذي أبداه المجلس الدستوري في الرأي رقم 02 لسنة 2012 الذي جاء فيه: (واعتبارا انه إذا كان المشروع يقصد بذلك تحديد قواعد سير وتنظيم سلطة ضبط الصحافة المكتوبة في نظام داخلي، لا يتضمن عند إعدادة أحكاما تمس بصلاحيات مؤسسات أو سلطات أخرى، ولا يتطلب تطبيقه إقحام هذه الأخيرة أو تدخلها ففي هذه الحالة وبالنظر الى المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات تعد هذه المادة مطابقة للدستور، شريطة مراعاة هذا التحفظ)<sup>(5)</sup>، إذن فموقف المشروع الدستوري يبدو واضحا، لكن بالنظر إلى قانون المنافسة مثلا فان الممارسة المنافية للمنافسة الحرة كانت في ظل القانون المتعلق بالأسعار لسنة 1989. تخضع لاختصاص القاضي الجزائري، وتراجع المشروع عن هذا الموقف بموجب قانون المنافسة لسنة 2005، وأكد عليه في قانون المنافسة لسنة 2003، حيث انتزع هذا الاختصاص منه ومنحه لجهاز إداري هو مجلس المنافسة<sup>(6)</sup>.

## المطلب الثاني: مبررات السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة

إن السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة تندرج ضمن إجراء إزالة التجريم، بالإضافة إلى فاعلية العقوبة الموقعة من قبل السلطات الإدارية المستقلة.

أولا- إزالة التجريم:

### 1\_ نظرية إزالة التجريم:

لقد اتخذت كلمة إزالة تجريم معنى واسع جدا، وهي شكل عام ضعف التفاعل الاجتماعي الذي يترك أحيانا الإجراءات الجنائية الفعلية، والمعتدلة أحيانا، وأحيانا يستبدل طرق أخرى، أقل صدمة وأكثر فعالية تتعلق بالبحث عن تدابير وقائية أفضل وأوضح<sup>(7)</sup>.

(1)-القرار رقم 240\_88(السابق ذكره)

(2) بالنسبة للقرار الثاني رقم 260\_89 انظر وليد بوجملين، مرجع سابق ص 175

(3)- رأي رقم 01.رق.م.د\_89 المؤرخ في 28/08/1989 المتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني موقع المجلس الدستوري

[www.Conseil\\_Constitutionnel.dz](http://www.Conseil_Constitutionnel.dz)

(4)- قرار رقم 02.ق.ق.م.د\_89 المؤرخ في 30 غشت 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب، ج ر عدد 37 لسنة 1989

(5)- رأي رقم 02.ر.م.د\_12، المؤرخ في 08 يناير 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور، ج ر عدد 02، لسنة 2012

(6)- ويزة لجراري (شالج). حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2010\_2011، ص 157

(7) Georges. LAVASSEUR, « le problème de la dépenalisation », Archive de la politique criminelle, N°06, 1983, pp 53\_69



ونحن نشهد ظاهرة إزالة التجريم للمخالفات في المجال الاقتصادي تترجم بنقل الاختصاص المعترف به تقليديا للقاضي لصالح الإدارة<sup>(1)</sup> هذه الإدارة التي أطلق عليها مصطلح "قضاء بلا قاضي"<sup>(2)</sup> ، وتهدف ظاهرة إزالة التجريم إلى الحد من تدخل القضاء الجزائي عن طريق العقوبات الجزائية ، وهذا لما له من تأثيرات سلبية ، حيث أصبح الأشخاص يعانون من توسع اختصاص القاضي الجزائي إلى مخالفات لا تستدعي المتابعة الجزائية لكونها لا تشكل خطرا لا على المجتمع ، ولا على حقوق الناس<sup>(3)</sup> .

لقد توغلت هذه الظاهرة في كل الأنظمة القانونية حيث فرضت الإدارة أو السلطات الإدارية المستقلة نفسها وسلبت عدة صلاحيات من القاضي الجنائي ، على مراحل مختلفة باختلاف الأنظمة المنهجية في كل دولة<sup>(4)</sup> . وعلى هذا الأساس وإفراط المشرع في تبني سياسة تجريم شملت مخالفات عديدة ، أدى إلى ارتفاع مستمر في قضايا الجرح والمخالفات وفي نسبة الإجرام فأصبح تدخل القضاء محدودا من خلال مجموعة عناصر:

\_ بطئه في إصدار الأحكام التي تعطل إيقاف آثار التصرفات غير المشروعة ، لأن إجراءات التقاضي تتسم بالطول والبطء.

\_ تزايد ظاهرة التضخم التشريعي في مجال التجريم الجنائي وتضخم عدد القضايا الجنائية ، مما

أدى إلى فقدان العقوبة الجنائية أثرها الرادع بسبب التأخر في صدور الأحكام ، وتأثير ذلك سلبا على تمتع المتهم بالضمانات القانونية التي يكفلها له القانون الجزائي .

\_ عدم تلاؤم بعض العقوبات الجزائية وخصوصا عقوبة الحبس مع طبيعة النشاطات في هذه القطاعات بسبب عدم فعاليتها في ردع التصرفات غير المشروعة ، على اعتبار ان الانفتاح على اقتصاد السوق يتنافى والنظام العقابي الموروث عن نظام الاقتصاد الموجه الذي يتسم بتضخم التجريم في المجال الاقتصادي ، بالإضافة إلى عدم إمكانية تكييف الكثير من المخالفات كأفعال إجرامية تستحق العقوبة<sup>(5)</sup> وعلى هذا الأساس ظهرت العقوبات الإدارية التي تعني ( تلك العقوبات ذات الطبيعة الجزائية التي توقعها سلطات إدارية مختصة وهي بصدد ممارستها لسلطتها إزاء الأفراد أو المؤسسات باعتبارها إجراء أصيلا لردع من يخالف بعض القوانين والتنظيمات<sup>(6)</sup> ، وتعتبر كبديل للعقوبات الجزائية ، لتغطي الآثار السلبية ، إلا أن دور البديل سرعان مازال خاصة مع ظهور السلطات الإدارية المستقلة وأصبحت الأصل ، وهذا ما حصل في فرنسا فبتكريس تحول دور الدولة من المتدخلة إلى الضابطة ظهرت سلطات الضبط التي أوكلت

(1) \_ZOUIAMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes, et la régulation économique, IDARA, N°26, 2003. p83

(2) \_Marie-José. GUEDON, les autorités administratives indépendantes, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1991 ; p 118

(3) -داود منصور ، مرجع سابق ، ص 366

(4) \_ نورة حمليل ، النظام القانوني للسوق المالية الجزائرية ، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في العلوم ، جامعة معمرى، تيزي وزو. 2014 ص 107

(5) \_الهام خريشي ، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة ، مرجع سابق . ص 300\_ 301

(6) \_الهام فاضل ، «العقوبات الإدارية لمواجهة خطر المنشآت المصنفة على البيئة في التشريع الجزائري» ، دفاقر السياسة والقانون ، جامعة ورقلة،

العدد 09 ، جوان 2013 ، ص 317



إلها مهمة تنظيم القطاعات الاقتصادية والمالية ، فرضت العقوبات نفسها ، وذلك لعدم قدرة الأساليب التقليدية على مساندة هذا التحول<sup>(1)</sup>.

لقد شملت ظاهرة إزالة التجريم حتى الجزائر، فالقمع الإداري كان معروفا وليس جديدا في الجزائر، وقد ساهم في ظهور القمع الإداري عاملين ، الأول مرتبط أساسا بالاستعمار فهو تاريخي إذ منذ أن استقلت الجزائر قامت بتطبيق النصوص القانونية التي ورثتها من فرنسا ، لاسيما في المجال الاقتصادي ، أما العامل الثاني فهو التوجه الاقتصادي الذي تبنته الجزائر حيث بمجرد الانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة ، حل محل العقاب الجزائي العقاب الإداري<sup>(2)</sup>. فكل حد من التجريم هو حد من العقاب<sup>(3)</sup>.

## 2\_ تقدير نظرية إزالة التجريم:

على الرغم أن فكرة الحد من التجريم تبدو من الوهلة الأولى نظرية ايجابية على اعتبار ارتباطها بسعي المشرع إلى إرضاء الضمير الاجتماعي من خلال إلغاء تجريم سلوك معين أو تجريم آخر<sup>(4)</sup>. فرغبة المشرع في مساندة متطلبات النجاعة الاقتصادية والحزم في مواجهة الانحراف الاقتصادي جعلته لا يولي اهتماما بشخصية المجرم او بإمكانية إصلاحه كما لا يهتم بظروفه الاجتماعية والنفسية ، فوظيفة العقوبة تنصب بشكل أساسي على قسيمة تعويضية لما لحق الإدارة من أضرار ناجمة عن الجريمة الاقتصادية<sup>(5)</sup> ، ولهذه الظاهرة مزايا وعيوب .

### • مزايا التحول عن الإجراء الجنائي ( إزالة التجريم ) :

\_ يساعد على تخفيف العبء عن الجهاز القضائي على اعتبار انه يسمح بإتاحة الوقت اللازم للمحاكم للتفرغ للقضايا الهامة والتي لا بديل لحلها إلا بالإجراءات الجنائية .

\_ يسمح بحل النزاع بعيدا عن الجزاءات الجنائية وأثارها السلبية التي تؤثر على المحكوم عليه .

\_ تقديم الوسائل المناسبة التي تساعد في الإسراع بإنهاء النزاع بما تتحقق معه مصلحة المجني عليه .

\_ يضمن ويسهل على الأقل في إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه أو تعويض المجني عليه من الأضرار التي لحقت به<sup>(6)</sup>.

(1)-داود منصور ، مرجع سابق ص 367

(2)-داود منصور ، مرجع سابق ، ص 368

(3)-الطيب شرقاوي ،«السياسة الجنائية مفهومها وآليات وضعها وتنفيذها» ،مجلة السياسة الجنائية بالمغرب ، المجلد الثاني ، ط1 ، منشورات جمعية المعلومات القانونية والقضائية ، عدد 4 ، 2005 ، ص 31

(4)-فيصل نسيغة ، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2010 ، 2011 ، ص 31

(5)-إيهاب الروسان« خصائص الجريمة الاقتصادية ( دراسة في المفهوم والأركان)» ، دفاثر السياسة والقانون ، جامعة ورقلة ، العدد 07 ، جوان 2012 ، ص 105

(6)-فيصل نسيغة ، مرجع نفسه ، ص 37

\_ خولت السلطات الإدارية المستقلة سلطة توقيع العقاب بناء على عدة اعتبارات ومن أهمها عدم وجود الخطأ الجنائي للشخص المعنوي، فالاستعانة بالهيئات الإدارية المستقلة يترجم نوعاً من الاحتراس والشك تجاه القاضي، وتضمن الحقوق<sup>(1)</sup>.

• عيوب ظاهرة إزالة التجريم :

تحمل هذه الظاهرة في طياتها مجموعة من المآخذ أو الانتقادات تنصب أساساً حول :

\_ يمكن أن يؤدي هذا النظام إلى اهتزاز ثقة الأفراد في النظام الجنائي باعتباره الوسيلة الرادعة والفعالة في أغلب الحالات وخاصة إذا ما خضع الأمر للمساومة بين الجاني والمجني عليه .

\_ إن الاعتماد في تطبيق هذا النظام على اعتراف الفاعل سيؤدي بالبعض إلى الاعتراف على أنفسهم كذبا لتجنب الطريق القضائي والإدانة<sup>(2)</sup>.

ولهذا فإن الضمانات الممنوحة للمعرضين للعقاب تحد نوعاً ما من الآثار السلبية للظاهرة .

ثانياً \_ فعالية العقوبة الموقعة من طرف السلطات الإدارية المستقلة:

إن العقوبة التي تفرضها السلطات الإدارية المستقلة تكون بشكل أكثر فعالية وبساطة وسرعة<sup>(3)</sup> مع احتفاظها بالهدف الذي جاءت من أجله ألا وهو الردع<sup>(4)</sup> وتبرز الفعالية من خلال:

\_ تميز هذه العقوبة بالردع أكثر من الجزاءات التي يوقعها القاضي فإذا نظرنا إلى أنواع العقوبات الموقعة من السلطات الإدارية المستقلة والمتمثلة على سبيل المثال في عقوبة سحب التراخيص أو الاعتمادات أو المنع من دخول أو ممارسة المهنة فذلك سيكون أكثر إيلاماً وإضراراً من عقوبة فرض الغرامة مهما كان مبلغها ، أو عقوبة الحبس مع وقف التنفيذ<sup>(5)</sup>، وللردع الإداري وجهان : الردع العام ويقصد به تحذير باقي أعوان القطاع الذين تراودهم فكرة ارتكاب المخالفة من أنهم سينالون نفس العقوبة التي توقع على الشخص المخالف الذي ارتكبها فعلاً ، أما الوجه الثاني فهو الردع الخاص ويقصد به إيلاام المخالف بالقدر اللازم الذي يمنعه من التفكير في العودة إلى ارتكاب المخالفة<sup>(6)</sup>.

(1) - نجاه طابع ، « اللجنة المصرفية كجهة قمعية في مجال المساءلة المهنية للبنوك »، من أعمال الملتقى الوطني حول "سلطات الضبط المستقلة في

المجال الاقتصادي والمالي"، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، بجاية ، 23\_24 ماي 2007 ، ص 220

(2) - فيصل نسيغة ، مرجع سابق ص 38

(3) - الهام خرشي ، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة ، مرجع سابق ص 301

(4) - أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي العام ، ط10 ، الجزائر ، دار هومة ، سنة 2011 ص 244

(5) - الهام خرشي ، مرجع نفسه ، ص 301

(6) - داود منصور ، مرجع سابق ، ص 370

\_ إن الردع الإداري يعطي درسا لكل الأعوان الاقتصاديين والمتدخلين في القطاع ، وتولد في نفوسهم نوعا من الردع والخوف في مواجهة العقوبة نفسها في حالة مخالفتهم للقوانين والتنظيمات الضابطة للقطاع<sup>(1)</sup>. كما أن ممارسة سلطات الضبط المستقلة لهذا الردع هو نوع من التحذير والتذكير للأعوان الآخرين بأنه توجد قواعد قانونية يجب احترامها<sup>(2)</sup>.

\_ تقوم السلطات الإدارية المستقلة بإجراء مكمل وهام للردع الإداري وهو نشر القرارات الموقعة للعقوبات. الإجراء الذي يعلم بواسطته الفاعلين والمتدخلين في القطاع بالعقوبات المفروضة لأن الجلسات تتم بسرية، فالنشر إجراء يقابل مبدأ

علنية النطق بالأحكام أو العقوبات من طرف القاضي<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث: ممارسة السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة

تتمتع السلطات الإدارية المستقلة بالسلطة القمعية التي كرستها قوانين إنشائها وفي هذا الإطار منحت هذه السلطات سلطة التحقيق من أجل جمع المعلومات حول الأعوان الاقتصاديين ولذلك سنتطرق إلى سلطة التحقيق أولا ثم ممارسة السلطة القمعية .

#### أولا- سلطة التحقيق كوسيلة من وسائل ممارسة السلطة القمعية

لقد خولت معظم تشريعات دول العالم بصفة عامة والتشريع الجزائري بصفة خاصة ، سلطة البحث والتحري والتأكد من مدى توفر وتقييد المتعاملين بالأحكام التشريعية والتنظيمية لصالح سلطات الضبط ، وذلك بهدف حماية الادخار العام عن طريق ضمان الشفافية على السوق وتحقيق المساواة في المعاملة بين المساهمين<sup>(4)</sup>. ويوجد نوعين أساسيين من التحقيق وهما : التحقيق غير الردي والتحقيق الردي :

\_ التحقيق غير الردي : وهو الذي يمكن هذه السلطات من الحصول على المعلومات حول القطاع الذي كلفت بضبطه والذي يمكنها من الدخول الى مختلف المؤسسات وفحص المستندات والوثائق للحصول على المعلومات المطلوبة<sup>(5)</sup>.

(1)- إلهام خوشي ، مرجع نفسه، ص 301

(2)- داود منصور ، مرجع نفسه ، ص 371

(3)- أنظر إلهام خوشي ، مرجع نفسه ، ص 301

(4)- نصيرة تواتي ، تواتي نصيرة، ضبط سوق القيم المنقولة الجزائرية "دراسة مقارنة". أطروحة دكتوراه علوم ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2013 ، ص 253

(5)- إلهام خوشي ، مرجع سابق ، ص 316

فبالنسبة لمجلس المنافسة مثلا يتولى المقرر العام والمقررون التحقيق في القضايا التي يسندها إليهم رئيس مجلس المنافسة وتتمثل التحقيقات البسيطة أو العادية في تلك التحقيقات التي تتم دون إكراه المؤسسة المعنية على الرضوخ لها لهذا السبب تم تسميتها بـ "التحقيقات غير القمعية" يمنح التحقيق البسيط للمحققين حقوقا مختلفة وذلك بمقتضى قانون المنافسة الجزائري<sup>(1)</sup> في المادة 37 من الأمر 03\_03 .

\_ التحقيق الردعي : يتعلق الأمر بالتحقيقات الشبيهة بعمليات الشرطة بما أنها لا تكتفي بالإطلاع على الوثائق والمعينة لكن زيادة على ذلك ، فهي تحقيقات تسعى وراء البحث عن المخالفات وهي تتضمن سلطات واسعة مثل التفتيش والحجز كما يسمح هذا النوع من التحقيقات بقيام المحققين بالاستيلاء على الوثائق والمستندات التي يرونها ضرورية للتحقيق<sup>(2)</sup> لذلك يجب أن يكون للتحقيق كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح و كفالاته و ضماناته إذ يجب أن يتم في حدود الأصول العامة وبمراعاة الضمانات الأساسية التي تقوم عليها حكمته بأن تتوافر فيه ضمانات السلامة والحيدة والاستقصاء لصالح الحقيقة، وأن تكفل به حماية حق الدفاع<sup>(3)</sup> والتحقيق يعتبر أمرا ضروريا للإلباس العقوبة ثوب العدالة والواقعية ، وبهذا المعنى يعتبر التحقيق من أهم الضمانات<sup>(4)</sup> . والتحقيق الردعي لا يتم إلا بإذن من القاضي لأنه ينطوي على وسائل قصيره: مثل البحث والاستيلاء على الوثائق ، ولا يمكن أن يتم إلا في ظل ظروف معينة تضمن حقوق الشخص المعني بالتحقيق<sup>(5)</sup> ، وللحصول على هذا الإذن يجب على المعني إقناع القاضي بعدم وجود مؤشرات كافية لكنها متناسقة وخطيرة تدل على ارتكاب مخالفات ويجب أن يقتنع القاضي أن التحقيق البسيط والعادي لا يكفي لوحده للوصول إلى إثبات هذه المخالفات فلا يمكن اللجوء إلى مثل هذه الإجراءات القمعية إلا في إطار التحقيقات التي تباشرها اللجنة الأوروبية ، أو الوزير المكلف بالاقتصاد ، أو المقرر العام لسلطة المنافسة الفرنسية باقتراح من المقرر<sup>(6)</sup> .

وللتمييز بين التحقيق الردعي والتحقيق غير الردعي استخلص الفقه الفرنسي ثلاثة معايير من خلال قرارين للمجلس الدستوري الفرنسي هما القرار رقم 181/84 المؤرخ في 10/11/1984 والقرار رقم 87/240 المؤرخ في 19/01/1988 وهي :

- المعيار الأول : يتعلق بمدى توفر عنصر الإكراه أو القمع الممارس على الشخص فزيارة الهيئة البسيطة للمؤسسة يعد تحقيقا إداريا ، أما إذا كان إجراء التحقيق يتطلب الحجز والتفتيش ، فإن درجة القمع

(1)- جلال مسعد زوجة محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه علوم فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2012 ، ص 285

(2)- جلال مسعد زوجة محتوت ، مرجع نفسه ، ص 286

(3)- ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2010 ، ص 517

(4)- صبري جبلي أحمد عبد العال ، التأديب وفاعليته في تقويم انحراف الموظف العام في النظامين الإداري الوضعي والإسلامي ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2014 ، ص 125

(5) \_ Les enquêtes de l'autorité de la concurrence et de la DGCCRF. Les article 450\_3, 450\_4 du code de commerce ([www.gouache.fr](http://www.gouache.fr)) 2019/12/14 .

(6)- جلال مسعد زوجة محتوت ، مرجع سابق ، ص 287

الممارس تزيد ومنه يصبح المساس بالحرية أمر وارد ، ولذلك يصبح تدخل القاضي مطلوب حتى لا يكون هناك خرق للمادة 66 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل<sup>(1)</sup>، التي تقابلها المادة 47 من الدستور الجزائري المعدل ويكون بموجب أمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة<sup>(2)</sup>

- المعيار الثاني: يتعلق بمدى القمع الممارس ، فإذا كان القمع يتعدى مدة محددة ، فيجب هنا أن يتدخل القاضي ، والمدة الملائمة تخضع لتقدير هذا الأخير.
- المعيار الثالث يتعلق بالطبيعة الإدارية للهيئة، التي تتعارض مع منحها السلطة العقابية بشرط أن تكون تحت رقابة القاضي العادي<sup>(3)</sup>.

ولكي تكون عمليات التحقيق القمعي مقبولة في مواجهة المبادئ التي تضمن الحريات الفردية لاسيما تلك المتعلقة بانتهاك حرمة السكن كما ذكرنا سابقا لابد من توفر ثلاثة شروط أساسية:

- \_ يجب تحديد المخالفات التي يباشر فيها المحققون بالبحث عن الأدلة بشأنها .
  - \_ يجب على القاضي أن يتأكد من مدى تأسيس طلب الترخيص بالتحقيق القمعي .
  - \_ يجب أن تكون لدى القاضي الذي يرخص بالتحقيق القمعي إمكانية للتدخل والرقابة أثناء إجراء عمليات التحقيق المرخص بها<sup>(4)</sup>.
- يبدو مما سبق أن سلطة التحقيق مقيدة بإذن مسبق من القاضي<sup>(5)</sup> وذلك للمحافظة على الضمانات التي كفلها الدستور والقانون .

#### ثانيا : مجال السلطة القمعية:

لقد حدد المشرع الجزائري مجالات السلطة القمعية للسلطات الإدارية المستقلة فنجد مثلا :

- \_ مجلس المنافسة : حيث يوقع المجلس عقوبات على الممارسات المقيدة للمنافسة أو إذا أثبتت التحقيقات المتعلقة بشروط تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بالمنافسة بأن تطبيق هذه النصوص يترتب عليه قيود على المنافسة<sup>(6)</sup>.

(1)- إلهام خريشي ، مرجع سابق ص 317

(2)- دستور 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر، عدد 25 المعدل والمتمم بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج.ر، عدد 14 لسنة 2016

(3)- إلهام خريشي ، مرجع نفسه ، ص 317

(4)- جلال مسعد زوجة محتوت ، مرجع سابق ، ص 287\_288

(5)- إلهام خريشي ، مرجع سابق ، ص 318

(6)- المادة 37 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 03-03 يتعلق بالمنافسة، ج ر 43 سنة، 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، ج ر عدد

\_ لجنة تنظيم عمليات البورصة : تنص المادة 53 من المرسوم التشريعي رقم 10/93 على ما يلي : « تكون الغرفة المذكورة أعلاه مختصة في المجال التأديبي لدراسة أي إخلال بالواجبات المهنية وأخلاقيات المهنة من جانب الوسطاء في عمليات البورصة وكل مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليهم » ، فالوسطاء في عمليات البورصة هم محور اختصاص الغرفة التأديبية للجنة ، بعكس ما سلكه المشرع الفرنسي ، حيث اقر للجنة العقوبات على مستوى سلطة الأسواق المالية بفرض عقوبات على كل المتدخلين في السوق سواء مهنيين أو غير مهنيين<sup>(1)</sup> .

\_ اللجنة المصرفية : حسب نص المادة 114 التي تنص على ما يلي : « إذا أخل بنك أو مؤسسة مالية بأخذ الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاطه أو لم يذعن لأمر أو لم يأخذ في الحسبان التحذير يمكن للجنة أن تقضي بإحدى العقوبات ... »<sup>(2)</sup> ، فتظهر اللجنة كهيئة عقابية مهنية تخدم مجال الضبط وتجسد غاية الدولة في انتهاجها آليات جديدة للضبط الاقتصادي، فالسلطة القمعية لهذه السلطات هي بصفة عامة ممارسة لامتيازات السلطة العامة<sup>(3)</sup> .

إذا كانت سلطة فرض العقوبات قد انتقلت من القاضي الجزائي إلى السلطات الإدارية المستقلة، فليس معنى ذلك أنه يتم تطبيق كل أنواع العقوبات التي ينطق بها القاضي<sup>(4)</sup> فهناك شروط وأهمها :

\_ أن لا تكون العقوبات سالبة للحرية: لأنها تمس بحقوق وحرية الأفراد ، لذلك فقد وضع المشرع ضمانات من أجل التطبيق الأمثل لها ، ومنها قضائية العقوبة<sup>(5)</sup> .

\_ احترام المبادئ الأساسية: إن النظام العقابي المتبع أمام سلطات الضبط يخضع لنفس النظام الإجرائي المتبع أمام القاضي الجزائي ، أي انه يخضع للضمانات والمبادئ العامة للقانون .

<sup>(1)</sup> \_ Emmanuelle. BOURETZ et Jean-Louis. EMERY, autorités des marchés Financière et commission bancaire, pouvoirs de sanction et recours, Editions Revue banque, Paris, 2008, P21

<sup>(2)</sup> المادة 114 من الأمر رقم 11\_03 المؤرخ في 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض ، ج ر عدد 52 لسنة 2003

<sup>(3)</sup> - نجاة طباع ، «اللجنة المصرفية كجهة قمعية في مجال المساءلة المهنية للبنوك» ، مرجع سابق ، ص 222\_223

<sup>(4)</sup> -إلهام خزشي ، مرجع سابق ، ص 303

<sup>(5)</sup> - يقصد بقضائية العقوبة ( أن السلطة القضائية هي التي تحتكر توقيع العقوبات الجزائية ) للتفصيل انظر، سارة معاش ، " العقوبات السالبة للحرية " في التشريع الجزائري ، دار الوفاء للطباعة والنشر، سنة 2016، ص 55

## الخاتمة :

تعد السلطة القمعية المخولة للسلطات الإدارية المستقلة من أهم الصلاحيات ذات الطابع شبه القضائي وقد توصلنا من خلال هذه الورقة البحثية إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات تتمحور حول :

- يبدو موقف المشرع الدستوري الجزائري واضحا من خلال قراراته التي يستشف منها عدم تأسيس أو التكريس الدستوري للسلطة القمعية، لكن من جهة أخرى فقد منح مجلس المنافسة وهو جهة إدارية صلاحية النظر في الممارسة المنافسة للمنافسة الحرة.
- لم يعد لجوء المشرع للتهديد الجنائي مجديا لكفالة حسن تنفيذ النصوص التنظيمية في بعض القطاعات الاقتصادية أو المالية، فقد أدى عدم ارتياح القاضي الجنائي للنظر في تلك المجالات التقنية والمعقدة، والذي يرجع السبب فيها إلى عدم فاعلية النصوص الجنائية الناظمة لها وعدم قدرة الأساليب التقليدية في ضبط هذه القطاعات، إلى نقل السلطة العقابية للقاضي الجنائي لصالح هيئات أخرى أكثر قربا لتلك القطاعات .
- إن هذا التحول في الصلاحيات يدل على رفض التدخل القضائي في القطاعات الاقتصادية، لأن سلطة القضاء الموكله للقاضي أظهرت محدوديتها سواء من حيث محدودية العدالة الجنائية وعدم مواكبتها للتطورات الاقتصادية أو من حيث تسيير هذه القطاعات بطابع جد تقني يصعب على القاضي إستعبابه وهذا ما يتأتى من خلال سياسة إزالة التجريم وفعالية العقوبات الموقعة من طرف السلطات الإدارية المستقلة .
- تتمتع السلطات الإدارية المستقلة في إطار ممارسة السلطة القمعية بصلاحيات مهمة تتمثل في سلطة التحقيق المقيدة بإذن مسبق من القاضي ، وذلك ضمن المجالات التي حولها القانون.

## الاقتراحات:

- إن تناقض النصوص بشأن مشروعية السلطة القمعية التي تمارسها السلطات الإدارية المستقلة من شأنه التأثير على قيام هذه الأخيرة بالصلاحيات المخولة لها ، لذلك لابد من توحيد النصوص وأراء المجلس الدستورية، وحتى لا تخرق هذه الصلاحية مبدأ الفصل بين السلطات لابد من قابليتها للطعن القضائي.
- تثار الإشكالية عند إمكانية التلاقي بين العقوبات الجزائية والعقوبات التي توقعها الهيئات الضبطية المستقلة ، فالسلطة القمعية الممنوحة لهذه الهيئات جاءت بظاهرة إزالة التجريم لكن هذه الظاهرة تظهر أحيانا جزئية فتسمح بالتدخل السريع للهيئات الإدارية المستقلة وبعدها يتدخل القضاء الجزائي لما يتعلق الأمر بالعقوبات السالبة للحرية التي لا يمكن للهيئات الإدارية المستقلة أن توقعها لذلك توجب على المشرع تاطير هذه الصلاحية بقانون واضح وصريح

## قائمة المراجع :

### الدستور:

- 1- دستور 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002، ج.ر، عدد 25 المعدل و المتمم بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ج.ر، عدد 14، لسنة 2016

### الفقه الدستوري:

- 1- قرار رقم 02.ق.ق.م.د 89 المؤرخ في 30 غشت 1989 يتعلق بالقانون الأساسي للنائب ، ج ر عدد 37 لسنة 1989
- 2- رأي رقم 01.ر.ق.م.د 89 المؤرخ في 28/08/1989 المتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني موقع المجلس الدستوري [www.Conseil\\_Constitutionnel.dz](http://www.Conseil_Constitutionnel.dz)
- 3- رأي رقم 02/ر.م.د/12، المؤرخ في 08 يناير 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور ، ج ر عدد 02، لسنة 2012.

### القوانين:

- 1- الأمر رقم 11\_03 المؤرخ في 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض ، ج ر عدد 52 لسنة 2003
- 2- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 03-03 يتعلق بالمنافسة، ج ر 43 سنة، 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، ج ر عدد 45 سنة 2010.

### الكتب:

- 1- أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي العام ، ط 10 ، الجزائر ، دار هومة ، سنة 2011
- 2- سمير اللحام رنا: السلطات الإدارية المستقلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 1، 2015.
- 3- صبري جبلي أحمد عبد العال ، التأديب وفاعليته في تقويم انحراف الموظف العام في النظامين الإداري الوضعي والإسلامي ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، ط 1 ، 2014
- 4- ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2010 ،
- 5- محمد المجذوب ، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان واهم النظم الدستورية والسياسية في العالم ، ط 4 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2002 .
- 6- وجمالين وليد : سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر والتوزيع، دار البيضاء، الجزائر، 2011.

### الأطروحات والرسائل الجامعية:

- 1- إلهام خرشي ، السلطات الإدارية المستقلة في ظل الدولة الضابطة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين، سطيف 2، 2015.
- 2- جلال مسعد زوجت محتوت، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، أطروحة دكتوراه علوم فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2012



- 3- داود منصور ، الآليات القانونية لضبط النشاط الإقتصادي في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016،
- 4- عز الدين عيساوي، السلطة القمعية للهيئات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.2005. امعة مولود معمري تيزي وزو ، سنة 2010\_2011،
- 5- فيصل نسيغة ، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2010-2011 .
- 6- نصيرة تواتي ، تواتي نصيرة، ضبط سوق القيم المنقولة الجزائرية "دراسة مقارنة". أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2013 .
- 7- نواره حمليل ، النظام القانوني للسوق المالية الجزائرية، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في العلوم ، جامعة معمري، تيزي وزو. 2014
- 8- ويزة لحراري (شالح). حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، سنة 2010\_2011

#### المقالات العلمية :

- 1- إلهام فاضل ،«العقوبات الإدارية لمواجهة خطر المنشآت المصنفة على البيئة في التشريع الجزائري »، دفاتر السياسة والقانون ، جامعة ورقلة، العدد 09 ، جوان 2013.
- 2- إيهاب الروسان، « خصائص الجريمة الاقتصادية ( دراسة في المفهوم والأركان)»، دفاتر السياسة والقانون ، جامعة ورقلة ، العدد 07 ، جوان 2012 ،
- 3- الطيب شرقاوي ،«السياسة الجنائية مفهومها وآليات وضعها وتنفيذها»، مجلة السياسة الجنائية بالمغرب ، المجلد الثاني ، ط 1 ، منشورات جمعية المعلومات القانونية والقضائية ، عدد 4 ، 2005 .
- 4- نجاة طباع ،« اللجنة المصرفية كجهة قمعية في مجال المساءلة المهنية للبنوك»، من أعمال الملتقى الوطني حول "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، جامعة عبد الرحمن ميرة ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، بجاية ، 23\_24 ماي 2007 ،

#### اتفاقيات دولية :

- 1- اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا ، روما في 04 نوفمبر 1950
- 2- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادرة في 26 أوت 1789

#### 1- Ouvrages :

- 1- Marie-José. GUEDON, les autorités administratives indépendantes, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1991



## 2- Articles et communications

- 1- Georges. LAVASSEUR, « le problème de la dépénalisation », Archive de la politique criminelle, N°06 , 1983
- 2- ZOUIAMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes, et la régulation économique, IDARA, N°26, 2003
- 3- Emmanuelle. BOURETZ et Jean-Louis. EMERY, autorités des marchés Financière et commission bancaire, pouvoirs de sanction et recours, Editions Revue banque, Paris, 2008

## 3-Webographie:

1. Conseil constitutionnel .Décision N°88-248 DC. du 17 janvier 1989 loi modifiant la loi N°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 15 [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) 2019/12/07 .
2. Conseil constitutionnel .Décision N° 84\_181 DC du 11/10/1984, loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse Journal officiel du 13 octobre 1984, p3200 Recueil <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-84-181-dc-du-11-octobre-1984.8135.html> 2019/12/10
3. Conseil constitutionnel .Décision N° 89\_260 DC du 28/07/1989, loi relative à la sécurité et à la transparence du marché Financier, considérant N6 .Jo. du 01\_08\_ 1989 , P9676 , Recueil <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-89-260-dc-du-28-juillet-1989.8652.html> 2019/12/14
4. Les enquêtes de l'autorité de la concurrence et de la DGCCRF. Les article 450\_3, 450\_4 du code de commerce ([www.gouache.fr](http://www.gouache.fr)) 2019/12/14

## حدود الإفصاح عن السرية المتعلقة بالاختراعات The limits of disclosure of confidentiality related to inventions

بادي بوقميحة نجيبة\*

جامعة الجزائر-1

[n.boukemiha@univ-alger.dz](mailto:n.boukemiha@univ-alger.dz)

تاريخ القبول: 2020-06-11

تاريخ المراجعة: 2020-06-10

تاريخ الإيداع: 2020-04-12

### ملخص:

تنطوي عادة الاختراعات على جانب من السرية، إلا أنه مراعاة للمصلحة العامة داخل المجتمع، ومراعاة لتكريس البعد التكنولوجي للتنمية المستدامة أصبح من الضروري الإفصاح عن سر الاختراع. ويكون ذلك بداية بتحديد إطار السرية، في حالة الاختراعات غير المبرأة، لأن المجال هنا يمكنه أن يشمل المعلومات غير المفصح عنها وأيضا المعرفة الفنية. كما تحدد أهمية سر الاختراع في حالة الاختراعات المبرأة، أي الاختراعات التي منحت بخصوصها براءات الاختراع. الكلمات المفتاحية: الإفصاح؛ الاختراع؛ السرية؛ المعرفة الفنية؛ التكنولوجيا.

### Abstract

Inventions are generally covered by confidentiality, in order to satisfy the general interest of society and to devote the technological breadth of sustainable development, being necessary in the disclosure of the secret of the invention.

It starts with the clarity of the confidentiality framework, in the case of unpatented inventions, as it can include undisclosed information as well as technical knowledge, and also determines the importance of the secrecy of the invention in the case of patented inventions, as well as inventions for which patents have been granted.

**Key words:** disclosure ; invention ; confidentiality ; know-how ; technology.

\* المؤلف المراسل: بادي بوقميحة نجيبة.

## مقدمة:

لقد تباينت مواقف الدول في ظل اتفاق تريبس الذي تديره المنظمة العالمية للتجارة، والمتعلق بحقوق الملكية الفكرية، لوضع جدول الأعمال والاتفاق على أسلوب العمل بما يعكس التفاوت في المصالح.

فالدول النامية أرادت وضع مجموعة من الأهداف المحددة وتريد أن تبحث عن كيفية تحقيقها.

هذا في حين أرادت الدول المتقدمة التركيز على مسائل نظرية جدلية مثل المقصود بنقل التكنولوجيا وطرق نقلها. بينما رأَت الولايات المتحدة أن يظل عمل المجموعة في إطار الدراسة والتحليل النظري وأن المجموعة ليست ملزمة بأن تضع توصيات للمؤتمر الخامس في كانون في 2003، وعبرت عن رأيها بإخراج هذا الموضوع وخصوصا التكنولوجيا من إطار منظمة التجارة العالمية والتشاور بشأنه خارجها، وكأن الولايات المتحدة تكتفي بما توصلت إليه في اتفاق تريبس من قواعد خاصة بنقل التكنولوجيا ترى أنها تحقق مصالحها ولا ترغب حتى في النظر في كيفية تفعيل ما ورد في الاتفاق ذاته من أحكام.

ودائما في سياق التكنولوجيا، ومن بين المواضيع الأكثر تأثرا باتفاق تريبس نجد الموضوع بالغ الأهمية، وهو المتعلق بالصحة، ومن جهة مقابلة نجد موضوع الأصناف النباتية باعتباره يندرج تحت التكنولوجيا الحديثة وله علاقة وطيدة بتحقيق الأمن الغذائي.

حيث أن حماية ثم تحرير تلك الاختراعات كان في صالح البلدان المتقدمة، خاصة وأنها تمتلك 90% من براءات الاختراع في العالم في حين تملك الولايات المتحدة 75% منها، بينما الدول النامية لن تستفيد كثيرا من هذا التنظيم، بل يمكن أن يكون له أثر سلبي بعد رفع القيود<sup>(1)</sup>.

وباعتبار أن للتكنولوجيا أهمية بارزة، ودورا حيويا في التنمية والاقتصاد في البلدان النامية، فإن المحتوى التكنولوجي للتركيبية الكيميائية المتواجدة في العديد من الاختراعات المتعلقة بالصناعات كثيفة التكنولوجيا الدقيقة والمعقدة التي تتطلب قدرا كبيرا من التطور العلمي والتكنولوجي، نجدها من بين الصناعات التي تكتنفها الأسرار التجارية والتي تحول دون إمكانية الاستغلال الاقتصادي للاختراع دونما إفصاح.

وباعتبار أن التشريعات سواء الداخلية أو الدولية لم تضع معايير محددة ومضبوطة متعلقة بالإفصاح، فإن إشكالية الدراسة تكون على المنوال التالي: هل الالتزام بالإفصاح في إطار الاختراعات متعلق بموضوع الاختراع، أم بإجراءات الحصول على براءة الاختراع؟.

وبالتالي تكون الإجابة عن الإشكالية وفق المحورين التاليين:

**المحور الأول:** نطاق المعلومات غير المفصح عنها والمتعلقة بالاختراعات.

**المحور الثاني:** الالتزام بالإفصاح في سياق الإجراءات المتعلقة ببراءات الاختراع.

(1) - حسن نصر أبو الفتوح فريد، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 260.

## المحور الأول : نطاق المعلومات غير المفصح عنها والمتعلقة بالاختراعات

قبل التطرق للإطار القانوني المتعلق بالإفصاح لا بد من الإشارة للمقصود بالمعلومات غير المفصح عنها والمتعلقة بالاختراعات.

بحيث تختلف عن المعلومات الخاصة ببراءة الاختراع والتي تتم حمايتها تحت بند البراءة، فالمقصود بالمعلومات غير المفصح عنها هو : "كافة المعلومات السرية المتعلقة بسلعة ما أو بمنتجات معينة بما تشمله من ابتكارات أو تركيبات أو مكونات أو عناصر أو أساليب أو طرق أو وسائل صناعية، وبصفة إجمالية هي مجموعة المعارف الفنية والتكنولوجية والأسرار التجارية المتعلقة بالسلع والمنتجات التي يحتفظ بها المنتج أو الصانع ولم يفصح عنها"<sup>(1)</sup>.

والملاحظ بالرجوع لمحتوى الاتفاقيات الدولية<sup>(2)</sup> ومعظم التشريعات المختلفة التي تطرقت لموضوع المعلومات غير المفصح عنها، أنها لم تضع تعريفا خاصا وجامعا لهذه المعلومات السرية، بحيث يشمل صورها وأشكالها. وإنما اكتفت بذكر الشروط الخاصة بحمايتها، والمغزى من ذلك يرجع إلى طبيعة النشاط التجاري والصناعي الذي يتميز بسرعة التطور والتغير تماشيا مع متطلبات السوق والمنافسة.

كما تقرر التشريعات المقارنة حماية خاصة للمعلومات غير المفصح عنها، تتضمن منع الغير من الاعتداء على هذه الأسرار والمعلومات باستخدام أساليب وممارسات غير شريفة.

وكانت تحمي في معظم التشريعات عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة، غير أن اتفاق تريبس أدخل الأسرار التجارية في عداد الملكية الفكرية وأطلق عليها تسمية المعلومات غير المفصح عنها، وأوجب على الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية حمايتها عن طريق نظام الحماية الذي وضعه في المادة 39 من الاتفاق. ومن الغني عن البيان أن المخترع الذي يستغل اختراعه سرا دون تقديم طلب للحصول على براءة اختراع قد يتعرض للمخاطر.

فقد يتوصل مخترع آخر إلى نفس الاختراع، حينئذ تضيق على المخترع فرصة حماية اختراعه<sup>(3)</sup>.

ولذلك فإن الشركات الصناعية الكبرى لا تلجأ إلى الحصول على براءات اختراع إلا بالنسبة لتلك الاختراعات التي تخشى هذه الشركات أن يتوصل منافسوها إليها في زمن قصير نسبيا<sup>(4)</sup>.

ويلاحظ بأن تعريف اتفاق تريبس للمعلومات غير المفصح عنها جاء موسعاً، فمن جهة، لم يشترط سبق الاستعمال التجاري للسر في العمل الخاص بصاحبه.

ذلك على خلاف التعريف الذي جاء في مدونة المبادئ القانونية بشأن مسؤولية الفعل الضار لسنة 1939.

ومن ثم لا تتوقف حماية الأسرار التجارية وفقا للقانون الموحد (UTSA) على الاستعمال بل تشمل حماية السر التجاري ولو لم يسبق استعماله من قبل في مشروع صاحبه.

(1) - نجيب باوي بومبيجة، تأثير اتفاق تريبس على الدول النامية، الخلدونية، الجزائر، 2018، ص 70.

(2) - ومن بينها اتفاق تريبس، والمتعلق بحقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة، بحيث تديره المنظمة العالمية للتجارة.

(3) - حيث تتواجد هنا أمام وضعيتين، في حالة التوصل إلى اختراع ما: إما الاحتفاظ بالاختراع سرا تحت غطاء المعلومات غير المفصح عنها، أو تسجيل الاختراع مقابل الحصول على براءة الاختراع، وأيضا مع الالتزام بالإفصاح عن السرية التي ينطوي عنها موضوع الاختراع.

(4) - حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، مصر، 1987، ص 86.

ومن جهة ثانية، لا يشترط لحماية الأسرار التجارية في القانون الموحد أن تكون المعلومات السرية التي تشملها الحماية، لها قيمة اقتصادية حالية، بل يكفي أن يكون من المحتمل أن يصبح لها قيمة من الناحية الاقتصادية في المستقبل<sup>(1)</sup>.

والسرية المقصودة هنا هي السرية النسبية لا المطلقة على اعتبار أن البوح بتلك الأسرار لأشخاص ليسوا من ذوي الخبرة على نطاق محدود لا يمس هذا الشرط، كما أن شرط السرية لا يلزم لاكتماله الجدة فلا يتخلف بتخلفها بل تبقى السرية قائمة حتى لو توصلت أكثر من شركة لتلك المعلومات ومع ذلك بقيت كل منها محافظة على سريتها، طالما أن تلك المعلومات غير معروفة على نطاق واسع في المجال المعدة لأجله<sup>(2)</sup>.

وبخصوص التعامل بالسرية، فيمكنه أن يكون في سياق تعاقدية، حيث يمثل الاتفاق على السرية الإطار والضمان القانوني للمحافظة على الأسرار التجارية، إذ يوافق فيها العامل على اعتبار جميع الأسرار التي يعلمها سرية وتفرض عليه الالتزام بعدم إفشاءها، ويمنع عليهم استغلالها لحسابهم الخاص أو لحساب الغير، كما أن قيام صاحب المنشأة بإبرامها مع كل من يتصل عمله بالسر دليل على قيامه باتخاذ تدابير معقولة لحماية هذه الأسرار، ويعبر عن مدى اهتمام المؤسسة بمعلوماتها السرية، وعليه عدم اتخاذ مثل هذه التدابير يفقدها أحد شروط الحماية ويضعف موقفها عند اللجوء إلى القضاء<sup>(3)</sup>.

ولغرض تحديد المقصود بأسرار العمل لا بد من القول أنه ليس كل ما يصل إلى العامل من معلومات أثناء عمله يعتبر واحدا من أسرار العمل، وإنما يجب أن تكون هذه المعلومات غير معروفة لدى الآخرين، ويتربط على ذلك أن إذاعة المعلومات بأية طريقة من الطرق ينفي عنها صفة الأسرار.

ومقتضى الإفشاء أن تكون إذاعة الأسرار للغير، لذا فإنه إذا استخدم العامل الأسرار التي أطلع عليها لحسابه الخاص فإنه لا يكون مغلا بالتزامه بسرية المعلومات، ما لم تكن هذه الأسرار اختراعا سجلت براءته، وما لم يكن العامل قد التزم بشرط عدم المنافسة، كما أنه لا يعتبر إفشاء لأسرار العمل، إلقاء العامل بمعلومات إلى جهات رسمية يتوجب عليه قانونا اطلاعها على هذه المعلومات، وبخلاف ما تقدم فإن إخلال العامل بالتزامه بعدم إفشاء أسرار العمل، يرتب حق لصاحب العمل في التعويض عن الضرر الذي لحقه، كما يحق له أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة متى نشأت عن هذا الإفشاء أضرار معنوية أو مادية واضحة<sup>(4)</sup>.

(1) - حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المصحح عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص. 20.

(2) - عجيل طارق كاظم، الحماية القانونية للمعلومات غير المصحح عنها، الحق: للدراسات الشرعية والقانونية، 2011، العدد 16، ص. 118.

(3) - عماد حمد محمود، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012، ص. 122.

(4) - مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص. 226.

وما سلف ذكره يصدق على حماية المعلومات غير المفصح عنها والتي يمكن أن تتحقق في مختلف الأنظمة القانونية عن طريق إبرام عقود دولية، مثل التعاقد بين دولتين بخصوص نقل التكنولوجيا، والتي تكون منطوية على جانب من السرية<sup>(1)</sup>.

وعليه فالمعلومات غير المفصح عنها إما أن تكون محلا لعقد معين كعقد المعرفة الفنية أو الترخيص الصناعي، وبالتالي يستطيع المتعاقدان أن يطلعا على المعلومات ويستعملانها، وقد لا تكون محلا للعقد ولكن يستطيع المتعاقد بحكم مركزه أن يطلع عليها، كما في عقود العمل والشركة وعقود التوزيع والتسويق، فتتحقق الحماية بوضع شروط تلزم الأطراف بعدم الإفشاء عن المعلومات السرية التي يطلعون عليها. فإذا تضمن العقد شرطا بعدم الإفشاء صار ذلك ملزما لمن تعهد به، لأن مثل هذا الشرط يلائم مقتضى العقد ومن الشروط التي جرى العرف على إدراجها في العقود.

ودائما في سياق التعاقد بخصوص المعلومات غير المفصح عنها، فإنها تبدأ بمرحلة المفاوضات.

وهي مرحلة سابقة على إبرام العقد، من خلالها يتم اطلاع المتلقي على بعض أسرار التقنية من المعلومات التي يقدمها المورد للمتلقي لكي يوازن الأخير بين حاجاته الاقتصادية والفنية ومدى تناسب تكاليف نقل المعارف المتعاقد عليها مع قيمتها الاقتصادية.

ففي هذه المرحلة قد تتعرض المعلومات غير المفصح عنها إلى التسرب خاصة أن المتلقي قد يطلب لإتمام الصفقة الاستعانة بخبراء وهو ما يؤثر في مستوى سرية المعلومات التي قد تتعرض للتسرب، فهنا لا يقع على المتلقي إلا التزام أخلاقي بعدم إفشاء الأسرار، فقد نص تقنين السلوك لنقل التكنولوجيا على أنه "يجب أن يراعي أطراف اتفاق نقل التكنولوجيا عند التفاوض بشأنه، وعند إبرامه أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية في دولهم، لاسيما إذا كانت الدولة المستوردة من الدول النامية، كما يجب أن يراعوا في المفاوضات وفي إبرام الاتفاق وفي تنفيذه، أصول الأمانة التجارية والشرف"<sup>(2)</sup>.

ثم يلي ذلك مرحلة إبرام العقد، ففي هذه المرحلة يتم تحديد طبيعة التزامات كل من الطرفين تحديدا دقيقا وواضحا، ويقع على عاتق المجهز هنا تسليم التكنولوجيا بكل عناصرها وتلقينها لتابعي المتلقي، ولا يعد المجهز هنا قد أدى التزامه بموجب العقد إلا بعد تحقق النتيجة واستيعاب المتلقي عن طريق تابعيه بطبيعة الحال لها، إذ تتباين الطبيعة القانونية للالتزام بالسرية في عقود التكنولوجيا لأطراف العلاقة العقدية المباشرين \_ المجهز والمتلقي \_ عن طبيعة التزام تابعيهم، ويمكن تفسير ذلك على أن التزام التابع (قد يكون عاملا) هو التزام بنتيجة بحيث يفترض الخطأ بمجرد عدم تنفيذ التزامه.

وعليه فإن كل تسرب للمعلومات يخص التقنية المتعاقد عليها وأيما كانت صورة التسرب والإفشاء يعد عاملا لقيام مسؤولية التابع، بينما يعد التزام أطراف العقد بالسرية من قبيل الالتزام ببذل عناية، وفي هذا الخصوص

(1) -Au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce O.M.C , Le 1er juin 2018, l'Union européenne a demandé l'ouverture de consultations avec la Chine au sujet de certaines mesures que la Chine avait imposées en matière de transfert de technologie étrangère en Chine. [WT/DS549/6](http://www.wto.org)

(2) - وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا (الالتزامات المتبادلة والشروط التقيدية دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص209.

قضي بصحة الشروط التي وضعها احد المجهزين للتقنية الخاصة بوضع قيود على زيارة الأماكن الخاصة بالعمل حفاظا على السرية، وتبرير ذلك يكمن في ضرورة اتخاذ كل من المجهز أو المتلقي الاحتياطات اللازمة لعدم تسرب المعرفة ولكي تبقى هذه المعرفة طي الكتمان، لذا فإن تنظيم المحافظة على السرية يكون على شكل شروط ترد في عقد نقل التكنولوجيا<sup>(1)</sup>.

فطرفي العقد -المجهز والمتلقي- هما الأساس في نشوء العقد، والتزامهم مجرد التزام ببذل عناية في حين أن التابعين لهم كالعمال وغيرهم التزامهم هو التزام بتحقيق نتيجة حيث ترتب عليهم المسؤولية بمجرد عدم تنفيذ الالتزام، وكان الأجدر أن يصبح التزام طرفي العقد والتابعين التزام بتحقيق نتيجة لتحقيق العدالة وللحفاظ على سرية المعلومات غير المفصح عنها.

كما يظهر الخطأ العقدي في إطار عقود الترخيص في العلاقة بين صاحب المعلومات غير المفصح عنها والمتنازل إليهم عن حقوق الاستغلال وذلك في حالة عدم قيامهم بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عن عقد الاستغلال، مثال ذلك عدم قيام المرخص له باستغلال المعلومات غير المفصح عنها بما يؤثر سلبا على قيمتها الاقتصادية<sup>(2)</sup>.

هذا ويمكننا أن نتواجد أمام صنف خاص من المعلومات غير المفصح عنها، وهي المتعلقة بالمعرفة الفنية، حيث ارتبط مضمونها في الوهلة الأولى بمجموعة المهارات التي يمتلكها شخص ما في مجال معين تمكنه من إتقان عمله. وتطور هذا المفهوم، حيث اتسع ليغطي كل الطرق الصناعية سواء المشمولة ببراءة الاختراع أو غير قابلة للتبرئة. بالرغم من أن المعرفة الفنية لا يمكن أن تمثل الاختراعات المحمية بنظام البراءة، بالنظر إلى غاية شرط السرية. كما تم الوصول إلى المساواة بين مفهومي الأسرار التجارية والمعرفة الفنية. بالإضافة إلى وضع خصائص محددة يتعين توفرها في مضمون المعرفة الفنية حتى يمكن حمايتها. أي يجب أن تكون ذات قيمة ولها نوع من الجودة وأن تحاط بالسرية<sup>(3)</sup>.

وقد ساهمت المنظمات الاقتصادية الدولية في توضيح تعريف المعرفة الفنية، وعلى رأسها غرفة التجارة الدولية التي تشير إلى أن المعرفة الفنية هي تلك المعارف التطبيقية المتمثلة في الأساليب والمتطلبات اللازمة للاستخدام الفعلي للتقنيات الصناعية، أو لوضع الطرق الصناعية موضع التطبيق، وتضيف غرفة التجارة الدولية أيضا أن المعرفة الفنية تعتبر معارف فنية ذات طبيعة سرية فهي تعد مالا من المنظور الاقتصادي، وأن صفة السرية في هذه المعارف التجارية هي المظهر الرئيسي والسمة الأساسية من دونها لا يمكن أن نعتبرها سلعة يجري عليها التعامل التجاري في مجال النقل الدولي للتكنولوجيا، وعليه يجب أن تكون محلا لحماية القانون<sup>(4)</sup>.

(1) -نداء كاظم محمد المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص172.

(2) - ناصر محمد عبد الله السلطان، حقوق الملكية الفكرية، حق المؤلف والحقوق المجاورة وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية (دراسة في ضوء القانون الإماراتي الجديد والمصري واتفاقية التريس) ط1، أثار للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص265.

(3) - جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها -دراسة مقارنة في القانون الأمريكي-، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص18.

(4) - ذكرى عبد الرزاق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية في ضوء التطورات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص27.



ويتسم هذا المفهوم بكونه ضيق ويتجه إلى حصر فكرة المعرفة الفنية في حدود معارف وتقنيات الصناعة وعمليات التصنيع فقط، دون أن تتعداه إلى غير ذلك من المجالات. وقد تبنت هذا المفهوم العديد من الاتفاقيات والمنظمات الدولية المعنية بنقل التكنولوجيا وحقوق الملكية الفكرية.

فقد عرفت الجمعية الاقتصادية الأوروبية في الدليل الذي أعدته لتحرير عقود نقل المعرفة الفنية الخاص بالصناعة الميكانيكية بأنها "يجوز أن يتمثل مضمون المعرفة الفنية how-know بالنسبة لمنتج معين أو مجموعة منتجات معينة في جميع أو جزء من معارف فنية لازمة لعمليات التصنيع للتقنيات والصيانة، بل ولتسويق هذا المنتج أو هذه المنتجات أو لعناصرها أو لمركباتها وبالنسبة للتقنيات والوسائل يجوز أن يتضمن المعرفة الفنية مجموع أو جزء من معارف تقنية لازمة لإقامتها وتشغيلها".

وكما جاء في الدليل نفسه في المادة السادسة منه "بأن كل اختراع غير مبرأ يعتبر معرفة فنية ولكن ذلك لا يحول دون الحصول على براءة اختراع". كما عرفت غرفة التجارة الدولية مضمون المعرفة الفنية بأنها "المعارف التطبيقية اللازمة لاستخدام فعال لتقنيات صناعية ووضعها موضع الممارسة"<sup>(1)</sup>.

وقد تم التوصل إلى أن حق المعرفة how-know عبارة عن الطرق الجديدة والسرية في الصناعة، كما أن حق المعرفة يعود إلى مرحلة من مراحل التصنيع وأيضاً إلى المعلومات والتجارب المرتبطة به. والمعرفة الفنية تتكون من مجموع المعلومات التي تتعلق بتطبيق إجراء معين أو مرحلة صناعية ويجب أن يكون لمجموع هذه المعلومات خصائص مستحدثة وجديدة عما سبقه<sup>(2)</sup>.

ومقابل ذلك نجد توسيع في مفهوم المعرفة الفنية، لتشمل السر السلبي إلى جانب الأسرار الإيجابية، إذ ترى من الضروري أن تكون المعرفة المكتسبة المتعلقة بالأخطاء التي يمكن تجنبها لها خصائص الأسرار التجارية. ومن خلال ما تقدم تسطر الملاحظات الآتية:

الملاحظة الأولى: إن المفهوم القانوني أو الواسع للمعرفة الفنية يتسع ليدخل مفهوم المعرفة في جميع المجالات الصناعية والتجارية والإدارية والمالية، فهي لا تقتصر على الجانب الصناعي فقط، وتتعدى المفهوم الفني أو الضيق. الملاحظة الثانية: يركز القائلون بالمفهوم القانوني للمعرفة الفنية على بيان خصائصها وهو ما يتضح من تعريفهم لها ورغبة منهم في وضع اطار قانوني لتحديد ملامح هذه الفكرة. وأن خصائصها هي السرية والجدة وقابليتها للانتقال وهو ما يضي عليها تلك الأهمية والفاعلية في التنمية الاقتصادية.

الملاحظة الثالثة: لما كانت المعرفة الفنية لم تصل إلى درجة الحصول على براءة الاختراع، وحيث أن الأخيرة تحظى بالحماية القانونية على المستويين الدولي والوطني، فتكون المعرفة الفنية معرضة لخطر الانتهاك والمنافسة غير المشروعة.

(1) - درع حماد عبد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2003، ص 60.

(2) - محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 74.

لذلك نلاحظ توسيع في مفهوم المعرفة الفنية والاهتمام نحو وضع نظام قانوني فعال لحمايتها.

وهذا ما قرره اتفاق تريبس، إذ ألزم الدول الأعضاء بحماية هذه المعلومات، وكانت الولايات المتحدة من أكثر

الدول تحمسا لإقرار هذه الحماية لتحقيق مصالح شركاتها العملاقة التي تمتلك العديد من المعلومات التكنولوجية والمعارف الفنية السرية.

الملاحظة الرابعة: على الرغم من الربط بين المعرفة الفنية والأسرار الصناعية والتجارية إلا أن ثمة اختلاف بينهما، هو

أن المعرفة الفنية تتميز بخاصية الانتقال والتداول عن السر الصناعي الذي ينتقل في حدود ضيقة لا تتعدى

المؤسسة التي تمتلكه وفروعها على عكس المعرفة الفنية التي تنتقل على نطاق واسع<sup>(1)</sup>.

ونشير هنا أنه يحصر مالكو المعارف الفنية على المحافظة على سريتها ويحتاطون بكل الوسائل لضمان هذه

السرية، ضد كل ما من شأنه إفشاؤها أو إيصالها إلى المنافسين أو الجمهور. وتتم إذاعة السرية عن طريق المتعاملين

مع المنشأة التي تملكها أو زوارها أو العاملين فيها أو عن طريق التعدي عليها بالسرقة أو التقليد، كما يحدث في حالات

التجسس الصناعي أو عن طريق المتعاقدين على نقلها، وسرية المعرفة ذات درجات متفاوتة، فلا يجب أن تكون

مطلقة لأنها يمكن أن تكون نسبية أيضا.

