



# مجلة الحقوق والعلوم السياسية

مجلة دولية دورية محكمة

تصدر عن جامعة عباس لغرور خنشلة

— الجزائر —

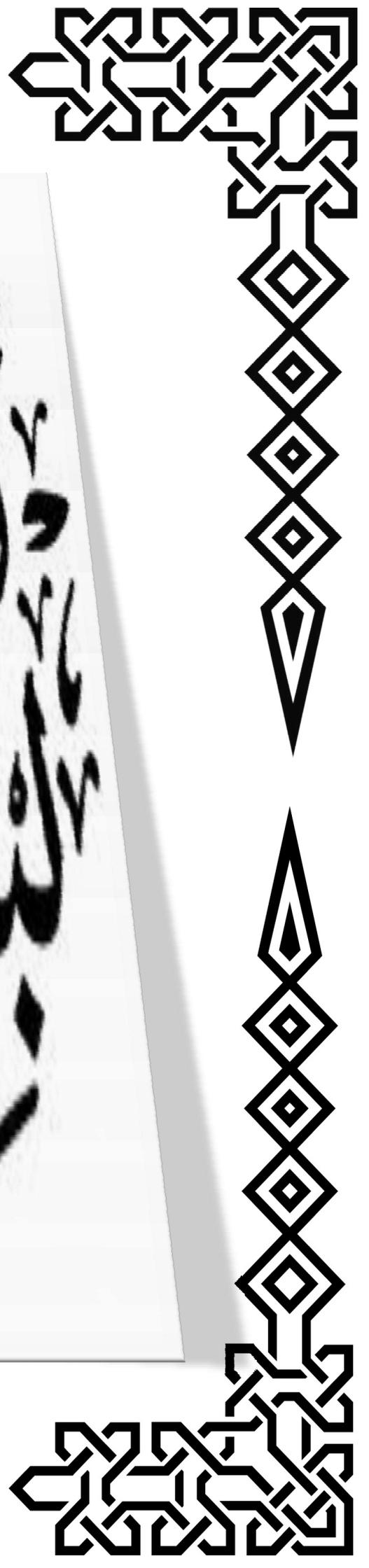
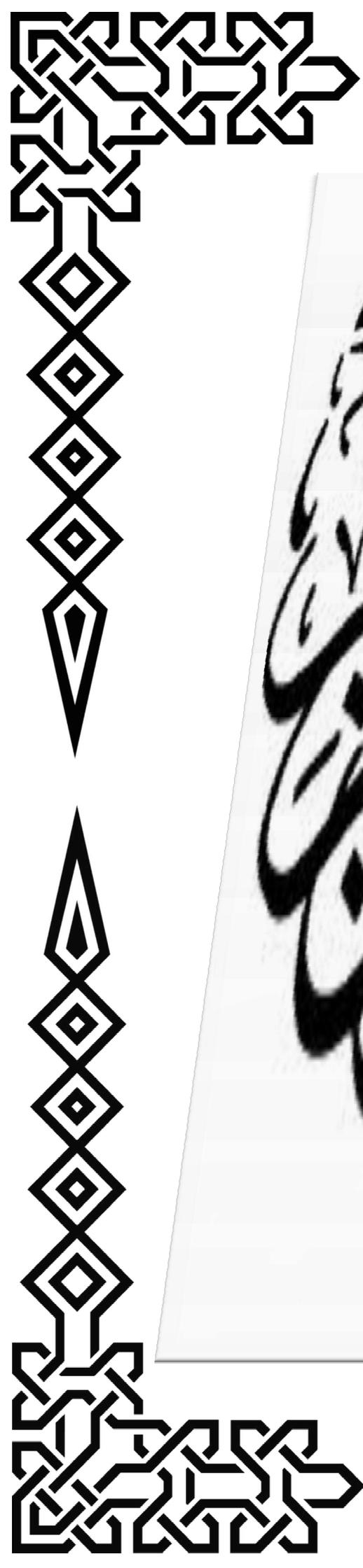
— تعنى بالمواضيع القانونية والسياسية والتخصصات ذات الصلة —

العدد 06 / جوان 2016

الترقيم الدولي : ISSN 2352-9806

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

الايذاع القانوني : NR :2014-3506

الرئيس الشرفي للمجلة:

أ.د: العايش عبد العزيز

مدير جامعة خنشلة

مدير المجلة و مؤسسها:

أ.د: زواقرى الطاهر

عميد كلية الحقوق و العلوم

السياسية

رئيس التحرير:

أ.د: بوكماش محمد

نائب رئيس التحرير

أ.د: تافرونت عبد الكريم

السكرتاريا والتنفيذ

س.ط.مبولي حساؤ

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

## لاتصال

E-mail : [droit.sspkh@hotmail.fr](mailto:droit.sspkh@hotmail.fr)

هاتف / فاكس: 032.73.12.59

Facebook : revue de droit

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

## الهيئة العلمية للمجلة:

### من داخل الوطن

جامعة خنشلة	د. مريم تومي	جامعة خنشلة	أ.د. العايش عبد العزيز
جامعة خنشلة	د. زياد عادل	جامعة تبسة	أ.د. فكرة سعيد
جامعة عنابة	د. عمارة بلغيث	جامعة بسكرة	أ.د. سلاطونية بلقاسم
جامعة البويرة	د. خلوفي خدوجة	جامعة خنشلة	أ.د. سعادنة العيد
جامعة سوق أهراس	د. خليفي عبد الرحمن	جامعة خنشلة	د. قصوري رفيقة
جامعة قالمة	د. غزلاني واداد	جامعة خنشلة	د. بوقرة إسماعيل
جامعة أم البواقي	د. بوعبد الله مختار	جامعة خنشلة	د. راجي عبد العزيز
جامعة تبسة	د. حيدرة سعدي	جامعة خنشلة	أ.د. سعيداني لوناسي ججيقة
جامعة الجلفة	د. مسعود عزالدين	جامعة بسكرة	أ.د. عززي الزين
جامعة باتنة 1	د. مخلوفي عبد الوهاب	جامعة عنابة	أ.د. جمال عبد الناصر مانع
جامعة باتنة 1	د. هوام علاوة	جامعة خنشلة	أ.د. حصيد فيصل
جامعة باتنة 1	د. محمد العايب	جامعة خنشلة	أ.د. دريوش محمد الطاهر
جامعة باتنة 1	د. خالفة نادية	جامعة عنابة	أ.د. محمد الصغير بعلي
جامعة بسكرة	د. حوحو رمزي	جامعة قسنطينة 01	أ.د. مالكي محمد لخضر
جامعة بسكرة	د. دبابش عبد الرؤوف	جامعة عنابة	أ.د. لخضر بوكحيل
جامعة سطيف	د. عبد الرزاق بوضياف	جامعة باتنة 1	أ.د. مسعود فلوسي
جامعة بجاية	د. حساني خالد	جامعة تبسة	أ.د. عمار بوضياف
جامعة تبسة	د. موسى نورة	جامعة بسكرة	أ.د. آجقوا علي
جامعة باتنة 1	د. سمير شعبان	جامعة تبسة	أ.د. دلول الطاهر
جامعة باتنة 1	د. جبابلي ليندة	جامعة باتنة 1	أ.د. بن حرز الله عبد القادر
جامعة الاغواط	د. بوعيشة بوغفالة	جامعة قسنطينة 2	أ.د. طاشور عبد الحفيظ
جامعة برج بوعريش	د. يزيد ميهوب	جامعة خنشلة	د. خلاف بدر الدين
جامعة أدرار	د. باخوية ادريس	جامعة خنشلة	د. لكبير علي
جامعة الجزائر 1	د. شويرب خالد	جامعة خنشلة	د. عبدلي حبيبة
جامعة عنابة	د. مرامية حمة	جامعة خنشلة	د. بن يكن عبد المجيد
جامعة الوادي	د. حوبة عبد القادر	جامعة خنشلة	د. عثمانية كوسر
جامعة باتنة	د. بن يزة يوسف	جامعة خنشلة	د. بن عمران إنصاف
جامعة خنشلة	أ. قرزة عمر	جامعة خنشلة	د. هادية مجاوي
جامعة خنشلة	أ. بوزيدي صورية	جامعة خنشلة	د. بن مكى لجأة

### من خارج الوطن:

أستاذ القانون الدولي العام جامعة الشارقة الإمارات العربية المتحدة	أ.د. وائل أحمد علام
أستاذ القانون الخاص بجامعة القاضي عياض مراكش	أ.د. حسن زرداني
أستاذ الفقه المقارن جامعة الزيتونة تونس	أ.د. بوزغيبية محمد
عيد كلية العلوم الإسلامية بجامعة محمد الفاتح اسطمبول	أ.د. أحمد طوران أرسلان
كلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية جامعة تونس	أ.د. شاكرا المزوغي
كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سوسة. تونس	أ.د. صلاح عاطف الرواتبني
مدير قسم القانون العام بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سوسة. تونس	أ.د. توفيق الغنای

## 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 إلى المجلة إلى شروط شكلية وموضوعية يجب على الباحثين التقيد بها وهي:

- ✓ أن يكون البحث المقدم للنشر أصيلاً ويتسم بالجدية والموضوعية وسلامة اللغة. ولم يسبق نشره بأي شكل من الأشكال في أية مجلة أو مؤلف.
- ✓ أن لا يكون المقال مستلاً 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 (الإنجليزية أو الفرنسية). ويتضمن الملخص الإشكالية وأهم النتائج المقررة.
- ✓ أن يكون البحث المنجز باللغة العربية محرراً بخط Arabic Transparent حجم 14 في المتن وحجم 10 في التمهيش و قائمة المصادر و المراجع.
- ✓ أما البحث المنجز بإحدى اللغات الأجنبية فيحضر بخط Times New Roman حجم 12.
- ✓ أن يرسل البحث في ثلاث نسخ مع قرص مضغوط وفق نظام ( Word ) عن طريق البريد المضمون للمجلة. كما يمكن إرساله عن طريق البريد الإلكتروني [droit.sspkh@hotmail.fr](mailto:droit.sspkh@hotmail.fr)
- ✓ أن يراعى في تدوين الهوامش ما يلي:
  - إذا كان المرجع كتاباً، 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 كاملاً وبدقة، ويذكر تاريخ الرجوع إلى الموقع.
- ✓ أن تدون الهوامش أسفل الصفحة.
- ✓ يمكن إجازة المقال بصفة فردية كما يمكن إجازته 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 و الأشخاص.
- ✓ المجلة لا تتحمل مسؤولية أية سرقة علمية ترتكب ولم ينتبه اليها خبراء التحكيم الإلكتروني أو خبراء التحكيم العلمي للمجلة .

## كلمة مدير المجلة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله وعلى آله وصحبه  
ومن وآله وبعد:



اختتمت كلية الحقوق والعلوم السياسية  
بجامعة عباس لغرور خنشلة السنة الجامعية  
2016/2015 بإنجاز علمي جديد متميز. متمثل في  
إصدار العدد السادس من مجلة الحقوق والعلوم  
السياسية الذي تعمدت إدارة المجلة ورئاسة التحرير  
فيها إصداره مع انطلاق السنة الجامعية ليضاف إلى  
جملة الإنجازات البيداغوجية والبحثية والعلمية  
المحققة من طرف إطارات وأساتذة الكلية .

وقد تضمن العدد مجموع مقالات ودراسات  
وأبحاث متخصصة تناولت موضوعات قانونية

سياسية اجتماعية وأدبية تتلاءم وتخصص المجلة والتخصصات ذات الصلة في إطار  
العلوم الإنسانية.

كما بذلت اللجنة العلمية للمجلة قصارى الجهد في انتقاء أفضل المقالات ذات  
المستوى اللائم للشهادات والرتب العلمية المستهدفة للنجاح أو الترقية من خلال المجلة  
من خلال تقديم ما يساهم في تنمية وتطوير البحث القانوني والسياسي خاصة في  
الساحة العلمية للجامعة الجزائرية وكذا في الساحة الفكرية والعلمية العامة تحسین  
تصنيف جامعتنا ورفع الوعي العلمي والفكري لدى طلبتنا وباحثينا

مدير المجلة و عميد الكلية

أ.د. زواقري الطاهر

## كلمة رئيس التحرير

قبل صدور العدد السادس من مجلة الحقوق والعلوم السياسية بشهرين، احتضنت الكلية حدثاً علمياً هاماً. تمثل في فعاليات الملتقى الدولي الأول المنظم من طرف مخبر العلوم القانونية السياسية والشرعية، وبالتعاون والتنسيق مع الكلية؛ حيث تناول المشاركون بالبحث



موضوعاً في غاية الأهمية، ألا وهو "عولمة النص القانوني"؛ حيث يعتبر النص القانوني بصفة عامة من أهم مصادر السيادة الدولية، فنجده يطبق داخل الحدود الإقليمية للدولة تنظيمها لسلوك أفرادها ورعاية مصالحها المختلفة داخلياً وخارجياً. وقد تطور هذا المفهوم في ظل التطورات الحاصلة على الساحة الدولية، ليتجاوز حدود الدول نتيجة حتمية للعولمة التي مست مختلف الأصعدة، فنجد لها أثراً مباشراً في مختلف فروع القانون من ناحية عملية توحيد أنماط قانونية تتجسد على مستوى كل الدول إن على مستوى النص الدستوري أو القانون الدولي أو التجاري أو

الجنائي... ومن هنا طُرحت إشكالية مدى تأثير العولمة على النص القانوني بمختلف فروعه، والنتائج المترتبة على مستوى الدول؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية تم تحديد أربعة محاور هي:

المحور الأول: ماهية عولمة النص القانوني. المحور الثاني: الجوانب الإيجابية والسلبية للعولمة في المجال القانوني. المحور الثالث: مظاهر العولمة في مختلف النصوص القانونية.

المحور الرابع: نتائج عولمة النص القانوني على مستوى الدول. هذه المحاور الأربعة كانت مدار النقاش العلمي الذي استمر يومين كاملين أقيمت فيه أكثر من أربعين مداخلة لباحثين من مختلف الجامعات من داخل الوطن وخارجه، وقد توج الملتقى بمجموعة من التوصيات، منها:

- حق الدولة السيادي في إيداء ما تشاء من تحفظات عند إبرامها للاتفاقيات الدولية.  
- تعزيز مكافحة الجرائم العابرة للحدود من خلال إبرام اتفاقيات دولية موسعة وموحدة لمحاربة مختلف صورها.

- ضرورة التمسك بقاعدة الثبات التشريعي لتشجيع الاستثمارات الأجنبية.  
في الأخير نجد دعوتنا لجميع الباحثين من مختلف الجامعات ومراكز البحث لإثراء المجلة بمختلف الدراسات العلمية الجادة مع ضرورة الالتزام بشروط وقواعد النشر المحددة في المجلة.

وإلى عدد قادم بحول الله

رئيس التحرير

د. بوكماش محمد

الموضوع ----- رقم الصفحة

- المجتمع المدني آلية لبعث التنمية في المجتمع الجزائري
- 10 ..... "تنمية الخدمات الحضرية نموذجا".....  
 أ د: العايش عبد العزيز  
 بوسالمي عامر  
 باحث دكتوراه  
 جامعة خنشلة  
 جامعة خنشلة
- 24 ..... كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة طبقا لقانون 10-03.....  
 د. بن رقية بن يوسف  
 جامعة البلدية (2)
- 41 ..... ضوابط ممارسة سلطة التأديب في التشريع الجزائري.....  
 د. محمد بوكماش  
 خلود كلاش  
 باحثة دكتوراه  
 جامعة خنشلة  
 جامعة خنشلة
- 56 ..... حصانات وامتيازات دار البعثة الدائمة وأفرادها الدبلوماسيين.....  
 د. أوكيل محمد أمين  
 جامعة بجاية
- 71..... المعرفة الفنية حقا من حقوق الملكية وفقا لتشريع الجزائري و السر الصناعي.....  
 د. راجي عبد العزيز  
 جامعة خنشلة
- الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم  
 (دراسة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11).....  
 81 .....  
 د.شيخ سناء  
 د.شيخ نسيم  
 جامعة تلمسان  
 المركز الجامعي عين تموشنت
- 101 ..... التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر.....  
 د. أونيسي ليندة  
 جامعة خنشلة
- 113 ..... أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي.....  
 د. همام علاوة  
 قروي سميرة  
 طالبة دكتوراه  
 جامعة باتنة 1  
 جامعة باتنة 1

- 129 ..... القيود القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر.....  
د. عبدلي حبيبة  
جامعة خنشلة
- 138 ..... التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016.....  
د. خلوفي خدوجة  
جامعة البويرة
- 151 ..... رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار.....  
كمال تكواشت      باحث دكتوراه      جامعة باتنة
- 173 ..... البغي السياسي وأحكامه في الفقه الإسلامي.....  
د. حوجو رمزي  
أ. عرشوش سفيان  
جامعة بسكرة  
جامعة خنشلة
- 199 ..... فكر هنري كيسنجر: الأصول، الاهتمامات والتأثيرات.....  
أ. سميرة نصري  
جامعة خنشلة
- 219 ..... أحكام مكافحة جريمة تبييض الأموال في التشريع الجزائري.....  
د. دريس باخويا  
جامعة أدرار
- 241 ..... العوامل الموضوعية و المؤسساتية المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة.....  
بولقواس ابتسام      باحثة دكتوراه      جامعة باتنة  
أستاذة بجامعة خنشلة
- 259 ..... الحماية الجنائية للطفل على ضوء قانون العقوبات الجزائري.....  
أ. زهور دقايشية  
جامعة تلمسان
- 282 ..... دور مجلس الأمن الدولي في منع انتشار الأسلحة النووية.....  
أ. بوقندورة سعاد  
جامعة خنشلة
- 297 ..... دور الأمم المتحدة في عملية بناء السلام في كوسوفو.....  
خيرة لكمين      باحثة دكتوراه      جامعة قالمة  
د. وداد غزلاني  
جامعة قالمة
- 309 ..... النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي.....  
بن شلال محفوظ      باحث دكتوراه      جامعة بجاية
- 325 ..... دور منظمة اليونسكو في حماية الممتلكات الثقافية زمن النزاعات المسلحة.....  
طحرور فيصل      باحث دكتوراه      جامعة باتنة

الإطار القانوني لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية

- 338 ..... عبر المواقع الإلكترونية في التشريع الجزائري  
عادل بوزيدة باحث دكتوراه جامعة تبسة
- 351 ..... معايير تحديد مفهوم الصنفقة العمومية في التشريع الجزائري  
عصام صياف طالب دكتوراه جامعة باتنة.  
يوسف مرغم طالب دكتوراه جامعة المنار تونس
- 367 ..... عمليات بناء السلام في هايتي  
سوسن درغال باحثة دكتوراه جامعة باتنة
- 381 ..... حماية القضاء الدولي لحقوق الإنسان جنائيا  
جباري الطاهر باحث دكتوراه جامعة سطيف
- 400 ..... تأثير الإدارة الإلكترونية على الحقوق والحريات العامة  
عطوي وداد باحثة دكتوراه جامعة عنابة
- نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الدولة عن أنشطتها النووية السلمية  
412 ..... (بين النظرية والممارسة الدولية)  
د. زرقان وليد جامعة سطيف -2-

**A Political Bloodbath in the Western Hemisphere:  
How Bolivarianism is Sentencing the Monroe Doctrine to Death ..... 1**

Hachemi Aboubou, Professor, University of Batna  
Walid Kefali , MAB , University of Khenchela

## المجتمع المدني آلية لبعث التنمية في المجتمع الجزائري "تنمية الخدمات الحضرية نموذجا"

جامعة خنشلة

أ.د. العايش عبد العزيز

جامعة خنشلة

بوسالمى عامر باحث دكتوراه

### ملخص

تعتبر التنمية اليوم محور كل جهد، وغاية كل خطة، ذلك أن سعيها ينصب على تطوير شامل للمجتمع بكل فعاليته وتكويناته حتى يستطيع إشباع مختلف الحاجات والخدمات الأساسية لأفراده وتحقيق الرفاهية لهم، لأنها غاياتها ووسيلتها الأولى، هذا يعني أن التنمية تستهدف تغييرا أساسيا في البناء الاجتماعي والحضري في أي مجتمع لما يضمنه من تنظيمات مختلفة الأهداف وتعديلا في الأدوار والمراكز، لذلك أصبح الاهتمام بالتنمية خاصة الخدمات الحضرية من أكبر المجالات استقطابا لأجهزة التنمية خاصة ممثلي المجتمع المدني ومخططي السياسات العامة على اعتبار أن التنمية عملية شاملة تعني بكل جوانب الحياة المجتمعية خاصة الحضرية.

### Abstract

The development is today at the center of all efforts, and the destination of each plane, so it ensures overall development of the community in all its activities and components and meet basic needs and that its members live in prosperity, because they are the primary objectives of development, and its device. This means that development is a fundamental change in the social structure in any society to ensure that various organizations and aims, and amendment of roles and positions. So, development has become one of the largest areas of interest the community of development, especially the representatives of civil society and public policy planners, because development is a comprehensive process involving all aspects of social life and especially the urban community.

### مقدمة

نتيجة لتنوع مشاكل الفرد الحياتية واليومية، برزت الحاجة لوجود مجتمع مدني قادر على تشخيص هذه المشاكل ومحاولة وضع الحلول المتعلقة بها من أجل تحقيق مصالح عامة تهم مختلف فئات المجتمع. وتتجسد هذه المشاكل في الخدمات الحضرية وما ينجر عنها من فساد وعنق بشتى أنواعه، ذلك أن التنمية تعتبر آلية للارتقاء بجودة الحياة في المدينة وخطوة إيجابية لمعالجة مشاكل المدينة الحرجة، ووسيلة للارتقاء بأفراد المجتمع لحياة مستقرة وآمنة تحفزهم على الاندماج والتفاعل من اجل الحصول على وسط حضري سليم من الأمراض الحضرية ما ينعكس ذلك على صحة الفرد النفسية والجسدية.

ما سبق نصل إلى طرح التساؤل الرئيس الآتي:

ما هو الدور الذي يمكن أن يؤديه المجتمع المدني لتحقيق التنمية في المجتمع الجزائري؟

إن الإجابة على التساؤل الرئيسي تقتضي منا معالجة المحاور الآتية:

**أولاً: مفاهيم الورقة البحثية**

**ثانياً: دور المجتمع المدني في بعث التنمية**

**ثالثاً: دور المجتمع المدني في الارتقاء بالخدمات الحضرية**

**رابعاً: دور مؤسسات المجتمع المدني في الحد من الأمراض الاجتماعية**

**أولاً: مفاهيم الورقة البحثية**

**1- مفهوم المجتمع المدني**

**1-1- مفهوم المجتمع**

هو عبارة عن تعاقد أو على الأقل علاقة متبادلة بين أفراد من منطلقات نفعية أو أخلاقية أو عقلانية فهو ليس تعبيراً عن منظومة كونية عقلانية ورقية متجلية في قوانين الطبيعة فحسب، إنما هو تعبيراً عن مصلحة فردية متفقة مع مصالح الآخرين<sup>1</sup>. وهناك من يعرفه بأنه جماعة من البشر تربط فيها بينهم شبكة من التفاعلات والعلاقات المستقرة نسبياً. تسمح باستقرار هذا المجتمع وبقاؤه وتجده.

وينتج عن هذه التفاعلات والعلاقات طريقة وأسلوب للعيش بينهم، والتعامل كما يؤدي استمرار هذه العلاقات إلى نظم اجتماعية أي مجموع القواعد والآليات التي تنظم سلوك الأفراد والجماعات، وهو يتغير كما كل شيء في الحياة، والتغير شرط لازم لوجود المجتمع واستمراره<sup>2</sup>.

**1-2- المدني**

ويقصد به ما هو من لوازم الحياة في المدائن، وهو من لوازم مجتمع المدينة، التي يتجسد فيها الرقي في وسائل المعيشة والثقافة والمساكن والملابس. سواء كان في القيم المشتركة بين الدولة والمجتمع، أو في إطار الدولة، أو في الشكل الدستوري أو في إطار المجتمع وهو التجمعات المدنية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عزمي بشارة، المجتمع المدني، (دراسة التنمية)، بيروت، لبنان، مركز دراسات الوحدة العربية، 2000، الطبعة الأولى، ص 87.

<sup>2</sup> إبراهيم مشورب، إشكالية التنمية في العالم الثالث، بيروت، لبنان، دار المنهل اللبناني، 2006، الطبعة الأولى، ص 61.

<sup>3</sup> جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين، 2003، الطبعة الأولى، ص 802.

## 1-3- المجتمع المدني اصطلاحاً

لم يتحدد دفعة واحدة، ولكنه قطع شوطاً تاريخياً. شارك في تحديده مفكرون كثيرون حتى حدث اتفاق بشأن تعريفه وتعيين حدوده. فلقد عرف كغيره من مفاهيم العلوم الاجتماعية والإنسانية تغيراً وتطوراً في معناه ودلالاته منذ ظهوره.

عن ندوة المجتمع المدني التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية 1992، قد ثبتت تعريفاً للمجتمع المدني على أنه "المؤسسات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تعمل في ميادينها المختلفة في استقلال عن سلطة الدولة لتحقيق أغراض سياسية كالمشاركة في صنع القرار على المستوى القومي والوطني. ومنها أغراض نقابية كالدفاع عن مصالح أعضائها. ومنها أغراض ثقافية كما في اتحادات الكتاب والمثقفين والجمعيات الثقافية التي تهدف إلى نشر الوعي الثقافي وفقاً لاتجاهات أعضاء كل جماعة. ومنها أغراض للإسهام في العمل الاجتماعي لتحقيق التنمية"<sup>1</sup>.

وتعرفه أماني قنديل بأنه "مجموعة التنظيمات التطوعية المستقلة ذاتياً التي تملأ المجال العام بين الأسرة والدولة. هي غير ربحية. تسعى إلى تحقيق منافع أو مصالح للمجتمع ككل. أو بعض فئاته المهمشة أو لتحقيق مصالح أفرادها ملتزمة بقيم ومعايير الاحترام والتراضي والإدارة السلمية للاختلافات والتسامح. وقبول الآخر"<sup>2</sup>.

## 2- مفهوم التنمية

"هي عملية إضافة مادية، آلية، سيكولوجية وسوسولوجية. عن طريق تهجين قيم الماضي بالحاضر. وتوليد الجديد بالتحديث والتجديد. فهي عملية تغيير تدريجي أو التحول الذي يطرأ على التنظيم الاجتماعي سواء في تركيبه أو في بنائه ووظائفه فتصبح التنمية عملية إضافة ديناميكية بقصد تغيير نمط الحياة"<sup>3</sup>.

أما مفهوم التنمية الخاصة بالمدينة (الخدمات الحضرية) هي تطوير قابليات البيئات الحضرية نحو توظيفها لإمكاناتها بما فيها قطاع الخدمات وتحسين نوعية الحياة والظروف المحيطة بها. واستيعاب جميع المتغيرات الوظيفية التي تمكن المجتمع ومقدراته من النمو العقلاني والتكامل المنتظم. كما تهدف إلى تطوير مراكز العمران

<sup>1</sup> متروك الفالح. المجتمع والديمقراطية والدولة في البلدان العربية. بيروت، لبنان. مركز دراسات الوحدة العربية. 2002. الطبعة 1. ص 18-19.

<sup>2</sup> أماني قنديل. الموسوعة العربية للمجتمع المدني. القاهرة. الهيئة المصرية العامة للكتاب. 2008. ص 64.

<sup>3</sup> بشير الطيف. محسن عيد علي. خدمات المدن. دراسة في الجغرافية التنموية. طرابلس، لبنان. المؤسسة الحديثة للكتاب. 2009. ط1. ص: 238.

وخطيط المدن ومحاولة إيجاد بيئات حضرية مستقرة عن طريق تقديم الخدمات ومقدار كفاءتها في إشباع الحاجات الأساسية للسكان<sup>1</sup>.

### 3- تعريف الخدمات

يعد مفهوم الخدمات من المفاهيم التي حظيت باهتمام كبير في الآونة الأخيرة. بسبب تزايد حاجة الفرد لتلك الخدمات المجتمعية، ولأنها تتعلق بحياة سكان المدينة اليومية، فمن خلال نوعية وكمية وكفاءة وجودة هذه الخدمات، يمكن قياس تطور أسلوب حياة الفرد ومعرفته وثقافته.

إن الخدمات عبارة عن أنشطة تمارسها الدولة أو القطاع الخاص لتوفير منافع معينة لإشباع حاجات ورغبات الأفراد والجماعات دون تحقيق مكاسب مادية ملموسة لهم، سواء منافع تعليمية، صحية، عقلية، نفسية، بدنية وبيئية للفرد والتي تساهم في ديمومة عطائه ورفع كفاءة أدائه، من خلال توفير مستلزمات الحياة الأساسية التي تحقق الصحة والأمان<sup>2</sup>.

### 4- الحضرية

يذهب مارشال جوردن M.Gordon إلى أن الحضرية تشير إلى "أنماط الحياة الاجتماعية التي ترتبط بالسكان الحضريين والتي تشتمل التخصص الدقيق وتقسيم العمل والعلاقات الاجتماعية غير الشخصية، وضعف العلاقات القرابية، والاتجاه نحو الروابط الطوعية والعلمانية وقوة الصراع الاجتماعي، وتعاضم الأهمية الاجتماعية لوسائل الإعلام، فهي مجموعة الاتجاهات، والقيم والمعتقدات والسلوكيات التي يتميز بها سكان المدينة"<sup>3</sup>.

### 5- مفهوم الخدمات الحضرية

#### تعريف فيليب كوتر Philip Kotter:

الخدمات الحضرية هي نشاط أو منفعة يستطيع طرف ما تقديمها للآخر وتكون غير ملموسة أي غير مادية ولا ينتج عنها تملك أي شيء، ولا يرتبط توفيرها بإنتاج مادي، تدرك بالحواس، وقابلة للتبادل، وتقدمها شركات أو مؤسسات معينة مختصة بتلك الخدمات باعتبارها مؤسسات خدمية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> خلف الله حسين علي الدليمي، خطيط الخدمات المجتمعية والبنية التحتية (أسس، معايير، تقنيات)، عمان، الأردن، دار صفاء للنشر والتوزيع، 2009، ط1، ص ص 38-40.

<sup>2</sup> قباري عبد العزيز، علم الاجتماع الحضري، الإسكندرية، منشأة الناشر للمعارف، 1998، ص 377.

<sup>3</sup> لوجلي صالح الزوي، علم الاجتماع الحضري، بنغازي، ليبيا، منشورات جامعة قارون، 2002، ط1، ص 120.

<sup>4</sup> خلف الله حسين علي الدليمي، خطيط الخدمات المجتمعية والبنية التحتية (أسس، معايير، تقنيات)، عمان، الأردن، دار صفاء للنشر والتوزيع، 2009، ط1، ص ص 38-40.

فالخدمات الحضرية تعني إعداد بيئة المدينة وتهيئتها للتكيف مع غزو التكنولوجيا مع ضرورة تنمية الفرد وإعداده وتهيئته مع الجديد لهضمه وفهمه. فالمدينة التي تزدهم فيها السيارات إلى درجة تعاق فيها الحركة، هي بالطبع مدينة متخلفة، حيث ينبغي أن يتواءم تخطيط المدينة مع مستقبلها بتعبيد الطرق الواسعة والكبرى حتى تمتص درجة الازدحام المتفاوتة والمتزايدة كل عام.

### ثانيا: دور المجتمع المدني في بعث التنمية

إن دور المجتمع المدني يدخل في إطار تنظيم المجتمع كطريقة في الخدمة الاجتماعية للتعامل مع المشكلات الحضرية، ووضع خطط شاملة لمواجهتها والمساهمة في رفع وعي الأفراد بمجتمعهم ومحيطهم الاجتماعي والمديني الذي يعتبر الوعاء الذي تنصهر فيه طموحات المجتمع وآمالهم بشكل يمكنهم من تحقيق هذه الآمال والطموحات. على أساس أن المجتمع المدني يمثل دعامة أساسية لمعالجة الأمراض الاجتماعية والبيئية التي تتزايد باستمرار، فضلا على أنه يمتاز بقدرته على التقاط الأحاسيس الحقيقية لأفراد المجتمع والتعبير عنها بموضوعية وبمستوى عال من المسؤولية والجد.

كما يبرز دوره في تنمية وتكوين دينامية الإبداع والخلق والتغيير في المجتمع باعتبار المجتمع المدني شريك سياسي واقتصادي واجتماعي وثقافي، فضلا على أنه مؤسسة وسيطة لأنه يعبر عن مختلف الاهتمامات والآمال التي تتضمن مجمل النشاط الإنساني، حيث تمكن الأفراد من تمثيل مصالحهم ومنافعهم العامة، دون ضغط أو تدخل الحكومة.

فالمجتمع المدني يعمل على إحداث التنمية وبعثها من حيث حرية التحرك الاجتماعي للأفراد والجماعات وحرية التعبير عن تطلعاتهم الفكرية والمشاركة الاجتماعية والسياسية وحرية المبادرة وطريقة المساهمة في تنمية المجتمع<sup>1</sup>.

فمشاركة المجتمع المدني في التنمية تمكنه من صياغة نمط الحياة المجتمعي من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية، وذلك بأن تتاح له الفرصة الكافية في وضع الأهداف وتحديد دوره في إنجاز المهمة عندما يكون أفراد المجتمع مقتنعين بها ومشاركين في صياغتها ومدافعين عنها في مواجهة كل ما يعترض سبل تحقيقها من عقبات.

وهنا تبدوا الحاجة القوية إلى وجود مثل هذه المؤسسات التي تقوم بتوعية الجماهير بأهمية التنمية وذلك بتنفيذ معظم البرامج بالتعاون مع المؤسسات الحكومية لتقدم بذلك

<sup>1</sup> رايح كعباش سسيولوجيا الدولة، قسنطينة، الجزائر، مخبر عالم الاجتماع الاتصال جامعة منتوري، 2006 ص 175-176.

نموذجا رائدا يعمل على توفير الخدمات ذات الأولوية بدءا بآلية صنع القرار وصولا إلى التنفيذ والتقويم.

وعليه، ف جودة الإطار المعيشي يشكل جانب من الجوانب الأساسية التي تعجل بتحقيق الرقي الاجتماعي، ولا يتأتى هذا إلى عن طريق التنمية وهو ما يفرض المزيد من التجديد والابتكار والتخطيط، ووضع حد لسلوكيات البيروقراطية التي تجهد كل المبادرات التي تلحق الضرر بالبيئة الحضرية والدعوة إلى تفعيل دور مؤسسات المجتمع المدني للإسهام في التنمية<sup>1</sup>.

إن اختيار المشاريع على أساس الطلبات التي يعبر عنها أفراد المجتمع، وعلى أساس الحاجيات الحقيقية والمستعجلة وذات الأولوية من شأنها أن تدفع بالتنمية إلى الأمام، كما أن عدم إشراك المجتمع المدني وعدم مشاورته حول المشاريع المتعلقة بتحسين الحياة اليومية للسكان قد يسهم في تثبيت العزائم والهمم لدى الساكنة، وفي تفشي الشعور بالظلم والفوضى والهامشية، فتحسين إطار الحياة والعمل على ضمانه بواسطة التنمية بإشراك مؤسسات المجتمع المدني يعتبر غاية وهدف كل من يعيش داخل المدينة إذ يؤسس لنقلة نوعية وجادة للتكفل بتحسين الإطار المعيشي<sup>2</sup>.

إلى ذلك يمتاز المجتمع المدني بقدرته على التقاط الأحاسيس الحقيقية لأفراد المجتمع والتعبير عن هذه الأحاسيس بموضوعية، وبمستوى عال من المسؤولية والجد، وتدخل السياسات الوطنية ذات الأثر الاقتصادي والاجتماعي والثقافي المباشر في المجتمع في صلب اهتمامات المجتمع المدني.

كما أنه يسعى إلى التغيير الاجتماعي وتقديم الخدمات الاجتماعية والحضرية، وهذا ما تسعى إليه الدول لإفساح الطريق أمام تلك المؤسسات لتحمل دور أكبر في عملية التنمية خاصة الجوانب الاجتماعية، وهذا الدور يظهر في صورة ازدياد كبير في أعداد مؤسسات المجتمع المدني، وذلك على افتراض أساسي أن المجتمع يصبح أكثر قدرة على مواجهة مشكلاته عندما تتواجد به جمعيات مستقلة عن الدولة تتولى مهامها متعددة منها تقديم الخدمات ومناقشة السياسات التي تتصل بتلك الخدمات.

وهكذا نجد أن التغيير الاجتماعي ومواجهة احتياجات المجتمع واحتواء مشكلاته لا يمكن تحقيقه إلا في مناخ اجتماعي وثقافي وسياسي شامل يدعم التغيير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد عبد الفتاح، ممارسة تنظيم المجتمع في الأجهزة والمنظمات الاجتماعية، الإسكندرية، مصر، المكتب الجامعي الحديث، 2003 ص 196-197.

<sup>2</sup> محمد عبد الفتاح، ممارسة تنظيم المجتمع في الأجهزة والمنظمات الاجتماعية، مرجع سبق ذكره، ص 197.

<sup>3</sup> طلعت مصطفى السروجي، التنمية الاجتماعية من الحداثة إلى العولة، حلوان، مصر، المكتب الجامعي الحديث، 2009، 394-395.

وفقا لهذا أصبح مفهوم التمكين من المفاهيم الرئيسية التي تتيح لشرائح المجتمع المشاركة الكاملة في صنع القرارات ورسم السياسات الحضرية والتي توجه سياستها نحو الصالح العام. إن هذه القرارات والآليات يجب ألا تصاغ في غيابهم ودون أن يتمكنوا من التعبير عن حاجات المجتمع ومشاكله الفعلية وطموحاته. لأنه ليس من الإنصاف أن تتخذ قرارات اقتصادية واجتماعية وبيئية دون سماع وجهة. وبذلك تؤدي مشاركة المجتمع المدني الفاعلة في التنمية إلى تحقيق التماسك في المجتمع. فترفع من مستوى اهتمام الأفراد بمجتمعهم ومحيطهم. بشرط أن تكون هذه المشاركة ترجمة لشعور أفراد المجتمع بالمسؤولية تجاه أهدافهم ومشكلاتهم المشتركة<sup>1</sup>.

### ثالثا: دور المجتمع المدني في الارتقاء بالخدمات الحضرية

تتميز المدينة بتجمع الأنشطة والخدمات فيها (الخدمات التعليمية، الصحية، الترفيهية، خدمات المياه، معالجة النفايات الصلبة، المواصلات والاتصالات، الأمن والأمان). لذا تمثل المدينة البيئة الآمنة والمرحة التي يستطيع ساكنها أن ينمي كل قدراته العقلية والجسمية، إلا أن تهور الفرد واندفاعه نحو تركيز كل الأنشطة والمؤسسات في المناطق الحضرية كان له الأثر السلبي على الأداء الوظيفي للمدينة. وظهرت الكثير من المشاكل الحضرية التي حولتها إلى بيئة غير مرحة، فتغيرت بيئتها فانعكس آثار ذلك سلبا على نوعية وكمية الخدمات.

يبرز دور المجتمع المدني في مساعدة السلطات والأجهزة الإدارية بتجميع قدر من المعلومات الأساسية حول سكان المجتمع المراد تزويده بالخدمات الحضرية، وأبرز أنشطتهم الاقتصادية ثم تشخيص المشكلات الملحة للسكان، وذلك بالاستماع إلى قيادات المجتمع الشعبية ورؤساء لجان الأحياء، فضلا عن زيارة المواقع التي تتواجد بها تلك المشكلات رفقة الجهات المعنية، فهو مرشد وموجه ومشخص للخدمات الحضرية التي يفتقر إليها سكان المدينة لأنه أكثر حركة ومرونة. فتقديم جودة عالية للخدمات الحضرية من جهة المجتمع المدني يتطلب أربع مراحل.

### 3-1- المرحلة التصميمية

وترتبط بصورة أساسية بالنواحي التعبيرية. فهي تعبر عن حقيقة المشاكل الحضرية وإيجاد الحلول المناسبة لها، بهدف الارتقاء بالبيئة الحضرية نحو الأفضل. إلى جانب تحقيق الطموحات المستقبلية فيها. وبذلك لا ينبغي تجاهل أهمية الأفكار والآراء التي يحملها المجتمع المدني والسكان وتصوراتهم الخاصة حول كيفية الارتقاء ببيئتهم الحضرية ونسيجها العمراني

<sup>1</sup> أماني قنديل، الموسوعة العربية للمجتمع المدني، القاهرة، مكتبة الأسرة، 2009، ص 230-231.

لما لها من دور إيجابي ومهم في توسيع الأفق الفكرية والإدراكية والتصورية لدى المعنيين بتنمية وتنظيم المدينة، خاصة المصممين الحضريين بما يدعم إمكانية إعطائهم لبدائل متنوعة لمعالجة المشاكل القائمة ليتبنوا فيما بعد اختيار الأفضل منها<sup>1</sup>.

### 3-2- المرحلة التخطيطية

يقتضى الأمر لوضع الخطط الشاملة لمواجهة المشكلات الاجتماعية الحضرية، وإشباع الحاجات على المدى القريب والبعيد دراسة علمية منظمة وكذا تجميع معلومات وبيانات كافية حول الموارد والاحتياجات بطريقة منظمة ومن ثم اتخاذ قراراتهم حول أجدر هذه المشكلات بالاهتمام في البداية (وضع الأولويات)، وأهمية هذه المرحلة تساعد المجتمع على إدراك المواقع كما هي. غير أن الخطط يجب أن تتسم بالرونة والواقعية وتكون قابلة للتعديل في الوقت المناسب ثم عرضها إلى السلطات المعنية (الولاية، البلدية، الدائرة)<sup>2</sup>.

### 3-3- المرحلة التنفيذية

إذا كان سكان المدينة رفقة المجتمع المدني قد قاموا بالمشاركة الفعلية في وضع الخطط، وإذا كانوا قد حددوا بأنفسهم أولويات احتياجاتهم، فلا شك سيكونون معنيين أفضل للمشاركة في تنفيذ الخطط بمساعدة أجهزة التنمية الحضرية (الفاعلين الاجتماعيين) بحفز استشارتها للتعاون. هذا من شأنه تحريك الأفراد والجماعات والمجتمع للقيام بتنفيذ الخطط على الوجه الذي يحقق الهدف<sup>3</sup>.

### 3-4- المرحلة التقييمية

المقصود بالتقويم تحديد النتائج والآثار التي تترتب على المشروعات التي قام بها مختلف الفاعلين المعنيين بتقديم الخدمات الحضرية من خلال التعرف على أوجه الانحراف عن الأهداف وعلى جوانب القصور ومن ثم وضع الخطط المعدلة لمواجهة ذلك، فالتقويم ليس هدفا في حد ذاته، وإنما هو المهم أن توجه نتائج التقويم غالبا في المراحل التالية، وبالتالي تحقيق الأهداف على أكمل وجه<sup>4</sup>.

فمهمته هو إقناع سكان المدينة بأفكار وصياغة وتنفيذ قرارات الجهات المعنية بتقديم تلك الخدمات، وكذا تحسس مشكلاتهم ومحاولة إيجاد الحلول السليمة لها في إطار السياسة

<sup>1</sup> هاشم عبود الموسوي، حيدر صلاح يعقوب، التخطيط والتصميم الحضري، الأردن، 2007، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، ص106.

<sup>2</sup> هاشم عبود الموسوي، حيدر صلاح يعقوب، التخطيط والتصميم الحضري، مرجع سبق ذكره، ص 109.

<sup>3</sup> سامية محمد فهمي، المشكلات الاجتماعية (منظور الممارسة في الرعاية و الخدمة الاجتماعية)، الاسكندرية دار المعرفة الجامعية، 2003، ص 73.

<sup>4</sup> سامية محمد فهمي، المشكلات الاجتماعية (منظور الممارسة في الرعاية و الخدمة الاجتماعية)، مرجع سبق ذكره، ص 78-80.