ويتخذ حائز المعرفة الفنية طرقا عديدة للمحافظة على سرية المعارف التي يحوزها بأن يأخذ تعهد من طالب

المعرفة بالمحافظة على سرية المعلومات التي يطلع عليها خلال فترة المفاوضات أو زيارة المنشأة والامتناع عن إذاعتها

واستعمالها قبل إبرام العقد النهائي، وقد تقوم المنشأة في سبيل ذلك باتخاذ تدابير معينة كأن تمنع زوارها والمتعاملين

معها من الوصول إلى سريتها كوضع لافتات مقروءة في الأماكن التي يمنع على هؤلاء دخولها أو التصوير فيها وخاصة

أماكن تجارب التطوير وأماكن التجميع النهائي للطرق التي توصلت إليه<sup>(2)</sup>.

وتجدر الملاحظة أنه كان استلزام السرية المطلقة لوجود السر التجاري أو المعرفة الفنية أمرا منطقيًا، أما في

وقتنا الحالي فإن الأمور جد مختلفة ذلك أن العملية الإنتاجية تتطلب تقسيم العمل على نحو شديد التخصص بما

يتيح الفرصة أمام الكثير من العاملين داخل المشروع للوصول إلى المعرفة الفنية المستخدمة، أو على الأقل على جانب

منها وهذا في حد ذاته يزيد من احتمالات تسربها إلى المشروعات المنافسة، أو حتى عن طريق أحد هؤلاء العمال الذي

قد يتأمر مع مشروع منافس وينقل إليه ما علمه من أسرار تجارية.

بل إن مالك المعرفة الفنية قد يقوم بالترخيص باستعمالها (للغير) ويدخل في العديد من العلاقات التعاقدية

من هذا النوع وهذا الأمر يتيح للأخريين فرصة العلم بتفاصيل هذه الأسرار التجارية.

وعليه فإن اشتراط السرية المطلقة لحماية المعرفة الفنية أصبح أمرا غير وارد في ظل الظروف الاقتصادية

والقانونية الحديثة.

فليس المقصود من سرية المعرفة الفنية إذا أن يقتصر العلم بها على شخص واحد أو أشخاص محددين فقط، بل

المقصود بذلك ألا يمتد العلم بها إلى المشتغلين في فن صناعي معين، حتى تكون في متناول الجميع دون قيد ودون أن

(1) عبد المهدي كاظم، المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفانشيز، مجلة جامعة بابل، المجلد 17، العدد 2، 2009، ص 274.

(2) عبد المهدي كاظم، المرجع نفسه، ص 274.

يمثل ذلك أي اعتداء على حقوق المالك الأصلي.

وبعبارة وجيزة فإن سرية المعرفة الفنية هي سرية نسبية من حيث الأشخاص أي من الممكن ألا يقتصر العلم بها على شخص واحد فقط بل إن نسبية السرية من حيث الأشخاص لا تتصرف فقط إلى إمكان اتصال العلم بها إلى أكثر من شخص، بل تشير أيضاً إلى نسبية الاستثثار بها فهناك شبه إجماع من كل من المحاكم والفقهاء إلى أن مالك المعرفة الفنية ليس له احتكار يخوله إمكانية الاستثثار باستعمال المعرفة الفنية نفسها التي يقوم بها شخص آخر أو حتى عدة أشخاص آخرين بالتوصل إليها بطريقة مستقلة تماماً عن المالك الأول لها<sup>(1)</sup>.

كما أن هؤلاء الآخرين لا يستطيعون من باب أولى منع المالك الأول للمعرفة الفنية من الاستمرار في استعمالها. وعليه، فإنه من الفروض الشائعة أن نجد أكثر من شخص أو مشروع يمكنه امتلاك المعلومات والمعارف الفنية نفسها ولا يطعن ذلك في سريتها طالماً أن كلاً منهم يستخدمها في إطار من الكتمان بل إنه يجوز لأي منهم الترخيص باستعمالها للآخرين ولا يؤدي ذلك إلى التفريط في السرية، وذلك لالتزام المرخص لها بالكتمان. والسرية كما هي نسبية من حيث الأشخاص فهي أيضاً نسبية من حيث الموضوع فلا يشترط أن تكون عناصر المعرفة جميعها سرية أو غير معلومة بطريقة عامة للمشتغلين في فن صناعي ما.

فلقد ذكرنا من قبل أن المعرفة الفنية تكون جديرة بالحماية حتى ولو كانت مكوناتها جميعها أو عناصرها معروفة وذائعة من قبل، طالماً أن هذه العناصر في مجموعها تشكل توليفة أو طريقة جديدة غير ذائعة لمعالجة مسألة ما، كذلك إذا قام شخص ما أو حتى المخترع نفسه، بتطوير طريقة أو وسيلة أخرى لاستعمال أفضل للاختراع الممنوح عنه براءة اختراع مازالت سارية، فإن هذه الطريقة أو الوسيلة تصلح لحمايتها تحت لواء نظرية الأسرار التجارية، على الرغم من أن الموضوع الأصلي (أي الاختراع الصادر عنه براءة) أصبح ذائعاً بين العاملين في الفن الصناعي بل إن المخترع قد يطور بعض المعلومات التجارية لتوزيع أو بيع المنتج المشمول ببراءة اختراع، ويمكن عد هذه المعلومات سرية على الرغم من ذبوع كيفية صنع المنتج نفسه، بل إن شخصاً ما قد يتوصل إلى تطبيق جديد لبراءات اختراع قد انقضت مدتها، ومع ذلك يكون هذا التطبيق الجديد موضوعاً لحماية الأسرار التجارية. وعليه فإن السرية التي تنطوي عليها المعرفة الفنية وتؤهلها للحماية هي السرية النسبية سواء من حيث الموضوع أو الأشخاص<sup>(2)</sup>.

## المحور الثاني: الالتزام بالإفصاح في سياق الإجراءات المتعلقة ببراءات الاختراع

إن التأثير المتعلق بالاختراع والابتكار المحلي في الدول النامية يعتمد إلى حد بعيد على القدرات التكنولوجية والعلمية المتاحة، ومع استثناء عدد قليل من الدول النامية القادرة على تبني بنية أساسية معقولة من البحث العلمي والتطوير، فمن غير المحتمل أن تقدر معظم الدول النامية على أن تحسن أداء الابتكار عندها على نحو جوهري لمجرد

(1) - عبد العزيز راجي، طبيعة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، 2003، ص 37.

(2) - جلال وفاء محمددين، حماية الأسرار التجارية والمعرفة التقنية، مجلة العربية للنادي العربي للمعلومات، السنة الثانية، العدد 01، ص 09.

دعم ومد مناطق نظام حماية الملكية الفكرية، ومنها براءة الاختراع على أساس يتفق مع مقوماتها وبرامجها فيجب عليها مساندة أمر الواقع لتتماشى السياسة الحمائية وفق تطلعاتها وبرامجها فيما يخص تنميتها الاقتصادية<sup>(1)</sup>.

وبخصوص الإفصاح المتعلق ببراءات الاختراع، وبالاختراع بداية، نجد العديد من النصوص الدولية والوطنية، التي تناولت الموضوع، حيث ربطت بين الإفصاح عن سر الاختراع ووصف الاختراع.

بداية بمعاهدة التعاون بشأن البراءات<sup>(2)</sup>، حيث عدت ما يجب أن يقوم به الوصف إذ وفقها يعبر الوصف عن المجال التقني الذي يتصل بالاختراع، فللوصف دور هام إذ هو الذي يكشف فيه عن الاختراع المطلوب حمايته، ويمكن أن يؤدي إلى التعرف عن الطريقة التي يتم بواسطتها إنجاز الاختراع.

وقد جاءت هذه المعاهدة بأحكام خاصة بالطلب الدولي والمتمثلة في ضرورة تعيين الدول التي يريد مودع الطلب حماية اختراعه فيها كذلك فيما إذا كان الطلب يشمل المطالبة بالأولية، إضافة إلى ضرورة تبيان أنواع الحماية التي يودع اختراعه ووفقها على اعتبار أن إسناد الحماية متنوعة.

وهذا على عكس ما جاء في التشريع الجزائري<sup>(3)</sup> الذي اعتبر في هذا المجال البراءة السند الوحيد للحماية إذا فالاختلاف الجذري بين الطلب وفق التشريع الجزائري ووفقا لمعاهدة التعاون بشأن البراءات في أن هذه الأخيرة تشمل على عدة دول يريد الطالب حماية اختراعه فيها، إذا يمكن أن تكون عن طريق إيداع واحد يشمل عدة دول، وهكذا وبعدما كان الطلب يقتصر على الداخل فقط أصبح بالإمكان إيداع طلب دولي مع انضمام الجزائر إلى معاهدة التعاون بشأن البراءات<sup>(4)</sup>.

أما في اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية فجاء أيضا بأحكام خاصة تتلاءم وأهدافه<sup>(5)</sup>، فيعد الإفصاح عن الاختراع من المبادئ الأساسية ولقد تم التعبير عن ذلك الالتزام في المادة 29<sup>(6)</sup> التي يجب إنفاذها بطريقة تكفل أن يتم فهم وتنفيذ الاختراع من جانب شخص تملك الخبرة في ذلك المجال.

(1) - نبيل ونوغي، براءة الاختراع كأداة للتطور التكنولوجي والتنمية الاقتصادية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1، 2016، ص261.

(2) - والمعروفة بمعاهدة واشنطن لعام 1970.

(3) - حيث نصت المادة 04 من الأمر 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع: يعتبر الاختراع جديدا إذا لم يكن مدرجا في حالة التقنية، وتتضمن هذه الحالة كل ما وضع في متناول الجمهور عن طريق وصف كتابي أو شفوي أو استعمال أو أي وسيلة أخرى عبر العالم.

1- الأمر رقم 07-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءات الاختراع، ج. ر. 23 يوليو 2003، عدد 44، ص. 27.

بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي 05-275: المادة 03: يتضمن طلب براءة الاختراع وصف الاختراع، المطلب أو المطالب، الرسومات إذا كانت ضرورية لفهم الوصف، ومختصر وصفي.

وأضافت المادة 26 المتعلقة باختراعات الخدمة، يجب على المخترع والمؤسسة الموظفة إبقاء الاختراع سرا حتى إيداع طلب البراءة.

المادة 36: تمنح نسخة من الوصف والرسومات المودعة لصاحب الطلب بناء على طلبه، أما النسخة الثانية يحتفظ بها لدى المصلحة المختصة.

المرسوم التنفيذي رقم 05 - 275 المؤرخ في 02 أوت 2005 يحدد كليات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، ج. ر 07 أوت 2005، عدد 54، ص. 03.

(4) - المرسوم الرئاسي رقم 92-99 مؤرخ في 15 أبريل سنة 1999، يتضمن المصادقة بتحفظ على معاهدة التعاون بشأن البراءات، المبرمة في واشنطن بتاريخ 19 يونيو 1970 والمعدلة في 28 سبتمبر 1979، وفي 3 فبراير 1984، وعلى لائحته التنفيذية، ج. ر 19 أبريل 1999، العدد 28، ص. 03.

(5) - وقد نصت المادة 07 من الاتفاقية نفسها على الأهداف:

حيث تسهم حماية وإنفاذ حقوق الملكية الفكرية في تشجيع روح الابتكار التكنولوجي ونقل وتعميم التكنولوجيا، بما يحقق المنفعة المشتركة لمنتجي المعرفة التكنولوجية ومستخدمها بالأسلوب الذي يحقق الرفاهية الاجتماعية والاقتصادية والتوازن بين الحقوق والواجبات.

(6) - وهي المادة الواردة تحت عنوان: شروط التقدم بطلبات الحصول على براءات الاختراع.

حيث جاء نص المادة كالتالي:

" على البلدان الأعضاء اشتراط إفصاح المتقدم بطلب الحصول على البراءة عن الاختراع بأسلوب واضح وكامل يكفي لتنفيذ الاختراع من جانب شخص يمتلك الخبرة التخصصية في ذلك المجال، ويجوز اشتراط أن يبين المتقدم أفضل أسلوب يعرفه المخترع لتنفيذ الاختراع في تاريخ التقدم بالطلب أو في تاريخ أسبقية الطلب المقدم حين تزعم الأسبقية.

يجوز للبلدان الأعضاء اشتراط أن يقدم المتقدم بطلب الحصول على براءة اختراع المعلومات المتعلقة بطلبات مماثلة تقدم بها في بلدان أجنبية أو براءات منحت له فيها."

وعليه فإن اتفاق ترس لم يتضمن حكما تفصيليا يتعلق بهذه المسألة باستثناء ما يمكن استخلاصه من المادة 29 سالفه الذكر، والتي تفيد أن ملف الإيداع يجب أن يتضمن وصف واضح وكامل يكفي لتنفيذ الاختراع من جانب شخص متخصص في نفس المجال التكنولوجي الذي ينتهي إليه، كما يجوز أن يقدم صاحب الطلب كذلك وثائق تتضمن المعلومات المتعلقة بطلبات مماثلة تقدم بها في دول أجنبية أو عن براءات منحت له فيها. وأحال إلى اتفاقية باريس<sup>(1)</sup> فيما يتعلق بمكونات ملف الإيداع، والتي بدورها تركت المسألة للتشريعات الوطنية لكل دولة .

وبداية يجب أن يتضمن الملف طلب يهدف للحصول على البراءة وكذا وصفا للاختراع، ويسمى هذا الوصف بالإفصاح عن سر الاختراع، ولم تشر اتفاقية باريس إلى إلزام المخترع بأن يقوم بالإفصاح عن سر اختراعه للجهة المقدم إليها طلب الحماية رغم أهمية هذا الإجراء لفهم الاختراع والقدرة على تنفيذه محليا من طرف الخبراء الوطنيين في المجال الصناعي خصوصا<sup>(2)</sup>، وإن كانت معاهدة التعاون بشأن البراءات قد ذكرت هذا الالتزام في نصوصها بشأن طلبات الدولية للبراءة تحت اسم الوصف حيث نصت المادة 5 من المعاهدة على ما يلي: " يجب أن يكشف الوصف عن الاختراع بطريقة واضحة و كاملة بما فيه الكفاية لكي يتمكن أي شخص من أهل المهنة من تنفيذ الاختراع"<sup>(3)</sup> .

وعليه وبالرجوع لأحكام اتفاق ترس سالفه الذكر، فكل شخص يرغب في الحصول على براءة عن اختراعه يجب عليه أن يقوم بالإفصاح عن سر اختراعه للجهة المانحة للحماية، ويتم الوفاء بهذا الالتزام الإجرائي المهم عن طريق توافر مجموعة من العناصر منها الإلزامية ومنها الاختيارية، تتمثل العناصر الإلزامية في الوصف الواضح والكافي للاختراع وتمكين الخبير المحلي المتخصص في نفس المجال التكنولوجي الذي ينتهي إليه الاختراع من تنفيذه.

(<sup>1</sup>) - المرسوم الرئاسي رقم 97 - 317 المؤرخ في 21 أوت 1997، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى البروتوكول الموقع في باريس بتاريخ 30 نوفمبر 1972، بخصوص المعارض الدولية. المتضمن تعديل الاتفاقية الموقعة في باريس بتاريخ 22 نوفمبر 1928. ج.ر. 17 أوت 1997. عدد 54. ص. 05 .

(<sup>2</sup>) - حيث ينصرف مفهوم الصناعة في اتفاقية باريس إلى جميع الصناعات الاستخراجية والزراعية والمنتجات المصنعة والطبيعية مثل الحبوب، الفواكه، المواشي، المعادن، المياه المعدنية والدقيق.

(<sup>3</sup>) - محمد المسلمي، دور براءة الاختراع في نقل التكنولوجيا، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، العدد 52، 2006، ص 38 .

ويرتبط هذان العنصرين بينهما ارتباطا وثيقا لأن تحقق العنصر الثاني ( التمكين) يجب أن يكون نتيجة تحقق العنصر الأول ( الوصف الواضح والكافي للاختراع) فكفاية ووضوح الوصف المقدم للاختراع من طرف المخترع يجب أن يؤدي حتما إلى تمكين الخبير المحلي من تنفيذه بعد نهاية مدة الحماية.

وتشترط التشريعات الوطنية عادة الوصف الكتابي الذي يرفق بطلب حماية الاختراع أما العنصرين الاختيارين واللذان تركت المادة 29 للتشريعات الوطنية للدول الأعضاء حرية تبنيهما في نصوصها، وهما تقديم المخترع لأفضل أسلوب يعرفه لتنفيذ الاختراع عند تاريخ التقدم بالطلب أو تاريخ الأولوية، وإعطاء الحرية للتشريعات الوطنية للدول الأعضاء في منح الصلاحية لمكاتب البراءات<sup>(1)</sup>.

ومقابل ذلك تلزم صاحب الطلب بتقديم معلومات عن طلبات قدمها لمكاتب براءات أخرى أو عن براءات منحت له فيها. والتزام المخترع بتقديم أفضل أسلوب يعرفه لتنفيذ الاختراع أهمية بالغة عندما يكون للاختراع أكثر من طريقة لتنفيذه وتكون إحداها هي الأفضل للتوصل لتنفيذ واستخدام الاختراع كأن تكون هي الأسهل أو تختصر الكثير من الجهد والمال والوقت.

وهذا ما يساعد الخبراء المحليين في التوصل لاستخدام الاختراع مباشرة بعد انقضاء مدة الحماية، ويجبر المخترع كذلك على عدم كتمان الأسلوب الأفضل لتنفيذ الاختراع<sup>(2)</sup>.

وقد تطرقت معاهدة بوداييست الخاصة بالاعتراف الدولي بإيداع الكائنات الدقيقة لأغراض الإجراءات الخاصة بالبراءات<sup>(3)</sup> لنفس المبدأ، حيث اعتبرت أن المقصود من عبارة "الإجراءات الخاصة بالبراءات" هو كل إجراء إداري أو قضائي يتعلق بطلب براءة أو براءة، أو تمكين الجمهور رسميا من معاينة طلب براءة أو براءة<sup>(4)</sup>.

كما أضافت المعاهدة أن اعتراف الدول المتعاقدة التي تسمح أو تطالب بإيداع الكائنات الدقيقة، بأن ما قدم كعينة هو عينة للكائن الدقيق المودع<sup>(5)</sup>. كما يتعين على سلطة الإيداع الدولية المحافظة على السرية بشأن الكائنات الدقيقة المودعة<sup>(6)</sup>.

أما اللائحة التنفيذية المتعلقة بمعاهدة بوداييست سألقة الذكر فقد أتت بتفاصيل خاصة بالأحكام السابقة، حيث مصت على أنه ينبغي أن يشتمل الطلب على بيان مفصل عن الوقائع التي يستند إليها الطلب<sup>(7)</sup>، كما تحتفظ سلطة الإيداع الدولية بكل كائن دقيق يودع لديها، ولا تدلي لأي شخص بمعلومات لديها، ما لم يكن سلطة أو شخص طبيعي أو اعتباري يحق له الحصول على عينة من هذا الكائن الدقيق<sup>(8)</sup>.

(1) - نجيبة باوي بوقمجة، مرجع سابق، ص 67.

(2) - برهان أبو زيد، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية، المتاح والمأمول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 122.

(3) - المنعقدة في بوداييست 28 أبريل 1977، والمعدلة في 26 سبتمبر 1980.

أما اللائحة التنفيذية لمعاهدة بوداييست فجاءت في 28 أبريل 1977 وعُدلت مرتين الأولى في 20 جانفي 1981 والثانية في 01 أكتوبر 2002.

(4) - المادة 02 من معاهدة بوداييست.

(5) - المادة 03 من معاهدة بوداييست.

(6) - المادة 06 من معاهدة بوداييست.

(7) - القاعدة 04 من اللائحة التنفيذية.

(8) - القاعدة 09 من اللائحة التنفيذية.

وينبغي لسلطة الإيداع الدولية أن تختبر صلاحية كل كائن دقيق مودع لديها<sup>(1)</sup>.

وفي كل الحالات يجب أن يكون الوصف كافياً لأن يحيط الخبير علماً بالاختراع وهكذا يجوز أن تطلب الدول أعضاء منظمة التجارة العالمية من طالب البراءة أن يبين أفضل أسلوب يعرفه المخترع لتنفيذ الاختراع في تاريخ التقدم بالطلب أو تاريخ أسبقية الطلب، ويستهدف كل هذا ليس فقط إنتاج الاختراع من قبل شخص ذات مهارة عادية ولكن أيضاً لمنع المخترعين من الحصول عن الحماية في الوقت الذي يخفون فيه عن العامة المحتويات الضرورية<sup>(2)</sup>. كما يجب أن يقتصر الوصف على محتويات الاختراع الذي قدم في طلب البراءة معلومات تكفي لإنتاجه، وفي حالة الادعاء بالعديد من المكونات فإن شرط التمكّن من الاختراع يطبق على كافة العناصر المبنية، وكل هذا سوف يؤدي إلى صنع الطلبات الواسعة النطاق والمفرطة.

ومن المسائل التي لم تعالجها هذه الاتفاقية هي الوصف الدقيق إذا تعلق الأمر بكائنات دقيقة نظراً لأن المعرفة في هذا المجال تكون فقط من خلال الحصول على المادة ذاتها، وبالنظر لتفسير طلبات البراءة المتعلقة بالمواد البيولوجية، من المهم في هذا المجال أيضاً أن تكون نطاق الحماية محصوراً على المواد المودعة من الناحية الفعلية، وإن لم يكن هناك علاقة بين الوصف والمادة المودعة يجب اعتباره طلب البراءة لاغياً.

من جهة أخرى لا تمنح الحماية إلا للاختراع واحد أو لمجموعة من الاختراعات تكون في مجموعها اختراع واحد، وهكذا يجب أن ينحصر الطلب في مطالب متعلقة باختراع واحد، وهذا ما أجمع عليه التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية.

إذا فوفق هذه التشريعات لا يمكن قبول الطلب الذي لا يحتوي على هذه الوثيقة، ونظراً لأهميتها يمكن للهيئة القضائية بناء على طلب الغير أن تحكم ببطلانها إذا كانت لا تبين الحماية المطلوبة<sup>(3)</sup>. ويعتبر هذا المعيار متعلقاً بمسلك المخترع نفسه، ويخالف المعيار السابق الذي يتعلق بموضوع الاختراع نفسه، والذي يجب أن يكون جديداً في الفن السابق.

ويعتبر هذا المعيار رئيسياً وجوهرياً يجب توافره للحصول على البراءة، ويمكن القول إن توافر هذا الشرط هو الفيصل في إسباغ الحماية القانونية لأي طلب يقدم تسجيله للجهة المختصة. وتجدر الإشارة إلى أن إحدى هذين المعيارين لا يغني عن الآخر وقيمة أي اختراع تكمن في كونه جديداً وسراً، وفي ذات الوقت لا يكفي أن يكون الاختراع جديداً في موضوعه أو أن يكون ابتكاراً لموضوع جديد، بل يجب أن يكون سرياً وغير ظاهر للغير.

وعلى ذلك فإن السرية تمتاز بأنها تميز المعرفة الفنية كمحل لعقد نقل التكنولوجيا عن غيرها من المعارف التقنية المعلنة.

فالسرية تميز المعرفة الفنية عن المعارف التقنية الذائعة، والتي تدخل في الملك العام ولا تكون محلاً لحماية خاصة، وهذه الأخيرة لا يمكن أن تكون محلاً لعقود نقل التكنولوجيا كما يميز الطابع السري للمعرفة الفنية هذه

(1)-القاعدة 10 من اللائحة التنفيذية .

(2)- عريان زينة، حماية الاختراعات بين التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، 2009، ص 80.

(3)- عريان زينة، المرجع نفسه، ص 81.

الأخيرة عن المعارف الفنية المبرأة، أي تلك التي استصدر لها مبتكرها براءة اختراع وتقرر لها بالتالي حق استثنائي على تلك المعارف.

حيث تقاس الجودة بالنسبة للبراءة بمدى ما يحدثه الاختراع من تطور في المعارف التكنولوجية القائمة والمعروفة أما بشكل مطلق أو نسبي في مجال زمني ومحدد<sup>(1)</sup>.  
ومنه أهمية العلاقة بين طلب براءة الاختراع ثم صدورها، ومدى التأثير على سرية المعرفة الفنية بحيث تفقد الحماية المستمدة من الأسرار التجارية.

وفي الواقع ينبغي التمييز بين حالتين: حالة طلب البراءة، وحالة صدور براءة الاختراع بالفعل.

الحالة الأولى: طلب براءة الاختراع

إن التقدم بطلب الحصول على براءة اختراع لا يؤدي بذاته وكقاعدة عامة إلى إفشاء سرية الاختراع فطلب البراءة يتم حفظه في سرية كاملة في مكتب براءات الاختراع ولا يكون لأي شخص من غير العاملين والمتخصصين في هذا المكتب الاطلاع على تفاصيله إلا بإذن من المخترع نفسه إلا في بعض الحالات الاستثنائية والواقع إن استمرار السرية، رغم التقدم بطلب البراءة ناشئ عن أن المخترع نفسه لا يعلم على وجه اليقين فيما إذا كان سيحصل فعلاً على البراءة أو سيحصل رفض لطلبه أضف إلى ذلك أن المعلومات المقدمة في طلب البراءة يتم الإفشاء بها في علاقة ثقة خاصة بين الطالب وبين مكتب البراءات وإذاعة سرية المعرفة الفنية إن حصلت في هذا الإطار لا تؤدي إلى انهيار الحماية المرتبطة بها لأنها مازالت محتفظة بعنصر السرية وبعبارة أخرى فإن تقدم المخترع بطلب البراءة لا يجرمه في أثناء نظر هذا الطلب من الحماية التي يخولها قانون الأسرار التجارية، وهو الموقف الذي توصل إليه القضاء الفرنسي في اجتهاده المتعلق بحدود السرية خلال مرحلة تقديم الطلب<sup>(2)</sup>.

الحالة الثانية: صدور براءة الاختراع

القاعدة العامة هي أن صدور براءات الاختراع عن الاختراع أو المعرفة التي كانت يوماً ما مغطاة بحماية قانون الأسرار التجارية يؤدي تلقائياً إلى زوال هذه الحماية، فصدور البراءة يفصح عن نية المخترع في الكشف عن أسرار اختراعه للجميع.

وبالتالي لا يمكن بعدئذ حمايته كمعرفة فنية لفقدانه شرط السرية إذ بصدور البراءة تنشر التفاصيل

الخاصة بالاختراع جميعها.

حيث أنه قبل هذه المرحلة يجب توافر شرط التقنية، وهي أن يكون موضوع الاختراع مفهوماً، ويمكن التوصل إليه مادياً، وبخصوص الفهم فإن العبرة برجل المهنة، المتشعب بالمعلومات المتعلقة بموضوع الاختراع.

(1) - هاني صالح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة، مجلة القانون والاقتصاد، 2002، العدد 72، ص 35.

(2) - Cour de cassation, chambre commerciale, audience publique du 17 mars 2015, n° de pourvoi: 13-15862.

Attendu que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, d'abord, que les documents et plans, qui reproduisaient l'intégralité des caractéristiques des revendications 1 à 7 du brevet, joints à la cassette n° 5193 comportant un prototype du dispositif breveté, adressée pour test par la société F2C2 System à la société Brötje, ne faisaient nullement référence à une obligation de confidentialité .



فيمفهوم المخالفة، في حالة عدم تمكن رجل المهنة من فهم المعلومات المتعلقة بالاختراع، والتي تمثل معلومات بديهية بالنسبة إليه، فهذا دليل على أن الموضوع يشوبه عيب، ولا يرقى إلى اختراع. كما أنه يفترض في الاختراع أن يقبل أي تأويل من طرف رجل المهنة، لأنه حتى في حالة عدم إدلاء صاحب الاختراع بالسرية كاملة، يمكن لرجل المهنة أن يتوصل إلى السرية انطلاقاً من مواصفات الاختراع. أما عن إمكانية التوصل المادي للاختراع، فهي تتعدى رجل المهنة، ويقصد بها عموماً توصل الجمهور للسرية المتعلقة بالاختراع، وطريق التوصل هنا يكون مادي، عموماً عن طريق النشر سالف الذكر<sup>(1)</sup>.

فصدور براءة الاختراع يؤدي كقاعدة عامة إلى انقضاء حماية المعرفة الفنية المرتكزة على قانون الأسرار التجارية، ويترتب على ذلك أنه إذا وجدت عدة مشروعات مختلفة يقوم كل منها باستعمال واستغلال المعرفة الفنية التي تم اكتشافها نفسها وتطويرها بطرق مستقلة تماماً.

فإن حصول أحدها على براءة اختراع المعرفة الفنية ذاتها يؤدي إلى حرمان المشروعات الأخرى من الاستمرار في الاستعمال والاستغلال، بما تضيفه البراءة على المخترع من حق احتكار واستئثار. على أن صدور براءة الاختراع لا ينبغي أن يقضي كلية على حماية المعرفة الفنية التي قد ترتبط بالاختراع فمثلاً وكما ذكرنا من قبل فإن المعلومات التجارية المرتبطة بكيفية استغلال الاختراع قد تعد من قبيل المعرفة الفنية الجديدة بالحماية.

ومن ثم تستمر حمايتها لأنها معلومات سرية خاصة بالمخترع، على الرغم من ذبوع وانتشار الابتكار محل البراءة كذلك قد يعد من قبيل المعارف الفنية الطرق الجديدة لاستعمال الاختراع ذاته، وقد يتوصل إليها المخترع بعد إصدار البراءة، بل إن بعض الأحكام القضائية الأمريكية ذهبت إلى استمرار حماية الاختراع لأنه معرفة فنية حتى بعد صدور البراءة وذلك إذا كان المخترع قد قام بالترخيص إلى الغير باستعمالها قبل صدور البراءة.

وأساس هذا الحل أنه على الرغم من ذبوع عناصر الاختراع في البراءة إلا أن المعرفة الفنية قد تم نقلها في هذه الحالة بناء على عقد ترخيص معين مما يؤدي إلى إنشاء علاقة ثقة خاصة بين المرخص والمرخص له، وأنه ينبغي استمرار هذه العلاقة حتى بعد صدور البراءة حتى لا يضار المخترع بمجرد حصوله عليها ويترتب على ذلك أن المرخص له في هذه الحالة يلتزم بدفع مقابل للتكنولوجيا لأنها معلومات سرية، وليس لأنها براءة اختراع مرخص بها وعادة ما يكون هذا المقابل أعلى في الحالة الأولى، والواقع أن هذه الطائفة من الأحكام تبالغ إلى أقصى الحدود في حماية مالك المعرفة الفنية، مما يترتب عليه إهدار الأهداف التي يسعى نظام براءات الاختراع إلى تحقيقها من كشف الاختراع للمجتمع بأسره، كما قد يؤدي ذلك أيضاً إلى التزام المرخص له بدفع نفقات لتكنولوجيا أصبحت في الدومين وذلك عند انتهاء مدة البراءة.

هناك إذاً تناقض بين الفلسفة التي تقوم عليها الحماية المؤسسية على براءة الاختراع، وتلك المؤسسة على الاستئثار الفعلي لسرية المعرفة الفنية أو ما تعرف بالحماية المرتكزة على قانون الأسرار التجارية، فصدور البراءة يعني إفشاء

(1)- Jérôme PASSA, Droit de la propriété industrielle, tome2, L.G.D.J.2013, pp 185,189.

سرا الاختراع، لأنها تتضمن وصفاً تفصيلياً له، أما الحماية التي يضيفها قانون الأسرار التجارية على المعرفة الفنية فمردها سريتها، فإن زالت السرية عن هذه المعرفة ارتفعت الحماية عنها<sup>(1)</sup>.

### خاتمة :

ينطوي مبدأ الإفصاح عن الاختراعات على أهمية قصوى، بحيث تبرز تلك الأهمية من خلال خدمة مصالح المجتمع، باعتبار أن تغليب المصلحة العامة سوف يقف في وجه العديد من العوائق . الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول أن الإفصاح عن الاختراع هو طريق للاستغلال. وهكذا نصل إلى أن الوصف يعتبر قاعدة أساسية تبنى عليها كل المطالب المحددة من العريضة، فالمطالبات في كل من التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية إجبارية.

ويجب أن تشمل الشيء المطلوب حمايته، كما يجب أن ترتبط بالوصف، ويتربط على ذلك أن الحماية لا تمنح إلا للعناصر المبينة في الوصف والمحددة في المطالبات، ولكن إذا كانت مبينة في الوصف دون أن تكون في المطالبات فإنها لا تتمتع بالحماية.

إلا أن ما تم التوصل إليه متعلق بالخبرة لتقدير الخطوة الاختراعية، سواء تعلق الأمر بتقدير جدية الإفصاح في الاختراعات عموماً، وحتى الاختراعات المتعلقة بالتكنولوجيا الحيوية.

لأن وفرة وجودة الخبرة هي بمثابة ضمان للاستغلال المستقبلي لتلك الاختراعات، خصوصاً بعد السقوط في الميدان العمومي، وأكثر من ذلك بالنظر إلى الاتساع المستمر لمجال الاختراعات، والذي تجاوز الاختراعات الآلية والميكانيكية ووصل إلى الاختراعات المتعلقة بالبيئة وبما يعرف "بكل أنواع الحياة"، لأن التنمية المستدامة فرضت إلحاق شرط جديد بالاختراعات، وهو "عدم إضرار الاختراعات بالبيئة".

وعليه نتوصل للاقتراحات التالية:

- الإعلان عن الاختراعات غير المستغلة للغير، من طرف المصلحة المختصة بالتسجيل، بغرض منح التراخيص الإلزامية بالاستغلال مع توفير السرية الكاملة للمستغل، حتى لا تواجهه أية عقبات أثناء الاستغلال.

-إلزامية توفير الخبرة القادرة على التوصل لكل جوانب السرية، حتى في حالة احتفاظ صاحب الاختراع بجانب من السرية لنفسه. وذلك عن طريق التوجه نحو مبدأ التخصص في الخبرات واستبعاد الخبرات الشاملة.

-المقارنة بين وصف الاختراع الوارد في العريضة، والوصف الواقعي للاختراع، بغرض استنتاج مدى المطابقة بينهما، من جهة.

ومن جهة مقابلة مقارنة الوصف بحالتيه السابقتين مع وصف الاختراعات الأخرى المسجلة والمشابهة، حتى لا نتواجد أمام تعدي على حقوق الاختراعات الأخرى.

<sup>1</sup> - جلال وفاء محمد، حماية الأسرار التجارية والمعرفة التقنية، مرجع سابق، ص 07.

## المصادر والمراجع:

### - المصادر

- اتفاق تريس (T.R.I.P.S) ، حول الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ، وهي اختصار لعبارة "Agreement on trade related aspects of intellectual property rights" ، وهي إحدى الاتفاقيات الثمانية والعشرين التي تضمنتها الوثيقة الختامية للجولة الثامنة للمفاوضات في إطار الاتفاق العام بشأن التعريفات الجمركية والتجارة (الغات) (جولة الأوغواي)، والتي وقعت في 15/04/1994 بمراكش، المغرب. وقد وردت تلك الاتفاقيات في أربعة ملاحق، وتضمن الملحق رقم 01/ج اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريس).

- الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءات الاختراع ، ج. ر. 23 يوليو 2003، عدد 44 ، ص. 27.

- المرسوم التنفيذي رقم 05 – 275 المؤرخ في 02 أوت 2005 يحدد كيفية إيداع براءات الاختراع وإصدارها، ج. ر 07 أوت 2005، عدد 54. ص. 03.

- المرسوم الرئاسي رقم 92-99 مؤرخ في 15 أبريل سنة 1999، يتضمن المصادقة بتحفظ على معاهدة التعاون بشأن البراءات، المبرمة في واشنطن بتاريخ 19 يونيو 1970 والمعدلة في 28 سبتمبر 1979، وفي 3 فبراير 1984، وعلى لائحتها التنفيذية، ج ر 19 أبريل 1999.

- المرسوم الرئاسي رقم 97 – 317 المؤرخ في 21 أوت 1997، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى البروتوكول الموقع في باريس بتاريخ 30 نوفمبر 1972، بخصوص المعارض الدولية. المتضمن تعديل الاتفاقية الموقعة في باريس بتاريخ 22 نوفمبر 1928. ج. ر. 17 أوت 1997. عدد 54. ص. 05.

### - المراجع

#### الكتب:

- بريهان أبو زيد، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية، المتاح والمأمول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

- جلال وفاء محمد، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها -دراسة مقارنة في القانون الأمريكي-، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.

- حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، مصر، 1987.

- حسن نصر أبو الفتوح فريد، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

- ذكرى عبد الرزاق محمد، حماية المعلومات السرية من حقوق الملكية الفكرية في ضوء التطورات التشريعية والقضائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

- ناصر محمد عبد الله السلطان، حقوق الملكية الفكرية، حق المؤلف والحقوق المجاورة وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية ( دراسة في ضوء القانون الإماراتي الجديد والمصري واتفاقية التريس ) ط1، أثار للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- حسام الدين عبد الغني الصغير، حماية المعلومات غير المصنوع عنها والتحديات التي تواجه الصناعات الدوائية في الدول النامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.
- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- نجيبه باوي بومبيجة، تأثير اتفاق تريس على الدول النامية، الخلدونية، الجزائر، 2018.
- نداء كاظم محمد المولى، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
- الرسائل والمذكرات:**
- درع حماد عبد، عقد الامتياز، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2003.
- زينة عربان، حماية الاختراعات بين التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، 2009.
- عبد العزيز راجي، طبيعة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، 2003.
- عماد حمد محمود، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012.
- نبيل ونوغي، براءة الاختراع كأداة للتطور التكنولوجي والتنمية الاقتصادية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، 2016.
- المقالات:**
- جلال وفاء محمدين، حماية الأسرار التجارية والمعرفة التقنية، مجلة العربية للنادي العربي للمعلومات، السنة الثانية، العدد01.
- عبد المهدي كاظم، المعرفة الفنية وأثرها في عقد الفرانشيز، مجلة جامعة بابل، المجلد 17، العدد2، 2009.
- عجيل طارق كاظم، الحماية القانونية للمعلومات غير المصنوع عنها، الحق: للدراسات الشرعية والقانونية، 2011، العدد16.
- محمد المسلمومي، دور براءة الاختراع في نقل التكنولوجيا، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، العدد 52، 2006.
- هاني صالح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل أحكام قانون التجارة، مجلة القانون والاقتصاد، 2002، العدد 72.
- وليد عودة الهمشري، عقود نقل التكنولوجيا (الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

**Livre :**

- Jérôme PASSA, Droit de la propriété industrielle, tome2, L.G.D.J.2013.

## ماهية الجرائم البيئية في نطاق القانون الدولي الجنائي

## The essence of international environmental crimes within the frame of international criminal law

— باديس الشريف\*

جامعة عباس لغرور خنشلة

[cherif3064@yahoo.fr](mailto:cherif3064@yahoo.fr)

تاريخ القبول: 2020-06-14

تاريخ المراجعة: 2020-06-10

تاريخ الإيداع: 2020-04-06

## الملخص:

نرمي من وراء هذه الورقة البحثية إلى استعراض الجوانب الفقهية والقانونية المتعلقة بماهية الجريمة البيئية الدولية، ذلك أن مشكلة التلوث البيئي في زمن النزاعات المسلحة تشكل أحد أهم القضايا والمشكلات التي تواجه المجتمع الدولي ككل، مما فرض على المجموعة الدولية التوجه نحو توحيد جهودها والتنسيق فيما بينها بقصد البحث عن أفضل السبل لمواجهة هذه المشكلة والتي تنطوي على مخاطر كثيرة تهدد البشرية. وهي الجهود التي أدت إلى بروز فرع جديد من فروع القانون الدولي يتمثل في القانون الدولي الجنائي لحماية البيئة يقر في أغلب مبادئه وأحكامه جملة من الأساليب الردعية التي تستهدف التقليل والحد من الآثار السلبية للجريمة البيئية الدولية كونها جريمة من جرائم حرب. الكلمات المفتاحية: البيئة؛ الجريمة الدولية؛ جريمة حرب؛ الجريمة البيئية العالمية.

## Abstract:

By this research sheet, we aim to present the doctrinal and legal aspects related to the essence of international environmental crime, this, since the problem of environmental pollution in times of armed conflict represents one of the most important cases. and problems with which the international society as a whole is confronted, which has forced the international community to move towards the unification of its efforts and inter coordination in order to seek the best ways to counter this problem which involves many dangers threatening humanity.

And it is these efforts that have allowed the emergence of a new section of international law, international criminal law for the protection of the environment which enshrines in most of its principles and clauses a set of dissuasive means aimed at minimizing and to end the negative effects of international environmental crime considered a war crime.

**Keywords:** Environment; International crime; War crime; International environmental crime.

\* المؤلف المراسل: باديس الشريف.

## مقدمة:

إن تجريم الأفعال الماسة بالبيئة في نطاق القانون الدولي الجنائي مفهوم أو اتجاه حديث نسبياً، فمنذ عقود قليلة مضت، لم يكن هناك توقع لإمكانية تنظيم جنائي دائم لحماية البيئة بشكل مباشر في القانون الدولي الجنائي، إلا أنه وخلال مؤتمر روما المنعقد لتأسيس المحكمة الجنائية الدولية تمت مناقشة إمكانية مساهمة هذا الفرع من فروع القانون الدولي العام في حماية البيئة من الجرائم الخطيرة التي قد تتعرض لها، وانتهى المؤتمر إلى التأكيد على إضفاء الصفة الجرمية على الأفعال الخطيرة التي تشكل عدوان على عناصر البيئة وتقرير الجزاءات المناسبة لها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وبذلك أصبحت البيئة من المسائل التي تحتل مكاناً متميزاً في سلم القيم التي يسعى القانون الدولي الجنائي لحمايتها والحفاظ عليها، ذلك أن الاعتداءات الخطيرة على البيئة تمس بحق عام، وهي من قبيل الجرائم الماسة بالمصالح العامة للمجتمع الدولي ككل، فالجريمة البيئية الدولية بمقتضى ذلك تعد من أخطر الجرائم التي تهدد الإنسانية على الإطلاق جراء الآثار الجسيمة التي تلحق بالطبيعة والإنسان على حد سواء مما يؤدي بالضرورة إلى زعزعة الأمن والاستقرار الدولي.

وهو الأمر الذي يقودنا إلى البحث في المدلول الفقهي والقانوني للجريمة البيئية الدولية، فعرض وتحليل مضمون الحماية الدولية ذات الطابع الجنائي للبيئة ضد مخاطر وأضرار التلوث البيئي في زمن النزاعات المسلحة، وبمعنى آخر دراسة الحماية القانونية الدولية المدعمة بالجزاءات الجنائية ضد كل مساس بعناصر البيئة وقت الحرب، والبحث في الأحكام القانونية الخاصة بالمسؤولية الجنائية لمرتكبي تلك الجرائم والجزاءات المقررة لردعهم، يقتضى في البداية تحديد المقصود بتلك الجرائم، وذلك من خلال البحث في مدلولها، والتطرق إلى نطاق المكافحة القانونية لتلك الجرائم على الصعيد الدولي من خلال تمييز الجريمة البيئية الدولية عن الجريمة البيئية العالمية، والخوض في أهم الجوانب المتعلقة بشروط قيامها،

فأهمية هذه الدراسة تتجلى أساساً من الحقيقة التي مفادها ومؤداها أن ضبط ماهية الجريمة البيئية الدولية وحصر شروط قيامها سيساعد على تفعيل آليات المكافحة القانونية الدولية ذات الطابع الردعي لتلك الجرائم، والتي لا تقل أهمية عن غيرها من الآليات القانونية الدولية الأخرى المقررة للحد والتقليل من الآثار السلبية الناجمة عنها، ولأن الاعتداءات على البيئة زمن النزاعات المسلحة أصبحت على قدر كبير من الاتساع ومصدر جدل كبير وجدنا أنه من الضروري دراسة ماهية تلك الجرائم في نطاق القانون الدولي الجنائي، وانطلاقاً من ذلك كان لزاماً علينا أن نجيب على التساؤل الآتي؟

ما المقصود بالجرائم البيئية الدولية؟ وما هي الشروط الواجب تحقيقها لقيام تلك الجرائم وتطبيق الأحكام القانونية الدولية المقررة لمكافحتها؟

ولإجابة عن هذا التساؤل قسمنا هذه الدراسة إلى محورين نتطرق في المحور الأول إلى ماهية الجرائم البيئية الدولية، وخصصنا المحور الثاني لدراسة الشروط التي تقوم عليها الجريمة البيئية الدولية وذلك على النحو الآتي:

## المحور الأول: مفهوم الجريمة البيئية الدولية

إن إلقاء الضوء على الجريمة البيئية الدولية يقتضي التعرض لتعريفها على الصعيدين الفقهي والقانوني ذلك أن تعريف الجريمة الدولية بصفة عامة قد أثار نقاشا واسعا وجدلا كبيرا بين الفقهاء، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل تعددت التعريفات، وقد أدى هذا الجدل وذلك التعدد في التعريفات إلى إيضاح وتبيان معالم الجريمة الدولية وتحديد عناصرها، وهو ما سينعكس بالضرورة على الجريمة البيئية الدولية باعتبارها جريمة من الجرائم الدولية. والجدير بالذكر أن التشريع الدولي الجنائي لم يضع تعريفا للجريمة الدولية، تاركا الأمر في ذلك للاجتهادات الفقهية، وهو يتفق في ذلك مع التشريعات الوطنية التي لم تضع تعريفا للجريمة وفيما يلي نورد اختلافات الفقه الجنائي الدولي بشأن تعريف وتحديد المقصود بالجريمة البيئية الدولية، وتوضيح مكامن الفرق بينها وبين الجريمة البيئية العالمية.

### أولا: تعريف الجريمة البيئية الدولية

تكمن الغاية من وضع قواعد القانون الجنائي أو القانون الجزائي كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه في حماية المجتمع وأفراده ومصالحهم، وتختلف أهمية الجريمة بصفها اعتداء على الفرد والمجتمع والإنسانية جمعاء بقدر الضرر الناجم عنها أو بقدر الخطر الذي يشكله الفاعل على حقوق المجتمع داخل الدولة والمجتمع الدولي ككل، والذي من شأنه تهديد كيانه ونظامه والأسس التي تقوم عليها مؤسساته وبقدر أهمية الاعتداء تقدر شدة العقوبة.<sup>1</sup> وانطلاقا من ذلك لم يستقر الفقه الجنائي على تعريف موحد للجريمة فهناك التعريف الشكلي الذي يجعل مناط التعريف هو العلاقة بين الجريمة وقانون العقوبات، حيث تعرف الجريمة تبعا لذلك على أنها: "كل مخالفة لنص في قانون العقوبات يترتب عليه عقوبة جنائية".

في حين أن الجريمة تعرف وفقا للاتجاه الموضوعي والذي يركز على جوهر الجريمة باعتبارها واقعة ضارة بمصالح المجتمع الأساسية ومنها إلحاق الضرر بالبيئة الإنسانية والتي يقوم عليها أمنه وكيانه على أنها: "الواقعة الضارة بكيان المجتمع وأمنه" أو أنها: "عدوان على مصلحة يحميها القانون".

والملاحظ أن التعريف الشكلي أعلاه لا يهتم بجوهر الجريمة، ويكتفي بإبراز العلاقة بين الواقعة المرتكبة وبين نص التجريم، في حين أن التعريف الموضوعي قد أهمل وجوب توفير الحماية القانونية للمصالح المعتدى عليها من قبل السلطة التشريعية، ولذلك فإن التعريف الأمثل للجريمة هو التعريف الذي يتوافق فيه الجانبين الشكلي والموضوعي معا.

ومن ثم يمكن تعريف الجريمة بأنها: "الواقعة التي ترتكب إضرارا بمصلحة حماها المشرع في قانون العقوبات"، أو أنها: "واقعة ايجابية أو سلبية مصدرها خطأ الإنسان يعدها المشرع خطرة أو ضارة بالمصالح العامة أو العلاقات الاجتماعية، ويرتب عليها النظام القانوني عقوبة جنائية".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي، الطبعة السادسة عشر، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 31.

<sup>2</sup> محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية - دراسة في القانون الدولي الجنائي - د ط، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص

وعليه يمكن أن نعرف الجريمة بأنها سلوك إنساني تعتبره السلطة التشريعية ماس بمصلحة فردية أو جماعية، مما قد يلحق الضرر أو الخطر بالمجتمع ككل، وهو السلوك الذي قابله المشرع بتوقيع جزاء جنائي على مرتكبه. وقد وجد هذا الاختلاف صداه في تعريف الجريمة الدولية، والتي لم يستقر الفقه على تعريف موحد لها حتى الآن، وهو ما ينعكس بالضرورة على صعوبة إيجاد تعريف موحد للجريمة البيئية الدولية.

فقد انقسم الفقه في تعريف الجريمة الدولية ومنها الجريمة البيئية الدولية باعتبارها تمثل جريمة دولية ناجمة عن الأفعال الجرمية التي تلحق أضرار بعناصر البيئة المختلفة إلى ثلاثة اتجاهات هي ذاتها الاتجاهات التي اختلف بشأنها الفقه في تعريف الجريمة الجنائية الداخلية.<sup>1</sup>

فالجريمة الدولية تعرف تبعاً للاتجاه الأول والمتمثل في المدرسة الشكلية أو الوضعية على أنها: "ارتكاب فعل سبق تجريمه من المجتمع الدولي".<sup>2</sup>

وبمعنى آخر فإن الجريمة البيئية الدولية وفقاً لهذا الاتجاه هي الفعل الذي يرتكب إخلالاً بقواعد القانون الدولي الجنائي لحماية البيئة، والقانون الدولي الإنساني يترتب عليه جزاء جنائي دولي.

ويؤخذ على هذا الاتجاه التشدد في تطبيق مبدأ الشرعية على الجريمة الدولية، خاصة وأن ذلك كان متعذراً قبل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية بموجب النظام الأساسي لروما لسنة 1998، كما أن ذلك يبقي متعذراً إلى حد كبير بالنسبة للجرائم التي ارتكبت قبل إنشاء المحكمة والتي لا تخضع لها على الرغم من أنها تشكل جرائم دولية. وكذلك بالنسبة للجرائم التي لا تدخل ضمن نطاق اختصاص المحكمة.

أما الاتجاه الثاني وهو الاتجاه الموضوعي والذي يركز على جوهر الجريمة الدولية ومنها الجريمة البيئية الدولية أي باعتبارها واقعة ضارة بمصالح المجتمع الدولي الأساسية ودون الاهتمام بالجوهر القانوني للجريمة فيعرف الجريمة الدولية على أنها: "تلك الجريمة التي يترتب على وقوعها إلحاق ضرر بأكثر من دولة".<sup>3</sup>

والمعنى أن الجريمة البيئية الدولية وفقاً لهذا الاتجاه، هي الواقعة الماسة بالبيئة الإنسانية زمن النزاعات المسلحة والضرارة أو المهددة بكيان المجتمع الدولي وأمنه.

ويؤخذ على هذا الاتجاه على الرغم من حجته القوية تجاهله التام للناحية الشكلية في التعريف واقتصره على الجانب الموضوعي للجريمة، ويؤخذ عليه أيضاً اشتراطه لأن تكون الجريمة الدولية قابلة لإفلات مرتكبها من المسؤولية الجنائية.<sup>4</sup>

ومهتم الاتجاه الثالث والذي يعرف بالاتجاه التكاملي بالناحيتين الشكلية والموضوعية، إذ يهتم بالعلاقة الشكلية بين الفعل ونص التجريم وبالأضرار التي تلحقها الجريمة بالمصالح الأساسية للمجتمع الدولي.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - أمجد هيكل، المسؤولية الجنائية الفردية الدولية أمام القضاء الجنائي الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 16.

<sup>2</sup> - ويعتبر الفقيه بيلا من أهم أنصار هذا الاتجاه وقد عرف الجريمة الدولية بأنه: الفعل أو الامتناع عن الفعل المعاقب عليه باسم المجموعة الدولية.

<sup>3</sup> - راجع: أمجد هيكل، المرجع السابق، ص 17.

<sup>4</sup> - وقد سقط هذا الشرط إلى حد كبير عند إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

<sup>5</sup> - ومن أعلام هذا الاتجاه الفقيه جلاسر والذي يعرف الجريمة الدولية على أنها: "الفعل الذي يرتكب إخلالاً بقواعد القانون الدولي للإضرار بالمصالح التي يحميها ذلك القانون من الاعتراف له قانوناً بصفة الجريمة واستحقاق فاعليه للعقاب"، أنظر: محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 180.



وبناء على ذلك يمكن أن نعرف الجريمة البيئية الدولية بأنها: "الفعل الذي يرتكب إخلالا بقواعد القانون الدولي ذات الصلة بحماية البيئة للإضرار بالمصالح التي يحميها ذلك القانون مع الاعتراف له بصفة الجريمة واستحقاق فاعليه للعقاب".

هذا ولقد خلص غالبية الفقه عند التطرق للطبيعة القانونية للجريمة البيئية الدولية إلى أن هذه الجريمة هي جريمة حرب وبالتالي يمكن تعريفها أيضا انطلاقا من تكييفها القانوني على أنها: "أعمال العداء التي يقوم بها الجنود أو غيرهم من أفراد العدو للإضرار بالبيئة الطبيعية والوضعية، أو أنها تلك الأفعال التي ترتكب أثناء النزاع المسلح من قبل الأفراد المحاربين أو المدنيين بالمخالفة لقوانين وأعراف الحرب والتي ينتج عنها أضرار جسيمة بالبيئة الطبيعية والوضعية".

وقد أدى هذا الاختلاف الفقهي بشأن إعطاء تعريف موحد للجريمة الدولية إلى سكوت كافة الوثائق الدولية على تنوعها عن تعريفها بما فيها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والذي لم يضع تعريفا للجريمة الدولية وإنما اكتفى بالنص على الجرائم الدولية التي تدخل ضمن اختصاص المحكمة، وقد انعكس ذلك على الجريمة البيئية الدولية والتي لم يرد بشأنها أي تعريف في كافة المواثيق الدولية المعنية بالبيئة.

غير أن لجنة القانون الدولي وفي إطار مقترحاتها في مجال تطوير وتدوين قواعد المسؤولية الدولية قد قدمت مقترح للتفرقة بين الخطأ الدولي والجريمة الدولية حيث عرفت اللجنة الجريمة الدولية على أنها: "الإخلال بالتزام دولي على درجة كبيرة من الأهمية لحماية المصالح الأساسية للمجتمع الدولي".

وقد أوردت اللجنة عدة أمثلة لهذا الإخلال ومنها الإخلال الجسيم بالتزام يهدف إلى المحافظة على بيئة الإنسان وحمايتها مثل منع تلوث الماء والهواء.<sup>1</sup>

ثانيا: تمييز الجريمة البيئية الدولية عن الجريمة البيئية العالمية

تتميز الجريمة العالمية عن الجريمة الدولية في أنها جريمة داخلية تمثل عدوانا على القيم الأساسية في النظام الاجتماعي في كل دولة ومن هذه القيم احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والتي من بينها حق الإنسان للعيش في بيئة صحية وسليمة.

ولذلك فالأفعال التي تشكل عدوانا على هذه القيمة الإنسانية تجرمها القوانين الجنائية في كافة الدول في مختلف أنحاء العالم ولذلك سميت بالجريمة البيئية العالمية وهي تخضع لما يطلق عليه بقانون العقوبات العالمي، وتتمثل تلك الجرائم البيئية العالمية في التصرفات المنافية للمبادئ والقيم الأساسية للمحافظة على البيئة في العالم المتحضر والتي تشترك فيها كافة الدول المتقدمة، وتنص عليها كافة القوانين الجنائية المعاصرة.

وتتميز كافة الجرائم العالمية بأنها غالبا ما يزاول نشاطها في عدة دول ومن أمثلة الجرائم البيئية العالمية تلويث البيئة بمختلف عناصرها جراء استخدام المواد الإشعاعية والكيميائية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية - النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي- دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 19.

<sup>2</sup> - ولقد سائر المشرع الجزائري هذا التوجه وأقر منظومة تشريعية متكاملة لحماية البيئة من التلوث الإشعاعي والتلوث بالمواد الكيميائية ومثال ذلك نص المادة 47 من القانون البحري والتي تنص على عقوبة الإعدام لكل ربان سفينة جزائري أو أجنبي يلقي عمدا نفايات مشعة في المياه الغاضفة

فمن المتفق عليه أن حماية البيئة في عمومها من مخاطر تلك المواد كانت حماية دولية قبل أن تكون حماية وطنية، وهو ما يكرس مفهوم عالمية البيئة، ذلك أن البيئة لا تعرف حدودا جغرافية ولا حدودا قانونية أو سياسية، مما يتطلب التعاون الدولي لحمايتها من أخطار التلوث وانطلاقا من مقتضيات التعاون الدولي في هذا المجال والالتزامات الدولية اتجهت كافة الدول لوضع تشريعات جنائية لحماية البيئة من التلوث من المواد الخطرة.<sup>1</sup> فغالبا ما ينظم هذه الجرائم العالمية اتفاقية دولية لخطورتها على المجتمع الدولي ككل إلا أنها تظل جريمة داخلية وغالبا ما يكون الغرض من الاتفاقيات المبرمة بشأنها تحقيق التعاون الدولي على مكافحتها.<sup>2</sup> وبإسقاط الأمر على الجرائم الماسة بالبيئة نجد أن الفارق الرئيسي بين الجريمة البيئية الدولية والجريمة البيئية العالمية أن الأخيرة وعلى الرغم من تنظيم أكثرها بالاتفاقيات الدولية وغيرها من مصادر القانون الدولي لحماية البيئة تبقى سلطة تطبيق العقاب على مرتكبها مخولة للسلطات القضائية الداخلية لكل دولة وبموجب التشريع الجنائي البيئي الداخلي للدولة التي وقعت فيها الجريمة. حتى وإن كان التشريع الداخلي جاء تنفيذا للالتزامات الدولية المنصوص عليها في أحكام المعاهدات الدولية.<sup>3</sup>

في حين أن الجريمة البيئية الدولية تخضع مباشرة للاتفاقية الدولية التي تناولت تلك الجريمة والتي يؤول الاختصاص بشأنها إلى القضاء الدولي الجنائي ممثلا في المحكمة الجنائية الدولية، وفي حال إدانة الفاعل يحكم عليه بتوقيع الجزاءات الجنائية الدولية.

ورغم كل هذه الاختلافات بين الجريمة البيئية الدولية والجريمة البيئية العالمية إلا أنهما يلتقيان في ضرورة تعاون المجتمع الدولي على اختلاف الميول السياسية والاقتصادية لأعضائه على ضرورة مكافحة كليهما سواء عن طريق المنع الوقائي أو القمع الردعي حيث إنهما يشكلان خطرا كبيرا وضررا بالغا على كل المصالح الدولية وهو ما يتناقض مع أهداف ومبادئ الأمم المتحدة وقواعد القانون الدولي في مجمله.<sup>4</sup>

### المحور الثاني: شروط قيام الجريمة البيئية الدولية

إن تطبيق الأحكام القانونية الدولية المقررة لمكافحة الجرائم البيئية الدولية أساسه هو توفر شروط قيام تلك الجرائم، فالجريمة البيئية الدولية بوصفها نوع من أنواع الجرائم الدولية تقوم على عدة شروط تتمثل أساسا في تحقق مبدأ الشرعية وتوفر أركانها، حيث تقوم هذه الجريمة على الركنين المعروفين في الجريمة الداخلية العمدية، وهما الركن المادي وعناصره أي الفعل والنتيجة والعلاقة السببية، وأما الثاني فهو الركن المعنوي وهو في الجرائم العمدية ويقوم حسب الرأي الراجح على عنصري العلم والإرادة، إضافة إلى الركن الدولي ومفاده اشتراط ارتكاب

للولاية القضائية الجزائية، والمادة 83 من القانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة والتي تنص على عقوبة الحبس لمدة شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين في حالة العود لكل شخص خالف الشروط التي يمنع فيها أو ينظم انبعاث الغاز والدخان والبخار والجزئيات السائلة أو الصلبة في الجو.

<sup>1</sup> علي سعيدان، حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية والكيميائية في القانون الجزائري، د ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 134.

<sup>2</sup> أمجد هيكل، المرجع السابق، ص 62.

<sup>3</sup> حسنين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية -دراسة تحليلية تطبيقية-، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 10.

<sup>4</sup> منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 25.

الفعل المجرم باسم الدولة أو بتشجيع أو برضا منها، أما بالنسبة للركن الشرعي ولكونه يتميز في الجريمة البيئية الدولية بشكل خاص والجرائم الدولية بشكل عام، فقد تار بشأنه خلاف فقهي واختلاف قضائي يتعلق باعتباره ركن من أركان الجرائم الدولية أم لا، وعليه سنستعرض كل ما يتعلق بشروط أو أركان الجريمة البيئية الدولية في الآتي:

#### أولاً: مبدأ الشرعية أساس لقيام الجريمة البيئية الدولية

ينص مبدأ الشرعية على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون أي أنه لا يجوز أن يحاكم شخص عن فعل لا يعتبره القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة بنص صريح يحدد أركانها وشروطها وكل ما يرتبط بها من مسائل قانونية، كما لا يجوز للقاضي طبقاً لهذا المبدأ أن ينزل بالجاني عقوبة مخالفة لما هو مقرر في النص القانوني سواء من حيث نوع العقوبة أو من حيث شدتها.

وعليه فمبدأ الشرعية في الجريمة يفترض وجود نص قانوني يجرم الفعل حتى يمكن تطبيق الجزاء المناسب له، فالجريمة فعل غير مشروع إذا تأكد وقوعه فإن الجريمة تقوم إذا توافرت أركانها الأخرى، فالركن الشرعي يمثل الصفة غير المشروعة للفعل.<sup>1</sup>

ومبدأ الشرعية له مضمون مختلف في القانون الدولي الجنائي مقارنة بمضمونه في القوانين الجنائية الوطنية، وهذا المضمون يشمل الجريمة البيئية الدولية إذا ما قارناها بالجريمة البيئية الداخلية.<sup>2</sup>

فهناك اختلاف بين الشرعية في الجريمة البيئية الدولية والجريمة البيئية الداخلية وذلك لاختلاف مدلول مبدأ الشرعية بين كل من الجريمتين، فالجريمة البيئية الدولية تخضع لأحكام القانون الدولي الجنائي والذي يعد بدوره فرع من فروع القانون الدولي العام الذي يتميز بالطبيعة العرفية لقواعده ومن ثم فإن مبدأ الشرعية في الجريمة البيئية الدولية ذا صفة عرفية بحسب الأصل في القانون الدولي الجنائي.

وتبعاً لذلك فإنه يمكن الاهتداء إلى الجريمة البيئية الدولية من استقراء ما تواتر عليه العرف الدولي، حتى إذا ما أفرغت تلك الجرائم في نصوص دولية كالمعاهدات الدولية ذلك أنها ليست منشئة لتلك الجرائم وإنما هي كاشفة ومؤكدة لعرف دولي في مجال حماية البيئة من التلوث.<sup>3</sup>

وتتمثل الشرعية في الجريمة البيئية الدولية في عنصرين الأول شكلي ومفاده عدم مشروعية الفعل أي أن يكون الفعل مخالفاً لقاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي لحماية البيئة ومجرم بموجب تلك القواعد سواء كان مصدر اتفاقية دولية أو عرف دولي دون اشتراط أن يكون معاقبا عليه بالفعل.

<sup>1</sup> - ويعد هذا المبدأ من الركائز القانونية الثابتة في كافة القوانين الجنائية الوضعية وحظي بالنص عليه في كل دساتير العالم ومنها الدستور الجزائري حيث تنص المادة 58 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل سنة 2016 على: لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم.

<sup>2</sup> - وقد أكد نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على مبدأ الشرعية في نص المادة 22 والتي تنص على: "لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه جريمة تدخل في اختصاص المحكمة." وأكد أيضاً على مبدأ لا عقوبة إلا بنص بالمادة 23 والتي نصت على: "لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي."

<sup>3</sup> - وقد سبق وأن وضعنا بأن العرف الدولي كمصدر أساسي من مصادر القانون الدولي لحماية البيئة لا يزال في مراحل تطوره الأولى، غير أنه من الممكن أن نستخلص من بعض تلك الأعراف ما يمكن اعتباره قاعدة قانونية دولية ملزمة نتيجة تواتر استعمالها رغم انقضاء زمن قصير على نشأتها، كما يمكن للقاضي والفقهاء أن يعودوا في ذلك إلى القواعد التي يقوم عليها العرف الدولي العام مثل الصالح العام الدولي والأخلاق والعدالة.

أما العنصر الثاني لمبدأ الشرعية في الجريمة البيئية الدولية هو العنصر الموضوعي ومفاده أن يكون الفعل ضارا بالمصلحة التي يحميها القانون الدولي لحماية البيئة.<sup>1</sup>

ونشير في هذا السياق إلى الرأي الفقهي الذي يذهب إلى أن مبدأ الشرعية ما هو إلا تجسيد للقاعدة القانونية الدولية التي تجرم السلوك وتحدد له جزاءا جنائيا وبالتالي لا يمكن اعتبار قاعدة التجريم ذاتها ركنا في الجريمة لأن دور هذه القاعدة يقتصر على إضفاء الوصف أو التكييف القانوني على السلوك وتحديد الجزاء الجنائي المقرر له. ويذهب هذا الرأي والذي نتفق معه إلى أن الجريمة الداخلية تقوم على ركنين ركن مادي وركن معنوي أما العنصر الشرعي فإنه يخلص إلى النموذج القانوني للجريمة وهذا النموذج القانوني يشكل عنصرا في القاعدة القانونية لا في الجريمة في حد ذاتها.<sup>2</sup>

وعليه فإن الجريمة الدولية تقوم على الركنين المادي والمعنوي إضافة إلى الركن الدولي وتوافر هذه الأركان يكون على ضوء ما يقرره القانون الدولي الجنائي وهي الأركان التي سنأتي على توضيحها أدناه وقبل ذلك نود أن نؤكد على أننا نتفق مع الرأي الذي يستبعد نص القانون كركن في الجريمة الداخلية والجريمة الدولية بصفة عامة والجريمة البيئية الدولية بصفة خاصة.

#### ثانيا: أركان الجريمة البيئية الدولية

بعد استعراض مقتضيات مبدأ الشرعية كأساس لقيام الجريمة البيئية الدولية سننطلق إلى أركانها، فهي مثلها مثل غيرها من الجرائم الدولية تقوم على ثلاثة أركان أساسية، الركن الأول هو الركن المادي ويتمثل في سلوك الجاني وما يترتب من أثار ضارة بالبيئة الدولية، والركن المعنوي، فالجريمة البيئية الدولية لا بد من أن تصدر عن شخص ذي إرادة معتبرة قانونا على نحو يقره القانون مع العلم بالنتائج، هذا بالإضافة إلى ركن ثالث وهو الركن الدولي للجريمة والذي يفترض أن الفعل المكون لها يتصل على نحو معين بموضوع القانون الدولي لحماية البيئة.<sup>3</sup>

#### أ- الركن المادي للجريمة البيئية الدولية

الركن المادي في الجريمة البيئية الدولية هو السلوك المادي غير المشروع الذي تولدت عنه الجريمة سواء كان إيجابيا أم سلبيا، ذلك أن قوام الركن المادي في الجريمة بوجه عام هو الفعل أو الامتناع الذي يخالف تكليف يفرضه القانون.<sup>4</sup>

فلا يتصور أن تقع الجريمة بغير نشاط إيجابي أو سلبي يأخذ تعبير السلوك ليجمع في معناه الفعل والامتناع معا، ولا ضير في أن نذكر بأن القانون وإن كان يوجب دائما فعلا ماديا في الجريمة فإنه لا يشترط أن يترك هذا الفعل آثارا

<sup>1</sup> - أمجد هيكل، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> - هشام مصطفى محمد إبراهيم، التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، 2015، ص 94.

<sup>3</sup> - هشام مصطفى محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 65-66.

<sup>4</sup> - منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 27.

مادية أو أنه يتسبب في نتائج ضارة، فحتى إذا لم ينتج الفعل آثاره الجرمية فإنه يشكل في حالة الشروع والجريمة الخائبة، ومن ثم فإن الركن المادي للجريمة يتمثل دائما في عمل أو فعل غير أنه لا يتمثل في نتيجة هذا الفعل.<sup>1</sup> ولا تختلف الجريمة البيئية الدولية عن أي جريمة في أنها تعتبر سلوكا معاقب عليه يحدد له القانون الدولي الجنائي لحماية البيئة جزاء جنائيا وهذا السلوك هو النشاط المادي الصادر عن المتهم أو المتهمين في جرائم تلويث البيئة وهو عنصر لازم الوجود فيها سواء كان إيجابيا أو سلبيا.

والسلوك وحده لا يكفي لتكوين الركن المادي في الجريمة البيئية الدولية إذ أن ممارسة الفعل أو الامتناع يترتب عنها حدوث تغيير في عنصر من عناصر البيئة ذلك التغيير هو ما يعبر عنه بالحدث أو النتيجة. ويبقى في حكم القانون كل من الفعل أو الامتناع والنتيجة ظاهرتان منفصلتان في الجريمة البيئية الدولية ما لم يربط بينهما رباط سببي يترتب حدوث الواحد منهما كأثر على الآخر فيجعل الفعل سببا ومن الحدث نتيجة<sup>2</sup>، وهو ما يعرف بعنصر العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة الضارة.

والركن المادي للجريمة البيئية الدولية يأخذ الصور المألوفة في أية جريمة فقد يقع في صورة تامة وقد يقع في صورة شروع وقد يقع في صورة مساهمة أصلية أو تبعية، وقد ساوى القانون الدولي بين صورتى المساهمة الأصلية والتبعية في كافة مراحل الجريمة الدولية المختلفة وهذا ما يتضح من خلال استقراء نصوص المواد 05، 08، 09، و25 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وما يميز الجرائم الدولية عامة والجريمة البيئية الدولية عن الجرائم الداخلية أن النتيجة الضارة في هذه الأخيرة تصيب الأفراد بصفة مباشرة والتحضير والإعداد لها غير معاقب عليه إلا بنص في حين أنه معاقب عليه في الجرائم الدولية ويعود ذلك لخطورة تلك الأفعال في حال وقوعها على المجتمع الدولي في وجوده وأمنه وسلامته وتقدمه.<sup>3</sup>

#### ب- الركن المعنوي للجريمة البيئية الدولية

عرفنا أن الركن المادي للجريمة يتكون من سلوك ونتيجة ورابطة سببية تربط بينها والسلوك يتمثل في فعل أو امتناع عن فعل مقرون بالإرادة، بحيث لو تخلفت الإرادة لما خضع السلوك لتقويم جنائي، فالإنسان يعاقب لأنه مسؤول عن أعماله التي ارتكبتها بإرادته.

والإرادة المتجهة نحو ارتكاب السلوك هي التي يعتمد عليها في إسناد التصرفات الإجرامية إلى مرتكبيها ومعاقبتهم عنها، وحتى يتحقق الإسناد لا بد أن تكون لدى الفاعل إرادة مدركة أي لديه القدرة على التمييز بين الأفعال المحرمة والأفعال المباحة وأن تكون له حرية الاختيار في ذلك.<sup>4</sup>

فالركن المعنوي للجريمة البيئية الدولية يكمن في ارتكاب الجاني للسلوك الإجرامي وهو يعلم بأنه مجرم ومعاقب عليه بجزاء جنائي ودون اشتراط العلم بالقانون الدولي الجنائي لحماية البيئة في حد ذاته، وبرغم ذلك ارتكبه بإرادة حرة واعية وبذلك فإن الركن المعنوي يتكون من عنصرين هما العلم والإرادة.

<sup>1</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 115.

<sup>2</sup> - هشام مصطفى محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 70.

<sup>3</sup> - ويستشف ذلك من المادة 04/02 من ميثاق الأمم المتحدة والتي جعلت التهديد بالعدوان أو الإعداد له من قبيل الجرائم الدولية.

<sup>4</sup> - راجع محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 297-319.

ويختلف الركن المعنوي في الجرائم الدولية عنه في الجرائم الداخلية من ناحية قصد الإضرار، فهو في الجرائم الداخلية يكون في الغالب موجها بصفة مباشرة إلى الأشخاص الطبيعيين في أجسادهم أو ممتلكاتهم ولعدة دوافع مختلفة منها الانتقام.

أما عن قصد الإضرار في الجرائم الدولية بصفة عامة فإن الجاني يتخذ من المصالح الأساسية للمجتمع الدولي هدفا له، حيث يتجه بسلكه الإجرامي للإضرار بمصلحة دولية معينة بطريقة مباشرة. وقد أخذ القانون الدولي الجنائي بصور الركن المعنوي في الجرائم الدولية عامة ومن بينها الجريمة البيئية الدولية، وبالتالي فالأمر لا يختلف عما هو متفق عليه في القوانين الجنائية الوطنية، فهو محل إجماع عند الفقهاء وتضمنته مختلف المواثيق الدولية العامة والخاصة.

فالقانون الدولي الجنائي يأخذ بالقصد الجنائي كصورة من صور الركن المعنوي والذي يعرف بالقصد الجنائي الدولي ويقصد به علم الجاني بجميع مقومات الجريمة واتجاه إرادته لارتكاب السلوك وتحقيق النتيجة المترتبة عليه وبمعنى آخر هو تقابل العلم والإرادة عند نقطة واحدة وهو الثابت في نص المادة 30 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.<sup>1</sup>

كما أن القانون الدولي الجنائي يأخذ بالقصد الخاص في الجرائم البيئية الدولية ومفاده أن ينصرف علم الجاني وإرادته ليس فقط إلى السلوك غير المشروع وإنما إلى تحقيق النتيجة الإجرامية أيضا في تلك الجريمة وهو المساس بسلامة عنصر من عناصر البيئة الطبيعية أو الوضعية وما يترتب عليه من آثار ومنها تعريض الصحة العامة للخطر الشديد، فالقصد العام لا يكفي في جرائم المساس بالبيئة الدولية بل يجب أن يضاف إليه القصد الخاص الذي يتمثل في نية إلحاق الضرر بالبيئة في أحد أشكاله وطرقه، أي يجب أن يستهدف الجاني غاية معينة وهذا هو جوهر القصد الخاص.<sup>2</sup>

أما عن الخطأ غير العمدي فإن الرأي الراجح في الفقه والواقع العملي يرفضان فكرة الخطأ غير العمدي في الجرائم الدولية ومنها الجريمة البيئية الدولية لأنه من غير المنطقي أن تقع جريمة دولية بطريق الخطأ أو الإهمال، أي أن السبب في ذلك يرجع إلى جسامته الفعل لا إلى نوع الفعل أو مقدرا الجزاء المقرر له.<sup>3</sup> بل ويتعدى الأمر ذلك إلى استطاعة الجاني في الجرائم الدولية ومنها جرائم تلويث البيئة أن ينفي قيام الركن المعنوي في حقه إذا أثبت تخلف القصد الجنائي الدولي لديه وذلك بسبب أن جهل العلم بالقانون المجرم لهذه الجريمة التي اقترفها وذلك في حالة إذا لم ينص عليها التشريع الداخلي لدولته.

كما أن الإكراه بصورتيه المادية والمعنوية يفسد القصد الجنائي لدى المتهم ويسقط عنه المسؤولية الجنائية في مجال جرائم تلويث البيئة لأن ذلك محل اتفاق بين القانون الدولي الجنائي والتشريعات الداخلية على حد سواء.

<sup>1</sup> - تنص المادة 30 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على: "ما لم ينص على غير ذلك لا يسأل الشخص جنائيا عن ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة ولا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توافر القصد والعلم...."

<sup>2</sup> - هشام مصطفى محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 90-91.

<sup>3</sup> - محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 326.

### ج- الركن الدولي للجريمة البيئية الدولية

الركن الدولي في الجرائم يترتب على توافره إضفاء وصف الجريمة الدولية على السلوك المجرم والمعاقب عليه وبانتفائه ينتفي هذا الوصف، ومؤداه أن يكون الفعل مجرماً بقواعد القانون الدولي الجنائي وأن يلحق الفعل اعتداءً أو أضراراً بمصلحة دولية ضرورية ومحمية بقواعد القانون الدولي.<sup>1</sup>

فالركن الدولي في الجرائم الدولية ومنها الجريمة البيئية الدولية ينطوي على جانبين الأول شخصي ويتمثل في ضرورة أن ترتكب الجريمة باسم الدولة أو بتشجيع أو رضا منها، والمعنى أن الشخص الطبيعي عندما يرتكب الجريمة البيئية الدولية لا يرتكبها لشخصه وإنما بصفته ممثلاً لدولته وحكومته وفي أحيان كثيرة ترتكب الجريمة الدولية بعلم أو طلب من الدولة أو باسمها أو بموافقتها ومباركتها.<sup>2</sup>

أما الجانب الموضوعي للركن الدولي فيكمن في أن المصلحة المشمولة بالحماية لها صفة دولية فالجريمة البيئية الدولية تقع مساساً بعناصر البيئة الطبيعية والوضعية وهو ما يشكل مساساً بمصالح أو قيم للمجتمع الدولي أو مرافقه الحيوية.<sup>3</sup>

وبقدر تعدد تلك المصالح والقيم تتعدد الجرائم البيئية الدولية ذلك أن العلاقة بينهما طردية فإذا ما زادت المصالح والقيم التي لها علاقة بالبيئة الإنسانية والمحمية من قبل المجتمع الدولي زادت نسبة الجرائم الموجهة إليها كما ونوعاً.<sup>4</sup>

ويتجلى الركن الدولي للجريمة البيئية الدولية كذلك من زاوية أخرى وهي أن السلوك الضار بالبيئة يكفي أن يكون مجرماً ومعاقب عليه أو أن هناك نص يحث على العقاب عليه بمقتضى القانون الدولي الجنائي أي بغض النظر عن كونه مجرم ومعاقب عليه في التشريعات الداخلية أم لا، وهو ما يحقق استقلالية وذاتية لقواعد القانون الدولي لحماية البيئة عن التشريعات الجنائية البيئية الداخلية.

ونشير إلى أن هناك اتجاه في الفقه يرى بأن معيار دولية الجرائم يعود بالدرجة الأولى إلى انطواء الفعل على المساس بالمصالح الدولية الأساسية مع ورود تجريمه وبيان أركانه والعقاب عليه أو الحث على العقاب في القانون الدولي الجنائي، ودون الحاجة إلى اشتراط وقوع الجريمة الدولية بمساعدة من الدولة أو رضاها أو تشجيعها للجناة. ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على عدة اعتبارات منها أن شرط تدخل الدول بالمساعدة أو الرضا أو التشجيع لا يتوفر في الكثير من الأحيان، ولأنه لن يسأل في النهاية جنائياً إلا الأشخاص الطبيعيين ولن تخضع الدولة للمساءلة الجزائية بحكم أنها شخص معنوي.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 31.

<sup>2</sup> - محمد عبد المنعم عبد الغني، المرجع السابق، ص 335.

<sup>3</sup> - ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 08/ب/04 من نظام روما الأساسي بشأن جرائم الحرب والتي من بينها تعمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر كبيرة تشمل إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأجل وشديد للبيئة الطبيعية... والتي يتوافر الركن الدولي بشأنها متى ارتكبت مخالفة للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي.

<sup>4</sup> - منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 31.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 32.

وإذا كانت الدولة محرّضة أو مشجعة أو مساعدة أو لها دور في ارتكاب جريمة أو جرائم دولية فإنها تخضع فقط لأحكام المسؤولية المدنية والمتمثلة في جبر الضرر والتعويض للضحايا والمتضررين، أو أنها تخضع لعقوبات تتناسب وطبيعتها القانونية.

### الخاتمة:

شكلت هذه الورقة البحثية مجال للإجابة على الإشكالية المعتمدة، وذلك من خلال دراسة الجوانب الفقهية والقانونية لمدلول الجرائم البيئية الدولية وشروط قيامها، وهي الجوانب التي تركز إليها أوجه الحماية الدولية الجنائية للبيئة من الناحيتين الموضوعية والإجرائية المقررة في القانون الدولي الجنائي ضد الأخطار والأضرار الناجمة عن أفعال التلوث زمن النزاعات المسلحة، وبعد التطرق بشيء من التفصيل لتلك الجوانب خلصنا إلى جملة من النتائج تخص الاتجاهات الفقهية والمواقف القانونية الدولية المرتبطة بالدراسة وهي النتائج التي نورد أهمها في الآتي:

01- من بين الأساليب المتبعة لمكافحة جرائم تلويث البيئة في نطاق القانون الدولي اعتراف المجتمع الدولي بحماية البيئة في نطاق القانون الدولي الجنائي بحكم أن الجريمة البيئية الدولية جريمة حرب.

02- تعرف الجريمة البيئية الدولية انطلاقاً من تكييفها القانوني على أنها أعمال العداء التي يقوم بها الجنود أو غيرهم من أفراد العدو للإضرار بالبيئة الطبيعية والوضعية، أو أنها تلك الأفعال التي ترتكب أثناء النزاع المسلح من قبل الأفراد المحاربين أو المدنيين بالمخالفة لقوانين وأعراف الحرب والتي ينتج عنها أضرار جسيمة بالبيئة الطبيعية والوضعية.

03- يكمن الفارق الرئيسي بين الجريمة البيئية الدولية والجريمة البيئية العالمية أن الأخيرة وعلى الرغم من تنظيم أكثرها بالاتفاقيات الدولية وغيرها من مصادر القانون الدولي لحماية البيئة تبقى سلطة تطبيق العقاب على مرتكبيها مخولة للسلطات القضائية الداخلية لكل دولة وبموجب التشريع الجنائي البيئي الداخلي للدولة التي وقعت فيها الجريمة، حتى وإن كان التشريع الداخلي جاء تنفيذاً للالتزامات الدولية المنصوص عليها في أحكام المعاهدات الدولية.

04- مبدأ الشرعية له مضمون مختلف في القانون الدولي الجنائي مقارنة بمضمونه في القوانين الجنائية الوطنية، وهذا المضمون يشمل الجريمة البيئية الدولية إذا ما قارناها بالجريمة البيئية الداخلية.

05- الركن المادي للجريمة البيئية الدولية يأخذ الصور المألوفة في أية جريمة فقد يقع في صورة تامة وقد يقع في صورة شروع وقد يقع في صورة مساهمة أصلية أو تبعية، وقد ساوى القانون الدولي بين صورتها المساهمة الأصلية والتبعية في كافة مراحل الجريمة الدولية.

06- الركن الدولي في الجرائم الدولية ومنها الجريمة البيئية الدولية ينطوي على جانبين الأول شخصي ويتمثل في ضرورة أن ترتكب الجريمة باسم الدولة أو بتشجيع أو رضا منها، أما الجانب الموضوعي للركن الدولي فيكمن في أن المصلحة المشمولة بالحماية لها صفة دولية.



## قائمة المصادر والمرجع:

أولاً: الوثائق القانونية.

- 01- الدستور (التعديل الدستوري لسنة 2016).
- 02-ميثاق هيئة الأمم المتحدة الصادر بتاريخ 26 جوان 1945.
- 03-النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الصادر بتاريخ 17 جويلية 1998.
- 04-الأمر 76-80 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن القانون البحري المعدل والمتمم.
- 05-القانون 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

ثانياً: المراجع.

- 01-أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري، الطبعة السادسة عشر، دار هومة، الجزائر، 2017.
- 02-أمجد هيكل، المسؤولية الجنائية الفردية الدولية أمام القضاء الجنائي الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 03-حسين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية -دراسة تحليلية تطبيقية-، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
- 04-علي سعيدان، حماية البيئة من التلوث بالمواد الإشعاعية والكيماوية في القانون الجزائري، د ط، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 05-محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية -دراسة في القانون الدولي الجنائي- د ط، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- 06-منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية -النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي- دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
- 07-هشام مصطفى محمد إبراهيم، التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة الجنائية الدولية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، 2015.

## الليات الجديدة لتسيير ميزانية التجهيز للدولة 2017، المادة 120 من قانون مالية 2017

## The new mechanisms for running the state's processing budget 2017

## Article 120 of the Finance Law of 2017

— ايت محمد مراد



جامعة دالي براهيم الجزائر 3

[mourad.aitmed@gmail.com](mailto:mourad.aitmed@gmail.com)

تاريخ القبول: 2020-05-21

— محمد العباسي\*



جامعة دالي براهيم الجزائر-3

[laabassimohamed33gmail.com](mailto:laabassimohamed33gmail.com)

تاريخ الإيداع: 2019-11-18

تاريخ المراجعة: 2020-02-04

**الملخص:**

تهدف هذه الدراسة الى تسليط الضوء على اهم الاجراءات التي اتبعتها الحكومة الجزائرية بداية من سنة 2015 ، فلعل هذه التي كانت حتمية نتيجة انهيار اسعار البترول خلال سنة 2014 الى مستويات قياسية نتج عنه تراكم الديون على الميزانية ومطالبة اصحاب المشاريع بمستحققاتهم المالية، وتراجع الاحتياطي من الصرف الاجنبي وتسجيل عجز في الموازين فكانت هذه الاجراءات الجديدة وخاصة ما جاء به القانون 14/16 المتضمن قانون المالية 2017 لعقلنة المصاريف و ترشيد النفقات والتحكم فيها ، وتلزم الامرين بالصرف سواء وزراء او ولاية باعتماد الحذر في منح رخص البرامج ، كما ان جعل الالتزام بالبرامج او المشاريع مرهونا بتوفير الاموال اللازمة من شأنها تضمن مرونة اكثر في تسيير ميزانية التجهيز لما تسمح له الوضعية الاقتصادية للدولة.

الكلمات المفتاحية: قانون المالية: التنمية: الالتزام القانوني: الالتزام المحاسبي.

**Abstract:**

This study aims to shed light on the most important measures adopted by the Algerian government starting in 2015, perhaps these measures were inevitable as a result of the collapse of oil prices during 2014 to record levels resulted in the accumulation of debt on the budget and demanding entrepreneurs financial dues, and the decline in foreign exchange reserves The new measures, especially the provisions of Law 16/14, which includes the Finance Law 2017 to rationalize expenses and rationalize expenses and control, and commits to disbursement, whether ministers or governors to adopt caution in granting software licenses. Programs or projects subject to the provision of the necessary funds that will ensure more flexibility in the conduct of the processing of what allows him to the economic situation of the state budget.

**Keywords :** Finance law; development; legal obligation; accounting obligation.

\* المؤلف المراسل: محمد العباسي.

## المقدمة:

في إطار سياسات ترشيد النفقات ،أقرت الحكومة إجراء جديدا في مشروع قانون مالية 2017 ،يتعلق بإغلاق كافة صناديق التخصيص الموجهة إلى تسيير عمليات الاستثمارات العمومية ، و توحيدها في صندوق واحد . ووفقا لمشروع قانون مالية 2017 ، فان حسابات التخصيص رقم 302-115 الخاص بتسيير عمليات إعادة البناء و رقم 302-120 المتعلق ببرامج التكميلي لدعم الانعاش الاقتصادي 2005-2009 ، و رقم 302-134 لبرنامج دعم النمو الاقتصادي 2010-2014 و رقم 302-143 المتعلق بتوطيد النمو الاقتصادي 2015-2019 ، سيتم إقفالهم بتاريخ 31 ديسمبر 2016.

و بالمقابل تم إنشاء صندوق تخصيص واحد ، ويدفع باقي ناتج الصناديق المختلفة لحساب الخزينة العمومية، ويعرف الصندوق الجديد برقم 302-145 حساب تسيير عمليات الاستثمارات العمومية المسجل بعنوان ميزانية الدولة للتجهيز ، و هذا الحساب سيستفيد من حيث الإيرادات من قيمة 300 مليار دينار متأتية من صناديق التخصيص الخاص رقم 302-115 و 302-120 و 302-134 المقرر إغلاقها، ويضاف إليها اعتمادات مالية تقدم سنويا في إطار قوانين المالية لتمويل برامج الاستثمار للفترة الممتدة ما بين 2017-2019 .

أما من حيث نفقات الصندوق الجديد، فإنها مرتبطة بتنفيذ المشاريع المسجلة باسم ميزانية الدولة للتجهيز، فضلا عن النفقات المتصلة بتنفيذ مشاريع مقيدة قبل تاريخ 31 ديسمبر 2016. ويأتي الإجراء الجديد في مسعى لتقليص أعباء تسيير عدة صناديق تخصيص ،فضلا عن توحيد النفقات المقيدة بهذه الصناديق التي يقدر عددها الإجمالي ما بين 60 إلى 70 صندوق تخصيص ، وأضحت تمثل إشكالا في مجال التسيير لتعدددها و عدم تطهير الموارد المالية التي تحويها لعدم تنفيذ كافة المشاريع المقيدة بها .

من هذا المنطلق تتبين لنا الإشكالية و المتمثلة في :

ماهي الاليات الجديدة التي اتخذتها الحكومة الجزائرية لتسيير ميزانية التجهيز من خلال قانون المالية 2017؟

وللإجابة على التساؤل السابق سنتطرق الى ثلاثة محاور رئيسية:

المحور الأول : مفاهيم عامة عن قانون المالية.

المحور الثاني: الإجراءات العملية قبل صدور قانون المالية 2017

المحور الثالث: كيفية تطبيق احكام المادة 120 من قانون المالية 2017

## المحور الأول مفاهيم عن قانون المالية.

### أولاً: تعريف قانون المالية :

عرفت المادة الاولى من القانون 88/05 المؤرخ في 12/01/1988 المعدل والمتمم للقانون 17/84 المؤرخ في 07/07/1984 و المتعلق بقوانين المالية كالاتي : قانون المالية يقدر ويرخص المال لسنة مدنية مجموع الموارد و الاعباء الخاصة بالدولة بالإضافة الى الوسائل الاخرى الموجهة الى تسيير المصالح العمومية ، ويقدر ويرخص الاعباء الموجهة الى التجهيز العمومي و الاعباء لراس المال " ولقانون المالية ثلاثة اشكال و هي:<sup>(1)</sup>

#### 1- قانون المالية السنوي:

يحدد بصفة ثابتة ومسبقة اعباء و موارد الدولة فهو مبدئياً منطلق السياسة المالية كل سنة ، يتم اصداره في بداية السنة ويصلح للبقاء طيلة السنة مالم تطرأ ظروف ومعطيات جديدة تحتم تعديله وتكاملته.

#### 2- قانون المالية المعدل او التكميلي:

يتم بواسطته اتمام قانون المالية او تعديله خلال السنة الجارية وذلك لجعل قانون المالية يتماشى مع المستجدات السياسية و الاقتصادية التي لم تكن متوقعة اثناء اعداد مشروع قانون المالية ، ويمكن تعدد قانون المالية السنوي و التكميلي خلال نفس السنة.

#### 3- قانون صب الميزانية:

هي الوثيقة التي يثبت بمقتضاها تنفيذ قانون المالية الاولي و التكميلي الخاص بكل سنة مالية و يعد بعد انتهاء السنة المالية ، ويتم تقديمه مرفقا ب :

- قانون المالية الجديد.

- تقرير تفسيري يبرز شروط تنفيذ الميزانية العامة للدولة للسنة المنتهية (N-2) .

- جدول تنفيذ الاعتمادات المفتوحة في قانون المالية لسنة (N-2) .

- رخص تمويل الاستثمارات لسنة (N-2) .

ويتناول قانون المالية بالنسبة للإيرادات رخص للبدأ بإجراءات تحصيل ، اما بالنسبة للنفقات البدا في تنفيذ

النفقة (الصرف) . ويتم تنفيذ قانون المالية بواسطة اعوان تنفيذ الميزانية الامر بالصرف والمحاسب العمومي.

أ- تعريف الامر بالصرف : فالأمر بالصرف هو كل شخص مخول قانونا للقيام بالمهام التالية:- الالتزام - التصفية - الامر بالدفع .

ب - تعريف المحاسب العمومي: وهو كل شخص مخول قانونا للقيام بالمهام التالية:- التحصيل - الدفع.

<sup>(1)</sup> المادة 02 من القانون رقم 17/84 المؤرخ في 07/07/1984 المتعلق بالقوانين المالية، الجريدة الرسمية عدد 28 مؤرخة في 10 يوليو 1984.

## ثانيا : تعرف نفقات التجهيز للدولة

الميزانية: هي وثيقة تقديرية ترخص لسنة مالية لمجموع الإيرادات و النفقات<sup>(1)</sup>  
النفقات تنقسم الى قسمين<sup>(2)</sup>

- نفقات التسيير

- نفقات التجهيز وهي تنقسم الى نفقات الاستثمار وعمليات براس مال

أ- نفقات التسيير: هي الاموال المخصصة لتغطية الاعباء المالية الضرورية لتسيير المصالح العمومية التي تسجل اعتمادا دائما في الميزانية العامة للدولة ، وهي نفقات ذات الطابع العادي والمتكرر في الميزانية العامة للدولة وتسجل في الجدول ( ب ) منها على اساس تصنيف اداري وهي عبارة عن نفقات استهلاكية بحيث توجه لتسيير اجهزة الدولة الادارية كالأجور و مصاريف الصيانة و اللوازم والمكاتب....

ويمكن تصنيفها الى اربعة ابواب كما يلي:

- اعباء الدين العمومي و النفقات المحسومة من الادارات

- تخصيصات السلطة العمومية

- النفقات الخاصة بوسائل المصالح

- التدخلات الحكومية

ب- نفقات التجهيز:<sup>(3)</sup> هي نفقات تتعلق بالتجهيزات الجماعية و اشغال المنشآت الاساسية الكبرى الاقتصادية و الادارية و الاجتماعية ، تهدف من خلالها الدول الى تكوين رؤوس اموال بقصد تنمية الثروة الوطنية ، وتسجل على شكل رخص برامج وتنفذ بإعتمادات الدفع و تنقسم الى:

ب-1- نفقات الاستثمار: وتتكون من مختلف المشاريع التي تتولى الدولة تمويلها و التي تتحدد من خلال برنامج

الحكومة ، تأتي هذه المشاريع على شكل برامج انمائية توزع حسب الجدول (ج) من قانون المالية على 10 قطاعات .

ب-2- العمليات براس المأل : هي نفقات تتكفل بها الدولة تتعلق بتبعات الخدمة العامة او البرامج الخاصة

المفروض من الدولة و الغير مسجلة في مدونة الاستثمارات العمومية و تتمثل في:

- تخفيض و تحسين نسب الفوائد

- الاعانات و تبعات التهيئة العمرانية

- التخصيصات للمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و مراكز البحث

- الإحتياطات المخصصة للمناطق الواجب ترقيةها

- نفقات براس المال الدين العام

- احتياطات مخصصة للنفقات غير المتوقعة

(1) المادة 03 من القانون 21-90 المؤرخ في 15 غشت سنة 1990 والمتعلق بالحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 35 مؤرخة في 15 غشت 1990 .

(2) المادة 23 من القانون رقم 17/84 المؤرخ في 07/07/1984 المتعلق بالقوانين المالية

(3) المادة 35 من القانون رقم 17/84 ، في 07/07/1984 المتعلق بالقوانين المالية

- صندوق دعم الاستثمار

### ثالثا: النفقات العمومية و مراحل تنفيذها

#### 1- النفقات العمومية:<sup>(1)</sup>

مفهوم النفقة: هي تلك المبالغ المالية التي تقوم بصرفها السلطة العمومية ، او انها مبلغ تقدي يقوم شخص عام بانفاقه بقصد تحقيق منفعة عامة، كما يمكن تعريفها بانها استخدام مبلغ نقدي من قبل هيئة عامة بهدف اشباع حاجة عامة.

وتنقسم الى:

- من حيث الدورية<sup>(2)</sup> : تنقسم النفقات العامة من حيث دوريتها الى نفقات عامة عادية وغير عادية ، ونقصد بالنفقات العادية تلك المتميزة بالدورية و المتكررة كل سنة و بشكل منظم اما النفقات غير العادية فهي تلك التي لا تتكرر كل سنة بطريقة منتظمة أي تحدث خلال فترات متباعدة.

- من حيث الإنتاجية : تنقسم النفقات من حيث الانتاجية الى نفقات منتجة وغير منتجة ، ويقصد بالنفقة المنتجة جلب الايراد للدولة كالرسوم و تعتبر غير منتجة اذا لم تحقق دخلا نقديا على الدولة كإنشاء الطرق.

- من حيث طبيعتها : النفقات الادارية لازمة لسير الادارات العامة في الدولة و هي تشبه نوع ما النفقات العادية اما النفقات الاستثمارية فهي مخصصة لتنمية الدخل و زيادته في حين ان النفقات التحويلية هي التي يكون الهدف منها تقديم المساعدات و ما تبغيه الدولة من وراء هذه النفقات التحويلية هو عادة توزيع الثروة او المدخل.

#### 2- مراحل تنفيذ :

تمر عملية تنفيذ النفقات العمومية بمرحلتين اساسيتين هما:

أ- المرحلة الادارية : وتشمل ثلاث عمليات وهي الالتزام و التصفية و الامر بالدفع و هي عمليات من صلاحيات الامر بالصرف.

أ-1- مرحلة الالتزام : حسب المادة 19 من قانون 21/90 يعد الالتزام الاجراء الذي يتم بموجبه اثبات نشوء الدين . حسب هذا التعريف الالتزام هو التصرف الذي يجعل الدولة او احدى هيكلها مدينة لطرف اخر ولا تعد النفقة هنا إلا في حدود الاعتمادات المالية المرخصة لها ونشير انه الالتزام له شكلين التزام قانوني و التزام محاسبي .

أ-2- مرحلة التصفية: حسب المادة 20 من القانون 21/90 تسمح التصفية بالتحقيق على اساس الوثائق الحسابية و يحدد المبلغ الصحيح للنفقة العمومية. فالتصفية اذا هي عملية تحديد القيمة الصحيحة للنفقة و التي تتم بتحديد مقدار المبلغ النقدي المستحق الدفع لصالح الدائن على اساس الوثائق و المستندات التي من شأنها انشاء الدين العام و تنقسم بدورها الى قسمين:

أ-2-1- مرحلة التصفية بحد ذاتها و يتم فيها تقدير القيمة الصحيحة للدين الملتزم به .

(1) محمد عباس محرزى، اقتصاديات المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية 2003-11، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، ص 65.

(2) خالد شحادة الخطيب واحمد زهير الشامية، اسس المالية العامة، دار وائل للتوزيع، عمان، الطبعة 03، سنة 2007، ص 114.

أ-2-2- مرحلة اثبات الخدمة المقدمة : فيها تتحقق الادارة مبدئيا من الاستلام الفعلي للسلع والخدمات موضوع الدفع.

أ-3- مرحلة الدفع: حسب المادة 21 من القانون 21/90 يعد الامر بالصرف او تحرير الحوالات ، الاجراء الذي يأمر بموجبه دفع النفقات العمومية.

ب- المرحلة المحاسبية : هي مرحلة الدفع ، فحسب المادة 22 من القانون 21/90 يعد الدفع الاجراء الذي يتم بموجبه ابراء الدين العمومي.<sup>(1)</sup>

## المحور الثاني: الاجراءات العملية قبل صدور قانون المالية 2017

أولا: التقشف:

التقشف مجموعة من السياسات التي تسعى الى تخفيض العجز في الموازنات الحكومية من خلال تقليص للانفاق العام او جمع عائدات ضريبية اكثر ، او مزيج من الامرين . ويبرز هذا التدبير في السنوات الاخيرة وخاصة منذ بدأ أزمة الائتمان العالمية في 2008.<sup>(2)</sup>

منذ الهبوط الشديد في اسعار البترول في العام 2014، انخفضت الإيرادات الخارجية للجزائر إلى النصف، مايسبب مشكلة كبيرة للاقتصاد الجزائري الذي يعتمد على العائدات النفطية الضخمة للاستمرار في تمويل البرامج التنموية (الباهظ الكلفة). فالحكومة الجزائرية اتبعت ثلاث مقاربات: سلكت مسارا آمنا ومطمئنا عبر اتباع مقاربة "لننتظر ونرا"، انطلاقا من توقعها حدوث ارتفاع جديد في الأسعار الدولية للبترول، ثم أعقبته مرحلة من الإجراءات التقشفية في العام 2015.<sup>(3)</sup>

اختارت الدولة الانتظار أملاً في أن تنقضي مرحلة الانخفاض في الأسعار وعوّلت على الاحتياطي الحكومي الذي كان يبلغ 179 مليار دولار في نهاية عام 2014، لمعالجة العجزات في الموازنة والميزان التجاري التي بلغت نحو 24 مليار دولار في 2014. فلم تتغير النزعات الاستهلاكية، ولا المواقف الرسمية، غير أن المؤسسات الخارجية بدأت تدق ناقوس الخطر، ما أرغم السلطات على تغيير موقفهم .

في العام 2015، بدا أن القيادة الجزائرية تغير مسارها، بعدما أدركت أن "الحالة السيوية الجديدة" ستسوء على 40 دولاراً للبرميل، وأن الدولة الجزائرية تحتاج إلى أن يكون سعر برميل النفط 115 دولاراً كي تتساوى الإيرادات مع النفقات. اختارت اتخاذ إجراءات تقشفية حازمة من أجل الحفاظ على احتياطياتها من العملات الأجنبية لتسديد ثمن وارداتها الكبيرة من السلع الغذائية الاستهلاكية.

<sup>(1)</sup> المادة 22 من القانون 21/90.

<sup>(2)</sup> مارك بليث ، ترجمة عبد الرحمان اياس، التقشف تاريخ فكرة خطيرة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والادب ، طبعة 2006، ص 15.

<sup>(3)</sup> <https://carnegieendowment.org>

وقامت الجزائر بعة إجرارة تقشففة مبرها: ففص الإنفاق من الموازنة العامة بنسبة 9%، وزفارة العائداد الضرففة بنسبة 4%، اعتماداً على زفارة أسعار البنزف بنسبة 36%، ورفع الضرففة على الففمة المضافة والكهرباء، وإجرارة الفف تطاول فسجل السفارة.

وكذا سمحت السلطاف النقدفة بانخفاض جففد فف ففمة الففنار مقبال الفولار وصل إلى 8.6%، إلا أن ذلك رفع من الفضخم إلى 7%، فف مارس 2016 (من 4.8% فف عام 2015)، وفق الففوان الوطنف للإحصائفاف. أما معدل البطالة فارتفع من 9.9% فف افرفل 2016، إلى 10.5% فف سبفمبر 2016، وصلت البطالة بفن النساء إلى 20% وبفن الشفاف إلى 26.7%، وبفن الحاصلفن على الشهاداف الجامعفة إلى 17.7%. أما الآفاق المسقففة فسقول، وفق البنك الفولف، إنه من المرفق فراجع النمو فف الأمد المرفسول إلى 1.2% بفن 2017 و2019. مع فراجع عجز الموازنة العامة إلى ما دون 5% فف 2017 و1% فف 2019.

اصدرت الحكومة فعلفة<sup>(2)</sup> مضمفنة فدابفر فعزفز الفوازناف الفافلفة والسارفة وسفاسة الفقشف و ملخصها

مالفف:

- فجمفد كل مسابقات الفوظفف و المناصب الممالفة المرفورة فضع لموافقة الوزفر الأول شخصفا - فف مبال نفقات الفسفر أمر الوزفر الأول بالفحكم فف عملفاف الفوظفف من خلال " فعلفق كل فوظفف جففد ماعدا فف ففود المناصب الممالفة المرفورة عبر اللجوء -بعف موافقة الوزفر الأول- إلى فنظفم المسابقات والاففباراف المفعلفة بذلك مع ففضفل اللجوء إلى إعادة نشر المناصب الممالفة المرفورة -كلما كان ذلك ممكنا - " كما كانت الفعلفة صارمة ففما ففص فقلفص فبذفر و بذخ الوزاراف عبر الفحكم فف فسفر النفقات المرفبطة بالمناصب الأخرى وذلك "بالحد من الفنقلاف الرسمفة إلى الفار مبال ففعلها فقفسر على ضرورة الفمفل القصوى " وكذا " فقلفص الفكلف بالفوفد الأفنبفة الفف تزور البلاد فف افار المباللاف الفئائفة و الفظاهراف المفعلفة " كما شدفد الفعلفة على "ضرورة إخضاع فنظفم اللقاءاف و الففواف و ففرها من الفظاهراف إلى قواعد صارمة لمى جفواها " بالإضافة إلى "الحد من إنشاء المرفسسااف العمومفة ذات الطابع الإدارف و جعلها فقفسر فقط على المنشأاف الإجماعفة والفرفوبة مع فرفشف فسفرها و اجراف فقففم لمى جفوى المرفسسااف و الهفئاف فف الوصافة".

فائفاف: فجمفد العملفاف فر المرفلقة

و فف الشق المفعلق بمبال نفقات الفجهز أمرت الحكومة الفزائفة بمنح "الأولوفة لإفام المشارف الفف انفلقت فف الآبال المففدة وضمن الفكالف المقرر" فف ففن فعا الوزفر الأول بفخصوص مشارف فبرنامج فوففد النمو الاقفسااف و مشارف فبرنامج فعم النمو الاقفسااف "الفف لم ففم الإنفلاق ففها" انه "فجب ان ففم جفولة فسلسلها وفق الأولوفة و حسب الحاجفاف المففدة و فضع المشارف و فوفر الشروف المسبقة للانفلاق الففلف ففها - على ان ففم فصوصا فأجل المشارف فر الضررفة- وشدفد الفعلفة على ان "لا ففم فبلفف فخص البرامج " إلا فف ففالات ضففة لخصفها الفففة فف "المشارف ذات الطابع الاجفماعف و فف ففالة فوفر الوعاء العقارف و فحرره من كل العوائق مع

(2) الفعلفة رقم 348 المورخة فف 25 ففسمبر 2014 المضمفنة فدابفر فعزفز الفوازناف الفافلفة وسفاسة الفقشف



امام دراساء الموافقة فضلا عن ناءج الإعلان عن المناقصاص " ففما سفام بموجب الأعلفمة بآارفا صاورها إجاباصحاب المشارفف فف اطار الصفااا العمومفة على اقآناا "المنآاا المصنعة مآلفا " و كذا اشراك " المؤسساء العمومفة و الخاصة فف انجاز المشارفف " ففما فام اشراك المؤسساء الأآنبفة " عندما فبفن ان اللآوء الفها ضرورف " فقرار الآآمفد لبعض المشارفف الآنموفة ام آآاذه بناا على آملة من المعاففر الموضوعفة منها:

- فعملفة الآآمفد مسآ المشارفف العمومفة الآف لا آشكل أولوفة بالنسبة للمواآنن بالدرآة الأولى.

- منح الأفضلفة فف آآصفص الموارا العمومفة للمشارفف العمومفة ذات الأولوفة، وآف انطلقت بها الأشغال

ضمن الآكالفف المقررة.

- إعطاء الأولوفة للمشارفف الآف بلغت نسبة الأشغال بها معدلاآ إنآاز معآبرة وأصبآآ آاهزة للآسفم.

- بالإضافة إلى إعطاء الأولوفة للمشارفف الآهزة الآف ام الانآفاء من دراساء الآااا المآلعة بها.

أما المشارفف الآف لم فام الانطلاق ففها بعد، فقد إراآاا السلطاآ العمومفة ضرورة آاولة آسلسلها قصد إعادة هفكلآها.

آالآا: آسفف النفقاآ

ان الآآراء الآالآ الآف آبعلآه الآكومة الآآرففة للآا من النفقاآ آراء الانهار الآاا لأسعار البآرول كان

آسفف النفقاآ

آهآة وآارة الممالفة آعلفمة<sup>(1)</sup> مسآعآة إلى الولاة والمراقبن الممالفن بالولافا وآماء الآزفنة، آأمر ففها بضرورة آسفر عملفاآ الالفع وفق الموارا الممالفة المآوفرة وآااأر أمورهم بشكل فضمن آوفر السفولة للآارة المآبقفة من السنة، أف آسفف النفقاآ العمومفة. وشاااآ على أن الماااااآ فآب أن آبقف فف آااا 50 بالمائة من مسآوى الآسفف الآف ام آااااآه لكل ولاية.

آاء فف هذه البرقفة الصااارة عن وآارة الممالفة " الماااااا العامة للمفزانفة والماااااا العامة للمآاسبة" والمآهبة إلى الوزارا والمراقبن الممالفن وآماء الآزفنة العمومفة، آوزفص النفقاآ آسب كل ولاية، أنه فف إطار آنففآ إآراءا الآسفف الممالفة الآف اعآماااا السلطاآ العمومفة، فإنه فطلب منكم آباف سفااسة آسفر صارمة لمآطآ آزفنة الولة، وففرص آباف طررفة مآل فف اسآآااا الموارا الممالفة المآوفرة.

وظالآا الآعلفمة الآهآا المرسل إلها باآآاا إآراءا آضمن سفولة فف عملفاآ الالفع آلال ما آبقف من السنة الآآرفة، وضمن مسار للماااااآا إلى آافة 31 الاسبمر 2016 بآا أقصى فصل 50 بالمائة من مسآوى الآسفف الآف ام آااااآه.

وهذا اااآاب آكالفف العمال والآآذفة و المنآ، وشاااآ على أن أف آآاوز لهذا السقف فآب أن فمآا

على بقفة السنة الآآرفة.

(1) الآعلفمة رقم 3059 المؤرخة فف 25 ماف 2016 المآضمنة آسفف النفقاآ العمومفة

### المحرور الثالث: كلفة اءطبق المارة 120 من قانون الممالئة 2017

ان الاءراء السابفة الءكر كالتقشف و تسقف النفقات وءجمفء المشارع فر المنلقة الء اءءءها الءومة لم تكن كاففة من ءفض ءة المخاطر الاقءصاءفة الناءة عن هبوط اسعار البءرول فشرعت الءومة باءءءاء الفة ءءفة من ءلال قانون الممالئة 2017 .

أء اقانون الممالئة لسنة 2017 على أساس سعر مرجعف لبرمفل النفط ب 50 ءولار وسعر الصرف ب 108 ءء للءولار الواحد وءءوقع معءل ءضءم عنء 4 فف المائة ومعءل نموب 3.9 %.

وءسب النص ءءوقع ءولة لسنة 2017 نفقات الءسفر ب 4.591,8 ملفار ءء (مقابل 4.807,3 ملفار ءء فف قانون الممالئة 2016) ومفرانفة ءءفر ب 3, 2.291,3 ملفار ءنار مقسمة على نفقات الاسءءمار ب 1.620,4 ملفار ءنار وعملفاء برأس المال ب 9, 670 ملفار ءنار.

كما برءقب قانون الممالئة لسنة 2017 أن ءصل مءاءفل المفرانفة إلى 5.635,5 ملفار ءء منها 4, 3435 ملفار ءء كموارء عاءفة و 2200,1 ملفار ءء كءبافة بءرولفة.

وئءءزم ءولة من ءلال هذا القانون ءءفف بعض الإاءراء و كءا ءءفرءاء ءبائفة فف صالح المؤسسة والاسءءماراء مع ءءفرز مرافبة ءءول العملة الصعبة من قبل المؤسساء الأءنبفة.

اولا: الاءراء الءءفة فف قانون الممالئة 2017<sup>(1)</sup>

ءطبق الاءراء الءءفة الء ءاء بها قانون الممالئة 2017 على البرامء القءاعفة الممركة (PSC) و البرامء القءاعفة فر الممركة (PSD).

ءنص المارة 119 من قانون الممالئة 2017 ان الءساباء الءءصفء الءالفة

- 302-115 (PSR) البرنامء الءاص بالإعمار

- 302-120 (PCSC) البرنامء الءكمفل لءعم الانعاش الاقءصاءف

- 302-134 (PCCE) برنامء ءعم النمو الاقءصاءف

- 302-143 (PACE) برنامء ءوظفء النمو الاقءصاءف

ءقف عنء ءارء 2016-12-31 وصب رصفءها فف ءساب نءاء الءزفة ، باءءناء مبلغ قءره 300.000.000.00 ءء سفءم ءءولفة لءساب الءءصفء الءاص رقم 302-145 الءف عنوانه ءساب ءسفر الاسءءماراء العمومفة المسءلة بعنوان مفرانفة ءولة للءءفرز.

ءنص المارة 120 من قانون الممالئة 2017 على فءء ءءاباء الءزفة ءساب ءءصفء ءاص رقم 302-145

وققف فف هذا الءساب:

من ءانب الاراءاء:

<sup>(1)</sup> المرسوم الءنففءف رقم 11/17 المؤرء فف 2017/01/15 المءء لءفففاء ءسفر ءساب الءءصفء الءاص رقم 302-145 المعنون ءسفر عملفاء الاسءءماراء العمومفة المسءلة بعنوان مفرانفة ءولة للءءفرز، الءرءة الرسففة عءء 3 مؤرءة فف 18 فنار 2017.

- مبلغ قدره 300 مليار ذج ناتج عن حسابات التخصيص الخاصة التي تم اقفالها بموجب المادة 119 من قانون المالية 2017

- مخصصات الميزانية الموزعة سنويا في اطار قوانين المالية لتحويل برامج الاستثمار من جانب النفقات:

- النفقات المرتبطة بتنفيذ مشاريع الاستثمار المسجلة بعنوان ميزانية تجهيز الدولة.

- النفقات المرتبطة بتنفيذ مشاريع الاستثمارات المسجلة قبل تاريخ 2016/12/31

- يم التكفل بتحويل عمليات الاستثمارات العمومية من قبل ميزانية الدولة للتجهيز في حدود اعتمادات الدفع المتوفرة.

- لا يمكن للأمرين بصرف ميزانية الدولة للتجهيز القيام بالتزامات على رخص البرامج الا في حدود اعتمادات

الدفع المبلغة لفائدهم حسب كل قطاع وقطاع فرعي في اطار قوانين المالية.

1- الاهداف المنتظرة: تتلخص الاهداف المرجوة من تطبيق هذه الاجراءات في :

- التحكم و المحافظة على ميزانية الدولة.

- التحكم في تنفيذ نفقات التجهيز و برمجتها.

- تمكن الأمرين بالصرف من التغطية المالية لمختلف المشاريع في أي وقت و في أي حالة من السنة.

- تجنب احداث ديون غير مسددة على ذمة ميزانية الدولة.

- تمكين من الحصول على معلومات بصفة واضحة و شفافة في مجال تنفيذ النفقات العمومية.

2- شروط التحسين:

- توزيع اعتمادات الدفع المبلغة من قبل المديرية العامة للميزانية الموزعة حسب القطاع و القطاع الفرعي و حسب باب التقييد.

- هذه العملية تبقى مشروطة بتقديم الاولوية في تنفيذ المشاريع.

- وضعية الدفع موقوفة الى غاية 12/31/ن من اجل تحسين الكتابة السنوية او الوضعية الشهرية للدفع (من

اجل المتابعة الشهرية لاعتمادات الدفع)

- اعداد مخطط دفع شهري لاعتمادات الدفع حسب الاولوية.

ثانيا: وضع المادة 120 من قانون المالية لسنة 2017 حيز التنفيذ<sup>(1)</sup>

بعد صدور المرسوم التنفيذي 11/17 المؤرخ في 15/01/2017 الذي يحدد كيفية تسير حسابات التخصيص

الخاص رقم 145-302 الذي عنوانه حساب تسير عمليات الاستثمارات العمومية المسلة بعنوان ميزانية الدولة

للتجهيز ( الجريدة الرسمية رقم 03 سنة 2017) بالإضافة الى التعليم رقم 02 بتاريخ 06/02/2017 المتعلقة بوضع

المادة 120 حيز التنفيذ .

<sup>(1)</sup> التعليم رقم 2 المؤرخة في 06/02/2017 المتعلقة بتنفيذ احكام المادة 120 من المرسوم التنفيذي رقم 11/17 المؤرخ في 15/01/2017.

### 1- تسوية وضعية الكتابة لرخص البرامج الموقوفة الى غاية 2016/12/31

تنطلق عملية التسوية ابتداء من تاريخ 2016/12/31 وتشمل:

- اعداد ارسدة رخص البرامج في نهاية سنة 2016 و تعتمد كنقطة بداية لوضعيات متابعة اعتمادات الدفع المحاسبي .

- اعادة اعداد رخص البرامج في نهاية سنة 2017 يكون تبعا للخطوات المتبعة في الاحكام الانتقالية التالية:

الحالة الاولى: تخص العمليات التي كانت محل الالتزام بالنفقات بتاريخ 2016/12/31 دون تسجيل الالتزام بعنوان السنة المالية 2017 ، فيجب اعداد بطاقة اقتصاد بالمبالغ الناتجة عن الفرق بين الالتزام المنفذ بتاريخ 2016/12/31 والمدفوعات المنجزة بهذا التاريخ.

الحالة الثانية: تخص العمليات التي كانت محل التزام بالنفقات بعنوان السنة المالية 2017 :

- اعداد بطاقة التزام بحسب الالتزامات المنفذة بعنوان السنة المالية 2017.

- اعداد بطاقة اقتصاد بالمبالغ الناتجة عن الفرق بين الالتزام المنفذ بتاريخ 2016/12/31 والمدفوعات المنجزة بهذا التاريخ.

- اعداد بطاقة التزام محاسبي قصد تسوية بطاقات الالتزام التي كانت محل سحب لسنة 2017 تبعا لاعتمادات الدفع المبلغة.

- عند اختتام السنة المالية يلزم الامرون بالصرف بتقديم بطاقة الالتزام بالاقتصاد.

### 2- اجراءات تبليغ الاعتمادات المالية:<sup>(2)</sup>

1-2: تعريف اعتمادات الدفع: تمثل التخصيصات السنوية التي تمكن للأمر بالصرف بصرفها او تحويلها او دفعها لتغطية الالتزامات المبرمة في اطار رخص البرامج.

2-2: تعريف رخص البرامج: هي الحد الاعلى للنفقات التي يؤذن للأمر بالصرف باستعمالها في تنفيذ الاستثمارات المخططة.

### 3-2: تسيير اعتمادات الدفع:

- ترصد اعتمادات الدفع وفق لإحكام المواد 11-19-22 من المرسوم التنفيذي 227/98 المؤرخ في 13/07/1998 المعدل و المتمم المتعلقة بنفقات التجهيز العمومي.

- الافراج عن اعتمادات الدفع من قبل المديرية العامة للميزانية قبل تاريخ 20 جانفي من كل سنة مالية .

- تبلغ مقررات الاعتمادات المالية من طرف الامر بالصرف حسب القطاع و الفرعي و الوزارة المرتبط بها الى الامر بالصرف ، المراقبين الماليين ، و امناء خزائن الولايات .

- تحضر من قبل الوالي و ترتب و توقف الاولويات.

- يقوم الوالي بتبليغ مقررات اعتمادات الدفع الى المراقب المالي لمراجعتها و متابعتها حسب شكل و محتوى تحددده مصالح المديرية العامة للميزانية.

<sup>(2)</sup> التعلية رقم 2 المؤرخة في 06/02/2017 ، مرجع سابق

- يرسل المحاسبون العموميون الوضعية الشهرية للاستهلاك اعتمادات الدفع معدة حسب القطاع الفرعي والعملية الى المراقبين الماليين في اطار نظام المعلومات المعد بين مصالح ادارة الميزانية ومصالح المحاسبة.

3- اجراءات الالتزام بالنفقات: (1)

1-3 الالتزام القانوني:

- يسجل الالتزام القانوني في اطار رخصة البرامج.

- تحتوي بطاقة الالتزام على كل البيانات الالزامية ماعدا الرصيد القديم و الرصيد الجديد.

- الالتزام القانوني يخص مشاريع الصفقات العمومية وملاحقها وكل الوثائق الاخرى التعاقدية والمحاسبية التي

يتجاوز تنفيذها الاطار السنوي والتي تغطي اعتمادات دفع مبالغ في السنة المالية المعينة.

- يحظى الالتزام القانوني بتأشيرة مبدئية .

- الالتزام القانوني لا يعطي الحق للأمر بالصرف بتبليغ الاذن بالخدمة للبدا في الخدمات و اجراء الامر الدفع.

2-3: الالتزام المحاسبي او الحقيقي

- لا يكون إلا بعد التأشيرة المبدئية للمراقب المالي على بطاقة الالتزام.