العامّة للدولة، والتخفيف من آثار العزلة التي فرضتها المدينة العصرية على ساكنيها، ومعالجة الأمراض الاجتماعية المصاحبة لنمو المدينة، وهو ما يساعد الأفراد لتحديد احتياجاتهم واكتشاف مشكلاتهم، فالتطوع دون مقابل لخدمة الرفاهية الاجتماعية، وخطي الحواجز السلبية والانعزالية حيثما وجدت في المجتمع، وتعبئة الطاقات البشرية والمادية وتوجيهها وتحويلها إلى عمل اجتماعي وإزالة أسباب التخلف وتوفير أسباب التقدم والرفاهية بالوسيلة الأيسر، وسد الفراغات والفجوات في الخدمات الحضرية وتوسيع قاعدتها تحقيقاً لمبدأ الكفاية والعدالة، فهو من أسس مبادئ المجتمع المدني وغايته.

إخبار الجهات المعنية بالتهيئة العمرانية بكل ما من شأنه أن يشوه الطابع الجمالي للمدينة، من طرق مهترئة وغياب تام لأهم الخدمات الحضرية التي من شأنها أن تساهم في تنمية الفرد، بالإضافة إلى صيانة الأجزاء المشتركة للأبنية العمودية (العمارات) كالمداخل وإصلاح أقفاص السلالم وطلاتها وتطهير الأقبية الصحية ومشكلات تسرب مياه الأمطار من السطوح وطلاء الواجهات، ومشكلة جمع مياه الأمطار في الطرق الرئيسية لوسط المدينة لأيام عديدة، وتجسيد القبح المدني من فساد الذوق العام وهبوطه والتشويه بما يحتوي عليه من مناظر مؤذية وقبيحة، ومن تلوث بصري (انتشار القمامات في النهار) فهو من صميم عمل المجتمع المدني<sup>1</sup>.

أيضا تسهيل الفهم المشترك واتفق الأغلبية حول الصعوبات والأحوال البيئية التي يعاني منها ساكن المدينة، بالإضافة إلى رسم السياسات المدنية، ومدى مستوى تقدم المشورة ويقصد به تقديمه النصيحة والرأي والأخذ بهذه النصيحة، وكذا تنظيم مؤتمرات وندوات ونشر المطبوعات والقيام بمشروعات نموذجية ونشر الوعي وتنوير الرأي العام، وخاصة العمل من أجل مؤازرة مشروعات الحكومات وتشجيع سكان المدينة على مساندة وتدعيمها والاستفادة منها، وإقامة لقاءات مستمرة مع السكان لسماع شكواهم وحاجاتهم وإحساسهم باهتمام القيادات والجهات المسؤولة والمسؤولين بمشاكلهم، واهتمام الجهات المسؤولة أيضا بآرائهم واقتراحاتهم والعمل على تنفيذها<sup>2</sup>.

فالقاعدة الأساسية في توفير الخدمات الحضرية يقوم على أساس المشاركة وتشجيع المجتمع المدني على إبداء آرائه في المشروعات الحضرية ومعرفة العوامل التي تثير اهتمامه الحقيقي في الأعمال المتوقعة إنجازها، فهو الذي يعبر عن حاجات المجتمع الفعلية وطموحاته، مما

<sup>1</sup> محمد عبد الفتاح، ممارسة تنظيم المجتمع في الأجهزة والمنظمات الاجتماعية، مرجع سبق ذكره، ص 196-359.

<sup>2</sup> طلعت مصطفى السروجي، التنمية الاجتماعية من الحداثة إلى العولمة، حلوان، مصر، المكتب الجامعي الحديث، 2009، 394-395.

يسمح بارتفاع وعي الأفراد بمجتمعهم ومحيطهم الاجتماعي. ويعتبر الوعاء الذي تنصهر فيه طموحات المجتمع وآمالهم بشكل يمكنهم من تحقيق هذه الآمال والطموحات.

والمجتمع المدني المستقل عن الدولة يتولى مهاماً متعددة. كتقديم الخدمات وبلورة التصورات المبدئية للأولويات والممارسات والتفكير في البدائل وأفضلها ومتابعة ومراقبة تنمية سياسات الرعاية الاجتماعية في تلك المجالات. لأنه قوة كامنة ولا بد من تحفيز قدراته على المبادرة واتساع نطاق تأثيره. ومن ثم قدراته على التعبير وتعدد وسائل الاتصال والتحاقهم بالجمهير ومن ثم قدرته على التمييز الحقيقي عن الحاجات والمشاركة الفاعلة في رسم سياسة المدينة.<sup>1</sup>

كما أن تقديم الخدمات الحضرية وتوسيعها وتقديمها في أحسن صورة ممكنة لا يبدأ من القمة. لأن الذي يبدأ من القمة لا يحس ولا يشعر بالمشكلات الحقيقية الفعلية في المدينة. أو الحي السكني المحلي. لذلك فسكان المدينة بالإضافة إلى المجتمع المدني هم أقدر على الإحساس بمشكلات بيئاتهم الحضرية. لذلك هم أفضل من يقترحون الحلول والعلاج لهذه المشكلات. فالإعداد لتخطيط الخدمات والمنافع في المدينة يبدأ من القاعدة الشعبية لأنها الأصل. حتى تكون المدينة أسلوب معيشي وطريقة في الحياة.<sup>2</sup>

فمشاركة المجتمع المدني في تقديم الخدمات الحضرية يمثل دعامة أساسية لنجاح معالجة الأمراض الاجتماعية والبيئية التي تتزايد بمدننا. كما أن فشل بعض الخطط يعود لعدم كفاية الأجهزة الإدارية. وعدم ثقة الأفراد بهذه الخطط. لذلك لا بد من الاستفادة من الجهود الذاتية وإشراك المجتمع المدني. وتعزيز الحياة المجتمعية في نظرة واقعية وحتى إنسانية للمشاكل الحضرية المرتبطة بحياة المدينة. والتي هي ناجمة عن السياسات الحضرية المرسومة لمعالجة مشاكل الخدمات الحضرية.

إلى ذلك يمتاز المجتمع المدني بقدرته على التقاط الأحاسيس الحقيقية للسكان الحضرية. والتعبير عنها بموضوعية. وبمستوى عال من المسؤولية والجد. وهو يسعى إلى التغيير الاجتماعي وتقديم الخدمات الاجتماعية لأنه أكثر قدرة على مواجهة مشكلاته. منها تقديم الخدمات ومناقشة السياسات التي تتصل بتلك الخدمات. وكذلك طرح التصورات البديلة للأولويات والبرامج والأنشطة باعتباره المساحة التي تدور في إطارها التفاعل الاجتماعي بين أفراد المجتمع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> هاشم عبود الموسوي، حيدر صلاح يعقوب، التخطيط والتصميم الحضري. مرجع سبق ذكره، ص 109.

<sup>2</sup> علي فاعور، آفاق التحضر العربي، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية، 2004، ط1، ص 326-332.

<sup>3</sup> أنطوان مسرة، دور مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة الفساد، بيروت، لبنان، مركز دراسات الوحدة العربية، ديسمبر 2004، ص 485-484.

#### رابعاً: دور مؤسسات المجتمع المدني في الحد من الأمراض الاجتماعية

#### دور مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة الفساد، الفقر والعنف

إن الثقافة المواطنة أساسها العلاقة التي تنقل الفرد من حالة الرعاية فتجعله معنيا ومشاركا ومساهما وتبرر الحق في المراقبة والمساءلة، وتجسد عمليا هذا الحق من خلال سياق المال العام، والحاجة إلى رصد نماذج اختبارية ومعيارية في مكافحة الفساد في المجتمع ونقويم سياقاتها وفعاليتها، ويرتبط بناء ثقافة الشفافية والمساءلة ومقاومة الفساد بمفهومين القاعدة الحقوقية والمال العام.

#### 4-1- القاعدة الحقوقية:

تؤسس لعلاقات اجتماعية وسياسية لا تقوم على توازن قوى ونفوذ وموقع سلطوي بل على معايير حقوقية ضامنة للمساواة والعدالة وعدم التمييز. على عكس ذلك تقوم غالبا العلاقات في المجتمع الجزائري (العائلة، رفاق العمر، المدرسة) على توازن قوى وليس على القاعدة الحقوقية<sup>1</sup>.

#### 4-2- المال العام:

هو المساهمة التي يقوم بها طوعا أو قسرا شخص طبيعي أو معنوي، للقيام بأعباء الحياة المشتركة مهما اتخذت هذه المساهمة من صيغ نقدية أو عينية أو كيفما تحولت في ما بعد إلى أموال منقولة أو غير منقولة، إنه المال المختص بالدولة والمؤسسات العامة والبلديات وهو يشمل أموال مختلف الهيئات التي غايتها النفع العام ووسيلتها السلطة العامة أو التي تتغذى من مساعدات أو مساهمات من الدولة بقطع النظر عن صفة القيمين عليها، المواطن شريك أساسي في المال العام، وكل تعد على المال العام هو تعد على مصالح المواطنين والخدمات العامة المتوجبة لصالحهم وعلى المجتمع عامة الذي نشأ بفعل المساهمات المشتركة<sup>2</sup>.

- تعزيز التوجه الديمقراطي للإدارة في علاقاتها بالمواطنين بصفتهم قيمين على حصيلة مكتسبات وتراث الأجيال ومساهمين في أعباء عامة ومستفيدين من خدمات عامة.
- تحقيق الشفافية ومسؤولية الإدارة تجاه المواطن.
- بناء الثقة بين المواطن المساهم في أعباء عامة والمتضامن مع شركائه في المواطنة والإدارات العامة التي تتولى الجباية والإنفاق.

<sup>1</sup> أنطوان مسرة. دور مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة الفساد. مرجع سبق ذكره. ص ص 486-487.

<sup>2</sup> أبو بلال عبد الله الحامد. ثلاثية المجتمع المدني عن سر نجاح الغرب وإخفاقنا. الرياض. الدار العربية للعلوم | 2009. ص ص 36-37.

- تعزيز المواطنة الضريبية التي هي أساس السلوك المواطني حيث أن المواطن الذي يساهم في أعباء عامة تحت مظلة التضامن الوطني من حقه المشاركة والمسائلة والمحاسبة.
- من أبرز أهداف برامج الثقافة المال العام والقاعدة الحقوقية تنمية الإدراك الحسي لدى الناس أن التعدي على المال العام من خلال خرق القواعد الحقوقية يؤثر في نوعية حياتهم ومصالحهم المباشرة. إن الشارع المليء بالحفر ودون صيانة، والأسلاك الكهربائية التي لا تنير، وقنوات المياه المعطلة التي لا تروى أو لا تصرف المياه والمدرسة الرسمية المقفلة أو التي يغيب عنها المدير والمعلمون... الخ هي مظاهر لسوء إدارة المال العام، ولانعكاس سوء الإدارة على الحياة اليومية لكل مواطن النشاط المالي للدولة والبلديات والمؤسسات العامة هو تاليا من الأمور التي تمس المواطن عن قرب وتحيط به في حياته اليومية وتنعكس على أوضاع المجتمع والعلاقة بالوطن والمواطنون الذين يقومون بتمكين الدولة والبلديات والمؤسسات العامة من القيام بمهامها بما يدفعون من ضرائب ورسوم هم شركاء في الوطن، فالمال العام هو مالهم: "خزينة الدولة جيوب رعاياها" والحاجات العامة هي حاجاتهم<sup>1</sup>.
- تنمية النقاش العام حول قضايا حياتية يومية مشتركة ليس هدفها البراعة الكلامية أو القدرة على تقديم البراهين أو الإقناع بل تحقيق نقاش عام لبلورة رؤية مشتركة حول موضوع مشترك مع تحديد الحقوق والواجبات.
- إنتاج وسائل تعليمية حول المال العام والشفافية والمساءلة مكملية لمضمون برامج التربية المدنية.
- توسيع مجال تعليم التاريخ ليشمل التاريخ الاقتصادي والاجتماعي حيث تظهر أهمية المال العام والضرائب ودفعها وجبايتها وتأثير الوضع المالي تاريخيا على الثورات والاستقرار.
- تنزيه بعض العبارات من روايتها التاريخية وإدراكها السلبي كعبارة "مكلف" بدلا من مساهم "وضريبة" "وخزينة" بدلا من مال عام وهذا يعبر عن روايت تاريخية سلبية وعن الجانب السلطوي والفوقي لبعض الدعائم المالية للدولة.
- العمل على توظيف وتوجيه القدرات في الإبداع والانفتاح والمبادرة والتكيف والصمود نحو الصالح العام من خلال المساهمة والمشاركة والتطوع وأنشطة وبرامج تؤثر في السلوك كتبني تلميذ أو مجموعة تلامذة شجرة أو رصيفا أو مرفقا عاما في المدرسة أو الجامعة أو محيط المؤسسة التعليمية للاعتناء به وصيانته والتوعية بحمايته.

<sup>1</sup> أبو بلال عبد الله الحامد، المرجع السابق، ص 37-39.

- تحويل مطلب الشفافية إلى تساؤل يومي محسوس وربما مرات عديدة في اليوم الواحد لدى كل مستهلك يشتري سلعة خاضعة للضريبة على القيمة المضافة فيتساءل، أين تذهب حصيلة الأموال المستوفاة وهل تصرف في الطريق الصحيح وفي سبيل المصلحة العامة<sup>1</sup>.

#### 4-3- ضبط توازن العلاقة بين الدولة والمجتمع:

هذه المرجعية تمنع من ثلاث مفاصد كبرى: تحكم المركزية والبيروقراطية أي تمنع من تحول الدولة إلى إخطبوط يدس أطرافه الثمانية في كل شيء فيستحوذ عليه وتمنع من سيطرة السوق التجارية على الحياة والصحة والثقافة وقد من ما يمكن تسميته الأخلاق التجارية الأنانية وتمنع ثالثاً من سيطرة الديكتاتورية والحزب والرأي الواحد فتمنع من استئثار الاستبدادي العسكري والإقطاعي الذي يشيع فيه ما سماه ماكس فيبر "تربية الخضوع" كالعبودية والقنانة والاستخذاء والتقليد والتلقين في جانب الرأي العام والأنانية والاستعلاء والاستعباد في جانب النخب<sup>2</sup>.

#### 4-4- ترسيخ السلوك الحضاري عند الاختلاف:

قيم المجتمع الدولي وهياكله الأهلية لا تلغي الصراعات الاجتماعية ولكن تنظمها وتعقلنها ولاسيما في علاقاتها مع الدولة وتحولها من صراعات دموية إلى صراعات معنوية سلمية ورمزية. لأن جماعات المجتمع المدني هو مجتمع مستقل عن تدخل الدولة ولكنها ليست مستقلة عن إطار الدولة فهي تتميز باستقلالية والتنظيم التلقائي العفوي. وروح المبادرة الفردية والجماعية والعمل التطوعي لخدمة الجماعة والحماسة من أجل المصالح العامة. والدفاع عن الفئات المظلومة والمضطهدة والمهمشة والضعيفة. وهي تقيم مجتمع التضامن عبر شبكة من التنظيم المهني والجمعياتي<sup>3</sup>.

والمجتمع المدني ليس مجتمع الفردية كما يسىء فهمه بعض الناس بل هو مجتمع التسامح والحوار. والاعتراف بجميع الآخرين الموجودين في الوطن. واحترام آرائهم وأجاءاتهم. المجتمع المدني هو مجتمع الأحرار المتساوين المتعاونين إذ تقوم فيه علاقات (الأفقية) بين أنداد أحرار متساوين في الحقوق والواجبات. فهو نقيض المجتمع الصحراوي القبلي الذي تقوم فيه علاقات (الرأسية) بين ملهم وإتباع. كالعلاقة بين شيخ القبيلة وأفرادها. والعلاقة بين الأب وأبنائه. أو بن سيد وعبيد أو مالك ومملوكين.

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص 39

<sup>2</sup> محمد عبد الباقي الهرماسي، المجتمع والدولة في المغرب العربي، بيروت - لبنان، مركز دراسات الوحدة العربية، 1987، ط 1، ص ص 83-42

<sup>3</sup> محمد عبد الباقي الهرماسي، المرجع السابق، ص ص 83-109.

#### 4-5- حفظ استقلال القضاء:

قوة تجمعات المجتمع المدني الأهلية، تمثل قوة مضادة للقوة التي تهدد استقلال القضاء كالتكتلات العائلية والقبلية والإقليمية والطائفية والعنصرية والطبقية، التي تشيع فيها المحاباة والنفوذ الشخصي.

لا يمكن أن يتحقق للقضاء استقلال من دون دعم شعبي، فقوة القضاء ليست بنصوصه أو من داخله فحسب، بل من القضاة أيضا، فهي أيضا من خارجه أولا إن القضاة الذين لا يجدون جمهورا يحميهم عندما يتعرضون لضغوط السلطة التنفيذية، لن يستطيعوا أن يستقلوا كما قال الله تعالى "ولولا رهطك لرجمناك" والقضاة الذين "لا يجدون على الخير أعوانا" لا يتوقع أن يقاوموا الضغوط الخارجية ولا سيما ضغوط السلطة التنفيذية<sup>1</sup>.

#### خاتمة

تأسيسا على ما سبق نصل إلى التأكيد على وجود ترابط بين المجتمع المدني والتنمية، باعتبار أن هذه الأخيرة هي تنمية الحس التضامني والانديفاع للعمل التطوعي والاختراع في الشأن العام وتفعيل دور المجتمع المدني ونسج علاقة تكاملية بينها وبين الحكومة.

إن الثقة بين مختلف مؤسسات المجتمع المدني في دفع عجلة التنمية إلى الأمام تجعلهم يتحملون في أغلب الحالات المسؤولية من جهة، ومن جهة ثانية إدراكهم لوحدة الهدف والتقاء المصالح والرؤية المشتركة وتوحيد الأدوار.

بل إن كثيرا من الحكومات أدركت أهمية دور المجتمع المدني بعد أن كانت تتصارع معه أحيانا أو تتخذ موقف المواجهة أحيانا أخرى أو تضع له العراقيل في مواقف ثالثة وأصبحت تشجعه وتدعمه، بل وتكلفه أحيانا بتنفيذ بعض المشروعات والبرامج الحكومية الموضوعة في خطة الدولة.

ولذلك فإن الدعوة إلى تقوية المجتمع المدني يجب أن تتكامل مع الدعوة إلى وجود دولة عصرية قوية تقوم على أساس من الديمقراطية والعدالة الاجتماعية، ويعتبر ذلك الضمان الوحيد لوجود شراكة حقيقية بين الدولة و القطاع المدني.

<sup>1</sup> المرجع السابق، ص ص 126-134.

## كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية الخاصة

### طبقا لقانون 10 - 03.

د. بن رقية بن يوسف جامعة البليدة (2)

#### ملخص :

جاء القانون 03/10 المتعلق بالامتياز الوارد على الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة التابعة للدولة ليؤكد إبقاء الأراضي الفلاحية ملكا للدولة و اعتبر الامتياز أسلوبا لاستغلال هذه الأراضي. كما تكفل القانون بالمبادئ الأساسية التي تحكم هذه الأراضي ، و جاء بقواعد قانونية مختلفة عن تلك التي كانت مجسدة من خلال القانون 19/87 خصوصا فيما يتعلق بحق الانتفاع و الآثار المترتبة عنه ، وكذا الرقابة السابقة على منح عقد الامتياز و الرقابة اللاحقة على منحه مما سيحقق الهدف من القانون و هو حماية الأراضي الفلاحية كأولوية وطنية .

#### Resume

La loi 10/03 a confirmé que les terres agricoles reste toujours propriété de l'état , et la concession est parmi les moyens qui per maitre la régie de ces terres.

Cette loi a garantie également les principes de bases qui régissent ses terres Des nouvelles règles differantes a celle qui existaient dans la loi 87/19 surtout en se qui concerne l'usufruit et le contrôle .

#### مقدمة :

حظيت الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية الخاصة باهتمام وافر من طرف المشرع. إذ صدرت بشأنها عدة نصوص قانونية تخص نمط استغلالها و تسييرها. أول هذه النصوص الأمر رقم 653/68 المؤرخ في 30/12/1968. المتضمن التسيير الذاتي في الفلاحية<sup>(1)</sup>. حيث منحت الدولة بدون مقابل الاستغلال الفلاحية المتكونة من الأموال المنقولة و العقارية. المدرجة ضمن أملاك الدولة. إلى مجموع العمال الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى من المرسوم رقم 15/69 المؤرخ في 15/20/1969. المتضمن تعريف مجموعة العمال التابعة للاستغلال الفلاحي المسير ذاتيا<sup>(2)</sup>.

ينتفع هؤلاء العمال بهذه الاستغلالات لمدة غير محدودة. أي أن لهم حق انتفاع غير محدد المدة. لكنه غير قابل للتصرف أو الحجز عليه. المادتان 5 و 6 من الأمر 653/68. وعند ارتكاب خطأ جسيم من طرف العامل. أو مجموعة من العمال يمكن أن يترتب عليه وقف أو طرد العامل

<sup>1</sup> - جريدة رسمية رقم 15. لسنة 1969. ص 154.

<sup>2</sup> - جريدة رسمية رقم 15. لسنة 1969. ص 158.

من جانب مجلس العمال، و يكون قرار الطرد أو الوقف قابل للطعن أمام الجمعية العامة للعمال، المادة 16 من المرسوم رقم 16/69، المؤرخ في 15/02/1969، المتضمن تحديد اختصاصات و سير هيئات التسيير الذاتي في الفلاحة<sup>(1)</sup>.

نظرا لتطبيق نظام التسيير الذاتي في الفلاحة على الأراضي التابعة للمعمرين و الجزائريين الذين كانت لهم مواقف معادية لحرب التحرير، و بقاء بعض الأراضي التابعة للأموال الوطنية، مثل أراضي البلديات التي كانت خاضعة للاستغلال التقليدي، و كذلك أراضي الخواص الذين كانوا لا يستغلونها بصفة شخصية مباشرة، صدر بشأنها ثاني نص قانوني هو الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08/11/1971، و المتضمن قانون الثورة الزراعية<sup>(2)</sup>، تنازلت الدولة فيه عن حق الانتفاع للمستفيدين لمدة غير محددة و بدون مقابل، هذا الحق غير قابل للتنازل أو الحجز عليه، ينقل إلى الورثة الذكور دون الإناث، يسقط بموجب حكم قضائي طبقا لنص المادة 45 من المرسوم رقم 107/72، المؤرخ في: 07 يونيو 1972، المتضمن نماذج عقد المنح و إجراءات سحبه أو سقوط الحق فيه.

ازدواجية الاستغلال عن طريق التسيير الذاتي في الفلاحة و الثورة الزراعية ، ظل مطبقا حتى مطلع الثمانيات ، وهي الفترة التي بدأت تعرف فيها الجزائر بعض المتاعب الاقتصادية ، بسبب انخفاض سعر البترول ، و عدم مردودية الأسلوب الاشتراكي في الميدان الفلاحي ، الأمر الذي دفع بالدولة إلى إعادة تنظيم المزارع الاشتراكية و خصوصية الإنتاج الزراعي ، بموجب نص تشريعي ثالث هو القانون رقم 87 / 19 المؤرخ في 08/12/1987<sup>(3)</sup> ، المعروف بقانون المستثمرات الفلاحية .

منح هذا القانون حق انتفاع دائم و بمقابل ، على مجمل الأراضي التي كانت خاضعة لنظام التسيير الذاتي في الفلاحة و قانون الثورة الزراعية ، بمقتضى عقد إداري مسجل و مشهر بالمحافظة العقارية ، ينقل هذا الحق إلى الورثة الذكور و الإناث ، يمكن التنازل عنه و الحجز عليه . تبين للدولة في نهاية 1997 بأن التحويلات التي أحدثتها بموجب قانون 19/87 لم تلق التجاوب المنتظر من قبل المستفيدين ، إذ كانت بعيدة عن الآمال المرجوة ، رغم تملكهم حق الانتفاع ، فقد لوحظت عدة اختراقات منها: أراضي غير مستغلة، أو مستغلة بصفة غير كافية، عدم استغلال المباني الفلاحية أو تحويلها عن طابعها الفلاحي ، إهمال الممتلكات التي تم التنازل عنها للمستفيدين الذين لم يدفعوا الأقساط المستحقة عليهم، تحويل الأراضي عن

<sup>1</sup> - مجموعة النصوص التطبيقية المتعلقة بالثورة الزراعية، وزارة الفلاحة و الإصلاح الزراعي 1972، ص 55

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 158.

<sup>3</sup> - جريدة رسمية ، رقم 50 ، لسنة 1987 ، ص 1918

طابعها الفلاحي: إذ تم تشييد بنايات فخمة ومحلات تجارية فوقها، التنازل عنها لأشخاص لا علاقة لهم بالفلاحة و الذين بدورهم حولوها إلى فنادق سياحية، مراكز تجارية، خاصة المناطق السياحية .

العبث بهذه الأرض الزكية ، المسقية بدماء الشهداء ، من طرف بعض المستفيدين والغياب التام للمراقبة من طرف الهيئات الإدارية المختصة ، دفع مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 14/12/1997 إلى تبني الطرح الأول لمؤتمر طرابلس ، المتمثل في بيع أو إيجار هذه الأراضي ، إذ صادق و بصفة نهائية على تقديم مشروع القانون ، المحدد لشروط وكيفيات بيع أو إيجار هذه الأراضي ، للبرلمان لمناقشته .

غير أن المنظمة الوطنية للمجاهدين ومنظمة أبناء الشهداء قد رفضتا فكرة بيع هذه الأراضي لأنها تجسد الذاكرة التاريخية للثورة، الشيء الذي جعل هذا المشروع معلقا إلى غاية 15/08/2010 تاريخ صدور النص القانوني الرابع ، وهو القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15/08/2010<sup>(1)</sup> ، الذي استبعد فكرة البيع ، وخلقى عن تأييد حق الانتفاع، وتبنى حق الاستغلال المؤقت عن طريق عقد الامتياز.

إذن فما هو نطاق تطبيق هذا القانون؟ و ما هي شروط و إجراءات تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز؟ و ما هي الآثار المترتبة عن ذلك ؟

### القسم الأول: نطاق تطبيق قانون 10-03

يطبق قانون 03/10 ، المؤرخ في 15/08/2010 على الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة التي كانت خاضعة للقانون رقم 19/87 ، المؤرخ في 08/12/1987 ، تقدر مساحتها الإجمالية ما يقارب 2.5 مليون هكتار ، وهي أراضي ذات قدرات عالية ، أي خصبة جدا أو خصبة ، وموزعة عبر 1519 بلدية ، كذلك الأراضي التي لم يتم منحها في إطار قانون 19/87 ، المعروفة بالأراضي المتوفرة<sup>(2)</sup> ، تستبعد من مجال تطبيق هذا القانون الأراضي الفلاحية الخاضعة للاستصلاح وفقا لقانون 18/83 المؤرخ في 13/08/1983 ، المتعلق بجيازة الملكية الخاضعة للاستصلاح<sup>(3)</sup> ، والمرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 06/06/1992 ، المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية<sup>(4)</sup> ، وكذلك والمرسوم التنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 15/12/1997 ، المحدد لكيفيات منح حق أمتياز قطع أرضية

<sup>1</sup> - جريدة رسمية ، رقم 46 ، لسنة 2010

<sup>2</sup> - المادة 17/من القانون 03/10 .

<sup>3</sup> - جريدة رسمية رقم 34 ، لسنة 1983.

<sup>4</sup> - جريدة رسمية 55 ، لسنة 1992.

من الأملاك الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية<sup>(1)</sup>، وكذلك الأراضي الرعوية المطبق عليها الأمر رقم 43/75 المؤرخ في 17/06/1975 المتضمن قانون الرعي<sup>(2)</sup>، الأراضي الغابية المطبق عليها القانون رقم 12/84 المؤرخ في 23/07/1984، المتضمن النظام العام للغابات<sup>(3)</sup> والمرسوم التنفيذي رقم 87/01 المؤرخ في 05/04/2001، المحدد لشروط وكيفيات الترخيص بالاستغلال في إطار أحكام المادة 35 من القانون رقم 12/84.

### المبحث الاول: الإجراءات المتبعة لتحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز

عرف الاستاذ سليمان الطماوي عقد الامتياز على انه: "عقد اداري يتولى الملتزم بمقتضاه و على مسؤوليته ادارة مرفق عام اقتصادي و استغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الاساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الادارة عقد الامتياز"<sup>4</sup>

كما عرف الدكتور ناصر لباد على أنه: "عقد او اتفاق تكلف الادارة المانحة سواء كانت الدولة او الولاية او البلدية بموجبه شخص طبيعيا أو شخصا معنويا من القانون العمومي أو من القانون الخاص يسمى صاحب الامتياز بتسيير او استغلال مرفق عمومي لمدة محددة، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مالي يحدد في العقد."<sup>5</sup>

أما القانون 03/10 فقد عرف الامتياز بأنه عقد إداري، تمنح الدولة بموجبه لشخص طبيعي من جنسية جزائرية، يسمى المستثمرة صاحب الإمتياز، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط، لمدة أقصاها أربعون سنة قابل للتجديد مرة واحدة، مقابل دفع إتاوة سنوية، للاستفادة من حق الامتياز يجب على كل عضو في المستثمرة الفلاحية الجماعية، أو الفردية<sup>(6)</sup>، إيداع ملف لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية<sup>(7)</sup>، لدراسته وتحويله إلى إدارة أملاك الدولة لإصدار عقد الامتياز.

<sup>1</sup> - جريدة رسمية رقم 83، لسنة 1997.

<sup>2</sup> - جريدة رسمية لشهر جوان سنة 1975.

<sup>3</sup> - جريدة رسمية رقم 26، لسنة 1984.

<sup>4</sup> سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص 89.

<sup>5</sup> ناصر لباد، الوجيز في القانون الاداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 221.

<sup>6</sup> - يمكن للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإقتصادي و التجاري تقديم طلب للديوان الوطني للأراضي الفلاحية في خلال سنة (6) أشهر ابتداء من تاريخ نشر المرسوم التنفيذي رقم 06/11، المادة 08 منه.

<sup>7</sup> - يتوفر الديوان على هياكل موجودة في كل ولاية، المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 339/09 المؤرخ في 22/10/2009 المعدل و

### المطلب الأول : إيداع ملف التحويل

يتعين على كل مستفيد إيداع ملف يتعلق بتحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز لدى الديوان باسمه الخاص خلال 18 شهراً . تبدأ من يوم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية . ويشمل هذا الملف الوثائق التالية : ملء استمارة وفق النموذج المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 326/10 المؤرخ في 2010/12/23<sup>(1)</sup> . نسخة من بطاقة التعريف الوطنية مصادق عليها بغرض إثبات الهوية . شهادة فردية للحالة المدنية للتأكد من أن صاحب الطلب غير متوفي . نسخة من العقد الأصلي المشهر بالمحافظة العقارية<sup>(2)</sup> . قرار الوالي<sup>(3)</sup> . وفي حالة وفاة المستفيد يرفق العقد الأصلي أو قرار الوالي بعقد فريضة الهالك . نسخة من مخطط تحديد أو رسم الحدود أو مستخرج من مخطط مسح الأراضي عندما تكون منطقة مسووحة . تصريح شرفي من المستثمر مصادق عليه يتضمن الوفاء بالتزاماته وفقاً لقانون 19/87 . محضر جرد محينا يتضمن ممتلكات المستثمرة<sup>(4)</sup> . توكيل يتم إعداده أمام موثق لتمثيل الورثة أمام الديوان<sup>(5)</sup> .

في حالة ما إذا كانت المستثمرة غير مزودة بمخطط تحديد أو رسم الحدود . أو عندما يكون العقد الإداري للمستثمرة قد تعرض للتعديل . ولم يكن مخطط التحديد أو رسم الحدود موضوع تخيين . تتولى إدارة مسح الأراضي بطلب من المعني بإعداد أو تخيين هذا المخطط<sup>(6)</sup> . يستبعد الأشخاص الذين تم إسقاط حقوقهم العينية العقارية بموجب أحكام قضائية أو قرارات ولائية . أو كانوا من الأشخاص الذين حازوا حقوق انتفاع عن طريق معاملات عقارية مخالفة لأحكام قانون 19/87 . وفي هذا المجال تطرح إشكالية الأشخاص الذين يجوزون عقوداً رسمية غير مشهورة بسبب التعليلة الوزارية التي أوقفت التنازل<sup>(7)</sup> . فهل يجرمون من الاستفادة بحق الامتياز ؟

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 326/10 . المؤرخ في 2010/12/23 . جدد كفاءات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة . جريدة رسمية . العدد 79 لسنة 2010 .

<sup>2</sup> - يشمل العقد الأصلي المشهر بالمحافظة العقارية . العقد الإداري . العقد التوثيقي في حالة التنازل عن حق الانتفاع من طرف أحد المستفيدين في المستثمرة الفلاحية الفردية أو الجماعية . أو الشهادة التوثيقية في حالة وفاة المستفيد .

<sup>3</sup> - قرار الوالي لا يرتب حق إنتفاع دائم . ومع ذلك أضافه المشرع . وهذا يعد خطأ . إذ يجب على المستفيد تسوية وضعيته و الحصول على العقد الإداري ثم المطالبة بتحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز .

<sup>4</sup> - يكون محضر الجرد هذا وفق النموذج المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 326/10 .

<sup>5</sup> - تكون الوكالة هنا . وكالة عامة وفق ما تنص عليه المادة 573 من القانون المدني . لأن مهمة الوكيل هي إدارة الحصص في المستثمرة الفلاحية الجماعية . أو الفردية . إي إدارة إستغلال الأرض الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها لا غير .

<sup>6</sup> - المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 10-326 .

<sup>7</sup> - التعليلة الوزارية رقم 01 . المؤرخة في 2005/03/03 .

انطلاقا من مبدأ تدرج القوانين فإن التعليم لا توقف العمل بالنص التشريعي ، وبالتالي يتعين على مسؤولي المحافظات العقارية إتمام إجراءات الشهر ليتسنى لهؤلاء الأشخاص تقديم طلبات التحويل من حق الانتفاع الدائم إلى حق الامتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية . أما فيما يتعلق بأصحاب العقود العرفية . فإن هذه العقود باطلة . إلا أنها تثير بعض التساؤلات بالنسبة للأشخاص الذين قاموا باستغلال هذه الأرض وإقامة منشآت فوقها كغرس أشجار مثمرة . وبناء مخازن . إلخ . فما مصير هذه المنشآت والأغراس المنجزة فوق هذه الأرض . مع العلم أنها قد تمت بموافقة صاحب حق الانتفاع وسكوت إدارة أملاك الدولة عن هذا التصرف ؟ يطبق عليهم أحكام الالتصاق المنصوص عليها في القانون المدني .

أما المستفيدون المطروحة قضياهم أو التي تطرح على مستوى الجهات القضائية تؤجل معالجة طلباتهم لغاية الفصل فيها نهائيا . و لا يمكن بأي حال من الأحوال دراسة طلباتهم إلا بعد صدور أحكام قضائية نهائية . على أن يكلف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية باستغلال هذه الأراضي خلال هذه الفترة حسب نص المادة 29 من المرسوم 326/10 .

إذا لم يتقدم العضو في المستثمرة الفلاحية بطلب التحويل في خلال الفترة المنصوص عليها في المادة 30 من القانون 03/10 . وبعد إعدارين متباعدين بفترة شهر واحد . يبلغ إلى المعني شخصا أو لأحد أفراد عائلته أو بمقتضى رسالة مضمنة . أو عن طريق النشر وفق ما تقضي به المواد 410/408 / 411 / 412 و 413 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . ويثبت ذلك بموجب محضر صادر عن محضر قضائي وذلك بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية . يعتبر المستثمر صاحب الامتياز أو ورثته متخليا عن حقوقه العقارية . يترتب عن ذلك إسقاط حق المستثمرين الفلاحين أو ورثتهم بمقتضى قرار صادر من الوالي . يشهر في المحافظة العقارية (1) .

تسترجع إدارة الأملاك الوطنية الأراضي الفلاحية و الأملاك بكل الطرق القانونية كرفع دعوى الطرد مثلا . غير أن إسقاط حق المستفيدين في المستثمرة الفلاحية أو ورثتهم بمقتضى قرار من الوالي يعد تعسفا في حق هؤلاء الأشخاص . فالمادة 30 من القانون 03/10 تعتبر المستفيد أو ورثته الذي لم يقدم طلب تحويل حق انتفاع دائم إلى حق امتياز لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية خلال 18 شهر تبدأ من يوم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية . متخليا على حقوقه العقارية . بمعنى أن الذي لم يقدم طلب التحويل في خلال المدة المحددة . أنه قد تخلى أو أهمل حقه الدائم و هذا الربط غير سليم ومجحف في حق بعض الأعضاء . كالمستفيد الذي

<sup>1</sup> - المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 326/10

يرفض تحويل حق انتفاع دائم إلى حق امتياز مؤقت، وارث المستفيد، الغائب أو المفقود، هل يعد هؤلاء الأشخاص متخلين فعلا عن حقوقهم العقارية، إذا لم يقدموا طلباتهم في خلال المدة المحددة في المادة 30 من قانون 03/10، وتسحب حقوقهم بموجب قرارات إدارية؟ أم لا بد من إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، و المرسوم التنفيذي رقم 427/12 المؤرخ في 16/12/2012 المحدد لشروط إدارة وتسيير الأملاك الوطنية الخاصة والعامة، و القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، خاصة المادتان 10 و 110.

أعتقد أنه يجب إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القوانين المذكورة سلفا، ويمكن توضيحها فيما يلي:

#### 1- الإجراءات المتبعة ضد المستفيد الذي لم يقدم طلبه في الأجل المحدد:

إذا تم تبليغ المستفيد وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 30 من القانون 03/10 والمواد 408، 410، 411، 412 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولم يقدم طلب التحويل في خلال مدة ثمانية عشرة شهرا، فإنه يتعين التفرقة بين المستفيد الذي وفي بكافة التزاماته طبقا لقانون 19/87، و المستفيد الذي تخلى عن خدمة الأرض أ- المستفيد الذي وفي بكافة التزاماته:

إذا كان المستفيد قد وفي بكافة التزاماته في ظل قانون 19/87 ولم يرتكب أي خطأ، ورفض تحويل حقه الدائم إلى حق استغلال مؤقت، مؤسسا ذلك، على أنه صاحب حق إنتفاع دائم، قابل للنقل و التنازل و الحجز عليه، ثابت بموجب عقد رسمي مسجل ومشهر بالمحافظة العقارية، أي أنه مالك لهذا الحق، و أنه لم يخل بأي إلتزام منصوص عليه في قانون 19/87، أي أنه أصبح حق مكتسب وفقا لقانون 19/87، وأن الحقوق المكتسبة لا يمكن إهدارها عند إلغاء القانون الذي يكرسها، و أن الدستور و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يحميان حقه على إعتبار أنه مالك لحق الإنتفاع، وبالتالي لا يتخذ ضده أي إجراء لسحب حقه، بل بالعكس كان على الدولة تمليك هذه الفئة الأرض رقابة و إنتفاعا طبقا للمادة 692 من القانون المدني، ومفادها أن الأرض ملك لمن يخدمها، و الحديث القائل "تمليك الأرض بالأعمار و تجريديها بالإهمال".

#### ب- المستفيد الذي تخلى عن خدمة الأرض:

يكون المستفيد المتخلي عن خدمة الأرض، إما قيد متابعة قضائية طبقا لنص المادتين 28 و 29 من قانون 19/87، و المرسوم التنفيذي 51/89 و 51/90، يؤجل الفصل في وضعيته لحين صدور الحكم القضائي، أو اكتشف أمره أثناء تبليغه وفق ما تنص عليه المادة 30 من

قانون 03/10 أو عند تقديم ملفه للجنة الولائية المنصوص عليها في المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 10-326 المؤرخ في 2010/12/23 المتعلق بكيفيات تصنيف حق الامتياز. هذا الأخير يكون إما محل متابعة قضائية طبقا لقانون 19/87 ، أو يلغى قراره من طرف الوالي. و لا يمكن للجنة أن تفصل في ملفه قبل اللجوء للقضاء.

## 2- الإجراءات المتبعة ضد ورثة المستفيد :

حق الانتفاع الدائم في ظل قانون 19/87 ، ينقل إلى الورثة الذكور و الإناث ، وعندما يتخلون عن حقوقهم العقارية لا تطبق عليهم المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 10/236 ، بل أحكام المادة 53 من قانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ومفادها أنه إذا وقع التخلي عن الحقوق العينية العقارية في الملكية الموروثة بعد فتح التركة يحق للدولة أن تطلب من القاضي المختص في الدعاوي المدنية بعد التحقيق القضائي ، أن يثبت التخلي الذي يترتب عليه تطبيق الإجراءات الخاصة بالحراسة القضائية ، ويتم حينئذ إجراء تسليم أموال التركة وفق المادة 51 من قانون الأملاك الوطنية .

وتدرج الأملاك الموضوعة تحت الحراسة القضائية في الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة بعد إثبات الطابع القطعي لإرادة الورثة في التخلي عن ذلك الإرث .

## 3- الإجراءات المتبعة ضد المستفيد الغائب و المفقود:

لقد عرفت الجزائر فترة سوداء طيلة عشر سنوات ، راح ضحيتها العديد من الجزائريين والجزائريات ، من بينهم من اعتبر غائبا أو مفقودا ، وقد يكون من بين هؤلاء المفقودين مستفيدين في مستثمرات فلاحية فما حكم هؤلاء ؟

إذا تبين بعد إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 30 من قانون 03/10 بأن المستفيد هو مفقود أو غائب ، نطبق في هذه الحالة أحكام المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 12/427 ومفادها يمكن للدولة أن ترفع دعوى قضائية للحكم بفقد الشخص أو غيابه ، وتتخذ التدابير المقررة في المادة 111 من قانون الأسرة ، ويمكن للدولة ، بعد انقضاء أجال التحري و الانتظار ، التي يحددها القاضي طبقا للقانون ، أن تطلب منه إصدار حكم يثبت موت المفقود ، وحينئذ تفتح التركة ، طبقا للتشريع المعمول به ، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون في حالة ما إذا رجع المفقود .

## 4- الإجراءات المتبعة ضد المستفيد الذي لم يترك ورثة :

إذا توفي المستفيد ولم يترك ورثة ، تطبق عليه أحكام المادة 51 من قانون 90-30 و التي تنص على ما يلي : " إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكه دون أن يترك وارثا يحق

للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا ، أمام الهيئات القضائية المختصة ، بحكم يصرح بإنعدام الوارث يصدر حسب الشروط و الأشكال السارية على الدعاوي العقارية ويتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري و البحث عن الملاك المحتملين أو الورثة . و يترتب على الحكم ، بعد أن يصبح نهائيا تطبيق نظام الحراسة القضائية .

وبعد انقضاء الآجال قانونا حسب الحكم الذي يصرح بإنعدام الوارث يمكن القاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط و الإشكال المقررة في القانون و التصريح بتسليم أموال التركة كلها ."

#### المطلب الثاني: دراسة الملف:

يتولى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية و بتفويض دراسة طلبات الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة ، بالاتصال مع مصالح أملاك الدولة <sup>(1)</sup> ، و على هذا الأساس نصت المادة 09 من القانون 03/10 و المادة 2 من المرسوم التنفيذي 326/10 ، على إيداع ملفات التحويل لديه قصد دراستها و إمضاء دفتر الشروط مع المستثمر صاحب الامتياز ، وفق النموذج المرفق بالمرسوم ، إذ وجدها كاملة ، ثم يرسلها إلى إدارة أملاك الدولة بغرض إعداد عقد الامتياز باسم كل مستثمر .

#### المطلب الثالث: إصدار عقد الامتياز:

تبرم إدارة الأملاك الوطنية عقدا إداريا مع المستفيد إذا توفرت فيه الشروط المنصوص عليها قانونا، يحدد الوعاء العقاري الذي يمارس عليه حق الامتياز ، و إذا تعلق الأمر بمسثمرة فلاحية جماعية ، يعد عقد الامتياز باسم كل مستثمر في الشيوخ و بحصص متساوية ، غير أنه يمكن لكل مستثمر الخروج من الشيوخ عن طريق تشكيل مسثمرة فردية ، و في هذه الحالة يتعين عليه تقديم طلب إلى الديوان الذي يجب عليه أن يفصل فيه طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 490/97 ، المؤرخ في 1997/12/20 ، المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية <sup>(2)</sup> .