- الالتزام المحاسبي يتم اصداره من اجل حجز اعتمادات الدفع لفائدة الطلبات التي كانت محل قانوني .

- هو التزام حقيقي لأن مبلغ العملية في هذا الالتزام يكون في حدود اعتمادات الدفع.

- تحتوي بطاقة الالتزام على كل البيانات الالزامية بما في ذلك الرصيد القديم و الرصيد الجديد.

- لا يمكن للأمر بالصرف تبليغ امر بالخدمة قبل تعبئة اعتمادات الدفع التي تغطي مبلغ الخدمة الواجب

تنفيذها خلال السنة المعنية.

ثالثا: اهم الاجراءات العملية بعد وضع المادة 120 من قانون المالية حيز التنفيذ:

بعد صدور قانون المالية 2017 اتخذت الوزارة الاولى مجموعة من التدابير من بينها مطالبة الامرين بالصرف من

ولاية و وزراء بعدم الالتزام بشأن رخص البرامج للمشاريع الوطنية و الولائية إلا في حدود الاعتمادات الممنوحة و ذلك

تفاديا لتراكم ديون الشركات المنجزة، وفي هذا الاطار اصدرت المديرية العامة للميزانية تعليمة بإحصاء الديون

المتراكمة على ميزانية الدولة لتسديدها ، تطلب فيها جميع مدراء البرمجة و متابعة الميزانية بإحصاء الديون حسب

البرامج و حسب الوزارات و حسب القطاع و القطاع الفرعي و العملية . وهذه بعض وضعيات الديون المتراكمة لبعض

الولايات: (2)

- ولاية تمنراست : مجموع الديون المتراكمة من 01 جانفي 2017 الى غاية 30 افريل 2017 بلغت :

9.269.340.000.00 دج في البرامج القطاعية غير الممركزة PSD.

1.000.000.000.00 دج في مخططات البلدية للتنمية PCD .

- ولاية بسكرة: مجموع الديون المتراكمة من 01 جانفي 2017 الى غاية 30 افريل 2017 بلغت :

(1) المنشور رقم 01 المؤرخ في 20-02-2017 المحدد لإجراءات التطبيقية لوضع حيز التنفيذ التعليمة رقم 02 المؤرخة في 06/02/2017.

(2) دراسة ميدانية للطالب لدى المديرية الجهوية للميزانية ورقلة .

3.900.000.000.00 دج كل البرامج مجمعة.

- ولاية ايليزي: مجموع الديون المتراكمة من 01 جانفي 2017 الى غاية 30 افريل 2017 بلغت:

3.372.870.000.00 دج كل البرامج مجمعة.

- ولاية ورقلة: مجموع الديون المتراكمة من 01 جانفي 2017 الى غاية 30 افريل 2017 بلغت:

5.053.789.000.00 دج كل البرامج مجمعة.

- ولاية الوادي: مجموع الديون المتراكمة من 01 جانفي 2017 الى غاية 30 افريل 2017 بلغت:

4.523.966.000.00 دج كل البرامج مجمعة.

خلال الفترة 2017/05/01 الى غاية 2017/08/31 تبين ان الحكومة قد سددت جزء من الديون وهذا ما تبينه الاحصائيات التالية:<sup>(1)</sup>

- ولاية الوادي: مجموع الديون المتراكمة من 01 ماي 2017 الى غاية 31 اوت 2017 بلغت:

2.232.289.000.00 دج كل البرامج مجمعة.

- ولاية ورقلة: مجموع الديون المتراكمة من 01 ماي 2017 الى غاية 31 اوت 2017 بلغت:

3.254.675.000.00 دج كل البرامج مجمعة.

- ولاية بسكرة: مجموع الديون المتراكمة من 01 ماي 2017 الى غاية 31 اوت 2017 بلغت:

2.445.820.000.00 دج كل البرامج مجمعة.

من خلال المعطيات المقدمة من المديرية الجهوية للميزانية بورقلة تبين ان ما يقارب 90% من الديون المتراكمة قد سددت قبل تاريخ 2017/12/31 ، وبقيت بعض الديون الغير مسدد لورود بعض العراويل التقنية في تقييمها و تشابك الوثائق فيما بينها.

من جهة ثانية يتبين لنا ان أي مشروع جديد مسجل ابتداء من الفاتح جانفي 2017 لا يتزم ب هالا اذا توفرت الاعتمادات المالية لها وبهذا نجد ان المشاريع لا تترتب عليها ديون على عاتق الميزانية.

(1) دراسة ميدانية للطالب لدى المديرية الجهوية للميزانية ورقلة .

## الخاتمة:

طبقت الجزائر مجموعة من البرامج التنموية من شأنها تهيئة الارضية اللازمة لتفعيل النشاط لاقصادي والنمو وتعزيز امكانيات التنمية المستدامة و التي كانت لها الاثر الايجابي على بعض المؤشرات الاقتصادية ، غير ان هذا التحسن يعتبر اقل بكثير مما كان متوقعا مقارنة بحجم المبالغ المنفقة والتي انفقت في بعض الاحيان في غير محلها او جمدت لصعوبات ادارية، وكننتائج لهذه الدراسة يتبين لنا ان المادة 120 من قانون المالية 2017 جاءت لتصحيح بعض المفاهيم و تقيد بعض الاجراءات التي من شأنها ترشيد الانفاق العام و ضمان سداد الدين العام من خلال اجراءات صارمة تحد من الاختلالات في الميزانية العامة للدولة.

نضرا لصعوبة تطبيق الاحكام الجديدة من طرف الامرين بالصرف و كثرة الطلبات لتوضيح محتوى وكيفيات التطبيق تم اصدار تعليمة رقم 442 مؤرخة في 2017/11/27 و التعليمة رقم 543 المؤرخة في 2017/12//12 لغرض توضيح الغموض و توحيد طريقة الالتزامات بالنفقات العمومية. وكتوصيات في هذا البحث، حيث تم ابراز نقاط غاية في الاهمية تتمثل في:

- التكفل بتمويل عمليات الاستثمارات العمومية يتم من قبل ميزانية الدولة للتجهيز في حدود اعتمادات الدفع المتوفرة .

- حتمية الامتثال الصارم و التقييد بأحكام المادة 120 من القانون 14/16 المؤرخ في 2016/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2017 ، و المادة 07 من المرسوم التنفيذي 11/17 المؤرخ في 15 جانفي 2017 على ان لا تكون الصرامة مصدر انسداد و تأخر في تنفيذ و تمويل عمليات النفقات العمومية المعتمدة في ضل التقييد بالإجراءات المناسبة.

- الاخذ بالحسبان ان الالتزام بالنفقات دون توفر الاعتمادات او تجاوز الرخص المالية يشكل مخالفة لقواعد الانضباط الميزاني و المالي وكذا الاحكام القانونية و التنظيمية يقع تحت طائلة عقوبات مجلس المحاسبة.

- ان تبليغ الاذن بالخدمة للبدا في الخدمات قبل تعبئة اعتمادات الدفع التي تغطي مبلغ الخدمة الواجب تنفيذها خلال السنة المالية المعنية تعد مخالفة صارخة للأحكام التشريعية و التنظيمية و يمكن ان تكون محل متابعات قضائية ضد اصحابها.

- الالتزام القانوني بالوثائق القانونية و المحاسبية لأي مشروع .

- يكلف السادة الوزراء وكذا الولاة بما يلي:

الايغاز تحت مسؤولياتهم الشخصية الى الامرين بالصرف التابعين لسلمتهم السلمية السهر على التقييد بالأحكام التشريعية و التنظيمية في هذا الشأن.

تسليط العقوبات الادارية على كل امر بالصرف تحت مسؤولياتهم قد يتصرف في ضل انتهاك الاحكام السالفة الذكر.

التدخل شخصيا من اجل انضاج جيد للمشاريع التابعة لمجال اختصاصهم بغرض تفادي لاحقا كل عملية اعادة تقييم التكاليف.

تكليف وزير المالية بضمنان تجسيد التعليمات المذكورة انفا والايعاذ الى مصالحه المختصة ( المراقبين الماليين ،  
امناء الخزائن الولثية ) لحملهم رفض كل التزام بأي نفقة يرونها غير قانونية.

### قائمة المراجع:

#### اولا: الكتب

- (1) خالد شحادة الخطيب واحمد زهير الشامية، اسس المالية العامة ، داروائل للتوزيع ، عمان ، الطبعة 03، سنة 2007.
- (2) مارك بليث ، ترجمة عبد الرحمان اياس، التقشف تاريخ فكرة خطرة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والادب ، طبعة 20016.
- (3) محمد عباس محرزى، اقتصاديات المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية 11-2003 ، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر.

#### ثانيا: القوانين والمراسيم

- (4) القانون رقم 17/84 المؤرخ في 07/07/1984 المتعلق بالقوانين المالية، الجريدة الرسمية عدد 28 مؤرخة في 10 يوليو 1984.
- (5) القانون 21-90 المؤرخ في 15 غشت سنة 1990 والمتعلق بالمحاسبة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 35 مؤرخة في 15 غشت 1990 .
- (6) القانون رقم 14/16 المؤرخ في 28/12/2016 المتضمن قانون المالية لسنة 2017، الجريدة الرسمية عدد 77 مؤرخة في 29 ديسمبر 2016.
- (7) المرسوم التنفيذي رقم 11/17 المؤرخ في 15/01/2017 المحدد لكيفيات تسير حساب التخصيص الخاص رقم 145-302 المعنون تسير عمليات الاستثمارات العمومية المسجلة بعنوان ميزانية الدولة للتجهيز، الجريدة الرسمية عدد 3 مؤرخة في 18 يناير 2017.

#### ثالثا: التعليمات

- (8) التعليمات رقم 348 المؤرخة في 25 ديسمبر 2014 المتضمنة تدابير تعزيز التوازنات الداخلية والخارجية وسياسة التقشف.
- (9) التعليمات رقم 3059 المؤرخة في 25 ماي 2016 المتضمنة تسقيف النفقات العمومية.
- (10) التعليمات رقم 2 المؤرخة في 06/02/2017 المتعلقة بتنفيذ احكام المادة 120 من المرسوم التنفيذي رقم 11/17 المؤرخ في 15/01/2017.
- (11) المنشور رقم 01 المؤرخ في 20-02-2017 المحدد لإجراءات التطبيقية لوضع حيز التنفيذ التعليمات رقم 02 المؤرخة في 06/02/2017.



(12) التعلومة رقم 105/و.م/2017 المؤرخة في 2017/01/19 الصادرة عن السيد وزير المالية المتعلقة بتسقيف النفقات و المدفوعات للسنة المالية 2017.

(13) التعلومة رقم 442 المؤرخة في 2017/11/27 الصادرة عن الوزير الأول.

(14) التعلومة رقم 546 المؤرخة في 2017/12/12 الصادرة عن الوزير الأول.

رابعاً: المواقع الالكترونية

(15) <https://carnegieendowment.org> مقال للدكتور ادريس جباري -المجلس العربي للعلوم الاجتماعية ببيروت -28- سبتمبر 2016 ، تاريخ التصفح للموقع 2019/10/25.

## آثار العرف الدولي على أحكام القضاء الدولي الجنائي و القانون الدولي الإنساني

## The effects of international custom on the provisions of international criminal law and international humanitarian law

- مراد كواشي\*

جامعة عباس لغرور خنشلة

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

تاريخ القبول: 2020-06-11

تاريخ المراجعة: 2020-06-10

تاريخ الإيداع: 2019-02-06

**الملخص:**

وجد القضاء الدولي الجنائي من أجل إصدار أحكام قضائية ضد الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم دولية ، نتج عنها الكثير من الانتهاكات للقوانين الدولية، وخاصة القانون الدولي الإنساني ( اتفاقيات جنيف الأربع 1949 ، البروتوكولين الإضافيين 1977) ، وتطبيق هذه الأحكام القضائية الدولية الجنائية يتحكم فيها عدة عوامل ، منها العرف الدولي ، الذي يعتبر له تأثير إيجابي وسلبي على تطبيق الأحكام القضائية الدولية الجنائية ، وتطبيق القانون الدولي الإنساني، ذلك نتيجة لعدم توفر أجهزة دولية تسهر على متابعة تنفيذ هذه الأحكام ، وبما أن العرف الدولي عبارة عن عادات تعارفت عليها الدول من قبل ، فإن ذلك يعتبر إشكال لأن الزمن في تطور وما اتفقت الدول قديما على اعتباره عرف دولي ، قد يكون اليوم يشكل تهديدا أو خطرا على مصالحها مثل حماية اللاجئين ، موجود قديما و الآن الكثير من الدول تعتبرهم أزمة لبلادهم مثل ما اعتبرته مؤخرا فرنسا...  
الكلمات المفتاحية: العرف؛ الأحكام؛ القضاء الدولي؛ قانون؛ دولي إنساني .

**Abstract:**

The international criminal justice system has been established to prosecute individuals accused of international crimes, resulting in many violations of international law, particularly international humanitarian law (the Fourth Geneva Conventions, 1949 Additional Protocols 1977). The application of these international criminal judgments is governed by several factors, Including international custom, which has a positive and negative impact on the application of international criminal law and the application of international humanitarian law, as a result of the absence of international bodies to monitor the implementation of these provisions Since international custom is a custom that nations have used before, it is a problem because time is developing and what countries have long accepted as an international custom, which today may pose a threat or a threat to their interests such as refugee protection. They regard them as a crisis for their country, such as France...

**Keywords :** Custom; judgments; international law; international humanitarian law.

\* المؤلف المراسل: مراد كواشي.

مقدمة:

يعتبر العرف الدولي من أبرز مصادر القانون الدولي، وله أهمية كبيرة نظرا لكون هذا الأخير نظم الشعوب، وكان سببا في حل الأزمات، و النزاعات بين الدول، وتم الاتفاق منذ القدم على عدة أفعال وإجراءات بين الدول، ولا تزال معظمها إلى اليوم، مثل مراسيم تعيين السفراء و...، إلا أن الإشكال يكون في الأحكام القضائية الدولية الجنائية التي تصدرها المحاكم القضائية الدولية الجنائية، فهنا الكثير من الدول تهرب من تنفيذ هذه الأحكام على أراضيها، وذلك راجع إلى عدة أسباب، منها تحقيق مصالحها، والحفاظ على علاقاتها مع الدول الأخرى، خاصة عندما ينتهي المتهم إلى دولة ما، وهي لها مصالح معها، بالإضافة إلى الحفاظ على استقرار بلدها عندما يكون المتهم يحمل جنسيتها و عدة أسباب أخرى...، وهذا طبعا يؤثر على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية وتطبيق القانون الدولي الإنساني، الذي وجد من أجل توفير الحماية للمتضررين وعقاب المنتهكين لهم، وعليه نطرح الإشكال الآتي: كيف يؤثر العرف الدولي على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية وتطبيق القانون الدولي الإنساني؟ هذا ما نتناوله من خلال:

المبحث الأول: تعريف وأركان العرف الدولي.

يعتبر الإنسان العرف شيء مقدس في حياته، وهذا ما نجده في العصور القديمة، حيث كانت الشعوب تحافظ على عادات آبائها وأجدادها، وتحرص على إتباعها والعمل بها، بشكل حرفي، وذلك اعتقادا منهم بأن ذلك صحيح ولازم وضروري جدا في حياتهم، ولا يزال العرف يلعب دور مهم وكبير جدا في حياة الكثير من الشعوب، إلى غاية اليوم وخاصة عند الصينيين واليابانيين، وحتى عند العرب. هذه العادات التي تواتر الإنسان على فعلها وانتقلت من جيل إلى جيل جعلت من القيام بهذا الفعل (العرف) شئ ضروري، وانتقلت من جيل إلى جيل ومن بلد لآخر إلى درجة أنه أصبح ما يعرف بالعرف الدولي، لذا نتعرف على معناه وأركانه من خلال:

المطلب الأول: تعريف العرف الدولي.

اختلف الكثير من الفقهاء حول تعريف العرف الدولي، وإعطاء مفهوم موحد إلا أنهم كلهم يتفقون أن العرف الدولي "مجموعة من العادات التي قام بها الإنسان منذ مدة طويلة وأصبح يشعر بالزامية القيام به"<sup>(1)</sup>. لذا نجد أن تعريف العرف الدولي اختلف من زمن لآخر. نجد تعريف العرف في اللغة عند الزمخشري: بقوله: العرف يعني المعروف أي الجميل من الأفعال<sup>(2)</sup>، لقوله تعالى: "وأمر بالعرف"<sup>(3)</sup> أي بالجميل المستحسن من الأفعال<sup>(4)</sup>، فالفعل الحسن يجعل الجميع يرغب في العمل به وهذا ما يضمن إستمراره من جيل لآخر ومن بلد لآخر.

<sup>1</sup> - ماجي محمد عبد الله، القانون الدولي العام، دار العلم للنشر والتوزيع، بيروت، 2012، ص 42.

<sup>2</sup> - احمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، العرف في التشريع الجنائي (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010/2009، ص 24.

<sup>3</sup> -سورة الأعراف، الآية 196.

<sup>4</sup> - احمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري، مرجع نفسه، ص 24.

## الفرع الأول: التعريف التقليدي للعرف الدولي .

اختلفت تعاريف العرف الدولي عند التقليديين ومنهم من يعرفه على أنه :

تعريف "مونيين د" " العرف الدولي هو مجموعة العادات الدولية التي تقوم بها دولة تجاه دولة أخرى ، وغايتها تحقيق التعاون الدولي بينها، خدمة للبشرية"<sup>(1)</sup>

أي أن " مونيين د " يرى أن العرف الدولي يكون نتيجة رغبة دولة في تحقيق مصالح شعبيها مع الدولة الأخرى وهذا ما يجعلها تتبع عادات معينة بينها وبين هذه الدولة ، وبهذه الطريقة يكون العرف مقتصر على التعاون بين دولة وأخرى فقط ، أي لا يتجاوز دولتين ، وهذا ما يعتبره الكثيرون غير منطقي ، بالرغم من أنه يوجد من يشاطر رأيه ، لأن العرف يبدأ بين شخصين أو دولتين ثم ينتشر بين الجميع بمرور الزمن ، حتى ولو كانت مدة طويلة ، فعادات أجدادنا التي مرت عليها آلاف السنين ، لازلتا تتبعها اليوم ونقوم بها ونعتبرها ضرورية من أجل استمرارنا .

تعريف نارتاكي ريموثالي " العرف الدولي عادات قام بها الأوائل ونتيجة لفائدتها على الجميع ، أصبحت شيء مقدس ومتداول بين الشعوب و الدول "<sup>(2)</sup>.

نارتاكي يعتبر أن العرف الدولي جاء نتيجة الفائدة التي نتجت عن عادات معينة قام بها القدامى فيما بينهم وهذا ما جعلها تستمر بين الشعوب و الدول إلى غاية اليوم ، أي أنه كل فعل فيه فائدة على الدول والشعوب هو عرف دولي ويجب الاستمرار به.

مثلا نجد معاملة الأسرى في القديم ، بدءا من الشريعة الإسلامية التي حثت على حسن معاملة الأسير ، والأطفال و النساء و كبار السن أثناء الحروب ، كلها عادات قام بها القدامى ونظرا لفائدتها على الجميع ، بداية من الأسير و ... أصبحت ضرورية و حتى القوانين الحالية نصت عليها ، خاصة في اتفاقيات جنيف 1949 و البروتوكولين الإضافيين 1977.

## الفرع الثاني: التعريف الحديث للعرف الدولي .

يعرف محمد على البناوي العرف الدولي على أنه :

" العرف الدولي عادات و تقاليد شعب ما ثم أصبح يشمل كل الدولة ثم كل الدول المجاورة ، ثم الشعور بالزامية القيام بهذه العادات بين هذه الدول "<sup>(3)</sup>.

يعرف الجرجاني العرف على أنه " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول ، و تلتقه الطبائع بالقبول "<sup>(4)</sup>.

كما عرفه الزرقا بأنه " عادة جمهور قوم في قول ، أو فعل " <sup>(5)</sup>.

تقريبا كل التعاريف المعاصرة للعرف الدولي تتفق على أنه عادة شعب ما لمدة معينة ، جعلتهم يشعرون بالزاميته و وجوب القيام به فيما بينهم كشعوب أو كدول .

<sup>1</sup> - محمد بشرى قامو، العرف الدولي، دار الكتاب، عمان ، 2010، ص.89.

<sup>2</sup> - شاد الفونس أبو راعب، الأعراف و التقاليد ، دار الريحان للطباعة و النشر، الرياض ، الإمارات العربية السعودية ، 2015، ص.1004.

<sup>3</sup> - محمد على البناوي، القانون الدولي العام ، دار الكتاب للنشر و التوزيع ، الإسكندرية، 2010، ص.102

<sup>4</sup> - احمد بن رفاع بن حامد العزبي المطيري، مرجع سابق، ص.25

<sup>5</sup> - احمد بن رفاع بن حامد العزبي المطيري، مرجع نفسه ، ص.26

كل شعب أو بلد له عاداته وتقاليده التي اعتاد عليها منذ وجوده ، لذا بقي يمارسها ويحفظها للأجيال القادمة كإرث معنوي – إن صح التعبير - ، مثلا ما نلاحظه اليوم في معاملة اللاجئين الذين هربوا من أوطانهم نتيجة الحروب والاضطهاد والسياسة الحاكمة ، إلى دول أخرى بعيدة عنهم ويختلفون عنهم في العادات والتقاليد واللغة إلا أن هؤلاء اللاجئين وجدوا شيء واحد متعارف عليه لدى الجميع وهو حسن المعاملة والاستقبال ، وتقديم كل المساعدات الضرورية واللازمة لكل من يحتاج إليها .

ف نجد السكان يساهمون بممتلكاتهم الخاصة ، والدولة كذلك ، وهذا كله خدمة للمحتاجين ، وهذا ما يسمى بالعرف لأنه فعل يستحسن فعله ، وتطمئن له القلوب مهما كان دينها ، فلا فرق بين مسلم أو مسيحي أو ... فالكل يفعلون هذا الفعل بدافع الفطرة واطمئنان للقلوب .

وحتى القانون تناول العرف فنجد المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تناولت العرف الدولي بقولها " وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي ...ب-العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال ".<sup>(1)</sup>

المطلب الثاني: أركان العرف الدولي.

يعتبر العرف الدولي من أهم مصادر القانون الدولي بصفة عامة ، وأهم مصادر القانون الدولي الجنائي ، حيث يعود ذلك إلى سنة 1948 في مشروع الاتفاقية المنشئة للمحكمة الجنائية الدولية .و منهم من يرجعه إلى رابطة القانون الدولي التي أنشأت مشروع المحكمة الجنائية الدولية في 1926 ، لذلك يعتبر العرف الدولي مهم جدا في الحياة العامة والدولية ، نظرا لأهميته وإيجابياته الكثيرة<sup>(2)</sup>.

وبما أن العرف الدولي له أهمية بالغة ، يقسم الفقهاء أركانه إلى :

الفرع الأول : الركن المادي.

يعتبر الركن المادي أساس العرف الدولي ،و الذي يقصد به ممارسة الفعل لمدة زمنية معينة تجعل الجميع يقتنعون به ، ويمارسونه نظرا لإيجابياته ،

يعرف الفقيه بالوس ما برى الركن المادي على أنه : " هو مجموعة الأفعال والعادات والممارسات التي يقوم بها شعب معين تجاه شعب آخر ، يجعل من هذا الفعل ضروري والكل راض عنه "<sup>(3)</sup>.

يعرف جون دبتيان الركن المادي للعرف على أنه : " عادة شعب استمرت لفترة طويلة بين دولتين أو أكثر من أجل تحقيق غاية لها فائدة "<sup>(4)</sup>.

من خلال هذه التعاريف نستنتج أن الركن المادي للعرف الدولي هو عبارة عن عادة وممارسات تكون بين شعب وآخر من أجل تحقيق غاية معينة ، تعود بالفائدة عليهم جميعا ، مثلا مراسيم استقبال الرؤساء والوزراء و

<sup>1</sup> -المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية

<sup>2</sup> -عامن واجد تاري،العرف الدولي،دار العلم للنشر والطباعة، بيروت ، 2015، ص56.

<sup>3</sup> - بالوس ما برى،القانون الدولي الجنائي ، مبادئه وأثاره ، دراسة تحليلية ، ترجمة محد على خاتوى، دارالترجمان ، الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص1152.

<sup>4</sup> -جون دبتيان ، قانون وأعراف الدول ،ترجمة فيان قورة،د د ن ، بيروت ، لبنان ، 2017، ص287.

الماليك ، كلها نابعة عن عادات قام بها الأجداد ولا تزال إلى غاية اليوم ، بالرغم من أنها ليست نفسها تماما إلا أنه توجد بعض التغييرات تماشيا مع العصر الحديث مثل استعمال الطائرات الخاصة للتنقل بدل العربات التي كانت تنقل الأمراء والرؤساء .

إضافة إلى استعمال موسيقى مسجلة للنشيد الوطني بدلا من إلقائه شفويا ، إلا أن هذا لا يغير في العرف الدولي ويبقى احترام الضيف واجب ، وهذا ما نصت عليه الشريعة الإسلامية قبل أن تكون عرفا متداول بين كل الشعوب ، سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة .

أي أن المقصود بالركن المادي هو القيام بالفعل لمدة زمنية معينة تجعل من الناس تقوم بهذا الفعل نظرا للتعود على القيام به ، مثل تقديم المساعدات للجميع دون استثناء ودون النظر إلى جنسيتهم أو لغتهم أو دينهم ، و المثال الحي الذي وقع مؤخرا فقط في شهر جوان 2018 ، هو تقديم السلطات الإسبانية للمساعدة لمجموعة من الصيادين الجزائريين الذين ضاعوا في البحر وأخذتهم الأمواج إلى الحدود الإسبانية ، فقدمت لهم كل المساعدة من أكل و دواء و بزين و توجيههم إلى الطريق الصحيح لبلدهم وإبلاغ السلطات الجزائرية عنهم و طمأنت أهاليهم<sup>(1)</sup>، فهذا فعل يدخل في العرف الدولي الذي يقصد به تقديم المساعدة لكل من يحتاج إليها .

#### الفرع الثاني: الركن المعنوي:

يختلف الركن المعنوي عن الركن المادي كثيرا ، فهو يعتبر شيء داخلي أي شعور بوجود القيام به ، نظرا لعدة أسباب ، ولهذا يعرف الركن المعنوي على انه :

تعريف ربالوا بالونع " هو شعور بالإلزام ، وعدم القيام به يؤنب الضمير "

تعريف يمالو هافق " رغبة القيام بالفعل نتيجة إحساس داخلي فطري"<sup>(2)</sup>

من خلال هذه التعاريف نستنتج أن الركن المعنوي للعرف الدولي يتمثل في إحساس الشخص بوجود القيام بالفعل ، وهذا الشعور نابع من الذات ، أي شيء لا إرادي و نقوم به دون جبر أو قوة ، وهذه التعاريف وغيرها كلها صحيحة لأن الإنسان يرغب في تقديم المساعدة من تلقاء نفسه ودون إجبار من أحد ، وهذا ما يقوم به مسؤولي الدول تجاه دول أخرى .

فمثلا تقديم مساعدات مجانية من قبل رئيس دولة دون مقابل لدول فقيرة و محتاجة ودون ضغط من أحد ، فبالرغم من أنه واجب إنساني إلا أن ذلك يعتبر عادة دولية نتيجة للعرف الدولي الذي دأبت عليه جميع الدول في العالم.

فقدما أثناء الحروب وخاصة الحرب العالمية الأولى و الثانية وما نتج عنهما من مساوي ، قامت الكثير من الدول التي لها إمكانيات بمساعدة الدول المحتاجة ، وهذا ما جعله عرفا دوليا ، ويتم مساعدة الدول أثناء الحرب أو السلم .

<sup>1</sup> - www.ellbilad.net الاطلاع على الموقع بتاريخ 25 جوان 2018 على الساعة 18.52

<sup>2</sup> - تايير عبد الإله ، العرف الدولي في القانون الدولي الجنائي ، مركز الدراسات القانونية ، المملكة العربية السعودية ، 2016، ص95.

عندما يتم ممارسة لفعل ما لمدة زمنية طويلة ، فإن ذلك يجعل من هذا الفعل شيء لا بد من القيام به ، وإلا فإن ذلك يعتبر إهانة وسوء التقدير والاحترام ، فكل دولة يجب أن تستقبل الرئيس الذي جاء إليها بكل المراسيم الضرورية ، وإلا اعتبر عدم احترام ومخالفة للأعراف الدولية التي تعارف عليها أبائنا وأجدادنا من قبل ، ولا زالت إلى اليوم ، مع بعض التغييرات فيها .

### المبحث الثاني: آثار العرف الدولي على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية وتطبيق القانون الدولي الإنساني:

تنص المادة 1/94 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه : "1- يتعهد كل عضو من أعضاء " الأمم المتحدة " أن ينزل على حكم محكمة العدل الدولية في أية قضية يكون طرفاً فيها " (1) وهذا يعني أن كل دولة طرفاً في قضية ما ، يجب أن تنفذ الأحكام القضائية التي تصدرها المحكمة ، وهذا احتراماً لها ولشريعتهما ، وللقوانين الدولية وتماشياً لما ينص عليه العرف الدولي (2) ، وعملاً بمبدأ حسن النية (3) ، الذي يعتبر الركيزة الأساسية التي يقوم عليها القانون بصفة عامة ، والقانون الدولي بصفة خاصة ، ويعد هذا المبدأ أكثر لزوماً للمجتمع الدولي (4) .

فالعرف الدولي يعتبر له تأثير على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية وتطبيق القوانين الدولية ، ومنها القانون الدولي الإنساني ، ونبين ذلك من خلال :

#### المطلب الأول: آثار العرف الدولي على تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الدولي الجنائي.

العرف الدولي هو عبارة عن عادة استمرت ممارستها بين الشعوب لمدة زمنية معينة ، جعلتهم يشعرون بالزامية القيام بهذا الفعل ، نظراً لوجود فائدة تنتج عنه ، إلا أن العرف قد تنتج عنه آثار إيجابية أو سلبية ، وخاصة في مجال تطبيق الأحكام القضائية الدولية الجنائية ، والتي هي شيء مهم جداً خاصة بعد كثرة الجرائم الدولية التي تقع اليوم أمام الجميع ، ودون إصدار أي قرار ضد هذه الانتهاكات ، مثل ما يحدث في فلسطين ، العراق ، سوريا ، ليبيا ، ... ، ونتناول ذلك من خلال :

#### الفرع الأول: الآثار الإيجابية للعرف الدولي على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية .

عندما يثور نزاع ما ، وخاصة النزاع الدولي المسلح ، فإن الكثير من الجرائم تقع ، وخاصة ضد المدنيين العزل ، و الكل يستغل فرصة النزاع لتحقيق أكبر حاجياته بكل الطرق المشروعة وغير المشروعة ، وهذا ما يجعل الجرائم تكون كثيرة وكبيرة ، مثل ما يحدث في فلسطين والعراق و ... ، خاصة عند انعدام الرقابة الدولية ، ومعاقبة المجرمين ، حيث أن هذه الأفعال كانت ترتكب منذ القدم ، حتى قبل الحرب العالمية الأولى والثانية ، لأن الإنسان

<sup>1</sup> -المادة 1/94 من ميثاق الأمم المتحدة

<sup>2</sup> - مايت واني، القضاء الدولي، د د ن ،الأردن، 2015، ص42.

<sup>3</sup> -يعتبر مبدأ حسن النية من أهم مبادئ التعامل بين الدول ، فكل دولة من المفروض أن تحسن نيتها أثناء تعاملها مع دولة أخرى ، وهذا له علاقة بالعرف الدولي ، حيث كان القدامى أي الملوك يتعاملون مع دول أخرى بحسن نية وحتى بدون وثائق في بعض الأحيان ، ولا يزال هذا المبدأ حتى في التعاملات اليومية بين التجار داخل الوطن أو خارجه .

<sup>4</sup> -منار سالم تريان، تنفيذ الأحكام القضائية الدولية ،رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأزهر ، غزة ، فلسطين ، 2010، ص89.

منذ وجوده وهو يحارب و يسعى لتحقيق أكبر المساحات وأفضلها على حساب غيره ، خاصة المناطق التي تحتوى على الموارد الضرورية للحياة ، مثل الماء ، و المواد الطاقوية ( البترول).<sup>(1)</sup>

ونظرا لعدم وجود قوانين دولية قديما تحكم هذه الجرائم وتعاقب مرتكبيها ، كان ما يعرف بالعرف أو العرف الدولي ، حيث كانت الدول لها عادات وتقاليد تتبعها أثناء قيامها بالحروب ، مثل احترام المسنين والأطفال و ... ، وهذا كما ذكرنا سابقا مذكور في السنة النبوية منذ القدم ، وأوصى النبي محمد صلى الله عليه وسلم جنوده باحترامها ، ولا زالت إلى يومنا هذا وهي مقننة في القوانين الدولية مثل اتفاقيات جنيف الأربع 1949<sup>(2)</sup> و البروتوكولين الإضافيين 1977.

وما يهمنا نحن في هذه الدراسة هو أن العرف الدولي له أثر إيجابي على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية ، لأن المحاكم الجنائية الدولية ، تعرض أمامها انتهاكات القوانين الدولية ، وتصدر أحكاما على الأشخاص المتهمين و الذين توفرت فيهم طبعا الأدلة اللازمة لإدانتهم ، و المهم في هذه الأحكام هو تنفيذها ، لكي يكونوا عبرة لغيرهم .

المحكمة الجنائية الدولية ليس لها جهاز خاص يسهر على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة<sup>(3)</sup> ، و هي بذلك تختلف عن المحاكم الوطنية من حيث قوة التنفيذ، وعدم وجود هذا الجهاز يجعل من هذه الأحكام القضائية لا فائدة منها ، ما لم تنفذ ، فحتى المتضرر من هذه الأفعال يبقى دائما لا يثق في القضاء الدولي ، نتيجة عدم التنفيذ ، إلا أن العرف الدولي هو الذي يجعل من الدولة المعنية بالتنفيذ أن تنفذ الحكم القضائي بناء على الأعراف الدولية التي اعتاد عليها المجتمع الدولي منذ القدم.<sup>(4)</sup>

عند وقوع الحرب العالمية الأولى و الثانية ، أصدرت المحاكم الدولية المؤقتة ( يوغوسلافيا ، رواندا ) ، عدة أحكام قضائية ضد أشخاص اعتبرتهم مجرمي حرب ، ارتكبوا جرائم دولية ضد المدنيين وخالفوا وانتهكوا القوانين والأعراف الدولية ، ونفذت هذه الأحكام خارج الدولة التي أصدر بها الحكم القضائي ، وهذا نتيجة للعرف الدولي السائد و الذي كان يعمل به بين هذه الدول ، حيث أن الدولة التي تقبل استقبال مجرم ما وتنفذ عليه الحكم ، يكون لها هذا الفعل ، وهذا اعتبر عرفا دوليا وليس إجبار دولة ما على التنفيذ<sup>(5)</sup> .

<sup>1</sup> - مناح مراد رائد، الحروب الدولية ، أثارها وأسبابها- دراسة تحليلية -، دار الكتاب للنشر ، د ب ن ، 2016، ص 126.

<sup>2</sup> -تنص المادة 3 المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع 12 أوت 1949 على أنه:

" في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضى احد الأطراف السامية المتعاقدة ، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية :

1-الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين القوا عنهم أسلحتهم ، والأشخاص العاجزون عن القتال ، بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر ، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية ، دون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون ، أو الدين أو المعتقد ، أو الجنس ، أو المولد أو الثروة ، أو أي معيار مماثل آخر .

ولهذا الغرض تحضر الأفعال التالية فيما يتعلق ...

أ-الاعتداء على الحياة...ب-اخذ الرهائن...ج-الاعتداء على الكرامة الشخصية ...د - إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة

2 - يجمع الجرحى ويعتنى بهم ..."

<sup>3</sup> - مايث واني، القضاء الدولي، مرجع سابق ، ص 95.

<sup>4</sup> -تايب منيبراس، الأحكام القضائية الدولية ، دار الملوك للنشر ، د ب ن، 2017، ص 45.

<sup>5</sup> - تايب منيبراس، مرجع سابق ، ص 46.



وعليه تنفيذ الحكم القضائي الدولي نتيجة للعرف الدولي يعتبر شيء إيجابي ، أي أن العرف أثر على تطبيقه، نظرا لعدم وجود قوة أخرى ملزمة للتنفيذ ، مثل شرطة دولية خاصة بالمحاكم الدولية ، تكلف بمتابعة تنفيذ هذه الأحكام ، ولولا وجود العرف الدولي لما تنفذ الأحكام القضائية الدولية.

#### الفرع الثاني: الآثار السلبية للعرف الدولي على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية .

العرف عادات تعارفت عليها الشعوب لمدة طويلة ، أصبحت ملزمة ، نتيجة للشعور بوجوب القيام بها ونظرا لفائدتها حسب اعتقادهم ، وتعامل دولة مع أخرى خارج الأطر القانونية يكون بالعرف الدولي ، إلا أن هذا الأخير له آثار سلبية على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية التي تصدر من المحاكم الدولية الجنائية ، حيث أن إصدار المحاكم للأحكام من المفروض أن يتم تنفيذها ، إلا أن الواقع يثبت عدم تنفيذ الكثير من الأحكام القضائية الدولية الجنائية ، التي صدرت من المحاكم المختصة ، نتيجة قيام المتهمين بأفعال إجرامية ، يعاقب عليها القانون .

فالدول دائما تمتنع عن تنفيذ هذه الأحكام لعدة أسباب منها :

أ-السيادة: تتحجج الكثير من الدول بالسيادة على إقليمها وحرية التصرف على أرضها ، ولا تقبل بأن يفرض عليها شيء من خارج الدولة وتقوم بتنفيذه داخل دولتها ، فحتى أن الدول تمتنع عن تنفيذ حكم قضائي صادر عن محكمة دولية ضد مواطن لها ، وتفضل أن تحاكمه داخليا وتحكم عليه بقانون بلدها وليس بقانون آخر ، وهذا في نظرها تدخل في السيادة الوطنية ، حيث أن العرف ينص على تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر من المحاكم الدولية الجنائية من أجل تحقيق العدالة الدولية<sup>(1)</sup> .

ب- عدم تماشي بعض الأعراف الدولية مع عادات وتقاليد الدول: نعرف أن العرف الدولي أو العرف بصفة عامة يختلف من منطقة لأخرى ، ومن بلد لآخر ، فحتى داخل الدولة الواحدة يوجد اختلاف ، فما بالك بين الدول التي لها لغات وعادات وديانات مختلفة ، فعرف تقبله دولة ما وتراه مناسب لها ، تراه دولة أخرى عرف مخالف لها ولعاداتها ودينها<sup>(2)</sup> ، مثلا نحن في الجزائر لا نقبل حرق الأموات ، أو تنفيذ حكم الإعدام لشخص ما ثم حرقه إلى أن يصبح رمادا ونضعه في زجاجة ، فهذا يخالف عاداتنا وتقاليدنا وديننا .

لذا فإن العرف الدولي يعتبر إشكال في تنفيذ الأحكام القضائية الدولية ، مثلا تحكم المحكمة الجنائية الدولية بحكم على متهم ما وتطلب من إحدى الدول و التي هي عضو في نظامها الأساسي أن تقوم بتنفيذ هذا الحكم ، وعندما تجد هذه الدولة أن الحكم القضائي يخالف عاداتها وتقاليدها ودينها فإنها لن تنفذه ، وهذا يؤثر سلبا على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية ، وتبقى دون تنفيذ ، خاصة كما سبق وان قلنا أن القضاء الدولي ليس له قوة تجبر على تنفيذ هذه الأحكام ، أي هيئة دولية مثل شرطة دولية أو قوات دولية مهمتها مراقبة تنفيذ الأحكام القضائية ومتابعتها.

<sup>1</sup> -عبد الاله راعب ، سيادة الدول ومزاياها ، دراسة حالة دول شمال إفريقيا، دار العلوم ، بيروت ، لبنان، 2015، ص 785.

<sup>2</sup> -ماهر عبد الخالق عتيب، دراسات تاريخية في العادات والتقاليد الدولية ، درا أصول النشر، حلب ، سورية، 2010، ص 96.

ج- الحفاظ على مصالح الدول : نعرف أن كل دولة مهما كانت فهي تسعى لتحقيق أكبر منفعة لبلدها ، وهذا ما نجده عند الولايات المتحدة الأمريكية التي تتدخل في كل العالم ، وأين ما تجد نزاع ولو بسيط تقوم بالتدخل من أجل الحصول على الامتيازات ، ونهب تلك المنطقة ، كما تفعل الآن في العراق وسوريا ...

ونتيجة لرغبة الدول في الحفاظ على مصالحها، فإنها أكيد لا ترغب في كسب عداوة مع الدول الأخرى<sup>(1)</sup>، خاصة عندما تطلب محكمة دولية جنائية من دولة ما أن تنفذ حكم قضائي ضد متهم ينتهي إلى بلد آخر ، وهي لها مصالح معها ، فهنا تقوم هذه الدولة بعدم تنفيذ الحكم ، رغم أن العرف الدولي ينص على احترام الدول التي تنتهي للمحكمة الجنائية الدولية لقراراتها وتنفيذها من أجل إبراز قيمتها وهيبتها ، واثبات وجودها وتحقيق العدل الدولي ولو بصورة بسيطة ، ومن أجل جعل هذا المجرم عبرة لغيره مستقبلا.

د- اختلاف القانون الدولي عن القانون الداخلي : وهذا يعتبر أكبر عائق حيث أن ما ينص عليه القانون الدولي نجده تقريبا مختلف عن ما هو منصوص عليه في القانون الداخلي ، وهذا ما يصعب تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية الصادرة من المحاكم الجنائية الدولية<sup>(2)</sup> ، رغم أن العرف الدولي ينص على تنفيذ هذه الأحكام ، وبذلك يكون العرف الدولي ورغم وجوده إلا أنه لا يتم العمل به ، وهذا يعتبر تأثير سلبي على تنفيذ هذه الأحكام.

#### المطلب الثاني: أثار العرف الدولي على تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني .

نتيجة للحروب التي شهدتها العالم والتي كانت أعنفها الحرب العالمية الأولى والثانية ، عان البشر كثيرا من عدم احترام حقوقهم ، خاصة المدنيين والعزل ، وكبار السن والأطفال ، وكل الفئات الضعيفة ، أصدرت عدة قوانين واتفاقيات دولية للحد من هذه الانتهاكات<sup>(3)</sup> ، منها ما هو متعلق بمنع الحروب أو التعهد بعدم اللجوء إلى القوة المسلحة إلا أن طمع البشر يزداد في كل مرة ، ويضربون القوانين والاتفاقيات عرض الحائط ، وعند ظهور القانون الدولي الإنساني ، الذي له تاريخ كبير ، ليجسد نموذجا متميزا لتنامي دور القانون الدولي العام ، في مجال تلبية متطلبات فئات مختلفة مشمولة بحمايتها<sup>(4)</sup> ، تم الاستناد على اتفاقيات جنيف الأربع 1949 و البروتوكولين الإضافيين 1977 ، حيث أنه لو تم تطبيقها ، لما عان أحد ولما انتهك حق شخص ما ، إلا أن هذا القانون يؤثر ويتأثر بعدة عوامل منها العرف الدولي الذي يعتبر ركيزة القانون الدولي لذا نتناول أثره على القانون الدولي الإنساني من خلال :

<sup>1</sup> - عبد الإله راعب، مرجع سابق، 790.

<sup>2</sup> - مرمراًبوسيد ، القانون الدولي العام ، حالة العراق وبلاد الشام، دارالرافدين للنشر، 2010، ص 85.

<sup>3</sup> - منها: اتفاقيات لاهاي لعامي 1899 و 1907 - اتفاقية جنيف 1906 بشأن تحسي حال الجرحى المرضى من أفراد الجيوش في الميدان-اتفاقية جنيف الأولى 1929 تحسین حال جرحى ومرضى القوات المسلحة في الميدان – اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية 1948 – اتفاقية لاهاي 1945 الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية-اتفاقيات فيينا لقانون المعاهدات 1969-

<sup>4</sup> - بلخير طيب ، النظام القانوني لمسؤولية الدول في ظل أحكام القانون الدولي الإنساني ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2016/2015، ص 04.

الفرع الأول: الأثار الإيجابية للعرف الدولي على تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني.

تنص المادة 01 المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربع 1949 على أنه " تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تحترم هذه الاتفاقية وتكفل احترامها في جميع الأحوال."<sup>(1)</sup>

كلنا نعرف أن اتفاقيات جنيف تنضم القانون الدولي الإنساني ، ولو أن هذه الاتفاقية تنفذ وتطبق ، لما عان البشر من الجرائم أثناء قيام النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية ، ونص المادة 01 من يلزم جميع الأطراف المتعاقدة أن تحترم هذه الاتفاقية في جميع الأحوال ، و المقصود بذلك استعمال كل الطرق من أجل تطبيقها ، بما في ذلك العرف الدولي الذي هو أساس القانون الدولي .

فالقانون الدولي الإنساني يحى كل الطبقات من الجرحى والمرضى والغرقى و...، ومن أجل العمل على توفير هذه الحماية وجب العمل بنود الاتفاقية ، و استعمال ما هو متعارف عليه بين الدول وسمى بالعرف الدولي.

كما تنص المادة 11 من اتفاقية جنيف الأولى 1949 على انه " تقدم الدول الحامية مساعها الحميدة من أجل تسوية الخلافات في جميع الحالات التي ترى فيها أن ذلك في مصلحة الأشخاص المحميين ، وعلى الأخص في حالات عدم اتفاق أطراف النزاع على تطبيق أو تفسير أحكام هذه الاتفاقية"<sup>(2)</sup>.

تشير هذه المادة إلى العرف الدولي ، أي عندما لا يتم الاتفاق على تطبيق نص المادة من الاتفاقية فإنهم يلجأون إلى العرف الدولي ، الذي يعتبر حلا يتفقون عليه ، لأنه تم العمل به من قبل ، وهو يرضى الجميع حسب التجربة منذ قرون ، وبذلك يكون العرف الدولي له أثر إيجابي على تطبيق القانون الدولي الإنساني، لأنه تقريبا كل الاتفاقيات هي عبارة عن بنود جاءت من العرف الدولي ، وهذا ما يجعل الدول تصادق وتوقع عليها ، فبدون العرف الدولي تجد الدول صعوبة في قبول الاتفاقيات لأنها تختلف وتعارض دينها وعاداتها وتقاليدها ولغتها وسيادتها وقانونها الداخلي .

بالإضافة إلى نص المادة 12 من نفس الاتفاقية على أنه " يجب في جميع الأحوال احترام وحماية الجرحى والمرضى من أفراد القوات المسلحة وغيرهم من الأشخاص المشار إليهم في المادة التالية.

وعلى طرف النزاع الذي يكونون تحت سلطته أن يعاملهم معاملة إنسانية وأن يعنى بهم دون أي تمييز ضار على أساس الجنس أو العنصر أو الجنسية أو الدين أو الآراء السياسية أو ..."<sup>(3)</sup>.

ونص هذه المادة هو ترجمة حرفية للعرف الدولي ، فكل المعاملات الإنسانية التي نصت عليها اتفاقيات جنيف الأربع 1949 ، هي عبارة عن عرف دولي متعارف عليه منذ القدم ، وحتى قبل وجود هذه الاتفاقية ، وهي بواد وجود وظهور قانون دولي إنساني ، يوفر حماية لهذه الفئات .

فالعرف الدولي ساهم كثيرا في إيجاد حلول بين الدول ، خاصة التي بينها نزاع حول شيء معين ، فيلجئون إلى العرف الدولي ويكون الحل ، وبذلك يكون هذا الأخير اثر على تطبيق القانون الدولي الإنساني و القانون الدولي العام بشكل إيجابي .

<sup>1</sup> - المادة 01 المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع 1949 المنعقدة في جنيف من 21 أبريل إلى 12 أوت 1949 .

<sup>2</sup> - المادة 11 من اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان 12 أوت 1949 جنيف .

<sup>3</sup> - المادة 12 من نفس الاتفاقية.

مثلا نزاع معين حول الحدود بين دولتين أدى إلى نزاعات مسلحة أدت إلى انتهاك الحقوق خاصة للطبقة الضعيفة مثل المدنيين ، وعدم احترام الدولتين للاتفاقيات الدولية ، لكن عندما يلجئون إلى العرف الدولي فإنهم يجدون حلا وسطا بينهم ، يرضى الطرفين ، بناء على ما قام به من قبلهم من أجيال ، واستمرت الحياة والعلاقات بينهم دون انتهاكات .

الفرع الثاني: الأثار السلبية للعرف الدولي على تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني.

تنص المادة 17 من اتفاقية جنيف الأولى 1949 على أنه " يتحقق أطراف النزاع من أن دفن الجثث أو حرقها يجرى لكل حالة على حدة بقدر ما تسمح به الظروف ... لا يجوز حرق الجثث إلا لأسباب صحية قهريّة أو لأسباب تتعلق بديانة المتوفى ، وفي حالة الحرق تبين أسبابه وظروفه بالتفصيل ...

وعلى أطراف النزاع التحقق من أن الموتى قد دفنوا باحترام وطبقا لشعائر دينهم ..."<sup>(1)</sup>.

نظرا لكوننا نكتب مقالا ومرتبطين بالحجم سنقتصر على هذا المثال لنبين الأثر السلبي للعرف الدولي على تطبيق القانون الدولي الإنساني ، حيث أن دفن الموتى هو ما يهم كل إنسان ، ويختلف من بلد لآخر وذلك حسب الدين الذي ينتمي إليه ، فيوجد الدفن ويوجد الحرق ، والإشكال هو في مكان الوفاة ، فعند حدوث نزاع مسلح بين دولتين تختلفان في الدين ، فأكيد أن هذا النزاع سيحدث آثار وهي الموتى ، فكيف يتم التعامل معهم ؟. إن القانون الدولي الإنساني واضح وهو احترام الأموات حسب دينهم وذلك حسب المادة 17 من اتفاقية جنيف الأولى ، إلا أن الدول تقريبا لا تطبق هذه الاتفاقيات وتعمل بالعرف ، أي أنها قد تطبق ما ينص عليه دينها وعاداتها وبذلك يكون العرف أثر سلبا على تطبيق القانون الدولي الإنساني.<sup>(2)</sup>

نذكر مثال من الواقع ، استعمار فرنسا للجزائر ، نتج عنه أموات للطرفين ، واختلف التعامل معهم ، مثلا أموات فرنسا قامت الجزائر بدفنهم ، رغم أن من كانوا هنا في الجزائر لهم ديانات مختلفة ، ومنهم من يحرق الجثة ، إلا أن الجزائر لم تحرق أية جثة ، ودفنتهم بطريقة عادية ، ومقابر الأجانب ( اليهود ) كما تسمى بالجزائر لازالت تشهد على ذلك .

بالإضافة إلى التعامل مع المقابر ، بالرغم من أننا مسلمين إلا أن مقابرنا مهمشة ، مثلها مثل مقابر الأجانب ، إلا في العاصمة فهي مزينة ، نظرا لوجود السفراء و ... ، بينما الأجانب مقابرهم في بلادهم مزينة وتحتوى على مناظر تسر من يراها ، وذلك احتراما لموتاهم ، فهنا نحن لم نحترم القانون الدولي الإنساني الذي ينص على احترام الموتى حسب دينهم .

<sup>1</sup> - المادة 17 من اتفاقية جنيف الأولى، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - الجزائريين الذين أخذتهم فرنسا إلى الخارج للقتال مع جنودها ضد ألمانيا، كلهم تم حرق جثثهم تطبيقا للديانة السائدة في تلك المنطقة، ولم تحترم ديانة الجزائري ، كما تم التنكيل بجثثهم من طرف الألمان، انتقاما منهم لأنه يقاتلون مع فرنسا ضدهم، وهنا لم يتم احترام القانون الدولي الإنساني .

ونفس الشيء نجده في فرنسا التي قامت بوضع جماجم الشهداء في متحف بدلا من وضعهم في قبر ، فهنا دولة فرنسا لم تحترم المادة 17 من اتفاقية جنيف الأولى ، ولم تحترم بذلك تطبيق القانون الدولي الإنساني ، الذي يلزمها باحترام الأموات حسب دينهم ، ونحن ديننا ينص على دفن الموتى وليس وضعهم في متاحف ؟ وهم قاموا بذلك حسب عاداتهم وتقاليدهم ، أي حسب العرف ، وبذلك يكون العرف الدولي أثر سلبي على تطبيق القانون الدولي الإنساني .

#### خاتمة:

العرف الدولي هو طريقة فعالة عرفت منذ القدم ، وحلت بها الكثير من المشاكل الدولية ، والتي كانت سببا في قيام نزاعات مسلحة دولية وغير دولية ، راح ضحيتها الكثير من المدنيين بالرغم أنهم ليسوا السبب في النزاع ، وعدم تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية الصادرة من المحاكم الدولية هي ظاهرة ترجعها كل دولة إلى أسباب خاصة بها ، إلا أن تنفيذ هذه الأحكام يجب أن تكون بكل صرامة من أجل منح حقوق المتضررين ، وعقاب الفاعلين وجعلها عبرة للغير مستقبلا ،

كما أن القانون الدولي الإنساني يتأثر بالعرف كثيرا ، لأن كل مبادئه تقريبا جاءت من العرف الدولي المتعارف عليه ، إلا أن هذا العرف يختلف من مكان لآخر وكل دولة تختلف عن الأخرى من حيث العادات واللغة والدين و... ، وهذا ما يجعل العرف يؤثر إيجابيا وسلبيا على تطبيق القانون الدولي الإنساني وتنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية ، ونرجو في الأخير إنشاء قوة دولية ( شرطة دولية ) تكون مهمتها السهر على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية الصادرة من هذه المحاكم ، كما نرجو من الدول أن تحترم الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها ، ولا تجد أعذارا وتمتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية الدولية ، ومبادئ القانون الدولي الإنساني ، لأنه يجب المحافظة على السلام في العالم من أجل أجيال قادمة تعيش بسلام ، ولا تعيش ما عاشه أجدادنا من عذاب وويلات الحروب .

#### المراجع:

أ-القران الكريم:

-سورة الاعراف الاية 196.

ب- الكتب:

1- بالوس مابري، القانون الدولي الجنائي ، مبادئه وآثاره ، دراسة تحليلية ، ترجمة محد على خاتوى، دار الترجمان ، الإمارات العربية المتحدة، 2017.

2- تايب منيبراس، الأحكام القضائية الدولية ، دار الملوك للنشر ، د ب ن ، 2017.

3- ثابير عبد الإله ، العرف الدولي في القانون الدولي الجنائي ، مركز الدراسات القانونية ، المملكة العربية السعودية ، 2016.

4- جون دبتان ، قانون وأعراف الدول ، ترجمة فبيان قورة، د د ن ، بيروت ، لبنان ، 2017.

5- ماجى محمد عبد الله ، القانون الدولي العام ، دار العلم للنشر والتوزيع ، بيروت ، 2012.

6- مايث واني، القضاء الدولي ، د د ن ، الأردن، 2015.

- 7- ماهر عبد الخالق عتيب، دراسات تاريخية في العادات و التقاليد الدولية ، درا أصول النشر، حلب ، سورية، 2010.
- 8- محمد بشرى قامو، العرف الدولي، دار الكتاب ، عمان ، 2010.
- 9- محمد على بناوى، القانون الدولي العام ، دار الكتاب للنشر و التوزيع ، الإسكندرية، 2010.
- 10- مرمز أبو سيد ، القانون الدولي العام ، حالة العراق وبلاد الشام، دار الرافدين للنشر، 2010.
- 11- مناح مراد رائد، الحروب الدولية ، آثارها و أسبابها- دراسة تحليلية -، دار الكتاب للنشر، د ب ن ، 2016.
- 12- عامن واجد تارى، العرف الدولي، دار العلم للنشر و الطباعة، بيروت ، 2015.
- 13- عبد الاله راعب ، سيادة الدول ومزاياها ، دراسة حالة دول شمال إفريقيا، دار العلوم ، بيروت ، لبنان، 2015.
- 14- شاد الفونس أبو راعب، الأعراف و التقاليد ، دار الريحان للطباعة و النشر، الرياض ، الإمارات العربية السعودية ، 2015.

#### ت- النصوص و المواثيق الدولية:

- 1- اتفاقيات جنيف الأربع 12 أوت 1949.
- 2- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .
- 3- ميثاق الأمم المتحدة.

#### ث- المذكرات:

- 1- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزى المطيرى ، العرف في التشريع الجنائي ( دراسة تأصيلية مقارنة )، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، 2010/2009.
- 2- بلخير طيب ، النظام القانوني لمسؤولية الدول في ظل أحكام القانون الدولي الإنساني ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي العام كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2016/2015.
- 3 - منار سالم تريان، تنفيذ الأحكام القضائية الدولية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الأزهر ، غزة ، فلسطين ، 2010.

#### ح- المواقع الالكترونية:

-الاطلاع على الموقع بتاريخ 25 جوان 2018 على الساعة 18.52 -www.ellbilad.net-

## حماية حقوق المرأة العاملة بين نصوص الاتفاقيات الدولية و تشريع العمل الجزائري

## Protecting the rights of working women between the provisions of international conventions and Algerian labour legislation

— بوحמידة عبد الكريم

جامعة غرداية

[prof.abouhamida@gmail.com](mailto:prof.abouhamida@gmail.com)

تاريخ القبول: 2020-06-11

— محمودي سماح\*

المركز الجامعي بريكّة

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

تاريخ المراجعة: 2020-06-08

تاريخ الإيداع: 2020-03-08

**الملخص:**

أصبح عمل المرأة في العصر الحديث ودخولها إلى سوق العمل سمة تتصف بها المجتمعات المعاصرة والمتطورة وذلك بالنظر إلى الدور المزدوج الذي تقوم به بين مسؤولياتها الاسرية والمهنية، وتظهر أهمية دراسة موضوع حقوق المرأة العاملة من خلال مشاركتها في النشاط الاقتصادي أين يكتسي عملها دورا بالغا، كما تظهر أهمية دراسته من خلال تدخل المشرع سواء على المستوى الدولي أو الوطني لحمايتها بمشاركتها الفعلية في العمل مع الرجل، فتهدف الدراسة إلى معرفة الوضع التشريعي لتنظيم عمل المرأة وذلك من خلال الوقوف على مدى فعالية هذه الحماية المقررة لها، وعليه توصلت الدراسة إلى وجود حرص من المشرع على تطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة سواء في مجال العمل ذاته أو فيما يتعلق بشروطه وظروفه كالمساواة في الأجر وفي الاجازات وفي حق الضمان الاجتماعي والحق النقابي، إضافة إلى رعاية المشرع للمرأة العاملة بالنظر إلى طبيعتها وتكوينها الفيزيولوجي بأن منح لها حقوقا خاصة تتعلق بالأمومة وبحمايتها من العمل الليلي والأشغال الشاقة. وكتقييم للموضوع يلاحظ أنه ورغم الترسنة القانونية التي رصدها المشرع الدولي والمشرع الجزائري لحماية حقوق المرأة العاملة وتفعيلها، إلا أنه يلاحظ وجود بعض الفراغ التشريعي في بعض مواضع الحماية مع غياب التفعيل والتكريس القانوني للتسهيلات التي تخدم المرأة العاملة.

الكلمات المفتاحية: المرأة العاملة؛ تشريع العمل؛ منظمة العمل الدولية؛ مبدأ المساواة؛ حماية المرأة العاملة.

**Abstract:**

The work of women in the modern era and their entry into the labour market has become a feature of contemporary and developed societies, given the dual role they play between their family and professional responsibilities, and the importance of studying the subject of working women's rights through their participation in economic activity shows where they play a role. The study aims to know the legislative status of regulating women's work by identifying the effectiveness of this protection. The government's decision to grant a child-

\* المؤلف المرسل: محمودي سماح.

care grant to the child is a matter of concern to the child. She has special rights to motherhood and to protect her from night work and hard labour. As an assessment of the subject, it is noted that, despite the legal arsenal monitored by the international legislator and the Algerian legislator to protect and activate the rights of working women, there is some legislative vacuum in some areas of protection, with the absence of activation and legal dedication to facilities that serve working women.