في حالة تقديم الملف من مثل الورثة ، يعد عقد الامتياز في الشيوخ باسم كل الورثة تطبق فيها أحكام الميراث المنصوص عليها في قانون الأسرة .

يبين عقد الامتياز على الخصوص ، لقب و إسم و تاريخ ميلاد و عنوان المستثمر صاحب الامتياز. الحصاص المحصل عليها في الشيوخ عند الإقتضاء ، مدة الامتياز التي تتراوح ما بين سنة وأربعين سنة ( 40 ) كحد أقصى قابلة للتجديد ، بموجب طلب يودع لدى الديوان قبل إثني

<sup>1</sup> - المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 339/09 .

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 490/97 ، المؤرخ في 1997/12/20 ، جريدة رسمية رقم 84 ، لسنة 1997 .

عشر (12) شهراً على الأقل قبل تاريخ انقضاء مدته ، موقع الأرض و قوام الأراضي و الأملاك السطحية وفق نموذج محضر الجرد المنصوص عليها في المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 326/10 .

ترسل إدارة الأملاك الوطنية عقد الامتياز بمجرد شهره في المحافظة العقارية إلى الديوان الذي يبلغه بدوره إلى صاحب الامتياز بعد تسجيله على نفقة هذا الأخير في فهرس المستثمرات الفلاحية<sup>(1)</sup> .

يدفع المستثمر صاحب الامتياز كل سنة إتاوة زهيدة لا تتناسب مع قيمة الإنتفاع بالأرض و الأملاك السطحية المتصلة بها ، حدد وعاؤها قانون المالية التكميلي سنة 2011. والهدف من ذلك هو أن يلتزم المستثمر بالمحافظة على طابعها الفلاحي و تنفيذ كل عمل من شأنه أن يرفع قيمتها و تحسين الإنتاج و الإنتاجية و عدم دفعها مدة سنتين متتاليتين يؤدي إلى فسخ عقد الامتياز بالطرق الإدارية إذا تطلبت دراسة الملف معلومات تكميلية أو استحق تحقيق في الوثائق المقدمة أو الوقائع المصرح بها ، يرسل الديوان الملف إلى اللجنة الولائية التي يرأسها الوالي<sup>(2)</sup> لفحص الملف .

إذا قبل الملف يرسل الوالي الملف إلى الديوان مرفقاً بمحضر اللجنة للقيام بالشكليات المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 326/10 ، أما إذا رفض الملف يعلم الوالي المعني برسالة معللة مع إرسال نسخة منها للديوان ، تتضمن رفض منح الامتياز ، يمكن للمعني أن يرفع دعوى ضد قرار الوالي ، طبقاً للمواد 815 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، في خلال أربعة (04) أشهر ، و في هذه الحالة يجوز لطالب التحويل تقديم تظلم للوالي ، تصدر المحكمة قرارها إما بتأييد القرار ، و لا يبقى لرافع دعوى الإلغاء سوى الإستئناف أمام مجلس الدولة ، أما إذا صدر قرار بإلغاء قرار إدارة أملاك الدولة ، يبلغ هذا القرار للإدارة و يطلب منها إبرام عقد الامتياز .

يجوز لإدارة الأملاك الوطنية أن ترفع دعوى بطلان العقد في حالة التدليس أو الغلط ، وفق ما تنص عليه المواد 81 ، 86 ، 99 ، 100 ، 101 من القانون المدني ، كما يتابع جزائياً عن كل تصريح كاذب وفق ما ينص عليه قانون العقوبات ، بالإضافة إلى فسخ عقد الامتياز .

<sup>1</sup> - فهرس المستثمرات الفلاحية ، نص عليه قانون التوجيه الفلاحي في المادة 43 ، و ينظم هذا الفهرس عن طريق قرار وزاري .

<sup>2</sup> - تتكون هذه اللجنة التي يرأسها الوالي من مدير أملاك الدولة ، مدير الحفظ العقاري ، مدير المصالح الفلاحية ، مدير مسح الأراضي ، مدير التعمير و البناء ، مدير التنظيم و الشؤون العامة ، مثل مجموعة الدرك الوطني المختصة إقليمياً و يمكن للجنة أن تستعين بكل شخص من شأنه مساعدتها في مناقشتها لدراسة الملفات التي تعرض عليها .

إذا بقيت بعض الأراضي الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها غير موزعة ، يمكن لإدارة الأملاك الوطنية، و بطلب من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، و بعد ترخيص من طرف الوالي أن تمنح هذه الأملاك للجزائريين الذين ليست لهم مواقف معادية لحرب التحرير، و الذين لهم مؤهلات عملية و تقنية ، مثل المهندسين و التقنيين في الفلاحة و يقدمون مشاريع لتعزيز المستثمرة الفلاحية وعصرنتها، و بغرض التشجيع على تجميع المستثمرات الفلاحية، تعطى الأولوية في منح هذه الأراضي الفلاحية و الأملاك السطحية و المتصلة بها للمستثمرين أصحاب الامتياز المتبقين من المستثمرة ذات أصحاب امتياز متعددين، أو للمستثمرين أصحاب الامتياز المجاورين من أجل توسيع مستثمراتهم في حالة عدم وجود الفئة الأولى، أو لم تطالب بذلك مع مراعاة أحكام المادة 23 من المرسوم التنفيذي 326/10 .

### المبحث الثاني : آثار عقد الامتياز

سنتناول في هذا المبحث طبيعة حق الامتياز و كذا تكوين المستثمرة بالاضافة الى وسائل حماية حق الامتياز.

### المطلب الاول : طبيعة حق الامتياز:

يرتب عقد الامتياز حق امتياز الممثل في حق استغلال الأراضي الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها، قابلة للنقل و التنازل والرهن، يستغل في شكل مستثمرة فلاحية جماعية، أو فردية، ويمكن تبيان ذلك فيما يلي :

### 1- نقل حق الامتياز للورثة:

ينقل حق الامتياز أي حق استغلال الأرض الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها للورثة الذكور و الإناث للمدة المتبقية من عقد الامتياز ، يمنح للورثة أجل سنة تبدأ من تاريخ وفاة مورثهم من أجل اختيار أحد الورثة ليتكفل بحقوق و إلتزمات المورث في المستثمرة مع مراعاة أحكام المادة 88 من قانون الأسرة في حالة وجود قاصر بينهم ، أو التنازل بمقابل أو مجانا لأحدهم ، أو التنازل عن حقهم للغير مع مراعاة أحكام المواد 15 ، 16 ، 09 ، 18 ، 19 من قانون 10-03 .

بعد انقضاء أجل سنة و لم يقم الورثة باختيار أحد الحلول المنصوص عليها في المادة 25، يرفع الديوان الوطني للأراضي الفلاحية دعوى قضائية قصد إثبات التخلي الذي يترتب عليه تطبيق الإجراءات الخاصة بالحراسة، و إدراج أموال التركة ضمن الأملاك الوطنية الخاصة ، طبقا لنص المادة 53 من قانون الأملاك الوطنية .

## 2- رهن حق الامتياز:

يمكن للمستثمر صاحب الامتياز أن يرهن حق استغلال الأرض الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها بغرض الحصول على قروض من البنك . يقوم هذا الأخير في حالة عدم تسديد الأقساط في وقتها المحدد بالحجز على هذا الحق . طبقا لإجراءات الحجز المنصوص عليها في المادة 788 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

يشترط في الراسي عليه المزداد أن يكون شخصا طبيعيا . جزائري الجنسية ليست له مواقف معادية لحرب التحرير . و أن لا يكون من الأشخاص الذين تم إسقاط حقوقهم بموجب حكم قضائي . أو قرار من الوالي في ظل قانون 19/87 . و أن لا تصبح له أكثر من حق على مستوى الوطن . و حكم رسو المزداد يسجل و يشهر بالمحافظة العقارية من طرف المحضر القضائي . غير قابل لأي طعن . طبقا لنص المادتين 762 . 764 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . بعد ذلك يقدم حكم رسو المزداد للديوان لإمضاء دفتر الشروط و تحرير عقد الامتياز من طرف إدارة أملاك الدولة .

ينقل للراسي عليه المزداد حق استغلال الأرض الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها في حدود المدة المتبقية من عقد الامتياز . و يجب على الراسي عليه المزداد أن يستغل الأرض الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها بصفة شخصية و مباشرة . سواء كانت الحصة مفرزة أو على الشيوع . و أن لا يقوم بتحويلها عن طابعها الفلاحي . كما يلتزم بدفع الإتاوة السنوية المنصوص عليها قانونا .

## 3- التنازل عن حق الاستغلال:

يمكن للمستثمرين أصحاب الامتياز التنازل عن حق استغلال الأرض الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها للغير . مع مراعاة الشروط التالية : أن لا يكون التنازل إليه من الأشخاص الذين سبق و أن تم إسقاط حقوقهم في ظل قانون 1987 . أو الذين ألغيت قرارات استفادتهم . أو من الأشخاص الذين لهم حق امتياز على مستوى التراب الوطني . باستثناء المجاور بشرط أن لا يكون هذا الأخير مستثمرة فلاحية تفوق مساحتها عشرة (10) أضعاف المستثمرة الفلاحية المرجعية طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 97/490 المؤرخ في 1990/12/20 . و المتعلق بتجزئة الأراضي الفلاحية .

أما المستثمرون أصحاب حقوق امتياز من نفس المستثمرة الفلاحية . أو الديوان الوطني للأراضي الفلاحية . يمكن لهما ممارسة حق الشفعة . و في هذا الإطار يتعين على التنازل إعلام الديوان يوضح فيه مبلغ التنازل و كذا هوية المرشح لاقتناء حق الامتياز . و عندما يكون التنازل

في الشيوغ يخطر الديوان كتابيا الأعضاء الآخرين قصد ممارسة حق الشفعة . و يجب على هؤلاء الإفصاح على رغبتهم في أجل 30 يوما تبدأ من تاريخ التبليغ .

عندما يبدي باقي الأعضاء رغبتهم في ممارسة حق الشفعة . يخطر الديوان المتنازل لمباشرة إجراءات التنازل وفق ما تنص عليه المادة 18 من قانون 03/10 . و مفادها يجب إضاء دفتر الشروط مع الديوان و محرر عقد امتياز جديد من طرف إدارة أملاك الدولة . يسجل و يشهر بالمحافظة العقارية .

أما إذا كان الرد سلبيا . يمارس حق الشفعة من طرف الديوان . و يعلم هذا الأخير المستثمر صاحب الامتياز بذلك .

إذا لم يختار بقية الأعضاء في المستثمرة و لا الديوان ممارسة حق الشفعة . يرخص الديوان للمتنازل بعد موافقة الوالي بمواصلة التنازل طبقاً لنص المادة 18 من القانون 03/10 . و يكون للمدة المتبقية .

من خلال ما تقدم يتبين بأن حق الامتياز المتمثل في استغلال الأرض الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها هو حق عيني عقاري و ليس بحق شخصي. يمارسه المستثمر صاحب الامتياز في الشيوغ.

#### المطلب الثاني : تكوين المستثمرة الفلاحية قانوناً :

لقد لوحظ في العديد من المرات أن بعض المستثمرين أصحاب الامتياز في ظل قانون 10-03 المؤرخ في 2010/08/15 المحدد لشروط و كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة . يرفعون دعاوى قضائية باسم المستثمرة الفلاحية الجماعية. مثله بأحد أعضائها و يقدمون كدليل لذلك عقود امتياز فهل تقبل دعواهم أم ترفض لانعدام صفة التقاضي للمستثمرة الفلاحية الجماعية ؟

بالرجوع إلى أحكام المادة 20 من القانون 10-03 نجد أنها تنص على ما يلي : "تكتسب المستثمرة الفلاحية الأهلية القانونية الكاملة بالاشتراط و المقاضاة و التعهد طبقاً لأحكام القانون المدني " . يلاحظ على هذا النص أن المشرع لا يفرق بين المستثمرة الفلاحية الجماعية والمستثمرة الفلاحية الفردية. إذا استعمل عبارة المستثمرة الفلاحية. كما أنه أحال على أحكام القانون المدني فيما يتعلق باكتساب المستثمرة الفلاحية أهلية التقاضي .

طبقاً لأحكام القانون المدني. لاسيما المادة 50 منه فإن المستثمرة الفلاحية الجماعية لن تكون لها أهلية التقاضي إلا إذا كانت تتمتع بالشخصية المعنوية. و أن هذه الأخيرة لا تمنح إلا بموجب نص قانوني و بتفحص أحكام القانون 10-03 فإنه لا يوجد أي نص يمنح للمستثمرة

الفلاحية الجماعية الشخصية المعنوية عكس قانون 87-19 المؤرخ في 08/12/1987 و المتعلق بكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية ، الملغى بموجب المادة 34 من قانون 10-03 إذ نصت المادة 33 منه على أن يصبح للمستثمرة الفلاحية الجماعية شخصية معنوية بمجرد شهر العقد الإداري بالمحافظة العقارية. لأن أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية في ظل قانون 87-19 يمنح لهم عقد واحد بخلاف قانون 10-03 الذي يمنح لكل عضو في المستثمرة الفلاحية الجماعية عقد امتياز باسمه الخاص، و في غياب نص قانوني يمنح للمستثمرة الفلاحية الجماعية الشخصية المعنوية فإنه لم يبق للمستثمرين أصحاب الامتياز سوى خيارين :

**أولهما-** إدارة حقوق الامتياز بصفة مشاعة، و تطبق في هذا الشأن أحكام المواد 713 وما بعدها من القانون المدني باستثناء الأحكام التي تتعارض مع قانون 10-03. فترفع الدعوى باسم كافة أعضائها لا باسم المستثمرة الفلاحية الجماعية. لأن المال المشاع لا يتمتع بالشخصية المعنوية كما يمكن توكيل أي عضو يمثلهم قضائياً أو الاتصال بالهيئات الإدارية والبنكية كما يتعين على الأعضاء بموجب اتفاقية غير ملزمة للغير بتحديد العلاقات فيما بينهم لا سيما طريقة توكيل مستفيد عنهم، مشاركة كل واحد منهم في أشغال المستثمرة الفلاحية. و توزيع و استعمال الداخل .

**ثانيهما-** إنشاء تعاونية فلاحية طبقاً لأحكام المادة 53 من قانون التوجيه الفلاحي<sup>(1)</sup> مفادها " يمكن أن ينشئ المستثمرون الفلاحيون بموجب عقد رسمي تعاونيات فلاحية لاحتياجات نشاطهم". و تعتبر التعاونية الفلاحية طبقاً لأحكام المادة 54 من قانون التوجيه العقاري شركة مدنية لا تهدف إلا الربح تسعى إلى إنجاز أو تسهيل عملية الإنتاج أو تحويل أو شراء أو التسويق، تخفيض سعر الكلفة و سعر البيع لبعض المنتجات و الخدمات لفائدة أعضائها و عن طريق مجهودهم المشترك. تحسين نوعية المنتجات التي توفرها لأعضائها و تلك التي ينتجونها.

تصبح للتعاونية الفلاحية بما أنها شركة مدنية، شخصية معنوية بمجرد تكوينها أي عند إفراغها في قالب رسمي أمام الموثق، لكن لا تكون حجة على الغير إلا بعد القيام بإجراءات الشهر في المحافظة

العقارية، المادة 417 من القانون المدني، و تطبق المادة 63 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 23/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في هذا الشأن إذ يجب أن يذكر في العقد

1 \_ القانون رقم 16-08 المؤرخ في 03/08/2008 المتضمن التوجيه الفلاحي.

تسميتها و مقرها ومن يمثلها و مجال اختصاصها. حقوق و واجبات أعضائها أمام الهيئات الإدارية و القضائية، توزيع و استعمال الداخل.

### المطلب الثالث : وسائل حماية حق الامتياز و إنهاء عقد الامتياز :

لضمان استغلال الأراضي الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها استغلالاً أمثل ، و عدم تحويلها عن طابعها الفلاحي ، نص قانون 03/10 على عدة وسائل لحمايتها هي :

#### الفرع الاول : وسائل حماية حق الامتياز:

##### 1- الديوان الوطني للأراضي الفلاحية:

أنشئ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بموجب المرسوم 87/69 ، المؤرخ في 1996/02/24 ، المعدل و المتمم<sup>(1)</sup> ، و هو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، يتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي ، يخضع لقواعد القانون الإداري في علاقته مع الدولة ، و يعد تاجراً في علاقته مع الغير<sup>(2)</sup> .

قد منح قانون 03/10 لهذا الديوان سلطة دراسة ملفات التحويل من حق الانتفاع الدائم إلى حق الامتياز ، فالمادة 09 من القانون 03/10 و المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 326/10 نصتا على إيداع ملفات التحويل لديه قصد دراستها و إمضاء دفتر الشروط مع المستثمر صاحب الامتياز وفق النموذج المرفق بالمرسوم ، و لهذا يكون للديوان مراقبة سابقة لمنح عقد الامتياز ، حتى لا يتسرب إلى هذه الأرض الزكية الأشخاص الذين لا علاقة لهم بخدمة الأرض ، لأن الوقاية خير من العلاج .

كما للديوان سلطة مراقبة استغلال الأرض بعد منح عقد الامتياز ، إذ يمكن له ممارسة المراقبة على المستثمرة الفلاحية في أي وقت للتأكد من أن النشاطات التي تتم عليها مطابقة لبنود دفتر الشروط.

على المستثمر صاحب الامتياز أن يقدم مساعدته ، أثناء عمليات المراقبة بأن يسهل للديوان الدخول إلى المستثمرة و أن يزوده بكل المعلومات و الوثائق المطلوبة .

عند الإخلال بأحد الإلتزامات المنصوص عليها في المادة 21 من قانون 03/10 ، و المادة 08 من دفتر الشروط المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 32610 يعاينه محضر قضائي، يعذر الديوان المعني حتى يمثل لدفتر الشروط ، و في حالة عدم الإمتثال ، بعد إنقضاء الأجل المذكور في الإعذار تقوم إدارة أملاك الدولة ، بعد إخطارها من الديوان بفسخ عقد الامتياز بموجب قرار قابل

<sup>1</sup> - جريدة رسمية رقم 15 لسنة 1996 ، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 339/09 ، المؤرخ في 2009/10/22 ، جريدة

رسمية رقم 61 لسنة 2009 .

<sup>2</sup> - المادة الأولى من المرسوم 87/69 .

للطعن أمام الجهات القضائية الإدارية في خلال شهرين (02) تبدأ من يوم تبليغ قرار الفسخ من طرف الديوان .

## 2- لجنة دراسة ملفات التحويل:

بالإضافة إلى مراقبة الديوان لملفات التحويل ، هناك مراقبة ثانية تتم على مستوى اللجنة الولائية لدراسة الملفات التي انشأت بموجب المادة 07 من المرسوم التنفيذي 32610 ، وذلك عندما يشك الديوان في صحة الوثائق المقدمة أو التصريحات المدلى بها ، وتشكل هذه اللجنة من عدة هيئات ذات طابع إداري و تقني و أممي يمكن لها أن تستعين بأي خبير مختص بمساعدتها في مناقشة الملف .

يؤدي كل تصريح كاذب إلى رفض الملف ، أو فسخ عقد الامتياز(و الأفضل إبطال عقد الامتياز) ، إذا تبين فيما بعد أنه قد قدم وثائق مزورة ، أو أدلى بتصريحات غير صحيحة ، كما يتابع جزائياً وفق ما ينص عليه قانون العقوبات .

## الفرع الثاني : إنهاء عقد الامتياز

ينتهي عقد الامتياز إما بإنقضاء مدته في حالة عدم التجديد ، أو بطلب من صاحب الامتياز قبل إنقضاء مدته أو عند إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته ، كتحويل الوجهة الفلاحية للأراضي أو الأملاك السطحية المتصلة بها عن طابعها الفلاحي ، عدم استغلال الأراضي الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها بصفة شخصية و مباشرة ، خلال سنة واحدة ، التآجير من الباطن للأرض الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها ، عدم دفع الإتاوة مدة سنتين متتاليتين.

يترتب على كل إخلال من المستثمر صاحب الامتياز فسخ عقد الامتياز من طرف إدارة الأملاك الوطنية ، بعد معاينة المخالفة من طرف المحضر القضائي ، وإعذار المستثمر ، بتلك المخالفة من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية .

في حالات إنهاء عقد الامتياز ، تسترجع إدارة أملاك الوطنية الأراضي الفلاحية و الأملاك السطحية المتصلة بها بالحالة التي هي عليها و ليست الحالة التي كانت عليها وقت التعاقد .

يمنح تعويض للمستثمر صاحب الامتياز في كل حالات إنهاء عقد الامتياز تحده إدارة الأملاك الوطنية ، تحسب فيه الامتيازات و رهون المحتملة التي تثقل المستثمرة ، تحفض منه 10 بالمئة كتعويض عن الأضرار التي تلحق الأملاك السطحية في حالة الإخلال بالإلتزامات ، ومبلغ التعويض الممنوح يكون محل طعن أمام الهيئات القضائية المختصة ، أي القضاء الإداري .

**خاتمة :**

من خلال دراستنا لموضوع عقد الامتياز الفلاحي المنصوص عليه في القانون 10-03 نستنتج أن المشرع الجزائري قد تكفل بالمبادئ الأساسية التي تحكم الإطار التنظيمي الخاص بالأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة والمتمثلة في إبقاء الأراضي الفلاحية ملكا للدولة مع الاعتماد على أسلوب الامتياز كنمط جديد لاستغلال الأراضي الفلاحية. والذي أتى كأسلوب بديل لحق الانتفاع الدائم المنصوص عليه في القانون 87-19 .

يمثل عقد الامتياز النمط الذي يتم من خلال تسيير الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة و الذي رصد له المشرع الجزائري جملة من النصوص القانونية ذات الطابع التشريعي والتنظيمي من أجل حماية العقار الفلاحي .

و رغم ان قانون 10/03 جاء لتدارك النقائص و العيوب الواردة في القانون 87/19 إلا انه هو الآخر مازال يتخبط في بعض الإشكالات من الناحية العملية تتطلب توافر جهود كل الهيئات المتدخلة في العملية وصولا الى المستثمر الفلاحي للنهوض بقطاع الفلاحة في بلادنا و الاستثمار بصفة فعالة في هذا المجال في ظل التأثيرات التي تحدث على الاقتصاد الوطني في ظل العولة خاصة الأخذ بعين الاعتبار لرأي الفلاحين حول السبل الأجمع لتسيير القطاع لأنهم أهم طرف في معادلة التنمية في القطاع الفلاحي .

## ضوابط ممارسة سلطة التأديب في التشريع الجزائري

د. محمد بوكماش  
خلود كلاش  
جامعة خنشلة  
باحثة دكتوراه  
جامعة خنشلة

### ملخص:

منح المشرع للموظف العمومي مجموعة من الضمانات تكفل له حقوقه خلال مساره المهني منذ صدور قرار التعيين إلى غاية إنهاء العلاقة الوظيفية. سواء كانت نهاية عادية أو غير عادية. ومن جهة أخرى منح للهيئة الإدارية مجموعة من السلطات قصد ضمان حسن سير المرافق العامة. يستعملها في حالة ارتكاب الموظف لأي خطأ أو إخلال بالواجبات الوظيفية. وتظهر ممارسة السلطة المختصة بالتعيين للتأديب باعتبارها من أهم السلطات الممنوحة لها بموجب نص من القانون وأخطرها. إلا أن هذه السلطة تحكمها مجموعة من الضوابط وذلك في إطار الالتزام بمبدأ المشروعية الذي يفرض على السلطة التأديبية باعتبارها صاحبة الاختصاص الخضوع لمجموعة من الضوابط المحددة بموجب القواعد القانونية.

### Résume

Le législateur a consacré un ensemble de garanties au profit du fonctionnaire dans le but d'assurer ses droits durant toute sa carrière professionnelle et ce depuis sa nomination jusqu'à la fin de la relation professionnelle qu'il s'agisse d'une fin normale de la relation ou d'une fin anormale. D'autre part, il a confié un ensemble de pouvoirs à l'autorité administrative afin d'assurer le bon fonctionnement des services publics, se traduisant notamment pour le pouvoir de discipline en cas de commission de faute par le fonctionnaire ou en cas de défaillance dans ses obligations professionnelles. Ce pouvoir de discipline accordé au responsable administratif constitue l'un des pouvoirs les plus importants qu'il exerce conformément aux dispositions de la loi et au respect du principe de la légalité qui lui impose d'exercer ce pouvoir dans les limites fixées par la loi.

### مقدمة :

يعتبر التأديب من أهم المجالات التي تظهر فيها ممارسة الإدارة لسلطتها سواء الأمر بسلطة تقدير الأسباب التي على أساسها تمارس اختصاصها. أو اختيار الوسيلة والإجراءات المناسبة لذلك أو السلطة المقيدة بشروط قانونية محددة إلزامية والتي تخضعها لرقابة القاضي الإداري. وذلك بداية من ارتكاب الموظف للخطأ التأديبي وصولاً إلى توقيع العقوبة التأديبية. وفي هذا الإطار فإن المشرع الجزائري قد كفل للموظف مجموعة من الضمانات. وذلك من أجل الموازنة بين الحقوق التي يتمتع بها خلال مساره المهني منذ صدور قرار التعيين إلى غاية

إنهاء العلاقة الوظيفية. والسلطة الممنوحة للهيئة الإدارية قصد ضمان حسن سير المرافق العامة. ومن هنا فإنه في حالة ارتكاب الموظف لأي خطأ أو إخلال بالواجبات الوظيفية تظهر ممارسة الرئيس الإداري لسلطة التأديب باعتبارها من أهم السلطات الممنوحة له بموجب نص من القانون وأخطرها إلا أن هذه السلطة تحكمها مجموعة من الضوابط وذلك في إطار الالتزام بمبدأ المشروعية الذي يفرض على السلطة التأديبية باعتبارها صاحبة الاختصاص الخضوع لمجموعة من الضوابط المحددة بموجب القواعد التشريعية. وفي هذا الإطار يمكننا طرح الإشكالية التالية :

فيما تتمثل ضوابط ممارسة سلطة التأديب وما موقف القضاء الإداري من القرارات الصادرة عن السلطة التأديبية ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا الخطة التالية:

المبحث الأول : طبيعة النظام التأديبي في الجزائر

المطلب الأول : تكريس النظام التأديبي شبه القضائي لممارسة سلطة التأديب

المطلب الثاني : تكييف طبيعة القرارات الصادرة عن اللجان التأديبية

المبحث الثاني : مظاهر تعسف السلطة التأديبية في إصدار القرار التأديبي

المطلب الأول : قرار النقل الإجمالي

المطلب الثاني : التوقيف عن العمل

المبحث الأول : طبيعة النظام التأديبي في الجزائر

يصدر القرار التأديبي المتضمن العقوبة التأديبية التي يتم توقيعها على الموظف العمومي بعد إتباع مجموعة من الإجراءات من طرف سلطة مختصة ومؤهلة بذلك<sup>1</sup>. وهي عادة ما تتمثل في الجهة التي عينها المشرع لتوقيع العقوبات التأديبية المقررة قانونا على الموظفين الذين ثبتت مسؤوليتهم عن الأخطاء التي إرتكبوها<sup>2</sup>. وبالتالي فإن التأديب هو مظهر من مظاهر السلطة الرئاسية على الموظف العام. فالرئيس الإداري مسؤول عن حسن سير العمل في المرفق المعهود إليه بإدارته وحيث المسؤولية تكون السلطة وإلا تعذر على الرئيس الإداري أداء واجباته الوظيفية<sup>3</sup>.

1 - ربيع فتح الباب، " الاختصاص بنظر المنازعة الإدارية في دولة قطر"، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، دولة قطر، العدد الثاني، السنة الأولى، 2007، ص 39.

2 - خالد خليل الظاهر، القانون الإداري "الكتاب الأول"، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط 1، 1998، ص 245.

3 - إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2008، ص 165.

### المطلب الأول : تكريس النظام التأديبي شبه القضائي لممارسة سلطة التأديب

إن السلطة التأديبية ما هي إلا سلطة لتطبيق أحكام القانون على الوقائع الماثلة أمامها بعد التكييف القانوني الصحيح عليها وبالرجوع إلى نص المادة 162 من الأمر 03/06<sup>1</sup> نجد أنها تنص على أنه " تتخذ الإجراءات التأديبية السلطة التي لها صلاحية التعيين " يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قد منح السلطة الرئاسية حق تسليط الجزاء التأديبي على الموظف المذنب غير أن هذا الحق ليس مطلقا ، إنما جعل هيئة أخرى تشاركها في ممارسته ، فحرية السلطة الرئاسية الإدارية في اتخاذ الإجراء التأديبي تتدرج حسب خطورة وأهمية العقوبة المراد توقيعها هذا ما يعني أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظام التأديبي شبه قضائي والذي قد يأخذ ثلاثة صور الأولى تتمثل في إنشاء هيئة مستقلة يتعين استطلاع رأيها قبل إصدار الجزاء ويكون رأيها غير ملزم للسلطة الرئاسية ، أيضا قد يكون من خلال إنشاء هيئة مستقلة بجانب الإدارة لاستطلاع رأيها قبل توقيع الجزاء ويكون رأيها ملزما يتعين على الإدارة احترامه أو التقيد به ، وفي صورة أخرى قد يوكل المشرع سلطة توقيع بعض الجزاءات الخفيفة ويتولى توقيع الجزاءات الأكثر جسامة للمجالس التأديبية والتي تصدر قرارات تأديبية بصورة نهائية<sup>2</sup> ، وهذه الصورة هي التي أخذ بها المشرع الجزائري ، وتعد اللجنة الإدارية متساوية الأعضاء من بين هيئات وأجهزة الوظيفة العمومية التي تتواجد إلى جانب اللجان الأخرى والتي يمكن القول عنها بأنها هيئة استحدثتها نظام الوظيفة العمومية، الغرض منها إشراك الموظف في تسيير حياته المهنية والحرص على أن تكون السلطة التقديرية عادلة وفق ضوابط وإجراءات تتشكل من طرفين هما الموظفون والإدارة<sup>3</sup> .

ومن هنا تعرف المهمة الاستشارية بأنها: "تعبير عن رأي يهدف إلى إنارة سلطة القرار حول كيفية ممارسة اختصاصاتها للمشاركة في اتخاذ القرار الإداري ولكنها ليست مشاركة مباشرة في سلطة القرار وبالتالي فالآراء الاستشارية ليست سوى أعمال تحضيرية لإصدار القرار الإداري"<sup>4</sup> .

فإذا فرض المشرع على الجهة مصدرة القرار استشارة فرد أو هيئة معينة قبل إصداره، عد هذا الأمر شكلا واجب الإتياع؛ بحيث يكون القرار مشوبا بعيب الشكل متى صدر دون

1 - نصر الدين مصباح القاضي، النظرية العامة للتأديب في الوظيفة العامة، دار الفكر العربي، مصر، ط 2، 2002، ص 441.

2 - نوفان العقيل العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2007، ص 86-87.

3 - أولاج مليكة، نظام اللجان الإدارية وتطبيقاته على اللجان المتساوية الأعضاء في الوظيفة العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 62.

4 - عصام نعمة إسماعيل، الطبعة القانونية للقرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2009، ص 406.

العرض على الجهة أو الفرد الذي حدده المشرع. وهنا تلتزم الإدارة باحترام الشكل الإجرائي قبل إصدار القرار والمتمثل في الاستشارة السابقة حتى ولو لم يكن للرأي المنبثق عن تلك الاستشارة صفة الإلزام للإدارة مصدرة القرار<sup>1</sup>.

وما سبق بيانه فإن الآراء التي تصدرها الهيئات الاستشارية المختصة إما إجبارية أو اختيارية: فالإجراءات الاستشارية الإجبارية هي التي تفرض وجودها قبل اتخاذ القرار ويكون الرأي مقيدا للسلطة ولا يمكن أن يصدر القرار إلا موافقا له حيث يكون الرأي المطابق بمثابة إشراك فعلي في اتخاذ القرار<sup>2</sup>.

ولأن مصدر القرار يكون مجبرا على إظهار إرادة الهيئة الاستشارية. وفي هذا الإطار فإن اتخاذ قرار العزل دون موافقة أو أخذ رأي اللجان الإدارية متساوية الأعضاء ودون ممثل الموظف أمامها يعرض هذا القرار للإلغاء لمخالفته عيب الشكل والإجراءات<sup>3</sup>.

ومن أمثلة ذلك نورد حكم الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1968/02/01 في قضية المدعي (ب - م) ضد وزير الصحة العمومية ومن معه؛ فجاء في حيثيات الحكم " من المقرر قانونا أن القرار الإداري المتضمن عزل موظف دون الحصول على الرأي الموافق للجنة المتساوية الأعضاء ودون أن يتسلم المعني بالأمر أي إخطار قانوني للممثل أمامها يعتبر مشويا بعبء خرق الأشكال الجوهرية للإجراءات ويستوجب بطلانه"<sup>4</sup>.

وفي قرار آخر صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 20-04-2004 والذي جاء فحواه ... "خاصة في المسائل التأديبية فإن استدعاء الموظف على لجنة التأديب يعتبر إجراءً جوهرياً يدخل ضمن حماية حقوق الدفاع وكان على الإدارة المستخدمة أن تتأكد من ذلك قبل اتخاذ العقوبة التأديبية المسلطة على المعني"<sup>5</sup>.

كما أنه يمكن أن تكون السلطة الإدارية ملزمة بأخذ الرأي قبل اتخاذ القرار الإداري دون الالتزام بمضمونه كما هو الحال عند استشارة اللجنة الإدارية متساوية الأعضاء فيما يخص تمديد فترة التبرص<sup>6</sup>.

1 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة. القرارات الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية. 2007. ص 106.

2 - مغاوري محمد شاهين. القرار التأديبي و ضمانته ورقابته القضائية بين الفاعلية والضمان. دار الكتاب الحديث. دم. دس. ص 324.

3 - وهابي بن رمضان. التسيير التأديبي في قطاع الوظيفة العمومية الجزائري. رسالة ماجستير. قسم علوم التسيير. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. 2011. ص 82.

4 - أبو بكر صالح بن عبد الله. الرقابة القضائية على أعمال الإدارة. المطبعة العربية. الجزائر. ط 1. 2005. ص 378.

5 - مجلس الدولة. الغرفة الثانية. قرار رقم 009898. الصادر بتاريخ 20-04-2004. مجلة مجلس الدولة. العدد 5. 2004. ص 143.

6 - عصام نعمة إسماعيل. مرجع سابق. ص 407.

أما الآراء الاختيارية فهي التي تملك فيها السلطة المختصة كامل الحرية في أن تطلب هذا الرأي أو تمتنع عن طلبه بحيث لا تكون مقيدة قانونا بإتباع هذا الإجراء قبل اتخاذ القرار الإداري وأيضا لا تلتزم بتنفيذها ، ويميز عادة بين الإذن الاختياري الذي يجوز للسلطة المستشيرة أن تستغني عنه عند البت في مسألة معينة وبين الإذن الاستشاري الذي تلتزم بطلبه السلطة المستشيرة عند البت<sup>1</sup> .

ولا يكفي لصحة القرار التأديبي أن يصدر بعد العرض على الهيئة التي حددها المشرع بل يجب أن تكون تلك الهيئة مشكلة تشكيلا سليما من الناحية القانونية<sup>2</sup> .  
وفي هذا الإطار فإن من يبدي رأيه في أي موضوع يتصل بأحد الخصوم في الدعوى يمتنع عن الاشتراك في النظر في هذه الدعوى والحكم فيها وذلك ضمانا لحيدة القاضي أو عضو مجلس التأديب وأنه يترتب على مخالفة ذلك بطلان إجراءات المحاكمة والحكم أو القرار الصادر فيها ومن أمثلة ذلك نجد أنه من غير الجائز قانونا اشتراك المستشار القانوني للجامعة في تشكيل أي مجلس تأديب بالجامعة ولو كان المستشار القانوني عضوا بهيئة التدريس وذلك ضمانا لعدم التأثير عليه<sup>3</sup> .

وللإشارة فإن قرار الإحالة على المجلس التأديبي الصادر عن السلطة التأديبية هو قرار لا يقبل الطعن لتجاوز السلطة رغم كونه قرار له كل خصائص القرار الإداري ، وعدم قابلية هذا القرار للطعن تتعلق بخاصية القرار القابل للطعن وهي خاصية إلحاق الضرر بالإحالة لا تعتبر عملا نهائيا يلحق ضررا بصاحب العلاقة<sup>4</sup> .

### المطلب الثاني : تكييف طبيعة القرارات الصادرة عن اللجان التأديبية

يعد من قبيل الأعمال التحضيرية الاستشارات ، حيث لا يقبل مجلس الدولة الطعن بالإلغاء ضد الآراء الصادرة عن الهيئات الاستشارية<sup>5</sup> ، وكمثال عن التدبير الذي لا يؤثر في المركز القانوني هو الرأي البسيط وحسب التسمية فإن الرأي ليس بقرار تنفيذي ولا يخضع لقضاء جاوز السلطة .

1 - أحمد بوضيف، الهيئات الإستشارية في الإدارة الجزائرية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 207 .

2 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مرجع سابق ، ص 104 .

3 - خالد عبد الفتاح محمد، الوسيط في تأديب أعضاء هيئة التدريس بالجامعات وضباط الشرطة والعاملين بالمحاكم، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2009، ص 14-15 .

4 - أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد، موقف قاضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية، د.د. دم، 2005، ص 330 .

5 - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 361 .

وفي المقابل إذا كان الرأي يحدد القرار فإنه يلحق ضررا ويمكن مخصصته كما يبدو من حكم المجلس الأعلى بتاريخ 06 أفريل 1977 الذي ألغى رأي اللجنة متساوية الأعضاء الذي تم فيه المصادقة على عزل عون لأن هذا الرأي المسبب قد أثر على القرار بينما هو في الحقيقة غير قانوني وبصورة عامة إن الأعمال التحضيرية للقرار الإداري لا يمكن أن تكون موضوع خصومة أمام القاضي<sup>1</sup>.

ويكون إبداء الرأي ضروريا في أغلب الأحيان لاخذ القرار الإداري، ومن ثم فإن الاستشارة بقدر ما هي إلزامية فهي ضرورية إذ تعطي الفرصة للإدارة لمراجعة قراراتها وتبين مدى التزامها بتطبيق القانون<sup>2</sup>.

وتأكيدا على ما سبق ذكره فإننا سوف نستعرض العديد من القرارات التي تبين موقف القضاء الجزائري اتجاه القرارات الصادرة عن اللجان التأديبية سواء كانت اللجنة الإدارية متساوية الأعضاء أو لجنة الطعن الولائية، وذلك في إطار التساؤل عن طبيعة القرارات الصادرة عنها فهل قرار اللجان قرار استشاري أم أنه قرار إداري خاضع لدعوى تجاوز السلطة؟

لقد كرست المحكمة العليا في العديد من قراراتها استبعاد صفة القرار الإداري عن قرارات لجان التأديب حيث أصدرت مجموعة من القرارات بداية من سنة 1964 في قضية " بلحوت" ضد " بلدية الجزائر الكبرى فرجع السيد بلحوت دعوى تجاوز السلطة ضد القرار الذي إتخذه المجلس التأديبي للموظفين التابعين لبلدية مدينة الجزائر. وقد قررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ما يلي " حيث أنه ينتج عن محضر جلسة المجلس التأديبي بتاريخ 1964/05/29 أن هذا الأخير أبدى برأيه فيما يتعلق بالعقوبة التي يمكن تسليطها على المدعي بسبب الأفعال التي قام بها.

حيث أن هذا الرأي لا يشكل جرد ذاته قرار إداري يلحق أذى بذاته إلى المدعي"<sup>3</sup>. أيضا القرار الصادر بتاريخ 1993/1/3 أين قررت عدم قبول دعوى الإلغاء شكلا. كونها انصبت على الطعن في قرار اللجنة التأديبية.

وقد جاء في حيثيات القرار " حيث أنه من المستقر عليه فقها وقضاء أنه تعتبر اللجان التأديبية مجرد هيئات استشارية فإن الآراء الصادرة عنها لا تدخل ضمن تعريف القرار الإداري

1 - حسين بن الشيخ أن ملويا، المنتقى في القضاء الإداري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 306.

2 - عطاء الله أبو حميدة، الفصل غير التأديبي في قانون الوظيفة العامة والقانون الأساسي العام للعامل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990، ص 139.

3 - أشار إليه علي عثمان، " شروط قبول دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة الفقه والقانون، العدد 17، مارس 2013، ص 230.

وأن المقرر الذي يتخذ لاحقا بناءا لهذا هو وحده الذي يكون محلا للطعن بالبطلان ومن ثمة فإن الطعن الذي تقدم به الطاعن والذي يرمي إلى إبطال رأي اللجنة التأديبية جاء مخالفا للقانون ومتى كان الأمر كذلك يستوجب عدم قبول الطعن شكلا<sup>1</sup>.

وما يسجل من خلال هذا القرار أنه شمل اللجان التأديبية بما فيها اللجان الإدارية متساوية الأعضاء أو لجنة الموظفين سابقا ولجنة الطعن الولائية على حد سواء، وذلك في عبارة اللجان التأديبية.

كما قضى مجلس الدولة بإلغاء القرار المستأنف الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة الغرفة الإدارية وذلك بعد استئناف المعني أمامه بتاريخ 10/03/1999، والقضاء من جديد بعدم قبول الدعوى شكلا، وأسس مجلس الدولة قراره على أن اللجنة الولائية للطعن هيئة استشارية تصدر آراء وأن الآراء الصادرة عنها لا تشكل قرارا إداريا وبالتالي لا يجوز مهاجمة تلك الآراء بدعوى تجاوز السلطة<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 165 فقرة 2 من الأمر 03/06 الذي جاء فيها " تتخذ السلطة التي لها صلاحية التعيين العقوبات التأديبية من الدرجة الثالثة والرابعة بقرار مبرر بعد أخذ الرأي الملزم من اللجنة الإدارية متساوية الأعضاء المختصة بالمجتمع كمجلس تأديبي .."<sup>3</sup>، ومعنى ذلك أنه تتخذ العقوبة التأديبية في شكل قرار أو مقرر صادر من السلطة التي لها صلاحية التعيين<sup>4</sup>.

وعلى الرغم من أن وجود مجالس التأديب إلى جانب السلطة الرئاسية الأصلية المختصة بسلطة التأديب يشكل ضمانا من ضمانات التحقيق الموضوعية والحياد وضابطة لحماية الموظف من تعسف سلطة التأديب<sup>5</sup>، إلا أن ذلك يدفع بنا إلى طرح التساؤل التالي :

1 - أشار إليه كوشيح عبد الرؤوف، الإجراءات التأديبية في قانون الوظيفة العمومي، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، قسنطينة، 2006، ص 44. كما أشارت إليه مخلوفي مليكة، مرجع سابق، ص 77.

2 - حسين بن الشيخ آت ملويا، مرجع سابق، ص 307.

3 - المادة 165 ف2 من الأمر 03/06، المؤرخ في 19 جمادى الثاني الموافق ل 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.

4 - حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012/2013، ص 474.

5 - مخلوفي مليكة، رقابة القاضي الإداري على القرار التأديبي في مجال الوظيفة العمومي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012، ص 76.

لماذا أوكل المشرع مهمة إصدار القرار التأديبي للسلطة الرئاسية بدلا من صدوره في شكله النهائي ومباشرة من مجلس التأديب . ؟ وما الحكمة التي ابتغها المشرع حين أورد عبارة أخذ الرأي الملزم ؟

هذه العبارة إن دلت على شئ فإنما تدل على موقف المشرع الجزائري في اعتباره أن ما يصدر عن اللجان الإدارية متساوية الأعضاء مجرد رأي استشاري<sup>1</sup> . كما أنه لا يكفي عرض الملف على لجنة التأديب بل لابد إبداء رأيها في الموضوع وإلا عد ذلك تعسفا في استعمال السلطة .

لقد جاء في فحوى قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/05/22 ما يلي " لا يكفي أن يعرض الملف على لجنة التأديب بل يجب أن تصدر هذه الأخيرة رأيا موافقا لتوقيع عقوبة العزل وفي قضية الحال فإن إصدار الوكالة الوطنية للآثار قرار العزل دون صدور رأي سابق بالموافقة على عقوبة العزل المقترحة تعد مخالفة للشكليات الجوهرية والإجراءات التي يجب أن تسبق صدور مقرر العزل وهذا الإجراء أي الرأي الموافق للجنة التأديب يعد إجراء جوهريا وهو إجراء من النظام العام .

كان يجب على لجنة التأديب إصدار قرار اتجاه المستأنف عليه إلا أنها لم تدلي برأيها في القضية معتبرة الخطأ غير ثابت ثم تبليغه للإدارة لتنفيذه وليس السكوت وترك التصرف للإدارة التي تعسفت وتجاوزت سلطتها " <sup>2</sup> .

يتبين من خلال جملة الأحكام والقرارات القضائية والتي ذكرنا أمثلة منها حقيقة جوهرية مفادها أن طبيعة الآراء التي تصدرها هذه اللجان لا يمكن اعتبارها من قبيل القرارات الإدارية، وذلك بسبب عدم توافرها على مقومات القرار الإداري .

أما فيما يخص طبيعة القرارات الصادرة عن لجان الطعن الولائية فإننا سنذكر مجموعة من القرارات والتي يمكن أن نستشف من خلالها موقف القضاء اتجاهها : القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001-01-22 والذي جاء في فحواه " حيث أن النزاع يتعلق حينئذ بالمحضر الصادر عن اللجنة التأديبية للطعن الولائي غير أن اللجنة المذكورة أنفا هي هيئة استشارية

1 - قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 86 .

2 - حسين بن الشيخ أت ملويا، مرجع سابق، ص 225 .

تصدر آراء والآراء الصادرة عنها لا تدخل ضمن القرار الإداري الذي يستوجب إلغاؤه مما يجعل دعوى المستأنف غير مقبولة شكلا<sup>1</sup>.

وأیضا ما ورد في قرار آخر صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/06/11 " حيث أنه ومن جهة أخرى فإن لجان الطعون تشكل هيئة مكلفة بإعطاء رأيها حول كل المسائل ذات الطابع الفردي التي تخص الموظفين .

حيث أنه وعلى الرغم من أن هذه الآراء تفرض حسب الحالات على الإدارة. فإنها لا تشكل قرارات إدارية يمكن أن تكون محل طعون بسبب تجاوز السلطة<sup>2</sup>.

وتحليلا لما سبق بيانه فإن لجنة الطعن هي لجنة يمكن للموظف الطعن أمامها في القرار الإداري المتضمن العقوبات التأديبية من الدرجة الثالثة والرابعة والصادر من الإدارة وذلك لإعادة النظر فيه وإصدار قرار بشأنه من أجل إلغاء تلك العقوبات أو إبقائها أو استبدالها .

إذن حسب مفهوم نص المادة 175 من الأمر 03/06 فإن اللجوء إليها أمر جوازي كما أن دورها لا يكمن في تقديم الآراء الاستشارية للإدارة بشأن العقوبة الواجب توقيعها على الموظف . وما يؤكد موقف مجلس الدولة أيضا القرار الصادر بتاريخ 25 فيفري 2003 تحت رقم 007232 الذي اعتبر فيه أن قرار لجنة الطعن مجرد رأي وبالتالي لا يشكل قرارا إداريا قابلا للطعن فيه معتمدا في ذلك على المادة 10 من المرسوم 10/84 التي تعتبر التسريح من بين الحالات التي يكون رأي اللجنة إلزامي<sup>3</sup>.

إن اللجنة الولائية للطعن هي هيئة فاصلة في النزاع التأديبي. وبالتالي فإن قرارها الرامي لا يخضع بذلك للرقابة القضائية. ترفع ضده دعوى تجاوز السلطة<sup>4</sup>. وذلك طبقا للمادة 25 من المرسوم 10/84 بقولها: " يتعين على لجان الطعن أن تصدر قراراتها كتابة في أجل أقصاه ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع القضية إليها وذلك قصد إبطال الآراء المتنازع فيها التي تصدرها اللجان التأديبية أو إثباتها أو تعديلها"<sup>5</sup>.

1 - عمار بوضياف. "منازعات الوظيفة العامة في ميزان قضاء مجلس الدولة الجزائري". مجلة الفقه والقانون، العدد 12، 2013، ص 15.

2 - راجع أيضا سايس جمال. الإجتهااد الجزائري في القضاء الإداري، ج 2، إصدار منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، ص ص 1229 - 1230.

3 - سايس جمال. الإجتهااد الجزائري في القضاء الإداري، ج 3، إصدار منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، ص ص 1593-1594.

4 - مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 007232، الصادر بتاريخ 2003/02/25، مجلة مجلس الدولة، مرجع سابق، ص 22.

5 - مخلوفي مليكة، مرجع سابق، ص 77.

6 - المادة 25 من المرسوم 10/84، المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1404 الموافق ل14 يناير 1984، يحدد اختصاص اللجان متساوية الأعضاء

وتشكيلها وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 17 يناير 1984.

إن الاختلاف في فهم النصوص قد يطال نصوص تنظيمية أساسية وهو ما يؤدي إصدار أحكام تكون جِد ذاتها تفسير لتلك النصوص مما يؤدي إلى تضارب كبير في القرارات .  
إن بعض القرارات لا تأخذ بالاعتبار النصوص التطبيقية الواردة في القرارات الوزارية والتعليمات والمناشير حيث تتعدد التفسيرات وهنا تطرح مشكلة إلزامية هذه النصوص للقاضي الإداري<sup>1</sup> .

### المبحث الثاني : مظاهر تعسف السلطة التأديبية في إصدار القرار التأديبي

يمكن تعريف القرار التأديبي بأنه الجزاء الذي يوقع على من ثبت في حقه ارتكاب مخالفة محل المساءلة التأديبية . فالقرار التأديبي شأنه كشأن القرار الإداري يتعين لصحته أن تصدره السلطة التي خولها القانون الاختصاص بإصدار<sup>2</sup> .

لكن إذا قارنا بين هذا التعريف وتعريف القرار الإداري الذي هو عمل إداري. فإنه يستوجب أن نقول بأنه عمل إداري يتضمن جزاء تأديبي يوقع على الموظف الذي ارتكب مخالفة تستوجب توقيع عقوبة تأديبية.

وفي تعريف آخر للقرار التأديبي يذكر بأنه " ذلك القرار الصادر من الرئيس الإداري المختص أو من يفوضه على موظف معين لخطأ ارتكبه أثناء تأدية وظيفته أو لخطأ من شأنه أن ينعكس على أدائها<sup>3</sup> . وما يؤخذ على هذا التعريف الذي وردت فيه عبارة " أو من يفوضه " أن سلطة التأديب من السلطات التي تمتاز بطبيعة خاصة ونظرا لهذه الطبيعة لا يمكن أن تفوض .

أما القرار التأديبي الممنوع فهو يهدف إلى توقيع عقوبة على الموظف لم ينص عليها المشرع . بمعنى آخر هو يهدف إلى معاقبة الموظف دون إتباع الإجراءات التأديبية . ويظهر الجزاء التأديبي الممنوع بوضوح عندما تخالف السلطة التأديبية الإجراءات التأديبية التي رسمها القانون . حيث تقوم في هذا الصدد وبصورة متعمدة توقيع عقوبات بالمعنى الصحيح على الموظف مستخدمة لتحقيق مقاصدها في بعض الأحيان إجراءات منصوص عليها في القانون ولكنها تستخدمها في غير الأغراض التي قررت من أجلها<sup>4</sup> .

1 - لعويسي عبد الوهاب. " بعض حالات النزاع في الوظيفة العمومية ". مجلة مجلس الدولة. مرجع سابق. ص 23 .

2 - عبد الغني بسيوني عبد الله. القضاء الإداري. منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان. 2001 . ص 462 .

3 - عبد العزيز عبد النعم خليفة. الدفع الإداري في دعوى الإلغاء والدعاوى التأديبية المستعجلة. المركز القومي للإصدارات القانونية.

د. م. 2008 . ص 325

4 - مغاوري محمد شاهين. المساءلة التأديبية. عالم الكتاب. القاهرة. دس . ص 370 .

### المطلب الأول : قرار النقل الإجباري

يعتبر من القرارات التي يمكن أن تتخذها الإدارة والتي تدخل ضمن القرارات التأديبية المقنعة . فيمكن أن نتحدث عن سلطة الإدارة في اتخاذ قرار النقل. وهنا نميز بين قرار النقل الإجباري الذي يعتبر كقرار تأديبي يتضمن عقوبة تأديبية من الدرجة الثالثة ذلك أن الموظف قد أخل بالتزاماته الوظيفية وارتكب خطأ بلغ حدا من الجسامه. هنا يجوز للسلطة التأديبية معاقبته بنقله إجباريا ودون موافقته إلى مكان آخر غير الذي عين فيه أو إلى وظيفة أخرى غير تلك التي كان يتولاها قبل التأديب<sup>1</sup>، وبين قرار النقل التلقائي قد يكون ذو طابع عام ودوري أو ذو طابع محدود وظرفي. فمن حيث المبدأ فإن إجراء حركة في تعداد الموظفين بنقلهم من إدارة إلى أخرى مركزية أو محلية في قطاع الوظيفة العمومية لمقتضيات المصلحة أمر جائز حسب نص المادة 156 من الأمر 03/06<sup>2</sup>، وغالبا مايؤخذ برغبات المعنيين ووضعيتهم العائلية وأقدميتهم وكفاءتهم المهنية والعبرة في ذلك احتياجات الإدارة ومراعاة ضرورة المصلحة، إلا أن السؤال الذي يفرض نفسه الماقصود بضرورة المصلحة من منظور المشرع الجزائري ؟

القاعدة العامة أن جميع القرارات الإدارية تستهدف المصلحة العامة . وحتى تتمكن الإدارة من تحقيقها لأهدافها فهي تحوز وتمارس سلطات إدارية وامتيازات خاصة والتي منها سلطة اتخاذ القرار. كما قد يحدد المشرع للإدارة هدفا خاصا يتعين عليها استهدافه عند اتخاذ قرارها. وذلك في إطار قاعدة تخصيص الأهداف<sup>3</sup>، إلا أنه في كثير من الأحيان نجد أن الإدارة تستخدم هذه السلطة لغير أغراضها فيكون بذلك قرارها مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة .

أيضا ضرورة المصلحة كلمة مطاطة لا يوجد لها معيار فاصل يحدد من خلاله هذه المصلحة. ومن صور الانجراف عن المصلحة العامة استغلال السلطة من أجل تحقيق مصلحة شخصية أو نفع شخصي كصدور قرار بنقل الموظف لصالح موظف آخر ليحل محله وذلك بغية ترفيته . أو صدور القرار بغرض الانتقام على أساس أنه قام بالاحتجاج مثلا . أيضا قد

1 - بن علي عبد الحميد. طرق إنقضاء العقوبة التأديبية الصادرة ضد الموظف العام " دراسة مقارنة " . رسالة ماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. 2011/2010 . ص 130 .

2 - كمال رحماوي. تأديب الموظف العام في الجزائر. دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر. 2004 . ص 118 .

3 - نص المادة 156 من الأمر 06 - 03 السابق ذكره .

تستعمل السلطة لغرض سياسي أو حزبي<sup>1</sup>، ومن هنا يتحقق الانجراف في استعمال السلطة بوسيلتين هما :

إستعمال السلطة من أجل الإنتقام : فالسلطة الإدارية قد تستعمل في أغراض غير الأغراض التي شرعت من أجلها القواعد القانونية وتستغل توجهات أخرى تضر وتؤدي الآخرين بسبب ضغائن وأحقاد دفينه في نفسية الرئيس الإداري الذي يستعمل وسائل الإدارة العامة للانتقام مما يؤدي بالقرار الإداري إلى الانجراف بالمسار الحقيقي المسطر من أجله قصد تحقيق النفع العام<sup>2</sup>.

استعمال السلطة لتحقيق مصلحة خاصة : يتحقق عيب استعمال السلطة عندما يصدر قرار إداري يكون مبتغاه تحقيق مصلحة ذاتية تعود على الرئيس الإداري .

ومن ثمّ فإنّ الأصل أن الموظف ليس له حق الاعتراض على نقله من وظيفة لأخرى ما لم يكن النقل بناء على طلبه أو موافقته، إلا أنه إذا كان قرار النقل يمس مركزه الوظيفي من حيث الفئة أو المرتب فإن ذلك يجعل من القرار منطويا على عقوبة مقنعة ومعيبا<sup>3</sup>.

أيضا في هذا الإطار يمكننا التساؤل عن حكمة المشرع من زيادة عبارة " ولو بعد اتخاذ قرار النقل " فمأهو أثر استشارة اللجان الإدارية بعد اتخاذ قرار النقل من السلطة الرئاسية ؟

هناك من يرى حتى وإن كان رأي اللجنة يقيد الإدارة في هذه الحالة إلا أننا نرى بأن هذا الوضع من شأنه أن يؤدي بها إلى التعسف في استعمال حقها، إذ أن المرؤوس الذي تم نقله تلقائيا قد لا يلتحق بمنصب عمله لأنه يرى بأنه قرار تعسفي، ومن ثم يضع نفسه في وضعية " إهمال للمنبص " مما يسمح للإدارة بعزله<sup>4</sup>.

ومن جهة ثانية نجد أن الإدارة حتى وإن قامت باستشارة اللجنة بعد اتخاذ القرار فإن هذه الاستشارة تعتبر كإجراء شكلي لأنها في جميع الأحوال وحسب ما أثبتته الواقع العملي فإن الإدارة لا تتراجع عن قرار النقل الصادر عنها.

إن السلطة الرئاسية يمكنها استعمال سلطتها في النقل التلقائي سواء بهدف تغطية منصب شاغر أو إبعادها للمرؤوس الذي يكون وجوده في الخدمة مضرا بسير عمله بشكل عادي، إذن فإنه حتى وإن صدر قرار النقل مراعاة لضرورة المصلحة يُفترض أن هذا القرار

1 - خديجة عبد السلام، " دور القاضي الإداري في ضمان التوازن بين المتقاضين والإدارة "، مجلة الفقه والقانون، العدد 17، مارس 2014، ص 28.

2 - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 496-497-498.

3 - بوجادي عمر، إختصاص القضاء الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 138.

4 - بن علي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 130.

صدر بناء على طلب الإدارة التي نُقل إليها سواء نظرا لكفاءة الموظف أو نقص في عدد الموظفين .

وبالتالي فإن قرار النقل يدخل ضمن الجزاءات التأديبية المقنعة كنقل الموظف عقب تحقيق شائعات حوله لم يثبت صحتها، أو نقل الموظف لنزاع قضائي مع الإدارة<sup>1</sup>.

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال نذكر فحوى القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي تضمن ما يلي " من المستقر عليه أن النقل يتم لصالح المرفق العام بشرط أن لا يشكل نقلا تلقائيا ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن كان محل تنزيل مقنع في الرتبة تحت غطاء النقل لأنه كان متصرفا إداريا يتمتع بصنف 5/17 بينما صنف الأمين العام هو 2/17 وبمجرد رفضه قام الوالي بفصله دون أخذ رأي لجنة الموظفين فإن قضاة الدرجة الأولى لما قضوا بإبطال قرار الوالي لخرقه للقانون 59/85 طبقوا القانون تطبيقا سليما"<sup>2</sup>.

وفي قرار آخر الذي قضى بأنه " لا يمكن للموظف رفض نقله من مكان إلى مكان آخر لفائدة المصلحة شريطة عرض ملفه الإداري على لجنة الموظفين لإبداء الرأي"<sup>3</sup>.

وبما أن التبليغ بالقرار الإداري المتخذ ضد الموظف يعتبر ضمانا للموظف، وكونه إجراء من الإجراءات الجوهرية التي يجب على الإدارة إتباعها فإنه تم إبطال قرار النقل التلقائي لعدم إبلاغه للموظف والذي جاء به فحوى القرار الصادر بتاريخ 8-04-1989 " من المستقر عليه في القضاء الإداري أنه يجب إبلاغ الموظف في حالة النقل التلقائي حتى ولو لم يكن هذا الإجراء مكتسبا الطابع التأديبي ومن ثم فإن القرار الإداري المتضمن نقل الموظف يعد إجراء تأديبي مقنع مادام الإجراء المقرر في مجال النقل التلقائي لم يحترم ومتى كان ذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه"<sup>4</sup>.

أيضا القرار الصادر في 06/11/2000. في قضية (د ل) ضد مديرية التربية والتعليم بولاية مستغانم، حيث تلخص وقائعها في " أنه بتاريخ 19/05/1998 استأنفت (د ل) القرار الصادر في 18/03/1998 عن المجلس القضائي بمستغانم القاضي برفض الدعوى شكلا حيث أن المستأنفة تشغل منصب أستاذة التعليم المتوسط بإكاديمية بوقيراط، وقد تم فصلها بموجب مقرر صدر في 17/03/1997 عن المجلس التأديبي، حيث طعن أمام لجنة الطعن الولائية التي

1 - كمال رحماوي . مرجع سابق . ص 132

2 - مغاوري محمد شاهين . القرار التأديبي و ضماناته ورقابته القضائية بين الفاعلية والضمان . مرجع سابق . ص 586 .

3 - سايس جمال . الإجهاد الجزائري في القضاء الإداري . ج2 . مرجع سابق . ص 734 .

4 - مجلس الدولة . الغرفة الثانية . قرار رقم 005485 . الصادر بتاريخ 22/07/2002 . مجلة مجلس الدولة . مرجع سابق . ص 164 .

نفت التهم المنسوبة إليها وقررت إرجاعها إلى العمل حيث أن المستأنف عليها أرجعتها إلى مكان عملها بموجب هذا القرار .

وبعد انقضاء العطلة تم نقلها إجباريا إلى إكمالية أخرى دون أن تبدي رغبتها في ذلك ودون أن تشارك في حركة التنقلات السنوية حيث أنه مادامت لجنة الطعن الولاية بعد النظر في طعنها. قد أرجعتها إلى منصب عملها ولم تثبت أي خطأ تأديبي ضدها فإنه لا يمكن نقلها إلى إكمالية أخرى.

لاسيما أن النقل إجراء يدخل ضمن العقوبات التأديبية وبما أن لجنة الطعن قد برأتها. فالتصرف الذي قامت به المستأنف عليها يعد تجاوزا للسلطة وأجرافا بها وعليه يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد والتصريح بإلزام المستأنف عليها بإعادة المستأنفة إلى منصب عملها الأصلي بإكمالية بوقيراط " <sup>1</sup> .

#### المطلب الثاني : التوقيف عن العمل

وهو فرض نوع من الحظر القانوني المؤقت يحول بين الموظف وممارسة مهام وظيفته لفترة مؤقتة. فيترتب عليها قطع الرابطة الوظيفية وزوال الولاية الوظيفية عن الموظف. وهذه العقوبة وُضعت لمواجهة الأخطاء الجسيمة التي يستتشف منها عدم صلاحية الموظف للقيام بأعباء الوظيفة <sup>2</sup> . وهنا يمكننا التساؤل عن طبيعة قرار التوقيف وطرح السؤال التالي ؟ هل يعتبر التوقيف كعقوبة تأديبية أم أنه إجراء إداري تلجأ إليه الإدارة لحفظ مصلحة التحقيق .

إن قرار الرئيس الإداري فيما يخص وقف الموظف المحال إلى التحقيق احتياطيا لمصلحة التحقيق لا يعتبر جزاء وإنما هو إجراء وقائي إلى حين الانتهاء من التحقيق . فقد يؤدي وجود الموظف في العمل خلال فترة التحقيق إلى الإضرار بسير التحقيق عن طريق العبث بالأدلة التي تحت يد الموظف أو إخفائها. أو عن طريق التأثير على الشهود <sup>3</sup> .

وما يؤكد موقف القضاء الجزائري القرار رقم 39742 الصادر بتاريخ 1985/06/1 والذي جاء فيه " حيث أنه يحق للسلطة المختصة وعندما تقتضي مصلحة المرفق ذلك. إبعاد الموظف مؤقتا عن عمله لغاية البت في أمره " حيث أن مثل هذا الإجراء الذي قد يمنح المعني الحق في التعويض في حالة ثبوت عدم تبريره لاحقا لا يكتسي في حد ذاته طابعا تأديبيا .

1 - سايس جمال. الإجتهد الجزائري في القضاء الإداري. ج 1. منشورات كليك. الجزائر. ط1. 2013. ص 361 .

2 - سليم جديدي. سلطة تأديب الموظف العام في التشريع الجزائري. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2011. ص 82- 83 .

3 - عبد الرحيم علي علي محمد. " إجراءات التحقيق الإداري وضمائنه ". المجلة القانونية والقضائية. العدد الأول. السنة الرابعة. قطر. 2010. ص 55 .

إذن فمسؤولية الإدارة المرفقية قد تدفع بها حرصا منها على مصلحة المرفق عند الاقتضاء اتخاذ إجراءات ضد موظفيها مخولة لها بعنوان سلطتها ومتى صدر عنها قرار بالإبعاد المؤقت عن الوظيفة إلى غاية البت في أمر الموظف .

يعتبر هذا الإجراء ضمن صلاحياتها وكان غير خاضع لشرط إبلاغ المعني بالملف لعدم اكتسابه الطابع التأديبي . واحتفاظ المعني بالحق في التعويض عند ثبوت عدم تبرير إجراء الإيقاف عن الوظيفة مما يستوجب معه رفض الطعن الموجه ضد هذا القرار"<sup>1</sup> .

#### الخاتمة:

على الرغم من أن المشرع الجزائري قد كفل للموظف العمومي العديد من الضمانات وقيّد السلطة التأديبية بالعديد من الضوابط إلا أن ذلك لايعني الاستقرار المطلق في العلاقة الوظيفية التي تربط الموظف بالإدارة. فنجد أن اللجنة الإدارية متساوية الأعضاء قد أحدثت إلى جانب الإدارة لممارسة ثلاث اختصاصات، كهيئة استشارية لمتابعة شؤون الموظفين وكلجنة ترسيم أيضا كهيئة تأديبية وفي إطار ممارستها لهذه الأخيرة فإن تشكيلتها بالتساوي من الأعضاء الممثلين للموظف من جهة وأعضاء ممثلين للإدارة من جهة أخرى يجعل منها ضمانة في حد ذاتها للموظف، أما في حالة تساوي الأصوات وترجيح صوت الرئيس يعتبر كصورة حقيقية لتعسف الإدارة. أيضا اللجوء للجنة الطعن الولائية أمر جوازي هذا الأمر قد يقلل من فعاليتها. لعل الرقابة القضائية التي يبسطها القاضي الإداري على القرار التأديبي المشوب بعدم المشروعية، تعتبر كأهم وسيلة قانونية في يد الموظف العام الذي له مصلحة واضحة في الطعن ضد القرارات التي تمس مركزه القانوني وكذا حقوقه الإدارية المكتسبة قانونا.

<sup>1</sup> - سايس جمال الإجهاد الإداري في القضاء الجزائري . ج 1 . مرجع سابق . ص 165 .

## حصانات وامتيازات دار البعثة الدائمة وأفرادها الدبلوماسيين

د. أوكيل محمد أمين جامعة بجاية

### ملخص

تفرض ممارسة الوظائف الدبلوماسية على الدول توفير الحماية القانونية وكافة التسهيلات الضرورية للبعثات الدبلوماسية المعتمدة لديها لتمكينها من الأداء الأمثل للمهام المنوطة بها، ولذلك أقرت كل من اتفاقتي فيينا، سواءً الخاصة بتبادل العلاقات الدبلوماسية بين الدول لعام 1961، أو لتمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية لعام 1975، للبعثات الدائمة التمتع بحق ما يعرف بنظام الحصانات و الامتيازات الدبلوماسية. ويشمل مضمون هذه الحصانات والامتيازات كل من دار البعثة الدبلوماسية وكافة موجوداتها ووثائقها ووسائل الاتصال الضرورية لعمل البعثة من جهة، ومن جهة ثانية أفراد البعثة الدبلوماسيين الذين يتمتعون بحصانة شخصية تمنع التعدي عليهم وحصانة قضائية تعفيهم من اختصاص القضاء المحلي.

**الكلمات الدالة:** مقر البعثة الدائمة، الحرمة الشخصية للمبعوث، الامتيازات الضريبية، الإعفاءات المالية.

### Résumé :

L'exercice de la fonction diplomatique impose aux Etats accréditaires d'assurer la protection juridique nécessaires pour les missions diplomatiques accréditées auprès d'elle afin de leurs permettre une performance optimale des tâches qui lui sont confiées , et dans ce cadre, la Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques entre les Etats de 1961 , et la convention de Vienne sur les relations des Etats avec les organisations internationales de 1975, approuvaient aux missions permanentes le droit de jouir de l'immunités et privilèges diplomatiques. Cela inclut le contenu de ces immunités et privilèges le siège de la mission diplomatique et de tous ses documents et les moyens nécessaires de communication d'une part, ainsi que et les membres de la mission diplomatique de l'autre part, qui jouissent de l'immunité de juridiction ainsi que l'intégrité personnelle.

**Mots clés :** Le siège de la mission permanente, l'inviolabilité des locaux diplomatiques, les privilèges fiscaux, les exonérations fiscaux.

### مقدمة

تضطلع البعثات الدبلوماسية الدائمة بدور هام ومحوري في نطاق العلاقات الدولية، فعن طريقها يتم إقامة وإدارة هذه العلاقات وبواسطتها تُصان مصالح وأُمور أشخاص القانون الدولي، وبواسطتها كذلك يمكن التوفيق بين القضايا المتعارضة وتوحيد وجهات النظر المتباينة وحل النزعات الدولية وتسويتها بما يضمن إشاعة السلم والتعاون الدولي. فالبعثات الدبلوماسية هي أداة الدول الرئيسية لتنفيذ سياساتها الخارجية ورعاية شؤونها ومصالحها الدولية القائمة مع الدول ذاتها أو مع المنظمات الدولية في إطار ما يُعرف بنظام التمثيل الدبلوماسي الدائم.

يرتكز نظام التمثيل الدبلوماسي الدائم على مبادئ وأسس تجعل من العلاقات الدبلوماسية أسلوباً ومنهجاً ومهنة ذات وظائف متعددة تمارسها البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى الدول أو لدى المنظمات الدولية. فقد شهدت ممارسة هذه البعثات للعلاقات المذكورة أشكالاً وأنواعاً مختلفة، لكنّها توحدت و تحورت كلها حول هدف و مبدأ واحد. يقضي بمنح البعثات الدبلوماسية الدائمة حصانات و امتيازات محددة تسمح لها بتأدية مهامها الدبلوماسية المنوطة بها على أكمل وجه، بما يحقق هدف العلاقات الدبلوماسية في ضمان مصالح الدول و رعايتها على الوجه المطلوب. الأمر الذي أفرز ترابطاً عضوياً وثيقاً بين ممارسة البعثات الدبلوماسية لهذه العلاقات و بين ضرورة تمتّعها بنظام الحصانات و الامتيازات.

يُشكّل نظام الحصانات والامتيازات الدبلوماسية أهم ركائز العلاقات الدولية، فمن خلاله فقط تضمن الدول الأداء الأمثل والفعال للوظائف الدبلوماسية التي تمارسها بعثاتها الدبلوماسية المعتمدة لدى غيرها من الدول أو لدى المنظمات الدولية. ولذلك أقرّ القانون الدولي لهذه البعثات جملة من المزايا والحصانات تكفل لها الاستقلال التام في القيام بمهامها الدبلوماسية، والرعاية اللازمة لأفرادها الدبلوماسيين بما يضمن لهم الاستفادة من معاملة خاصة من قبل سلطات الدولة المضيفة، حيث تشمل هذه الحصانات والامتيازات سواءً تلك الممنوحة للبعثات الدبلوماسية التي توفدها الدول لدى دول أخرى المرعية بحسب اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، أو تلك الخاصة بالبعثات الدائمة للدول لدى المنظمات الدولية المقررة بموجب اتفاقية فيينا لعام 1975 ذات الصلة. مقر البعثة الدبلوماسية الدائمة و كافة نشاطاتها بالإضافة إلى سائر أعضائها الدبلوماسيين.(1)

وعلى هذا الأساس، يثور التساؤل عن تحديد مضمون ونطاق الاستفادة من الحصانات والامتيازات الخاصة بالبعثات الدبلوماسية الدائمة سواء المعتمدة لدى الدول الواردة في اتفاقية 1961 ذات الصلة أو المحددة بموجب اتفاقية تمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975؟

قصد الإجابة عن هذا التساؤل ارتأينا تقسيم الدراسة إلى محورين يتضمّن الأول حصانات و امتيازات مقر البعثة الدبلوماسية الدائمة وعملها. بينما يتعلق الثاني بحصانات و امتيازات أفراد البعثة الدبلوماسية الدائمة.

#### المحور الأول: حصانات و امتيازات مقر البعثة وعملها:

تستمد البعثة الدبلوماسية الدائمة نظام حصانتها و امتيازاتها من حصانة و امتيازات الدولة التي تُمثّلها بشكل مُستقل عن الأعضاء الذين يُشكّلون تركيبتها. لكونها هيئة قائمة بذاتها تُعنى بتمثيل دولتها الموفدة لها قبل الدولة أو المنظمة الدولية بحسب نوع العلاقة

<sup>1</sup> تقتصر دراستنا لحصانات و امتيازات أعضاء البعثات الدبلوماسية على أولئك الحاملين للصفة الدبلوماسية أي المبعوثين الدبلوماسيين العاملين في البعثات المعتمدة لدى الدول أو لدى المنظمات الدولية. وليس باقي أعضاء البعثة الدبلوماسية الآخرين من غير فئة الدبلوماسيين كال موظفين الإداريين و الخدم الخصوصيين.

الدبلوماسية المُقامة (1) ومهما يكن من أمر طبيعة هذه العلاقة الدبلوماسية. فإنّ نظام التمثيل الدبلوماسي الدائم يقتضي بأن يكون لكل بعثة مقر خاص بها تُمارس فيه مهامها المنوطة بها. وتعرض للحصانات المقررة لمقر البعثة ثمّ الامتيازات والتسهيلات المرتبطة بتأديتها لمهامها الدبلوماسية. كالآتي:  
**أولاً: حصانة مقر البعثة:**

أقرت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 لدور البعثات الدبلوماسية حق التمتع بحصانة تامة ضماناً لأمن واستقلالية مقر البعثة من ناحية واحتراماً لسيادة الدولة التي تُمثّلها من ناحية أخرى. (2) كونها من الخصائص المُتصلة مباشرة بسيادة الدولة الموفدة للبعثة اعتباراً لاستخدام هذا المقر مركزاً لبعثتها. والأمر نفسه بالنسبة لمقر البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى المنظمات الدولية. حيث اعترفت اتفاقية 1975 ذات الصلة لمقر هذه البعثات بحق التمتع بالحصانة الدبلوماسية. (3) وأياً يكن من أمر. فإنّ نطاق حصانة مقر البعثات الدبلوماسية الدائمة يشمل كافة المباني التي تشغلها هذه البعثات. وجميع الوثائق والمحفوظات الموجودة فيها أو الخاصة بها.

#### أ- حصانة مباني البعثة

يشمل مقر البعثة الدبلوماسية في نظام التمثيل الدبلوماسي بين الدول من حيث امتداد نطاق الحصانة المقررة له جميع الأماكن والمباني التي تشغلها البعثة أو تستخدمها لحاجتها بغضّ النظر عن مالكها. بما في ذلك منزل رئيس البعثة. (4) ويُعدّ الفناء المحيط بمقر البعثة وبقية الملحقات الأخرى كالحوائط والحلّات أو الأماكن المخصّصة للسيارات (5) جزء من نطاق الحصانة المقررة للمقر.

وتفرض هذه الحصانة على سلطات الدولة المضيفة التزامين أساسيين يقضي الأول بامتناع هذه السلطات من الدخول إلى مقر البعثة إلاّ بإذن صريح من رئيسها. بحيث يُمنع تبليغ المحاضر القضائية داخل مقر البعثة. أو تبليغ أوامر الاستدعاء أو تكليفات الحضور أمام القضاء وغيرها من الهيئات الرسمية في الدولة المضيفة. كما يُحضر على رجال الشرطة الدخول لمقر البعثة للتحقيق في أيّ جريمة وقعت فيها ما لم يأذن بذلك صراحة رئيس البعثة. (6) ويلحق

<sup>1</sup>.Philippe CAHIER, Le droit diplomatique contemporain, Publications de l'institut Universitaire de hautes études internationales, Genève, 1962, p13

<sup>2</sup>. جاء في نص المادة 22 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961: "حرمة دار البعثة مصونة و لا يجوز لمأموري الدولة المعتمد لديها دخولها إلا برضا من رئيس البعثة".

<sup>3</sup>. حسب نص المادة 23 من اتفاقية فيينا لعام 1975 و التي جاء فيها: "لا يجوز انتهاك حرمة مباني البعثة و لا يجوز دخول إليها إلا بإذن صريح من رئيسها".

<sup>4</sup> وذلك حسب نص الفقرة 10 من المادة 1 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961. "يقصد بتعبير دار البعثة. المباني والأراضي الملحقة بالبعثة المستخدمة لأغراضها بصرف النظر عن مالكها"

<sup>5</sup> علي صادق أبو هيف. القانون الدبلوماسي. منشأة المعارف. الإسكندرية. 1986. ص141

<sup>6</sup> سامية صديقي. مبدأ الرضائية في العلاقات الدبلوماسية. رسالة ماجستير في القانون الدولي. كلية الحقوق. جامعة الجزائر. سنة 2009. ص117

بحصانة مقر البعثة امتناع سلطات الدولة المضيضة عن مباشرة إجراءات التفتيش أو الاستيلاء أو الحجز أو التنفيذ على أموال ووسائل البعثة حتى إن كان ذلك مُسنداً بإذن صريح من القضاء المختص.<sup>(1)</sup>

بينما يفرض الالتزام الثاني على سلطات هذه الدولة اتخاذ كل الإجراءات اللازمة وكافة الوسائل الضرورية والتدابير الكفيلة لحماية دار البعثة ضد أي عمل من شأنه المساس بأمن واحترام البعثة. وقيام الدولة المضيضة بهذا الالتزام، يوجب عليها حتماً اتباع إجراءات قانونية وتدابير أمنية خاصة خِلافًا لما تتبَّعه عند واجبها العام في الحفاظ على الأمن وسائر مقتضيات النظام العام.<sup>(2)</sup>

ويتمد هذا الالتزام بحماية مقر البعثة الدبلوماسية وموجوداته حتى في حالة وجود نزاع مسلح أو قطع للعلاقات الدبلوماسية بين الدولتين، أين تُعهد حراسة مقر البعثة الدبلوماسية لدولة ثالثة شرط أن تقبل بها الدولة المضيضة حسب ما نصت عليه المادة 45 من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961.

أما بالنسبة للحصانات المتعلقة بمباني البعثات الدائمة المعتمدة لدى المنظمات الدولية، فنجد أن اتفاقية 1975 ذات الصلة قد أخذت بنفس مضمون الحصانة المقررة لمباني البعثة الدبلوماسية الوارد في اتفاقية 1961، حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة 23 على أنه "لا يجوز انتهاك حرمة مباني البعثة ولا يجوز لممثلي سلطات الدولة المضيضة دخولها إلا بموافقة رئيس البعثة." كما ألزمت الاتفاقية الدولة المضيضة بأن تقوم بصفة خاصة باتخاذ جميع التدابير المناسبة لحماية البعثة من أي أعمال من شأنها الإخلال بسلم البعثة أو المساس بجرمتها.<sup>(3)</sup> غير أن الاتفاقية المذكورة قد تضمّنت الزاماً للدولة المضيضة لم يرد في اتفاقية 1961، حيث أوجبت على هذه الدولة في حالة وقوع أي هجوم على مباني البعثة، اتخاذ جميع التدابير المناسبة لمحاكمة الأشخاص المرتكبين له<sup>(4)</sup> والقيام بمعاقبتهم.

#### ب- حصانة وثائق ومحفوظات البعثة

يشمل نطاق حصانة مقر البعثة كافة الأشياء المنقولة الكائنة فيها، وهذه نتيجة منطقية ذلك أن حرمة المقر تمتد تلقائياً لكل موجوداته، غير أن وثائق البعثة ومحفوظاتها الرسمية تخظى بجرمة خاصة تجعلها تسمو على حصانة البعثة ذاتها، فقد يحدث مثلاً أن يأذن رئيس البعثة لسلطات الدولة المضيضة بالدخول إلى مقر البعثة في حالات معينة بالذات مثلما تنصّ عليه المادة 22 من اتفاقية فينا لعام 1961، لكن هذه السلطات لا يُمكنها في جميع

<sup>1</sup> عبد المالك درعي، حصانة دار البعثة الدبلوماسية، رسالة ماجستير في القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2006، ص 36

<sup>2</sup> - Jean SALMON, Manuel de droit diplomatique, Edition Bruylant, Bruxelles, 1994. p191.

<sup>3</sup> حسب نص الفقرة الثانية من المادة 23 (البند "أ") من اتفاقية فينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975 السابق الإشارة إليه

<sup>4</sup> حيث تضمّنت الفقرة الثانية البند "ب" من المادة رقم 23 من اتفاقية فينا لعام 1975 التالي: "في حالة حدوث هجوم على مباني البعثة، تقوم الدولة المضيضة باتخاذ جميع التدابير لحماية دار البعثة ومعاقبة الأشخاص المعتدين".

الأحوال التعرض لوثائق البعثة أو تفتيشها مهما كانت الأسباب، فخضوع حصانة مقر البعثة لهذا الاستثناء لا يؤدي بالضرورة لإخضاع محفوظات البعثة ووثائقها لنتائج، لذلك فإنَّ حصانة محفوظات البعثة و وثائقها الرسمية هي حصانة قائمة بذاتها مستقلة عن حصانة الأمكنة التي توجد فيها، ذلك أنَّ حصانة المقر لا تكفل حماية وثائق البعثة إن كانت خارج مقرها، بحيث يمكن التعرض لها ما لم تستفد من حماية قانونية خاصة، ولهذه الاعتبارات فقد أفردت اتفاقية فيينا لعام 1961 ووثائق البعثة و محفوظاتها بنص خاص الوارد في المادة 24 من الاتفاقية: "المحفوظات ووثائق البعثة لها حرمة مضمونة في كل الأوقات وفي أي مكان توجد فيه."

وقد تبنت اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975 نفس مضمون حصانة وثائق البعثة و محفوظاتها الوارد في اتفاقية 1961، ويشمل نطاق هذه الحصانة كافة وثائق البعثة ومستنداتها والأرشيف الخاص بها وكل محفوظاتها، وتحظى جميع هذه الأغراض بجرمة قانونية خاصة تمنع الاطلاع عليها أو مصادرتها مهما كانت الظروف وفي أي مكان تكون فيه على غرار ما هو معمول به في اتفاقية 1961، وهذا ما يؤكد لنا نص المادة 25 من اتفاقية 1975 ذات الصلة و الذي جاء فيه: "تتمتع محفوظات البعثة ووثائقها بالحرمة في كل الأوقات وأيا كان مكانها".

#### ثانيا: الامتيازات والتسهيلات المتعلقة بعمل البعثة:

علاوة عن الحصانات التي تتمتع بها البعثة الدائمة بشأن مقرها وموجوداته، تحظى هذه الأخيرة بتسهيلات وامتيازات متعلقة بتسيير عملها يُمكن تحديدها وفق التالي:

أ. حرية الاتصال.

اعترف القانون الدولي للبعثة الدبلوماسية بحق الاتصالات والمراسلات الرسمية، وتم ادراج هذا الحق ضمن القواعد المتعلقة بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية، وتنص هذه القواعد أساساً حول كفل حرية واستقلال البعثة عند تأديتها لمهامها الدبلوماسية، ذلك أنه من مستلزمات قيام البعثة الدبلوماسية بمهامها المنوطة بها تمتّعها بكامل الحق في الاتصال بالجهات التي تتطلب أصول وظيفتها التواصل معها، وفي مُقدّمة هذه الجهات دولتها الموفدة لها وكذا المكاتب التابعة للبعثة الموجودة في اقليم الدولة المضيضة، وتأصيلاً لما استقر عليه التعامل الدولي في هذا الشأن، جاء إقرار هذا الحق في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 27 منها على: "تسمح الدولة المضيضة للبعثة الدبلوماسية بجرية الاتصال من أجل الأغراض الرسمية للبعثة و تحمي هذه الحرية."

وتتمتع البعثة الدبلوماسية بحق استخدام كافة وسائل الاتصال اللائمة كالحقيبة الدبلوماسية والرسائل الدبلوماسية والرسائل الاصطلاحية (المُشفرة).<sup>(1)</sup> وبالطبع تتمتع

<sup>1</sup> جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 27 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 ما يلي: "يجوز للبعثة عند اتصالها بحكومة الدولة الموفدة لها وبعثاتها الأخرى أينما وجدت، أن تستخدم جميع الوسائل المناسبة، بما في ذلك الرسائل الدبلوماسية والرسائل المرسل بالشفيرة".

وسائل الاتصال المذكورة بحماية قانونية ماثلة لتلك التي تحظى بها وثائق البعثة ومحفوظاتها الرسمية تمنع الاطلاع عليها أو التعرّض لها أو كشف سرّيتها سواءً تمت في إقليم الدولة المضيضة أو في إقليم أي دولة أخرى تمر عبرها الوسائل المذكورة<sup>(1)</sup> ذلك أنّ الالتزام بجرمة مراسلات البعثة لا يقتصر على الدولة المضيضة فقط، بل تمتد هذه الحماية إلى كافة الدول الأخرى التي تمر عبرها هذه المراسلات في طريقها لوجهتها النهائية.

وجب الإشارة في هذا الصدد أنّ الحقيبة الدبلوماسية هي أكثر وسائل الاتصال ذيوياً واستعمالاً في إطار ممارسة العلاقات الدبلوماسية، لفائدتها العملية الأكيدة في نقل مراسلات البعثة ووثائقها وسائر مستنداتها الرسمية من وإلى الدولة الموفدة لها من جانب، وكذا بين البعثة الدبلوماسية وباقي بعثات الدولة الموفدة المعتمدة لدى الدول الأخرى أو لدى المنظمات الدولية من جانب آخر. لذلك تتمتع بجرمة مطلقة ومؤكدة بحيث لا يجوز فتحها أو حجزها لضمان وصول ما بداخلها من وثائق وأوراق رسمية ومواد معدة للاستعمال الرسمي بأمان دون الكشف عن سرّيتها. غير أنه في حالة ما وقع أي شك لدى سلطات الدولة المضيضة على احتواء الحقيبة لأشياء غير مشروعة، ما عليها سوى الطلب من الدولة المرسله فتحها بحضور ممثل رسمي عنها، وفي حالة رفضها ينبغي عليها الأمر بسحبها على الفور وإعادتها إلى مصدرها الأصلي.<sup>(2)</sup>

ومثلما سبق توضيحه فقد أجازت اتفاقية فيينا لعام 1961 للبعثة الدبلوماسية حق استعمال كافة وسائل الاتصال المتاحة في العمل الدبلوماسي، بيد أنّها تركت أمر استخدام وتركيب الأجهزة اللاسلكية معلقاً بشرط الموافقة المسبقة للدولة المضيضة، ومن جهة أخرى ربطت الاتفاقية المذكورة مبدأ حق الاتصال الدبلوماسي بالأغراض الوظيفية فقط.<sup>(3)</sup> لذلك تُستثنى من التمتع بالحماية والتسهيلات اللازمة المقترنة بهذا الحق جميع التصرفات والأعمال الخارجة عن الإطار الرسمي والوظيفي لاختصاص البعثة.