**Keywords:** Working women ; labour legislation ; ilo ; the principle of equality ; protection of working women.

### مقدمة:

اقتضت المرأة دوائر الحياة بشتى أوجيها وعلى جميع المستويات والتي كانت حكرا على عالم الرجال فقط، حيث تتجه كثير من النساء وخاصة الزوجات للعمل خارج بيوتهن وذلك بما أتيح أمامهن من الفرص للعمل بالإضافة الى حصول المرأة على بعض المكاسب وارتفاع مكانتها في المجتمع من خلال مساهمتها في النشاط الاقتصادي. وعلى ذلك تعتبر المرأة طرفا مشاركا في الجانب الوظيفي والجانب التربوي والأسري في المجتمع ويحتاج دورها إلى تفعيل أثره في المجتمع واستغلال طاقاتها الفكرية والعملية والبدنية وإدماجها بالشكل الذي يساهم في البناء الاجتماعي والاقتصادي الفعال، ولا يتحقق هذا إلا بإزالة المعوقات والمشكلات من واقعها الفعلي الذي تعيشه وتعمل فيه.

فأصبحت الحياة الاجتماعية للمرأة العاملة معقدة بعدما تحملت مسؤولية القيام بدورين مختلفين يستدعي كل منهما جهد عملي وفكري كبيرين باختلاف المجتمع الذي ينتمي إليه والثقافة التي تحدد سلوكها وادوارها. وبناء على ذلك أصبح عمل المرأة في وقتنا الحاضر ومشاركتها للرجل في الحياة العملية يشكل أهمية كبيرة حيث تعتبر المرأة العاملة قوة مضاعفة إلى العمل الجماعي وشريكا ودافعا أساسيا في عملية التحول الاقتصادي والاجتماعي الذي يشهده العالم. فكان تواجد المرأة على نطاق واسع في مختلف قطاعات العمل فكان لمزاحمة المرأة للرجل في العديد من مجالات العمل أن أوجد بعض المعطيات التي تتطلب توفير شروط معينة لعمل المرأة نظرا لاختلاف طبيعتها عن الرجل.

ومن هنا تعالت الاصوات وارتفعت موجة الاهتمام بحماية حقوق النساء العاملات حيث اتجهت غالبية الدول التي تحترم مبادئ حقوق الانسان بصفة عامة إلى احترام حقوق المرأة العاملة على وجه الخصوص. ومن هنا تظافت الجهود من أجل العمل على توفير أغلب الشروط التي تكفل حماية ورعاية المرأة العاملة.

وقد أبرمت في هذا الشأن الكثير من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة العاملة سواء تلك التي صدرت عن منظمة الامم المتحدة أو تلك الصادرة عن منظمة العمل الدولية، كما عملت معظم التشريعات الداخلية على تضمين نصوص هذه الاتفاقيات الدولية بدساتيرها الوطنية، ومن ضمن هذه التشريعات التي اهتمت بحماية عمل المرأة في الجزائر والتي أولت اهتماما ملحوظا للمركز القانوني للمرأة، أين كرس فيها المشرع الجزائري حرصه المستمر من أجل الوصول إلى تحقيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، حيث إن اقراره لهذا المبدأ في ما يتعلق بحق المرأة في ممارسة العمل أسوة بالرجل التزاما منه بأحكام الشريعة الاسلامية وعدم التمييز بينهما بسبب الجنس، فتتحقق بذلك



المساواة بين الرجل والمرأة في نظام العمل في ما يتعلق بممارسة العمل ذاته أو فيما يتعلق بشروط العمل وظروفه،  
كالمساواة في الأجر المستحق عن العمل المتساوي وساعات العمل والاجازات الاسبوعية والاجازات السنوية والمرضية  
وغيرها من الامتيازات المترتبة عن العمل.

وتظهر أهمية دراسة هذا الموضوع في كون أن عمل المرأة قضية تشغل بال الجميع ويهتم بها الرأي العام كقضية  
عامة، فعلى الرغم من الجهود العالمية والوطنية لمنح المرأة المزيد من الحقوق والحماية في مجال العمل وإزالة التمييز  
بين الرجل والمرأة إلا أن واقعها مازال يمثل حالة تستحق الدراسة والتحليل وتشخيص دقيق لواقع حقوق المرأة  
العاملة، كما تظهر أهمية هذه الدراسة كون المرأة نصف المجتمع وبالتالي فإن الرقي بحقوقها والمحافظة عليها  
يساهم بقدر كبير في تحقيق الاستقرار الوطني والدولي. ناهيك أن معظم الدراسات والتوجهات التي تدافع عن حقوق  
المرأة بصفة عامة فتناولتها من جوانب مختلفة ولم تركز بصورة دقيقة حول موضوع عمل المرأة وحماية حقوقها  
داخل محيط العمل، فكان هذا إسهما منا لتسليط الضوء على هذا الموضوع من وجهة قانونية وعملية.

هذا ونظرا للدور التي تلعبه المرأة في المجالين الاجتماعي والاقتصادي وفي ظل تزايد اهتمام الحكومات ومختلف  
المنظمات الدولية والاقليمية بموضوع المرأة العاملة على وجه الخصوص أين تم إصدار كم هائل من الاتفاقيات  
والتوصيات والقوانين فإن المقتضيات تستدعي التعريف بها ووضع اطار مفاهيمي واضح بشأنها.

انطلاقا من الطرح السابق الذي يقتضي منا الوقوف على مدى مساهمة مختلف الانظمة القانونية في توفير حماية  
أكبر للمرأة العاملة وكذا التعرف على مختلف حقوقها المنصوص عليها قانونا ومدى تطبيقها وتفعيلها واقعيًا... نقوم  
بطرح إشكالية الدراسة وفق التساؤل التالي: إلى أي حد استطاعت مختلف التشريعات الدولية والوطنية في إرساء  
وتفعيل قواعد حماية لحقوق المرأة العاملة ؟

وفي سبيل معالجة الموضوع نحدد الدراسة بالاتفاقيات الدولية التي تولت النص على هذا الموضوع سواء ما صدر  
منها عن هيئة الامم المتحدة أو عن منظمة العمل الدولية من نصوص قانونية مختلفة، إلى جانب موقف التشريع  
الجزائري من هذه الحقوق التي تتمتع بها المرأة العاملة من خلال القانون رقم: 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام  
1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل الفردية، جريدة رسمية عدد 17 لسنة 1990، معدل  
ومتمم بالقانون رقم: 29/91 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق 21 ديسمبر سنة 1991، ج.ر.رقم 68  
لسنة 1991، بالإضافة إلى النصوص القانونية الاخرى المتعلقة بعمل المرأة.

وسوف نتبع في الدراسة المنهج التحليلي وذلك بعرض مختلف النصوص القانونية التي عالجت موضوع المرأة  
العاملة لنقوم بتحليلها واستقراءها من أجل الوقوف على مدى مطابقة النصوص ومدى إمكانية تطبيقها  
عمليا وبالتالي واقع تشخيص الظاهرة، كما نعتمد على المنهج الوصفي من خلال وصف ظاهرة عمل المرأة وربطها مع  
المعطيات والظروف العملية.

وعليه نقسم الدراسة في شكل عناصر يتطلبها ويقتضيها الموضوع، وذلك بالتركيز على أهم الحقوق الأساسية التي  
تتمتع بها المرأة العاملة وفق خطة بسيطة كما يلي:

المبحث الأول: تكريس مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في العمل.

المطلب الأول: الأساس القانوني للمساواة بين الرجل والمرأة في العمل في التشريع الدولي.

المطلب الثاني: الأساس القانوني والدستوري لحماية حقوق المرأة العاملة في الجزائر.

المبحث الثاني: حماية الحقوق العامة للمرأة العاملة الناتجة عن علاقه العمل.

المطلب الأول: حق المرأة العاملة في أجر متساو.

المطلب الثاني: حق المرأة العاملة في التكوين والتعليم والترقية.

المطلب الثالث: حق المرأة العاملة في الراحة والعطل القانونية.

المطلب الرابع: حق المرأة العاملة في الضمان الاجتماعي.

المطلب الخامس: حق المرأة العاملة في ممارسة الحق النقابي.

المبحث الثالث: الحقوق الخاصة للمرأة العاملة.

المطلب الأول: حق المرأة العاملة في الامومة.

المطلب الثاني: حق المرأة العاملة في حمايتها من العمل الليلي.

المطلب الثالث: حق المرأة العاملة في حمايتها من الأعمال الخطرة والشاقة.

المبحث الأول: تكريس مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في العمل.

بات الاعتراف بحق المرأة في العمل وتكريس المساواة بين الانسان في العمل وتمتعهما بالحقوق والفرص على قدم المساواة أمرا ضروري، تستغل من خلاله المرأة كاملة امكانياتها من أجل قيامها بدورها في التنمية وبناء المجتمع والارتقاء والنهوض بأوضاعها المهنية، وللوصول الى المساواة المهنية بين الجنسين لا بد من الاعتراف بها في كافة التشريعات بما فيها التشريعات الدولية والوطنية خاصة مع تنامي مظاهر التمييز في العالم والتفرقة غير العادلة في المراكز القانونية وفي المعاملة تجاه الاشخاص.

وعلى ذلك نعمل على توضيح الأساس القانوني المكرس لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في العمل على المستوى الدولي وعلى المستوى الداخلي في الجزائر سواء في تكريس المبدأ في الدستور أو في القوانين الداخلية وذلك من خلال المطلبين المواليين.

المطلب الأول: الأساس القانوني للمساواة بين الرجل والمرأة في العمل في التشريع الدولي.

بات حق المرأة في العمل ومساواتها بالرجل من حقوق الانسان التي يجب ان تتمتع بها النساء في كل أنحاء العالم حيث عملت هيئة الامم المتحدة في تعزيز مبدأ المساواة وحق المرأة في العمل.

ولأجل ذلك عقدت عدة موثيق دولية التي تضمنت حق المرأة في المساواة مع الرجل ابتداء بالإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 والذي تضمن كافة حقوق الانسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يتمتع بها كل فرد سواء كان رجلا أو امرأة، ولقد نصت المادة الثانية من الاعلان العالمي لحقوق الانسان: " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الاعلان دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس دون أي تفرق بين الرجال والنساء".

وقد أعطي إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة للمرأة الحق في العمل وحرية اختيار المهنة والترقية في العمل والحق في تقاضي المكافآت وإجراءات الأجر وحقها في التقاعد والضمان الاجتماعي والتأمين ضد البطالة والمرض<sup>1</sup>.

بينما أكدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز (اتفاقية سيداو) لعام 1979 على ضرورة اتخاذ الدول جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، وقد فرضت خطة عمل . بكين . لعام 1995 على الحكومات اتخاذ مجموعة من التدابير لتعزيز حقوق المرأة الاقتصادية واستقلالها الاقتصادي بما في ذلك حصولها على فرص العمالة وظروف الاستخدام الملائمة. ومن هذه التدابير سن وتنفيذ تشريعات تكفل حقوق المرأة والرجل في الحصول على أجر متساوي عن العمل ذي القيمة المتساوية واعتماد وتنفيذ قوانين لمكافحة التمييز القائم على أساس الجنس في سوق العمل وفي التعيين والترقية<sup>2</sup>.

كما كان لمنظمة العمل الدولية الفضل في وضع كثير من المبادئ التي نصت عليها اتفاقياتها العديدة، فمن جملة 162 اتفاقية صادرة عن هذه المنظمة هناك 12 اتفاقية تتعلق بالمرأة بصفة رئيسية أو ثانوية والتي تهدف عامة إلى تكريس مبدأ المساواة والقضاء على أشكال التمييز في العمل وهي:

1. الاتفاقية رقم 19 بشأن المساواة في المعاملات وحوادث الشغل لعام 1925.
2. الاتفاقية رقم 100 بشأن المساواة في الأجور عن العمل قيمة متساوية لعام 1951.
3. الاتفاقية رقم 111 بشأن التمييز في مجال الاستخدام والمهنة لعام 1958.
4. الاتفاقية رقم 118 بشأن المساواة في المعاملات والضمان الاجتماعي لعام 1962.
5. الاتفاقية رقم 151 بشأن العلاقات المهنية في الوظيفة العمومية لعام 1962.
6. الاتفاقية رقم 156 بشأن اتاحة الفرصة والمعاملة المتساوية للعمال من الرجال والنساء من ذوي المسؤولية العائلية لعام 1983.

أما الاتفاقيات المتبقية فهي تتعرض الى خصوصيات وضع المرأة العاملة ويمكن حصرها في ما يلي: 1. الاتفاقية رقم 3 بشأن الامومة الصادرة عام 1919

2. الاتفاقية رقم 4 بشأن تشغيل النساء ليلا الصادرة عام 1919
3. الاتفاقية رقم 41 بشأن تشغيل النساء ليلا معدلة الصادرة عام 1934
4. الاتفاقية رقم 45 حول تشغيل النساء تحت الارض الصادرة عام 1935
5. الاتفاقية رقم 89 حول تشغيل النساء ليلا معدلة الصادرة عام 1948
6. الاتفاقية رقم 103 بشأن حماية الامومة معدلة الصادرة عام 1952

ومن بين الجهود الدولية الفاعلة لتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة جاءت اتفاقية سيداو عام 1979 وهي الاتفاقية الخاصة بالقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة هذه الاتفاقية التي تعد أهم ما توصلت إليه الأمم

1. المادة 23 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي صدر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 المؤرخ في 20 / 12 / 1948.

2. منهاج عمل بكين، إعلان ومناهج عمل بجين المنبثق عن المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة المنعقد في بكين خلال الفترة 4 و 15 ايلول سبتمبر 1995، الفقرة: 165.

المتحدة بعد جهود حثيثة لتحقيق حقوق المرأة وضمان مساواتها مع الرجل على المستوى الدولي والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ عام 1996<sup>1</sup>.

وقد نصت اتفاقية سيداو في مادتها السابعة على اتخاذ الدول جميع التدابير المناسبة لأن تمارس النساء حقوقهن السياسية والمشاركة في صياغة السياسات الحكومية وجميع المنظمات والجمعيات غير الحكومية. ونصت المادة الثامنة منها على ألا يحول دون حق المرأة في التعليم حائل مبني على التفرقة بين الجنس أو الدين، وذهبت المادة العاشرة منها بالنص على العمل و تساوي حقوق النساء مع الرجال في استحقاق أجر متساو لعمل متساو وكذلك الحق في الضمان الاجتماعي والوقاية الصحية وأيضا سلامة ظروف العمل.

**المطلب الثاني: الأساس القانوني والدستوري لحماية حقوق المرأة العاملة في الجزائر.**

إن البحث عن مدى الحماية القانونية للمرأة العاملة داخل المنظومة التشريعية الداخلية للدولة هو النص الدستوري لأنه يعد المصدر الأول للقوانين المنظمة لمختلف النشاطات والحريات والحقوق والواجبات ومن ضمنها تلك المتعلقة بالقضايا الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بالمرأة.

ولعل المصدر الأول لهذا الأساس هو الاتفاقيات الدولية حيث صادقت الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية من بينها الاتفاقيات الأساسية لمنظمة العمل الدولية، الى جانب الاتفاقيات المتضمنة الاحكام الخاصة بتنظيم عمل النساء والتي تمثل الاطار القانوني الدولي لحماية المرأة العاملة والذي يوفر لها الضمانات القانونية بهدف تمكينها من التوفيق بين مسؤولياتها العائلية ووظيفتها المهنية. كما صادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة رغم بعض التحفظات.

وعلى هذا الأساس حاولت الجزائر تضمين المبادئ والمعايير الواردة في النصوص الدولية بشأن حق المرأة في العمل والمساواة بينها وبين الرجل في مجال العمل والتشغيل وتكريسه ضمن قانونها الداخلي، وتبدو مظاهر هذا التكريس في النصوص القانونية الجزائرية الداخلية ممثلة في الدستور بالاضافة الى قانون العمل الجزائري.

ولقد كرسّت الدساتير الجزائرية التي تعاقبت منذ الاستقلال سواء كانت اشتراكية أو ليبرالية مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الجنسين في شتى المجالات لا سيما في مجال العمل، إلا أن الاختلاف بينهما يكمن في أن بعضها قد نص على المساواة بين الجنسين في التمتع بالحقوق والحريات الأساسية على العموم ومن الدساتير التي نصت صراحة على المساواة في مجال العمل والوظيفة. بينما ذهبت أخرى إضافة الى تكريسها للحقوق والحريات الأساسية إلى النص صراحة على الحقوق المتعلقة بالمرأة من ضمنها حقها في العمل والمساواة بينها وبين الرجل في شتى المجالات لا سيما في مجال الوظيفة والعمل.

ومن ذلك فقد اعترف كل من دستوري 1963 و دستور 1976 بمبدأ المساواة وضمان حق العمل<sup>2</sup>، ولقد اعتبر دستور 1976 المرأة بمثابة مواطنة كاملة العضوية في المجتمع في المادة 181 منه التي تنص على مبدأ المساواة في

1. انضمت الجزائر إلى اتفاقية سيداو CEDAW عام 1979 بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي 51/963 المؤرخ في 2 رمضان عام 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومصادقتها على اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع التحفظ على بعض المواد.

2. المادة 5 و المادة 12 من دستور 1963، و المادة 39 من دستور 1976.

الاجور أخذها بمعيار موضوعي لا صلة له بالجنس أو أي فروق أخرى، وكرسه بالمبدأ القائل "التساوي في العمل يستلزم التساوي في الاجور"، وهو ما كرسه دستور 1989 لمبادئ قانونية وتعديلات اقتصادية كرسها بمجموعه من الحقوق الاساسية كالمساواة وعدم التمييز الذي أقره المشرع الدستوري واعطاه بعده القانوني الذي يتناسب مع النظام الليبرالي المعتمد<sup>1</sup>، وهي ذات المبادئ الواردة في دستور 1996 في المادة 29 منه.

وقد أضاف المشرع بموجب التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016 مصطلحا أو مفهوما جديدا وهو المناصفة في سوق التشغيل حيث ورد فيه أنه تعمل الدولة الجزائرية على ترقية التنافس بين الرجال والنساء في سوق التشغيل، وأبانت الدولة تشجع ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والادارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات<sup>2</sup>.

وبصدور القانون رقم 90 / 11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل وتطبيقا للدستور فقد صرح هذا القانون عموما باعترافه بالمساواة بين العمال واقرب بحقهم في الحماية ضد أي تمييز لشغل منصب عمل في الفقرة 3 من المادة 6 منه: "يحق للعمال أيضا في اطار علاقات العمل... الحماية من أي تمييز لشغل منصب عمل غير المنصب القائم على أهليتهم واستحقاقهم"، ويفهم من النص أن المشرع قد كرس حماية عامة ضد أي تمييز على أساس الجنس أو على أساس التمييز القائم عند شغل منصب العمل عند الترشح للعمل وتولي المنصب ناهيك عن التمييز القائم داخل أماكن العمل و اللامساواة في منح الحقوق المترتبة عن الشغل.

### المبحث الثاني: حماية الحقوق العامة للمرأة العاملة الناتجة عن علاقه العمل.

يترتب على مبدأ المساواة المهنية بين المرأة والرجل و الدخول إلى سوق العمل أن تلتحق المرأة بمنصب العمل وتتمتع بذلك بكامل حقوقها الناتجة عن منصب العمل الذي يجب أن يتضمن على مجموعة من المعايير والعناصر الأساسية وانتظام العمل من حيث مدة عقد العمل وشروطه والأجر المناسب والعادل، إلى جانب توفير الحماية الاجتماعية والتمثيل النقابي وامكانية التقدم في العمل والترقية المهنية وغيرها وهي الحقوق الاساسية المقررة للعمال بموجب المعايير الدولية للعمل.

وتتعدد الحقوق المترتبة للعمال نتيجة إبرام عقد العمل الفردي وتتمتع بها المرأة على قدم المساواة مع العمال من الرجال، وعلى ذلك نتطرق الى أهمها... من حق المرأة في الأجر وحقها في التكوين والترقية المهنية بالإضافة الى الراحة والوقاية الصحية والأمن وأخيرا حقها في التأمينات الاجتماعية. وعليه نتطرق من خلال المطالب الموالية الى حمايه هذه الحقوق للمرأة العاملة ذات الطابع العام.

### المطلب الأول: حق المرأة العاملة في أجر متساو.

لم يرد في القانون رقم 90 / 11 السابق الذكر تعريفا محددا للأجر إلا أن المشرع اكتفى بالنص في المادة 80 من هذا القانون على أنه: "للعامل الحق في أجر مقابل العمل المؤدى ويتقاضى بموجبه مرتبا أو دخلا يتناسب ونتائج العمل"، فبطبيعة الأجر تستوجب النظر إليه من ثلاث جوانب الأول وهو الجانب القانوني الذي يمثل أحد العناصر الاساسية

1- Fatima Zohra Saï, le statut politique est le statut familial des femmes en Algérie, thèse en vue de l'obtention du doctorat, Université d'Oran, 2008, page : 357.

2. المادة 36 من القانون رقم 16 / 01 المؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

لعقد العمل الذي يفرض الاتفاق الصريح أو الضمني على مبلغ الأجر، و الثاني هو الجانب الاقتصادي حيث يشكل أحد العناصر الأساسية التي تدخل في تكوين سعر التكلفة الانتاج مما يحتم عند تحديد الأجور الحرص على تحقيق التوازن فيما بين العناصر الانتاجية للمحافظة على قدره الشرعية للعامل، أما الجانب الثالث فيتمثل في الجانب الاجتماعي إذ يمثل المورد الأساسي والوحيد لمعيشة العامل وأسرته<sup>1</sup>.

وعلى غرار معايير حقوق الانسان والعمل الدولية والعربية التي كرست مبدأ المساواة في الأجور بين المرأة والرجل حرص المشرع الجزائري بدوره على تكريس هذا المبدأ من أجل عدم التمييز ضد المرأة، فلقد أوجب المشرع الجزائري في قانون علاقات العمل 90 / 11 في مادة 84 على كل مستخدم بضمان المساواة في الأجر بين العمال لكل عمل متساوي القيمة بدون أي تمييز.

إن تفعيل المبدأ السابق يحتاج الى تدخل الدولة من خلال الرقابة التي يقوم بها مفتشو العمل على أصحاب الاعمال في القطاع العام و الخاص للتأكد من تطبيق هذا المبدأ الذي يحول دون وقوع حالات انتهاك له من جانبه بعض أصحاب الأعمال.

أما عن الضمانات المتعلقة بالأجر ففي إطار التشريع الجزائري تشمل عبارة أجر أو مرتب ما يلي : الأجر الأساسي الناجم عن التصنيف المهني في الهيئة المستخدمة. والتعويضات المدفوعة بحكم أقدمية العامل ومقابل الساعات الإضافية أو بحكم ظروف العمل خاصة العمل الليلي وعلاوة المنطقة. وأيضا العلاوات المرتبطة بإنتاجية العمل ونتائجه، وهي نفس المعايير التي اتخذتها الاتفاقية العربية بشأن تحديد وحماية الاجور<sup>2</sup>.

ويسعى المشرع الدولي باستمراره لحماية النساء العاملات من خلال حماية حقهن في الأجر صراحة ضمن المبادئ التي شملها دستور منظمة العمل الدولية حيث أكد في ديباجته على مبدأ تكافؤ الأجر لدى تكافؤ العمل. وتضمنته أيضا كل من الاتفاقية رقم 100 الخاصة بمساواة العمال والعاملات في الأجر لدى تساوي قيمة العمل والتي تعتبر أول إتفاقية تصدر عن منظمة العمل الدولية OIT حول موضوع الأجر وأحد أهم النصوص الأساسية لمنظمة العمل الدولية والمتعلقة بحقوق الأنسان الأساسية وأيضا التوصية رقم 90 الملحق بها والمتعلقة بنفس الموضوع والصادرتين عام 1951<sup>3</sup>.

وما نراه من خلال واقعنا بأن أجر المرأة العاملة في مجتمعنا يكتسي طابعا ثانويا باعتبار أن الرجل هو المسؤول على الاتفاق وإعالة الأسرة. لذلك ينادي الكثيرون بالدور التقليدي للمرأة و المتمثل في التفرغ للمنزل وتربية الأولاد.

1. بشير هديفي: الوجيز في شرح قانون العمل . علاقات العمل الفردية والجماعية، دار الريحانة للكتاب . الجزائر. جسور للنشر والتوزيع طبعة 2001 ، ص: 133.  
2. لقد اعتبرت المواد من 1 الى 3 من الاتفاقية العربية رقم 15 بشأن تحديد وحماية الاجور أن الأجر كل مبلغ نقدي بالعملة المحلية يتقاضاه العامل مقابل عمله بما فيه العلاوات والمكافآت والمنح والمزايا.  
3. طاوسي فاطنة: الحماية القانونية للمرأة العاملة دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون الجزائري أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة 2020/2019، ص: 76.

## المطلب الثاني: حق المرأة العاملة في التكوين والتعليم والترقية.

إن حق المرأة العاملة في التكوين والتعليم والترقية خلال العمل و التكوين المهني هو حق للعامل بصفة عامة حيث يسمح لها من خلاله بتنمية قدراتها المهنية وتجديد معلوماتها وتطوير خبراتها حتى تتماشى مع التقنيات الجديدة والتغيرات الاقتصادية. وتبرز أهميته في العمل أنه يخدم مصالح طرفي علاقه العمل في أن واحد كي يغطي حاجة المؤسسة إلى اليد العاملة المؤهلة بما يتناسب مع التغيرات والتقنيات المتطورة باستمرار ويمنح من جهة أخرى للعامل تأهيلا إضافيا قصد ترقية مهنيها واجتماعيا وقد ربطت مختلف التشريعات الدولية والداخلية التكوين المهني بالترقية في العمل.

ومما لا شك فيه أنه كل ما ارتفع المستوى التعليمي للمرأة كلما زادت حظوظها في اقتحام عالم الشغل والحصول على منصب عمل....وتبدو أهميه الاهتمام به أن أولى مراحل التفرقة بين الجنسين في العمل تبدأ غالبا مع التعليم والتدريب فالكثير من المجتمعات تعتبر أن المنزل هو المكان الاصلي للمرأة ومن ثم فهي لا تتلقى من التعليم والتدريب إلا ما يهيئها لتصبح مجرد سيدة منزل الدولي، لذلك تطورت نظرة القانون الدولي لحقوق الانسان نحو الاحترام العالمي لحقوق المرأة و حمايه كرامتها.

وقد كرس القانون الدولي مبدأ المساواة في مجال التكوين والتدريب حيث أصدرت المنظمة العالمية للعمل عدة توصيات متعلقة بالتكوين المهني وكانت كلها متفقة على أن التكوين لا يجب أن يتضمن أي شكل من أشكال التمييز على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي<sup>1</sup>.

وباعتبار أن حق المرأة في التعليم والتدريب هو نقطة بداية كل الحقوق ووسيلة لضمانها فقط كرست اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) مبدأ المساواة بين الرجال والنساء في الحقوق وشجعت التعليم والتدريب وذلك من خلال المساواة في المناهج وكذلك الحصول على مختلف الشهادات<sup>2</sup>.

إن مسألة التكوين والتدريب في العمل سواء بالنسبة للمرأة أو الرجل منصوص عليها في الكثير من المصادر الدولية فقد نصت عليها الاتفاقية العربية لمستويات العمل رقم 1 كما أكدت عليها اتفاقية سيداو والتوصية المتعلقة بالتنمية البشرية لعام 1975 والتوصية رقم:195 بشأن التعليم والتدريب والتعليم المتواصل، والبروتوكول الافريقي لحقوق المرأة و ميثاق الشباب الافريقي والميثاق الاجتماعي الاوروبي والبروتوكول الامريكي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>3</sup>.

وقد حرص المشرع الجزائري على ضرورة توفير الامكانيات اللازمة لتكوين وتدريب العمال رجالا و نساء في مختلف المجالات والنشاطات. فأوجبت المادة 57 من قانون علاقات العمل رقم: 11/90 في الفصل الخامس منه تحت عنوان التكوين والترقية خلال العمل على كل مستخدم أن يباشر أعمالا تتعلق بالتكوين وتحسين المستوى لصالح العمال

1. حجيجي حدة: الحماية القانونية للمرأة في الجزائر مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، السنة الجامعية:2013/2014، ص: 148

2. المادة 27 من اتفاقية سيداو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

3. طاوسي فاطنة: المرجع السابق، ص: 216.





ويأخذ الحق في العطل والراحة القانونية عدة صور وأنماط منها ما هو مدفوع الأجر كالراحة الاسبوعية والاعبياد القانونية<sup>1</sup>.

وتتمتع المرأة العاملة بحق الراحة الاسبوعية وفقا لما نصت عليه المادة 33 من قانون علاقات العمل رقم: 11/ 90 وذلك بيوم كامل في الاسبوع، ما يعني أن الإجازة الاسبوعية مدفوعة الأجر مدتها يجب أن لا تقل عن 24 ساعة متوالية وذلك كما ورد في الاتفاقية العربية رقم 6 لمستويات العمل<sup>2</sup>.

أما عن حق المرأة العاملة في العطلة السنوية المدفوعة الأجر فقد أكدت المادة 39 من القانون السابق على حق العامل في عطلة سنوية مدفوعة الأجر، وقد أخذ المشرع الجزائري في إعتداد احتساب العطلة على أساسين هما مدة الخدمة والمقدرة بسنة واحدة بالإضافة الى معيار طبيعة العمل ومنطقة العمل.

وفي ذات السياق تجدر الإشارة الى أن منظمة العمل الدولية OIT لم تتباطأ في التأكيد على الحق في الاجازة السنوية مدفوعة الأجر من خلال إصدار عدة اتفاقيات بشأن هذا الموضوع في مجملها أحكاما تؤكد على حق كل عامل في إجازة سنوية مدفوعة الاجر لمدة محددة على أن يكون اكتساب الحق فيها بعد مضي سنة واحدة من العمل<sup>3</sup>.

#### المطلب الرابع: حق المرأة العاملة في الضمان الاجتماعي.

ينطبق المبدأ العام على كل من ينطبق عليه وصف العامل الحق في تمتعه بالتأمين الاجتماعي بغض النظر عن جنسه أو عن جنسيته أو طبيعة العلاقة التي تربطه بصاحب العمل وفي نفس الوقت يعتر التأمين الاجتماعي ملزما والانضمام إليه إجباريا.

يعتبر نظام التأمينات الاجتماعية بمثابة نظام وقائي سواء بالنسبة المرأة العاملة ولجميع العمال عامة فهو ينطوي على الحق في التأمين عن المرض وعن العجز والشيخوخة والوفاة والبطالة، بالإضافة إلى التقاعد و التأمين عن حوادث العمل والأمراض المهنية وغيرها من الاخطار الاجتماعية. إلى جانب تمتع المرأة العاملة في هذا الخصوص بحق التأمين على الولادة كحق من نوع خاص.

وبالرجوع الى القانون رقم 83 /11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية لا نلمس نصا صريحا في ما يخص حق المرأة العاملة في التأمينات الاجتماعية. إلا أنه يوجد نصا عاما يستنتج من خلاله أنه أقرب بحق المرأة العاملة في التأمينات الاجتماعية مثلها مثل سائر العمال حيث نص في المادة 3 منه على أن: " يستفيد من أحكام هذا القانون كل العمال سواء كانوا أجراء أو ملحقين بالأجراء...". فتسفيد بذلك المرأة العاملة من جميع الحقوق بموجب هذا القانون بما فيها الحقوق المنصوص عليها والتي تخصها كمرأة طبيعتها.

1. راجع القانون رقم: 63 / 278 المؤرخ في 26 جويلية سنة 1963 الذي يحدد قائمة الأعياد القانونية المعدل والمتمم.

2. المادة 45 وما يليها من الاتفاقية العربية رقم: 6 لمستويات العمل.

3. راجع الاتفاقية رقم 52 المتعلقة بالإجازات السنوية مدفوعة الأجر الصادرة عن المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية بتاريخ 24 جوان 1936، و دخلت حيز النفاذ 22 سبتمبر 1939. والتوصية رقم 47 المتعلقة بالإجازات السنوية مدفوعة الأجر الصادرة عن المؤتمر الدولي للعمل بتاريخ 23 جوان 1954. والاتفاقية رقم 132 بشأن الاجازات السنوية مدفوعة الأجر المعتمدة من طرف المؤتمر الدولي للعمل بتاريخ 24 جوان 1970 ودخلت حيز النفاذ 30 جوان 1973.

وقد عنت منظمه العمل الدولية OIT. بالنظر إلى الضمان الاجتماعي على أنه من أهم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي يكرسها تشريعها الدولي بالزام الدول بالتكفل بجميع المخاطر الاجتماعية التي قد يتعرض لها العامل أو ترجع لأسباب فيزيولوجيا تؤثر عليه كانسان كمخاطر الأمراض أو مخاطر الشيخوخة والوفاة والأعباء العائلية<sup>1</sup>.

**المطلب الخامس: حق المرأة العاملة في ممارسة الحق النقابي.**

تعتبر الحرية النقابية من الحقوق التي ضمنتها معظم التشريعات الحديثة فقد كرسها مختلف النصوص والمواثيق الدولية والتشريعات الداخلية. وتعتبر من أهم المؤسسات ذات الدور الفاعل في المشاركة التنموية ومن مهامها الدفاع عن الحقوق والواجبات المهنية وحمايتها وتحسين ظروف العمل والتنسيق مع الدولة في وضع السياسات المهنية. فعلى المستوى الدولي أقر الاعلان العالمي لحقوق الانسان في المادة 23 فقرة 4 على أنه لكل شخص الحق في ان ينشئ وينظم إلى نقابات حماية لمصالحهم. بالإضافة إلى الاتفاقية الدولية رقم 87 الصادرة عن المنظمة العالمية للعمل عام 1948 والمتضمنة الحرية النقابية وحماية الحق النقابي والتي أقرت كذلك صراحة حق كل من العمال والمستخدمين دون تمييز وبدون إذن مسبق في تشكيل منظمات حسب اختيارهم أو إلى الانضمام إليها بشرط الالتزام بنصوص الاتفاقية.

أما موقف اتفاقية سيداو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لم تنص صراحة على هذا الحق، وإنما يستنتج من خلال المادة 11 فقره 1 الحق في حرية إختيار المهنة والعمل والحق في الترقية والأمن الوظيفي وفي جميع مزايا وشروط الخدمة.

وقد صنف المشرع الجزائري من خلال المادة 5 من قانون علاقات العمل سابق الذكر الحق النقابي في مقدمة الحقوق الأساسية للعمال . ثم جاء القانون رقم 90 / 14 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي ليؤكد على هذا الحق، فمنح العمال الاجراء الذين ينتمون إلى مهنة واحدة أو فرع أو قطاع واحد أن يؤسسوا منظمات نقابية أو أن ينخرطوا انخرطوا حرا وارايدا في تنظيمات نقابية موجودة من قبل شريطه الخضوع للتشريع المعمول به<sup>2</sup>.

إن ما يمكن إبدأؤه في هذا الخصوص أن مشاركة المرأة في العمل النقابي وفي المفاوضات الجماعية يحظى بأهمية كبيرة في ظل اقبال المرأة على ميدان العمل في مختلف القطاعات والمجالات، فأصبح من الضروري تفعيل دورها ومشاركتها ضمن النقابات العمالية لأن هناك ما يدعو إلى ضرورة إقدام النساء على المشاركة في العمل النقابي سعيا منهن إلى ترقية حقوقهن والمحافظة عليهن، لأنه مهما اهتم النقابيون من الرجال بمشاكل المرأة ومهما دافعوا عن حقوقها فانهم يظلون عاجزين عن تمثيلها والإمام بمشاكلها ومتطلباتها لأنها تختلف عن مشاكل الرجال من عدة نواحي بدءا بالطبيعة المميزة للمرأة ومسؤولياتها المزدوجة بين العمل والمنزل كما أنها قد تتعرض لمشاكل ومضايقات لا يتعرض لها الرجال أولها مشكله التحرش الجنسي داخل أماكن العمل.

1. انظر، يوسف إلياس: محاضرات في قوانين العمل العربية مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن طبعة 1996، ص: 220 وما يليها.

2. المادتين: 2 و 3 من القانون رقم 90 / 14 المؤرخ في اثنين جوان 1990 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، جريدة رسمية عدد 23 المؤرخ في 6 جويلية 1990 المعدل والتمم.

وعلى الرغم من هذه الأهمية المذكورة للعمل النقابي الذي تتمتع به المرأة، إلا أن هذا الحق تعترضه صعوبات ومعوقات متعددة بدءاً بالتقاليد الاجتماعية السائدة التي تقلل من شأن المرأة ولا تسمح لها بالمشاركة الجدية في العمل النقابي نظراً للاختلاف بين النساء والرجال الذين يرفضه المجتمع والدين. كما تحول المسؤولية المزدوجة للمقابلة على عاتق المرأة داخل المنزل وخارجه من ممارسة نشاطها النقابي إضافة إلى سيطرة النزعة الذكورية على العمال ورفضهم إلى أي مشاركة من جانب المرأة.

ويمكن القول كراي خاص أن المرأة قد اثبتت تحدياتها ودخولها في عالم الشغل على مستوى عدة قطاعات ومجالات لاسيما تلك المجالات التي كانت حكراً على الرجال، فلم يعد النشاط النقابي وجهاً من وجه الصعوبات التي كانت مطروحة من قبل وصوره ذلك النشاط مشاركة المرأة في العديد من الاضرابات المنظمة والمطالبية بمختلف الحقوق العامة والخاصة منها، ناهيك عن نشاط الجمعيات النسوية التي تنادي بحقوق المرأة عموماً... ويعتبر كل ذلك مظهراً من مظاهر تحديات المرأة المعاصرة.

### المبحث الثالث: الحقوق الخاصة للمرأة العاملة.

إن مبدأ المساواة بين المرأة والرجل بمفهومه الفعلي لا يمنع من أن يخص المشرع المرأة العاملة بأحكام خاصة تتماشى مع طبيعتها الفيزيولوجية والبدنية ومهمتها الحيوية والتمثلة في إنجاب الأولاد والقيام على تربيتهم ورعايتهم لكي تستطيع بذلك القيام بأدوارها الاجتماعية والمهنية في نفس الوقت. وهذا التخصيص من المشرع يمثل الصورة الحقيقية والعادلة لمبدأ المساواة من خلال سن تشريعات ونصوص تعطيها بعض المزايا الإضافية وتحميها من الأخطار وتحميها كأم وكأنتى لها خصوصياتها.

فإلى جانب الحماية العامة للمرأة العاملة التي تتمتع بها بموجب النصوص الدولية بالإضافة إلى حماية المشرع الجزائري لها، فإن هذه النصوص قد تضمنت أيضاً بعض الأحكام التي تطبق على المرأة العاملة حصراً وتعتبر بمثابة حقوق خاصة، فمن هذه الأحكام ما يتعلق بحماية المرأة العاملة بالنظر لطبيعتها ودورها الفيزيولوجي ولاعتبارات رعاية الأنوثة ومراعاة لدورها تجاه الأسرة، فتمثلت هذه الحقوق فيما تعلق بممارسة حق الأمومة من حمل وإرضاع، ومن هذه الحقوق أيضاً ما يتعلق بحماية المرأة العاملة بالنظر إلى ظروف خاصة في العمل عندما يتعلق الأمر بالعمل الليلي أو العمل بالأشغال الشاقة.

وعليه سنتولى عرض هذه الحقوق الخاصة في ثلاثة في مطالبة متتالية.

#### المطلب الأول: حق المرأة العاملة في الأمومة.

إن طبيعة المرأة تختلف عن طبيعة الرجل فهي بحاجة إلى الرعاية والحماية في كل مراحل حياتها، ومن أهم مراحل حياة المرأة مرحلة الحمل والولادة، فالمرأة العاملة الحامل قد تتعرض إلى مخاطر متعددة الأمر الذي أوجب تدخل المشرع من أجل توفير الحماية اللازمة والضمانات القانونية لها خلال هذه الفترة من أجل التوفيق بين عملها ورعاية أسرتها<sup>1</sup>.

1. زيد محمود العقابلية: حقوق المرأة العاملة. دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. مجلة المفكر، لم يرد فيها ذكر السنة، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثامن ص: 16.

لهذه هذه الاسباب فقد اهتم المشرعون في مختلف دول العالم بتوفير كافة الشروط والظروف المناسبة المناسبة لحماية أمومة المرأة بشكل عام وأمومة المرأة العاملة بشكل خاص، فكذا كفل القانون الدولي حماية الوظيفة البيولوجية للمرأة العاملة المتمثلة في الحمل والانجاب كما كفل حماية العلاقة بين الأم وطفلها بعد الانجاب. وطالما اهتمت منظمة العمل الدولية بحماية الامومة وذلك من خلال الاتفاقية رقم 3 بشأن استخدام النساء قبل الوضع لعام 1919، والاتفاقية رقم 103 بشأن حماية الأمومة الصادرة في 4 جوان عام 1952 إلى غاية مراجعتها عام 2000<sup>1</sup>.

هذا وقد اهتم المشرع الجزائري في قانون علاقات العمل وأرسي مبادئ وحقوقا أساسية لحماية الأمومة والمتمثلة في الحق في الراحة بعد الولادة، أو ما يعرف بإجازة الأمومة وكذلك الحق في إعانات نقدية وطبية بدل الأجر أو ما يسمى بالدخل أثناء الاجازة بالإضافة إلى حق المرأة في إرضاع طفلها بعد عودتها للعمل. وقد عالج المشرع الجزائري حق المرأة العاملة في عطلة الأمومة من خلال نص وحيد في قانون العمل رقم: 11/ 90 وذلك في المادة 55 منه التي نصت: "تستفيد العاملات خلال فترات ما قبل الولادة وما بعدها من عطلة الامومة لطبقا للتشريع المعمول، ويمكنهن الاستفادة أيضا من التسهيلات حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي للهيئة المستخدمة". وما نلاحظه من خلال هذا النص أنه لم يتطرق الى أحكام عطلة الأمومة ومدتها ولا إلى شروط استحقاقها تاركا الأمر للتشريع المتعلق بالضمان الاجتماعي، كون عطلة الأمومة هي نوع من أنواع التأمين وتعرف بالتأمين على الولادة وتعتبر الولادة حالة من حالات الانقطاع عن العمل لأنها تجبرها عن التوقف عن العمل وبالتالي تحرم من الأجر خلالها، فعمل بذلك قانون التأمينات الاجتماعية من تعويضها عن الأجر في شكل أداءات عينية وأداءات نقدية مقررة في هذا الاطار.

وعليه فقد عالج قانون التأمينات الاجتماعية في العديد من النصوص<sup>2</sup>، وضعية المرأة العاملة بالنسبة إلى حقها في الأمومة، وذلك على غرار الاتفاقيات الدولية التي تعد المرجع الاساسي لمدى انصاف التشريعات الوطنية للمرأة العاملة في هذا الخصوص، حيث منحت للمرأة العاملة الحق في الاستفادة من عطلة أمومة خلال فترات ما قبل الولادة وبعدها فحددها ب 14 أسبوع متتالية طبقا للمادة 29 من القانون رقم 83 / 11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية. وتشمل بذلك عطلة الأمومة أداء التأمين على الولادة طبقا لذات القانون في المادة 23 منه على: .الأداءات العينية وهي كفالة المصاريف المترتبة عن الحمل والوضع وتبعاته. .الأداءات النقدية والتي تتمثل في دفع تعويضة يومية للمرأة العاملة التي تضطر بسبب الولادة الى الانقطاع عن العمل.

وبناء على ما سبق نستنتج أن المشرع سواء على المستوى الدولي أو الداخلي قد حرص على حماية المرأة العاملة كأم وزوجه، وتتجلى مظاهر الحرص هذه في حق المرأة العاملة في إجازة الوضع استحقاقها للأجر خلال هذه الاجازة،

1. سي فضيل زاهية: الضمانات المقررة للمرأة العاملة في التشريع الجزائري والمقارن. أطروحة الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم، السنة الجامعية: 2017/2018 ، ص: 153.

2. القانون رقم: 83 / 11 المؤرخ في 2 جويلية 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 28 المؤرخة في 5 جويلية 1983.

وعدم فصلها أثناء تمتعها بهذه الاجازة بالإضافة الى حقها في إرضاع مولودها ورعاية أطفالها، وكان ذلك تقديرا من المشرع للمكانة الاجتماعية للمرأة. في مختلف التوجهات الدينية والأعراف والقيم الأخلاقية.

وحيث لا يسعنا المقام لعرض مختلف النصوص القانونية التي نصت على ما يترتب على الأمومة من حقوق لنقوم بتحليلها، فنستطيع القول أنه رغم هذا التنصيص القانوني إلا أنه يوجد غياب للتكريس القانوني للتسهيلات التي تخدم المرأة العاملة الأم أو المرضعة في الجزائر. وذلك من خلال عدم توفير أماكن خاصة لذلك مع عدم توفير إن لم نقل ندرة الحضانات المؤهلة وبأسعار معقولة ومناسبة داخل أماكن العمل أو حتى قريبة منها على عكس بعض التشريعات المقارنة التي كرست هذه التسهيلات ضمن قانون العمل نفسه.

### المطلب الثاني: حق المرأة العاملة في حمايتها من العمل الليلي

يرجع أول اهتمام بعمل نساء ليلا إلى منظمة العمل الدولية وذلك بالاتفاقية رقم 4 الصادرة بتاريخ 29 أكتوبر 1919 بشأن عمل نساء ليلا<sup>1</sup>. ومما لا شك فيه أن العمل ليلا يعد أشد إرهاقا من العمل نهارا حيث كشفت الابحاث العديدة التي تناولت انعكاسات العمل ليلا على صحة العمال عن سببين رئيسيين يحدثان مخاطر صحية وهما اضطرابات النوم وتغير العادات الغذائية، خاصة بالنسبة للمرأة التي قد يعرضها العمل الليلي أيام دورتها الشهرية إلى إجهاد زائد ما يجعل حاجتها للحماية أولى وأوجب من حاجة الرجال للحماية<sup>2</sup>.

لقد منح المشرع الجزائري حماية للمرأة العاملة في مجال العمل الليلي من خلال تحديده للأوقات التي لا يمكن للمرأة أن تعمل أثناءها حيث حدد ساعات العمل الليلي كما جاء في المادة 27 من القانون رقم 90 / 11 المتعلق بعلاقات العمل بأن تحدد ساعات العمل الليلي بـ 8 ساعات وذلك من الساعة التاسعة ليلا إلى الساعة الخامسة صباحا، وترك المشرع بذلك مسألة تحديد قواعد وشروط العمل الليلي والحقوق المرتبطة به إلى الاتفاقيات الجماعية. وأضاف في المادة 28 من ذات القانون أنه يمنع تشغيل العمال من الجنسين الذين يقل عمرهم 19 سنة كاملة في أي عمل ليلي. واستثنى المشرع في هذه الحالة النساء العاملات من العمل الليلي مهما كانت سنهم فقد جاء في المادة 29 أنه يمنع المستخدم من تشغيل العاملات في أعمال ليلية، لكنه يجوز لمفتش العمل المختص إقليميا أن يمنح رخصة خاصة عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل.

وعليه فإن المبدأ العام يقر بحظر تشغيل النساء ليلا والاستثناء هو ما ورد في المادة 29 سالف الذكر بجوازية تشغيل النساء ليلا متى برر ذلك طبيعة النشاط وخصوصية منصب العمل وفي الوقت ذاته ربط المشرع ذلك بشرط الحصول على رخصة من مفتش العمل المختص إقليميا، ولا شك أن المعايير والأسباب التي تدفع بمفتش العمل إلى منح الرخصة أو الامتناع عنها تتمركز حول ظروف العمل ليلا بين تكون ملائمة للمرأة وأن لا تمس بسلامتها الجسدية أو المعنوية وخاصة ما تعلق منها بالسلامة الأخلاقية بأن لا يشكل منصب العمل خطرا على سمعتها أو شرفها.

1. تمت مراجعة الاتفاقية رقم 4 الصادرة بتاريخ 29 أكتوبر 1919 بشأن عمل النسائي ليلا بموجب الاتفاقية رقم 41 الصادرة في 19 جوان 1934 ثم 1929، وروجعت سنة 1948 بصدور الاتفاقية رقم 89 المؤرخة في 9 جويلية 1948. وأخيرا صدرت بنفس الصدد الاتفاقية رقم: 171 المؤرخة في 20 جوان 1990.

2. زيد محمود العقيلة: المرجع السابق، ص: 13.

وما نراه جليا بالقول أن العمل الليلي للمرأة لا يخلو من آثاره الاجتماعية والأخلاقية الضارة بالأسرة خاصة في ما إذا كانت الأم هي التي تعمل ليلا ولديها أطفال بحاجة الى رعاية، ناهيك عن استمرار المرأة بأعبائها المنزلية قد يؤدي إلى قلة عدد ساعات نومها وزيادة إرهاقها فيؤثر ذلك سلبا على صحتها ومن ذلك على صحة أطفالها. كما وتبدو الآثار السلبية للعمل الليلي للمرأة من جهة التأثير على حمايتها من كل أشكال العنف والتحرش الذي قد تتعرض إليه ليلا من طرف الرجال بأفعال تضر بها أخلاقيا، هذه الحماية التي تتماشى مع خاصية وفلسفة قانون العمل الذي يعتبر قانونا حمائيا وتقدميا.

### المطلب الثالث: حق المرأة العاملة في حمايتها من الأعمال الخطرة و الشاقة.

حاولت مختلف التشريعات أن تضع في الاعتبار طبيعة المرأة العاملة وضعف قوتها البدنية وفطرتها الانثوية وقدراتها الجسمانية والنفسية<sup>1</sup>، ولأن المرأة تتعرض لدى قيامها بالعمل أو بمناسبة ذلك لأوجه متعددة من المخاطر والاصابات ومن المسلم به وجود بعض الأعمال التي تتطلب من الجهد ما يفوق طاقه النساء وقدرتهن إضافة الى الأعمال التي تشكل خطورة على صحة المرأة، وانطلاقا من هذه الاعتبارات نظمت مختلف التشريعات الدولية والوطنية مسألة تشغيل المرأة في بعض المهن والصناعات والمجالات التي تشكل خطورة على صحتها وسلامتها البدنية. ومن بعض الاعمال التي يحظر تشغيل النساء بها لما تسببه من إصابات للعاملات بالأمراض المهنية ومن مخاطر على صحتها، العمل في البارات ونوادي القمار والملاهي وصالات الرقص وصنع الكحول وكافة المشروبات الكحولية والعمل تحت سطح الارض في المناجم ومقالع المحاجر وجميع الاعمال المتعلقة باستخراج المعادن والأحجار والعمل في الافران المعدة لصهر المواد المعدنية كصهر الرصاص أو تكريرها أو أنضاجها وصناعة المواد المتفجرة ... وهو ما أعتدته مؤتمر العمل الدولي في الاتفاقية رقم 42 بشأن تعويض العمال عن الأمراض المهنية لعام 1934<sup>2</sup>.

وفي نفس الصدد صدر عن منظمة العمل الدولية الاتفاقية رقم 13 بشأن استعمال الرصاص الأبيض في الطلاء لعام 1921 والتي منعت تشغيل النساء في أعمال الطلاء الصناعي التي تتطلب استعمال الرصاص الأبيض أو كبريتات الرصاص، والاتفاقية رقم: 119 لعام 1963 المتعلقة بالوقاية من الآلات والاتفاقية رقم: 115 لعام 1960 بشأن حماية العمال من الاشعاعات الأيونية، والاتفاقية رقم: 170 لعام 1990 بشأن المواد الكيميائية. أما عن الاتفاقيات الخاصة بالنساء العاملات صدر عن منظمة العمل الدولية بهذا الصدد الاتفاقية رقم: 45 لسنة 1935 بشأن استخدام المرأة تحت المناجم بمختلف أنواعها كما صدرت كذلك التوصية رقم: 4 بشأن حماية الاطفال والنساء من التسمم بالرصاص وهذا حماية لصحة النساء من الصناعات الخطرة على صحتها.

ولقد اهتم المشرع الجزائري على غرار كل التشريعات الدولية بقواعد الوقاية الصحية والأمن داخل أماكن العمل هذه القواعد منها ما يتعلق بمكان العمل وتوفره على جميع المواصفات الصحية، ومنها ما يتعلق بنوعية الأعمال

1. إن المرأة معرضة للإصابة بالأنواع العامة للاكتئاب مثل الاكتئاب الجسيم واضطراب اعتلال المزاج فإنها معرضة بالإضافة الى ذلك الى أنواع أخرى من الاكتئاب خاصة بها كأثنى مثل اكتئاب ما قبل الدورة والذي يصيب حوالي 30 بالمئة من النساء والاكتئاب أثناء الحمل واكتئاب ما بعد الولادة .  
لتفاصيل أكثر انظر: محمد عبد الفتاح المهدي: الصحة النفسية للمرأة، دار الديمقراطية الجديدة سنة 2007 ص: 114.  
2. عبد الباسط عبد المحسن: الحماية القانونية للمرأة في تشريعات العمل العربية . دراسة للواقع والمأمول في ظل معايير العمل الدولية والعربية . دراسة مقدمة في إطار الورشة الأولى لمؤتمر قضايا المرأة وتحديات العصر. البحرين، 20. 21 نوفمبر سنة 2013، ص: 11.

المناسبة لكل عامل خاصة بالنسبة للمرأة حيث لا تتناسب كل الاعمال مع تكوينها الفيزيولوجي. ومنها ما يتعلق بالمواد المحظورة التي تشكل خطورة على العمال ومن ضمنهم النساء.

وإنه بالنظر الى موقف المشرع الجزائري في قانون علاقات العمل نجد أنه لم يشر إلى هذا النوع من الحظر، إلا أنه تقرر بمقتضى عدة نصوص سابقة ولاحقة لهذا القانون لأنه قد ضمن أحكاما تؤكد على حظر الأعمال الشاقة والمضرة بصحة المرأة ، ومن هذه النصوص على سبيل المثال القانون رقم: 07/88 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، والمرسوم التنفيذي رقم: 05/ 91 المتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل، والمرسوم الرئاسي رقم: 132/86 الذي يحدد قواعد حماية العمال من أخطار الاشعاعات المؤينة<sup>1</sup>.

وتتمثل مجمل الأحكام التي تؤكد على حظر الأعمال المضرة بالصحة على المرأة العاملة في:

. حق العمال في الوقاية الصحية والأمن داخل أماكن العمل واستفادة المرأة بحماية خاصة لاسيما تلك المتعلقة بشروط العمل العامة واتقاء الاخطار المهنية.

. إقرار المراقبة الطبية للعمال خاصة النساء الحوامل وعطلة ما بعد عطلة الامومة.

. حماية النساء الحوامل من الاشعاعات بتحويلهن إلى منصب عمل يتلاءم مع حالتهم الصحية.

. تحديد الوزن المسموح به والذي يمكن المرأة العاملة حمله والمقدر ب 25 كيلوغرام.

. اشتغال النساء تحت سطح الارض بشكل غير مباشر من خلال الزام المؤسسات المستخدمة من التحقق من أن الاعمال الموكلة للنساء لا تقتضي جهدا يفوق طاقتهم

#### خاتمة:

يعد ويبقى مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق ومنها الحق في العمل مبدأ منصوص عليه في كافة الدساتير ومختلف المواثيق الدولية مثل ميثاق الامم المتحدة والاعلان العالمي لحقوق الانسان واتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة كأساس لأحكام قواعد القانون الدولي والداخلي لحقوق الانسان والحريات العامة والذي يركز على مبدأ عدم التمييز بين الافراد أو الجنسين.

إنه وتماشيا مع التطور الذي لحق وضع المرأة في جميع الدول وفي الجزائر أيضا ومع ازدياد أهمية دخولها سوق العمل اهتم كل من المشرع الدولي والمشرع الجزائري بضرورة تهيئة الظروف والشروط الملائمة لدخولها ميادين العمل، ونص على الأحكام اللازمة لذلك فتمتعت المرأة العاملة بحماية خاصة في مجال العمل أين تم النص على عدة ضمانات للمرأة تتعلق بحقها في العمل وبحقها في المساواة وفي تكافؤ الفرص.. الامر الذي انعكس ايجابا على تمكين المرأة من اخذ دورها في المجتمع وتحقيق التنمية أيضا.

1. القانون رقم: 07/88 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، المؤرخ في 26 جانفي 1988، جريدة رسمية عدد4 لسنة 1988.

. والمرسوم التنفيذي رقم: 05/ 91 المتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل، جريدة رسمية 4 مؤرخة في 23 جانفي سنة 1991.

. المرسوم الرئاسي رقم: 132/86 المؤرخ في 27 ماي 1986 يحدد قواعد حماية العمال من أخطار الاشعاعات الأيونية، جريدة رسمية عدد4 مؤرخة في 28 ماي 1986.

فمن خلال الدراسة لاحظنا حرص المشرع على المحافظة على المرأة وكرامتها وعلى منح المرأة ضمانات خاصة بها عند تشغيلها بغية تحقيق العدل والمساواة بينها وبين الرجل، والذي يقتضي أن تنال المرأة العاملة بالإضافة إلى حقوق الرجل بمعنى الحقوق التي يتمتع بها العمال عموما كالحق في أجر متساو والحق في الضمان الاجتماعي حقوقا أخرى خاصة بها كمرأة وذلك و ذلك من أجل حماية طبيعتها الجسمانية ووظيفتها الحيوية، وتمثل هذه الضمانات التي أحاطها المشرع بأن وضع قيودا على تشغيلها سواء في ما يتعلق بنوع العمل ووقت ممارسته أو بوضع عطل وأوقات راحة خاصة بالمرأة مثل عطلة الوضع ورعاية الأمومة.

ومراعاة لطبيعة المرأة وتركيبها الفيزيولوجية ورعاية للأئونة فقد أحاطها المشرع سواء على المستوى الدولي أو بالنسبة للمشرع الجزائري بضمانات وضوابط تكفل لها الحماية الصحية والأخلاقية، وذلك من خلال منع تشغيلها في الاعمال الشاقة والخطرة التي قد تؤثر على صحتها، إضافة إلى حظر تشغيلها ليلا إلا في بعض الحالات الاستثنائية والأعمال المناسبة التي ترك أمر تقديرها إلى الاتفاقيات الجماعية للعمل.

ومجمل ما يمكن قوله أن المشرع الجزائري من خلال تشريع العمل لم يتطرق إلى أحكام تفصيلية في مجال إقرار ضمانات كافية للمرأة العاملة، بل سكت عن الكثير منها سواء تعلق الأمر بالمساواة المهنية بين الجنسين أو بالحماية المقررة للمرأة العاملة بصفة خاصة، الأمر الذي يقيم فراغ تشريعي كبيرا في مجال حماية المرأة العاملة، كما لاحظنا غياب التكريس القانوني للتسهيلات التي تخدم المرأة العاملة بصفة عامة مثل حالة كونها أما أو مرضعة... و من جهة أخرى إن مشكلة المرأة العاملة لا تكمل دائما في قصور القوانين والتشريعات، هذه الأخيرة على اختلاف مستوياتها أكدت في أكثر من موضع على الحقوق الخاصة بالمرأة العاملة سواء تعلق الأمر بالمساواة المهنية بين الجنسين وتكافؤ فرص التشغيل أو ما تعلق بالحماية الخاصة المكرسة للمرأة العاملة في هذا السياق، وإنما تكمن في الثغرات والفجوات التي تفصل بين النص القانوني وبين تطبيقه في الواقع العملي الأمر الذي يتسبب في تهميش هذه الفئة من العمال والاجحاف في حقوقها.