أما بالنسبة لحرية الاتصال المكفولة للبعثات المعتمدة لدى المنظمات الدولية، فتتماثل مع تلك المقررة للبعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى الدول، وهذا ما يتضح لنا من خلال نص المادة 27 من اتفاقية 1975 لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية، التي ألزمت دولة مقر المنظمة الدولية بضمان حرية البعثات الدائمة في الاتصال بدولها الموفدة وباقي الهيئات الواجب التخاطب معها، و من قبيل ذلك بعثات الدول الأخرى المعتمدة لدى المنظمة الدولية أو بعثة

<sup>1</sup> حسب الفقرة الثالثة من المادة 40 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961. تقوم الدولة الثالثة بمنح جميع أنواع المراسلات الرسمية المارة بإقليمها بما في ذلك الرسائل المشفرة و الحقائب الدبلوماسية نفس الحماية الممنوحة لها في الدولة المعتمد لديها".

<sup>2</sup> زهية عيسى، الحقيبة الدبلوماسية، رسالة ماجستير فغي القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2002، ص 38.

<sup>3</sup> رؤوف بوسعدية، حرية الاتصال الدبلوماسي، رسالة ماجستير في القانون الدبلوماسي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2005، ص 40. و للاستزادة بشأن حرية الاتصال الدبلوماسي للبعثات الدبلوماسية الدائمة و وسائله المشمولة بالحماية القانونية والامتيازات الدبلوماسية، راجع أكثر:

دولتها الدبلوماسية المعتمدة لدى دولة المقر. كما أسندت الاتفاقية لوسائل الاتصال التي تستعملها البعثة الدائمة في عملها لاسيما الحقيبة الدبلوماسية حماية قانونية تماثل تلك المقررة لوسائل الاتصال المنصوص عليها في اتفاقية فيينا لعام 1961.

ب. الإعفاء من الضرائب والرسوم.

قبل إقرار اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، كانت امتيازات البعثة ولاسيما المتعلقة بالضرائب والرسوم العقارية، تستند لمفاهيم متعلقة بسيادة الدولة ومبدأ الخضوع لسلطان قوانينها واختصاصها الإقليمي. ومّا لا شك فيه أنّ إخضاع مقر البعثة وسائر ما يندرج في حكمه من لواحق للقواعد و الإجراءات المفروضة في التشريع الضريبي المعمول به في الدولة المضيفة، من شأنه المساس باستقلالية البعثة وحصانتها سيما لو تمت طريقة التحصيل قسراً. لذلك حسمت اتفاقية فيينا لسنة 1961 كل خلاف يكون مردّه الإشكال المذكور بإقرارها نص المادة 23 والتي جاء فيها: "تُعفى الدولة الموفدة ورئيس البعثة من كافة الضرائب والرسوم العامة والمحلية المرتبطة بالأماكن الخاصة بالبعثة".

وتأسيساً على هذا النص أضحت البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى الدول تحظى بامتياز الإعفاء من دفع الضرائب والرسوم المقررة في تشريعات الدولة المضيفة النافذة. حيث تُعدّ الضريبة العقارية أهم وأبرز الضرائب المستحقة على دار البعثة وفقاً للأنظمة الضريبية المعمول بها لدى الدول المضيفة.

وتقوم الدول المضيفة بإعفاء البعثات المعتمدة لديها من دفع الضرائب والرسوم العقارية المستحقة إن كانت مقرات البعثات ملكاً لهذه الدول. أما إذا كانت ملكاً للبعثة ذاتها فتمتنع الدولة المضيفة أصلاً عن فرض أي رسوم أو ضرائب عليها. بينما إذا كانت هذه المقرات مشغولة على سبيل الإيجار فتُعفى البعثات المستأجرة لها من دفع بدله من رسوم أو ضرائب كالضرائب على القيمة التاجيرية وجوها للدولة المضيفة.<sup>(1)</sup> غير أنّ الامتياز الضريبي المذكور لا يُكسبُ البعثة إعفاءً من دفع الرسوم والضرائب المتعلقة بالخدمات الخاصة كالرسوم المتعلقة بفواتير الماء والكهرباء والهاتف وغيرها من الرسوم والضرائب المماثلة المقابلة لتأدية الخدمات حسب ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 23 السابق ذكرها من اتفاقية فيينا لعام 1961.

ومن نافلة القول التنويه في هذا المقام بأنّ استفادة مقر البعثات الدبلوماسية من هذه الامتيازات الضريبية مُقترن أساساً بتعلّقها بدواعي الوظيفة الدبلوماسية. لذلك يكون امتلاك أو تأجير أي عقار خاص بالبعثة خارج نطاق مهامها الرسمية خاضعاً كغيره من العقارات للرسوم والضرائب المستحقة بعنوان التشريع الضريبي النافذ في الدولة المضيفة. وتجب الإشارة أنّ مقر البعثات الدبلوماسية المعتمدة لدى المنظّمات الدولية، تتمتع على غرار ما تتمتع به البعثات المعتمدة لدى الدول بالإعفاءات الضريبية المرتبطة بالرسوم و

<sup>1</sup> عبد الملك درعي، حصانة دار البعثة الدبلوماسية، مرجع سابق، ص 39

الضرائب المفروضة على العقارات، باستثناء الضرائب المقررة بموجب الاستفادة من خدمات خاصة، على النحو الذي سبق لنا توضيحه بالنسبة للبعثات المعتمدة لدى الدول. وفي هذا الصدد نجد المادة 24 من اتفاقية فيينا لعام 1975 ذات الصلة تنص على: "تكون مباني البعثة التي تمتلكها أو تستأجرها الدولة المرسل (الموفدة) أو أي شخص يعمل بالنيابة عنها، معفية من جميع الرسوم والضرائب الوطنية والإقليمية والبلدية. وذلك بخلاف ما يُدفع منها مقابل تأدية خدمات مُحدّدة".

#### المحور الثاني: حصانات وامتيازات أفراد البعثة الدبلوماسية الدائمة:

يستند نظام الحصانات والامتيازات الخاص بأعضاء البعثات الدبلوماسية سواء كانت تلك المعتمدة لدى الدول أو لدى المنظمات الدولية، إلى المفهوم الوظيفي<sup>1</sup>، حيث أتت ديباجة اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975 على ذكر نفس ما جاءت به ديباجة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، وذلك أن "هدف الحصانات والامتيازات ليس إفادة أفراد البعثات الدبلوماسية، بل ضمان الأداء الفعّال للوظائف المنوطة بهم".

وبناءً على ما تقدّم فإنّ المبعوثين الدبلوماسيين يتمتّعون بحصانات وامتيازات أثناء تأديتهم لمهامهم، ويمكن تبيان نطاق التمتع القانوني بهذه الأخيرة وفق ما يلي:

#### أولاً: حصانات أفراد البعثة الدبلوماسية:

تنقسم الحصانات الدبلوماسية التي يتمتع بها أعضاء البعثات الدائمة سواء المعتمدة لدى الدول أو لدى المنظمات الدولية إلى حصانات شخصية وأخرى قضائية.

#### أ. الحصانة الشخصية.

تُعتبر حرمة المبعوث امتداداً لحرمة البعثة الدبلوماسية، واعتباراً لتمتع هذه الأخيرة بحصانة مطلقة كما سبق لنا توضيحه، يحظى المبعوث كذلك بحصانة شخصية مطلقة و هي نتيجة ضرورية تُملئها الصفة التمثيلية العامة و كذا المركز الخاص الذي يتمتع به المبعوثون الدبلوماسيون كونهم يُمثّلون دولهم الموفدة لدى البلد المضيف<sup>(2)</sup> وحصانة المبعوث الشخصية تظل قائمة و مُصانة بصرف النظر عن الظروف السائدة في الدولة المضيفة أو الأسباب و مهما ارتكب من فعل غير مشروع.<sup>(3)</sup> طالما توجد في يد الدولة المضيفة أدوات قانونية تُحوّلها التصرف مقابل هذه الحصانة الشخصية المطلقة، ونعني بها إمكانية إخضاعه لأحكام المادة 9 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 التي تقضي بحق الدولة المضيفة في إعلان أي مبعوث في البعثة المعتمدة لديها شخصاً غير مرغوب فيه، وبالتالي ضرورة سحب اعتماده ومغادرته الفورية للبلاد، غير أنّها لا تملك حقّ التعرض لشخصه بأي تصرف كان، كالحجز والاعتقال وجوهما أو المساس بكرامته أو التقليل من شأنه واحترامه.

<sup>1</sup> أحمد أبو الوفا، قانون العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة 2012، ص 357

<sup>2</sup> عبد الله الشامي، الدبلوماسية أصولها وقواعدها، دار العام للملايين، بيروت، 1994، ص 529

<sup>3</sup> Jean SALMON, Manuel de droit diplomatique, op.cit,p281

وهكذا قضت اتفاقية فيينا لعام 1961 في المادة 29 منها، حيث جاء فيها: "حرمة المبعوث مصونة، فلا يجوز إخضاعه لأي إجراء من إجراءات القبض أو الحجز. وعلى الدولة المضيفة أن تُعامله بالاحترام الواجب له واتخاذ جميع التدابير المناسبة لمنع أي اعتداء على شخصه أو حرته أو كرامته." إنَّ هذا النص يرتبط مباشرة بالمبدأ العام للحرمة الشخصية التي تتمتع بها البعثة الدبلوماسية، ويؤكد بوضوح واجب الدولة المضيفة في الحرص على عدم المساس بحرمة المبعوث من جهة، والعمل على منع أي عمل أو تصرف من شأنه الإساءة إلى شخصه وفرض معاملة تليق بالاحترام الواجب لمركزه وصفته من جهة أخرى. وجدير بالذكر أن حصانة المبعوث الشخصية تمتد إلى كل ما له علاقة بجرمته الذاتية، بما في ذلك مسكنه وأهله وقائمة أغراضه الشخصية، (1) حيث تخضع جميع هذه الأمور لنطاق الحصانة الشخصية للمبعوث.

هذا ويُجد أن اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975، قد اعتمدت نفس النسق الخاص بتنظيم الحصانة الشخصية للمبعوثين الدبلوماسيين المعتمد في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 السابق ذكره، حيث أُكِّدت في نص المادة 58 منها على مبدأ الحرمة المطلقة للمبعوثين الدبلوماسيين، وعلى عدم جواز التعرض إليهم بأي شكل من أشكال الحجز أو الاعتقال أو الإساءة لشخصهم وعلى التزام دولة مقر المنظمة باتخاذ جميع التدابير الكفيلة لحمايةهم، وكذا امتداد نطاق حصانتهم الشخصية إلى مساكنهم وأغراضهم ووثائقهم الشخصية، (2) غير أنَّها أضافت التزاماً لدولة مقر المنظمة لم يرد في اتفاقية 1961 للعلاقات الدبلوماسية، يقضي بواجب قيام هذه الدولة بمحاكمة ومعاقبة أي شخص ينتهك الحرمة الشخصية للمبعوث.

**ب. الحصانة القضائية.**

إذا كانت الحصانة الشخصية للمبعوث حقاً ثابتاً لا يجوز انتهاكه مهما كانت الأسباب والظروف، فإنَّ الحصانة القضائية للمبعوث هي امتداد لهذا الحق أو أحد أبرز توابعه، ذلك أنَّ إقرار مبدأ الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي قد جاءت استكمالاً لمبدأ الحصانة الشخصية، لكن تتمتع المبعوث بهذا الحق غير كاف لضمان استقلاله وعدم عرقلة مهامه ما لم يُعْفِه من الخضوع لسلطة القضاء الإقليمي في الدولة المضيفة، (3) بيد أنَّ مؤدى هذا الإعفاء ليس تحرر المبعوث من احترام قوانين الدولة المضيفة، فالتقيد بقوانين هذه الدولة ونظمها

<sup>1</sup> حسب نص المادة 37 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، "يتمتع أفراد أسرة رئيس البعثة بذات الحرمة التي يتمتع بها الرئيس".

<sup>2</sup> حسب نص المادة 59 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975، "تتمتع المساكن الخاصة برئيس وأعضاء البعثة بالحرمة والحماية".

<sup>3</sup> حسب نص المادة 31 فقرة 2 من اتفاقية 1961 والتي تنص على: "يعفى المبعوث الدبلوماسي من أداء الشهادة" ووجب الإشارة أنه حتى ولو تعلَّق الأمر بحضور المبعوث كشاهد اثبات في أي قضية ينظر فيها قضاء الدولة المضيفة، فإنه يعفى المبعوثون الدبلوماسيون من الادلاء بالشهادة أمام قضاء الدولة المعتمدين لديها. راجع في هذا الصدد: زايد عبيد الله مصباح، الدبلوماسية، دار الجيل للنشر، بيروت 1999، ص 178.

الداخلية تقع في مقدمة واجباته. حيث جاء في نص المادة 41 من اتفاقية فيينا لعام 1961: "يجب على جميع المُتمتعين بالحصانات والامتيازات، مع عدم المساس بها، احترام قوانين الدولة المضيفة وأنظمتها. ويجب عليهم كذلك عدم التدخل في شؤونها الداخلية"

وقد أقرت اتفاقية فيينا لعام 1961 مبدأ الحصانة القضائية للمبعوثين الدبلوماسيين، غير أنها وضعت فيصلاً في نطاق الاستفادة منها يقضي بتمييز المسائل الجنائية عن المسائل المدنية والإدارية، وهذا ما نلمسه من خلال استقراءنا لنص المادة 31 منها، الذي خصّ المبعوثين الدبلوماسيين بحصانة قضائية مطلقة في جميع المسائل الجنائية و في كل التصرفات الناجمة عنهم، بينما ينحصر نطاق استفادتهم من الحصانة القضائية في المسائل المدنية والإدارية المرتبطة بالأعمال والتصرفات الوظيفية فقط. (1) والبون شاسع بين الاثنين ذلك أنّ الحصانة الأولى (الجنائية) تُعفي المبعوث من الخضوع لولاية القضاء الجنائي في كل الظروف بصرف النظر عن علاقة تصرفه بدواعي وظيفته أم لا و حتى لو بلغ تصرفه غير المشروع حداً بالغاً من الجسامه. بينما الحصانة الثانية فهي تُكسب المبعوث إعفاءً من الخضوع للقضاء الإداري أو المدني شرط أن تكون التصرفات الصادرة عنه مرتبطة بأداء مهامه الرسمية، وخلافاً لذلك فإنّ كل عمل غير مشروع يقوم به المبعوث، يتمّ بمعزل عن أطر وظيفته الدبلوماسية يلزمه الخضوع لولاية القضاء الإداري أو المدني، بقطع النظر عن مدى جسامته. (2)

ومهما يكن من أمر هذه الحصانة، فإنّ الحالات التي يُعفى فيها المبعوث من الخضوع للقضاء المحلي للدولة المضيفة لا تعني إفلاته نهائياً من سلطة القضاء، فهو يظلّ خاضعاً لقانون دولته ولولايتها القضائية ويُمكن مساءلته أمام محاكمها عمّا صدر منه من تصرفات امتنع قضاء الدولة المضيفة من النظر فيها نتيجة تمتّع المعني بالحصانة القضائية. (3) وفي هذا الصدد نجد أنّ اتفاقية فيينا لعام 1961 قد حوّلت الدولة الموفدة حق التنازل عن حصانة مبعوثيها الدبلوماسيين و جعلت ذلك أمراً متاحاً لها في كل الحالات من دون أي تقييد. (4) نظراً لأنّ الحصانة ملك للدولة يكتسبها المبعوث عند تمثيله لها، ويُمكن لها إسقاطها عنه حسب سلطتها التقديرية متى تهيأت لها الدوافع التي تجدها كفيلة لذلك والتي قد يكون من ضمنها ارتكابه لأي جرم يُوجب محاكمته قضائياً.

<sup>1</sup> حسب نص المادة 31 من اتفاقية للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.

<sup>2</sup> وحرّي بالإفادة أنّ امتثال المبعوث لقضاء الدولة المضيفة في هذه الحالات لا يُسقط عنه حقّه في التمتع بالحصانة الشخصية المطلقة التي توجب حسن معاملته وعدم المساس بشخصه وكرامته حتى إن اقتضى الأمر اتخاذ إجراءات تنفيذية في حقه ناجمة عن أحكام القضاء المدني أو الإداري حسب ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 31 من اتفاقية فيينا لعام 1961، وللاستزادة حول موضوع الاعفاء من القضاء المحلي لأغراض الحصانة الدبلوماسية، راجع أكثر:

عطا صالح زهرة، أصول العمل الدبلوماسي، مركز البحوث بنغازي 1994، ص 69-74

<sup>3</sup> حسب الفقرة الرابعة من المادة 31 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، والتي تنص: "تمتع المبعوث بالحصانة القضائية في الدولة الموفدة لا يعفيه من قضاء دولته المعتمدة".

<sup>4</sup> حسب نص المادة 32 من اتفاقية فيينا لعام 1961، "يجوز للدولة المعتمدة ان تتنازل عن حصانة مبعوثها الدبلوماسيين".

وحرّري بالإشارة أنه لا يوجد ما يحول دون لجوء سلطات الدولة المضيضة إلى اعتبار المبعوث الدبلوماسي المتمتع بالحصانة القضائية، شخصاً غير مرغوب فيه والطلب منه مغادرة أقاليمها فوراً في حالة اخلاله بنظام الاستفادة من هذه الحصانة سيما عند عدم احترامه لقوانينها وأنظمتها الداخلية. (1)

وقد اعتمدت اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975 نفس المقاربة القانونية لإسناد الحصانة القضائية الواردة في اتفاقية 1961 للعلاقات الدبلوماسية. وهذا ما يتبين لنا من خلال منطوق المادة 62 من اتفاقية 1975 التي تبنت نفس مفهوم المادة 31 من اتفاقية 1961 السابق الإشارة إليه، حيث أكدت الاتفاقية على تمتع أعضاء البعثات الدائمة لدى المنظمة الدولية، بالحصانة المطلقة فيما يتعلق بالخضوع للقضاء الإقليمي الجنائي للدولة المضيضة (دولة مقر المنظمة)، أما في المسائل المدنية والإدارية فيكون خضوعهم لولاية القضاء المحلي مرتبباً بمدى استقلالية تصرفاتهم غير المشروعة عن ممارسة وظائفهم الرسمية، غير أن إعفاء هؤلاء المبعوثين من الامتثال لولاية القضاء المحلي ليس مؤداه إسقاط حق متابعتهم قضائياً أمام قضاء دولهم المعتمدة لهم حيث يبقى هؤلاء المبعوثين خاضعين لولاية قضاء دولهم ويمكن مساءلتهم أمام محاكمهم. (2)

وتجدر الإشارة إلى أن إخلال مبعوثي الدول لدى المنظمات الدولية بنظام الحصانات القضائية الممنوحة لهم لا يوجب طردهم أو طلب سحب اعتمادهم أو إعلانهم أشخاصاً غير مرغوب فيهم من قبل دولة مقر المنظمة كما هو الشأن في نظام التبادل الدبلوماسي بين الدول، حيث تخلو اتفاقية 1975 من مثل هذه التدابير، لكنها بالمقابل ألزمت الدولة الموفدة بإسقاط الحصانة القضائية عن مثليها في حال انتهاكهم الشديد للقانون الجنائي النافذ في الدولة المضيضة (دولة المقر). (3) إيداناً بإمكانية محاكمتهم أمام قضاء هذه الدولة، أو أن تقوم بسحب اعتمادهم من البعثة واستدعائهم نهائياً تهيداً لمحاكمتهم أمام قضائها الوطني.

#### ثانياً: امتيازات أفراد البعثة الدبلوماسية:

استقرّ العمل بين الدول على أن يتمتع المبعوثون الدبلوماسيون المعتمدين لديهم بمجموعة من الامتيازات المالية مؤداهها إعفاؤهم من الخضوع لبعض الرسوم المفروضة في قوانينهم الضريبية، وهذا الإعفاء رغم أنه ليس مفروضاً نتيجة طبيعة العمل الدبلوماسي أو ضرورة استقلال المبعوث مثلما هو الحال عند التمتع بالحصانة القضائية أو الشخصية، إلا أنه ملائم لمركز المبعوث و مكانته الوظيفية، لذلك فإنّ مرجع منح هذه الامتيازات هي أصول اللباقة والجمالة الدولية وليس الأعراف الدبلوماسية كما هو الشأن بالنسبة لنظام

<sup>1</sup>. Jean SALMON, Manuel de droit diplomatique, op.cit., p124

<sup>2</sup>. حسب نص الفقرة الخامسة من المادة 60 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975، والتي تنص: "لا يترتب عن إعفاء هؤلاء الأشخاص من الولاية القضائية للدولة المضيضة، إعفاؤهم من ولاية دولهم الموفدة".

<sup>3</sup> تنص المادة 77 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975، "في حالة الانتهاك الشديد للقانون الجنائي للدولة المضيضة من طرف المبعوث فانه يجري إسقاط حصانته الدبلوماسية أو استدعاؤه فوراً من قبل دولته الموفدة".

الحصانات،(1) بيد أن تمتع أعضاء البعثات الدبلوماسية الدائمة بهذه الامتيازات قد انتقل من نطاق الجمالة إلى نطاق الالتزام بمجرد عقد اتفاقية فيينا لعام 1961، حيث أصبحت غالبية الامتيازات الدبلوماسية تحظى بصفة القاعدة القانونية، والأمر عينه بالنسبة لاتفاقية 1975 لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية التي أخذت بنفس المبدأ لتقرير الاستفادة من الامتيازات الدبلوماسية، وأياً يكن من أمر الامتيازات الممنوحة للمبعوثين الدبلوماسيين المعتمدين لدى الدول أو لدى المنظمات الدولية، فإن نطاق التمتع الوظيفي بها يظهر في المسائل التالية.

أ. الامتيازات الضريبية.

نصت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 في المادة 34 منها على إعفاء المبعوثين الدبلوماسيين من الضرائب المباشرة المفروضة من قبل السلطات المعنية سواء المحلية أو المركزية، كالضريبة على الدخل، فهته الضريبة يدفعها المبعوث عادة في دولته لذلك فلا يُعقل أن تُفرض عليه مرتين، كما يُعفى كذلك من دفع الضريبة المفروضة على الثروة أو الرصيد المالي، غير أنه لا يُعفى من الضرائب العقارية والرسوم المقابلة لتأدية الخدمات كالماء والكهرباء والضرائب غير المباشرة كتلك المفروضة على السلع والبضائع، كما أنه لا يُستثنى كذلك من دفع الضرائب المفروضة على الإرث والتركات حيث يتوجب عليه تأديتها كبقية الافراد العاديين<sup>2</sup>.

وقد جاء في تعليق لجنة القانون الدولي على مضمون النص 34 السابق الإشارة إلى مضمونه،<sup>(3)</sup> على أنه يُمتثل ما استقر عليه العمل فعلاً لدى عامة الدول كحد أدنى للإعفاءات المالية الممنوحة للمبعوثين الدبلوماسيين، ومؤدى هذا أنه يجوز منح امتيازات أخرى غير تلك الواردة في المادة المذكورة بناءً على توافق الدولتين المعنيتين.

وهكذا تكون الاتفاقية قد نصت على قواعد ملزمة فيما يتعلق بالإعفاء الضريبي وأجازت للدول ضمناً صلاحية التوسع في منح الامتيازات والإعفاءات في الحالات التي تراها مناسبة، لكنها لا تملك حق تضييق نطاق الاستفادة من هذه الامتيازات في الحدود الخارجة عن الاستثناءات المذكورة.

وإلى جانب هذه الإعفاءات الضريبية، يحظى أفراد البعثة الدبلوماسية كذلك بالإعفاء من مستلزمات الضمان الاجتماعي المعمول بها في الدولة المضيفة وذلك بحسب ما نصت عليه المادة 33 من اتفاقية فيينا لعام 1961.

هذا وقد جاء نص المادة 33 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975 ماثلاً لنص المادة 34 من اتفاقية فيينا لعام 1961، من حيث جملة الإعفاءات الضريبية الممنوحة لأعضاء البعثات الدائمة المعتمدة لدى المنظمات الدولية وكذا الاستثناءات الواردة عليها على النحو السابق بيانه، غير أنه من المُجدي التأكيد هنا أن رفع سقف الاستفادة من

1. Jean SALMON, Manuel de droit diplomatique, op,cit, ,p359

2 عبد القادر سلامة، قواعد السلوك الدبلوماسي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص117

3. La commission de droit international, livre annuaire ,Publication des Nations Unies, 1958-2, p103.

هذه الأحكام الخاصة بالامتيازات لا يكون خاضعاً لأحكام اتفاقية 1975 المذكورة لأن هذه الأخيرة قد حددت الحدود الدنيا للاستفادة من الامتيازات الضريبية فقط. لذلك فإن الاتفاق على منح نطاق أوسع للتمتع بالامتيازات المذكورة يكون مرهوناً بالموافقة الصريحة لدولة المقر والتي تُبدي عن نيتها في هذا الشأن عادة عند إبرام اتفاقية بينها وبين المنظمة المعنية (اتفاقية المقر). نظراً للمركز القانوني الخاص التي حظى به دولة المقر في العلاقات التمثيلية كونها الشخص المخاطب مباشرة في اتفاقية فيينا لعام 1975 ذات الصلة بمنح هذه الامتيازات وتقرير ضمان الاستفادة منها. وهذا خلافاً لمسألة التمتع بالامتيازات الضريبية في مجال العلاقات الدبلوماسية بين الدول، التي يُمكن تعديل نطاق الاستفادة منها فوق الحد الوارد في اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 باتفاق إرادة الدولتين المعنيتين على ذلك، سيما وأن تطبيق الاستفادة منها سيكون خاضعاً لقاعدة المعاملة بالمثل.

#### ب. الامتيازات الجمركية.

يُغى المبعوث الدبلوماسي من دفع جميع الرسوم الجمركية والتكاليف المفروضة على المواد المعدة للاستعمال الخاص له ولأفراد أسرته. عدا تكاليف النقل والتخزين والخدمات المماثلة (1). كما أن هذه الأمتعة الشخصية تُغى من التفتيش إلا إذا وُجدت قرائن جديّة تدعو إلى الافتراض على أنها تحتوي مواد لا يشملها الإعفاء أو يُحظر نقلها أو لا تستجيب لقواعد الحجر الصحي المعمول بها حسب القوانين و الأنظمة الداخلية ذات الصلة في الدولة المضيفة. وفضلاً عن ذلك فإن تفتيش هذه المواد لا يتم إلا بحضور المبعوث شخصياً أو أي شخص ينوبه أثناء عملية التفتيش وهذا وفق ما نصت عليه المادة 36 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961. غير أن اللافت في هذه المادة أنها لم تُبين بوضوح حدود هذا التفتيش ونطاق الأغراض و الأمتعة الخاضعة له بالتحديد. حيث يُفترض عند تأدية هذا الاجراء عدم الاخلال بحق جوهرى وهو حرمة وثائق و مراسلات المبعوث التي يُقرها له صراحة نص المادة 30 من هذه الاتفاقية. حيث حظى هذه الأخيرة بحصانة مطلقة كما سبق لنا تبيانه.

وعليه فإن عملية تفتيش أمتعة المبعوث حتى عند استيفاء شروطها القانونية المذكورة أعلاه بموجب المادة 36. ينبغي لها عدم المساس بالحرمة المطلقة للأغراض الشخصية ووثائق المبعوث التي قد يُصادف وجودها في أمتعته. نظراً لأنه يُحظر التعرض لها أو الاطلاع عليها مهما كانت الأسباب والدوافع.

أما بالنسبة للتمتع بالإعفاءات الجمركية في نطاق التمثيل لدى المنظمات الدولية. فنجد اتفاقية فيينا لعام 1975 ذات العلاقة قد اتبعت نظيرتها لعام 1961. في إفادة المبعوثين الدبلوماسيين بنفس الإعفاءات الجمركية. (2) كما نصت على إعفاء أمتعتهم الشخصية من

<sup>1</sup> عبد الله الشامي. الدبلوماسية، مرجع سابق. ص 581

<sup>2</sup> نص المادة 35 من اتفاقية فيينا لتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975 على: "تسمح الدولة المضيفة بدخول الأشياء المعدة للاستعمال الشخصي للمبعوثين وتعفى من جميع الرسوم الجمركية."

إجراءات التفتيش ما لم تكن هناك دوافع جدية تدعو للاعتقاد بأنها مواد غير مشمولة بالإعفاءات المذكورة.

#### خاتمة:

يقتضي أداء البعثات الدبلوماسية الدائمة لوظائفها المنوطة بها الاعتراف لها بجانب واسع من الاستقلال والحرية في تصرفاتها فضلاً عن ضمان حماية قانونية خاصة لها، وتحقيقاً لهذه الأهداف أقرت اتفاقتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 ولتمثيل الدول لدى المنظمات الدولية لعام 1975 فريقاً من المزايا و الحصانات للبعثات الدبلوماسية المتبادلة بين الدول بموجب الاتفاقية الأولى أو المعتمدة لدى المنظمات الدولية حسب الاتفاقية الثانية. فبمقتضى هتين الاتفاقتين تتمتع البعثات الدائمة بقدر كبير من الاحترام والرعاية بما يضمن لها الاستقلال اللازم في القيام بمهامها الدبلوماسية.

وباستقراءنا لنصوص الاتفاقتين المذكورتين تبين لنا أن نطاق هذه الحصانات والامتيازات يشمل مقرات البعثات الدبلوماسية وكل ما يندرج في إطاره من أبنية وملحقات وأجزاء سكنية تستعملها البعثة في عملها الرسمي، ويلحق بالحصانة المقررة لمقر البعثة جميع موجوداتها من وسائل ومعدّات وأغراض الخدمة، بحيث يحظى مقر البعثة وكل مشتملاته بحصانة مطلقة تمنع على سلطات الدولة المضيضة أو دولة مقر المنظمة انتهاكها وتفرض عليهما في نفس الوقت الحرص على ضمان التعرض لها، وتمتد حصانة مقر البعثة لكل محفوظاتها ووثائقها حيث تتمتع هذه بحصانة وحرمة مطلقة تمنع التعرض لها أو كشف سرّيتها مهما كانت الظروف أو الأسباب بخلاف حصانة المقر ذاتها التي يمكن تجاوزها في حالات استثنائية بعد موافقة رئيس البعثة.

وإلى جانب الحصانة التي يحظى بها مقر البعثة وكافة موجوداته، تتمتع البعثة الدبلوماسية بمجموعة من المزايا والتسهيلات تمنحها لها الدولة المضيضة أو دولة المقر إذا كانت البعثة معتمدة لدى منظمة دولية، تتعلق بإعفائها من الضرائب والرسوم الجمركية المرتبطة بنشاط البعثة كالضريبة على اقتناء أي عقارات أو نقل أي أغراض تندرج في إطار العمل الرسمي للبعثة، كما تضمن الدولة المضيضة أو دولة مقر المنظمة للبعثات الدبلوماسية حق الاتصال الدبلوماسي بما في ذلك استعمال كافة الوسائل الضرورية له وفي مقدمتها الحقيبة الدبلوماسية، وتكفلان عدم عرقلتها أو التعرض لها أو الاطلاع على ما في محتواها من وثائق أو أغراض.

ولا تقتصر حصانات وامتيازات البعثات الدبلوماسية الدائمة على مقراتها وموجوداتها ووسائلها المادية فقط، بل تمتد لتشمل كذلك العنصر البشري المكوّن لهيئة البعثة ونعني به أفراد طاقمها الدبلوماسي، بحيث يتمتع هؤلاء المبعوثون الدبلوماسيون بمجموعة من الحصانات والامتيازات تُحوّل لهم الأداء الفعال لوظائفهم الدبلوماسية، فمن جهة الحصانات، يتمتع أعضاء البعثات الدبلوماسية بالحصانة الشخصية والقضائية، حيث تفرض الحصانة الأولى على سلطات الدولة المضيضة أو دولة مقر المنظمة ضمان معاملة مثلى للمبعوثين المعتمدين

لديهم بما يليق بمركزهم السامي و مكانتهم الوظيفية، و في نطاق هذه الحصانة تلتزم الدولة المضييفة أو دولة مقر المنظمة بحماية المبعوثين من أي مساس بأمنهم الخاص أو التعرض لشخصهم أو كرامتهم. أما بالنسبة للحصانة القضائية فبموجبها يُعفى المبعوثون الدبلوماسيون من الخضوع لاختصاص القضاء المحلي في الدولة المضييفة أو في دولة مقر المنظمة إذا كانت البعثة معتمدة لدى منظمة دولية ، بيد أن إعفاءهم من ولاية القضاء يسترعي التمييز بين طبيعة نشاطهم الدبلوماسي ، فإن كانت تصرفاتهم الموجبة لاختصاص القضاء تمت نتيجة تأدية المهام الرسمية المنوطة بهم فلا يخضع المبعوثون لولاية القضاء سواء الجنائي أو المدني والإداري، أما إن كانت تصرفاتهم قد حدثت بمعزل عن نطاق وظائفهم الرسمية، فينبغي حينها التفرقة بين الحصانة الجنائية من جهة و الحصانة المدنية والإدارية من جهة ثانية، بحيث يتمتع أفراد البعثات الدبلوماسية بحصانة مطلقة في المسائل المتعلقة بالقضاء الجنائي تُعفيهم من الخضوع لاختصاصه، بينما تكون حصانتهم نسبية في المسائل المتعلقة باختصاص القضاء المدني أو الإداري بحيث يمكن خضوعهم لولايته بالنسبة لتصرفاتهم الخارجة عن أطر الوظيفة الدبلوماسية.

وعلاوة عن الحصانات الدبلوماسية، يتمتع المبعوثون الدبلوماسيون بامتيازات مالية تمنحها لهم الدولة المضييفة أو دولة مقر المنظمة إذا كانت البعثة معتمدة لدى منظمة دولية، تُتيح لهم بمقتضاها الاستفادة من إعفاءات ضريبية على الدخل الخاص بهم أو الأموال التي جوزتهم، غير أنه يسقط عنهم الاستفادة من هذا الإعفاء بالنسبة للضرائب غير المباشرة المرتبطة بتأدية الخدمات، كما يستفيد أفراد البعثة الدبلوماسية من الإعفاءات الجمركية من دفع الرسوم المفروضة على الأغراض وجميع أمتعتهم الشخصية، وفضلاً عن ذلك تُعفى هذه الأخيرة من الخضوع لإجراءات التفتيش.

## المعرفة الفنية حقا من حقوق الملكية

### وفقا لتشريع الجزائي و السر الصناعي

د. راجي عبد العزيز جامعة خنشلة

#### ملخص :

نتناول في هذا المقال موضوع المعرفة الفنية لما لها من أهمية اقتصادية وقانونية في الحياة العملية . حيث تحتل المعرفة الفنية مكانا هاما و بارزا بين موضوعات الملكية الصناعية و ذلك لما تثيره من مسائل شائكة و معقدة سواء على know-how الصعيد الوطني في الدول الصناعية الكبرى ، أو على الصعيد الدولي بمناسبة نقلها من تلك الدول إلى الدول النامية . وهذا ما جعلنا نبحث في الأساس و السند القانوني لحماية المعرفة الفنية بواسطة حق المؤلف و الحقوق المجاورة. لعدم توفر قانون خاص لحمايتها.

#### Résumé

Cet article est a propos de la connaissance de savoir faire, le sujet le plus important économiquement et juridiquement dans la vie scientifique.

La connaissance de savoir faire know-how est la plus importante parmi les sujets de la propriété industrielle, à cause de ce qu'elle introduit au niveau national dans les pays industrielle, ou au niveau international quand elle sera transmise de ses pays au pays du tiers monde. Tout ca nous a poussé à prendre la recherche dans l'aspects juridique

la protection de la connaissance de savoir faire par le droit d'auteur a cause de l'absence d'un droit qui protège.

#### مقدمة:

لقد تأثر القضاء الفرنسي في تعريفه للسر الصناعي بالطبيعة الجنائية للقاعدة القانونية الواردة لهذه الفكرة. و التي أتت صياغتها من منطق وجود حماية الأسرار التجارية من الإفشاء غير المشروع بناء على أساس الملكية . و على التأكيد الحق العيني في المعرفة الفنية فجعلت الاستيلاء عليها داخلا في مفهوم جريمة السرقة . في حين لا يجرم المشرع في نطاق القانون هذا الاعتداء إلا في أحوال خاصة فعلى سبيل المثال يجرم المشرع الفرنسي الاعتداء على السر الصناعي في حالتين حالة إفشاء السر الصناعي طبقا للمادة 418 من القانون الجزائي الفرنسي . حيث يرى الدكتور جلال احمد خليل أن المشرع الفرنسي يعاقب كل إفشاء يصدر من مستخدم في مشروع لسر بمفهوم الواسع المعرفة الفنية Know-how أو Savoir faire وليس فقط في حالة إفشاء لطرق مستعملة سرا في الصناعة Secret de fabrique بالمفهوم

المحدد<sup>1</sup>.

إن الاعتراف بالحق في ملكية المعرفة الفنية أصبح من الأمور المسلم بها في القضاء الأمريكي الحديث، و يتبعه في ذلك أغلبية الفقه الأنجلوسكسوني. على خلاف ذلك الفقه اللاتيني الذي يرفض بشدة إدخال الحقوق الشخصية في مضمون حق الملكية باعتبارها حقا عينا. و بناء على هذه الإشكالية و التباين في المواقف و الأفكار الفقهية سنحاول إيضاح مدى الاعتراف بحق ملكية المعرفة الفنية وفقا لقواعد الشريعة العامة باعتبارها مجموعة القواعد التي تضفي الحماية المدنية عليها. ثم نقوم بإيضاح أن المعرفة الفنية من وجهة نظر الحماية الجنائية و السر الصناعي في المبحث الثاني حتى يمكن أن تصبح محلا للملكية . و منه فإن هذه الحماية منحت على أساس الملكية و هذا ما نوضحه بالتفصيل في المطلبين اللاحقين .

### المطلب الأول: ملكية المعرفة الفنية وفقا للسر الصناعي

إن السر الصناعي Le secret de fabrique يشير المصطلح نفسه إلى معناه. بحث يتكون من عنصرين السر و الصناعي أي يجب أن يتعلق بالصناعة. فلا تعتبر أسراراً تلك التي تكون موضوع دراسة و بحث و لا تكفي لذلك مجرد النظريات و المبادئ ما دامت بعيدة عن التطبيق العلمي. كما لا يشترط السر الصناعي استخدام طرق صناعية جديدة على النطاق الرئيس. بل يمكن أن يتمثل في الجزئيات و الدقائق التي يتوصل إليها عادة أثناء الممارسة العلمية و التجربة بشرط أن تكون غير معروفة لدى الغير و أن تتميز بصفة الجودة النسبية<sup>2</sup>

حيث يعرفه الفقيه Poul roubier السر الصناعي بأنه كل طريقة صناعية تطبق في صناعة ما و تبقى سرية بالنسبة للمنافسين و تقدم فائدة عملية أو تجارية<sup>3</sup>

و يعرفه الدكتور صلاح الدين قره بأنه كل طريقة صناعية مطبقة سرا في صناعة ما ترقى أو لا ترقى إلى مرتبة الاختراع القابل للبراءة<sup>4</sup> و منه نستنتج أن السر الصناعي يمكن أن يرقى إلى الاختراع القابل الحصول على البراءة. و لكنه يظل اختراعا دون براءة غير أن في قضاء محكمة باريس اعتبرت سرا صناعيا دفترًا يحتوي على ثمانية عشرة صفحة يشتمل على أسعار تكلفة Prix de revient المنتجات أو تلك الطرق التي تهدف إلى تحسين المنتجات أو تخفيض

<sup>1</sup> - انظر : جلال أحمد خليل : النظام القانوني لحماية الاختراعات و نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية منشورات ذات السلاسل طبعة 1983.ص525

<sup>2</sup> - انظر بالتفصيل: سمير جميل الفتلاوي: استخدام براء الاختراع ديوان المطبوعات الجامعية 1984 الجزائر.ص. 83

<sup>3</sup> - Tout moyen de fabrication qui offre un interet pratique au commercial et qui usage dans une industrie est tenu coche aussi concurrents.

-Albert chevanne et J.H burst : Droit de la propriété industrielle 5eme édition 1998 Dalloz p411

<sup>4</sup> - انظر : د/ سمير جميل الفتلاوي ... المرجع السابق... ص. 83

## تكلفة الإنتاج<sup>1</sup>

و إزاء هذا التعريف الواسع من جانب القضاء. فإن ماتيلي Mathely يعرف السر الصناعي بأنه كل وسيلة أو طريقة يترتب عليها تحقيق فائدة لمشروع معين يحتفظ بها سرا لاستعماله الشخصي<sup>2</sup> و من خلال هذه التعريفات المقدمة فإن السر الصناعي كما هو بائن وواضح. هو كل الطرق المستعملة سرا في صناعة و هذه الطرق ليست سوى عنصرا من عناصر المعرفة الفنية بمفهومها الواسع .

## الفرع الأول: ماهية أسرار الصناعة

إن تعريف السر الصناعي وفقا للطبيعة الجنائية للقاعدة القانونية الواردة بها هذه الفكرة و نظر لتأثير القضاء الفرنسي بها و التي جاءت صياغتها من منطلق حماية الأسرار التجارية من الإفشاء غير مشروع بحيث نصت المادة 418 من القانون الجنائي الفرنسي على ما يلي :

كل مدير أو مستخدم يخبر أو يحاول أن يخبر أجنبي أو فرنسي مقيم في الخارج بسر صناعي يعمل بها يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و غرامة من 1800 فرنك إلى 7200 فرنك<sup>3</sup> و الواضح من المتمعن في المطالعة العميقة لهذا النص أن المشرع الفرنسي يعاقب على كل إفشاء يصدر من مستخدم في مشروع سر بمفهوم الواسع .

للمعرفة الفنية Savoir Faire و ليس فقط في حالة إفشائها لطريقة مستعملة سرا في صناعة Secret de fabrique بهذا المفهوم المحدد.<sup>4</sup> بحيث يترتب على الإفشاء بسر الصناعي لتعبير عن خيانة الثقة و التجسس والأضرار البالغ بصاحبها . و منه فإنه يمكن القول أن القضاء الفرنسي يكون السر الصناعي كمفهوم قانوني عنصرا فيتمثل العنصر الأول في أنه وسيلة صناعية بينما يتمثل العنصر الثاني في وجوب إحاطة هذه الوسيلة بالسرية. و يتضح من ذلك أن القضاء الفرنسي جعل من سر المصنع Secret de fabrique الذي نص عليه المشروع سرا صناعيا Secret de fabrication

وبالتالي لا تمتد الحماية الجنائية إلى الأسرار التجارية أو الأسرار المعلوماتية و ذلك بالرغم

<sup>1</sup> - انظر Paris 6 juin 1908 Ann . Prop-ind 1908 I 322 et Paris 2 Dec1953 Ann Prop-ind 1957-413

<sup>2</sup>- Tout directeur commis-ouvrier de fabrique qu'aura communique au tenté de communiquer à des etranger au ds français resident en pays des secret de la fabrique ou il est employé sera puni d'un emprisonnement de deux ans a cinq ans et d'une amende de 1800 F à 7200 F

<sup>3</sup> - انظر: هاني محمد دويدار: نطاق احتكار المعرفة الفنية التكنولوجية بواسطة السرية دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 1996 ص76.

<sup>4</sup>- J.M. Mousseron. Aspects juridique du Know-how la semaine juridique N° 17 du 27 Avril 1972. P4.

من أن كافة هذه الأسرار تندرج في مفهوم المشروع أو المنشأة الواجب حمايتها قانونا.<sup>1</sup>  
ما تقدم خلص أن السر الصناعي ما هو إلا عنصرا من عناصر المعرفة الفنية - Know-how لأنه يشتمل على ما يلي:

إذا كان الاختراع سبق و أن منحت عنه براءة اختراع و لكن لا يتضمنها الوصف الدقيق المرفق بها إذ لا يكفي الوصف لوضع الاختراع موضع التطبيق الصناعي و منه أن الحصول على أحسن النتائج المتوقعة من استغلال الاختراع .