وأخيرا نلاحظ أن التنظيم القانوني لعمل المرأة في التشريع الجزائري يتفق إلى حد بعيد مع ما جاء في الاتفاقيات والمواثيق الدولية بهذا الشأن، حيث أكد على تمتع المرأة العاملة بجميع المزايا والاحكام المنظمة للعمل وتشغيل العمال دون تمييز مع عدم الاخلال بالقواعد الخاصة المتعلقة بطبيعة بعمل النساء الذي يعتبر من النظام العام. وأمام جملة النتائج المتوصل اليها من خلال الدراسة و من أجل تمكين المرأة العاملة من التمتع بحقوقها كاملة وتوفير الحماية الاجتماعية لها من خلال تفعيل النصوص القانونية بصفة أوسع.... نتقدم ببعض الاقتراحات و نوردتها في ما يلي:

. الاهتمام بتعليم المرأة ومحو الأمية لضمان مشاركة فعالة في الحياة الاقتصادية وإعطاء أهمية أكبر لتدريب وتأهيل المرأة لمتطلبات السوق.

. ضرورة تحسيس وتعريف المرأة العاملة بحقوقها القانونية في العمل ونشر الوعي في أوساط العاملات بهذا الشأن.

. تفعيل وتعزيز الدور النقابي للمرأة بما يجعلها تشارك في صنع النصوص القانونية التي تطبق عليها من خلال الاتفاقيات الجماعية للعمل.



. العمل على تعزيز الشراكة وكل أوجه التنسيق بين المجتمع المدني والجهات الحكومية والقطاع الخاص من جهة والمنظمات الدولية وهيئات المجتمع المدني العالمي من جهة أخرى بما يتيح تعاوننا مثمرا بغية الارتقاء بمستويات الحماية الممنوحة للمرأة العاملة في تحقيق التنمية المستدامة.  
. اعتماد نظام العمل عن بعد خاصة مع تطور وسائل الاتصال والتكنولوجيات الحديثة لتسهيل المهمة على النساء الماكثات في البيت.  
. تجميع ترسانة النصوص القانونية المتعلقة بالمرأة العاملة في قانون واحد جامع ومانع من أجل تحقيق الأمن القانوني ولتسهيل وصول المعلومة الى الباحثين والاجرائيين، وذلك نظرا لتناثر التشريعات الجزائرية في مختلف النصوص والتنظيمات.

### قائمة المصادر المراجع:

#### أولا قائمة المصادر:

##### أ. الاتفاقيات:

1. الاعلان العالمي لحقوق الانسان الذي صدر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 21 المؤرخ في 12 / 20 1948./
2. اتفاقية سيداو- إتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة الصادرة في 18 / 12 / 1979.
3. اعلان ومناهج عمل بكين المنبثق عن المؤتمر العالمي الرابع المعنى بالمرأة المنعقد في بكين خلال الفترة 4 و 15 ايلول سبتمبر 1995.
4. الاتفاقية العربية رقم 15 بشأن تحديد وتقييم الأجور.

##### ب. الدساتير الجزائرية:

1. دستور 8 سبتمبر 1963، جريدة رسمية عدد 64 الصادرة بتاريخ 10 سبتمبر 1963
2. دستور 1976 الصادر بموجب الامر رقم 97/76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 جريدة رسمية عدد 94 الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.
3. دستور 1989 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 89 / 18 المؤرخ في 28 فيفري، 1989 جريدة رسمية عدد 9 مؤرخة في 1 مارس 1989.
4. دستور 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96 / 438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، جريدة رسمية عدد 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، والمعدل بالقانون رقم 08 / 19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008، والمعدل بالقانون رقم 16 / 01 المؤرخ في 6 مارس، 2016 جريدة رسمية 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

### ج. القوانين:

1. القانون رقم: 11/90 المؤرخ في 21 أفريل 1990، جريدة رسمية عدد 17 لسنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، معدل ومتمم بالقانون رقم: 29/91 مؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1412 الموافق 21 ديسمبر سنة 1991، ج.ر.رقم 68 لسنة 1991.
2. القانون رقم 90 /14 المؤرخ 2 جوان 1990 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي جريدة رسمية عدد 23 المؤرخ في 6 جويلية 1990 المعدل والتمم.
3. القانون رقم: 83 / 11 المؤرخ في 2 جويلية 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 28 المؤرخة في 5 جويلية 1983.
3. القانون رقم: 07/88 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل. المؤرخ في 26 جانفي 1988، جريدة رسمية عدد 4 لسنة 1988.
4. والمرسوم التنفيذي رقم: 91 / 05 المتعلق بالقواعد العامة للحماية التي تطبق على حفظ الصحة والأمن في أماكن العمل، جريدة رسمية 4 مؤرخة في 23 جانفي سنة 1991.
5. المرسوم الرئاسي رقم: 86/132 المؤرخ في 27 ماي 1986 يحدد قواعد حماية العمال من أخطار الاشعاعات الأيونية، جريدة رسمية عدد 4 مؤرخة في 28 ماي 1986.

### ثانيا: قائمه المراجع.

#### أ. الكتب:

1. بشير هدي: الوجيز في شرح قانون العمل . علاقات العمل الفردية والجماعية، دار الريحانة للكتاب . الجزائر. ج.سور للنشر والتوزيع طبعة. 2001.
2. يوسف إلياس: محاضرات في قوانين العمل العربية مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن طبعة 1996.
3. محمد عبد الفتاح المهدي: الصحة النفسية للمرأة، دار الديمقراطية الجديدة سنة 2007 ص: 114.

#### ب. الرسائل الجامعية:

1. طاوسي فاطنة: الحماية القانونية للمرأة العاملة دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون الجزائري أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر بسكرة 2020/2019.
2. سي فضيل زاهية: الضمانات المقررة للمرأة العاملة في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة الدكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم، السنة الجامعية: 2018/2017.
3. حجيمي حدة: الحماية القانونية للمرأة في الجزائر منكره ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2014/2013.
4. Fatima Zohra Saï, le statut politique est le statut familial des femmes en Algérie, thèse en vue de l'obtention du doctorat, Université d'Oran, 2008

ج . المقالات في المجالات و المقالات في الملتقيات والندوات:

1. زيد محمود العقابلية: حقوق المرأة العاملة . دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية . مجلة المفكر كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثامن.
2. هاشم أحمد بني خلف المساواة في الحقوق بين المرأة العاملة والرجل العامل في نظام العمل السعودي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني عدد خاص 2017.
3. عبد الباسط عبد المحسن: الحماية القانونية للمرأة في تشريعات العمل العربية . دراسة للواقع والمأمول في ظل معايير العمل الدولية والعربية . دراسة مقدمة في إطار الورشة الأولى لمؤتمر قضايا المرأة وتحديات العصر. البحرين، 21. 20 نوفمبر سنة 2013.

المركز القانوني للجنين- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري-

### The legal status of the fetus

- A comparative study between Islamic law and Algerian law -

ميدون مفيدة

جامعة بسكرة

[mmidoune2021@gmail.com](mailto:mmidoune2021@gmail.com)

تاريخ القبول: 2020-06-11

معمرى إيمان\*

جامعة الوادي

[imane.m1990@gmail.com](mailto:imane.m1990@gmail.com)

تاريخ الإيداع: 2019-04-21

### الملخص:

يعد الطفل ثمرة من ثمار الزواج، وأهم مقاصده، ونظرا لأهمية الطفولة فإن رعايتها وحماية حقوقها هو مبدأ إنساني، اهتمت به جميع التشريعات والأنظمة الوضعية وعلى رأسها الإسلام الذي أقر حقوقا للطفل وأمر بحمايتها، فلم ولن يوجد قانون اشمل منه في وجوب العناية والرعاية للطفولة، إلا أن هذه الرعاية ينبغي أن تبدأ قبل ولادته من مرحلة كونه جنينا، حيث يتكون فيها الفرد فعلا وتحدد معالمه الوراثية. من أجل ذلك اعترف له القانون بحقوق كاملة من وقت تكونه وعلوقه في بطن أمه إلى غاية انفصاله عنها فافترضت له حياة تقديرية، حيث تثبت له هذه الحقوق بتمام ولادته حيا، حتى وإن توفي بعد ذلك، وإذا لم يتحقق شرط ولادة الجنين حيا زالت شخصيته بأثر رجعي فلا يعتبر أنه اكتسب أي حق من حقوقه. فتكون للجنين شخصية قانونية وأهلية وجوب ناقصة، توجب له نوعين من الحقوق المدنية والمعنوية كإلحاق نسبه بأبيه وأخرى مادية كثبوت ملكية وذمة مالية خاصة للجنين توجب الإنفاق عليه وحجز نصيبه من الميراث، وصحة الوصية له والوقف عليه وجواز الهبة له. الكلمات المفتاحية: الجنين؛ الحماية القانونية؛ الحمل؛ حقوق؛ الرحم.

### Abstract:

The child is a fruit of marriage, and one of its main purposes. In view of the importance of childhood, its care and protection of its rights is a human principle. It is concerned with all the legislations and statutes, especially Islam, which recognized the child's rights and ordered its protection.

However, this care should begin before its birth from the stage of being a fetus to his formed and his genetic features determined. For that reason, the law conferred him full rights, from the time he was making in his mother's uterus until his separation from her.

Therefore, laws presupposed an estimated life for him and rights after his birth alive, even if he dies thereafter; but if the condition of life is not fulfilled at the birth of the fetus it loses legal personality retroactively and therefore is not gaining any right.

\* المؤلف المرسل: معمرى إيمان.

the fetus, which was born alive, has a legal personality and limited legal capacity; it has two types of civil and moral rights (such as , Filiation, Spending, Heritage ,Will , Property, Patrimony, Donation, and Waqf )

**Keywords :** Fetus; Legal protection; Pregnancy; Right ; uterus.

## مقدمة:

الجنين هو النواة البشرية، أي التهيئة الجسدية وأول مراحل خلق الإنسان حيث تتشكل أعضاؤه وأجهزته التي توفر له الحياة فتمر دورة تكوينه بمراحل مختلفة، وهذا مصداقا لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِّنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا" { سورة الحج، الآية 5}، وعلى هذا فإن أول مراحل الحياة الإنسانية تبدأ بالجنين في بطن أمه، وهذه المرحلة هي المورد الرئيسي الذي يتغذى منه الوجود الإنساني.

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالجنين قبل نشأته وتكوينه في رحم أمه، حيث شرعت من الآداب ما يضمن نشأته نشأة سليمة أثناء مراحل تطوره، وبعد خروجه من بطن أمه ما يهيئ لتربيته تربية صالحة ليكون عضوا فعالا ونافعا في المجتمع، كونه يعد أولى مراحل الإنسان ويحظى بالحماية القانونية من بداية التخصيب، ونظرا لأهمية الجنين فإن رعاية وحماية حقوقه هو مبدأ إنساني.

إن البحث في حقوق الجنين يقودنا بالضرورة إلى الكشف عن مدى تطبيقها على المستوى القانوني، وكذلك الواقعي من خلال تبيان مدى تبني المشرع الجزائري لمختلف أحكام الشريعة الإسلامية السمحة على اعتبار أن محور الدراسة في هذا الموضوع هو حماية حقوق الجنين الذي يعتبر أساس الأمة ومستقبلها.

ومن أجل دراسة الموضوع وتحديد المركز القانوني للجنين مقارنة مع ورد في الشريعة الإسلامية من حيث تكييف الشخصية القانونية للجنين ومدى تمتعه بالحقوق المدنية والمعنوية وعليه نحاول من خلال هذه الدراسة الوقوف على هذه المسائل وذلك بطرح الإشكالية التالية: كيف نظمت النصوص القانونية المركز القانوني للجنين مقارنة مع ماورد من أحكام الشريعة الإسلامية؟ وهل وفرت هذه النصوص حماية كافية له؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين: تناولنا من خلالهما الحقوق المتعلقة بذات الجنين والحقوق المالية للجنين.

## المبحث الأول: الحقوق المتعلقة بذات الجنين

أولت كثير من القوانين الوضعية على غرار الشريعة الإسلامية، اهتماما بالجنين، فحفظت له حقوقه، ومن هذه الحقوق ما يتعلق بذاته الشخصية وهي متعددة، كحقه في سلامة جسمه، وعدم إجهاضه، وهي ليست من صميم بحثنا هذا لأنها تتعلق بالجانب الجنائي، ومنها ما يتعلق بذات الجنين وتهمنا في هذا الموضوع، ألا وهي حقه في نسبه لأبيه، وحقه في الإنفاق عليه، وهذا ما سنتعرض له في هذا المبحث.

## المطلب الأول: حق الجنين في النسب

يعد النسب أهم ثمرات الزواج الصحيح وأثاره ، فهو حق من حقوق الطفل، ويقصد بالنسب إلحاق الولد بالديه أو بأحدهما قرابة<sup>1</sup>، وكما هو معلوم فإن محل النسب هو الجنين بعد الوضع، الذي لا يأتي إلا في إطار العلاقة الزوجية الصحيحة التي تتم عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي، فينسب الجنين إلى أبيه وأمه ولا إشكال<sup>2</sup>، لقوله صلى الله عليه وسلم من حديث عائشة رضي الله عنها: ( الولد للفراش، وللعاهر الحجر)<sup>3</sup>.

ولا ينسب الولد لأبيه إلا إذا أتت به الأم خلال مدة معينة، إلا أنه ما أستجد من وسائل طبية متعلقة بالإنجاب كالتلقيح الاصطناعي وتأجير الأرحام وغيرها، أصبحت تثير الكثير من المشاكل فيما يتعلق بتحديد نسب المولود الناتج عن هذه التقنيات<sup>4</sup>.

## الفرع الأول: مدة الحمل

مدة الحمل هي المدة التي يمكثها الجنين في الرحم منذ لحظة التلقيح وحتى شعور الحامل بالأم الوضع.

## أولاً: أقل مدة الحمل

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، استدلالاً بقوله تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا..." {سورة الأحقاف، الآية 15}، وقوله تعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ..." {سورة لقمان، الآية 14} فحددت الآية الأولى مدة الحمل والفصام بثلاثون شهراً، وحددت الآية الثانية مدة الفصام وحده بأربعة وعشرون شهراً، فتبقى إذا مدة الآية الأولى ستة أشهر هي أدنى مدة للحمل.

وقد حذت أغلب القوانين حذو الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "أقل مدة للحمل هي ستة أشهر"، ونص الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أن أقل مدة للحمل هي 180 يوماً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة-، مصر، الإمارات، دار الكتب القانونية، دارشقات للنشر، 2015، ص 25.

والمقصود بالقرابة هو صلة الدم وليس التبني أو الولاء أو الادعاء لقوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ سورة الأحزاب، الآية 4-5.

<sup>2</sup> يثبت النسب بالزواج أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من قانون الأسرة، ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، كما أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة. وفي حالة الإقرار بالبينة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة يثبت النسب كذلك، غير أن الإقرار بالنسب في غير البينة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه، وهذا حسب نصوص المواد 40 و41 و44 و45 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

<sup>3</sup> محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، بيروت، دار ابن كثير، ط 3، ج 2، حديث رقم 1948، 1407 هـ - 1987 م، ص 724.

<sup>4</sup> شبعوات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص 14.

<sup>5</sup> ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

## ثانيا: أقصى مدة الحمل

لم يتعرض القرآن الكريم لأقصى مدة للحمل، ولم يرد في ذلك شيء من السنة الصحيحة المتفق عليها بين الفقهاء، ولعل ذلك هو سبب اختلافهم في هذه المسألة، فذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة الحمل سنتان، ونجد أن محمد بن الحكم، وهو من أئمة المالكية جعلها سنة هلالية<sup>1</sup>، وهو ما أخذت به أغلب التشريعات، كمصر وسوريا والمغرب وتونس، وغيرها من الدول، مع حسابهم لها بسنة شمسية عدد أيامها 365 يوما، وليس سنة هلالية ما عدا ليبيا والكويت، ولكن هناك من الدول من خالفت هذا التقدير، فالمشعر الجزائري جعل أقصى مدة الحمل هي عشرة أشهر (المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري).

وما يمكننا قوله أن المشعر الجزائري لم يكن مجانباً للصواب تماما، لأنه هناك بعض الحالات التي يبقى الجنين فيها أكثر من عشرة أشهر في بطن أمه، فكان لزاما عليه أيضا تمديد هذه المدة إلى ما يتناسب معها، فنجعلها سنة هلالية كما قال محمد بن الحكم، وكما نص كل من المشعر الليبي والكويتي، فيصبح نص المادة 42 من قانون الأسرة كما يأتي: (أقل مدة الحمل ستة أشهر هلالية، وأقصاها سنة).

## الفرع الثاني: العدة

الغرض الأساسي من تشريع العدة هو استبراء الرحم لئلا تختلط الأنساب.

### أولا: العدة في الحالات العادية

بالنسبة للمشعر الجزائري لم يفرق بين عدة الحامل في الطلاق والوفاة، فنص بأن عدة الحامل وضع حملها، أما مدة وضع الحمل فأقصاها 10 أشهر كاملة تسري من تاريخ الطلاق أو من تاريخ وفاة زوجها<sup>2</sup>.

هذا وقد اشترط القانون على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن لا تخرج من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية كما ورد في قول تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا" {سورة الطلاق، الآية 1}، ونص المشعر الجزائري في المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

نرى بأن المشعر الجزائري وافق ما جاء في الشريعة الإسلامية في الفقرة الأولى حيث نص المشعر: "عدة الحامل وضع حملها"، وذلك في قوله تعالى: " وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ" {سورة الطلاق، الآية 4}.

### ثانيا: العدة في الحالات الاستثنائية

1. العدة في الزواج الفاسد والباطل: نص المشعر الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة على أن: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"، وهذا يعني أنه لم يشترط الدخول

<sup>1</sup> محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، المبسوط للسرخسي، بيروت، دار المعرفة، ج 3، 1406 هـ، ص 147؛ محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الفكر، ج 2، ص 268.

<sup>2</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري.

الحقيقي، ولكن المعروف في الفقه الإسلامي أنه في النكاح الفاسد والوطء بشبهة المعتبر في ثبوت النسب هو الدخول الحقيقي، فالنسب في النكاح الفاسد يثبت كما في النكاح الصحيح.

وهذا ما أكدته المشرع المغربي في نص المادة 154 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أن: (- ولد الزوجة من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول يثبت نسبه إلى الزوج...  
- إذا ولد بعد فراق، لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق)<sup>1</sup>.

2. العدة في الوطء بشبهة: في حالة الوطء بشبهة لا يثبت نسب الولد من الواطئ إلا إذا أتت به المرأة لستة أشهر فأكثر من وقت الوطء، أما إذا جاءت به لأقل من ذلك، لم يثبت نسبه منه إلا أن يدعيه، لأنه بادعائه هذا قد يكون قد وطئها قبل ذلك بشبهة أخرى<sup>2</sup>.

3. عدة الحامل من زنى: فالحمل إما أن يكون وهي متزوجة أو يكون وهي غير متزوجة، فإذا كانت الزانية متزوجة فإن أجلها أن تضع حملها سواء أكان الزنى بيقين أو بغير يقين، لأن ذلك هو مقتضى التعميم<sup>3</sup> في قوله تعالى: "وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ" {سورة الطلاق، الآية 4} وإنما العبرة بكلمة أجل دون عدة إتباعا للنص القرآني الدقيق واتجاها إلى تصوير المالكية في هذا المقام بأن تربص الزانية يعد استبراء لا عدة، فلا تترتب عليه آثار العدة، ولعل هذا هو السر في إيثار التعبير في النظم القرآني الكريم بقوله "أَجَلُهُنَّ" في هذا المقام فإنه بشموله الحامل من الزنى التي لا يتحقق لها وصف الاعتداد.

أما إذا كانت غير متزوجة فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فقال السرخسي (والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عندنا... لأن الحبل من الزنا لا نسب له)<sup>4</sup>، أما الدسوقي فقال إنه إذا كان الولد يلحق بصاحب العدة أو يصح استلحاقه كالمنفى بلعان ممن يثبت خلوته ولم يستلحقه، فإن انقضاء العدة يكون بالوضع، لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب<sup>5</sup>، وقال بعض الحنفية أنه لا تجب العدة على الحامل بالزنا لأن الزنا لا يوجب العدة إلا إذا تزوج امرأة وهي حامل من الزنا جاز النكاح ولكن لا يجوز له ان يطأها ما لم تضع لثلا يصير ساقيا ماؤه زرع غيره<sup>6</sup>، ويقول الحنابلة والمالكية أنه تجب العدة على الزانية كما تجب على المطلقة وأنه لا يجوز العقد عليها حتى تضع حملها<sup>7</sup>.

4. عدة الحامل غير المسلمة: تعدد المرأة الحامل غير المسلمة بما تعدد به المرأة المسلمة إن كان زوجها مسلما، أما إن كان غير مسلم، فتعدد بوضع الحمل ولا يصح لها الزواج قبل ذلك حفاظا على الأنساب من الاختلاط، وقال المالكية لا تعدد إلا إذا طلقها مسلم، أو طلقها ذمي وأراد زواجها مسلم<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> ظهر شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ص 42.

<sup>2</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص 382.

<sup>3</sup> مفتاح محمد أفريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، دار الكتب القانونية، 2006، ص 76.

<sup>4</sup> محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، مرجع سابق، ج 5، ص 58.

<sup>5</sup> محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليش، بيروت، دار الفكر، ج 2، ص 465.

<sup>6</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت- لبنان، دار الكتاب العربي، ج 3، ط 2، 1403هـ/

1982م، ص 193.

<sup>7</sup> أبي البركان أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مصر، دار المعارف، ج 2، 1974م، ص

678.

<sup>8</sup> محمد عرفه الدسوقي، مرجع سابق، ص 468 - 474.



## الفرع الثالث: حماية حق الجنين في إثبات النسب في التقنيات المستحدثة

أولا : في حالة التلقيح الاصطناعي الداخلي أو الخارجي: فالقاعدة في شريعة الإسلام أن الولد يثبت نسبه الشرعي للرجل وللمرأة صاحبي الفراش الذي ولد فيه وسواء نتج الجنين من اتصال طبيعي بينهما أو يكون نتيجة تلقيح صناعي بكافة أنواعه مادام المني من الزوج والبويضة من الزوجة إلا إذا كان ذلك عن طريق الزنا فلا يثبت به النسب أو إذا كان نتيجة تلقيح صناعي بماء غير ماء الزوج فإنه يتشابه في هذه الحالة مع الزنا ومن ثم فلا يثبت به النسب<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري الذي نص على أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية:

- أن يكون الزواج شرعيا:

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها:

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

من خلال قراءة المادة 45 مكرر - المذكورة أعلاه - يتضح أن المشرع الجزائري لم ينص على النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي بالرغم من الاعتراف به، وبقي النسب خاضع للمادة 41 من قانون الأسرة التي تثبت النسب إلا للولد الشرعي أي الذي اتصل والداه جنسيا والتي تنص: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

فالمشرع الجزائري لم ينص على النسب الناتج عن تقنية التلقيح الاصطناعي، ولم يلحق المادة 45 مكرر بالمادة 41 مما ولد فراغا قانونيا فيما يخص النسب الناتج عن هذه التقنية، وكان عليه أن يضع المادة 45 مكرر مباشرة بعد المادة 41 لتتميمها وتفسيرها باعتبار أن المادة 41 هي القاعدة، والمادة 45 مكرر هي الاستثناء، فعلى الرغم من الفراغ التشريعي فيما يخص نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي، إلا أنه من خلال الشروط التي وضعها المشرع والتي تجمل في أن يكون التلقيح بين زوجين يجمعهما عقد زواج شرعي وحال حياتهما الزوجية، يتبين أن المشرع الجزائري يقر بالنسب الشرعي للجنين من أبويه، الأب صاحب النطفة والأم صاحبة البويضة والرحم.

بالإضافة إلى أن هذا الفراغ تسده المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي أجمع فقهاءها على جواز التلقيح الذي يتم بماء زوجين تربطهما علاقة زوجية صحيحة، وأقروا بالنسب الشرعي للجنين من أبويه الخاضعين للعملية.

ثانيا: في حالة تأجير الأرحام الأم البديلة: نجد أن المشرع الجزائري واكب التطورات الطبية المساعدة على الإنجاب ووفر حماية منقطعة النظر للجنين فيما يتعلق بالنسب، وذلك بمنع التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية أو تدخل طرف ثالث فيها، على عكس بعض التشريعات التي لم تول للنسب الجنين أهمية، حيث أجازت بعضها التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية سواء بتدخل الغير أو بعد الوفاة، والرحم البديل مما نتج عنه نسبة الجنين إلى أكثر من أب وأكثر من أم، بخلاف المشرع الجزائري الذي نص صراحة على عدم جواز اللجوء إلى الأم البديلة وذلك من خلال نص المادة

<sup>1</sup> أميرة عدلى أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 180 .

45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "...لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"، وهذا مساهمة لأحكام الشريعة الإسلامية التي تمنع تدخل طرف ثالث في العلاقة الزوجية التي تعطيها قدسية ولأجتناب اختلاط الأنساب، ويمكن تدعيم هذا المنع بنصوص عقابية، وذلك ما جاءت به المادة 320 من قانون العقوبات الجزائري .

وعدم جواز هذه الوسيلة في الإنجاب إضافة لما تسببه من اختلاط في الأنساب، تعتبر وسيلة لنشر الفساد والشبهات، بالإضافة إلى اعتبار الطفل المولود من تأجير الأرحام إما ابن زنا وإما ابن تبني، وكلاهما من الطرق المحرمة في إثبات النسب الشرعي طبقا للمواد 40 و45 مكرر و46 من قانون الأسرة الجزائري، وإنما ينسب الولد في هذه الحالة لأمه التي حملت به.

ثالثا: في حالة الاستنساخ: يقول الأستاذ يوسفات علي هاشم : (أن الاستنساخ الكلي والجزئي حرام شرعا لما يترتب عن فعله من مضار ومفاسد متعددة تخالف منهج الشريعة الجالب للمصالح والدافع للمفاسد)<sup>1</sup>، وجاء في قرار مجمع الفقه المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة في المملكة العربية السعودية سنة 1997، بالنص على تحريم الاستنساخ البشري بطريقته، أو بأي طريقة أخرى تؤدي إلى التكاثر البشري<sup>2</sup>. لأن الجنين المستنسخ حينما يولد لا يعتبر ابنا لمن أخذ منه الخلية، وذلك لأن الاستنساخ يعني معالجة خلية جسدية من كائن معين لينقسم ويتطور إلى نسخ مماثلة لنفس الكائن الحي الذي أخذت منه، وهذه الخلية كانت سببا في إنجاب الزوج، وبالتالي كان هذا الطفل المستنسخ يعتبر أبا لهذا الزوج وابنا لوالده باعتبار أن هذا الأخير هو الأصل في وجود الخلية<sup>3</sup>.

فالنسب كما هو واضح يحصل بالعلاقة الجنسية الشرعية عن طريق النكاح بين الزوج وزوجته ووقوع الإخصاب والحمل ثم الوضع وثبوت النسب إلى الزوج، لكن الاستنساخ هنا يقلب التصورات المتعارف عليها، فهو لا يكون إلا من امرأة لها رحم وهذا الرحم له صلاحية حمل الجنين وهنا إما أن تخصب بويضتها من خلية منها، أو من خلية الزوج، فإن كانت من خلية منها سيصبح الزوج هو الأب الشرعي على رأي جمهور الفقهاء، وفقا لقاعدة (الولد للفرش)، لأنه زوجها شرعا ولا يمكن الزوج أن ينفي نسب المولود إلا باللعان سواء حصل الإخصاب بمنيه أو لا، وفي غير اللعان فإن كل ما به المرأة من الإنجاب ينسب للزوج<sup>4</sup>، أما نسبه من أمه فهو ثابت لها على أي حال بالولادة ويرتب آثاره.

ومنه فالاستنساخ يمثل مساسا بالنسب وهما للأسرة التي هي مبنية على نظام الزواج الشرعي، أنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب كونه لا يراعي الضوابط الأسرية والنسبية، والمشرع الجزائري لم ينظم الاستنساخ بنصوص صريحة.

<sup>1</sup> يوسفات علي هاشم ، "الاستنساخ البشري"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، أبريل 2013، ص 298-299.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 115 .

<sup>3</sup> أميرة عدلى أمير عيسى خالد ، مرجع سابق، ص 188.

<sup>4</sup> يوسفات علي هاشم، مرجع سابق، ص 303-304.

## المطلب الثاني: النفقة على الجنين

النفقة مأخوذة من النفوق وهو الهلاك، فقيل نفق الطعام إذا فني<sup>1</sup> لهذا أطلقوا على المال الذي ينفقه المرء على أولاده نفقة، لأن الإنفاق على الأولاد إهلاك للمال، ويقصد بالنفقة توفير احتياجات الطفل من مأكّل و ملبس و مشرب، بالإضافة إلى دفع أجور بعض الأمور التي قد يحتاج إليها الطفل في شؤون حياته، كمصاريف العلاج والدواء، ومصاريف الدراسة... إلى آخره من الأمور التي جرى العرف الاجتماعي على إرسائها.

والنفقة تجب بأمر ثلاثة تتمثل في الزوجية والقرابة والملك، وهي ثابتة لهؤلاء بالكتاب والسنة والإجماع<sup>2</sup>، فمن الكتاب قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ" {سورة النساء، الآية 34}، وقوله: "وَعَلَى الْمُؤْتَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ" {سورة البقرة، الآية 233}، وقوله أيضا: "وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ" {سورة الطلاق، الآية 6}، وقد أجمع العلماء على أن المرأة المطلقة إن كانت حاملا أم حائلا، وسواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا، تجب النفقة والسكنى لها، وهم يقولون بأن علة وجوب النفقة قد تكون الحمل، وقد تكون حبس المرأة في بيت زوجها<sup>3</sup>، ولكن المرأة الحامل قد تكون قد حبلت من نكاح صحيح كما قد تكون قد حبلت من نكاح فاسد أو وطء بشبهة أو من زنى، ولذلك سنتناول هذه المسائل في نقطتين أولها باعتبار النفقة للحامل وليست للحمل، وثانيها باعتبار النفقة للحمل وليس للحامل.

## الفرع الأول : النفقة للحامل

إن المعتدة إما أن تكون عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق، وإما أن تكون عن وفاة، ولا يخلو من أن تكون معتدة من نكاح صحيح أو فاسد أو ما هو في معنى النكاح الفاسد، فإن كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق، فإن كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف...، وإن كان الطلاق ثلاثا أو بائنا فلها النفقة والسكنى إن كانت حاملا بالإجماع لقوله تعالى: "وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ" {سورة الطلاق، الآية 6}، وإن كانت حائلا فلها النفقة والسكنى، وهذا الكلام يعني أن المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا إن كانت حاملا فإن لها النفقة والسكنى في النكاح الصحيح فقط، أما في حالة النكاح الفاسد فلا تجب لها النفقة ولا السكنى.

فالكاساني نفى النفقة على المرأة في حالة النكاح الفاسد، ولكنه لم يبين في كل ما سبق بأن النفقة واجبة للمرأة، غير أنه وضع ذلك عند كلامه عن الفرقة إذا كانت بمعصية من الزوجة. فقال بأن لهذه الزوجة السكنى لأن فيها حق الله تعالى، وليس لها حق النفقة لأنها حق خالص لها، ثم قال ( فإن كانت معتدة عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقة في مال الزوج سواء كانت حائلا أو حاملا، فإن النفقة في باب النكاح لا تجب بعقد النكاح دفعة واحدة كالمهر وإنما تجب شيئا فشيئا على حسب مرور الزمان، فإذا مات الزوج انتقل ملك أمواله إلى الورثة فلا يجوز أن تجب النفقة والسكنى في مال الورثة، وسواء كانت حرة أو أمة وكبيرة أو صغيرة مسلمة أو كتابية، لأن الحرة المسلمة الكبيرة لما لم تستحق النفقة والسكنى في عدة الوفاة فهؤلاء أولى، وكذا المعتدة من نكاح فاسد في الوفاة لا سكنى لها ولا نفقة لأنهما لا

<sup>1</sup> صاحب بن عباد، المحيط في اللغة، ج 1، ص 485.

<sup>2</sup> عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، القاهرة، دار ابن الهيثم، ص 1113.

<sup>3</sup> محمد سلام مدكور، أصول الفقه الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 1، 1976، ص 215.

يستحقان بالنكاح الصحيح في هذه العدة فبالنكاح الفاسد أولى<sup>1</sup>، وهذا القول صريح بما يكفي بأن المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها، والحامل من نكاح فاسد وغيره، والمرأة غير المسلمة، لا نفقة لهن ولا سكنى. وهذا يدل على أن النفقة هي للحمل وليست للحامل.

وقال المرغيباني في الهداية: ( إذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان أو بائنا، وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا... ولنا أن النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا الاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملا)<sup>2</sup> ويفهم من هذا القول أن النفقة سببها احتباس المرأة في بيت زوجها، والاحتباس إنما هو لغرض جلب الولد، فإذا تخلف السبب لم تجب النفقة.

وبالنسبة إلى المالكية فقد جاء في المدونة الكبرى أن الإمام مالك سئل عن نفقة المطلقة، فأجاب بأن المطلقة مرة واحدة أو مرتين تلزم مطلقها النفقة والسكنى، أما المبتوتة ثلاثا فلا تلزمه إلا السكنى، إلا أن تكون حاملا فتلزمه النفقة أيضا. وأن كل طلاق رجعي تلزم فيه النفقة سواء أكانت الزوجة حاملا أم حائلا. أما بالنسبة إلى النكاح المحرم، كأن يكون الرجل قد نكح أخته من الرضاعة أو غيرها بشبهة، ثم فرق بينهما، فإنه ليس لها النفقة إلا إذا كانت حاملا<sup>3</sup>.

أما الشافعية فقالوا بأن النفقة للمرأة الحامل، وليس للحمل، لأنها تلزم المعسر وتتقدر، أي أنها لا تسقط على المعسر، كما أنها تسقط بنشوز المرأة، ولو قيل بأنها للحمل لما سقطت بنشوزها، كما لا تسقط بمضي المدة ولا بموته في أثناء الحمل، بل تبقى دينا عليه في ذمته، ولو قيل بأنها للحمل لسقطت بمضي المدة. فالنفقة تجب للحامل بسبب الحمل، وعليه فلا تجب للحامل من شبهة أو نكاح فاسد<sup>4</sup>، لأننا لو قلنا بأن النفقة للحمل، فإنها لا تجب لأن نفقة القريب تسقط بالموت، وإذا قلنا بأنها للحامل، فإنها تسقط أيضا، لأن المرأة تكون هنا حاضنة فقط، ولا نفقة للحاضنة بعد الموت.

وحاصل القول أن الشافعية يوافقون غيرهم من أئمة الحنفية والمالكية في وجوب النفقة للحامل المعتدة من طلاق، ولا نفقة للحامل المتوفى عنها زوجها باستثناء حالة المرأة الحامل المطلقة طلاقا بائنا، إذ تجب لها النفقة، فتجب بذلك النفقة حتى للمتوفى عنها زوجها إذا كانت بينوتها بعد الوفاة، فلما وجبت قبل الوفاة اغتفر بقاؤها بعده.

### الفرع الثاني: النفقة للحمل

جاء في المغني لابن قدامة فيما يتعلق بالملاعنة أنه ليس لها نفقة ولا سكنى إن كانت حائلا، أما إن كانت حاملا، فهناك فرضان: الأول إذا قلنا بإمكان نفي حملها ونفاه لم تكن لها نفقة ولا سكنى، أما الثاني فهو إذا قلنا بعدم إمكان نفي الولد أو إذا لم ينفه ولحقه نسبه، وجبت لها النفقة والسكنى، لأن وجودها هنا للحمل أو للمرأة بسبب الحمل.

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ص 209-211.

<sup>2</sup> علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيباني أبو الحسين، الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت، المكتبة الإسلامية، ج 2، ص 44. ويبدو أن المشرع الجزائري يرى أن نفقة الزوجة هي جزاء الاحتباس، إذ نص في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة)، فالدخول بالمرأة أو دعوة الزوج لها يكون مقابله وجوب إنفاقه عليها.

<sup>3</sup> مالك بن أنس، المدونة الكبرى، بيروت، دارصادر، ج 7، ص 471.

<sup>4</sup> محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الفكر، ج 3، ص 440-441.

هذا بالنسبة إلى ولد الملائنة، أما بالنسبة إلى المعتدة من وفاة فقال بشأنها ( أما المعتدة من الوفاة، فإن كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة لأن النكاح قد زال بالموت، وإن كانت حاملا ففيها روايتان: إحداهما، لها السكنى والنفقة، لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة، وفي الثانية، لا سكنى لها ولا نفقة، لأن المال قد صار للورثة وبنفقة الحامل وسكنائها إنما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة).

وهذا يعني أن المعتدة من وفاة إن كانت حاملا، وأعطيت النفقة والسكنى حسب الرواية الأولى، كان ذلك بسبب حملها، وإن لم تعط ذلك حسب الرواية الثانية، بقيت النفقة كذلك معتبرة بسبب الحمل أو للحمل، وإنما لم تجب لها لأن ورثة الميت يستحقون تركة مورثهم، ومن جملة الورثة هذا الحمل، فتكون نفقته على نفسه من نصيبه في الميراث، فإن لم يكن من جملة الورثة، لم يكن واجبا على بقية الورثة الإنفاق عليه، فتُعَامَلُ المرأة كأنها وضعت حملها، لأنه بعد الوضع تسقط النفقة بحقهم.

وأورد ابن قدامة أيضا أن النفقة واجبة للحمل، وأن هذا كان اختيار أبي بكر، ودليل ذلك أنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاليه، ولولم تكن له لقلنا بوجود استمرار النفقة على المرأة التي وضعت حملها قبل انتهاء عدتها من طلاق<sup>1</sup>.

وخلاصة هذه الأقوال، أن النفقة إنما تجب للحمل، وليس للحامل، بدليل أنها تجب بوجوده وحياته وتسقط بموته أو انفصاليه. ومهما يكن من كل ما أوردناه من أقوال وأدلة، فلا يخرج عن كون النفقة إنما تجب للمرأة الحامل بسبب الحمل أو لأجله، أو تجب للحمل نفسه، وكل ذلك له علاقة بالحمل بصفة مباشرة أو غير مباشرة، فالهم أن النفقة مقررة لمصلحة الجنين ولو كانت لأمه، لأنه يتغذى بغذائها ويعيش من خلالها وبواسطتها.

والملاحظ أنه لم يرد أي نص في التشريع الوضعي المقارن ولا في التشريع الجزائري بخصوص حق الحمل في النفقة، رغم أنها من الحقوق النافعة نفعا محضا له، من حيث رعاية والدته الحامل به من الناحية المادية، مما ينجم عنه المحافظة على نمو هذا الجنين، وبالتالي على حياته<sup>2</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه، بخصوص موقف التشريعات الوضعية المقارنة وكذا الجزائري، أنها تقر حق الزوجة في النفقة من قبل زوجها، لا سيما فترة الحمل، سواء أكانت الزوجية بينهما قائمة أم لا، حيث يعاقب الزوج الذي يتخلى عمدا، ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي، بالحبس من شهرين 02 إلى سنة 01 وبغرامة تتراوح ما بين 25.000 دج إلى 100.000 دج بموجب نص المادة 2/330 من قانون العقوبات الجزائري، ما يظهر منه اهتمام المشرع الجزائري بمسألة استحقاق الزوجة الحامل للنفقة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الله ابن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، بيروت، دار الفكر، ط 1، ج 8، 1405 هـ، ص 186-187.

<sup>2</sup> أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص 44.

<sup>3</sup> القانون رقم 19/15، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية رقم 71، المعدل والمتمم للأمر 166/56 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

## المبحث الثاني: الحقوق المالية للجنين

من الحقوق المالية التي تثبت للإنسان ما لا يتوقف على صدور قبول منه كحق الإرث والوصية والوقف، ومنها ما يشترط فيه قبول الشخص المتلقي له، كالهبة وسائر التصرفات القانونية، وعلى هذا كان لنا أن نتساءل عن نظرة قانون الأسرة الجزائري لهذه الحقوق بالنسبة إلى الجنين؟

## المطلب الأول: الحقوق التي تثبت بوقائع مادية

نقصد بالحقوق التي تستند إلى وقائع مادية تلك التي لا يكتسبها الجنين إلا بموت صاحبها، وتتمثل في الميراث والوصية، فالجنين لا يمكنه أن يرث أو يوقف له نصيبه من الميراث قبل وفاة مورثه، كما أن الوصية تعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، فإذا أوصي للجنين فإنه وإن صحت الوصية في حياة الموصي، فإنها لا تنفذ إلا بعد وفاته.

## الفرع الأول: ميراث الجنين

الحمل وإن كانت حياته حياة مستقبلية إلا أن الشريعة قد حفظت حقه من الميراث بوفاة مورثه، ولا خلاف في أصل ارثه، لقوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ" {سورة النساء، الآية 11}. انطلاقا من نص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية"، فإذا كان ذلك محققا دون وجود مانع بالإضافة إلى وجود شرطين أساسيين: - ثبوت وجود الحمل حيا عند وفاة المورث، - انفصال الجنين حيا عند ولادته.

نرى أن المشرع الجزائري قد حافظ على ميراث الجنين والعناية به وهو في بطن أمه، وهذا لما جاء في سياق المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

ومن المسلم به شرعا أن ميراث الحمل ثابت بالسنة والإجماع<sup>1</sup>، فالحمل من جملة الورثة، فلا بد من رعاية حقه وحفظ ميراثه حتى ينفصل، فإذا ما انفصل حيا أخذه، وإذا انفصل ميتا رد إلى باقي الورثة، كما أوجب الشارع على الضارب الغرة\*، ووجوب الضمان على الحي دون الميت في الجنائية فإذا حكمت بحياته كان له الميراث ويورث عنه نصيبه، كما يورث عنه بدل نفسه - الغرة - فالحياة ثابتة تقديرا قبل الضرب، والموت قد يكون حصل نتيجة الضرب. من خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري يكاد يوافق الشريعة الإسلامية في مسألة استحقاق التركة (الميراث) للجنين، إلا أنه كان لابد له من الأخذ بعين الاعتبار للتطور العلمي الحاصل، كون الجنين موجودا خارج الرحم، كحالة التلقيح الاصطناعي خارج الرحم (أطفال الأنابيب)، وهي من المسائل التي صارت معروفة ومعمولا بها، وإن كانت نادرة، بشرط التأكد من أن التلقيح قد تم بالطرق والضوابط الشرعية في نطاق العلاقة الزوجية، وبالتالي على القانون مسaire المستجدات في هذا الصدد من خلال تعديل النص ليشمل الحمل الحقيقي الموجود داخل الرحم وخارجه.

<sup>1</sup> ثبت ميراث الحمل بالنسبة إلى ما رواه أبو داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم "إذا استهل الولد ورث" وما رواه أحمد بن عبد الله والمسور بن مخرمة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يرث الصبي حتى يستهل" أنظر: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، الرياض، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، ط 1، ج 6، 2005؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة، مكتبة دار الباز، ج 2، 1414 - 1994، حديث رقم 12265، ص 257. (\* الغرة: هي جزء من الدية يقدر بعشر يعطى كبديل عن نفس الجنين في حالة الجنائية.

أما بالنسبة لمسألة تقسيم التركة في حال وجود حمل بين الورثة، نلاحظ أن المشرع أخذ برأي الجمهور أي تقسم التركة من غير الحاجة إلى انتظار الحمل لما فيه مضرّة لباقي الورثة وإنما الاحتياط له بنصيبه<sup>1</sup>، ويظهر ذلك في قانون الأسرة من خلال نص المادة 173 التي جاء فيها: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحمل حملها"، ولتوريث الحمل نتبع الآتي:

1. إذا كان الحمل وارثا في كل الأحوال ولم يكن معه وارث، أو معه وارث محجوب له، فإن التركة توقف كلها حتى يولد حيا، فإن ولد ميتا وزعت على غيره من الورثة.
2. إذا كان حظه لا يختلف باختلاف الذكورة والأنوثة يعطي كل وارث حقه كاملا ويحفظ للحمل نصيبه.
3. إذا كان الحمل يرث على أحد التقديرين، الذكورة أو الأنوثة فقط، تقسم التركة بين الورثة على تقدير أن الحمل يرث، ويوقف نصيب الجنين حتى يولد، فإن بدا أنه وارث أخذ حقه، وإن كان غير وارث رد الموقوف على الورثة.
4. إذا كان الحمل يرث في كل الأحوال، لكن نصيبه يختلف باختلاف إحدى الصفتين اللتين يرث بهما، ففي هذه الحالة يقدر له نصيبان ويعطى النصيب الأوفر. فقد تكون صفة الذكورة أنفع له من صفة الأنوثة، وقد يكون العكس فيعطى أكثر النصيبين، وللورثة أقل الأنصبة<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع اعتمد فقط على الحالة العادية الغالبة في الحمل، وهي كون الجنين واحد سواء كان ذكر أو أنثى وأغفل بعض الحالات الخاصة، كميراث الأم وجنيها، والميراث بين التوأم والأم، وحالة تعرض أم أو جنيها لجناية عليها أو عليه وكان موتها وموته في وقت واحد، أي في حالة اختلاف أهما مات أولا، ففي هذه الحالة يكون حكمهم حكم الغرق طبقا لهذا لا يرث أحدهما الآخر فلا ترث أم الجنين من الغرة ولا يرث هو شيء من أموالها<sup>3</sup>، كما نرى أن المشرع كذلك لم ينص على ميراث الأم والتوأم والميراث بين الأم وولد الزنا واللعان\*.

### الفرع الثاني: الوصية للجنين

الوصية في اللغة من العهد، فيقال أوصى الرجل ووصاه، أي عهد إليه سميت وصية لانصافها بأمر الميت، قال تعالى: "وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ.." {سورة البقرة، الآية 132}، وقوله تعالى: "...مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا.." {سورة النساء، الآية 12} وقوله أيضا: "وَلَقَدْ وَصَّيْنَا الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ.." {سورة النساء، الآية 131}.

عرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري: "الوصية تملك مضاف إلى بعد الموت بطريق التبوع"، ومن شروط الوصية للحمل:

<sup>1</sup> محمود عبد الله بخيت، محمود عقله العلي، الوسيط في فقه الموارث، عمان، دار الثقافة، 2007، ص 139.

<sup>2</sup> إبراهيم محمد خيثر، حقوق الورثة في ميزان الشرع والعقل، الجزائر، دار هومة، 2013، ص 127-128-129-130.

<sup>3</sup> مفتاح محمد أقریط، الحماية المدنية والجناحية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 124؛ الحنفية يقولون بأن الحمل يرث إن خرج أكثره وهو حي، لأن الأكثر يقوم مقام الكل، فإن خرج مستقيما فالمعتبر؛ صدره، وإن خرج منكوسا فالمعتبر سرتة. زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر المشهور بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة، ج 8، ص 574.

\* ولد الزنى هو المولود من نكاح غير شرعي وقد اتفق الفقهاء على أمه وأقاربهما كما لو كان ثابت النسب لأنه جزؤها حقيقة، فثبوت نسبه منها بدليل محسوس ولا يرث أباه وأما الإرث منه فقد اختلف الفقهاء فيه، ومثل ولد الزنى في هذا كله ولد اللعان وهو الذي ولدته الزوجة على فراش الزوجية الصحيحة ونفاه أبوه، مفتاح محمد أقریط، مرجع سابق، ص 125.

1. ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصى له قبل وقت إنشاء الوصية وأن يولد حيا في أقل مدة الحمل، وفي بعضها تكون المدة المعتبرة أقصى مدة الحمل وفي قانون الأسرة الجزائري جعلها المشرع من 6 أشهر إلى 10 أشهر طبقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

2. أن يولد الجنين حيا حياة مستقرة فإن ولد ميتا بطلت الوصية.

3. أن يثبت نسبه لأبيه إذا كان الموصي قد عين ذلك في عقد الوصية<sup>1</sup>.

فمن جانبه لم يشترط المشرع الجزائري في صحة الوصية للحمل إلا أن يولد حيا، طبقا لنص المادة 187 التي تقضي بأنه: "تصح الوصية للحمل شرط أن يولد حيا....."، ونص على التوأم وقال باستحقاقهم الوصية ولو اختلف جنسهما فهي لهما بالتساوي.

كما نلاحظ أنه بنصه على مسألة كون الوصية تكون للتوأم قد حقق قدر واسع من الإحاطة بهذه المسألة وأعطى مجالاً للقاضي في حل أي مسألة أمامه سواء كان الجنين واحد أو توأم والتوأم سواء كانا مختلfi الجنس أو مثلي الجنس فهي لهما بالتساوي، إلا أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على حالة موت أحدهما بعد استحقاقه للوصية فلمن تعود هل تعود لتوأمه.

غير أن الدكتور "بلحاج العربي" جاء بملاحظة قال فيها في حالة تعدد الحمل إن ولد أحدهما ميتا والآخر حي كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة كان نصيبه للورثة إذا كانت الوصية بالأعيان، أما إذا كانت بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هنالك شرط آخر يعمل به<sup>2</sup>، وهو ما نص عليه المشرع السوري في المادة 2/236 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

### المطلب الثاني: الحقوق التي تستند إلى تصرفات قانونية

يعتبر التصرف القانوني مصدرا مباشرا لنشوء الحق، سواء كان هذا التصرف قائما على أساس اتفاق إرادتين فأكثر مثل عقد التأمين وعقد الهبة وغيرها، وقد يكون تصرف من إرادة منفردة صادر عن شخص واحد كالوصية والوقف.

### الفرع الأول: الهبة للجنين

تعتبر الهبة عقد يعود بالنفع المحض على الجنين برغم أنها عقد يتم بتوافق إرادتين، وأن الجنين أو الحمل المستكن لا إرادة له، الأمر الذي يجعل تعيين وصي أو ولي ينوب عن الجنين.

ولما كان الجنين ليس أهلا لقبول الهبة ولا يتصور منه القبض، فإن الهبة لا تصح عند جمهور الفقهاء ولم يخالف في ذلك إلا ابن حزم الذي لم يشترط القبض في صحة الهبة للجنين واحتج بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" {سورة المائدة، الآية 1}، وبقوله تعالى: "وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ" {سورة محمد، الآية 33}، ومن تلفظ بالهبة فقد عمل عملا وعقد عقدا لزمه الوفاء به ولا يحل لأحد إبطاله بنص.

والهبة من التصرفات التي يلزم لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقيا يتحد مكانه في مجلس العقد، وهذا لا يتصور بالنسبة للجنين لأنه لا ولي له إلا بعد ولادته وليس له من يقبل عنه وقت إيجاب الهبة، إلا أن بعض قوانين الأحوال

<sup>1</sup> أوان عبد الله الفيضي، "حقوق الجنين بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، م 5، ع 10، 2010، ص 91.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 292.



الشخصية نصت على صحة إقامة الوصي للحمل أو الولي عنه فقد نص القانون اللبناني صريحا في المادة 518 منه على أن الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم. كذلك المادة 1/237 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أنه: "يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل"<sup>1</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد نص على الهبة في المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة الجزائري، حيث عرفها في المادة 202 "الهبة تملك بلا عوض...."، ونص في المادة 206 "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول...."، فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع يعتبر الهبة عقد، كما نص على جوازية الهبة للجنين بشرط ولادته حيا بقوله في نص المادة 209 "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"، وتأسيسا على هذا ليس هناك ما يبرر حرمان الحمل أو الجنين -كما نعتقد- وإنما يملك الموهوب له حق قبول الشيء الموهوب له من طرف وكيله، وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 210 "يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله".

كما يمكن القول بأن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق المالية في القانون تنحصر في نطاق الحقوق التي تنفعه نفعا محضا دون التمييز بين ما يتطلب منه القبول وما لا يتطلب، والهبة من الحقوق التي تتطلب القبول وهذا القبول يملكه الوصي أو الولي المقام عليه.

### الفرع الثاني: الوقف للجنين

من بين الحقوق المالية التي تثبت للجنين حق الوقف عليه، والوقف مصدر وقف، ومنه وقفت الدابة، ووقفت الكلمة وقفا<sup>2</sup>، والوقف هو الحبس والتسبيل<sup>3</sup> (أي حبس وتسبيل رقبة المنفعة).

ونص المشرع الجزائري في المادة 3 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، كما عرفته المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق"، فالمشرع الجزائري اعتبره تبرع، والوقف هو تصرف بإرادة منفردة حسب نص المادة 1/4 من القانون 91/10 المتعلق بالأوقاف: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"، إذ يتوقف على إرادة الواقف، فيصح الوقف ويثبت الاستحقاق بمجرد إيجاب الواقف ودون حاجة إلى قبول الموقوف عليه، هذا إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو على من لا يتصور منه القبول أو الرفض كالجنين.

كما أجاز الفقهاء<sup>4</sup> الوقف على الأولاد والذرية الموجودة منهم والتي ستوجد بعد، ويدخل في الموجودة من الذرية الجنين إذا ولد لأقل من ستة أشهر، أما من ولد لأكثر من ذلك فإنه يأخذ حكم من سيولد بعد<sup>5</sup>؛ وعليه فإن الجنين يصح الوقف عليه إذا اعتبر ضمن الموجود من الذرية، فيكون الوقف على الجنين بالتبعية.

<sup>1</sup> أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010، ص 291.

<sup>2</sup> أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ص 135.

<sup>3</sup> ناصر الدين المطرزي أبو الفتح، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق محمود فاخوري، مكتبة أسامة بن زيد، مصر، 1399 هـ، مادة (وقف).

<sup>4</sup> يرى الإمام الشافعي بلزوم الوقف، ولا يتوقف لزومه على حكم الحاكم، وذهب المالكية في حكم لزوم الوقف أنه إن صح لزوم ولا يتوقف على حكم القاضي حتى ولو لم يقبض، أما الحنابلة إذا صح الوقف زال به ملك الواقف لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة. السيد سابق، فقه السنة، طبع مكتبة المسلم، م 3، ص 837؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط 2، ص 158.

<sup>5</sup> علي بن محمد بن رمضان، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال، مكتبة الوفاء، 2012، ص 233.

أما بالنسبة إلى القانون، فقد أقر بصحة الوقف على الجنين، ولكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا الباب أنه أقر كلا من نسب الجنين لأبيه، وميراثه، والإيصاء له، وحتى صحة الهبة له والتي خالف فيها ما جاء به جمهور الفقهاء، في قانون الأسرة، ولكنه لم يتضمن ما يشير إلى صحة الوقف عليه بمفرده أو بالتبعية، لذا كان من المفروض عليه أن يورد نصا في قانون الأسرة بهذا الشأن حتى يضمن اكتمال سلسلة الحقوق المدنية للجنين في تقنين واحد.

#### خاتمة:

من خلال ما تقدم نستخلص أن للجنين شخصية قانونية تثبت له مجموعة من الحقوق تبين مركزه القانوني في الأسرة، ومركزه في الدولة التي ينتسب إليها، وله أهلية وجوب ناقصة تبين قابليته لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، كما تحدد قدرته على ممارسة التصرفات القانونية، وتضم جميع حقوقه التي يمكن تقويمها ماديا ومعنويا، ومن ثمة تبقى الحقوق معلقة على شرط وهو شرط واقف تثبت الحقوق كليا به بتحقيق تمام ولادة الجنين حيا ولو مات بعد ذلك مباشرة، وإذا لم يتحقق هذا الشرط بأن ولد الجنين ميتا زالت شخصيته بأثر رجعي فلا يعتبر أنه اكتسب أي حق من هذه الحقوق المدنية بشقها المادي والمعنوي.

وقد حاولنا في دراستنا هذه الإحاطة بكل ما يتعلق بحقوق الجنين من الناحية المدنية. ووصلنا إلى عدة نتائج نوردها

فيما يلي:

- أن للجنين شخصية قانونية وأهلية وجوب ناقصة، ثابتة ومعترف بها توجب له نوعين من الحقوق المدنية والمعنوية كإلحاق نسبه بأبيه، والمادية المتمثلة في أن للجنين ملكية وذمة مالية خاصة توجب الإنفاق عليه وحجز نصيبه من الميراث، وصحة الوصية له والوقف عليه وجواز الهبة له، وأن الحقوق المترتبة له قابلة للزوال إذا ولد ميتا.
- أن عملية التلقيح الاصطناعي عملية يؤخذ فيها مني الزوج وتلقح به بويضة الزوجة، ثم تنتقل البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة نفسها وتجاوز وفقا لشروط معينة.
- وجوب العدة شرعا وقانونا للأم الحامل وهذا لمعرفة براءة الأرحام وعدم اختلاط الأنساب.
- تعتبر النفقة على الحامل حقا متعلقا بذات الجنين، سواء اعتبرناها حقا له أو حقا لأمه، ولكن بسبب وجوده، لأنها تساهم في حفظه ونموه وهو لا يزال في بطن أمه.
- لا يرث الجنين من أبيه إلا إذا ثبت نسبه منه، وذلك لا يكون إلا في النكاح الصحيح أو النكاح الفاسد أو في الوطاء بشبهة، بينما يرث من أمه في هذه الصور وغيرها من الحالات كما ترث منه.
- وعلى ضوء هذه النتائج نتقدم ببعض المقترحات التي كشفت عنها الدراسة ونجملها فيما يلي:
- ضرورة وجود نصوص قانونية تحكم التزامات الحامل نحو الجنين ولا يترك الأمر لإهمال الزوج أو الزوجة.
- تخصيص لجنة مؤهلة علميا وإداريا، صحيا وقانونيا للموافقة على التدخلات أو التجارب أو الفحوصات المترتبة عن الأجنة، ووضع مراقبة دورية للمراكز التي تستخدم تقنية التلقيح الاصطناعي.
- وضع عناية أكثر للأجنة الخاصة ونعني بها الأجنة المترتبة عن حالات وفاة الأم والطلاق والحالات الاستثنائية.

- في التلقيح الاصطناعي لا يثبت نسب الولد لأبيه إلا إذا كان موافق للشروط الشرعية والقانونية المحددة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، ولكن يضاف إلى هذه الشروط المذكورة ألا يلجأ إلى عملية التلقيح الاصطناعي إلا للضرورة، وألا تستعمل الأم البديلة حتى ولو كانت زوجة ثانية للزوج الذي يريد إجراء العملية.

- تصح الهبة للجنين، وهي مقررة قانونا وشرعا، ويقبلها عنه من يمثله قانونا، والشئ نفسه ينطبق على الوصي، وعليه نرى أن يضيف المشرع الجزائري إلى المواد المتعلقة بالوصية والهبة مسألة من يقبل ما يوصى به أو ما يوهب للجنين، فنضيف فقرة ثانية للمادة 187 من قانون الأسرة يكون نصها: "ويقبل الوصية عنه من يمثله قانونا"، كما يصبح بذلك نص المادة 210 كالاتي: "وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه أو حملا، يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

- يصح الوقف على الجنين بالتبعية أو بالابتداء، وعلى هذا نرى أن يورد المشرع نصا بشأن الوقف على الجنين، ونقترح أن يكون نصه كالاتي: "يصح الوقف على الجنين، ويستحق غلة الوقف إن وجدت وولد لأقل من ستة أشهر من وقت وجودها".

#### قائمة المصادر والمراجع:

#### أولا: القرآن الكريم

#### ثانيا: الكتب

1. إبراهيم محمد خيثر، حقوق الورثة في ميزان الشرع والعقل، الجزائر، دار هومة، 2013.
2. أبي البركان أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، مصر، دار المعارف، الجزء 2، 1974م.
3. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة، مكتبة دار الباز، الجزء 2، 1414 - 1994.
4. أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون.
5. أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2010.
6. أميرة عدلى أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005.
7. أوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة-، مصر، الإمارات، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، 2015.
8. بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
9. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
10. زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر المشهور بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دار المعرفة، الجزء 8.