إلا بهذه المعرفة الفنية و هذا ما جعل هذه المعرفة الفنية في هذه الحالة هي مكملة البراءة

- الطرق المستعملة في صناعة معينة تحتفظ بها سرا خشية استعمالها من المنافسين  
- إن المعرفة الفنية تحدد المواد الأولية أو تنظيم الورشات أو تحديد الآلات اللازمة أو المواد نصف الوسيطة.

- رغبة صاحب المعرفة الفنية المحافظة عليها سرا نظرا لنتائج أبحاثه عن المنافسين و في حالة وجود ابتكارات لا تتصف بالجدة التي يجب أن تتوفر في براءة الاختراع . لأن الجدة تتوفر في بعض عناصرها الثانوية أو تنقصها الأصالة الكافية لمنح حماية لها فتكون بصدد معرفة فنية و ليس اختراعا.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للسر الصناعي

أعد بعض الفقهاء أن الأسرار الصناعية Secret fabrique حق من حقوق الملكية و شبهوا جريمة إفشائه بجريمة السرقة . إلا أن ذلك لم يتقبله إلا عدد قليل من المؤلفين بسبب أن السر الصناعي يشبه الأشياء الغير المادية بالأشياء . المادية فالمالك إذا سرق ماله يجرم كليا منه و العلة في السرقة هو انتقال المال من يدي المالك . و منه يجرم كليا منه بينما على العكس من ذلك في إفشاء السر الصناعي و استغلاله بصرف النظر طبعا عن أضرار التي تصيبه من هذا التصرف<sup>3</sup> أما البعض الآخر من الفقهاء شبه الأسرار الصناعية بالأسرار المهنية و أسرار المراسلات Secret professionnels secret des correspondances إلا أن ما يؤخذ على هذا التشبيه هو ضعف المضامين بحيث أن الأسرار الصناعية لها مضامين اقتصادية تتعلق أساسا بالذمة المالية لصاحبها.

بينما يختلف الأمر بالنسبة للأسرار المهنية و المراسلات و التي تتعلق بالمصالح

<sup>1</sup> - انظر تفصيلا لذلك : د/ جلال أحمد خليل ... المرجع السابق ... ص. 523

- كذلك J. M. Mousseron ... savoir faire . Op. Cit. P4

<sup>2</sup> - انظر: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي: الوجيز في الملكية الصناعية و التجارية طبعة 1992 دار الفرقان الأردن . ص. 357 - 358

<sup>3</sup> - انظر: د/ صلاح الدين قورة ... المرجع السابق ... ص. 358

الشخصية أو الاجتماعية للمستفيد حيث عبر عنها الدكتور صلاح الدين قرة و يسميها المصالح الشخصية و الفرق واضح بين الحقوق أو المصالح الشخصية ، و بين الحقوق أو المصالح المتعلقة بشخصية صاحب الذمة المالية<sup>1</sup> و ذهب البعض الآخر إلى أن الأسرار الصناعية هي من الحقوق المتعلقة بالشخصية Un droit de la personnalité و إفشائها يؤدي إلى الأضرار بشخصية صاحب المصنع. و هذا ما يؤدي إلى تعريض سمعة صناعته و إنتاجه للخطر. و بالتالي إلى المنافسة الاقتصادية. و هذا الاتجاه جاء تدعيما للنظرية المشهورة المتعلقة بالشخصية و التي تعتبر كذلك حقوق الشخص في حرته و شرفه و اسمه و صورته ( Droit à la liberté à l'honneur, au nom, à son image ) إلى حقه في أسرار حمايته الشخصية الخاصة به. و بذلك شبه السر الصناعي بالحق الأدب المعنوي للمؤلف Droit moral d'auteur لا سيما عندما ما يكون هذا المنتج الذهني لم تأت بعد اللحظة المناسبة لإعلانه و إذاعته لعلمه. إلا أن الفقيه Paul Roubier يرى بأنه من غير المعقول و المقبول تقريبا السر الصناعي إلى الحق المعنوي للمؤلف. فهذا الحق لا يمكن قطعاً أن يكون محلاً للتعامل بل يبقى من الحقوق الشخصية اللصيقة بالشخص و الملازمة له .

بخلاف السر الصناعي و الذي يعتبر قيمة غير مادية Valeur incorporelle و يشبهها بحقوق الملكية الصناعية كالبراءات و العلامات التجارية<sup>2</sup> و لكنه يتميز عنها بطبيعته وأحكامه الخاصة به فمثلا كإقتصار في البيع إلى شخص واحد فقط دون أكثر من شخص واحد فقط و إذا كان ذلك سوف يعدم السر في هذه الحالة و يصبح دون قيمة مالية بخلاف بيع حق الاستغلال في البراءة. كما أنه لا يتمثل في سند معين كالبراءة و لا يمكن الاحتجاج بحق السر الصناعي تجاه الغير و لكنه يستطيع الرجوع بدعوى التقليد من الغير دون الآخر الذي لا يكون أمامه سوى دعوى المنافسة التجارية غير المشروعة إذا كان الموضوع لا زال سرا غير معلن للجماهير<sup>3</sup>

### الفرع الثالث: المقارنة بين المعرفة الفنية و السر الصناعي

يتشابه السر الصناعي و المعرفة الفنية في أنها يشتركان في بعض الخصائص من بينها أن كليهما تعبر عن طريقة للتصنيع أو وسيلة لها أو وسيلة عامة لتنفيذ طريقة ما و إن كان لكل من الفكرتين المعرفة الفنية و السر الصناعي فائدة عملية و تجارية ذات قيمة اقتصادية

<sup>1</sup> - انظر: د/ سمير جميل الفتلاوي ... المرجع السابق... ص. 86

<sup>2</sup> - انظر بالتفصيل: Paul Roubier le droit de la propriete industrielle tome 02 paris 1954 P. 371

<sup>3</sup> - انظر: د/ صلاح الدين قورة ... المرجع السابق ... ص. 359

ناجئة عن كون كل منهما غير معروفة من قبل الحرفيين أو الأغلبية منهم .

حيث عرفه دكتور سيتوت حليم دوس " أن السر الصناعي Secret fabrique عبارة عن معرفة عملية لكيفية القيام بعمل معين و بكفاءة عالية ناجمة عن الخبرات و المهارات العلمية المتراكمة<sup>1</sup> و مثل هذه الأسرار توجد لدى الشركات و الأشخاص و تصل إليهم أما عن طريق المصادفة أو أثناء إجراء التجارب عن طريق المحاولة و الخطأ . و هذه الطرق رغم أنها نتائج استخدام الطرق الفنية التي تعبر عنها بالمعرفة الفنية إلا أن فن استخدام هذه الطرق يختلف من شخص إلى آخر و هو ما يعرف بالسر الصناعي .

أما الفرق البين و الرئيسي بين المعرفة الفنية Know-How و السر الصناعي Secret de fabrique فإنه يظهر في مضمون كل منهما و غايته .

- إن المعرفة الفنية هي خبرة فنية و مهارة يدوية غير محسوسة و طرق فنية
- أما السر الصناعي فهو ليس أكثر من طريقة فنية منفذة فقط في صناعة معينة
- إن المعرفة الفنية شبيهة بفكرة براءة الاختراع باعتبارها فن في التصنيع فإنها فن في النقل من حيث توفير المال و الجهد اللازمين للتوصل إليها. و هذا ما جعل المعرفة الفنية موزعة في كثير من المصانع و المؤسسات و البلدان بعبارة أخرى كثيرة الانتشار.
- أما السر الصناعي فهو في الغالب مقصور على شركة معينة . و لا يتم نقله إلا لإحدى فروعها ومنه نستنتج أن السر الصناعي ما هو إلا عنصرا من عناصر المعرفة الفنية و يأتي هذا السر تجسيدا لفكرة المساعدة الفنية التي تعد هي الأخرى من عناصر المعرفة الفنية.

### المطلب الثاني: ملكية المعرفة الفنية وفقا للقانون الجنائي

يعد سر المصنع كما وضحنا سابقا عنصرا خاصا من عناصر المعرفة الفنية تتمتع بحماية قانونية جزائية خاصة في بعض قوانين العقوبات كالقانون الفرنسي الذي نص في مادته 418 منه على مثل هذه الحماية من الإفشاء . و ذهب بعض الفقهاء إلى أن السر الصناعي هو حق ملكية و شبهوا جريمة إفشائه بجريمة السرقة و التي تقع على الأموال مملوكة للغير.<sup>2</sup> بحيث لا تقع السرقة إلا على شيء يمكن تملكه و تكون له قيمة و أن يكون قابلا للتمليك بطبيعته و أن لا يكون هذا المال خارج عن دائرة التعامل بحكم القانون. و في هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية أن المنقول في السرقة و هو مال له قيمة يمكن تملكه و حيازته بصرف النظر

<sup>1</sup> - انظر: د/ محمود الكيلاني عقود التجارة الدولية في مجال النقل التكنولوجيا ط2 1995 دار المعارف العربي مصر . ص. 110

<sup>2</sup> - انظر: د/ سليمان بارس شرح : قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص دار الهدى الجزائر سنة 83/82 ص. 40

عن القيمة ، مادام أنه ليس مجردا من كل قيمة.<sup>1</sup>

و قيمة الشيء قد تكون مادية أو معنوية و تكون معنوية أو أدبية. و كل شيء يحتفظ به صاحبه لأسباب غير اقتصادية . و عليه فإن هذا الجانب من الفقهاء شبه الأشياء غير المادية " المعرفة الفنية " بالأشياء المادية. فالمالك إذا سرق ماله يجرم كليا منه بينما إذ أفشى السر و استغله الغير فلا يمنع صاحبه من الاستمرار في استغلاله بصرف النظر طبعاً عن الأضرار التي تصيبه من جراء ذلك .

و لما كانت المعرفة الفنية مال معنوي يحقق مصلحة لصاحبه و نقرر مشروعيتها بما يتعين حمايتها بالطرق الجنائية خاصة نظرا لتساوي حماية المعرفة الفنية مع الحماية الجنائية لبراءة الاختراع و سر الصناعة و حق المؤلف و سر المهنة و العلامة التجارية . و الاسم التجاري باعتبارهم مال معنوي و التي نتطرق إليها بالتفصيل في الباب الثاني من هذا البحث .

ما جعل القوانين الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية حرصت كل الحرص بما فيها القوانين التي صدرت على مستوى الولايات المختلفة في مجال القانون الجنائي على التأكيد الحق العيني على المعرفة الفنية. فجعلت الاستيلاء والاستحواذ عليها يندرج ضمن مفهوم جريمة السرقة كما سنقوم بعرض فكرة الملكية على المعرفة الفنية و إمكانية تطبيقها في القانون الجنائي. ثم الإشارة إلى بعض القوانين التي حرصت على تأكيد هذا الطابع. فعلى سبيل المثال لا على سبيل الحصر أنه تم إصدار قانون فيدرالي أمريكي عم 1976 و الخاص بسرقة الملكية نقل Transportation الأشياء المسروقة بين الولايات المختلفة أو في مجال التجارة الخارجية. بحيث يجب أن تكون قيمة الشيء لهذه المسروقات أو نقل الأشياء المسروقة تتجاوز قيمتها. الشيء الذي تم الاستيلاء عليه خمسة آلاف دولار أمريكي على أنه يشترط أن يكون الشيء المسروق الذي يتم نقله عبر الولايات أو خارج الولايات المتحدة الأمريكية داخلا في مفهوم الأشياء أو البضائع المنقولة.<sup>2</sup>

إلا أن الفقه الفرنسي يرى إمكانية التجريم بتطبيق المادة 379 من القانون الجنائي المتعلق بالسرقة إذا تعلق الأمر بتحويل المعرفة الفنية Faire Savoir إذا ما تم عن طريق السرقة و الاحتيال لدعائمها المادية غير أن المحاكم الأمريكية قد طبقت هذا القانون بصدد سرقة الأسرار التجارية حيث أدخلتها في مفهوم الأشياء أو البضائع المنقولة و اعتبرت

<sup>1</sup> - انظر: د/ عبد المهين بكر: جرائم الاعتداء على الأشخاص و الاموال طبعة 1970 دار الفكر العربي ص. 310

<sup>2</sup> - انظر بالتفصيل: د/ جلال وفاء محمدين فكرة المعرفة الفنية دراسة في القانون الأمريكي طبعة سنة 1995 دار الجامعة الجديدة

للمنشر عن ص93

الاستيلاء عليها في عداد سرقة شيء مملوك للغير و منه إضفاء الحماية الخاصة بصيانة و المحافظة على الملكية. و الإشكالية القائمة عندما نكون بصدد تطبيق هذا النص يجب أن يكون محل المال المستولي عليه بضائع معينة. و منه فإنه من الأهمية بما كان تحديد الوسيلة التي تم بها تجسيد أسرار المعرفة الفنية و منه تحديد المالك الحقيقي و الأول نظرا لكون أن القاعدة الفقهية المعروفة الحيازة في المنقول سند الملكية. و باعتبار أن المال المسروق إذا كان معرفة فنية فهو يبقى عند صاحبه الأول في نفس الوقت الذي يكون فيه عند الثاني المعتدي بمعنى في يد كليهما و منه فإن المحاكم الأمريكية اعتبرت أن الاستيلاء على المعرفة الفنية، إذا كانت هذه المعرفة الفنية مكتوبة أو مسجلة على أوراق خاصة بالشركة فهي مالكة للمعرفة الفنية Know-How<sup>1</sup> و هذا ما استقر عليه الفقه و القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية.

ففي قضية تسمى بقضية United States V. Green Wald و التي تضمنت بعض الباحثين في شركة Pearsall المالكة لبعض المعارف الفنية في شكل تركيبات كيميائية من شأنها تأخير انتشار النيران عند اندلاع الحرائق بسرقة الوثائق المسجل عليها هذه الأسرار التجارية و بيعها إلى إحدى الشركات المنافسة لقاء مبلغ أربعين ألف دولار و كانت شركة Pearsall هي الوحيدة التي تمتلك هذا السر التجاري . مما كان يمنحها ميزة تنافسية كبيرة في هذا المجال . و لكن أثار التساؤل عما إذا كانت المعرفة الفنية أي المعلومات الكيميائية يمكن أن تدخل في مفهوم البضائع المسروقة التي يتم نقلها من مكان إلى آخر .

هنا ركزت المحكمة على الشكل الذي حصل فيه التجسيد لهذه المعرفة الفنية مؤكدة أن هذه الوثائق المسروقة كانت ملكا لشركة Pearsall على أوراق خاصة بها. و هي وثائق هامة لها قيمة كبيرة في سوق المعالجة الكيميائية للحريق. على أنه و إن كان من المهم الأخذ في الاعتبار الشكل الذي تتجسد فيه هذه المعلومات فإن القيمة الحقيقية لها هي في ذات المعلومات و ليس مجرد الأوراق المكتوبة أو المسجلة عليها.<sup>2</sup>

و في قضية أخرى توصلت المحكمة إلى حل أكثر جرأة . و تلخص وقائع هذه القضية في سرقة أحد العاملين في شركة Gulf oil company لبعض الخرائط الجيولوجية التي تحدد مواقع اكتشاف البترول و قيامه ببيعها إلى شركة Lester المنافسة ليس فقط عن طمع في الربح و إنما أيضا بدافع الانتقام من الشركة صاحبت المعلومات بسبب عدم الترقية . مع تعهد

<sup>1</sup> - انظر بالتفصيل الفقرة رقم 35 - 35 J.M. Mousseron Op. Cit. Article 35

<sup>2</sup> - انظر بالتفصيل: د/ جلال وفاء محمدين ... المرجع السابق ... ص. 93

شركة Lester بدفع مبلغ معين بالإضافة إلى عمولة تؤدي إليه نظير اكتشاف أي بئر بترولي جديد بناء على هذه المعلومات الجيولوجية . و عندما وجهت إلى العامل تهمة السرقة دافع محاميه بأن القانون يتطلب بوجود هذه الجريمة أن يكون هناك نقل للبضائع معينة مملوكة لشخص آخر و لما كان العامل لم يقم بنقل الخرائط الجيولوجية ذاتها والمملوكة للشركة Gulf و إنما قام بتصويرها فمن ثم لم يتحقق أي نقل Transportation للمستندات الأصلية المملوكة لشركة Gulf و بالتالي فليس هناك استيلاء على حق الملكية و لقد رفضت المحكمة هذا الدفاع و أقرت أن الملكية تتمثل أصلا في المعلومات السرية التي توضحها الخرائط ذلك لأن المنافس لن يدفع ثمنا باهظا في الأوراق ما إلا لما تمثله من قيمة معينة و من ثم لا يهتم الوسيلة أو الأداة التي انتقلت عن طريقها هذه المعلومات سواء كان ذلك عن طريق المستندات الأصلية أو عن طريق صور أخذت لها .

كما أكدت المحاكم الأمريكية المعنى السابق في القضية : United States V. Bottone حين قام أحد العاملين في شركة Cynamaid و هي إحدى الشركات الكبرى في الصناعات الكيماوية بسرقة المعلومات المرتبطة بحياة بعض الكائنات الدقيقة Micro organisme وبيعها إلى شركة منافسة . و ادعى العامل عدم حصول السرقة على أساس أن الأوراق التي نقل عليها هذه المعلومات كانت ملكاله و ليست ملكا للشركة . حينئذ أعلنت المحكمة أنه على الرغم من أن الأوراق التي تم نقلها إلى الشركة المنافسة هي ملك للعامل إلا أن المقصود بالملكية في معنى القانون هي ملكية المعلومات نفسها و ليس ملكية السند المادي الذي تتجسد فيه . و السند المادي ما هي إلا مجرد أداة نقل لمعرفة الفنية<sup>1</sup> ومنه نستخلص من الأحكام السابقة بحيث كانت تعالج المسألة سرقة المعرفة الفنية كلما تجسدت في سند مادي معين . و لكن الإشكالية الحقيقية تكمن في حماية نقل المعرفة الفنية المتجردة عن أي سند مادي . و مثال ذلك أن يقوم أحد العاملين في مشروع ما باستيعاب و حفظ المعلومات السرية في ذاكرته ثم يقوم بإفشاء هذه المعلومات إلى مشروع منافس في هذه الحالة يطرح السؤال التالي:

- هل يمكن القول بأن هذه المعلومات المجردة من أي سند مادي يمكن أن يطبق عليها وصف البضائع التي يتم نقلها؟  
في الواقع قد يكون من الصعب في هذه الحالة قبول القول بأن المعرفة الفنية التي لا

<sup>1</sup> - انظر بالتفصيل هذه القضية منشورة : د/ جلال و فاء محمددين ... المرجع السابق ... ص. 94 و ما بعدها

- و في نفس المعنى تقريبا : د/ جلال أحمد خليل ... المرجع السابق ... ص. 524

تتجسد في سند مادي يمكن أن تتمثل بضائع بالمعنى الدقيق . ولذلك فلقد حرصت نقابة المحامين الأمريكية قسم براءات الاختراع و العلامات التجارية على إدخال تعديل على نص القانون . بحيث يتم تجريم نقل أي سر تجاري أو شيء يتضمن سرا تجاريا طالما تم الاستيلاء عليه بطريقة غير مشروعة . و بهذا المعنى يتأكد المعنى الحقيقي على ملكية المعرفة الفنية ذاتها بغض النظر عما إذا كان هناك سند مادي معين يجسدها أو لا يوجد مثل هذا السند .

إن القانون الأمريكي يعترف بحق ملكية المعرفة الفنية كحق عيني بالمعنى الدقيق يتيح للمالك وسائل الحماية المكفولة للدفاع عن هذا الحق ضد أي اعتداء . أو أي استيلاء غير مشروع عليها كما أن قوانينها تجرم سرقة المعرفة الفنية باعتبارها سرقة شيء ملوك للغير .

#### الخاتمة

إن تقديم المعرفة الفنية يطرح العديد من الإشكالات القانونية باعتبارها تشكل ركيزة أساسية في تكوين و إنشاء المنشأة الصناعية في طرق استغلالها. و من بين الأسباب التي تثير الإشكال هو عدم الدقة و التحديد إن لم نقل عدم وجود القوانين المنظمة للمعرفة الفنية سواء كان ذلك على الصعيد الدولي أو الوطني. هذا ما جعل أمر حمايتها صعب المنال نظرا لتفرق و تعدد القوانين التي يمكن أن تدخل في تنظيم حمايتها . هذا ما يفتح الباب على مصراعيه لكثرة الجدل الفقهي و تسلط القضاء بالتشبيث برأيه في فض النزاعات دون مراعاة الهدف الأسمى لمفهوم الحق الذي وجد من أجله القانون لحمايته.

هذا ما يجعل المكتسب للمعرفة الفنية لا يتمتع بأي ضمان لحمايته و لو لفترة محددة عن طريق الاستثناء ضف إلى ذلك روح المغامرة عند اقتنائها و ذلك لعدم تأكيد المكتسب من أن المعرفة الفنية المنقولة إليه لن تكون بين يدي منافس آخر. أما من جهة المورد فإن يخشى بنقله للمعرفة الفنية أن تم إذاعتها و كشف سريرتها و هي الخاصية الأساسية لها كما وضحنا سابقا فهنا يبقى عاجزا على المطالبة بالتعويض عن هذا الإفشاء من خلال اللجوء إلى القضاء.

الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم  
(دراسة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11)

د.شيخ سناء  
د.شيخ سناء  
جامعة تلمسان  
المركز الجامعي عين تموشنت

ملخص:

خضع عقد البيع بناء على التصاميم في الجزائر إلى عدّة أنظمة رغم أنه عقد حديث النشأة. ومن هذا المنطلق ارتأينا في هذه الدراسة أن نبحت مسألة شكل هذا العقد في ظلّ أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في الفاتح مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري. وفي ظلّ القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 والمحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

Résumé :

Le contrat de vente sur plans a subi en Algérie plusieurs régimes malgré qu'il soit récemment appliqué, de ce fait, on a voulu aborder dans cette étude la forme de ce contrat selon les règles de décrit législatif n° 93/03 du 1<sup>er</sup> mars 1993 relatif à l'activité immobilière, et selon les règles de la loi n° 11/04 du 17 février 2011 relatif à l'activité de

مقدمة

إنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد حديث النشأة في الجزائر. نظم المشرع أحكامه بموجب القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986 والمتعلق بالترقية العقارية<sup>1</sup> في فصله السادس لا سيما المادة 29 منه. غير أنّ معالجة هذا القانون للعقد المذكور لم تكن دقيقة ومفصلة. فضلا عن الغموض الذي شاب حتى تسمية العقد.<sup>2</sup>

والغرض من تنظيم المشرع الجزائري لأحكام عقد البيع بناء على التصاميم هو تشجيع الاستثمار في مجال الترقية العقارية. موازاة مع الإصلاحات الاقتصادية التي انتهجتها الدولة الجزائرية بغرض جلب المستثمرين. وحثهم على الاستثمار في المجال العقاري من جهة. ووسيلة للتخفيف من حدة أزمة السكن أمام عجز القطاع العام عن تلبية حاجات الأفراد بصيغة السكن الاجتماعي من جهة أخرى.

<sup>1</sup> منشور في الجريدة الرسمية. العدد 10. السنة 23. الصادرة في 05/03/1986. وقد تمّ إلغاؤه بموجب المادة 30 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

<sup>2</sup> كانت لهذا العقد عدّة تسميات في القانون رقم 07/86. إذ سمّاه المشرع: عقد حفظ الحق. والبيع بناء على مخطط. والبيع بناء على التصاميم. والبيع الآجل.

الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم  
د.شيخ سناء  
(دراسة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11) د.شيخ نسيم

تبعاً لذلك، فإنّ عقد البيع على التصاميم لم يُعرف في التشريع الجزائري كعقد مستقلٍ ومسمّى إلا سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري<sup>1</sup>، الذي جاء لتدارك الغموض الموجود في القانون رقم 07/86 سيما فيما يخص أركان هذا العقد، وشروطه، والضمانات المطلوبة فيه، وبصفة خاصة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات المتولدة عنه<sup>2</sup>.

لكن عقد البيع على التصاميم في ظلّ المرسوم التشريعي رقم 03/93 لم يحقق الأهداف المرجوة منه، نظراً لعدم انسجام النصوص القانونية المنظمة له مع الواقع العملي، ممّا أفرز العديد من الإشكالات القانونية والنزاعات القضائية، وهو ما حاول المشرع الجزائري استدراكه من خلال إلغاء المرسوم التشريعي سالف الذكر<sup>3</sup>، وإصداره القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية<sup>4</sup>.

إن عقد البيع على التصاميم لا يختلف عن التصرفات الواردة على الملكية العقارية، فلقد اشترط المشرع افرأغه في شكل محدد قانوناً نظراً لأهمية العقار في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فما مدى توفيق المشرع الجزائري في تقرير أحكام الشكلية كركن من أركان العقد في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11 ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذه الدراسة مع تسليط الضوء على مواطن التشابه والاختلاف بين المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11.

**المبحث الأول: الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93**

التعرض للشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، يقتضي بداية التطرق لتعريف عقد بيع العقار بناء على التصاميم في مطلب أول، ثم بيان موقف المشرع والقضاء الجزائريين من الشكل الواجب توافره في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في مطلب ثان.

<sup>1</sup> منشور في الجريدة الرسمية، العدد 14، السنة 30، الصادرة في 03/03/1993.

<sup>2</sup> ويس فتحي، فتاك علي، (عقد البيع بناء على التصاميم في الترقية العقارية)، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 07 و08 فيفري 2006، جامعة ورقلة، ص 84.

<sup>3</sup> تنص المادة 80 من القانون رقم: 04/11 على ما يلي: " تلغى أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، المعدل والمتمم، باستثناء المادة 27 منه...".

<sup>4</sup> منشور في الجريدة الرسمية، العدد 14، السنة 48، الصادرة في: 06/03/2011.

## المطلب الأول: تعريف عقد بيع العقار بناء على التصاميم.

لم يعرف المشرع الجزائري البيع على التصاميم في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، غير أنه سدّ هذا الفراغ، وعرفه في المادة 28 الفقرة الأولى من القانون رقم 04/11 الصادر بتاريخ 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بنصّه على ما يلي: " عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرّس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدّم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدّم الاجاز".

انطلاقاً من هذه المادة يمكن تعريف عقد البيع بناء على التصاميم بأنه: " عقد يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري ببيع بناية، أو جزء من بناية مقرر بناؤها، أو في طور البناء، بالاعتماد على التصاميم والمواصفات المطلوبة، وينقل ملكية الأرض والبنايات إلى المشتري، مقابل التزام هذا الأخير بدفع السعر حسب مراحل تقدّم الاجاز".

تبعاً لذلك فإنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو بيع عقاري، محله عقار لم يشيّد بعد، أو مازال في طور الاجاز، يلتزم بموجبه البائع، بصفته مرقياً عقارياً، بإجاز المبنى محل البيع، وإتمامه بالمواصفات المطلوبة والمطابقة لقواعد البناء والتعمير<sup>1</sup>، مع تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية، في حين يلتزم المشتري في هذا العقد، بأن يدفع للبائع أثناء الاجاز، أقساطاً من الثمن، تحدد قيمتها وآجال دفعها في بنود العقد<sup>2</sup>.

ويلاحظ أنّ المشرع الجزائري يربط عقد البيع بناء على التصاميم بالترقية العقارية، ومن ثمّ فإنّه لا يجوز لغير المرقى العقاري من المماريين الآخرين أن يمارس هذا النوع من البيوع، وهذا ما يربط آثاراً هامة خاصة فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في البائع، والتزاماته، وطبيعة هذا العقد القانونية.

هذا وإنّ المحلّ في عقد البيع بناء على التصاميم هو بناية لم يتم اجازها بعد، سواء كانت مخصصة للسكن، أو لممارسة مهنة، أو لاستعمال حرفي أو تجاري عرضياً

<sup>1</sup> ويس فتحي، فتاك علي، (عقد البيع بناء على التصاميم في الترقية العقارية)، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 07 و08 فيفري 2006، جامعة ورقلة، ص 84.

<sup>2</sup> تنص المادة 80 من القانون رقم: 04/11 على ما يلي: " تلغى أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 03/01/1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، المعدل والمتمم، باستثناء المادة 27 منه...".

الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم  
(دراسة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11) د.شيخ سناء  
د.شيخ نسيم

طبقا لمقتضيات المادة 14 الفقرة الثانية من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي  
تنظم نشاط الترقية العقارية.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: أحكام الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظلّ المرسوم  
التشريعي رقم 03/93**

الحديث عن الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظلّ المرسوم  
التشريعي رقم 03/93. يتطلب التعرف على موقف المشرع الجزائري منه أولا. ثمّ التعرض  
لموقف القضاء الجزائري من ذلك ثانيا.

**أولا: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في  
ظلّ المرسوم التشريعي رقم 03/93**

قبل التعرض لموقف المشرع الجزائري من شكل عقد بيع العقار بناء على  
التصاميم، يتعيّن أن نشير إلى أنّ هذا البيع كان قبل صدور المرسوم التشريعي رقم  
03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري خاضعا للقانون رقم 07/86 المؤرخ  
في 04 مارس 1986 والمتعلق بالترقية العقارية.

وبالرجوع إلى نصّ المادة 31 من القانون رقم 07/86 نجدّها تنص على ما يلي: "  
خلافًا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 70/91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن تنظيم  
التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يجرّ العقد التمهيدي المسمى "عقد حفظ  
الحق"<sup>2</sup> في شكل "عقد عرفي". ويخضع لإجراء التسجيل".

مؤدّي هذه المادة أنّ عقد الحفظ هو عقد عرفي رغم أنه وارد على عقار فقد  
استثناه المشرع من المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 71 من القانون المدني، اللتين  
تشرطان إفراغ العقود الواردة على عقار والوعد بها في شكل رسمي.

وعليه فإنّه يسري على شكل بيع العقار بناء على التصاميم قبل صدور  
المرسوم التشريعي رقم 03/93 المشار إليه أعلاه. أحكام القانون رقم 07/86 المتعلق  
بالترقية العقارية، الذي لم يشترط إفراغه في شكل رسمي. بل يكفي لانعقاده  
كتابته في شكل عرفي .

<sup>1</sup> عكس المشرع الفرنسي الذي نظم بيع العقارات قبل الأجاز المخصصة للسكن بأحكام أمرة و سماها القطاع الجمي. أما إذا كان  
العقار المبيع مخصصا لممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي فإن أحكام عقد بيع العقار بناء على التصاميم لا تكون أمرة.  
- V.Olivier TOURNAFOND/ Vente d'immeuble à construire, Encyclopédie, Dalloz, 2000- 2001, page 3.

<sup>2</sup> لقد استعمل المشرع عبارة "عقد الحفظ" للدلالة على عقد البيع بناء على التصاميم في ظل القانون رقم: 07/86 المتعلق بالترقية  
العقارية.

وإذا كان هذا موقف المشرع الجزائري من شكل عقد بيع العقار بناء على التصاميم، فإنه اتخذ موقفا مغايرا بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، إذ نصّ في المادة 12 منه على ما يلي: " يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي<sup>1</sup> (الرسمي) ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار...".

كما نصّ في المادة العاشرة من نفس المرسوم على ما يلي: " يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نموده عن طريق التنظيم، تحت طائلة البطلان، على ما يأتي: زيادة على الصيغ المعتادة...".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ المشرع الجزائري أوجب أن يُفرغ عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي وفق النموذج الذي يحدّد عن طريق التنظيم، تحت طائلة البطلان، ومن ثمّ فإنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم يعتبر من العقود التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين البائع المرقى والمشتري، بل لا بدّ من إفرادها في شكل رسمي يحرره الموثق، وإلا تعرض للبطلان.

#### 01- الشكل الرسمي ركن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

يتبيّن ممّا سبق ذكره من مواد قانونية، أنّ المشرع الجزائري اشترط أن يبرم عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي، تحت طائلة البطلان، ومن ثمّ فإنّ هذا العقد ليس عقدا رضائيا، وإنّما عقدا شكليا، يتعيّن إفرادها في الشكل الرسمي لينعقد صحيحا، فالشكل الرسمي عنصر من عناصر تكوين البيع بناء على التصاميم، يجب توافره بالإضافة إلى سائر العناصر الأخرى اللازمة لتكوين العقد .

وعليه يعتبر عقد بيع العقار بناء على التصاميم من العقود الشكلية، التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين البائع المرقى والمشتري، بل لا بدّ من إفرادها في عقد رسمي يحرره الموثق، واحترام الإجراءات اللاحقة لهذه الرسمية من تسجيل وشهر .

#### أ - تحرير عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي.

لقد أوجب المشرع الجزائري إفراد عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي على يد موثق، يقوم بتلقي إيجاب البائع المرقى العقاري، وقبول المشتري بشأن البناءة والتمن، وذلك طبقا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه .

<sup>1</sup> الأصح الشكل الرسمي و ليس الشكل الأصلي كما أورد المشرع خطأ.

وعليه يتعين على البائع المرقى والمشتري، أن يتوجها إلى مكتب التوثيق المختص<sup>1</sup>، من أجل أن يقوم الموثق بكتابة عقد البيع بناء على التصاميم، طبقاً للنموذج المحدد عن طريق التنظيم، وبهذا الصدد أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 58/94 بتاريخ 07 مارس 1994 المحدد لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، بحيث يتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية، تحت طائلة البطلان، وتمثل هذه البيانات<sup>2</sup> فيما يلي:

#### - العناصر الثبوتية للحصول على رخصة البناء:

يجب على المالك الذي يريد بيع عقار بناء على التصاميم، أن يحصل على رخصة البناء<sup>3</sup>، وإنّ الحصول على رخصة البناء يعتبر أكبر ضمانة للملكية الوعاء العقاري من طرف المرقى العقاري، وتؤدي إلى احترام هذا الأخير متطلبات حفظ الصحة، والأمن، وقواعد البناء والتعمير، حرصاً من المشرع على تجنب البناءات الفوضوية غير المرخص بها.

#### - وصف البناية ومشتملاتها:

يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم وصفاً دقيقاً وشاملاً للبناية المبيعة، أو جزء من البناية المبيعة ومشتملاتها، وذلك من خلال التصميم المعد مسبقاً من طرف المهندس المعماري المختص والمكلف بذلك، والمرفق بالعقد الذي يجب أن يشتمل أيضاً وصف البناية بدقة، ومشتملاتها من تجهيزات خاصة يتم تعدادها، إضافة إلى جميع الأجزاء المشتركة في حالة البناية الجماعية، أما البناية الفردية فيضاف إليها وصف القطعة الأرضية التي بني عليها السكن، من تحديد لمساحتها، وترقيم كل جزء، وفق القرار المتضمن رخصة التجزئة<sup>4</sup>.

#### - آجال التسليم وعقوبات التأخير:

يلتزم البائع بمواصلة البناء وإنهائه في الآجال القانونية المقررة في العقد، حتى يتسنى له تسليم العين المبيعة للمشتري في التاريخ المتفق عليه، وإذا تأخر أو توقف

<sup>1</sup> راجع نصّ المادة 2 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

<sup>2</sup> نصت عليها المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري.

<sup>3</sup> حوّل القانون سلطة الفصل في طلب رخصة البناء لكل من رئيس المجلس الشعبي البلدي و الوالي و الوزر المكلف بالتعمير كلّ حسب نطاق اختصاصه، و هذا طبقاً لنصوص القانون رقم 29/90 الصادر بتاريخ 01/12/1990 والمتعلق بالتهيئة والعمران المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05/04 المؤرخ في 14/08/2004.

<sup>4</sup> مسكر سهام / بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبلدية، 2006، ص50.

عن الإنجاز. وجب عليه أن يدفع للمشتري مبالغ عقابية، تحسب بنسبة مئوية من الثمن التقديري المتفق عليه صراحة في العقد.<sup>1</sup>

وإنّ تحديد آجال التسليم، وفرض عقوبات تأخرية، ضروري حتى لا يبقى المشتري عرضة لتماطل المرقى وتلاعبه، بغرض مراجعة سعر البناية.

#### - السعر التقديري وكيفيات مراجعة الثمن:

أوجب المشرع أن يتضمن عقد البيع على التصاميم، السعر التقديري للبناية المباعة، ويبيّن كيفية مراجعة الثمن، إذ أوجب على كلّ من المرقى العقاري والمشتري أن يتفقا على نسبة معينة لمراجعة الثمن التقديري القاعدي، بحيث يلتزم كل واحد منهما بعدم تجاوز هذه النسبة<sup>2</sup>، تماشياً مع الظروف الاقتصادية أو الطبيعية التي قد تطرأ. كزيادة سعر مواد البناء، إلا أنه لم يضع حدّاً أقصى لسعر هذه المراجعة، لتفادي منع المرقى العقاري من زيادة الثمن بدعوى غلاء أسعار البناء، أو أية ظروف استثنائية، حتى لا يقع المشتري فريسة لشجع البائع.<sup>3</sup>

#### - شروط دفع الثمن وكيفياته:

تمّ عملية تنفيذ الالتزامات بالنسبة لطرفي عقد البيع على التصاميم تدريجياً، لهذا يجب تحديد ثمن المبيع عند التعاقد، وكذا طريقة دفعه التي تكون مجزأة تبعاً لمراحل تقدم الأشغال، وذلك وفقاً لمقتضيات المادة الخامسة من العقد النموذجي. ودفع الثمن يكون من المشتري إلى البائع مباشرة، إما نقداً أو عن طريق شيكات، أو من طرف المقرض، أي البنك - الذي توجد علاقة بينه وبين المشتري - لفائدة البائع، وهذا ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير مقابل تأمين عيني، طبقاً لمقتضيات المواد 116، 117، 118 من القانون المدني الجزائري.

#### - الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية:

يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم كل التأمينات التي قام المرقى العقاري باكتتابها، كشهادة الضمان لدى صندوق الضمان، والكفالة المتبادلة<sup>4</sup>، وشهادة التأمين على المسؤولية العشرية، وللمشتري أن يطلع على ملف إنجاز التجمع العقاري، وعلى التصاميم، وعلى العقار محل الإنجاز، ويعلن صراحة قبوله الشراء ودفع

<sup>1</sup> تراجع نصّ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 58/94 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

<sup>2</sup> تراجع نصّ المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم: 58/94.

<sup>3</sup> حمليل نواره، (تقدير تقنية البيع على التصاميم)، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 07 و 08 فيفري 2006، جامعة ورقلة، ص106.

<sup>4</sup> تراجع نصّ المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري.

التكاليف المترتبة عن ذلك دون أيّ تحفظ. بينما يصرح البائع في المقابل ببيعه البناية. والتزامه بالضمانات القانونية في هذا المجال. سيما تلك الواردة في العقد.<sup>1</sup> كما أنه يمكن للمتعاقدين. إضافة ضمانات اتفاقية تدعم الالتزامات التعاقدية. شريطة ألا تقل بأيّ حال من الأحوال عن تلك الضمانات التي نصّ عليها العقد النموذجي .

هذا ويتعيّن على الموثق. أن يتأكد من أنّ الأملك العقارية المباعة. ليست محلّ أيّة منازعة. وأنها غير مثقلة بحق امتياز. أو رهن. ويلتزم البائع أن يضمن للمشتري أيّ نزع لما يكون تحت يده .

وأخيرا يوقع الطرفان المتعاقدان. والشهود. والموثق على العقد. بعد قراءته وتفسيره.

#### ب- تسجيل عقد بيع العقار بناء على التصاميم.

بعد أن يحرر الموثق عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي. يجب أن يقوم بتسجيله لدى مصالح مفتشية التسجيل والطابع المختصة إقليمياً.<sup>2</sup> وفقا لمقتضيات المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري. ويجب عليه أن يقوم بعملية التسجيل خلال شهر من تاريخ تحرير العقد.<sup>3</sup>

والهدف من تسجيل العقود الرسمية. تمكين إدارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع المعاملات الواردة على الملكية العقارية. وخصيل الرسوم والضرائب المترتبة عنها. إنّ رسم التسجيل وفقا لنص المادة 252 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بقانون التسجيل يقدر بـ 5 بالمائة من ثمن البيع الصافي. وتحسب بالطريقة التالية: ( الثمن التقديري + ثمن المراجعة - مستحقات الموثق ) × 5 بالمائة مصاريف كتابة العقد.

وتعفى من هذا الرسم. عقود بيع العقار المخصص للاستعمال السكني في إطار نشاطات الترقية العقارية. وفقا لنص المادة 258 الفقرة الخامسة من نفس القانون سالف الذكر.

<sup>1</sup> بوجنان نسيم. عقد البيع بناء على التصاميم. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية. كلية الحقوق. جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان. 2008-2009. ص 51.

<sup>2</sup> تنص المادة 1/75 من قانون التسجيل على ما يلي: " لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم".

<sup>3</sup> يراجع نصّ المادتين 58 و 75 من الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في: 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل.

يستفاد من هذه المادة. أن عقد البيع بناء على التصاميم يعفى من رسم التسجيل في إطاره الترقوي والتساهمي.

غير أننا إذا أخذنا بعين الاعتبار المادة 20 من القانون رقم 21/04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005<sup>1</sup> التي تنص على ما يلي: "تضاف فقرة سابعة إلى المادة 258 من قانون التسجيل تحرير كما يأتي:

سابعاً: المادة 258 : تعفى من رسم حق نقل الملكية المنصوص عليه في المادة 252 من قانون التسجيل عمليات بيع البنايات ذات الاستعمال الرئيسي للسكن التي تنازلت عليها الدولة والهيئات العمومية للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار. والسكن الاجتماعي والسكن الاجتماعي التساهمي والسكن الريفي". فإتينا نلاحظ أنها قصرت الإعفاء من رسم نقل الملكية على السكنات الاجتماعية التساهمية المتنازل عليها من قبل الدولة والهيئات العمومية للسكن. بمعنى الترقية العقارية العامة دون الترقية العقارية الخاصة.<sup>2</sup>

وكأصل عام فإن المشتري يتحمل نفقات التسجيل والطابع والتوثيق وغيرها. ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك<sup>3</sup>. إلا أنه يمكن أن تحمل هذه الرسوم للمتعاقدين بالتضامن.<sup>4</sup>

### ج- شهر عقد بيع العقار بناء على التصاميم

بعد أن يحرر الموثق عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي. ويسجله لدى مصلحة التسجيل. يجب عليه أن يشهر هذا العقد لدى المحافظة العقارية. حتى ينتج عقد بيع العقار بناء على التصاميم أثره العيني. وهو انتقال ملكية العقار من المرقى البائع إلى المشتري. والاحتجاج به قبل الغير وفقاً لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

<sup>1</sup> منشور في الجريدة الرسمية. العدد 85. السنة 41. الصادرة في: 2004/12/30.

<sup>2</sup> مسكر سهام. بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية. المرجع السابق. ص55.

<sup>3</sup> وفقاً لمقتضيات المادة 393 من القانون المدني.

<sup>4</sup> تنص المادة 5 من المرسوم التشريعي رقم 08/94 المؤرخ في: 26/05/1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 على ما يلي: "تعديل وتتمم المادة 91 من قانون التسجيل كما يلي:

المادة 91: يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية و القضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون. بالتضامن. بين أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل ومنصف".

وبالرجوع إلى هذه القوانين الخاصة، نجد المشرع نص في المادة 16 من قانون مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي: " إنَّ العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". كما نصّ في المادة 15 من نفس القانون على أنّ: " كلّ حق للملكية وكلّ حق عيني آخر يتعلق بوجود عقار لا وجود له بالنسبة إلى الغير إلا من تاريخ يوم إشرهما في مجموعة البطاقات العقارية...".

ولقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 12 من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري على ما يلي: "يجرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي (الرسمي) ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار. كما يشتمل في آن واحد على البناية وعلى القطعة الأرضية التي شيدت المنشأة فوقها". يستفاد من هذه المواد، أنّه يترتب على شهر عقد البيع بناء على التصاميم في المحافظة العقارية، انتقال ملكية البناية محل البيع والقطعة الأرضية التي شيدت البناية فوقها، من المرقى العقاري إلى المشتري.

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري خرج في عقد البيع بناء على التصاميم عن القواعد العامة، حين أوجب شهر هذا العقد، رغم عدم وجود البناية وقت التعاقد، ولعلّ السبب في ذلك أنه اعتبر البناية محققة الوجود، نظرا للضمانات القانونية الممنوحة في هذا العقد من جهة، وللقواعد الآمرة المفروضة على البائع لتنفيذ التزاماته من جهة أخرى، وذلك بغرض تشجيع المشتريين على اقتناء مساكن بناء على التصاميم، لتخفيف العبء على الدولة بسبب كثرة الطلبات على السكنات الاجتماعية والتساهمية<sup>1</sup>.

ويتعيّن على الموثق أن يقوم بشهر عقد البيع بناء على التصاميم في المحافظة العقارية فور تحريه، إعمالا بنص المادتين 90 و99 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

وترتيبا على ذلك، تنتقل الملكية من المرقى العقاري إلى المشتري عند شهر عقد البيع بناء على التصاميم، غير أنّه ليس لهذا الأخير حق الانتفاع والتصرف إلا بعد تمام الانجاز وسداد كامل الأقساط .

<sup>1</sup> مسكر سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، المرجع السابق، ص56.

بعد عملية الانجاز، يُستكمل عقد البيع بناء على التصاميم بحضور يجرى حضوريا في نفس مكتب الموثق، لإثبات حيازة الملكية من المشتري، وتسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية<sup>1</sup>، ويشهر بالمحافظة العقارية كي يرفع القيد على التصرف، ذلك أنّ المشتري بموجب عقد البيع بناء على التصاميم، لا يستطيع التصرف في البناية محل هذا البيع، إلا بعد إتمام عملية انجاز المبنى، وتسليم شهادة المطابقة<sup>2</sup>، وعليه فإنّ الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم، تنتقل على مرحلتين: الأولى تنتقل فيها الرقبة فقط دون حق التمتع والانتفاع، وتبدأ هذه المرحلة مباشرة بعد التوقيع على العقد وشهره، أمّا المرحلة الثانية فينتقل فيها حق الانتفاع، وهي تبدأ عند تمام الانجاز وحرير محضر التسليم وشهره، وهذا خلافا للقواعد العامة في نقل الملكية العقارية، التي تنتقل دفعة واحدة بمجرد شهر العقد.

## 02- جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

خلصنا إلى أنّ المشرع الجزائري اشترط إ فراغ عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي، وأنّ هذا العقد يعتبر من العقود الشكلية، التي لا يكفي لانعقادها وجود تراضي المتعاقدين، بل لا بدّ من إ فراغها في عقد رسمي يجرى موثق، فما هو الجزاء المترتب على تخلف الشكل الرسمي؟

بالرجوع إلى المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، نجد المشرع نصّ في المادة العاشرة منه على ما يلي: " يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدّد نمودجه عن طريق التنظيم، تحت طائلة البطلان، على ما يأتي: زيادة على الصيغ المعتادة...".

مؤدى هذه المادة، أنه إذا لم يفرغ عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي، وفقا للنمودج المحدّد في المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 07 مارس

<sup>1</sup> تنص المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم: 03/93 على ما يلي: " يستكمل العقد المنصوص عليه في المادة 12 السابقة بحضور يجرى حضوريا في نفس مكتب الموثق، لإثبات حيازة الملكية من المشتري وتسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية وفق الالتزامات التعاقدية.

وعندما يتعلق البيع ببناية مقسمة إلى أجزاء، يرفق المحضر المذكور في الفقرة السابقة ببيان وصفي لتقسيم الملكية المشتركة يجرى بعناية المتعامل في الترقية العقارية طبقا للتنظيم الجاري به العمل".

كما تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 58/94 على ما يلي: "... يكون المشتري مالكا للبناية المباعة الآن، بناء على التصاميم، ابتداء من تاريخ التوقيع.

ويحول التمتع بمجرد انتهائها و التوقيع على محضر التسليم الذي يجرى أمام الموثق".

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر/ قراءة في المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، منشور في: زروقي ليلي و حمدي باشا عمر/ المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 271.

1994، أو لم تتوافر في العقد إحدى البيانات الإلزامية المنصوص عليها قانونا. فإنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم يُعدّ باطلا. ومن ثمّ لا تترتب عليه أية آثار. ما يدلّ دلالة قاطعة على أنّ الشكلية هنا لم تشترط للإثبات فقط. بل لتكوين العقد وانعقاده.

وطالما اشترط القانون إفراغ عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي. فإنّ عدم استيفاء هذا الشكل. ينتج عنه لا محالة بطلان العقد بطلانا مطلقا. لأنه إذا أوجب القانون إفراغ التصرف في شكل معين. فإنّ هذا التصرف لا ينشأ بدون استيفاء هذا الشكل الذي ينظر إليه أنه ركن فيه. بحيث أنّ الشكل المطلوب إذا لم يتم احترامه. فلا يعتبر التصرف موجودا. ومن ثمّ لا يترتب الآثار المقصودة منه.<sup>1</sup> ويخضع عقد البيع بناء على التصاميم الباطل لعيب الشكل. أو لتخلف إحدى البيانات الإلزامية. لكافة القواعد المقررة في البطلان المطلق. فيستطيع أن يتمسك ببطلانه كلّ من له مصلحة في ذلك. وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي به. كما أنه لا يتقادم. ولا تلحقه الإجازة.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم  
في ظلّ المرسوم التشريعي رقم 03/93

سبق أن بيّنا أنّ بيع العقار بناء على التصاميم. كان قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري. خاضعا لأحكام القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986 والمتعلق بالترقية العقارية. الذي لم يشترط الشكل الرسمي لانعقاد عقد بيع العقار بناء على التصاميم.

وترتبا على ذلك. فإنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم. المبرم بعقد عرفي. كان يعتبر عقدا تاما متى توافرت أركانه. من تراضٍ ومحلٍ وسبب .

وقد أكّد القضاء الجزائري على هذا المبدأ في عدّة قرارات صادرة عنه. من بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 فيفري 2007<sup>2</sup> والذي قضت فيه بما يلي: " حيث إنّ قضاة الاستئناف ذهبوا إلى إبطال عقد حفظ الحق باعتباره عقدا عرفيا على أساس أنّ العقد الذي يتضمن نقل الحقوق العينية العقارية يجب أن يُحرّر في شكل

<sup>1</sup> حبار محمد / نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة. رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص. معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية. جامعة بن عكنون - الجزائر. سنة 1986. ص 222. 223.  
<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا. الغرفة المدنية. ملف رقم: 324034. الصادر بتاريخ: 2007/02/21. منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2007. العدد الأول. ص 211.

الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم (دراسة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11) د.شيخ سناء د.شيخ نسيم

رسمي، تحت طائلة البطلان، طبقا لما تنص عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، مع أنّ تحرير عقد حفظ الحق يعدّ عقدا صحيحا استنادا إلى أحكام المادة 31 من القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04/03/1986 الذي يتعلق بالترقية العقارية، إذ تنص على ما يلي: "خلافًا لأحكام المادة 12 من الأمر 70/91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون المدني يجرى العقد التمهيدي المسمى عقد حفظ الحق في شكل عرفي ويخضع لإجراء التسجيل.

ومن ثمّ تكون مثل هذه العقود التي تحرر في الشكل العرفي صحيحة مرتبة لجميع آثارها القانونية، ومنها وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها. وحيث إنّ قضاة المجلس بذهابهم إلى إبطال هذا العقد لعدم إفراده في الشكل الرسمي يكونون قد أخطؤوا في تطبيق القانون".

ونفس المعنى كرسته المحكمة العليا في قرار لاحق صدر عنها بتاريخ 20 جوان 2007<sup>1</sup>، والذي جاء فيه ما يلي: "يجري عقد حفظ الحق في مجال الترقية العقارية في شكل عقد عرفي ويخضع لإجراءات التسجيل ويرتب التزامات متبادلة بين المتعاقدين".

غير أنّه بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 الذي أوجب إفراغ عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، فإنّ المحكمة العليا أكدت هذا الاتجاه، بحيث قضت في القرار الصادر عنها بتاريخ 19 نوفمبر 2008<sup>2</sup> بما يلي: "حيث إنّ المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري تنص على أنه يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نموجه عن طريق التنظيم، تحت طائلة البطلان، على ما يأتي: وصف البناية، آجال التسليم، السعر التقديري وكيفيات مراجعته إن اقتضى الحال، وشروط الدفع وكيفياته، وطبيعة الضمانات، كما أنّ المادة 12 من نفس المرسوم تنص على أنّ عقد البيع على التصاميم يجرى في الشكل الرسمي، ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار كما يشتمل على البناية وعلى القطعة التي شيدت فوقها .

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، ملف رقم: 372339، الصادر بتاريخ 20/06/2007، منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد الثاني، ص183.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، ملف رقم: 436937، الصادر بتاريخ 19/11/2008، منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد الثاني، ص193.

حيث انه وما دامت أن العملية تمت بين الطرفين في إطار أحكام المرسوم التشريعي المذكور فكان من الواجب على الطرفين تحرير العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون، وليس فقط الاستناد إلى شهادة إدارية صادرة عن المدعى عليه بتاريخ 1999/11/17 تفيد أن السكن رقم 89 خصص للطاعن فهي شهادة لا ترقى إلى درجة العقد الرسمي الذي تحدد فيه حقوق وواجبات أو التزامات كل طرف تجاه الطرف الآخر، ولا قيمة لها في تحديد قيمة هذه الالتزامات.

حيث إن المادة المشار إليها جاءت بصيغة الوجوب و تحت طائلة البطلان، أي أنها من النظام العام، ويمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه كما فعل".

**المبحث الثاني: الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل القانون رقم 04/11.**

يعتبر عقد بيع العقار بناء على التصاميم من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين البائع المرقي والمشتري، بل لا بد من افراغها في عقد رسمي يجره الموثق، واحترام الإجراءات اللاحقة لهذه الرسمية من تسجيل وشهر.

**المطلب الأول: تحرير عقد بيع العقار على التصاميم في شكل رسمي.**

رأينا أن المشرع الجزائري أوجب - في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري - إفرغ عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي، وفق النموذج الذي يحدّد عن طريق التنظيم، ولقد اتخذ نفس الموقف في القانون رقم 04/11 المنظم للترقية العقارية، إذ نصّ في المادة 34 الفقرة الأولى منه - التي اعتمدت نفس صياغة المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 - على ما يلي: " يتمّ إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي، ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيّد عليها البناء"، ونصّ في المادة 28 الفقرة الثانية من نفس القانون على ما يلي: " يحدّد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم".

وعليه يتعيّن على البائع المرقي والمشتري، أن يتوجّها إلى مكتب التوثيق المختص، من أجل أن يقوم الموثق بكتابة عقد البيع بناء على التصاميم، طبقا للنموذج المحدّد عن طريق التنظيم.

### الفرع الأول: الشكل الرسمي ركن في عقد بيع العقار على التصاميم .

يتبين من مواد القانون رقم 04/11 المتعلق بالترقية العقارية سالف الذكر. أن المشرع الجزائري اشترط أن يبرم عقد البيع على التصاميم في شكل رسمي. تحت طائلة البطلان. ومن ثم فإن هذا العقد ليس رضائيا. وإنما عقدا شكليا. يتعين افرأغه في الشكل الرسمي لينعقد صحيحا. فالشكل الرسمي عنصر من عناصر تكوين البيع بناء على التصاميم. يجب توافره إلى جانب العناصر الأخرى اللازمة لتكوين العقد.

إذا لم يفرغ عقد بيع العقار على التصاميم في شكل رسمي وفق النموذج المحدد عن طريق التنظيم. أو لم تتوافر في العقد إحدى البيانات الإلزامية المنصوص عليها قانونا. فإن عقد بيع العقار على التصاميم يعد باطلا بطلانا مطلقا. ومن ثم لا تترتب عليه أية آثار.

### الفرع الثاني: نموذج عقد بيع العقار على التصاميم.

يتعين على البائع المرقى والمشتري أن يتوجها إلى مكتب التوثيق المختص من أجل أن يقوم الموثق بكتابة عقد بيع العقار على التصاميم طبقا للنموذج المحدد عن طريق التنظيم. وبهذا الصدد أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق. وعقد البيع على التصاميم للأملك العقارية<sup>1</sup>. بحيث يتضمن مجموعة من البيانات<sup>2</sup> تتمثل فيما يلي:

#### - عقد ملكية الوعاء العقاري مشهر بالمحافظة العقارية:

يجب على المرقى العقاري الذي يريد بيع عقار بناء على التصاميم. أن يكون مالكا للأرض التي سيتم البناء فوقها. وذلك بموجب عقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية.

وإن اشترط ملكية الأرض من طرف المرقى العقاري. أمر لم يكن موجودا في المرسوم التشريعي رقم 03/93. مما أدى إلى عدة صعوبات عملية. إذ كان المرقى العقاري يحصل على القطع الأرضية بموجب تراخيص إدارية. لا تشكل سندا رسميا للملكية. مما يجعله غير قادر على نقل الملكية للمشتري. لذلك بقيت كثير من الوضعيات معلقة. ولم يجد لها القضاء أساسا قانونيا لإقرار حقوق المشتريين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> منشور في الجريدة الرسمية. العدد 66 لسنة 2013.

<sup>2</sup> نصّ عليها المشرع الجزائري في المواد 30. 37. 38 من القانون رقم: 04/11 المؤرخ في: 17/02/2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

<sup>3</sup> الطيب زروتي/ تأملات في واقع الضمانات القانونية لبيع العقار على التصاميم طبقا للمرسوم رقم: 03/93. الملتقى الدولي حول الترقية العقارية. يومي 6 و7 فيفري 2006. جامعة ورقلة. ص 173.

#### - رخصة التجزئة:

يتعين على البائع أن يقدم عند الاقتضاء رخصة التجزئة والتصاميم الملحق بها. ويقصد بها رخصة تجزئة الأرض التي تشكل الوعاء العقاري للمشروع ككل. وليس للبنية الفردية وحدها. وتسلم طبقاً للأشكال المنصوص عليها في القانون رقم 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير.<sup>1</sup>

#### - شهادة التهيئة والشبكات:

اشتراط المشرع في القانون رقم 04/11 أن يتضمن عقد بيع العقار على التصاميم شهادة التهيئة والشبكات. إذ لا بدّ أن يستفيد كلّ عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء من مصدر للمياه الصالحة للشرب. كما يجب أن يتوفر على جهاز لصرف المياه يحول دون تدفقها على سطح الأرض.

#### - رخصة البناء:

لقد سبق للمشرع أن اشتراط رخصة البناء في المرسوم التشريعي رقم 03/93. ذلك أن الحصول عليها يعتبر أكبر ضمانة للملكية الوعاء العقاري من طرف المرقى العقاري. وتؤدي إلى احترام هذا الأخير للطابع العمراني للمدن والقرى. وحرصاً من المشرع على تجنب البناءات الفوضوية غير المرخص بها.

#### - وصف البنية وصفاً دقيقاً:

يجب أن يتضمن عقد بيع العقار على التصاميم وصفاً دقيقاً للبنية أو لجزء من البنية التي تم بيعها. وذلك من خلال تحديد دقيق لموقعها. ولأجزائها الخاصة ومساحتها<sup>2</sup>. وإعطاء وصف الملكية المشتركة. من حيث العناصر المكونة. والوصف. والمساحات. إذ يجب أن يسلم نظام الملكية المشتركة اجبارياً لكل مقنن خلال توقيع العقد.<sup>3</sup>

#### - سعر البيع وكيفية مراجعته:

اشتراط المشرع أن يتضمن عقد البيع على التصاميم - تحت طائلة البطلان - سعر البيع وآجال الدفع حسب تقدم أشغال الأجزاء<sup>4</sup>. ويبيّن كيفية مراجعة الثمن حال الاتفاق

<sup>1</sup> تنص المادة 57 من القانون رقم: 29/90 المؤرخ في: 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم بموجب القانون رقم: 05/04 المؤرخ في: 14/08/2004 على ما يلي: " تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها.

خضرت رخصة التجزئة و تسلم في الأشكال و بالشروط و الآجال التي يحددها التنظيم".

<sup>2</sup> انظر الملحق 1 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

<sup>3</sup> يراجع نص المادة 38 / 6-7 من القانون رقم 04/11.

<sup>4</sup> طبقاً لنص المادة 37 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

على ذلك، بحيث أوجب أن يتماشى سعر المراجعة مع تغيرات سعر التكلفة، على ألا يتجاوز مبلغ مراجعة السعر 20 بالمائة كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية<sup>1</sup>، وذلك حتى لا يقع المشتري فريسة لجشع المرقى العقاري، مع العلم أنه يجب عليه في جميع الأحوال تبرير هذه التغييرات.

#### - كيفيات دفع الثمن وآجاله:

يتم تحديد كيفيات دفع الثمن من طرف المكتب بربط تحرير الدفعات الجزئية على أساس مراحل تقدم الأشغال، وفي حالة عدم التسديد خلال المدة المحددة، يحتفظ البائع بحق توقيع عقوبة التأخير على المبلغ المستحق، والمحدد طبقاً للقانون رقم 04/11 ونصوصه التطبيقية .

#### - آجال التسليم وعقوبات التأخير:

اشترط المشرع في القانون رقم 04/11 أن يحدد في عقد البيع على التصاميم، الأجل الذي يتعين على المرقى العقاري أن يسلم فيه البناية للمقتني، يبدأ سريانه ابتداء من تاريخ التوقيع على العقد.

لقد قسم المشرع آجال التسليم إلى أربعة مراحل، محددة قانوناً حسب تقدم الأشغال<sup>2</sup>، يتعين على المرقى العقاري أن يحدد في كل مرحلة منها الآجال القصوى لإتمام الأشغال المقررة فيها، ويتم تحديد مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم، وكذا كيفيات دفعها طبقاً للتنظيم المعمول به.

ولقد أراد المشرع من خلال تحديد أجل التسليم تحديداً دقيقاً، أن يتجنب تهاون البائع وتعمده تأخير التسليم، مما أدى إلى وجود العديد من المشاريع الحيوية التي لم تنجز في آجالها.

#### - الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية:

يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم كافة الضمانات القانونية التي يمنحها المرقى العقاري للمشتري، كشهادة الضمان لدى صندوق الضمان، والكفالة المتبادلة<sup>3</sup>، وشهادة التأمين على المسؤولية العشرية<sup>4</sup>، كما يمكن للمتعاقدين إضافة ضمانات اتفاقية تدعم التزاماتهما التعاقدية، بشرط ألا تقصي أو تحصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> طبقاً لنص المادة 38 من القانون رقم 04/11.

<sup>2</sup> انظر الملحق المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

<sup>3</sup> لقد نظم المشرع الجزائري صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في المواد من 54 إلى 59 من القانون رقم 04/11.

<sup>4</sup> يراجع نص المادة 46 من القانون رقم 04/11.

<sup>5</sup> وهذا وفقاً لمقتضيات المادة 45 من نفس القانون.

الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم (دراسة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11) د.شيخ سناء د.شيخ نسيم

فضلا عن ذلك، يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم البيانات المفيدة المتعلقة بالقوام، والخصائص التقنية للعقار، ونظام الملكية المشتركة، الذي يجب أن يسلم إجباريا لكل مقتن خلال توقيع العقد.

بعد أن يجرر الموثق عقد البيع على التصاميم، يجب أن يقوم بتسجيله لدى مصالح مفتشية التسجيل والطابع المختصة إقليميا، وفقا لمقتضيات المادة 34 الفقرة الأولى من القانون رقم 04/11 المشار إليها أعلاه.

كما يتعيّن على الموثق أن يشهر عقد البيع على التصاميم في المحافظة العقارية، حتى تنتقل ملكية البناية والأرضية التي شيّدت عليها البناية من البائع المرقى إلى المشتري، طبقا لمقتضيات نفس المادة.

وعليه فإنّ ملكية الأرض تنتقل من المرقى العقاري إلى المشتري بمجرد شهر عقد البيع على التصاميم، أمّا ملكية الأملاك المنجزة من البناء فتنتقل على مراحل موازاة مع تقدّم الانجاز.

وبعد عملية الانجاز، يتمم عقد البيع على التصاميم بحضور، يعدّ حضوريا في نفس مكتب التوثيق، قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب، وتسليم البناية من طرف المرقى العقاري، فيصبح المشتري مالكا لكل الأرض والبناء.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائي من الشكل الواجب توافره في عقد البيع على التصاميم، فلا مجال للحديث عنه، طالما أنّ القانون رقم 04/11 حديث النشأة، ومن الطبيعي ألا توجد قرارات قضائية تعالج هذه المسألة.

#### المطلب الثاني: تسجيل عقد بيع العقار على التصاميم

بعد أن يجرر الموثق عقد بيع العقار على التصاميم، يجب أن يقوم بتسجيله لدى مصالح مفتشية التسجيل والطابع المختصة إقليميا، وفقا لمقتضيات المادة 1/34 من القانون رقم 04/11 المشار إليها أعلاه.

ولقد سبقت الإشارة آنفا إلى الغرض من التسجيل وكيفية تحصيله.

#### المطلب الثالث: شهر عقد بيع العقار على التصاميم

يتعيّن على الموثق أن يشهر عقد البيع على التصاميم في المحافظة العقارية، حتى تنتقل ملكية البناية والأرضية التي شيّدت عليها البناية من البائع المرقى إلى المشتري طبقا لمقتضيات نفس المادة.

الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم (دراسة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11) د.شيخ سناء  
د.شيخ نسيم

وعليه فإن ملكية الأرض تنتقل من المرقي العقاري إلى المشتري بمجرد شهر عقد البيع على التصاميم. أما ملكية الأملاك المنجزة من البناء فتنتقل على مراحل موازاةً مع تقدّم الأجاز.

وبعد عملية الأجاز يتم عقد البيع على التصاميم بحضور يعدّ حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب، وتسليم البناية من طرف المرقي العقاري. فيصبح المشتري مالكا لكل الأرض والبناء.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من الشكل الواجب توافره في عقد البيع على التصاميم فلا مجال للحديث عنه. طالما أن القانون رقم 11/04 حديث النشأة، ومن الطبيعي ألا توجد قرارات قضائية تعالج هذه المسألة.

#### الخاتمة

مّا تقدّم يمكننا القول أنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم، لا يختلف عن التصرفات الواردة على الملكية العقارية من استيفاء الإجراءات الشكلية، إذ نظرا لأهمية العقار في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، أخضع المشرع الجزائري التعامل فيه لشكلية محددة، تفاديا للمنازعات التي قد تنشأ بسبب خلفها، ولقد أكد المشرع - سواء في ظلّ المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في الفاتح مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، أو في ظلّ القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية - على ضرورة افرغ هذا النوع من البيوع في شكل رسمي، يجره موثق طبقا للنموذج المحدد عن طريق التنظيم، تحت طائلة البطلان، مع احترام الاجراءات اللاحقة لهذه الرسمية من تسجيل وشهر.

غير أن المشرع اشترط في القانون رقم 04/11 مجموعة من الشروط الشكلية التي لم تكن موجودة من قبل في المرسوم التشريعي رقم 03/93، تتمثل في أصل ملكية الأرض، ورقم السند العقاري، ورخصة التجزئة، وكذا شهادة التهيئة والشبكات، فعدم اشتراط هذه الشروط سلفا، أدى إلى عدة صعوبات عملية، إذ كان المرقي العقاري يحصل على القطع الأرضية بموجب تراخيص إدارية، لا تشكل سندا رسميا للملكية، مما يجعله غير قادر على نقل الملكية للمشتري، لذلك بقيت العديد من الوضعيات معلقة، ومن ثم فقد أحسن المشرع الجزائري فعلا عندما استدرك هذا القصور في القانون رقم 04/11 حين قرر أنه لا يحق للمرقي العقاري الشروع في الأجاز أية بناية، إذا لم يكن مالكا للأرض التي سيقام عليها البناء.

الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم  
(دراسة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 والقانون رقم 04/11) د.شيخ نسيمه  
د.شيخ سناء

كما اشترط المشرع في القانون رقم 04/11 تحديد مدة اجاز البناء تحديدا دقيقا. وهذا ما لم يكن موجودا من قبل. مما أدى إلى تأخير كبير في عدة مشاريع حيوية. إذ لا يكفي أن يلتزم البائع بإقامة بناء وفق المواصفات المطلوبة. وإنما يلتزم أيضا بالانتهاء من البناء خلال مدة تحدد في العقد بتاريخ معين. وإلا تعرض البائع لعقوبات تأخيرية.

إضافة إلى أن المشرع أوجب أن يتضمن عقد بيع العقار بناء على التصاميم، تحت طائلة البطلان. سعر البيع. وألا يتجاوز مبلغ مراجعة السعر 20 بالمائة كحد أقصى من السعر المتفق عليه. وذلك حتى لا يقع المشتري تحت رحمة المرقى العقاري.

نلاحظ مما سبق. أن المشرع الجزائري حاول في هذا القانون تدارك النقائص التي شابت المرسوم التشريعي رقم 03/93. وذلك من خلال تعديل بعض مواده. وإضافة مواد جديدة من أجل حل العديد من الإشكالات القانونية. والنزاعات القضائية الناجمة عن تطبيق هذا المرسوم لمدة تقارب العشرين سنة.

**التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر**  
د. أونيسي ليندة جامعة خنشلة

**ملخص :**

يتناول موضوع المقال أثر التعديل الدستوري 2016 على تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر نحو خدمة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية خصوصا من خلال بعدها الوظيفي وهو تحصين حقوق وحرريات الأفراد من كل خرق قد يكون مصدره تشريع معيب وموسوم بعيب الدستورية. كما يتناول أهم التعديلات الدستورية التي مست المجلس الدستوري الجزائري، في صلاحياته ودوره ومكانته، وكيف ستساهم هذه التعديلات في تفعيل العدالة الدستورية وفي ضمان جودة العمل التشريعي وترقيته في الجزائر، بعد إقرار حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية؟

**الكلمات المفتاحية:** التعديل الدستوري، الرقابة الدستورية، المجلس الدستوري، الدفع بعدم الدستورية.

**Résumé**

L'article traite de l'impact de l'amendement constitutionnel en 2016 sur le développement du contrôle constitutionnel en Algérie ; vers le service des droits de l'homme et ses libertés fondamentales, en particulier via sa dimension fonctionnelle, qui est la consolidation des libertés et des droits des individus d'éventuelles transgressions issues d'une législation défectueuse à difformité constitutionnel. Aussi notre travail évoque les réformes constitutionnelles les plus importants qui ont touché le Conseil constitutionnel algérien, dans son pouvoir, son rôle et son statut, et comment ces modifications vont contribuer à l'activation de la justice constitutionnelle ? et de veiller à la qualité du travail législatif et sa promotion en Algérie, et ce, après l'assentiment des droit des individus à une exception d'inconstitutionnalité ?

**Mots clé :** l'amendement constitutionnel-contrôle constitutionnel- Le conseil constitutionnel- une exception d'inconstitutionnalité.

**مقدمة :**

ما من شك أن موضوع الرقابة على دستورية القوانين هو من أكثر موضوعات القانون الدستوري أهمية وثراء. بحسبان أن إعمال هذه الرقابة يعد السبيل الحقيقي و الوحيد لرد طغيان السلطة التشريعية إلى حدودها التي رسمها لها الدستور وضمن نفاذ القاعدة الدستورية وإعمالا لبدأ الفصل بين السلطات ، وتأكيدا على ضرورة احترام حقوق الأفراد وحررياتهم ، والحفاظ على الانسجام في المنظومة القانونية في الدولة بما يتفق والدستور كونه القانون الاسمي فيها.

إن تطوير الرقابة على دستورية القوانين هي هدف كل نظام ، وذلك نظرا للأهمية والمكانة المرموقة التي تنبؤها في صرح دولة القانون ، لهذا ينبغي إسنادها لهيئة تتوفر فعلا

على شروط وعوامل تضمن استقلاليتها وحيادها بتحسينها من المؤثرات السياسية. و بالتالي جعلها أداة فعالة في هيكلة النظام القانوني و المؤسساتي في الدولة .

وبالنظر إلى طرق تعديل الدستور الجزائري يظهر جليا بأنه دستور جامد. يتطلب وجود رقابة دستورية لضمان احترامه من طرف النصوص القانونية الأدنى. لذلك لم يتردد المؤسس الدستوري الجزائري في تبني هذه الرقابة منذ وضع أول دستور للبلاد بعد الاستقلال مباشرة. من خلال النص على إنشاء مجلس دستوري يكلف بالرقابة على دستورية القوانين والأوامر التشريعية ثم أغفل دستور 1976 مبدأ الرقابة الدستورية . وأعيد العمل به في دستور 89 بشكل جديد. ثم طور في دستور 1996 على مستوى التشكيلة والاختصاصات.

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد إلى غاية التعديل الدستوري لسنة 2016. الذي يعتبر نقطة التحول الأكثر أهمية في مسار الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر. الذي مس المجلس الدستوري المكلف بالسهر على احترام الدستور في تشكيلته. برفع عدد أعضائه بما يضمن قيامه بمهامه التي ازدادت وتنشعبت. مع تمديد فترة العضوية . وتحديد شروط موضوعية مسبقا لمتولي العضوية في المجلس . وتوسيع مجال إخطاره إلى أعضاء البرلمان و الوزير الأول . وتوسيع اختصاصه عن طريق منح كل فرد يشعر أن حقوقه الأساسية التي يتضمنها الدستور قد انتهكت. حق الطعن بعدم دستورية الأحكام التشريعية أمام المحاكم المختصة. التي بدورها ترفع الموضوع إلى الجهة القضائية العليا للتأكد من جدية الدفع من عدمه. واحتمال القيام بإخطار المجلس الدستوري حول النص المراد تطبيقه على موضوع الدعوى الأصلية. وهذا بعد إضافة المادة 188 التي منحت المجلس الدستوري سلطة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين التي لها علاقة بالحقوق والحريات الأساسية عن طريق الدفع الفرعي أمام القضاء مباشرة. و بالنتيجة تمكين القضاء كغيره من مؤسسات الدولة الممثلة في المجلس من أخطاره .

إن إضافة التعديل الدستوري 2016 الجديد لهذا الاختصاص بمقتضى المادة 188 لم يكن مألوفاً في الدساتير السابقة . وهو اقتباس جديد من المشرع الفرنسي الذي عدل دستوره قبل أربع سنوات من أجل إضافة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين لأول مرة . كما أن التجسيد الجيد لهذا التعديل في الواقع سيضمن تفعيلاً حقيقياً للعدالة الدستورية في ضمان جودة العمل التشريعي وترقيته في الجزائر. الأمر الذي يجعل من هذا التعديل صراحة تطوراً عظيماً واتجاهاً رائداً في سبيل الديمقراطية والدفاع عن حقوق الإنسان.

### هدف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى إلقاء الضوء على أهمية التعديل الدستوري 2016 ودور الرقابة على دستورية القوانين ومداهما في دفع ركب التطور نحو خدمة حقوق الإنسان ، خصوصا من خلال بعدها الوظيفي وهو تحصين حقوق و حريات الأفراد من كل خرق قد يكون مصدره تشريع معيب وموسوم بعدم الدستورية ، والتنبؤ بعناصر المتغيرات التي سوف يؤدي إليها التعديل . مع الاعتقاد بان تبني هذا التعديل من قبل المشرع الجزائري صراحة سوف يحقق الأمل في مجال الدفاع عن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في الجزائر.

### إشكالية الدراسة:

تتمحور الإشكالية الأساسية للدراسة حول: أهم التعديلات الدستورية التي مست المجلس الدستوري الجزائري، وما مدى تأثيرها على مكانته وصلاحياته ودوره، وإلى أي مدى سيساهم التعديل الدستوري 2016 في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر ؟

### تقسيم الدراسة :

انطلاقا مما سبق، تأتي هذه الدراسة لتسليط الضوء على أهم التعديلات التي مست المجلس الدستوري الجزائري وفق العناصر التالية:

أولا : تشكيلة المجلس و شروط العضوية فيه.

ثانيا : توسيع الإخطار و إمكانية اللجوء إلى المجلس الدستوري .

ثالثا : حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية .

أولا : تشكيلة المجلس الدستوري و شروط العضوية فيه.

### 1/ تشكيلة المجلس الدستوري

جاء في المادة 183 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه : "يتكون المجلس الدستوري من اثني عشر (12) عضوا : أربعة (4) أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية ، واثنان (2) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني ، واثنان (2) ينتخبهما مجلس الأمة ، واثنان (2) تنتخبهما المحكمة العليا ، واثنان (2) ينتخبهما مجلس الدولة ... يعين رئيس الجمهورية رئيس ونائب المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ثماني سنوات..."

من خلال نص الفقرتين السابقتين ، يتبين لنا أن عدد أعضاء المجلس الدستوري قد ارتفع ، حيث وصل عدد أعضائه إلى اثني عشر 12 عضوا ، فقد نص التعديل الدستوري الجديد على أن يمثل السلطة التنفيذية أربعة أعضاء بما فيهم رئيس المجلس ونائبه ، بدل من ثلاثة

أعضاء في ظل دستور 1996<sup>1</sup>. وبقاء البرلمان بنفس عدد ممثليه . في حين أصبحت السلطة القضائية ممثلة بأربعة أعضاء . عضوين عن كل جهة قضائية . وذلك بقصد خلق التوازن بينها وبين السلطتين التشريعية والتنفيذية من جهة. وتدعيم المجلس الدستوري بالعنصر المتخصص في المجال القضائي (القضاء العادي والقضاء الإداري)<sup>2</sup>.

وبموجب هذا التشكيل الجديد . أصبحت السلطات الثلاثة ممثلة بنفس العدد من الأعضاء في المجلس الدستوري سواء بالتعيين أو الانتخاب . مما يخلق توازن بينها . ويعود تعيين الرئيس ونائبه إلى رئيس الجمهورية وبمقتضى نص المادة 184 التي تضمنت شروط العضوية والخبرة المهنية في المجال القانوني . يكون رئيس الجمهورية ملزم بالتقيد بالشروط السابقة في التعيين. وهذا خلافا لما كان سائدا من قبل . حيث كان لرئيس الجمهورية الحرية التامة في اختيارهم<sup>3</sup> . لكن رغم ذلك كان من الأفضل أن يتم اختيار رئيس المجلس الدستوري بشكل ديمقراطي من طرف زملائه كما هو الحال مثلا في إيطاليا وإسبانيا<sup>4</sup>.

ويمكن تفسير هذا الارتفاع في العدد. لمواجهة تزايد مهام المجلس الدستوري بعد توسيع مجال الإخطار إلى أعضاء البرلمان و الوزير الأول من جهة . وذوي المصلحة من الأفراد بطريقة غير مباشرة . بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة .

يتولى أعضاء المجلس الدستوري مهامهم مرة واحدة مدتها ثماني سنوات غير قابلة للتجديد. ويجدد نصف عدد أعضائه كل أربعة سنوات . وهي مدة طويلة وكافية تسمح للعضو اكتساب الخبرة لكي يفيد المجلس بشكل فعلي . وأن عدم إمكانية تجديد المدة يوفر للأعضاء استقلالية حقيقية للعمل في مواجهة السلطات ويجعلهم في غنى عن مسابقتها طمعا في ولاية أخرى . أما الحكمة من التجديد النصفى للمجلس فهي تأمين استمراره و تدعيمه بكفاءات جديدة قد ترفع من مستوى أداء عمله الرقابي<sup>5</sup> .

## 2/ شروط العضوية :

لتوفير الاستقلالية والكفاءة لدى أعضاء المجلس الدستوري . اهتم التعديل الدستوري لسنة 2016 بمسألة التخصص القانوني والسن بمقتضى المادة 184 . وأعطى أهمية لشروط

<sup>1</sup>/أنظر :المادة 164 من دستور 1996 والتي تنص على : " يتكون المجلس الدستوري من تسعة (9) أعضاء : ثلاثة (3) أعضاء من بينهم رئيس المجلس الدستوري يعينهم رئيس الجمهورية . واثنان (2) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني . واثنان (2) ينتخبهما مجلس الأمة . وعضو واحد (1) تنتخبه المحكمة العليا . وعضو واحد (1) ينتخبه مجلس الدولة ..... "

<sup>2</sup>/ رابح بوسالم . المجلس الدستوري الجزائري (تنظيمه . وطبيعته). رسالة ماجستير . كلية الحقوق . جامعة منتوري قسنطينة 2004/2005 . ص 13.

<sup>3</sup>/رشيدة العام . المجلس الدستوري الجزائري . دار الفجر للنشر والتوزيع . القاهرة . 2006 . ص 128.

<sup>4</sup>/هنري روسيون . المجلس الدستوري . ترجمة محمد وطفه . المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع . بيروت 2001 . ص 16

<sup>5</sup>/محمد الجدوب . القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان واهم الأنظمة الدستورية والسياسية في العالم . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . 2002 . ص 471

الالتحاق بمؤسسة المجلس الدستوري وربطها ببلوغ سن أربعين سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم وكذلك بالتخصص القانوني وتوافر المعرفة القانونية الكافية والخبرة كالأستاذية و القضاء و المحاماة و العمل في وظائف عليا في الدولة<sup>1</sup> ، وهي شروط ضرورية تتماشى مع طبيعة عمل المجلس الدستوري في مجال الرقابة التي تتميز بغلبة الطابع القضائي<sup>2</sup> وحماية أحكام الدستور وتفسيرها بما يتطابق وتكريس دولة الحق والقانون وضمن احترام المؤسسات الدستورية لاختصاصاتها وإجراءات عملها .

أما شرط السن -أربعون سنة(40)- مرتبط مباشرة مع الكفاءة المطلوبة التي يجب أن تتوفر في العضو والمتمثلة في الشهادة الجامعية ، إلى جانب الخبرة المهنية لمدة 15عشرة في التعليم العالي تخصص قانون أو القضاء أو المحاماة ، أو وظيفة عليا في الدولة وهي سن مناسبة جدا للعضوية في المجلس الدستوري .

أما الإجراء المكمل للشروط السابقة، فهو وجوب أداء اليمين من قبل أعضاء المجلس الدستوري أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهامهم حسب النص الآتي:"اقسم بالله العلي العظيم أن أمارس وظائفى بنزاهة وحياد ، وأحفظ سرية المداولات وأمتنع عن اتخاذ موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس الدستوري " .

وبمجرد انتخاب أو تعيين أعضاء المجلس الدستوري يحضر عليهم أن يجمعوا بين هذه العضوية وبين أي عضوية أو وظيفة ، أو تكليف أو مهمة أخرى ، وأي نشاط آخر ، أو مهنة حرة<sup>3</sup> ، والغاية من ذلك هو جعل الأعضاء بمنى عن الضغوط التي يمكن أن يتلقاها من الجهات التي كان ينتمي إليها<sup>4</sup> ، كما انه ولضمان الحياد التام لأعضاء المجلس الدستوري أيضا يجب عليهم قطع أية علاقة مع أي حزب سياسي طيلة مدة العهدة حسب قانون الأحزاب السياسية<sup>5</sup> .

**ثانيا : توسيع الإخطار وإمكانية اللجوء إلى المجلس الدستوري .**

تقضي المادة 186 من التعديل الدستوري 2016، انه يتم اللجوء المباشر إلى المجلس الدستوري لمعرفة موقفه حول مدى دستورية نص تشريعي أو تنظيمي أو معاهدة عن طريق

<sup>1/</sup> لتأمين نجاح المجلس الدستوري، لم يجعل المؤسس الدستوري الجزائري العضوية من حق العاملين في المجال القانوني، بل فتح المجال أمام غير العاملين في المجال القانوني من يتمتعون بالخبرة والثقافة الواسعة والمعقدة.

<sup>2/</sup> سعيد بو الشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2012، ص19

<sup>3/</sup> أنظر : نص المادة 183 الفقرة الثالثة من التعديل الدستوري 2016.

<sup>4/</sup> صالح بلحاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ص312.

<sup>5/</sup> أنظر: المادة 10 فقرة 03 من القانون العضوي رقم 04/12 مؤرخ في 12 جانفي سنة 2012 يتعلق بالأحزاب السياسية ، ج ر عدد 02 مؤرخة في 25 جانفي 2012، ص09.

الإخطار<sup>1</sup>. من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني وأضاف التعديل الجديد حق كل من الوزير الأول وخمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة . في حين ذهبت المادة 188 إعطاء إمكانية اللجوء الغير مباشر عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين إلى الأفراد متى كانت القوانين الصادرة قد أهدرت الحقوق الأساسية والحريات المعترف بها بموجب دستور 1996 المعدل وهذا ما سنفصله في العنصر الموالي وسوف نركز على من له الحق في إخطار المجلس الدستوري مباشرة كما يلي :

#### 1/ رئيس الجمهورية :

خول المشرع الدستوري حق الإخطار لرئيس الجمهورية ،الذي يكون إجباريا عندما يتعلق الأمر بالقوانين العضوية أو النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة . وهو الإخطار الذي يكون سابقا على الشروع في تطبيق النص . فقد جاء في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 186 من التعديل الدستوري 2016 " يبدي المجلس الدستوري . بعد أن يخطر رئيس الجمهورية . رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليه البرلمان .كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور . حسب الإجراءات المذكورة السابقة" . ويعود إسناد مهمة الإخطار في المجالين السابقين إلى رئيس الجمهورية .كونه حامي الدستور .

كما منح الدستور حق الإخطار الجوازي لرئيس الجمهورية السابق بالنسبة للمعاهدات و القوانين والتنظيمات وهذا ما تضمنته أحكام المادة 165 في فقرتها الأولى المعدلة في 2016 و المادة 168<sup>2</sup>. أما المادة 169 فانه يفهم منها إبقاء الرقابة اللاحقة على القوانين والتنظيمات دون المعاهدات التي تكون الرقابة فيها سابقة فقط . إلا أن الملاحظ عبر سنوات عمل المجلس الدستوري فان إخطار رئيس الجمهورية للمجلس الدستوري كان ضئيلا مقارنة مع عدد القوانين والنصوص التي تسن سنويا كون هناك توافق بين السلطتين التنفيذية والتشريعية .

<sup>1</sup>/يعرف الدكتور سعيد بوالشعير الإخطار بأنه :الإجراء الذي تقوم به الجهة المخولة دستوريا بطلب موقف المجلس الدستوري حول مدى دستورية نص تشريعي أو تنظيمي أو معاهدة . ويكون ذلك بتوجيه رسالة من الجهة المخولة بالإخطار إلى رئيس المجلس الدستوري بغرض إبداء المجلس الدستوري لرأيه أو قراره بشأن مدى مطابقة أو دستورية النص المعروض للدستور كليا أو جزئيا .  
أنظر بالتفصيل :سعيد بو الشعير . النظام السياسي الجزائري . دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996-السلطة التشريعية و المراقبة - . ديوان المطبوعات الجامعية .الجزائر .249،2013  
<sup>2</sup>/تنص المادة 186 فقرة أولى من التعديل الدستوري 2016 على : "يفصل المجلس الدستوري برأى في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات ....."

وتنص المادة 190 من نفس التعديل على : "إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية . فلا يتم التصديق عليها

أما المادة 191 على:"إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري . يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس

وانه يملك أكثرية برلمانية يستطيع من خلالها أن يفرض القانون الذي يتلاءم مع توجهاته السياسية<sup>1</sup>. كما انه أيضا يملك وسيلة أخرى لتعديل القانون بواسطة القراءة الثانية من طرف البرلمان لتلك القوانين<sup>2</sup>

## 2/ الوزير الأول :

مكنت المادة 166 من دستور 1996 المعدلة في 2016 الوزير الأول في الجزائر من حق إخطار المجلس الدستوري. للنظر في دستورية القوانين والأحكام أن يكون اللجوء إلى استعمال هذا الحق قليل الاحتمال إذ بإمكانه الخلو دون صدور القانون غير الدستوري طالما يملك رضا الأغلبية في البرلمان . ومع ذلك يمكن أن يلجأ إلى استعمال هذا الحق في حالات خاصة عندما يكون القانون ناتج عن مبادرة أعضاء البرلمان . أو في الحالة التي لا تكون فيها له الأغلبية البرلمانية المطلوبة. وهاتين الحالتين نادرتين في النظام الدستوري الجزائري. كون كل القوانين الصادرة خاصة في الفترات التشريعية الأخيرة مصدرها حكومي<sup>3</sup>.