11. السيد سابق، فقه السنة، طبع مكتبة المسلم، مجلد 3.
12. الصاحب بن عباد، المحيط في اللغة، الجزء 1.
13. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، القاهرة، دار ابن الهيثم.
14. عبد الله ابن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، بيروت، دار الفكر، الطبعة الأولى، الجزء 8، 1405 هـ.
15. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت- لبنان، دار الكتاب العربي، الطبعة 2، الجزء 3، 1403 هـ / 1982 م.
16. علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغياني أبو الحسين، الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت، المكتبة الإسلامية، الجزء 2.
17. علي بن محمد بن رمضان، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال، مكتبة الوفاء، 2012.
18. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، بيروت، دار صادر، الجزء 7.
19. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، بيروت، دار الفكر، الجزء 3.
20. محمد أمين، حاشية ابن عابدين، بيروت، دار الفكر، الطبعة 2، 1386 هـ.
21. محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، الجزء 3، 1406 هـ.
22. محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة، دار الشعب، الطبعة الثانية، الجزء 5، 1372.
23. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الفكر، الجزء 2.
24. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، بيروت، دار ابن كثير، الطبعة الثالثة، الجزء 2، 1407 هـ - 1987 م.
25. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، الرياض، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء 6، 2005.
26. محمد سلام مدكور، أصول الفقه الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة 1، 1976.
27. محمد عرفه الدسوقي، حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليش، بيروت، دار الفكر، الجزء 2.
28. محمود عبد الله بخيت، محمود عقله العلي، الوسيط في فقه المواريث، عمان، دار الثقافة، 2007.
29. مفتاح محمد أقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، دار الكتب القانونية، 2006.
30. ناصر الدين المطرزي أبو الفتح، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق محمود فاخوري، مكتبة أسامة بن زيد، مصر، 1399 هـ.
31. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة 2.

### ثالثا: الأطروحات والرسائل الجامعية

1. أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2014-2015.
2. شبعات خالد، الحماية القانونية للجنين في ظل المستجدات الطبية - دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016.

### رابعاً: المقالات

1. أوان عبد الله الفيضي، "حقوق الجنين بين الشريعة والقانون - دراسة مقارنة-"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد 5، العدد 10، 2010.
2. يوسفات علي هاشم، "الاستنساخ البشري"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، أبريل 2013.

### خامساً: النصوص القانونية

1. ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.
2. القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.
3. القانون الصادر بموجب الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
4. القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.

## ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي 16-18

## Regulations For advancing The Unconstitutionality Of Laws Before The Judiciary In Accordance With The Provisions Of Organic Law 18-16

— ماحي وسيلة

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان-الجزائر

[bahi.hichem@univ-ouargla.dz](mailto:bahi.hichem@univ-ouargla.dz)

تاريخ القبول: 2020-05-08

— باهي هشام\*

جامعة قاصدي مرباح ورقلة-الجزائر

[wassila.mahi@univ-tlemcen.dz](mailto:wassila.mahi@univ-tlemcen.dz)

تاريخ المراجعة: 2020-04-28

تاريخ الإيداع: 2020-01-05

**الملخص:**

يعتبر الدفع بعدم الدستورية آلية للرقابة البعدية على القوانين في المنظومات القانونية. هذا النموذج من الرقابة يعد من مستجدات التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 في المادة 188 منه، حيث منح للمتقاضين الحق في إثارة عدم دستورية نص تشريعي ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وذلك بمناسبة دعوى قضائية ينظر فيها. حيث تتولى الجهات القضائية العليا ممثلة في المحكمة العليا ومجلس الدولة حسب طبيعة النزاع إحالة الدفوع المثارة على المجلس الدستوري للبت في دستوريته، وذلك بعد التأكد من جديتها، وقد صدر القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والذي جاء أكثر توضيحا فيما يتعلق بتحديد الشروط والضوابط الشكلية والموضوعية لإجراء الدفع بعدم الدستورية. وسنحاول في هذه الدراسة التطرق إلى الأحكام المطبقة أمام محكمة الموضوع وشروط قبول الدفع، بالإضافة إلى الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم الدستورية؛ الإحالة؛ فحص الجدية؛ المسألة الأولوية الدستورية؛ إرسال الدفع؛ عدم قبول الدفع؛ حكم تشريعي؛ مآل النزاع.

**Abstract:**

The pleading of unconstitutionality is considered a mechanism for dimensional control of laws in legal systems, this form of oversight is a novelty of the Algerian constitutional amendment for the year 2016 in Article 188 of it, as it granted the litigants the right to raise the unconstitutionality of a legislative text that violates the rights and freedoms guaranteed by the constitution, on the occasion of a lawsuit. Where the Supreme Judicial Authorities represented in the Supreme Court and the Council of State, according to the nature of the dispute, refer the defenses raised to the Constitutional Council to decide on its

\* المؤلف المراسل: باهي هشام.

constitutionality, after confirming its seriousness, and Organic Law 18-16 has been issued defining the conditions and modalities for implementing the unconstitutional push, which was more clear about It relates to determining the formal and substantive conditions and controls for making unconstitutionality. In this study, we will try to address the rulings applied before the trial court and the conditions for accepting payment, in addition to the procedures applied before the Supreme Court or the State Council.

**Key words:** pushing unconstitutional; referral; examining seriousness; the constitutional priority issue; sending payment; non-acceptance of payment; legislative ruling; fate of dispute.

## المقدمة:

من المستقر عليه فقها وقضاء أن الدساتير تسمو وتعلو مرتبة عن باقي القوانين المعمول بها داخليا، نظرا لكونها تشكل قوانين أساسية في البلاد، فاحترامها يقتضي مراعاة المشرع لمبدأ سمو الدستور أثناء سنه للقوانين والتنظيمات بما يتوافق ويتطابق مع أحكام وقواعد النص الدستوري، والحرص على عدم مخالفتها له. ولكن علو الدستور يصبح بدون قيمة عملية أو حتى قانونية إذا لم يتحقق نوع من الرقابة العليا على القوانين واللوائح، للتأكد من عدم مخالفتها للدستور الأعلى، حيث يجب أن يكون للجهة التي تتولى الرقابة الدستورية سلطة إلغاء التشريع المخالف للدستور، أو على الأقل فرض الامتناع عن تطبيقه.<sup>(1)</sup>

وقد اختلفت الدول في الجهة التي أوكلت لها مهمة الرقابة الدستورية، منها ما جعلتها من اختصاص هيئة سياسية وأخرى جعلتها من اختصاص هيئة قضائية، كما أن صور الرقابة على دستورية القوانين متعددة، منها ما هي سابقة على صدور القانون، ومنها ما هو لاحق على صدور القانون، وسنركز على الرقابة الدستورية اللاحقة على القوانين في أهم صورة لها - الدفع بعدم الدستورية من طرف الأفراد- هذه الآلية التي أدرجها التعديل الدستوري الجزائري المؤرخ في 06 مارس 2016، بالإضافة إلى إصلاحات أخرى شاملة لوضع المجلس الدستوري، وذلك لتدارك القصور الناجم عن عدم فعالية الرقابة الدستورية نتيجة تقييد حق إخطاره، موسعا بذلك مجال إخطار المجلس الدستوري ليشمل هيئات جديدة ممثلة في الوزير الأول وأعضاء البرلمان<sup>(2)</sup>، فضلا عن تمكين الأفراد من إثارة عدم دستورية نص تشريعي بواسطة إحالة من القضاء عبر آلية الدفع بعدم الدستورية<sup>(3)</sup>.

وبذلك يكون المؤسس الدستوري قد كرس حق المواطنين في تحريك الرقابة الدستورية عن طريق القضاء على غرار العديد من الأنظمة الدستورية المقارنة التي تقر بهذا النظام، ليصبح هذا النموذج قريبا إلى حد ما من نظام الرقابة

1 محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، دراسة النظام الدستوري المصري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 131.

2 راجع نص المادة 187 فقرة 02 من الدستور، قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 07 مارس 2016.

3 راجع نص المادة 188 فقرة 01 من التعديل الدستوري الجزائري 2016.

حميدانو خديجة، محمد بن محمد، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2018، ص 332.

القضائية على دستورية القوانين الذي يسند اختصاص النظر في دستورية القوانين الى هيئة قضائية، إما بواسطة الدفع أو دعوى أصلية<sup>(1)</sup>، وذلك في الاشتراك معه في مسألة تمكين المواطنين من حق مخاصمة دستورية القوانين أمام الجهات القضائية مع اختلاف في الشروط والإجراءات ونتائج ذلك.

إن هذه الآلية جاءت لتأسيس علاقة قانونية بين القضاء والمجلس الدستوري، من خلال الدور الجديد الموكل للقضاء في تحريك الرقابة الدستورية عن طريق الإحالة إلى هذا الأخير من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بناء على الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي معين أمامهما مباشرة أو بناء على إرسال الدفع من مختلف الجهات القضائية التي تفصل في النزاعات المطروحة أمامها. وقد نصت الفقرة 02 من المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أن تطبيق هذه المادة سيحدده قانون عضوي، وتنفيذا لذلك تم إصدار القانون العضوي 16-18 في 02 سبتمبر 2018، المتضمن شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

في هذا الإطار لابد من الإجابة على التساؤلات التالية:

ما هي القواعد التي تحكم تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء بمختلف درجاته؟ وفيما تتمثل شروط قبول إحالته على المجلس الدستوري، وذلك على ضوء القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية؟ وما هي النتائج المترتبة على تخلف إحدى هذه الشروط؟ وهل وفق المشرع الجزائري في تنظيم هذه الآلية من جميع نواحيها دون تقصير؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي في بداية الأمر التطرق إلى ضوابط ممارسة الدفع بعدم الدستورية من الناحية الشكلية والموضوعية في المبحث الأول، ثم الوقوف على ضوابط الإختصاص القضائي أمام مختلف درجات التقاضي (ضوابط نظام التصفية) في المبحث الثاني. وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لآلية الدفع بعدم الدستورية -وبصفة خاصة القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط تطبيقها- اعتماداً على التحليل والتفسير والاستنتاج وفق منهج وصفي وتحليلي.

## المبحث الأول: شروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية

يقصد بالدفع بعدم دستورية نص قانوني، تلك الطعون التي يتوجه بها أحد الخصوم بصدد نزاع قضائي أمام محاكم مخصصة بشروط وضوابط، منها ما يتعلق بالشكل والإجراءات، ومنها ما يتعلق بالشروط الموضوعية<sup>(2)</sup>. لقد كرس المؤسس الدستوري الجزائري حق المواطنين في إثارة الدفع بعدم دستورية قانون بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، حيث يمكن أثناء أي نزاع معروض أمام القضاء، الدفع بعدم دستورية أي حكم تشريعي يمس الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وقد أحال مسألة تنظيم وتحديد شروط هذه المادة على قانون عضوي، وهو ما تم بالفعل حيث صدر القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018.

1 أوكليل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 32، العدد 02. جوان 2018، ص ص 101، 102.

2 محمد منصور أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 31.



المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية. حيث تكشف قراءة مواده عن وجوب استيفاء الدفع لطائفة معينة من الشروط، منها ما يتصل بالمعنى بإثارة الدفع، ومنها ما يتعلق بإجراء الدفع في حد ذاته.

#### المطلب الأول: الأشخاص المؤهلون لإثارة الدفع بعدم الدستورية

نصت المادة 02 من القانون العضوي رقم 16-18، أن يثار الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع، ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.<sup>(1)</sup> إن المشرع الجزائري جعل تفعيل حق الدفع مقترنا بالدفاع عن مصلحة ذاتية للمتقاضين رغم كونه ينتج عن اعتماد دعوى عينية يتوخى فيها تحصيل مصلحة عامة مؤداها مخاصمة نص تشريعي مخالف للدستور، حيث لا وجود للدفع بعدم الدستورية بمعزل عن الدعوى القضائية المرتبطة بالدفاع عن حقوق المتقاضين. ومنه فإن الأطراف التي يسعها استعمال هذا الحق هم الأشخاص المرتبطة بمسار النزاع أو الخصومة، مهما كان مركزهم وسواء كانوا من المواطنين أو رعية أجنبية<sup>(2)</sup>، كما يمكن أن يكون شخصية طبيعية أو معنوية<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الأول: أصحاب الدفع في الدعوى المدنية والجزائية

يثار الدفع بعدم الدستورية في الدعوى المدنية من طرف المدعي أو المدعى عليه، سواء بصفة شخصية أو عن طريق التمثيل بوكيل خاص أو بمحامى كما جرى به العمل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بالنسبة للمدعي والمدعى عليه يثور التساؤل عما إذا كان يجوز لطرف في الدعوى أن يدفع بعدم الدستورية لمصلحة غيره من أطراف الدعوى؟ بمعنى هل يجب أن تقوم الصفة والمصلحة في شخص مثير الدفع؟

في الحقيقة لم يرد اشتراط ذلك صراحة لا في المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، ولا في المادة 02 من القانون العضوي 16-18، إلا أنه تطبيقا لنص المادة 05 من هذا القانون التي أحالت على أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، فإن هذه الأخيرة تقضي بأنه لا يجوز لطرف التمسك بدفع شكلي أو موضوعي مقرر لخصمه، ولذلك لا يجوز لمتهم في دعوى عمومية أو مدعى عليه في قضية مدنية أن يتمسك بدفع بعدم الدستورية لنص تشريعي ينتهك الحقوق والحريات، التي يضمنها الدستور لفائدة الضحية أو الطرف المدني أو المدعي في الدعوى المدنية لأنه عديم المصلحة فيه، ومع ذلك يجوز للمسؤول المدني أو الضامن أن يثير دفعا بعدم الدستورية، حينما يكون ذلك لفائدة المتهم في الدعوى العمومية أو المؤمن له في الدعوى المدنية، إذا كان ذلك يهدف إلى إسقاط المتابعة أو المسؤولية عنه لإسقاط مطالبته بالضمان في التعويض.<sup>(4)</sup>

أما في المادة الجزائية فإن إثارة الدفع تخول للمتهم والطرف المدني والمسؤول المدني، إلا أنه قد تثار إشكالية قبول الدفع من قبل الضحية التي لم تعلن تأسيسها طرفا مدنيا طبقا للإجراءات المقررة لذلك في قانون الإجراءات

1 القانون العضوي 16-18، المتضمن شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المؤرخ في 02 سبتمبر 2016، ج 4 ر 54، مؤرخة في 05 سبتمبر 2018.  
2 حميرط كمال، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس 2018، ص 446.  
3 أوكيل محمد أمين، مرجع سابق، ص 104.  
4 مزيد من التفاصيل راجع قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، جريدة رسمية عدد 76، المؤرخة في 23 أبريل 2008، والأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل بالقانون 90-24 المؤرخ في 18 أوت 1990، المعدل بالقانون 19-10، جريدة رسمية، الصادرة في 11 ديسمبر 2019.

الجزائية، والجواب عن ذلك، هو أن الضحية التي لم تتأسس طرفا مدنيا أمام القاضي الجزائري لا تكون طرفا في الدعوى المدنية التبعية للدعوى العمومية، لكنها طرف في الدعوى العمومية بصفتها ضحية وهي مخول لها إثارة الدفع في الدعوى التي هي ضحية فيها<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: التدخل والإدخال في الدفع بعدم الدستورية

في هذا السياق يثور التساؤل التالي: هل يجوز للمتدخل أو الذي تم إدخاله إثارة الدفع بعدم الدستورية؟ بداية بالنسبة للمتدخل فلا يحق له ذلك سواء كان فرعيا أو أصليا، لأنه يساند أحد الخصوم ويؤيد موقفه أما الإدخال فكونه يتمتع بالطابع الجبري والذي يجعل صاحبه شبيها بمركز المتقاضين، أي بالإمكان مخصصته كطرف أصلي في الخصومة<sup>(2)</sup>، مما يسمح له بإثارة الدفع بعدم الدستورية في حال اتضح إمكانية مساس الحكم المرتبط بجوهر النزاع بأحد حقوقه وحرياته الأساسية التي يكفلها الدستور. للإشارة فإنه ينتج عن ارتباط الدفع بمصلحة شخصية قائمة لأحد أطراف المحاكمة فقط استبعاد إثارته من طرف القاضي من تلقاء نفسه، وهذا يعني أن هذا النوع من الرقابة يبقى متوقفا على إرادة الخصوم لتحريكها، ولا يعتبر من النظام العام. وهذا ما أكدت عليه المشرع الجزائري في المادة 04 من القانون العضوي رقم 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية، حيث نص صراحة على أنه: "لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي"<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: شروط تتعلق بإجراء الدفع من الناحية الشكلية

إلى جانب الشروط المتعلقة بصاحب الدفع، يمكن إستظهار جملة من الشروط المرتبطة بشكل الدفع وكيفية تقديمه، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

### الفرع الأول: وجوب تقديم الدفع بعريضة منفصلة ومكتوبة ومسببة

لا يجوز الإكتفاء بإثارة الدفع في مرافعة شفوية وإنما يجب تدعيم ذلك بمذكرة مكتوبة، كما يجب أن يكون الطعن المقدم إلى الجهة القضائية منفصلا عن إجراءات الدعوى الأخرى للسماح للقاضي بالنظر فيه مستقلا ومباشرة دون تأخير معلنا أولويته عن بقية الدعوى<sup>(4)</sup>، وهو ما أكدته المادة 06 من القانون العضوي 16-18، أن يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومنفصلة، ويجب أن تتضمن هذه العريضة وسائل نقاش مختلفة تنصب على الدستورية فقط ولا تتعدى إلى النظر في الدعوى الرئيسية، وهذا حتى تتمكن المحكمة من بناء قناعتها حول جدية النزاع في عدم دستورية حكم تشريعي يراد تطبيقه على النزاع الرئيسي.

1 دغلاش عبد الكريم، معالجة الدفع بعدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، مركز الجزائر الدولي للمؤتمرات، الجزائر، يوم 10 ديسمبر 2018، ص 07.

2 تعتبر النيابة طرفا خاصا في دعاوى الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة وفقا لنص المادة 03 مكرر من هذا القانون، ماعدا في القضايا المدنية التي تكون فيها النيابة مدعى عليه أصلي كقضايا الجنسية مثلا فإنها تأخذ صفة الخصم العادي كغيرها من الخصوم والتبعية فانه لا يجوز لها إثارة الدفع لفائدة خصمها في الدعوى.

3 في المقابل نجد القانون العضوي رقم 1523-2009 المنظم لشروط تطبيق المادة 61 فقرة 01 من الدستور الفرنسي ينص هو الآخر صراحة في الفقرة 01 من المادة 23 منه على حظر تقديم مسألة الأولوية الدستورية بقوة القانون أو إثارها تلقائيا من طرف القضاء، فتدخله ينقض مبدأ الحياد القضاء ويجعل له مركزا قريبا من أطراف النزاع.

4 كوسة عمار، محاضرات في القضاء الدستوري، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2015، ص 41.

كما يجب أن يكون الدفع مسببا ومفصلا ذا تعليل دقيق، بحيث يبين مواطن عدم الدستورية في الحكم التشريعي المراد تطبيقه على النزاع الرئيسي، ولا يكون واسعا مبهما. في هذا الصدد نجد قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم: 2009/595 يبين فيه ما يلي: "لابد أن تكون الوسيلة المثارة من مقتضى تشريعي يمس الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، تقدم في وثيقة منفصلة ومعللة، فإن إرادة المشرع العضوي ترمي الى تسهيل فحص المسألة الدستورية الأولية، وتمكين المحكمة المثارة أمامها من البث في أقصر الآجال، لغاية عدم تعطيل الإجراءات في حالة ما إذا كانت هذه المسألة ستتم إحالتها على مجلس الدولة أو محكمة النقض"<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: تقديم الدفع في جميع مراحل الدعوى وأمام مختلف درجات المحاكم

هذا الشرط أكدت عليه المادة 02 من القانون العضوي 18-16، حيث يمكن إثارة الدفع أمام الجهات القضائية العادية وحتى الإدارية سواء أمام المحكمة الابتدائية أو المحكمة الإدارية، أو أثناء الاستئناف أو الطعن بالنقض للمرة الأولى. غير أن المشرع الجزائري وضع استثناء فيما يخص محكمة الجنايات الابتدائية، حيث لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية أمامها إلا في حالة التحقيق الجزائي، وتنظر فيه غرفة الاتهام، أو عند استئناف حكم صادر عنها بموجب مذكرة مكتوبة مرفقة بتصريح الاستئناف. تجدر الإشارة في هذا السياق الى نقطة أساسية تتعلق بالنظام القضائي الجزائري، كون هذا الأخير يتضمن بالإضافة الى المحاكم العادية والإدارية هيئات تتمتع بسلطة حل النزاعات. غير أنها ذات طابع قضائي له خصوصيته والتي تستحق اهتماما خاصا، وهو الحال كذلك بالنسبة للهيئات القضائية المتخصصة والهيئات ذات الطابع المهني، والسلطات الوطنية المستقلة الخاصة بالتنظيم الاقتصادي، وأجهزة التحكيم واللجان المختلطة التأديبية وغيرها، فأعمال وقرارات هذه الهيئات تخضع عموما للطعن أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا يفترض أنه يجوز الدفع بعدم الدستورية أمام هذه الهيئات أو عن طريق الطعن<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث: معايير فحص الدفع من الناحية الموضوعية

إلى جانب الشروط المتعلقة بالقبال الشكلي للدفع بعدم الدستورية، وضع المشرع الجزائري ضوابط موضوعية تتعلق بموضوع الدفع والقانون المطعون في دستوريته نجملها فيما يلي:

#### الفرع الأول: إرتباط الدفع بالنظر في دستورية حكم تشريعي سيطبق على نزاع موضوعي قائم

يقترن تفعيل حق الدفع بعدم الدستورية برفع دعوى مسبقا في الموضوع، بمعنى آخر دفع فرعي<sup>(3)</sup>، ذو صلة بدعوى أصلية يجري نظرها بمناسبة نزاع أو خصومة أمام القضاء، حيث لا يمكن إثارته مباشرة أو بمعزل عن دعوى الموضوع، وهو دفع موضوعي يمكن إثارته أثناء سير موضوع النزاع<sup>(4)</sup>. هذا فيما يخص شرط وجود دعوى موضوعية

1 بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري، النموذج الفرنسي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2016، جامعة لونيبي علي، البلدة 2، ص 201.

2 مجلة المجلس الدستوري، عدد موضوعاتي يتعلق بالدفع بعدم الدستورية، العدد 08، الجزائر، 2017، ص 14.

3 تم اضافة صفة الدفع الفرعي عليه، كون الدفع بعدم الدستورية يعتبر أحد صور الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي.

4 راجع المادة 188 من التعديل الدستوري الجزائري 2016، ويقابلها المادة 61 الفقرة 02 من الدستور الفرنسي 1958، المعدل بموجب القانون 2008-724 المؤرخ في 23 جويلية 2008.

قائمة أساسا.أما عن ارتباط الدفء بعء دستورية نص تشريعي يتوقف عليه مآل النزاع، فقد استخدم المؤسس الدستوري الجزائري عبارة (حكم تشريعي) وهي نفسها المعتمدة من قبل المؤسس الفرنسي - Une disposition législative<sup>(1)</sup>، وهو مصطلح يتسم بالاتساع حيث يشمل كل الأعمال القانونية التي لها صفة التشريع كالقوانين العضوية والعادية والأوامر والقوانين الاستثنائية، باعتبارها منتجة لأحكام تشريعية ينظر فيها القضاء باستثناء اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية، التي تفرض خضوعها للقضاء الإداري، وهي تلك التي صدرت منذ الاستقلال الوطني (قانون، أمر رئاسي، مرسوم تشريعي) ساري المفعول، بل حتى ولو كان الحكم التشريعي ملغى، ولكنه قابل لتطبيقه في الدعوى على أساس أن الوقائع حدثت أو النزاع نشأ حينما كان هذا الأخير ساري المفعول، فإنه يمكن الدفء بعء دستوريته. إلا أنه بالمقارنة مع شرط الطابع الجديد للدفء نستنتج استبعاد كل من القوانين العضوية كونها سبق الفصل في دستوريته عن طريق الرقابة السابقة، والقوانين الاستثنائية كونها صادرة عن إرادة الشعب مباشرة ولا معقب على إرادة الشعب (إن اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي متفق على أن الرقابة على دستوريته تنحصر في الرقابة السابقة فقط، بحكم أنها صادرة مباشرة عن إرادة الشعب، لذلك لا يسوغ إثارة رقابة لاحقة لها)<sup>(2)</sup>.

أما الأوامر فيما أنها تخضع لموافقة البرلمان يصبح لها طابع تشريعي، وتصبح في قوة القانون. ماعدا في حالة حصول تعديل دستوري رفع من سقف الحقوق والحريات وقام بتوسيعها إلى مجالات أخرى، مما يجعل نصا تشريعا سبق التصريح بدستوريته في ظل النص القديم قابلا لأن يكون محل دفء بعء الدستورية بناء على النص الجديد، وهو ما عبرت عنه المادة 08 من القانون العضوي 18-16 في الشرط الثاني، بعبارة (باستثناء حال تغير الظروف).

أما بالنسبة للشق الثاني من الشرط المتعلق بتوقف مآل النزاع على الحكم التشريعي المدفوع بعء دستوريته، فقد نصت المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، على أن يكون الحكم التشريعي محل الدفء حاسما في سير الخصومة أي أن الفصل في دستوريته يؤثر في سير النزاع والفصل فيه<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثاني: الطابع الجديد والجدي للمسألة الدستورية

يقصد بالجدية أن لا يكون الهدف من الدفء إطالة أمد الدعوى الموضوعية، فالدعوى التي يستهدف تسويتها وإطالة عمر النزاع يعد الدفء فيها بعء الدستورية غير جدي<sup>(4)</sup>. حيث يعتبر الدفء جديا إذا كان له تأثير في الدعوى، فإذا كان عكس ذلك يعد غير جدي. حيث يكفي أن تكون مسألة الدستورية محل شك، لأن الجدية هي مسألة موضوعية يقدرها القاضي الذي طرحت أمامه القضية الأصلية، حيث يكتفي القاضي بالتصريح أنه ثمة شك في دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، وأنه يحتمل فعلا التصريح بعء الدستورية مما يجعل الدفء المثار جديا.

1 راجع المادة 61 الفقرة 01 من الدستور الفرنسي والقانون العضوي رقم 09-1535 المتعلق بشروط تطبيق هذه المادة.

2 أوكيل محمد أمين، مرجع سابق، ص 107.

3 وهو ما سار عليه المؤسس الدستوري المغربي الذي اعتمد في الفصل 133 من الدستور عبارة: "أن القانون الذي سيطبق على النزاع"، بينما لم يدرج المؤسس التونسي والفرنسي هذا الشرط في الدستور، لكن الفرنسي نص عليه صراحة في القانون العضوي رقم 2009-1523 في مقدمة نص المادة 01/23.

4 علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الدامغات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص 134.

أما بالنسبة للطابع الجديد للمسألة الدستورية، فيقصد به أنه لم يسبق التصريح بأن القانون محل الدفع بعدم الدستورية مطابق للدستور، وبتعبير أدق أنه قد سبق للقانون أن خضع للرقابة الدستورية سواء السابقة أو اللاحقة، إلا إذا تغيرت الظروف، وهو استثناء على هذا الشرط.

### الفرع الثالث: يجب أن يمس الحكم التشريعي الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور

يجب أن يشكل الحكم التشريعي المطعون في دستوريته خرقا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. بداية يجب التنويه إلى أن الحقوق والحريات الدستورية ليست بالضرورة تلك المنصوص عليها تنصيحا صريحا في الفصل الرابع من الباب الأول للدستور الذي يتضمن المواد من: 32 إلى 73، بل قد يستمد هذه الحقوق من أحكام دستورية أخرى في مواد مبعثرة بالدستور، كالمادة 78 الواردة في فصل الدستور تحت عنوان "الواجبات"، التي تنص على أن كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة. ومع ذلك تضمنت حقوقا لمن تضرر من نص تشريعي يفرض ضريبة تمييزية مضرة بفئة من المواطنين مقارنة بغيرهم، من بينها إمكانية الدفع بعدم دستورية ذلك النص لأنه ينتهك حق المساواة في فرض الضريبة<sup>(1)</sup>. كما أن استخدام المؤسس الدستوري الجزائري لعبارة "التي يضمنها الدستور" بدل "التي ينص عليها الدستور"، تطرح مسألة الحق في التمسك بإثارة الدفع بعدم الدستورية، إذا كان الحق أو الحرية مكفولة من خلال نص يوجد خارج وثيقة الدستور، كأن يكون قد تضمنته معاهدة دولية أو قانون عضوي خاصة أن هذا الأخير يعتبر من القواعد المكتملة للدستور<sup>(2)</sup>. وبما أنه لا يمكن استباق ما قد يسفر عنه التطبيق من مواقف للمجلس الدستوري بخصوص هذه المسألة، فإنه يمكننا الاستعانة بقراراته السابقة حول موضوع الحقوق والحريات، حيث عبر في عديد اجتهاداته ضمنا عن إرادته في توسيع مرجعيته الدستورية حتى يكفل ضمنا أوسع للحقوق والحريات<sup>(3)</sup>، وهو ما يشكل توجهها نحو الاقتداء بنظيره الفرنسي الذي تبني ما يعرف "بالكتلة الدستورية"<sup>(4)</sup>.

### المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بألية الاختصاص القضائي

يتبين من قراءة المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، دعائم تبني المؤسس الدستوري لنظام تصفية الدفع على درجتين، حيث أشار إلى أن الدفع يقدم مباشرة أمام أي جهة قضائية، التي تنظر في مدى ارتباطه بجوهر النزاع وإخلاله بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور للمواطنين، لتأتي المرحلة الثانية على مستوى المحاكم المركزية (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) التي تقوم بالإحالة على المجلس الدستوري ليتحقق بذلك مبدئيا مرور الدفع بمحطتين للتصفية. فلو لا اشتراط المؤسس رفع الدفع أمام الجهات القضائية التي تنظر في النزاع، واكتفائه بمرحلة الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة على المجلس الدستوري، لكننا أمام نظام تصفية على درجة

1 دغلاش عبد الكريم، مرجع سابق، ص 8.

2 راجع كل من: جبار عبد المجيد، الرقابة الدستورية للقوانين العضوية ورأي المجلس الدستوري المتعلق بقانوني الأحزاب السياسية والانتخابات، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 2، الجزائر، 2000، ص 47. وعمرو أحمد حسبو، القوانين الأساسية المكتملة للدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 13.

3 زوادي عادل، الدفع بعدم الدستورية كألية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، جامعة حمة لخضر، الوادي، جوان 2017، ص 345.

4 سعيد بوشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 294، 295.

واحدة<sup>(1)</sup>. ومنه فقد أحال المؤسس الدستوري مسألة تحديد شروط تطبيق هذه المادة من الدستور على قانون عضوي في نص الفقرة 02 منها، وبعد مرور سنتين من إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية، تم إصدار القانون العضوي المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الذي يستشف من مواده أن المشرع الجزائري قد سار على نهج نظيره الفرنسي باعتماد محطتين قضائيتين للتصفية، وهو تأكيد لنص المادة 188 من الدستور<sup>(2)</sup>.

#### المطلب الأول: مرحلة الفحص الأولي أمام الجهة القضائية المقدم أمامها الدفع

لا يستقيم اعتماد مبدأ تصفية الدفع على درجتين، حتى يثار أمام جهات القضاء الدنيا كالمحاكم قبل أن تتم إحالته أو إشعار الجهات القضائية العليا به (المحكمة العليا أو مجلس الدولة). وقد أخذ القانون العضوي الجزائري 16-18 بعين الاعتبار الدور الفعال للمحاكم الدنيا لتفادي تراكم الدفوع أمام المحاكم المركزية، بحيث مكن قاضي الموضوع الذي أُثير الدفع أمامه، من إجراء فحص أولي للتأكد من توافر الشروط التالية<sup>(3)</sup>:

- \* أن يتوقف مأل النزاع على الحكم التشريعي المعترض عليه، أو يشكل أساسا للمتابعة.
- \* ألا يكون المجلس الدستوري قد سبق له التصريح بمطابقة الحكم التشريعي للدستور، إلا إذا تغيرت الظروف.
- \* أن يتسم الدفع بطابع الجدية.

الملاحظ على هذه الشروط أن المشرع استبعد اختصاص القضاة من تقدير مدى دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه من قبل أحد أطراف النزاع، وأن دور القضاة يتمثل في تقدير مدى جدية الدفع خاصة. كما تجدر الإشارة أن المادة 07 من القانون العضوي 16-18، قد نصت على أن القاضي وقبل الفصل في الدفع المثار أمامه، استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب الجهة القضائية المثار أمامها.

#### الفرع الأول: استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة

في حالة إثارة الدفع على مستوى القضاء العادي، يقع على عاتق الجهة القضائية المعنية واجب إخطار النيابة العامة لإبداء رأيها حول الدفع المثار أمامها، سواء وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه على مستوى المحكمة<sup>(4)</sup>. أما في حالة ما إذا كان الدفع مقدما في مرحلة الاستئناف، فإن النائب العام أو النائب العام المساعد الأول أو بقية النواب العامين المساعدين، هم المختصين بإبداء الرأي حول الدفع<sup>(5)</sup>. وفي حالة إثارة الدفع أمام المحكمة العليا فإبداء الرأي يكون من اختصاص النائب العام أو النائب العام المساعد أو المحامي العام<sup>(6)</sup>.

1 جمال بن سالم، مرجع سابق، ص 204.

2 أوكيل محمد أمين، نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وافق تطبيقه في الجزائر، مجلة صوت القانون، المجلد 04، العدد 03، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، 2017، ص 29.

3 راجع المادة 8 من القانون العضوي 16-18 الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

4 المادة 12 من القانون العضوي 11-05 المؤرخ في 17 جويلية 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي، جريدة رسمية، عدد 51 المؤرخة في 20 جويلية 2005، المعدل بالقانون العضوي 06-17 المؤرخ في 27 مارس 2017، جريدة رسمية، عدد 20، مؤرخة في 29 مارس 2017.

5 المادة 07 من القانون العضوي 11-05 المعدل والمتمم.

6 المادة 11 من النظام الداخلي للمحكمة العليا، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-278، المؤرخ في 14 أوت 2005، جريدة رسمية، عدد 55، مؤرخة في 15 أوت 2005.

أما بالنسبة للدفع المثار أمام القضاء الإداري، فإن محافظ الدولة هو الذي يمارس مهام النيابة العامة. وهو ما أكدت عليها المادة 15 من القانون العضوي المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وقواعد عمله وتنظيمه<sup>(1)</sup>. كما وجب التنويه إلى نقطة مهمة تتعلق بتمكين أطراف الدعوى الآخرين من مناقشة الدفع وإبداء ردودهم، والتي لم تنص عليها المادة 07 من القانون العضوي 16/18، إلا أن مبدأ الوجاهة وتكافؤ الخصوم في عرض طلباتهم ووسائل دفاعهم المنصوص عليها بالمادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو الشريعة العامة في الإجراءات تفترض استيفاء هذا الإجراء بتمكين الأطراف مهما كانت طبيعتها من مناقشة الدفع المثار من الخصم.

### الفرع الثاني: البت في الدفع بعدم الدستورية

بعد انتهاء القاضي من إجراءات التحقيق واستطلاع رأي الجهات المعنية، يتوجه للبت في الدفع، حيث يتم الفصل عن طريق تشكيلة قضائية بحتة وهو ما عبرت عنه الفقرة الثانية من المادة 07 من القانون العضوي 16/18<sup>(2)</sup>. وفي الأخير، تفصل المحكمة بقاض فرد كأصل عام وهو ما نصت عليه المادة 15 من القانون العضوي 05-11 المعدل والمتمم: "تفصل المحكمة بقاض فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، ويستثنى من هذه الحالة، تشكيلة القسم التجاري والاجتماعي<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث: الآثار المترتبة على عملية الفحص الأولي

كنتيجة حتمية لهذا الفحص الأولي ستحكم المحكمة إما:

\* برفض إرسال الدفع إلى المحاكم الأعلى درجة (المركزية)، حسب الحالة وتبليغ الأطراف بذلك ولا يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن في القرار الفاصل في الموضوع، أو جزء منه بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة<sup>(4)</sup>، بمعنى أنه لا يمكن الاعتراض عليه منفصلا ومستقلا عن الطعن في الموضوع.

\* أما في حالة استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 08 من القانون العضوي 16-18، يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية بموجب قرار مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة - حسب الحالة - خلال 10 أيام من صدوره، لإخضاعه للفحص المعمق قبل تقرير إرساله إلى المجلس الدستوري<sup>(5)</sup>، وفي هذه الحالة يتم إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية صدور قرار الجهة القضائية العليا، أو المجلس الدستوري في حالة إحالة

1 راجع المادة 15 من القانون العضوي 01-98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، جريدة رسمية، عدد 37، مؤرخة في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي 11-13، وكذلك القانون العضوي 18-02 المؤرخ في 04 مارس 2018، جريدة رسمية، عدد 15، مؤرخة في 07 مارس 2018.

2 سعودي نسيم، ضوابط الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، ملتقى وطني حول آليات حماية الدستور كأساس لبناء دولة القانون في الجزائر، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 25 أبريل 2019، ص 08.

3 سعودي نسيم، نفس المرجع، ص 09.

4 راجع المادة 09 الفقرة 02 من القانون العضوي 16-18، المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، جريدة رسمية، عدد 54، الصادرة في 05 سبتمبر 2018، ص 11

5 راجع المادة 09 الفقرة 01 من القانون العضوي رقم 18-16.

الدفء عليه، مع استمرار الجهة القضائية التي أثير الدفء أمامها في التحقيق، واتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة<sup>(1)</sup>، إلا أن القانون العشري قد استثنى من الإجراء الحالات التالية:

\* في حالة وجود شخص محبوس بسبب الدعوى.

\* إذا كانت الدعوى تهدف إلى وضع حد للحرمان من الحرية.

\* إذا كان القاضي ملزما بالفصل على سبيل الاستعجال أو في أجل محدد، عندما ينص القانون على ذلك.<sup>(2)</sup>

من بين الإيجابيات التي جاء بها هذا القانون، أنه على الرغم من أهمية الدفء المثار، إلا أنه من خلال هذه الأحكام ثبت أنه يسعى للحفاظ على الحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الدستور والمواثيق الدولية، ومن بينها الحق في الحرية.

### المطلب الثاني: مرحلة الفحص الدقيق والمعمق أمام الجهات القضائية المركزية

لقد أناط المؤسس الدستوري الجزائري أعلى هيئتين قضائيتين في البلاد، بعملية الغرلة الدقيقة للدفء التي تحال إليها من المحاكم الدنيا قبل إحالتها على المجلس الدستوري<sup>(3)</sup>، وهذا ما أكد عليه القانون العشري 18-16، حيث نص على أن كلا من المحكمة العليا ومجلس الدولة يقومان بفحص شروط إثارة الدفء وجديته من جديد بدقة أكثر، قبل إرساله إلى المجلس الدستوري. ومن هنا تظهر أهمية إجراءات معالجة الدفء بعدم الدستورية على مستوى المحكمة العليا ومجلس الدولة، باعتبارها المرحلة الثانية والأهم في سلسلة الإجراءات المتعلقة بالدفء، فضلا عن كونهما يضطلعان بضمان توحيد الإجتهااد القضائي في البلاد واحترام القانون.

### الفرع الأول: طرق إخطار المحكمة العليا ومجلس الدولة بالدفء بعدم الدستورية

إذا علمنا أن المجلس الدستوري يخطر بالدفء بعدم الدستورية عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فإن طرق إخطارها تين الأخيرتين تكون إما:

\* عن طريق حكم بإرسال الدفء إليها صادر عن محكمة أو مجلس قضائي، أو محكمة إدارية (حسب الحالة).<sup>(4)</sup>

\* أو عن طريق الاعتراض على حكم برفض إرسال الدفء، صادر عن محكمة ابتدائية أو مجلس قضائي أو عن محكمة إدارية، بمناسبة الطعن في الحكم أو القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه.<sup>(5)</sup>

\* عن طريق دفء يقدم أمام المحكمة العليا لأول مرة بمناسبة الطعن أمامها بالنقض<sup>(6)</sup>، أو أمام مجلس الدولة بمناسبة طعن بالنقض أو الاستئناف المقدم أمامه.<sup>(7)</sup>

1 راجع المادة 10 من القانون العشري رقم 18-16: في حالة ما إذا فصلت الجهة القضائية الدنيا في الموضوع دون انتظار القرار المتعلق بالدفء بعدم الدستورية وتم الاستئناف في قرارها ترجى جهة الاستئناف الفصل فيه.

2 راجع المادة 11 من القانون العشري 18-16.

3 راجع المادة 188 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

4 محمدي رواجي، الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفء بعدم الدستورية، ندوة وطنية حول الدفء بعدم الدستورية، الجزائر، يومي 10 و11 ديسمبر 2018، ص 04.

5 راجع المادة 07 من القانون العشري 18-16.

6 راجع المادة 09 الفقرة 02 من القانون العشري 18-16.

7 راجع المادة 02 الفقرة 2 من القانون العشري 18-16.

8 راجع المادتين 902 و903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، والمادة 11 من القانون العشري 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم بالقانون العشري 11-13 المؤرخ بتاريخ 26 جويلية 2011، المعدل والمتمم بالقانون العشري رقم 18-02.



\* أن يقدم الدفع أمام المحكمة العليا<sup>(1)</sup> أو مجلس الدولة<sup>(2)</sup> مباشرة خلال خصومة ينظران فيها في أول وآخر درجة. وفي هذه الحالة يفصلان في الدفع على سبيل الأولوية<sup>(3)</sup>، عملاً بأحكام المادة 14 من القانون العضوي 18-16، ويرجئان الفصل في الدعوى في حالة إحالة الدفع على المجلس الدستوري، إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 11 من نفس القانون، وهذه الحالة تعتبر استثناء على قاعدة ثنائية التصفية.

### الفرع الثاني: آجال الفصل في الدفع بعدم الدستورية

حددت المادة 13 من القانون العضوي 18-16 آجال فصل الدفع بعدم الدستورية بكل من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، في أجل شهرين ابتداء من استلام الإرسال المنصوص عليه في المادة 09 من هذا القانون. ويتم الإحالة إذا تم استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 08 من هذا القانون العضوي.

ما يلاحظ على هذه المادة أن الأجل المذكور فيها يتعلق بإخطار المحكمة العليا ومجلس الدولة عن طريق حكم بإرسال الدفع إليهما، صادر عن محكمة أول درجة فقط دون حالات الإخطار الأخرى، ولكن هذا لا يمنع من تطبيقها على بقية الحالات. ضف إلى ذلك أن هذه الإحالة ليست آلية وإنما تخضع لشروط موضوعية واردة بالمادة 08 من القانون العضوي، مثلها مثل الإحالة من المحاكم الدنيا على المحاكم المركزية بل وأكثر دقة وتركيزاً من سابقتها. أما بخصوص تجاوز الأجل المحدد بشهرين، فقد فصلت المادة 20<sup>(4)</sup> من القانون العضوي 18-16 في ذلك، بأن يحال الدفع تلقائياً على المجلس الدستوري، وذلك استثناءً بالقانون الفرنسي.

وأخيراً حدد القانون العضوي في المادة 19 منه أجل 10 أيام لإعلام الجهة القضائية المرسله للدفع، والأطراف المعنيين بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة، لتمكينهم من معرفة مآل الدفع وأثر ذلك على النزاع الأصلي، واتخاذهم الإجراءات اللازمة لذلك. وبالنسبة للتشكيكية التي تفصل في الدفع، فقد نصت المادة 15 من القانون العضوي 18-16 على أن قرار إرسال الدفع المنصوص عليه في المادة 09<sup>(5)</sup> يوجه إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، اللذان يستطلعان فوراً رأي النائب العام أو محافظ الدولة، وأضافت المادة 16 من نفس القانون أن الإحالة والفصل فيه يعود لتشكيكية خاصة يرأسها رئيس كل جهة قضائية (محكمة عليا أو مجلس دولة) أو نائبه - عند تعذر ذلك - وتتكون من رئيس الغرفة المعنية وثلاثة مستشارين يعينهم حسب الحالة الرئيس الأول للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، ويرجع السبب في تحديد تشكيكية خاصة إلى أهمية قرار الإحالة أو القرار برفض الإحالة بصفة خاصة، لأنه يؤثر على حقوق وحريات المواطن وعلى مآل النزاع، ولأنه الفاصل في وصول الدفع للمجلس الدستوري من عدمه فهو قرار مصيري.

1 راجع المادة 02 الفقرة 01 من القانون العضوي 18-16

7 راجع المادة 02 الفقرة 01 والمادة 14 من القانون العضوي 18-16.

3 محمدي رواجي، مرجع سابق، ص 08.

4 راجع المادة 20 من القانون العضوي 18-16.

محمد رواجي، مرجع سابق، ص 08.

5 محمد رواجي، نفس المرجع، ص 09.

### الفرع الثالث: إجراءات إعداد قرار الإحالة

عندما يتلقى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو مجلس الدولة الدفع بعدم الدستورية - مهما كانت طريقة الإخطار بالدفع-يقوم مباشرة باستطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب الحالة، بالإضافة إلى تمكين أطراف الخصومة التي أثير الدفع بمناسبةها من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة.<sup>(1)</sup> وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على كيفية استطلاع رأي النيابة أو محافظ الدولة، إلا أنه إعمالا بالمادة 05 من القانون العضوي 18-16، التي نصت على الرجوع إلى الأحكام العامة<sup>(2)</sup> بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الإجراءات الجزائية، فإن إجراءات وشكل وأجال استطلاع الرأي والملاحظات المكتوبة، تخضع لأحكام هذين القانونين مع مراعاة أجل شهرين المحدد للفصل في إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري. وللتنويه، فإن آجال تقديم الرأي والملاحظات يجوز أن تختصر عند الضرورة، لتمكين المحكمة العليا ومجلس الدولة من الفصل خلال أجل شهرين.

كما تجدر الإشارة أن التمثيل بمحام معتمد لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة خلال كل الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام الجهتين القضائيتين المركزيتين أمر وجوبي، تطبيقا لأحكام المادتين 558 و906 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باستثناء الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية. والمادة 505 فقرة 03 من قانون الإجراءات الجزائية، التي نصت على وجوب توقيع المذكرات المودعة أمام المحكمة العليا من طرف محام معتمد لدى هذه الجهة القضائية. وبصفة عامة تراعى قواعد المحاكمة العادلة في كل إجراءات معالجة الدفع إلى غاية الفصل فيه. وفي حال صدور قرار الإحالة، يرسل القرار إلى رئيس المجلس الدستوري مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف<sup>(3)</sup> وفي المقابل يتم إعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بهذا القرار، لتتخذ الإجراءات اللازمة في حالة الإحالة، وإرجاء الفصل في الدعوى أو برفض الإحالة ومواصلتها الفصل في الدعوى. بالإضافة إلى تبليغ أطراف الخصومة كذلك بالقرار، وكل ذلك في أجل 10 أيام كما سبق الإشارة إليه.

### الفرع الرابع: شكل القرار ومضمونه

لم يحدد القانون العضوي 18-16 شكل قرار الإحالة، إلا أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية - تطبيقا للمادة 05 من القانون العضوي- فإن قرار الإحالة الصادر من المحكمة العليا أو مجلس الدولة هو حكم قضائي يتكون من الديباجة وعرض الوقائع والإجراءات ثم الأسباب وأخيرا المنطوق<sup>(4)</sup> ويجب أن يكون القرار مسببا<sup>(5)</sup>، ورغم أن مسألة التسبب مفروغ منها، كونها واجبة في جميع الأحكام القضائية بموجب المادة 162 من الدستور، إلا أن المشرع الجزائري قد ذكرها في القانون العضوي وأكد عليها نظرا لخصوصية هذا

1 راجع المادة 15 من القانون العضوي 18-16.

2 راجع المادتين 05 و570 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 راجع المادة 17 من القانون العضوي رقم 18-16.

4 راجع المواد من 270 إلى 298 والمواد 888 و889 و916 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، والمادتين 521 و522 من قانون الإجراءات الجزائية.

5 المادة 17 من القانون العضوي 18-16 (يرسل إلى المجلس الدستوري القرار المسبب).

التسبب ودقته ومتانته، بالنظر إلى أهمية الموضوع المعالج وخطورته<sup>(1)</sup>، فالقول أن حكما تشريعا يحتمل فيه عدم الدستورية ويتطلب رأي المجلس الدستوري حول مدى دستوريته ليس بالأمر الهين، وبالتالي يتطلب قرارا مسببا تسببيا خاصا، ويعد ذلك مهما أكثر بالنسبة لقرارات رفض الإحالة.

ويهدف تسبب قرار تصفية الدفوع بعدم الدستورية، إلى تبيان أسباب ودوافع رفض مذكرة الدفع للمتقاضين، وضمان مبدأ المحاكمة العادلة لهم، وبالمقابل يبين تسبب قرار التصفية جملة الدوافع التي اعتمد عليها قضاة الموضوع لتكوين قناعتهم حول قبول مذكرة الدفع، إلا أن هذه الأسباب لا تلزم قضاة المجلس الدستوري في شيء، فقبول الدفع من طرف القضاء لا يعني قبوله بالضرورة من طرف المجلس الدستوري، الذي يدرس دستورية الحكم التشريعي حسب الأوجه المثارة والطلبات المحددة في مذكرة الدفع، وليس فقط حسب الأسباب الواردة في قرار الإحالة<sup>(2)</sup>. ولا يمكن لقضاة الموضوع سد القصور المحتمل في تسبب الدفع وإبداء الأسس السليمة لتأسيسه ولو كان ذلك بداعي مساعدة المتقاضين، لأن ذلك يخل بمركز الأطراف ومبدأ حياد القاضي، فضلا عن كونه يدفع القاضي لأن يحل محل المتقاضين في ممارسة حقهم بإخطار المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة، وهو ما يعد انحرافا عن إرادة المؤسس الحقيقية في تمكين الأفراد من حق تحريك الرقابة الدستورية عن طريق القضاء<sup>(3)</sup>. ومنه فإن قرار الإحالة على المجلس الدستوري الصادر على المستوى الثاني من التصفية لا يقبل أي طعن ضده<sup>(4)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه قد تم رفع أول بعدم الدستورية، ويتعلق الأمر بالقضيتين رقم 01-2019/د ع د والقضية رقم 02-2019/د ع د، اللتين تناولتا نفس الموضوع أي المادة 1/416 من قانون الإجراءات الجزائية، والتي تحرم المتقاضي من حقه في رفع استئناف في الحكم الصادر ضده بالنظر إلى العقوبة المحكوم بها عليه، وتعارض مع نص المادة 160 من الدستور التي تنص صراحة على أن القانون يضمن حق التقاضي على درجتين، وقد تمت معالجة الدفع على مرحلتين، ومن خلال استقراء قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2019/07/17، فإنه يلاحظ أنه قد تم إثارة الدفع أمام مجلس قضاء بجاية الذي تولى مهمة التأكد من شروط الدفع وجديته كمرحلة أولى للتصفية، ودليل ذلك ما ورد في القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء نصه كالآتي: "حيث أنه بموجب القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ 2019/06/12 فهرس رقم 19/0001 القاضي بإرسال الدفع بعدم دستورية مادة قانونية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا..."، أما الملاحظة الثانية تتعلق بتمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة (رغم أنهم لم يقدموها)، هذا وقد قدمت النيابة العامة طلبات مكتوبة التمسّت فيها إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري وهو ما سبق لنا الإشارة إليه فيما يتعلق بالأخذ برأي النيابة العامة، أما الملاحظة الثالثة تتعلق بمنطوق القرار الذي جاء فيه: "...ترسل نسخة من هذا القرار مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف المجلس الدستوري طبقا للمادة 17 من القانون العضوي 18-16... يخطر مجلس قضاء بجاية المعروض عليه

1 أكد المشرع الفرنسي شرط تسبب قرارات تصفية الدفوع المتعلقة بالمسألة الأولية الدستورية من خلال نص المادة 23 فقرة 02 من القانون العضوي 2009-1523 والمادة 23 منه.

2 أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، مرجع سابق، ص 119.

3 أوكيل محمد أمين، مرجع سابق، ص 119.

4 أوكيل محمد أمين، نفس المرجع، ص 120.

الملف ويبلغ الأطراف بهذا القرار طبقا للمادة 19 من القانون العضوي 18-16". وهو ما تم الإشارة إليه أعلاه تحت عنوان "إجراءات إعداد قرار الإحالة".

## الخاتمة:

من خلال هذا العرض، يتضح لنا ان المشرع الجزائري قد وضع ضوابط صارمة فيما يتعلق بمدى تأسيس الدفع بعدم الدستورية على مستوى الجهات القضائية الدنيا قبل إحالته على المحكمة العليا أو مجلس الدولة، متبنيا نظام التصفية الثنائية الذي يعتمد على تصفية طلبات الدفوع وانتفاء الجدية والمؤسسة فقط الجديرة بالإحالة على المجلس الدستوري، لتلافي إثقال المجلس بعبء النظر في الدفوع الغير مؤسسة أو الدفوع الكيدية التي تهدف الى إطالة إجراءات التقاضي أو عرقلة مآل الخصومة. وهو ما تأكد من خلال الممارسة العملية لآلية الدفع بعدم الدستورية حيث تمت إثارته أمام مجلس القضاء وبعد التأكد من شروط قبوله تمت إحالته على المحكمة العليا وفق الضوابط التي وضعها القانون العضوي 18-16، وهذه الأخيرة قامت بالتحقق من جديد من الشروط الواردة في المادة 08 من نفس القانون. وبعد التأكد منها أحالت ملف الدفع على المجلس الدستوري. وفي الأخير نخلص الى جملة من الملاحظات المهمة والتوصيات التي نتطلع الى الأخذ بها مستقبلا لتلافي الغموض حول بعض النقاط:

1- أول ملاحظة تتعلق بالمادة 05 من القانون العضوي 18-16، التي أحالت إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، يجب تعديل هذين القانونين حتى تتماشى أحكامهما مع الطبيعة الخاصة للدفع بعدم الدستورية، وتخصيص عنوان خاص لهذه الآلية تندرج ضمنه النصوص الإجرائية المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية.

2- بالنسبة للنيابة العامة ووكيل الجمهورية فالمؤسس الدستوري لم يعطهما حق إثارة الدفع بعدم الدستورية بطريقة صريحة، واقتصر القانون العضوي 18-16 على النص على ضرورة استشارتهما حول إرسال الدفع الى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب المادة 7 والمادة 15 من هذا القانون. وإذا ما استندنا الى التجارب المقارنة فقد أخرجتهما من مجال تحريك الدفع على غرار فرنسا والمغرب. إلا أن الصفة في إثارة الدفع بعدم الدستورية تعد قائمة في كل الاحوال بالنسبة للنيابة في الدعوى التي تكون طرفا فيها كالدعوى الجزائية والدعوى المنظورة أمام قضاة شؤون الأسرة والدعوى التي ينص القانون صراحة على رفع الدعوى المدنية من النيابة أو ضدها كما هو الحال في قضايا الجنسية أو الحالة المدنية، وذلك باعتبارها خصما ليس كغيرها من الخصوم في الدعوى العمومية وتحصر بصفة أولى على التطبيق السليم للقانون حتى ولو كان ذلك في مصلحة المتهم وان من مقتضيات التطبيق السليم للقانون استبعاد تطبيق نص تشريعي مخالف للدستور مما يمنحها صفة إثارة الدفع بعدم الدستورية ولو كان المستفيد من ذلك هو المتهم.

3- بالنسبة لشروط قبول الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء المنصوص عليها في المادة 8 من القانون العضوي 18-16، مصطلح الجدية يكتنفه الغموض حيث لا يوجد تعريف ثابت له لذلك لا بد ان يتم توضيح المقصود منه .

4- كان من المستحسن ترك فحص جدية الدفوع لهيئة متخصصة على مستوى المجلس الدستوري حتى لا يحتج بها كسبب في تعدي القضاء مرحلة الشروط الشكلية إلى تكوين شك جدي حول إمكانية انتهاك الحكم التشريعي

المعتز عليه للحقوق والحريات، التي يضمنها الدستور، فهذه مسألة دقيقة جدا لا يجوز للقضاء أن يحسم- في أسباب القرار- مسألة وجود انتهاك للدستور، وإلا اعتبر تعديا على صلاحيات المجلس الدستوري، وإنما يجوز له فقط القول أن هناك من العناصر ما يكفي لإحالة الدفع على المجلس الدستوري لتقديم رأيه بشأن مدى دستورية الحكم التشريعي، تاركا مسألة الجدية بطريقة غير مباشرة للمجلس الدستوري. ولعل السبب الحقيقي وراء تجاوز المحاكم المركزية لأجال البت في إحالة الدفع على المجلس الدستوري حتى تحال تلقائيا إليه، وهي تفادي النظر في جدية الدفع، وبالتالي تلافي التعدي على الاختصاص الأصيل للمجلس الدستوري. ومهما يكن فإن نظام ثنائية التصفية القائم على ضوابط شكلية وإجرائية وموضوعية صارمة وجدية كون المسألة تتعلق بالحقوق والحريات الأساسية التي يضمنها الدستور يسمح بتعزيز جدوى المرحلة القضائية في ضمان جودة الرقابة الدستورية.

#### التوثيق:

#### القوانين:

- (1) القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 07 مارس 2016.
- (2) الدستور الفرنسي 1958، المعدل بموجب القانون 724-2008 المؤرخ في 23 جويلية 2008.
- (3) القانون العضوي 02-18 المؤرخ في 04 مارس 2018، جريدة رسمية، عدد 15، مؤرخة في 07 مارس 2018.
- (4) القانون العضوي رقم 16-18، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، جريدة رسمية، عدد 54، الصادرة في 05 سبتمبر 2018.
- (5) القانون العضوي 05-11، المؤرخ في 17 جويلية 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي، جريدة رسمية، عدد 51، المؤرخة في 20 جويلية 2005، المعدل بالقانون العضوي 06-17، المؤرخ في 27 مارس 2017، جريدة رسمية، عدد 20، مؤرخة في 29 مارس 2017.
- (6) القانون العضوي 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم بالقانون العضوي 11-13 المؤرخ بتاريخ 26 جويلية 2011، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 02-18.
- (7) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل بالقانون 24-90 المؤرخ في 18 أوت 1990، المعدل بالقانون 10-19، جريدة رسمية، الصادرة في 11 ديسمبر 2019.
- (8) قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، جريدة رسمية عدد 76، المؤرخة في 23 أبريل 2008.
- (9) المرسوم الرئاسي رقم 05-278، المتضمن النظام الداخلي للمحكمة العليا، المؤرخ في 14 أوت 2005، جريدة رسمية، عدد 55، مؤرخة في 15 أوت 2005.

#### المجلات:

- (1) أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 32، العدد 02، جوان 2018.
- (2) أوكيل محمد أمين، نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وافق تطبيقه في الجزائر، مجلة صوت القانون، المجلد 04، العدد 03، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، 2017.

- (3) بن سالم جمال، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري، النموذج الفرنسي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2016، جامعة لونيبي علي، البليدة 2.
- (4) جبار عبد المجيد، الرقابة الدستورية للقوانين العضوية ورأي المجلس الدستوري المتعلق بقانوني الأحزاب السياسية والانتخابات، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 2، الجزائر، 2000.
- (5) حمريط كمال، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 03، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مارس 2018.
- (6) حميداتو خديجة، محمد بن محمد، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، جانفي 2018.
- (7) زوادي عادل، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 02، جامعة حمة لخضر، الوادي، جوان 2017.
- (8) علي عيسى اليعقوبي، تعديل 23 تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، عدد 27، سنة 2012.
- (9) مجلة المجلس الدستوري، عدد موضوعاتي يتعلق بالدفع بعدم الدستورية، العدد 08، الجزائر، 2017.

#### الكتب:

- (1) سعيد بوشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص ص 294، 295.
- (2) علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الدامغات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص 134.
- (3) عمرو أحمد حسبو، القوانين الأساسية المكملّة للدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 13.
- (4) محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، دراسة النظام الدستوري المصري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 131.
- (5) محمد منصور أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 31.

#### الملتقيات:

- (1) دغلاش عبد الكريم، معالجة الدفع بعدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، مركز الجزائر الدولي للمؤتمرات، الجزائر، يوم 10 ديسمبر 2018، ص ص 07، 08.
- (2) سعودي نسيم، ضوابط الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، ملتقى وطني حول آليات حماية الدستور كأساس لبناء دولة القانون في الجزائر، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 25 أفريل 2019، ص ص 08، 09.
- (3) محمدي رواجي، الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، ندوة وطنية حول الدفع بعدم الدستورية، الجزائر، يومي 10 و11 ديسمبر 2018، ص ص 02-08.

#### المحاضرات:

- (1) كوسة عمار، محاضرات في القضاء الدستوري، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2015.

## ضمانات القانون الدولي لحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره

## Guarantees Of International Law For The Palestinian People To Self-Determination

سليمة لدغش

رحيمة لدغش\*

جامعة زيان عاشور الجلفة

جامعة زيان عاشور الجلفة

[ladgchesalima@yahoo.fr](mailto:ladgchesalima@yahoo.fr)[drrahimala@gmail.com](mailto:drrahimala@gmail.com)

تاريخ القبول: 2020-06-16

تاريخ المراجعة: 2020-06-15

تاريخ الإيداع: 2020-03-18

**الملخص:**

يعتبر حق تقرير المصير حقا قانونيا يكون بمقتضاه لكل شعب الحق الكامل في تقرير مصيره، واختيار نظامه السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وبالتالي بسط سيادة هذا الشعب على الإقليم الذي يقيم عليه دون تدخل أجنبي. وبالنسبة للقضية الفلسطينية فإنه بداية من قرار الأمم المتحدة رقم 181 عام 1947 القاضي بالتقسيم، والذي قرر إقامة دولتين عربية ويهودية على أرض فلسطين وما تبعه من قرارات، إلى غاية عام 1969 أصبحت القضية تعالج من منطلق حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير.

وتتمحور إشكالية المقال حول الأسانيد القانونية الدولية التي تكرس حق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره، أما عن أهم النتائج المتوصل إليها؛ فتتمثل في أن حق تقرير المصير هو حق الشعب في حرية تقرير مركزه السياسي ومكانته في المجتمع الدولي، وأن كل انتهاك له هو انتهاك للسلم والأمن الدوليين، وأن بإدراجه في ميثاق الأمم المتحدة أصبح من المبادئ الأساسية للجماعة الدولية.

الكلمات المفتاحية: فلسطين؛ تصفية الاستعمار؛ الاستفتاء؛ حق تقرير المصير.

**Abstract:**

The right to self-determination is a legal right according to which all people have the full right to self-determination, to choose their political, economic and social system, and thus to extend the sovereignty of this people on the area on which they reside without interference foreign. As for the Palestinian question, it starts from the resolution n° 181 of 1947 of the United Nations, which prescribes the partition, which decided to create two Arab and Jewish states on the land of Palestine and the subsequent decisions, until 1969, the issue was addressed in terms of the right of the Palestinian people to self-determination.

The problem of the article revolves around the international legal foundations which enshrine the right of the Palestinian people to self-determination. As for the most important conclusions, it is that the right to self-determination is the right of the people to freedom to

\* المؤلف المراسل: رحيمة لدغش.

determine their political status and their position in the international community. And that any violation of it is a violation of international peace and security, and that its inclusion in the Charter of the United Nations has become one of the fundamental principles of the international community.

**Keywords :** Palestine; Decolonization; Referendum; Right to Self-determination.

#### مقدمة:

ارتبط حق تقرير المصير باحتلال الدول لأراضيها وما عانتها الشعوب من استعمار واضطهاد، ومع تطور قواعد القانون الدولي، وبروز معاهدات ومواثيق حقوق الإنسان، تنادي بحق الشعوب في التحرر من كافة أشكال الاستعمار، نالت أغلب الدول المستعمرة استقلالها، إلا أن هناك شعوب مازالت لم تتمكن من تقرير مصيرها وتحرير أراضيها، ونخص بالذكر الشعب الفلسطيني وشعب الصحراء الغربية، بالرغم من صدور قرارات دولية تؤكد حقها في تقرير مصيرها، وما أبدته أيضا محكمة العدل الدولية في تأكيد هذا الحق .

فحق تقرير المصير من المواضيع التي أهتم بدراسته فقهاء القانون الدولي، وذلك بالتطرق لتعريفه وتميزه عن المفاهيم المشابهة له، ومعرفة خصائصه، كما تم الاعتراف أن حق تقرير المصير السياسي من الضروري أن يرتبط بحق تقرير المصير الاقتصادي والاجتماعي والثقافي حتى يكتمل للدولة استقلالها التام . وقد تم الإقرار بهذا الحق في المواثيق الدولية والإقليمية، فتم تكريسها في ميثاق الأمم المتحدة وذلك بالنص عليه في المادة الأولى والمادة 55 ، وفي قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1514 في ديسمبر 1960، وفي المادة الأولى المشتركة بين العهدين الدوليين<sup>(1)</sup>، وفي المادة 20 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981.

ورود في البند الثامن من بنود الاتفاق المنبثق عن مؤتمر الأمن والتعاون الأوروبي الذي عقد في هلسنكي في 1975، تأكيد الدول المجتمعة حق الشعوب في تقرير مصيرها، كما عدت محكمة العدل الدولية في آرائها الاستشارية الحق في تقرير المصير حقا دوليا، وذلك في معرض تعرضها لقضايا ناميبيا في 21 جوان 1971، والصحراء الغربية في 16 أكتوبر 1975، وتيمور الشرقية في 30 جوان 1995. ورغم ذلك مازال حق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره موقوف التنفيذ.

ومما تقدم نطرح الإشكالية التالية: ما هي الأسانيد القانونية الدولية التي تركز حق الشعب الفلسطيني في

تقرير مصيره؟

المنهج المستخدم: إن المنهج المتبع في دراستنا لهذا الموضوع هو المنهج الوصفي والتحليلي، لكي نقوم بعرض المشكلة موضوع البحث، وتحليلها، ثم ترتيبها في نسق فكري قانوني، يكون صالحا لفهم موضوع ضمانات القانون الدولي لحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره، فاعتمدنا على المنهج الوصفي عند تطرقنا لتعريف حق تقرير المصير وخصائصه، وطبيعته، ومن جهة أخرى اعتمدنا على المنهج التحليلي عند تحليل الضوابط الناظمة لحق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره.

محاوّر المقال: للإجابة على الإشكالية المطروحة تم تأسيس المقال وفق مبحثين هما:

<sup>1</sup> العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966



المبحث الأول: مفهوم حق تقرير المصير

المبحث الثاني: الضوابط الناظمة لحق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير

### المبحث الأول: مفهوم حق تقرير المصير

نفصل في مفهوم حق تقرير المصير بتقديم تعريف له وبيان خصائصه، ثم طبيعة حق تقرير المصير كالاتي:

المطلب الأول: تعريف حق تقرير المصير

يعتبر حق تقرير المصير من الحقوق الأساسية في القانون الدولي العام والذي وافق عليه المجتمع الدولي، وقد تم إقراره في النصوص والمواثيق الدولية في أعقاب الحرب العالمية الثانية، ثم مافتاً أن تعزز أكثر فأكثر من خلال نصوص ومواثيق الأمم المتحدة والقرارات التي أصدرتها محكمة العدل الدولية<sup>(1)</sup> نبين تعريف تقرير المصير ثم بيان خصائصه، في الفرعين التاليين :

الفرع الأول: تعريف تقرير المصير لغة واصطلاحاً

نقدم تعريف تقرير المصير لغة ثم اصطلاحاً، كما يلي:

أولاً - تقرير المصير لغة: التقرير في اللغة يعنى جعل الشيء في قراره، وقررت عنده الخبر حتى استقر. أما المصير فقد قال بعضهم مصير إنما هو مَفْعِلٌ مِن صَارَ إِلَيْهِ الْأَمْرُ . وإجمالاً فإن تقرير المصير يدل على ترك الشيء من الآخر، والثبات والاستقرار والطمأنينة وطيب العيش<sup>(2)</sup>.

ثانياً - تقرير المصير اصطلاحاً:

هناك أكثر من تعريف لحق تقرير المصير لأنه من الصعب أن يتفق ساسة العالم على مفهوم موحد أو محدد، خاصة أن ميثاق الأمم المتحدة لم يوضح معنى أو مفهوم حق الشعوب في تقرير مصيرها واكتفى بالإشارة إليه في الفقرة الثانية من المادة الأولى التي تنص على: " مقاصد الأمم المتحدة هي :

2/ /إنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب

وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها، وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى الملائمة لتعزيز السلم العام".

والمادة 55 التي تنص " رغبة في تهيئة دواعي الاستقرار والرفاهية الضروريين لقيام علاقات سليمة ودية بين الأمم مؤسسة على احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها،...". ولم تقدم قرارات الأمم المتحدة توضيحاً كافياً لهذا الحق<sup>(3)</sup>.

ولقد أوضحت المادة الأولى المشتركة بين العهدين (العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد

الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية) عناصر هذا الحق وهذا ما نستخلصه من خلال نصها:

"1/ لجميع الشعوب حق تقرير مصيرها بنفسها. وهي بمقتضى هذا الحق حرة في تقرير مركزها السياسي وحررة في

<sup>1</sup> بن عمر ياسين، "حق تقرير المصير وحق الانفصال في القانون الدولي المعاصر"، مجلة العلوم والسياسية، جامعة حمة لخضر-الوادي، العدد 12، جانفي 2016، ص 243 .

<sup>2</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، بيروت، د ت، دار صادر، ص 91.

<sup>3</sup> عبد الناصر قاسم الفراء، "حق تقرير المصير للشعب الفلسطيني في ضوء الشرعية الدولية"، مجلة جامعة القدس المفتوحة، 2009، ص 7.

السعي لتحقيق نمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

2/ لجميع الشعوب، سعياً وراء أهدافها الخاصة، التصرف الحر بثرواتها ومواردها الطبيعية دونما إخلال بأية التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الاقتصادي الدولي القائم على مبدأ المنفعة المتبادلة وعن القانون الدولي. ولا يجوز في أية حال حرمان أي شعب من أسباب عيشه الخاصة.

3/ على الدول الأطراف في هذا العهد، بما فيها الدول التي تقع على عاتقها مسؤولية إدارة الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي والأقاليم المشمولة بالوصاية، أن تعمل على تحقيق حق تقرير المصير وأن تحترم هذا الحق، وفقاً لأحكام ميثاق الأمم المتحدة".

وعرف جانب من الفقه الدولي ومن بينهم الفقيه "Cobban" حق تقرير المصير أنه: "حق كل أمة في أن تكون ذات كيان مستقل، وأن تقوم بتقرير شؤونها بنفسها". وذهب الفقيه "Pierre cot" إلى أن حق تقرير المصير يعني حق كل شعب في ممارسة حريته في تحديد نظامه السياسي، وحرية في اختيار النظام الاقتصادي والسياسي والثقافي الذي يناسبه<sup>(1)</sup>.

يمكن الاستخلاص من هذين التعريفين بأن حق تقرير المصير يعني حق الشعب في حرية تقرير مركزه السياسي ومكانته في المجتمع الدولي، وتحقيق نمائه الاقتصادي والاجتماعي والثقافي دون تدخل أجنبي.

وقد أكدت لجنة القضاء على التمييز العنصري في دورتها الثامنة والأربعين في عام 1996<sup>(2)</sup>، أن هذا الحق يستند إلى مبدأ تساوي الحقوق، بحيث جاء في نص الفقرة الرابعة منها على: "وفيما يتعلق بحق الشعوب في تقرير مصيرها، ينبغي تمييز جانبيين. فحق الشعوب في تقرير مصيرها له جانب داخلي أي حق جميع الشعوب في السعي بحرية لتحقيق نماها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي من دون تدخل خارجي... ويعني الجانب الخارجي لحق تقرير المصير أن لجميع الشعوب الحق في حرية تقرير مركزها السياسي ومكانتها في المجتمع الدولي استناداً إلى مبدأ تساوي الحقوق وتأسيساً بتحرير الشعوب من الاستعمار وبمنع إخضاع الشعوب لاستعباد الأجنبي وسيطرته واستغلاله".

وربطت الجمعية العامة للأمم المتحدة بين حق تقرير المصير وحقوق الإنسان فأقرت بأن الانجاز الكامل لحق الشعوب في تقرير مصيرها هو الشرط الأساسي والضمان الفعلي لحقوق الإنسان والمحافظة عليه، وطالبت بالتحقيق العالمي لحق الشعوب في تقرير مصيرها والتي لا تزال تحت الاحتلال الأجنبي، وأدانت استخدام المرتزقة كوسيلة لانتهاك حقوق الإنسان وإعاقة الشعوب في تقرير مصيرها<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> قراراخي جميلة، مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها بين النظرية والتطبيق، مذكرة ماجستير في التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري -تيزي وزو-، 2009، ص 13.

<sup>2</sup> وثيقة الأمم المتحدة. A/51/18

<sup>3</sup> قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 84/15 لعام 1996، وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 113/52، وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 11/25 لسنة 1997.

محمد نعمان النحال و محمد رفيق الشويكي، "قبول فلسطين دولة غير عضو بالأمم المتحدة وأثره على حق تقرير المصير"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، العدد الأول، جانفي، 2015، ص 411.

إن حق الشعوب في تقرير مصيرها مرتبط بإزالة الاستعمار، وأن طرحه على الصعيد العالمي، كان يدخل ضمن نطاق الجهود الرامية نحو إنشاء دول جديدة على أسس قومية. لذلك فإن مفهوم هذا الحق مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالحفاظ على استقلال الشعوب. ولقد كان الساسة ينادون بحق الشعوب في تقرير مصيرها والامتثال له من خلال هذه الزاوية، إلا أن ذلك لا يعبر عن المفهوم الحقيقي لهذا الحق، انطلاقاً من كون هذا الأخير ليس مرادفاً للاستقلال، لأن ممارسته يمكن أن تؤدي إلى مركز سياسي غير الاستقلال، وأن الصلة بين هذين التعبيرين جلية، والاستقلال عادة هو الهدف النهائي الذي ترجو الشعوب تحقيقه، وهي تمارس حقها في تقرير مصيرها بنفسها<sup>(1)</sup>.

ومن المسلم به أنه لا يمكن الحديث عن حقوق الإنسان وإغفال الحق في تقرير المصير، لأنه من الحقوق الأساسية الواردة واللازمة في القانون الدولي. لأن حماية حقوق الأفراد لا تتم إلا بوجود هذا الحق، فالشعب الذي يتم إخضاعه لسيطرة أجنبية لن يتمكن من صد أي مبادرة عنف أو ظلم تقع على أفرادها مادامت حريته سالبة وبالتالي يصبح حق تقرير المصير شرطاً أساسياً لحماية حقوق الإنسان، وهو المنطلق الأول والأخير لممارسة كل الحقوق و الحريات الأخرى<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص تقرير المصير

تحدد مميزات حق تقرير المصير في الخصائص الآتية<sup>(3)</sup>:

الخاصة الأولى: كونه أحد حقوق الإنسان الأساسية، بل هو حجر الزاوية فيها، وهو أولوية وشرط ضروري للحفاظ وتطبيق حقوق الإنسان الأخرى وكل الحريات الأساسية بما فيها الحقوق الثقافية، وهذا ما أكدته الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في لائحته رقم 637<sup>(4)</sup> في دورتها السابعة، المنعقدة بتاريخ السادس عشر ديسمبر سنة 1952 بعنوان: "حق تقرير المصير" وجاء فيها:

1- أن هذا الحق، شرط أساسي للتمتع الكامل بحقوق الإنسان الأساسية.

2- ينبغي على كل دولة عضو في منظمة الأمم المتحدة وفقاً للميثاق، أن تحترم حق تقرير المصير بالنسبة للدول الأخرى والمحافظة عليه.

3- على كل الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة أن تدعم حق تقرير المصير لجميع الشعوب والأمم.

إن ما أوصت به الجمعية لمنظمة الأمم المتحدة أمر منطقي، لأنه لا يمكن التمتع بحقوق الإنسان أو تطبيقها بدون تطبيق حق الشعوب في تقرير مصيرها، خاصة وأن حقوق الإنسان بطبيعتها غير قابلة للتجزئة، وتجد ضماناتها الطبيعية في حق الشعوب في حكم نفسها بنفسها، بل هي جزء لا يتجزأ منه وبالتالي فحق تقرير المصير هو الوسيلة الضرورية لتحقيق حقوق الإنسان في الميدان.

<sup>1</sup> قرارا جيميلة، المرجع السابق، ص 14 .

<sup>2</sup> هدا ج رضا، المقاومة والإرهاب في القانون الدولي"، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 122 .

<sup>3</sup> بوبكر خلف، حق تقرير المصير الثقافي في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة -الجزائر-، 2010، ص ص 26-27 .

<sup>4</sup> لائحة الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة رقم 637 في دورتها السابعة، المنعقدة بتاريخ السادس عشر ديسمبر سنة 1952 A/RES/637(VII)A-C

الخاصة الثانية: هو حق جماعى بئنا حقوق الإنسان الأخرى بصفة عامة ففى حقوق فردية، والحق الجماعى هو الحق الذى يتمتع به الأفراد المنتمون إلى جماعة ما، مثل الأمة، الشعب، السكان، الأقلية، أو بمعنى آخر، هم مجموعة الأفراد الذين تربطهم مع غيرهم رابطة معينة كالشعور بالوحدة المعنوية، بالنسبة لأعضاء الأمة، أو رابطة الجنسية بالنسبة لأفراد الشعب، أو رابطة الإقامة على إقليم الدولة بالنسبة للسكان، أو رابطة الانتماء للغة أو الدين أو العرق أو الأصل بالنسبة للأقلية، أى لهم نفس الصفات التى يمكن أن تنشئ مجموعة، مثل حق الشعب فى تقرير المصير الثقافى. أما الحقوق الفردية، ففى الحقوق التى يتمتع بها الشخص كفرد فى جماعة مثل حق الفرد فى التثقف والعمل والصحة<sup>(1)</sup>.

الخاصة الثالثة: أنه قاعدة قانونية ملزمة، حيث تواتر النص عليه فى المواثيق والمعاهدات الدولية، وكذلك القرارات الأممية، وأجمع الفقه المعاصر على اعتبار حق الشعوب فى تقرير المصير قاعدة من القواعد القانونية الدولية الأمرة التى تنظم العلاقات الدولية، وكل اتفاق أو فعل معارض له يعتبر لاغياً، لهذا دأب التطبيق الدولى على اعتماده فى الكثير من المناسبات، وأصبح الوسيلة القانونية الناجحة، التى نالت من خلالها البلدان والشعوب المشمولة بنظام الوصاية، وغير المتمتعة بالحكم الذاتى، والمحتلة، حقها فى الاستقلال، مازالت بعض الشعوب لم تتحقق لها هذه الغاية بعد، مثل الشعب الفلسطينى الذى ظل يعانى من الاحتلال الصهيونى منذ الأربعينيات من القرن الماضى، والشعب الصحراوى الذى يعانى من الاحتلال المغربى، والشعب العراقى والأفغانى اللذان ابتليا بالاحتلال الأمريكى فى السنوات الأخيرة<sup>(2)</sup>.

الخاصية الرابعة: أن كل انتهاك له هو انتهاك للسلم والأمن الدوليين، ينبى على ذلك تدخل مجلس الأمن أو الجمعية العامة بدرجة أقل، بعد التأكد من وجود هذا الانتهاك للسلم والأمن الدوليين، أو وجود تهديداً لهما وفقاً للفصل السادس من الميثاق ومجلس الأمن حق التصرف واتخاذ ما يراه مناسباً من الإجراءات أو العقوبات قبل حدوث الانتهاك بناء على الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، هذا الأخير الذى لم يوضح معنى هذا الانتهاك، وهذا حتى يترك المجال واسعاً لمجلس الأمن ليقرر ما يراه مناسباً فى كل حالة على حدا<sup>(3)</sup>.

بحيث نصت المادة 39 منه على: " يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم فى ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين 41 و42 لحفظ السلم والأمن الدولى أو إعادته إلى نصابه".

### المطلب الثانى: طبيعة حق تقرير المصير

ثار الجدل حول الطبيعة القانونية لحق تقرير المصير وهل هو حق أم مبدأ، علمًا أن ميثاق الأمم المتحدة أسبغ عليه هاتين الصفتين. فمن المؤكد أنه قبل الحرب العالمية الأولى لم يكن إلا مبدأ سياسياً يفتقر إلى الصفة الإلزامية. أما بعد الحرب العالمية الأولى وقبل إقراره فى ميثاق الأمم المتحدة فإن هناك من يرى أنه كان معترفاً به كمبدأ عرفى نشأ بالاتفاق بين الدول.

<sup>1</sup> محمد نعمان النحال ومحمد رفيق الشوبكى، المرجع السابق، ص 415.

<sup>2</sup> بوبكر خلف، المرجع السابق، ص 28.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

وبالرغم مما ذكر من معاهدات دولية إلا أن اتفاقاً في الفقه الدولي رأى في هذا المبدأ قبل ميثاق الأمم المتحدة أنه عبارة عن مبدأ سياسي لا يتمتع بقوة ملزمة. إلا أن الأمر اختلف بعد إقرار ميثاق الأمم المتحدة بشأن القيمة القانونية لحق تقرير المصير إذ ظل فريقاً من الفقه يصر على عدم إلزامية حق تقرير المصير وعدم اعتباره حقاً قانونياً، وذهب فريق آخر إلى اعتباره حقاً قانونياً ملزماً.

وبالنظر إلى تطور حق تقرير المصير ومنذ الإرهاصات الأولى لهذا الحق يلاحظ التردد الكبير الذي صاحب آراء بعض الدول ذات الأهمية وأبرز مثال على ذلك المملكة المتحدة على اعتبار أنه غامض يصعب تحديد المقصود به، كما أنه يمس السيادة، وعلى ذلك لم تكن لتقبل مبدأ تقرير المصير على أنه مبدأ قانوني وإنما على أنه مبدأ سياسي وأيدها في ذلك جزء من الفقه الدولي نظراً للاعتبارات السابقة حتى بعد صدور ميثاق الأمم المتحدة واعتبر في وجهة نظر هذا الجزء من الفقه على أنه شكل تدخل في الشؤون الداخلية للدول وهذا ما تحرمه الفقرة السابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة. ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأنه ليس لحق تقرير المصير سوى قيمة سياسية أو أدبية ولا يترتب عليه أي قيمة قانونية ملزمة إذ أن الميثاق عبر عنه أحياناً بطبيعة مبدأ وليس حق، كما وأن أعمال هذا الحق يقتضي تحديد مضمون أفكار غير قانونية كالشعب أو السكان أو الأمة<sup>(1)</sup>.

إلا أن غالبية الفقهاء تؤكد على القيمة القانونية الملزمة لحق الشعوب في تقرير مصيرها وكذلك الدول. ويرى هذا الرأي أن هذا الحق قد استقر وأنه الشرط الأساسي لكافة حقوق الإنسان والحريات الأساسية ويذهب هذا الرأي إلى أن الحق في تقرير المصير بإدراجه في ميثاق الأمم المتحدة وفي العهدين الدوليين، وبتحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية، وانحسار حركة الاستعمار قد غدا من المبادئ الأساسية للجماعة الدولية ذات الطبيعة القانونية الملزمة، ولم يعد مجرد مبدأ سياسي أو أخلاقي وذلك لوجود الصلة القوية والرابطة المتينة بين هذا الحق وبين الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، ومن ثم فإن هذا الحق يتمتع بصفة مزدوجة ذات طبيعة قانونية ملزمة وذات بعد سياسي وهذا لا يضعف من القوة الإلزامية لهذه الحقوق والمبادئ<sup>(2)</sup>.

إن الحجة التي يمكن الاستناد عليها للقول بالإلزامية هذا الحق ترتكز على مضمون المادة 103 من الميثاق، التي تعتبره من فصيلة القواعد الآمرة. والتي تنص على: "إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء "الأمم المتحدة" وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق".

ويمكن أن نستند في هذا الشأن على التعريف الذي جاء في نص المادة 53 من اتفاقية فيينا للقانون المعاهدات لعام 1969 التي تنص: " تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي. لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالقاعدة الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة

<sup>1</sup> عبد الرحمن أبو النصر، "مشروعية استخدام القوة بشأن حق تقرير المصير وعلاقته بالإرهاب"، مجلة جامعة الأزهر بغزة، العدد الأول، 2006، ص 135.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 135.

المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات الطابع".

وفي معرض الرد على الرأي الأول الذي لا يرى من هذا الحق إلا مبدأً سياسياً، فإن هذا كما سبق ذكره قد ورد في ميثاق الأمم المتحدة والعهدين وأن أحكام الميثاق غير قابلة للتجزئة وأن مبدأ تقرير المصير يرتبط أساساً بمبادئ أخرى أهمها مساواة الشعوب في الحقوق وهما عنصران يكونان لقاعدة واحدة وهذه القاعدة مرتبطة بقاعدة عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول والشعوب، مما يترتب عليها أن لكل شعب حرية اختيار نظامه السياسي والاقتصادي والثقافي<sup>(1)</sup>.

كما ويرتبط مبدأ حق تقرير المصير بتحريم اللجوء للقوة أو التهديد باستخدامها والتي تشكل أساس العلاقات الدولية بعد الحرب العالمية الثانية.

كما لا يجوز لأي دولة من الدول أن تتذرع بالبعد السياسي لهذا الحق كي تتحلل من الإلزام القانوني مهما كانت مبرراتها التي تستند إليها، وهي مبررات واهية غامضة تحتاج إلى إيضاح، كما أنه لا يعيب الحق أنه في حاجة إلى تفسير في بعض الأحيان وهذه مهمة التفسير في النظام القانوني. وهذا الدور التفسيري قامت به قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي ينظر إليها على أنها توصيات<sup>(2)</sup>.

وحق تقرير المصير يحمل الصفتين: فمن جهة يعتبر قاعدة تتفرع عنها العديد من القواعد التفصيلية وذلك كقاعدة حق الشعوب في السيطرة على ثرواتها، ومن ثم ارتباط هذا الحق بالعديد من الحقوق والتي ينبثق عن كل منها قواعد تفصيلية عديدة، وهذا أدى إلى أن البعض الذي يعارض صفة القوة الإلزامية لهذا الحق أن ميثاق الأمم المتحدة وصفه بالمبدأ ولم يصفه بالحق – بالرغم أن هذا غير صحيح – فالميثاق وصفه بالصفتين معاً<sup>(3)</sup>. فهو يعتبر كذلك حق أي محل حماية قانونية، وعلى ذلك فإن حق تقرير المصير يعتبر أساساً للعديد من الحقوق المتفرعة عنه وتتمتع بنفس القوة الإلزامية ومن ثم يجب تفسير هذا الحق وفقاً لهذه الأسس التي تتفرع عنه، بما فيها الحقوق السياسية والاقتصادية والثقافية. وهذا ما اعتبره البعض يمثل غموضاً وتأثيراً على السيادة وعلى الدول القائمة.

إن القواعد التفسيرية لهذا الحق وكذلك الظروف التاريخية التي صاحبت نشوء هذا الحق هي التي تحدد مكوناته. وإن كان هذا الحق ليس جامداً فإنه قادراً على التكيف مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمع الدولي، والتي يمكن أن تؤدي دوراً هاماً في تفاصيله مع الحفاظ على جوهره الأساسي<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> بوبكر خلف، المرجع السابق، ص 33.

<sup>2</sup> عبد الرحمن أبو النصر، المرجع السابق، ص 136.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

<sup>4</sup> محمد نعمان النحال و محمد رفيق الشوبكي، المرجع السابق، 416.

إن هذا الحق - حق تقرير المصير - كان من أكثر الحقوق فعالية وتأثيراً على بنيان التنظيم الدولي، كما كان من أكثر الحقوق تطوراً ونموً ليتلاءم مع مرونة قانون التنظيم الدولي وتطوره، ويستجيب لنمو فكرة المجتمع الدولي وتطورها أيضاً.

وبالنظر لأهمية حق تقرير المصير في القانون الدولي فإنه يستحق أن يوصف بأنه قاعدة من "القواعد الدولية الآمرة" وفقاً لما عبرت عنه المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. إذ أن ميثاق الأمم المتحدة قد أورد ذكر هذا الحق في (المادة الأولى والمادة 55) كما ورد ذكر هذا الحق في المادة الأولى المشتركة من العهدين الدوليين لعام 1966. ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى القرار رقم 1514 والذي اتخذته الجمعية العامة عام 1960 والخاص بإعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة. كما وأن معظم دول العالم المستعمرة قد نالت استقلالها وأصبحت أعضاء في الجماعة الدولية تطبيقاً لهذا الحق. كما وأن الجمعية العامة للأمم المتحدة أكدت على هذا الحق في العديد من قراراتها سواء بشأن بعض القضايا التي تناولتها في قراراتها، ويبرز ذلك واضحاً بشأن القضية الفلسطينية أو في العديد من القرارات الأخرى ذات الطبيعة القاعدية، كالقرار الخاص بإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة وذلك في القرار رقم 2625 (25) بتاريخ 4 نوفمبر عام 1974<sup>(1)</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن هذا الحق يختلف عن الحقوق الفردية للإنسان، ليس فقط لأنه تولد مباشرة من مبدأ من مبادئ الأمم المتحدة، بل أيضاً لأن التمتع بهذا الحق يتوقف عليه التمتع بكافة الحقوق الأساسية الأخرى للإنسان ومن ثم يعد بمثابة "الأب" لكافة هذه الحقوق الأساسية<sup>(2)</sup>.

إن هذه التطورات القانونية تؤكد المركز القانوني الذي يتمتع به حق تقرير المصير بأنه من القواعد الدولية الآمرة مما يترتب على ذلك ما يلي<sup>(3)</sup>:

1- إن مخالفة قاعدة تقرير المصير يمثل جريمة دولية إذ أن لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة ذكرت أنه من الجرائم الدولية الانتهاك الحاد للإلزام دولي ذو أهمية أساسية لحماية حق تقرير المصير مثل تأسيس أو إبقاء الحكم الاستعماري بالقوة.

2- كما وأن من حق الشعوب أن تعمل على نيل هذا الحق بكافة السبل السلمية وإذا لم تستطع فلها الحق القانوني في الكفاح المسلح من أجل إعمال هذا الحق.

- وإعمالاً لنصوص معاهدة فيينا لقانون المعاهدات في المادة (53) فإن أي معاهدة دولية يتم إبرامها مخالفة لحق تقرير المصير فإنها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً.

<sup>1</sup> عبد الرحمن أبو النصر، المرجع السابق، ص 136.

<sup>2</sup> علي حسين علوان، "حماية الأقليات وفقاً لمبدأي حق تقرير المصير والتدخل الإنساني"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، العدد الثامن عشر، 2008، ص 972.

<sup>3</sup> عبد الرحمن أبو النصر، المرجع السابق، ص 138.

## المبحث الثاني: الضوابط الناظمة لحق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير

نتطرق في هذا المبحث للضوابط الناظمة لحق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير من خلال نظرية التوارث الدولي، واستناداً للقرارات الدولية ومن خلال رأي محكمة العدل الدولية كما يلي:

### المطلب الأول: حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير استناداً لنظرية التوارث الدولي

يعتبر حق تقرير المصير من الحقوق المهمة التي تقرها قواعد القانون الدولي، فهو يرتب للشعوب حقوقاً ويرتب للدول التزامات ذات طبيعة قانونية دولية، وهو حق دولي جماعي لأنه مقرر للشعوب دون أن يقتصر على فئة أخرى من شعوب العالم، فهو يشمل جميع الشعوب سواء أكانت مستقلة أم غير مستقلة. وعلى أثر هزيمة الدولة العثمانية في الحرب العالمية الأولى، بدأت الأقاليم العربية تتشكل كدول وتطالب بخروج القوات الأجنبية منها، وذلك استناداً لمبدأ التوارث الدولي الذي يعني حلول دولة محل دولة أخرى فيما يتعلق بتحمل الالتزامات والمسؤوليات الدولية. وقد أقرت معاهدات الصلح لعام 1919 حق الشعوب العربية في الاستقلال استناداً لهذا المبدأ، فأقرت نظام الانتداب الذي يعني أن وجود الدول الكبرى المنتدبة غايته فقط مساعدة الشعوب في تحقيق الاستقلال<sup>(1)</sup>.

وبناءً على نظام الانتداب الذي أوجدته معاهدات الصلح لعام 1919، وضعت فلسطين تحت الانتداب البريطاني في 1921. وهو ما سمي بالانتداب من درجة (أ)، إلا أن صك الانتداب على فلسطين لم يراع في مضمونه أحكام الفقرة الثالثة من المادة 22 من عهد عصبة الأمم، ونفذ بطريقة تسمح للحركة الصهيونية من إنشاء وطن قومي لليهود في فلسطين، كما تجاهلت سلطة الانتداب أحكام المادتين (5.6) من صك الانتداب، اللتان أكدتا على حماية حقوق الشعب العربي الفلسطيني في ملكية ثرواته وسلامة وحدة أراضيه، كما سهلت سيطرة الحركة الصهيونية عليها<sup>(2)</sup>. وجاءت هيئة الأمم المتحدة لتكمل أعمال العصبة، فجاء قرار التقسيم رقم (181) الصادر عن الجمعية العامة عام 1947 والذي قضى بتقسيم فلسطين إلى دولتين<sup>(3)</sup>.

1/ دولة عربية: تبلغ مساحتها حوالي 4,300 ميل مربع (11,000 كم<sup>2</sup>) ما يمثل 42.3% من فلسطين وتقع على الجليل الغربي، ومدينة عكا، والضفة الغربية، والساحل الجنوبي الممتد من شمال مدينة أسدود وجنوباً حتى رفح، مع جزء من الصحراء على طول الشريط الحدودي مع مصر.

2/ دولة يهودية: تبلغ مساحتها حوالي 5,700 ميل مربع (15,000 كم<sup>2</sup>) ما يمثل 57.7% من فلسطين وتقع على السهل الساحلي من حيفا وحتى جنوب تل أبيب، والجليل الشرقي بما في ذلك بحيرة طبريا وإصبع الجليل، والنقب بما في ذلك أم الرشراش أو ما يعرف بإيلات حالياً.

<sup>1</sup> محمد نعمان النحال ومحمد رفيع الشوبكي، المرجع السابق، ص 412.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 412- 413.

<sup>3</sup> أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في نوفمبر/تشرين الثاني 1947 قراراً يقضي بتقسيم فلسطين إلى دولتين، عربية ويهودية، وذلك بموافقة 23 دولة ورفض 13، وامتناع عشر دول عن التصويت.



### 3/القدس وبيت لحم والأراضى المجاورة، تحت وصاية دولية.

وبهذا المفهوم فإن السياسة الدولية التى زرعتها عصبة الأمم ساهمت أيضا فى وأد حق الشعب الفللسطىنى فى تقرير مصىره، إلا أن هذا الشعب رفض هذا الإجحاف وهذا الظلم، وعبر عن ذلك بإشعال العديد من الثورات والانتفاضات منها ثورة 1920، وثورة 1921، وثورة 1929، و1933، و1936، و1939، ورفض الهجرة اليهودية إلى فلسطين، ورفض وعد بلفور والانتداب البريطانى، وقدمّ وما زال يقدمّ الشهداء ، معلناً للعالم بأنه لن يستسلم ولن يقبل حياة الذل والهيمنة الصهيونية المجحفة حتى تقوم الدولة الفللسطىنية وعاصمتها القدس الشريف<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثانى: حق الشعب الفللسطىنى فى تقرير المصير استناداً للقرارات الدولية

مع قيام الأمم المتحدة أصبح مبدأ تقرير المصير مبدأ قانونياً ملزماً، ومن القواعد القانونية الآمرة. فقد تضمن ميثاق الأمم المتحدة نصاً صريحاً لحق الشعوب فى تقرير المصير، وكان ذلك بفضل التعديلات التى اقترحتها الوفد السوفياتى على المؤتمر<sup>(2)</sup>، وبذلك فقد نص الميثاق على حق تقرير المصير بشكل صريح فى الفقرة الثانية من المادة الأولى<sup>(3)</sup> التى عدت من مقاصد الأمم المتحدة، كما جاء فى المادة 55 الأساس لإيجاد شروط الاستقرار والرفاهية اللازمين لعلاقات الصداقة والسلام بين الأمم. كما أنه الحق الذى تلتزم الدول الأعضاء الاسترشاد به فى علاقاتها مع الأمم الأخرى.

كذلك لقي حق تقرير المصير مكاناً فى العديد من الوثائق الدولية مثل إعلان مبادئ القانون الدولى العام 1970، ووثيقة هلنسكى الختامية لمؤتمر الأمن والتعاون فى أوروبا لعام 1975، التى أخذت بعين الاعتبار خصائص تطور تقرير المصير للشعوب الأوروبية، حيث يؤكد البند الثامن منها على مبدأ المساواة بين الشعوب وحقها فى التصرف بمصيرها، فالدول المشاركة فى المؤتمر تعترف بحق الشعوب كافة فى تقرير المصير، انطلاقاً من مبدأ المساواة وحق الشعوب فى التصرف بمصيرها، وبالتالي تملك كافة الشعوب دائماً الحق فى تقرير وضعها السياسى الخارجى والداخلى<sup>(4)</sup>.

لقد استمر النضال الفللسطىنى، واستمر الصراع العربى - الإسرائيلى، وقامت الحروب؛ حرب 1948، 1956، 1967، 1973 و1982، بالإضافة إلى الثورات، كل هذا ساعد فى كشف الحقيقة أمام المجتمع الدولى، وبهذا تطور موقف الأمم المتحدة تجاه القضية الفللسطىنية وحق الشعب الفللسطىنى فى تقرير مصىره، وترجم هذا الموقف عملياً من خلال

<sup>1</sup> عبد الناصر قاسم الفراء، المرجع السابق، ص 29.

<sup>2</sup> نايف حامد العليمات: جريمة العدوان فى ظل المحكمة الجنائية الدولية، لطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 91. نقلاً عن صباح درامنة، العنف الدولى وحق الشعوب فى المقاومة بين الفقه الإسلامى والقانون الدولى العام"، مذكرة ماجستير فى الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2010، ص 111.

<sup>3</sup> أنظر المادة الأولى الفقرة 2.

<sup>4</sup> ديب عكاوي، الآفاق القانونية الدولية لإعادة تكرار حق الشعوب والأمم فى تقرير المصير، مجلة أسوار، 1997، ص 116. نقلاً عن صباح درامنة،

المرجع السابق، ص 118.

القرارات التي أصدرتها الأمم المتحدة خاصة قرارات الجمعية العامة<sup>(1)</sup>، حيث صدر عن الجمعية العامة قرارات عديدة تقر بحقوق الشعب الفلسطيني غير القابلة للتصرف بشكل عام وحق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير على وجه الخصوص، ومنها<sup>(2)</sup>:

- قرار الجمعية العامة رقم 2649 لسنة 1970 بإدانة إنكار حق تقرير المصير لشعب فلسطين .  
- قرار الجمعية العامة رقم 2672 لسنة 1970 بالاعتراف لشعب فلسطين بحق تقرير المصير والطلب من إسرائيل اتخاذ خطوات فورية لإعادة المشردين.

- قرار الجمعية العامة رقم 3236 سنة 1974 حيث كان من أهم الوثائق التي أكدت الحقوق الأساسية للشعب الفلسطيني، خاصة؛ الحق في تقرير المصير دون تدخل خارجي، والحق في الاستقلال والسيادة الوطنيين، وحق الفلسطينيين غير القابل للتصرف في العودة إلى ديارهم وممتلكاتهم التي شردوا منها واقتلعوا منها، وتطالب بإعادتهم.

وتابعت الجمعية العامة إصدار قراراتها بشأن الشعب الفلسطيني وحقه في تقرير مصيره، وأضافت إلى هذا الحق ما يزيده قوة وصلابة وأهمية متعاضمة، ففي السادس من ديسمبر 1971، أصدرت الجمعية القرار رقم 2972 نص القرار على أن الجمعية تُعبر عن قلقها العظيم لعدم السماح لشعب فلسطين بالتمتع بحقوقه الثابتة، وحقه في تقرير المصير<sup>(3)</sup>.

وزادت الجمعية العامة الأمر وضوحاً وتحديداً في القرار رقم 3089 الصادر في ديسمبر 1973، وقد أكدت الأمم المتحدة من جديد على أن للشعب الفلسطيني حقوقاً متساوية، وأن له الحق في تقرير مصيره على أساس ميثاق الأمم المتحدة. وما نلاحظه من خلال هذا القرار أن عدد الدول التي تؤيد حق تقرير المصير في تزايد، إذ صوت لهذا القرار 87 دولة، وعارضته ست دول، وامتنعت عن التصويت 33 دولة. ولعل القرار رقم 3210 الصادر في 14 أكتوبر عام 1974، هو الأكثر أهمية وتكاملاً في تجسيد وإبراز حق تقرير المصير للشعب الفلسطيني، لأن القرار نص على أن الشعب الفلسطيني هو الطرف الأساسي المعني بقضية فلسطين، وعلى أثر ذلك دُعيت منظمة التحرير الفلسطينية للمشاركة في مناقشات الجمعية العمومية أو العامة للأمم المتحدة حول القضية الفلسطينية<sup>(4)</sup>.

كذلك فإن الجمعية العامة قامت بتقديم أكبر خطوة في تاريخها حتى عام 1974، حيث أصدرت القرار رقم 3236 في 22 نوفمبر 1974، وحمل هذا القرار عنوان: " قرار حقوق الشعب الفلسطيني "، ومنذ صدوره أصبح الوثيقة السياسية والقانونية والتاريخية للقضية الفلسطينية، وأصبح القاعدة والمحور الأساسي للمحاور الفلسطينية التي ينطلق منها من أجل إحقاق الحق، وأصبح الأساس الذي تنطلق منه الجمعية لمعالجة القضية الفلسطينية، خاصة حق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره، ونص القرار على العديد من النقاط البالغة الأهمية،

<sup>1</sup> عبد الناصر قاسم الفراء، المرجع السابق، ص 33 .

<sup>2</sup> محمد نعمان النحال و محمد رفيق الشوبكي، المرجع السابق، ص 414.

<sup>3</sup> عبد الناصر قاسم الفراء، المرجع السابق، ص 34.

<sup>4</sup> عبد الناصر قاسم الفراء، المرجع السابق، ص 34.

وكان أهمها أن مُنحت منظمة التحرير الفلسطينية صفة عضو مراقب دائم في الجمعية العامة، وهذا مكن المنظمة من حضور جميع المؤتمرات والوكالات المتخصصة التي تشرف عليها الجمعية العامة<sup>(1)</sup>.

وقد طلبت الجمعية العامة من مجلس الأمن اتخاذ الإجراءات القانونية ضد إسرائيل، في حال عدم تنفيذها قرار الجمعية العامة، إلا أن مجلس الأمن لم يستجيب، والسبب في ذلك هو ما يتمتع به الأعضاء الخمسة الدائمين في المجلس من صلاحيات مثل حق النقض (الفيتو) الذي تستخدمه الولايات المتحدة الأمريكية لصالح إسرائيل، في حال تفكير المجلس باتخاذ أي عقوبات ضدها. وفي 15 ديسمبر عام 1980، أصدرت القرار رقم 169/35، وفيه أشارت الجمعية إلى جميع قراراتها السابقة التي تحدثت فيه عن حق تقرير المصير للشعب الفلسطيني، ولاحظت بقلق شديد عدم امتثال إسرائيل لهذه القرارات وبالتالي عدم تحقيق حل عادل لمشكلة فلسطين، لأن هذه المشكلة ما زالت تؤدي إلى تفاقم النزاع في الشرق الأوسط، وإلى تعريض السلم والأمن الدوليين للخطر<sup>(2)</sup>.

وقد اعترفت الجمعية العامة للأمم المتحدة بحقوق الشعب الفلسطيني غير القابلة للتصرف، مثل قرارها رقم 3236 الذي ينص على "إن الجمعية العامة، وقد نظرت في قضية فلسطين، وقد استمعت إلى بيان منظمة التحرير الفلسطينية ممثلة شعب فلسطين، وقد استمعت أيضا إلى بيانات أخرى أُلقيت خلال المناقشة، وإذ يقلقها عمق القلق أنه لم يتم حتى الآن التوصل إلى حل عادل لمشكلة فلسطين، واعترافا منها بأن للشعب الفلسطيني الحق في تقرير المصير وفقا لميثاق الأمم المتحدة، وإذ تعرب عن بالغ قلقها لكون الشعب الفلسطيني قد منع من التمتع بحقوقه غير القابلة للتصرف، لاسيما حقه في تقرير مصيره"<sup>(3)</sup>.

وإذ نسترشد بمقاصد الميثاق ومبادئه، وإذ تشير إقراراتها المتصلة بالموضوع والتي تؤكد حق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره:

حيث ينص هذا القرار على "التأكيد من جديد أيضا على حق الفلسطينيين غير القابل للتصرف في العودة إلى ديارهم وممتلكاتهم التي شردوا مكنها واقتلعوا منها وتطالب بإعادتهم، وتشدد على أن الاحترام الكلي لحقوق الشعب الفلسطيني هذه غير القابلة للتصرف، وإحقاق هذه الحقوق، أمران لا غنى عنهما لحل قضية فلسطين. وتعترف بأن الشعب الفلسطيني طرف رئيسي في إقامة سلم عادل ودائم في الشرق الأوسط وتعترف كذلك بحق الشعب الفلسطيني في استعادة حقوقه بكل الوسائل، فتمنح الشرعية القانونية المطلقة لهذا الشعب العمل على مقاومة المعارضين لهذه الحقوق الموصوفة بغير قابليتها للتصرف. وغير ذلك من القرارات التي أكدت بمجموعها على كفاءة

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 35.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص ص 34-36.

<sup>3</sup> صباح درامنة، المرجع السابق، ص 116.

حق الشعوب في تقرير مصيرها وتحديد الشعب الفلسطيني الذي يزال تحت الاحتلال الإسرائيلي والذي اعتبر من قبلها من الحقوق القابلة للتصرف<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: حق تقرير المصير للشعب الفلسطيني استناداً لرأي محكمة العدل الدولية

أكدت محكمة العدل الدولية في فتاوها الخاصة بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة<sup>(2)</sup> على أن حق تقرير المصير يعد واحداً من المبادئ الأساسية في القانون الدولي المعاصر، واعتبرت المحكمة أن حق تقرير المصير يعد حقاً ملزماً للجميع، وهذا يعني أن كل أعضاء الأمم المتحدة عليهم واجب تنفيذ هذا الحق، وأن لهم جميعاً مصلحة قانونية في حمايته. وأضافت المحكمة أن أحد الالتزامات التي أخلت بها إسرائيل هي الالتزام باحترام حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير. وأكدت المحكمة أيضاً في القرار نفسه بأنه لا غبار على الجزم بأن حق الشعوب في تقرير المصير بصيغته المنبثقة عن ميثاق الأمم المتحدة ومن ممارستها هو حق لجميع الناس<sup>(3)</sup>.

وأضافت المحكمة أن على كل دولة واجب العمل، مشتركة مع غيرها أو منفردة، على تحقيق مبدأ تساوي الشعوب في حقوقها وحقها في تقرير مصيرها بنفسها، وفقاً لأحكام الميثاق، وتقديم المساعدة إلى الأمم المتحدة في الاضطلاع بالمسؤوليات التي ألغها الميثاق على عاتقها فيما يتعلق بتطبيق هذا الحق. ونخلص من ذلك بأن محكمة العدل الدولية أكدت في فتاوها الخاصة بالجدار العازل الإسرائيلي أن إقامة الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة يشكل وبشدة عائقاً في ممارسة الشعب الفلسطيني لحقه في تقرير المصير، ويعد خرقاً لالتزام إسرائيل باحترام هذا الحق<sup>(4)</sup>.

لقد حصلت عملياً كافة الشعوب الواقعة تحت السيطرة الأجنبية على حقها في تقرير المصير، ومازال الشعب الفلسطيني يعاني من ويلات الاحتلال الإسرائيلي. ونجد أن هذا الحق ينطبق على الحالة الفلسطينية، لأن الأصل الثابت في القانون الدولي أن لكل شعب الحق في تقرير مصيره، ولذلك فالقيود السياسية هي التي أثقلت هذا الحق الذي يعتبر حقاً أصلياً للشعب ولا يلغى مهما طال زمن احتجابه بفعل القوة<sup>(5)</sup>.

ففي الوقت الذي يفرض فيه ميثاق الأمم المتحدة على الدول الامتناع عن استخدام القوة المسلحة في علاقاتها المتبادلة مع الدول الأخرى، فإنه وبالمقابل يجوز لأي دولة ردع أي عدوان على سيادتها ووحدتها الإقليمية واستقلالها السياسي، فمن حق الشعوب أن تستخدم القوة لردع العدوان، وهو ما لا يتعارض مع مبادئ القانون الدولي.

<sup>1</sup> نهاد عبد الإله عبد الحميد خفر: التمييز بين الإزهاق والمقاومة وأثر ذلك على المقاومة الفلسطينية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2004 - 2005، ص 60. نقلا عن صباح درامنة، المرجع السابق، ص 116.

<sup>2</sup> في الجلسة الثالثة والعشرين من الدورة الاستثنائية الطارئة العاشرة المنعقدة في 8 كانون الأول/ديسمبر 2003 قررت الجمعية العامة، في القرار ES-10/14 وفقاً للفقرة 1 من المادة 96 من ميثاق الأمم المتحدة أن تطلب إلى محكمة العدل الدولية أن تصدر على وجه السرعة، فتوى بشأن المسألة المذكورة أعلاه. وفي 9 تموز/يوليه 2004 أصدرت محكمة العدل الدولية فتواها.

<sup>3</sup> محمد نعمان النحال ومحمد رفيق الشوبكي، المرجع السابق، ص ص 415-416.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص ص 415-416.

<sup>5</sup> صباح درامنة، المرجع السابق، ص 115.

وبناءً على ذلك فإن المقاومة الشعبية الفلسطينية أسلوب من أساليب المساعدة الذاتية التي يلجأ إليها الشعب الفلسطيني للدفاع عن وجوده ولردع العدوان الصهيوني الدائم على الأرض والإنسان، وهي الأداة الوحيدة المتاحة أمامه منذ عام 1948 للحصول على حقه في تقرير المصير في ضوء قواعد القانون الدولي. فالإقرار بمشروعية حركات المقاومة لا بد أن يفهم في ضوء التطور الذي تمر به القواعد القانونية الدولية حالياً في سبيل إقرار حقوق الشعوب والأقاليم المحتلة في تقرير مصيرها<sup>(1)</sup>.

فكل الشعوب والأقاليم تعرضت لعدوان مباشر لم تستطع دفعه وقتها لغياب الكيان الداخلي المختص بحماية وصيانة حق هذه الشعوب في الحياة وفي البقاء<sup>(2)</sup>.

كما أنه يترتب على الخلط بين الإرهاب الدولي والمقاومة المسلحة، الاستمرار في خرق مبدأ حق تقرير المصير، من خلال إيجاد عوائق في وجه الشعوب التي ترمي إلى ممارسة الحق في تقرير مصيرها، مع أنه الحق الثابت في قواعد القانون الدولي، ذلك أن اعتبار حركات المقاومة المسلحة حركات إرهابية، يعمل على انتهاك حق الشعوب في تقرير مصيرها ويحرمها من ممارسة حقوقها المكفولة بموجب أحكام القانون الدولي والمواثيق الدولية، مما يضيق المجال الحركي أمام الشعوب المناضلة في سبيل الحصول على حقوقها المشروعة؛ كما تعمل ظاهرة الخلط هذه، على هدم عناصر حق الشعوب في تقرير مصيرها وحقها في الكفاح المسلح لنيل استقلالها، فالعنصر الأول يتمثل في من يحق لهم ممارسة هذا الحق وهو الشعب الخاضع للسيطرة والاحتلال الأجنبيين، فتعمل الدول على انتزاع هذا الحق من بعض الشعوب والتدفع في مواجهة شعوب ودول أخرى، وفي الأولى يتم انتزاعه عن طريق دعم الإرهاب الممارس ضده، وفي الثانية يتم عن طريق التدخل في الشؤون الداخلية للدول والشعوب المناضلة في سبيل الحرية والاستقلال<sup>(3)</sup>.

كما توظف الدول عملية الخلط بين الإرهاب وحق المقاومة المسلحة، محاولة بذلك انتزاع الحماية القانونية التي يتمتع بها أفراد حركات المقاومة المسلحة بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني والمواثيق الدولية المنظمة لهذه الحماية، بحيث تضيفي صفة الإرهابي على أفراد حركات المقاومة المسلحة، وفي هذا الجانب تعمل على إهدار القيمة القانونية والإلزامية لحق تقرير المصير من خلال إهدار الحماية القانونية التي يتمتع بها أفراد المقاومة المسلحة، من خلال التحايل على قواعد القانون الدولي والانتقائية في تطبيقها<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> مصلاح حسن أحمد، "الإرهاب وحق الدفاع الشرعي في القانون الدولي"، مجلة مدد الآداب، العدد الثامن، ص 507، 2014.

<sup>2</sup> أحمد رفعت، الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والاتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992. نقلا عن مصلاح حسن أحمد، المرجع السابق، ص 508.

<sup>3</sup> أمحمدي بوزينة أمنة، "إشكالية الخلط بين الإرهاب الدولي والمقاومة المسلحة (حالة المقاومة الفلسطينية)"، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الأول، جويلية 2016، ص 38.

<sup>4</sup> خالد كريم خالد المشاقبة، لأبعاد القانونية والسياسية للخلط بين الإرهاب وحق المقاومة المسلحة، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية، معهد بيت الحكمة، جامعة آل البيت، المملكة الأردنية الهاشمية، 2007، ص 139-140. نقلا عن أمحمدي بوزينة أمنة، المرجع السابق، ص 39.

## الخاتمة:

إن المقاومة الفلسطينية هي سبيل الشعب الفلسطيني للدفاع عن وجوده ولدفع العدوان الصهيوني للحصول على حقه في تقرير المصير. ولقد تطرقنا في هذا المقال لمفهوم حق تقرير المصير بتعريفه، فعرفنا أنه حق قانوني بموجبه يكون لكل شعب الحق الكامل في تقرير مصيره، وعرفنا خصائصه، إذ أنه أحد حقوق الإنسان الأساسية وهو حق جماعي، وأن كل انتهاك له هو انتهاك للسلم والأمن الدوليين، ووضحنا طبيعته، إذ أن له القيمة القانونية الملزمة لحق الشعوب في تقرير مصيرها، وأن بإدراجه في ميثاق الأمم المتحدة و في العهدين الدوليين، وبانحسار حركة الاستعمار؛ قد أصبح من الحقوق الأساسية للجماعة الدولية ذات الطبيعة القانونية الملزمة ولم يعد مجرد مبدأ سياسي أو أخلاقي، وذلك لوجود الصلة القوية والرابطة المتينة بين هذا الحق وبين الحفاظ على السلم والأمن الدوليين. وتعرفنا على الضوابط الناظمة لحق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير من خلال نظرية التوارث الدولي، استناداً للقرارات الدولية ومن خلال رأي محكمة العدل الدولية.

الاقتراحات: بناءً على ما تم التطرق له في هذا المقال نقدم الاقتراحات التالية:

- 1- يجب ربط حق تقرير مصير السياسي للشعوب بحقها في تقرير المصير الاقتصادي والثقافي والاجتماعي.
- 2- لا بد من التأكيد على حق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره، وفقاً للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، والرأي الاستشاري الصادر عن محكمة العدل الدولية.
- 3- التأكيد على دور الإعلام في توضيح صورة القضية الفلسطينية على أنها قضية عادلة، من حق شعبا مقاومة الاحتلال الصهيوني، وتحرير أراضيها.
- 4- يجب أن تتكاتف جهود المثقفين من مؤلفين ورجال أعلام وباحثين في تمييز الإرهاب الدولي عن المقاومة المسلحة، لما لهذه الجهود في إبراز حق الشعوب في تقرير مصيرها، وبالتالي ممارسة حقوقها المكفولة بموجب أحكام القانون الدولي والمواثيق الدولية .
- 5- تنظيم الجامعات لملتقيات وأيام دراسية، بمشاركة الهيئات الدولية المهتمة بقضايا الشعوب المضطهدة، خاصة الشعب الصحراوي والفلسطيني قصد تقديم الدعم لهذه الشعوب للوصول لنيل حقاها في تقرير مصيرها.

## قائمة المصادر والمراجع:

### المصادر:

أ/ القواميس:

أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، بيروت، د ت، دار صادر.

ب/ المواثيق والاتفاقيات الدولية:

1/ ميثاق الأمم المتحدة والذي وقّع في 26 حزيران/جوان 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذاً في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1945.

2/ اتفاقية فيينا للقانون المعاهدات لعام 1969. والتي دخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980.

3/ العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966 وبدء في النفاذ بتاريخ 23 آذار/مارس 1976.

العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. والذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966. وبدء في النفاذ بتاريخ 3 كانون الثاني/يناير 1976.

ج/ القرارات واللوائح والفتاوى الدولية:

1/ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 181 لعام 1947 والذي قضى بتقسيم فلسطين إلى دولتين.

2/ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 84/15 لعام 1996.

3/ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 11/25 لسنة 1997.

4/ لائحة الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة رقم 637 في دورتها السابعة، المنعقدة بتاريخ السادس عشر ديسمبر سنة 1952.

5/ فتوى محكمة العدل الدولية الخاصة بشأن الآثار القانونية الناشئة عن تشييد الجدار في الأراضي الفلسطينية المحتلة الصادرة في 9 تموز/يوليه 2004.

6/ الفقرة 4 من التوصية العامة الواحدة والعشرون بشأن الحق في تقرير المصير الصادرة عن الدورة الثامنة والأربعين للجنة القضاء على التمييز العنصري عام 1996.

### المراجع:

أ/ الرسائل والأطروحات:

1/ بوبكر خلف، حق تقرير المصير الثقافي في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة - الجزائر، 2010.

2/ درامنة صباح، العنف الدولي وحق الشعوب في المقاومة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي العام"، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2010.

3/ هدا ج رضا، المقاومة والإرهاب في القانون الدولي"، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.

- 4/ قراراخي جميلة، مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير في التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2009.
- ب/ المقالات:
- 1/ أمحمدي بوزينة آمنة، "إشكالية الخلط بين الإرهاب الدولي والمقاومة المسلحة (حالة المقاومة الفلسطينية)"، مجلة جامعة الإسراء للعلوم الإنسانية، العدد الأول، جويلية 2016.
- 2/ بن عمر ياسين، "حق تقرير المصير وحق الانفصال في القانون الدولي المعاصر"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة حمة لخضر-الوادي، العدد 12، جانفي 2016.
- 3/ عبد الناصر قاسم الفراء، "حق تقرير المصير للشعب الفلسطيني في ضوء الشرعية الدولية"، مجلة جامعة القدس المفتوحة، 2009.
- 4/ عبد الرحمن أبو النصر، "مشروعية استخدام القوة بشأن حق تقرير المصير وعلاقته بالإرهاب"، مجلة جامعة الأزهر بغزة، العدد الأول، 2006.
- 5/ علي حسين علوان، "حماية الأقليات وفقاً لمبدأي حق تقرير المصير والتدخل الإنساني"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة بغداد، العدد الثامن عشر، 2008.
- 6/ محمد نعمان النحال و محمد رفيق الشوبكي، "قبول فلسطين دولة غير عضو بالأمم المتحدة وأثره على حق تقرير المصير"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، العدد الأول، جانفي، 2015.
- 7/ مصلح حسن أحمد، "الإرهاب وحق الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام"، مجلة مدد الآداب، العدد الثامن، 2014.





**UNIVERSITÉ ABBES LAGHROUR KHENCHELA**

# REVUE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

*Revue internationale périodique arbitrée, éditée*

*Par l'université Abbes laghrour khenchela*

*— Algérie —*

*Traitant des sujets juridiques, politiques, et  
des spécialités s'y rattachant*

VOLUME :07 - NUMÉRO :02 - JUIN 2020

NUMÉRO DE SÉRIE : (14)



Numéro International : ISSN 2352-9806

EISSN 2588-2309

Dépôt Légal : N R :2014-3506