## 3/ رؤساء غرفتي البرلمان :

يملك كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس مجلس الأمة على حدى حق إخطار المجلس الدستوري فيما يخص المعاهدات والقوانين والتنظيمات . وفي واقع الأمر. وبعد اطلعنا على مجموعة من القرارات والآراء للمجلس الدستوري الجزائري منذ يوم إنشائه إلى اليوم وجدنا أن أغلب الإخطارات كانت مقدمة من طرف رئيس الجمهورية . ولم نرى سوى ثلاث إخطارات. اثنين مقدمين من طرف رئيس المجلس الشعبي الوطني<sup>4</sup> . و الثالث مقدم من طرف رئيس مجلس الأمة<sup>5</sup>.

## 4/ حق أعضاء البرلمان :

بموجب القانون رقم 01/16 الصادر في 2016/03/6 المتضمن التعديل الدستوري اعترف لخمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة بصفة الطعن بعد دستورية القوانين

<sup>1</sup>/أنظر : الياس جوادي. رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. 2009. ص119

<sup>2</sup>/ تنص المادة 127 من دستور 1996 على: " يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين يوما الموالية لتاريخ إقراره....."

<sup>3</sup>/ مثال على ذلك مصادقة المجلس الشعبي الوطني في الفترة التشريعية 2007/2012 على 72 قانون ولا يوجد من بينها ولا قانون واحد ناتج عن مبادرات النواب. انظر حصيلة الفترة التشريعية السادسة 2007/2012 الصادرة عن وزارة العلاقات مع البرلمان على الموقع الالكتروني: <http://www.mcrcp.gov.dz>

<sup>4</sup>/ احدهما حول قانون يتضمن تأجيل انتخابات جديد المجالس الشعبية البلدية والذي أدلى المجلس الدستوري بدستورته. انظر رأي المجلس الدستوري الجزائري رقم 02 بتاريخ 1989/12/5 والثاني دستورية القانون المتضمن تأجيل انتخابات جديد المجالس الشعبية الولائية. أنظر رأي المجلس الدستوري رقم 03 بتاريخ 1989.

<sup>5</sup>/ أخطر رئيس مجلس الأمة المجلس الدستوري بموجب رسالة تتضمن الطعن بعدم دستورية أحكام القانون المتضمن التعويضات والتقاعد لعضو البرلمان . وأبدى المجلس الدستوري رأيه في ذلك بموجب رأي رقم 04 بتاريخ 1998.

والمعاهدات والتنظيمات قبل إصدارها من قبل رئيس الجمهورية. كما يمكن لهم أيضا إخطار المجلس الدستوري لممارسة الرقابة الدستورية اللاحقة على القوانين والتنظيمات بعد أن تصبح واجبة التنفيذ . تأثرا بالمؤسس الدستوري الفرنسي الذي أعطى هذا الحق للبرلمان سنة 1974<sup>1</sup>. ومن هنا يبدو أن توسيع حق الإخطار لكي يشمل عددا من أعضاء البرلمان أمر ضروري الآن لفتح المجال أمام المعارضة أو بالأصح أمام الأقلية في البرلمان لكي تعبر عن إرادتها . ولكي تقول كلمتها في القوانين التي تصدر و لكي تمنع طغيان الأكثرية وتحكمها بالمسألة التشريعية . وذلك من شأنه أن يطور مفهوم الديمقراطية الدستورية وان يفتح الطريق للأقلية لولوج باب المجلس الدستوري بطريقة قانونية وديمقراطية.

### ثالثا: حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية

إن إقرار حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في تعديل 2016 توجه جديد في الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر . ينسجم مع ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية في تأكيد أهمية دور الأفراد في حماية حقوقهم<sup>2</sup> . و يتجه نحو تجاوز انتقادات الرقابة السياسية على دستورية القوانين بما تطرحه من إشكاليات قانونية وعملية في حماية حقوق الأفراد. وبالتالي الحد من ظاهرة انفلات القوانين من الرقابة الدستورية .

تضمن هذا الحق نص المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 والتي نصت على : "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة . عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها القانون. تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي ."

إن القراءة المتأنية لنص المادة 188 السابقة . تهبنا إلى استكشاف توجه إرادة المؤسس الجزائري نحو تكريس الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واعتماد الدفع الفرعي عن طريق منح الأفراد الحق في الدفع بعدم الدستورية وإخطار المجلس الدستوري من طرف القضاء . وهذا التوجه يشكل تطورا جديدا في الرقابة الدستورية في الجزائر ينسجم مع التطورات التي شهدتها النظم المقارنة وخاصة فرنسا التي سبق لها وان سلكت هذا النهج بعد اعتماده في تعديل تموز 2008<sup>3</sup> الدستوري بموجب إضافة المادة 61-1 من الدستور التي تنص على : "(عند .

<sup>1</sup>/خي الجمل .رقابة دستورية القوانين (دراسة مقارنة). دار النهضة العربية القاهرة .2007.ص53.

<sup>2</sup>/تنص المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 على أن : " لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم للوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون "

<sup>3</sup>/في عام 2008 تقدم الرئيس ساركوزي . المنتمي إلى التيار الديغولي بمشروع جديد لتعديل الدستور تضمن عددا من الإصلاحات . من بينها تعديل المادة 61 من الدستور بما يوسع من اختصاصات المجلس الدستوري ويمنح الأفراد حق الدفع بعدم الدستورية .

مناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء . ودفع -أحد أطراف الدعوى -بأن حكما تشريعيًا ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور . يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناءً على إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض الذين يتخذان قرارهما خلال فترة محددة ويحدد بقانون تنظيمي شروط تطبيق هذه المادة<sup>1</sup> . واستنادًا إلى ذلك صدر القانون التنظيمي الذي أشارت إليه المادة في 10/12/2009 الذي سمي هذه الرقابة -مسألة الأولوية الدستورية أو اختصارًا (QPC)<sup>2</sup> . وفي الأول من آذار 2010 دخلت أحكام المادة 61-1 حيز النفاذ وشرعت المحاكم الفرنسية بتطبيق أحكامها وفق ما أشار إليها الدستور ونظمها القانون التنظيمي<sup>3</sup> .

كما تبين لنا أيضًا من قراءة المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 . توجه المؤسس الدستوري الجزائري نحو اعتماد الرقابة اللاحقة عن طريق دفوع الأفراد . لكنه جعل من مسألة فحص الدستورية حكرًا على المجلس الدستوري دون القضاء . حيث يلعب القضاء دور الوسيط بين المواطن والمجلس الدستوري . إذ عندما يتعلق الأمر بوجود نزاع بين طرفين وتمسك أحد الأطراف بعدم دستورية القانون المطبق . يتم توقيف البث في الدعوى ونقل الدعوى الدستورية إلى المجلس الدستوري من قبل مجلس الدولة أو المحكمة العليا . فالمشرع الدستوري كان واضحًا في هذه المسألة لكونه لم يمنح القضاء العادي أو الإداري اختصاص البت في دستورية القوانين .

يفهم مما سبق. إن تكريس حق الأفراد في الطعن في دستورية قانون معين عن طريق الدفع .معناه أن هذا الحق حتى ولئن كان مكانه الطبيعي أمام المحاكم العادية أو الإدارية . فإن أمر البث فيه يعود للمجلس الدستوري دون سواه بإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد أن توقف البت في الدعوى . كما أن حجية الأفراد في الدفع بعدم الدستورية قائمة على أساس وجود نزاع بين طرفين ووجود شبهة عدم الدستورية بخصوص القانون المطبق . بشرط وجود ضرر أو انتهاك محتمل من خلال تطبيق الحكم التشريعي<sup>4</sup> في القضية للحقوق والحريات التي

---

أنظر بالتفصيل حول هذا التعديل: عيد أحمد الغفلول. الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي. ط2. دار النهضة العربية . القاهرة 2011. ص ص133\_137.

<sup>1</sup> أنظر علي عيسى يعقوبي . الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا على الموقع الإلكتروني التالي: <http://iraqfsc.iq/AR/node/317>  
<sup>2</sup> للاطلاع على النص الكامل للقانون التنظيمي. أنظر الموقع الإلكتروني الحكومي للتشريعات الرسمية الفرنسية <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>3</sup> عثمان الزباني . المواطن والعدالة الدستورية. سلسلة المعارف القانونية والقضائية. منشورات مجلة الحقوق . المغرب . عدد 21. يناير 2014. ص 81.

<sup>4</sup> نعني بالأحكام التشريعية النصوص التي اعتمدها السلطة التشريعية ممثلة بالبرلمان الجزائري بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة والتي صوت عليها البرلمان ونقصد بذلك القوانين العادية والقوانين العضوية والأوامر الصادرة من طرف رئيس الجمهورية صادق عليها البرلمان و التنظيمات .

تقع في صميم التنصيص الدستوري ، أي كل الحقوق والحريات الواقعة في الفصل الرابع من الدستور وهي تشمل الحقوق السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية<sup>1</sup>.

نتيجة لما سبق ، فإن هذا التقدم القانوني سوف يكمل مسيرة التطور التي بدأها دستور 1996 في شأن مراقبة دستورية القوانين ، ومن أجل الحد من كثرة الدفوع التي يمكن أن تحال إلى المجلس الدستوري يجب وضع شروط من شأنها أن تحافظ على جدتها في القانون العضوي المنظم للدفع بعدم الدستورية وكذلك النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري القادم كمايلي:

### 1/ أصحاب الحق في الدفع بعدم الدستورية

يفيد منطوق المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، أن أصحاب الحق في الدفع هم كل الأفراد دون تمييز أو تفريق شرط أن يكون هناك نزاع قائم بين الأطراف ، كما أن المشرع الدستوري استعمل عبارة أحد الأطراف في المحاكمة ، تنصرف على الأشخاص الطبيعية و المعنوية ، وهذا ينسجم مع ما تبناه المشرع الفرنسي حيث يكفل القانون الأساسي المنظم للمجلس الدستوري لجميع الأشخاص الحق في الدفع بعدم دستورية نص تشريعي بمناسبة دعوى مقامة أمام إحدى الجهات القضائية ، وتشمل عبارة جميع الأشخاص : الأشخاص الطبيعية و المعنوية عامة أو خاصة ، ولا تقتصر عبارة جميع الأشخاص على الوطنيين وحدهم فقط ، وإنما تشمل كذلك الأجانب ، حيث استقرت أحكام المجلس الدستوري على أن الأجانب المقيمين في فرنسا يتمتعون بالحقوق والحريات الأساسية ، ماعدا الحقوق التي يقصرها الدستور على الوطنيين وحدهم ، مثل حق الحق في الانتخاب<sup>2</sup>.

وتطبيقا لذلك يجوز لأطراف أي دعوى مقامة أمام أي جهة قضائية الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ، إذا كان يعتدي على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية<sup>3</sup> ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ، هو إمكانية القاضي بالدفع بعدم الدستورية في قضية معينة دون إثارة ذلك من الخصوم ؟ تتوقف الإجابة على ذلك حسب التكييف القانوني للدفع بعدم الدستورية فإذا اعتبرناه دفعا متعلقا بالنظام العام ، فسوف يترتب على ذلك إمكانية إثارته من طرف القاضي ومن تلقاء نفسه ، أما إذا لم يعتبر هذا الدفع متعلقا بالنظام العام فلن يملك القاضي إثارته ، وهذا هو الحل الذي تبناه المشرع الدستوري الجزائري لأنه سكت عن إمكانية منح القاضي حق الدفع وحصرها فقط في أطراف المحاكمة .

<sup>1</sup>/ أنظر بالتفصيل : الحقوق والحريات ، الفصل الرابع من دستور 1996 المعدل في 2016.

<sup>2</sup>/ أنظر : يسري محمد العصار ، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008

على الموقع الإلكتروني : <http://hccourt.gov.eg/Pages/elmglaacourt/mkal/16/yosryalassar16.htm>.

<sup>3</sup>/ نفس المرجع .

## 2/ أجل ميعاد رفع الدفع بعدم الدستورية

في إطار الحفاظ على النظام في ممارسة هذا الحق ، لا يجب أن يترك الأمر دون تحديد زمني تبطل الدعوى عند تجاوزه . وغالبا ما يحدد الأجل في معظم الأنظمة الرقابية الدستورية في الشق المرتبط بالإحالات والطلبات التي يتقدم بها الأفراد في ثلاثة أشهر كحد أقصى. حيث هناك من اعتمد مدة شهر كحد أقصى وهذا ما طبقه المشرع البحريني في المادة 18 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية<sup>1</sup>. أما المشرع المصري فقد جعل ميعاد رفع الدعوى ثلاثة أشهر وذلك بموجب المادة 29(ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979<sup>2</sup>. وأظن أن مدة ثلاثة أشهر كحد أقصى مدة كافية من اجل منح الأفراد الوقت للقيام بمختلف الإجراءات وإعداد ملف الدفع بعدم الدستورية بشكل جيد .

## 3/ شرط المصلحة

تعتبر المصلحة شرط أساسي لقبول الدعوى .فهو الباعث على رفع الدعوى وفي نفس الوقت الغاية المقصودة منها . وعموما فالمصلحة هي الفائدة العملية التي تعود لصاحب الدفع الدستوري من وراء طعنه بعدم دستورية حكم تشريعي و ذلك لحماية مركزه القانوني أو صيانة حقوقه . وبالتالي يستلزم الأمر أن يقدم المدعي الدليل على أن ضرا واقعا قد لحق به من جراء تطبيق القانون غير الدستوري .

إلى جانب ذلك ، يختص مجلس الدولة إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحاكم الإدارية أو المحكمة العليا إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحاكم العادية في إحالة الطعن إلى المجلس الدستوري . وبهذا يكون التعديل الدستوري منح دورا وسيطا لمجلس الدولة والمحكمة العليا والسماح لهما بالنظر في الطعون وإحالتها إلى المجلس الدستوري . كما منح لهما أيضا التأكد من صلة الدفع بالتزاع الأصلي و عدم سبق الحكم بدستورية النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مع الدستور و تقرير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية ولهما أن يصدرا قرارهما في مدة زمنية محددة من إحالة الدفع إليهما من المحاكم التي تتبعهما . فإذا قبلت المحكمة العليا و مجلس الدولة يتم إحالته إلى المجلس الدستوري ويحتفظ هذا الأخير بصلاحيته البت في الطعون المقدمة له بعد أن يفحص النص القانوني جيدا ليتأكد من انه غير منظور سابقا أمام المجلس الدستوري . كما يتأكد أيضا من جدية الطعن . وعلى مجلس الدولة أو المحكمة العليا وقف الفصل في الدعوى حتى تمام الفصل في الدفع .

<sup>1</sup> / عثمان الزباني . المواطن والعدالة الدستورية.مرجع سابق ص.85.

<sup>2</sup> /محمد المنجي .دعوى عدم الدستورية . منشأة المعارف . الإسكندرية .2002.ص282.

## خاتمة

في ختام هذه الدراسة نخلص إلى إيراد جملة من النتائج و التوصيات على النحو التالي:

### 1- النتائج

\* إن الرقابة الدستورية على القوانين في الجزائر هي اختصاص مطلق مسند إلى المجلس الدستوري بمقتضى التعديل الدستوري 2016، الذي أكد من جديد أن المجلس الدستوري يحتكر مجال الرقابة الدستورية سواء تعلق الأمر بالرقابة السياسية أو تعلق الأمر بالرقابة اللاحقة من خلال منح الأفراد الحق في الدفع بعدم الدستورية .

\* انه بمقتضى التعديل الدستوري 2016 تم توسيع تشكيلة المجلس الدستوري ، برفع عدد أعضائه بما يضمن قيامه بمهامه التي ازدادت وتشعبت .

\* تحديد ووضع شروط موضوعية مسبقة لمتولي العضوية في المجلس الدستوري ، وتوسيع مجال إخطاره إلى أعضاء البرلمان و الوزير الأول .

\* اعتماد المشرع الدستوري لطريقة حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية يكرس لنوع من التشاركية بين المؤسسات الرسمية والأفراد في تكريس العدالة الدستورية ، في إطار شروط وإجراءات رهينة بما سيأتي به القانون العضوي الذي جاء به تعديل 2016.

### 2- التوصيات

\* على الرغم من هذا التطور الذي لحق الرقابة الدستورية في الجزائر ، فالمشرع الدستوري بحاجة أكثر للتكيف مع كل المستجدات القائمة في الرقابة الدستورية ، بما يضمن فتح المجال أكثر للأفراد في الدفع بعدم الدستورية ، من خلال تنويع تقنيات الدفع المعمول بها في النظم المقارنة لجعل الرقابة على دستورية القوانين في صميم حماية الحقوق والحريات

\* من أجل تفعيل حق الدفع من طرف الأفراد يجب أن يخضع هذا الحق لمنظومة إجرائية بسيطة ومرنة بالشكل الذي يسمح لهم تكريس هذا الحق. تحت افتراض ممارسته بشكل عقلائي وبمناى عن أي تعسف .

## أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي

د. هوام علاوة  
قروي سميرة  
جامعة باتنة 1  
طالبة دكتوراه  
جامعة باتنة 1

### ملخص

إن تحديد حقوق و التزامات المستثمرين ضمن إقليم الدولة المضيضة للاستثمار من خلال تنظيمها ضمن أطر تشريعية واتفاقية، لا يكفي لطمأنة المستثمرين و تشجيعهم على الاستثمار في بلد أجنبي بل لا بد من إيجاد وسائل تحمي تلك الحقوق في حالة الإخلال بها. و بالرغم من التعاون المتبادل بين الدولة المستثمرة و المستثمرين على تحديد تلك الحقوق و الالتزامات من حيث النطاق و المضمون. إلا أنه قد يحصل تنازع بين الطرفين في المضمون الدقيق لحقوق المستثمر و التزاماته بسبب إخلال الدولة المستثمرة بالتزاماتها التعاقدية لذلك يسعى المستثمرون للحصول على وسائل محايدة و فعالة تضمن تسوية منازعات الاستثمار الذي قد تثار بمناسبة تنفيذ العقد.

### Résumé

La détermination des droit et obligations des investisseurs dans la région investi à revers son organisation dans le cadre législatif et les accords de manière ordonnée et précise, cela ne suffit pas à rassurer les investisseurs et les encourager à investir dans ces régions, il doit y avoir un moyen de protéger ces droits dans le cas de violation.

En dépit de la coopération mutuelle entre l'investisseur et l'état des investisseurs pour déterminer les droits et obligations en termes de portée ou le contenu , mais il peut obtenir des conflits entre les deux parties dans le contenu exact des droits dont jouissent par l'investisseur et les obligations en raison d'une violation des obligations et engagements de l'état d'investir

Donc, pour obtenir un moyen neutre et efficace investisseurs cherchent à régler les différends conflits peut être soulevée à l'occasion de l'exécution du contrat.

### مقدمة

الاستثمارات بشكل عام و الأجنبية منها بشكل خاص تعد مصدرا أساسيا لجلب رؤوس الأموال وخلق مناصب الشغل و نقل التكنولوجيا و المعرفة مما يحقق التطور الاقتصادي و الاستقرار السياسي للدولة المستضيضة للاستثمار. و نظرا لانقسام العالم إلى بلدان مصنفة مالكة لرؤوس الأموال و التكنولوجيا ودول نامية فقيرة متخلفة. ظهر تنافس حاد و محموم بين الدول المصنعة لاحتلال أسواق جديدة مساعدة على تصدير منتجاتها من جهة و الدول المتوقعة في الجنوب الفقير فيما بينها سعيا منها في تهيئة ظروف ملائمة للاستثمار و العمل على جلب رؤوس الأموال الأجنبية. فظهر ما يمكن تسميته بالتعاون الدولي في إطار نظام

اقتصادي عالمي سمته عدم الاستقرار لاختلاف مصالح الطرفين. فالدول المصنعة تهدف إلى المزيد من الأرباح و تحقيق أهداف سياسية و ثقافية و المعسكر النامي يرمي إلى إيجاد توازن بين الحصول على التكنولوجيا لتحقيق النمو بتوجيه الاستثمارات و المحافظة على سيادتها وقد تجد هذه المعادلة التعاونية صعوبة ارتباط الاستثمار بين دولة و شخص. فالدولة محكومة بالقانون الدولي العام باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام و في المقابل يكون الشخص محكوم بالقانون الداخلي وبذلك تعين طرح الإشكالية التالية :

ما هي الطرق و الأساليب المتاحة أمام المستثمر الأجنبي من أجل تسوية النزاعات التي قد تنشأ من جراء عقد الاستثمار.

و سنحاول الإجابة على هذا السؤال من خلال الخطة التالية

**المحور الأول : اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.**

**أولاً : تحديد قانون الإرادة.**

**ثانياً : شروط نطاق قانون الإرادة**

**ثالثاً : الخيارات المتاحة في عقود الاستثمار.**

**المحور الثاني : طرق تسوية منازعات الاستثمار**

**أولاً : وسائل الوقاية من منازعات الاستثمار.**

**ثانياً : الوسائل الودية لفض منازعات الاستثمار.**

**ثالثاً : الوسائل القضائية و التحكيمية لفض منازعات الاستثمار.**

**المحور الأول : اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار**

تجسيدا لمبدأ حرية و استقلالية الإرادة يلجأ المتعاقدين في عقود الاستثمار الأجنبي إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار و المنازعات المتعلقة بها و غالباً ما يكون هذا الاختيار هو شرط المستثمر الأجنبي و مطلبه و لما كانت مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد تكتسي أهمية بالغة لما يترتب على هذا التحديد من آثار قانونية هامة. فان القانون المطبق على العقد من الناحية العملية يشكل الأساس الذي يجري في إطاره تحديد حقوق و التزامات طرفيه.

كما يحدد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في كل منازعة قد تثار بشأنه فضلاً عما يواجهه من مشاكل تقنية لتحديد ضابط الإسناد و ما قد يصادف من عقبة العقد بلا قانون. مما يستلزم التعرض للخيارات المتاحة للأطراف بغية الوصول إلى هذا القانون وفق ضوابط معينة.

### أولاً : القانون الوطني للدولة المضيضة للاستثمار

غالبية عقود الاستثمار تشير إلى اختيار قانون الدولة المضيضة للاستثمار<sup>(1)</sup> إلا أنه من المفروض أن يكون من الأسباب التي دفعت المستثمر للاستثمار في تلك الدولة من المحفزات و الضمانات القانونية التي يتضمنها قانون الدولة الحاضنة للاستثمار. ففي الغالب الأعم حين تكون الدولة طرفاً في عقد، فإن اختيار الإرادة يتجه نحو تبني قانونها الوطني ليسري على منازعات العقد. وهذا الخيار قائم على النظرية التقليدية لقواعد الإسناد و خيار قانون الدولة المضيضة خيار عملي. وذلك باعتبار قانون موطن الإبرام أو تنفيذ العقد لذا يفضل على غيره من القوانين. خاصة في غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف و قد اتبع في العديد من أحكام المحاكم و الأحكام التحكيمية تطبيق القانون الوطني للدولة المضيضة. من ذلك حكم محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية الصادر في ديسمبر 1985 فصلاً في النزاع الناشئ عن العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية والشركة الأمريكية لإنشاء خط السكك الحديدية و الذي جاء في منطوقه " أنه في غياب اختيار الأطراف، فإن القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق باعتباره قانون إبرام و تنفيذ العقد "<sup>(2)</sup>

غير أنه على الرغم من كون القانون الوطني قد يكون قانون الإرادة إلا أن هيئات التحكيم قد تنتهي إلى استبعاد القانون الوطني تماماً إذا وقفت على عدم ملاءمته لقانون التجارة الدولية أو لقصور قواعده، أو لتعارضه مع المبادئ العامة للقانون الدولي.

و من أمثلة استبعاد تطبيق قواعد القانون الوطني بالرغم من أنه اختيار المتعاقدين عقود الاستثمار الأجنبي في قطاع المحروقات بحجة أن قانون الدولة النامية المضيضة يعتبره قصور تشريعي لعدم تضمينه الأحكام المناسبة للعمليات الفنية الحديثة و من ذلك ما جاء في حكم إمارات أبو ظبي وشركة DEVELOPMENT LTD PETROLEN إذ أنه رغم قناعة المحكمة بأن القانون الواجب تطبيقه على العقد هو قانون إمارة أبو ظبي باعتباره قانون محل الإبرام و التنفيذ، إلا أن المحكمة استبعدته.

حيث جاء في منطوق الحكم " أن هذا العقد أبرم في أبي ظبي و يجري تنفيذه كلياً فيها فإن القانون المحلي هو القابل للتطبيق فسيكون ذلك القانون هو قانون أبو ظبي. و حاكم أبو ظبي يحكم بالاستناد إلى القرآن لتطبيق عدالة يقدرها شخصياً و سيكون من باب الخيال القول أن هناك في هذه المنطقة البدائية جداً كيان مستقر من المبادئ القانونية القابلة

<sup>1</sup> - الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار. جريدة رسمية عدد 47 مؤرخة في 22 أوت 2001 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة 1 2008 ص 84.

للتطبيق على تكوين عقود التجارة العصرية. .. فإرادة الأطراف لا بد أن تكون قد انصرفت إلى تطبيق المبادئ المشتركة للأمم المتحدة وهي نوع من القانون الطبيعي الحديث. و هكذا استعاضت عن القانون الوطني بتطبيق القانون الإنجليزي بدعوى أنه يمثل المبادئ العامة للأمم المتحدة<sup>(1)</sup>.

و أعمال قاعدة استبعاد قواعد القانون الوطني في كثير من قرارات التحكيم يجعلنا نشكك في نوايا الهيئات التحكيمية التي تبالغ في الأخذ بهذه القاعدة بتبريرات مختلفة لا تبدو جادة وهو ما يشكل نوعاً من التضيق على نطاق قانون الإرادة.

### ثانياً : قواعد القانون الدولي العام

انقسم الفقه في مسألة مشروعية اختيار المتعاقدين لقواعد القانون الدولي العام لقانون واجب التطبيق على العقد المبرم بينهما إلى اتجاهين

اتجاه رفض فكرة اختيار المتعاقدين لقواعد القانون الدولي العام حتى وإن اختاره ليكون واجب التطبيق. ذلك لأن طرفيه ليس بالضرورة هما شخصان من أشخاص القانون العام " دولة، فرد " و بالتالي لا يمكن أن تخضع تصرفاتهما المشتركة لقواعده. بعبارة أخرى هذا التصرف لا يمكن أن يكون محلاً لتلك القواعد و لا يمكن أن يكون طرفاه مخاطبان به. ولما كان هناك ارتباط وثيق بين مضمون القاعدة القانونية " حقوق و التزامات " و أشخاص النظام التي تنتمي له هذه القاعدة فلا يمكن تطبيق قواعد القانون الدولي العام على تصرفات تصدر من غير أشخاصه. أما الاتجاه الفقهي الثاني فقد أجاز للمتعاقدین اختيار قواعد القانون الدولي العام لكي يكون قانون واجب التطبيق على العقود التي يبرمونها و يؤسس هذا الحكم على الحجج الثلاثة التالية

1 - من تمام الاعتراف مبدأ حرية الإرادة السماح للمتعاقدین باختيار ما يشاؤون من القواعد لتكون واجبة التطبيق على العقود التي يبرمونها سواء كانت وطنية أو دولية أو عرفية و أي استثناء على ذلك يعد تقييداً للمبدأ و تراجعاً عن تبنيه.

2 - تطبيق قواعد القانون الدولي العام هو اختيار للمتعاقدین و شرط تعاقدی و أخذ بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

3 - أنه و إن كانت بعض الدول تلجأ إلى فرض قانونها الداخلي ليكون واجب التطبيق على عقود الاستثمار إلا أن صياغة بعض القواعد الداخلية تسمح بتطبيق قاعدة دولية أو تعلق تطبيق القانون الداخلي في حالة تعارضه مع قواعد القانون الدولي العام. وهنا يمكن تطبيق

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد. مرجع نفسه ص 23

قواعد القانون الدولي العام على الأفراد. وحسب رأي هذا الاتجاه من الفقه يجوز أن يتم اختيار المتعاقدين لقواعد القانون الدولي العام شرط عدم مخالفته للقواعد القانونية الآمرة في النظام القانوني الوطني المتعلق بالاستثمار وهذا المذهب هو الذي تبنته أغلب الاتفاقيات الدولية وأخذت به معظم التشريعات الوطنية. كاتفاقية واشنطن لسنة 1965.

### ثالثا : قواعد قانون التجارة الدولية

بدأ ظهور هذه القواعد في القرون الوسطى لما كان التجار ينقلون من دولة إلى أخرى في مواسم محددة " رحلة الشتاء و رحلة الصيف " فيحترمون قواعد كل فئة من فئات التجار فتشكل ما يسمى " LES MARCATORIA " و التي انقضت ثم عاودت الظهور في العصر الحديث و تحديدا في القرن السابع عشر 17. وهو ما يعرف بمجموعة القواعد عبر الدولة المستمدة من الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي استقر عليها التحكيم التجاري الدولي<sup>(1)</sup> وهذه قواعد بطبيعتها تختلف عن قواعد التشريعات الداخلية و نظام قواعد القانون الدولي العام. هذا و قد انقسم الفقه أيضا في مشروعية اختيار هذه القواعد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إلى قسمين.

**فذهب القسم الأول إلى رفض تمتع هذه القواعد بالصفة القانونية إذ لا تعدو أن تكون مجرد عادات و ممارسات تجارية. و لا تتصف بالعموم و التجريد. فضلا عن التناقض الحاصل بين هذه القواعد بفعل تعدد منشئها عكس القواعد الوطنية التي تنشئها هيئة دستورية معنية ومنه فهي لا تصلح لأن تكون قانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار.**

**أما القسم الثاني من الفقه فيرى أنها قواعد قانونية لكنها تشكل نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته وبذلك فهو يجيز للأطراف الاتفاق على تبنيتها و تطبيقها على عقود الاستثمار على أساس أنها قانون واجب التطبيق.**

و هذا ما يفهم من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 التي نصت على تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وهو ما ذهب إليه الاتفاق المبرم بين حكومة الكويت و شركة أمينوال " AMINOIL " إذ حدد القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية بين الأطراف و المحدد من قبل الهيئة آخذة في الاعتبار صفة الأطراف المتعاقدة والصفة غير الدولية لعلاقتهم ومبادئ القانون و العادات السائدة في العالم المتقدم<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> - هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية. دار المعارف. الإسكندرية 1995 ص 30

<sup>2</sup> - د هشام علي صادق. القانون الواجب التطبيق في دعاوى التحكيم. 2003. دار النهضة العربية. القاهرة الطبعة الأولى ص 153.

### المحور الثاني : طرق تسوية منازعات الاستثمار.

على الرغم من أن حسم منازعات الاستثمار لا يكون بالتأكيد أول ما يفكر فيه الأطراف عند إبرامهم للعقد الدولي إلا أنه يجب أن يأخذوا في الحسبان فرضية نشوب الخلافات و المنازعات في أي وقت و في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد.

و في إطار عقود الاستثمار فإن العلاقة بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيضة للاستثمار وإن كانت حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تتغير. لا سيما و أن مصالح الطرفين لا تسير في اتجاه واحد. وما لا شك فيه أن منازعات الاستثمار تتمتع بخصوصية ناجمة عن كون هذه العقود تبرم بين طرف عام و آخر خاص أجنبي. ومن ثم فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيضة لتحقيقها و الأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي. مما يجعل مسألة تسوية منازعات عقود الاستثمار موضوع في غاية الأهمية.

### أولاً : وسائل الوقاية من منازعات عقود الاستثمار

تهدف هذه الوسائل لتجنب المنازعات و تتمثل في الأساس في وسيلتين أساسيتين تضمنان توازن عقود الاستثمار بين سلطات و صلاحيات الدولة المضيضة للاستثمار و المستثمر الأجنبي و تتمثلان في ضمانات الثبات التشريعي و إعادة التفاوض.

1 - ضمانات الثبات : لا أحد ينكر حق الدولة المضيضة في تعديل تشريعاتها الداخلية وفقاً لما تقتضيه مصالحها في ضوء المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية و هي مضطرة لذلك لمسايرة التطور الحاصل في محيطها الداخلي و الخارجي و إن أضر ذلك بالمستثمر. فالدولة المضيضة تستطيع أن تلغي أو تعدل تشريعاتها الداخلية دون أن تترتب عليها أية مسؤولية دولية ما دامت لم تخالف أحكام و قواعد القانون الدولي. و لا يغير من ذلك إذا كان التشريع قد صدر مخاطباً الأجانب لأنه حتى و إن سلمنا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي في بعض الحدود فإن هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام دولي وليس في تشريع الاستثمار شيء من ذلك. لأن هذا القانون يصدر لمخاطبة أشخاص القانون الداخلي و يفترض فيه أنه عرضة للتعديل و الإلغاء<sup>(1)</sup>. غير أنه و خروجاً على هذا الأصل تقر بعض التشريعات و أحكام التحكيم للأطراف سلطة التجميد الزمني لقانون

<sup>1</sup> - هدى سليم، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيضة للاستثمار في ضوء اتفاقيات و مراكز التحكيم العربية والأجنبية رسالة ماجستير، معهد البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، مصر 2008 ص 92 و 93.

العقد. مع استبعاد كل التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل<sup>(1)</sup>. فتعديل التشريع في حد ذاته يعتبر أمراً مشروعاً ما دام أنه لا يتعارض مع أساسيات متعارف عليها من عدالة ومساواة. غير أن المستثمرين الأجانب يفقدون عنصر الأمان في تعاملهم مع الدول المضيفة لهم و يظلون يبحثون عن الاستقرار لاستثماراتهم وهو ما دفع بالكثير من الدول المضيفة إلى منح هؤلاء ضماناً بعدم تغيير العقد وتعديله. وذلك بوضع بند في العقد يتضمن شرط ثبات التشريع و استقراره بحسب وقت إبرام العقد. مع تطبيق ذلك إجرائياً وهو ما عملت و تعمل به العديد من الدول التي تسعى إلى استقطاب الاستثمار الأجنبي و تقديم نفسها نقطة جذب له. والهدف من تضمين العقد شرط الثبات التشريعي هو النص على عدم تعديل أو إلغاء القانون الواجب التطبيق على العقد و إبقائه على الحالة التي كان عليها وقت الإبرام مع تخصيص العقد الذي يبرم بين دولة و أحد الأشخاص الأجنبية بذلك<sup>(2)</sup>

و في رأينا أن ضماناً الثبات التشريعي هو قيد على الدولة المضيفة يمنعها من تعديل أو إلغاء القانون الذي يحكم العقد. و قد ورد في قانون الاستثمار الأجنبي حكم يؤكد أنه لن تجري أية مراجعات أو إلغاءات على الاستثمارات المنجزة في إطار التشريع المعمول به. إذا طلب المستثمر ذلك صراحة. مع الحصول على التعويض المنصف و العادل إذا ما تمت مصادرة إدارية و التي لا ملجأ إليها إلا وفق ما نص عليه التشريع المعمول به<sup>(3)</sup>.

و لقد ثار نقاش حول فعالية الثبات التشريعي و دوره في الوقاية من منازعات الاستثمار و تجنب حدوثها. بحيث تبين من خلال العديد من الحالات أن وجود مثل هذه الضمانة لا يحول دون ظهور منازعات. ففي قضية " AMINOILE " بالرغم من نص المادة 17 من عقد الاستثمار المبرم بين الكويت و شركة AMONOIL و التي تنص على أنه " لا يجوز أن تبطل تلك الاتفاقية بموجب أية إجراءات تشريعية أو إدارية كانت إلا حسب ما هو مشترط في المادة 11 والتي تنص بدورها على ما يلي : " لا يجوز إجراء أية تغييرات في الاتفاقية من طرف واحد. والتغييرات مسموح بها فقط في حالة اتفاق جميع الأطراف. وذلك لتحقيق مصلحة مشتركة " فلم يمنع شرط الثبات من قيام الكويت بتأميم أصول شركة أمينوال AMINOIL عام 1977. بل أكثر من ذلك صرح المحكمون في النزاع القائم بين الطرفين بأن حالة التأميم لا تخضرها بالضرورة شروط الثبات. و مؤدى ذلك أنه بالرغم من الاتفاق مع الدولة على عدم القيام بأي إجراء تشريعي أو

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد. عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. الطبعة 1. منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. لبنان 2006 ص 162.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الكرم سلامة. شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية. المجلة المصرية للقانون الدولي عدد 43. مجلد 1987 ص 68.

<sup>3</sup> - الأمر 03/01. المرجع السابق.

إداري يغير من وضعية المستثمر إلا أن التأميم لا يحول الثبات دونه و بالتالي لا مانع من حدوث منازعات ،

و في رأينا يرجع عدم فعالية الثبات في الوقاية من منازعات الاستثمار إلى التطورات العالمية و الأوضاع السريعة التغير في الدول النامية وكذلك حاجة تنفيذ عقود الاستثمار لمدد طويلة قد تستغرق عقود من الزمن يصعب معها أن تبقى الحكومات المتعاقبة دون أن تغيرها أو تعدلها. وبذلك ينحصر جدوى الثبات التشريعي في تقوية المركز التفاوضي للمستثمر باعتبارها أساس شرعي لتعويض مناسب كما أنه عامل مساعد لإعادة التفاوض مع الدولة المضيفة للاستثمار.

2 - شرط إعادة التفاوض : أدى الشك بفعالية الثبات التشريعي إلى تضمين عقود الاستثمار الطويلة الأجل شروط إعادة التفاوض كبديل لشرط الثبات. فالدولة بدلا من أن تستخدم امتيازات السلطة العامة بأن تعدل من العقد بشكل انفرادي تلتزم بإعادة التفاوض.

وللإحاطة بشرط إعادة التفاوض لأبد من تعريفه حيث يمكن تعريفه بأنه : شرط يدرجه الأطراف في العقد يتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يجدها الأطراف. من شأنها الإخلال بتوازن العقد و إصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم<sup>(1)</sup>.

و هذا ما أقره معهد روما " UNIDROIT " سنة 1994 من خلال المبادئ التي نشرها " في حالة تغير الظروف يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح المفاوضات و يجب أن يقدم الطلب دون تأخير و أن يكون مسببا "

فشروط إعادة التفاوض هي الشروط التي بموجبها يلتزم الأطراف في حالة تغير جوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى لأجل خلق توازن تعاقدي جديد.

#### ثانيا : الوسائل الودية لفض منازعات الاستثمار

تتعدد الطرق الودية لحل منازعات الاستثمار منها الوساطة و التوفيق و الجدير بالذكر أن هذه الوسائل من شأنها جلب الاستثمارات خصوصا لدى بلدان العالم الثالث لما تتمتع به هذه الوسائل من مزايا تتناسب مع منازعات عقود الاستثمار مما يجعل المستثمر الأجنبي يطمئن إلى التزام الدولة باستثمارها و عدم الإضرار بحقوقه. الأمر الذي قد يعجز القضاء على تحقيقه في غالب الأحيان و من أهم مميزات الوسائل الودية

<sup>1</sup> - سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن و العلاقات العقدية في قانون التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، طبعة القاهرة 1988 ص:405.

أ : تحكم الأطراف في الإجراءات فكل إجراء من الوسائل الودية يخضع لرضاهم<sup>(1)</sup>.

ب : السرعة و المرونة و ذلك لبساطة إجراءاتها فهي تتم في وقت أقل من المحاكمة العادية أو التحكيم<sup>(2)</sup>.

ج : قلة النفقات فهي أقل بكثير من نفقات التحكيم و أتعاب المحكمين.

غير أن هذه الوسائل يعترها نقص و تشوبها عيوب و من ذلك عدم إنتهائها بقرار ملزم للأطراف فإذا تعنت أحد الأطراف في الالتزام بما انتهى إليه الوسيط أو الموفق ثم العودة إلى البداية وبذلك يضيع الوقت و الجهود المبذول خلال هذه الفترة.

1 - الوساطة : هي وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها بإرادة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع و يختارون خلالها إجراءات و أسلوب الوساطة من أجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له.

و قد عرفها الأستاذ فوشار بأنها : " آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين الطرفين تكون مهمته محدودة في محاولة التوفيق بين الأطراف أو بذل الجهود لتقديم حل يرضي الطرفين"<sup>(3)</sup>.

في حين عرفها الدكتور هوام علاوة بأنها " وسيلة لتسوية النزاعات بعيدا عن القضاء، تتم من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع و تعمل على تسوية خلافاتهم باستخدام وسائل وفنون و مهارات التفاوض بهدف الوصول إلى حل يرضي جميع الأطراف و يحقق لكل طرف مآربه و أهدافه، يقوم بها طرف أجنبي عن العقد ميزته الحياد والاستقلال و الكفاءة"<sup>(4)</sup>.

إذن فمضمون الوساطة هو لجوء الأطراف المتنازعة إلى شخص ثالث محايد " الوسيط " يساعدهم على التفاوض و يقرب بين وجهات نظرهم ليصلا إلى حل يرتضيانه للنزاع، و تقتصر مهمة الوسيط على بناء سبل الحوار بين أطراف النزاع وصولا يهما إلى إيجاد حل يرضيهما و يحقق هدفهما، وبذلك يكون طرفي عقد الاستثمار قد صنعا بأنفسهما حلا و حكما لنزاعهما.

2 - التوفيق : " إن التوفيق يهدف أساسا إلى تشجيع و تسهيل الاتصال المباشر بين الطرفين مما يسهل و يشجع الحوار بينهما من أجل التوصل إلى تسوية تعبر عن إرادتهما و لذلك يتميز بمرونة الإجراءات و بساطتها، وقد عرف التوفيق بأنه : اتفاق أطراف النزاع على تسوية نزاعهم

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 180.

<sup>2</sup> - الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية و غير التحكيمية لتسوية المنازعات الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الجزائر سنة 1999 ص 170، 171.

<sup>3</sup> - مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة و التحكيم، جوان سنة 2008 ص 570.

<sup>4</sup> - هوام علاوة، الوساطة القضائية بديل لحل النزاع و تطبيقاتها، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة 2013 ص 15

عن طريق التوفيق و اختيار الموقف الذي ستوكل إليه مهمة حسم النزاع ثم تتولى بعد ذلك إجراءات التوفيق بواسطة الموفق المختار من الأطراف المتنازعة وفق تقديره الخاص " (1)

في حين يرى البعض بأنه وسيلة إرادية يتم من خلالها مساعدة الأطراف من قبل شخص يدعى الموفق الذي يختار باتفاق الأطراف يسعى من خلاله إلى تسوية ودية للنزاع القائم و يتم اختيار وسيلة التوفيق بحرية تامة من قبل الأطراف غير أنه لا يمكن لأي طرف أن يجعل لها حدا في الوقت الذي يريده (2). و التوفيق كوسيلة من الوسائل البديلة لحل النزاع يتم بواسطة شخص ثالث حيادي و نزيه يحاول أن يقرب أطراف النزاع بعد تحديد المسائل محل الخلاف. ثم يقترح اتفاقا صلحيا يعرضه على المتقاعدين و متى وافق قبولهم كان منهيًا للنزاع و يسمى الشخص الثالث بالموفق **CONCILIATEUR** (3).

و يختلف التوفيق عن الوساطة ففضلا عن كون الوساطة مأجورة و التوفيق مجاني من حيث المدة الزمنية الممنوحة لكل منهما (4). في كون الوسيط تقتصر مهمته على ترتيب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة. بينما الموفق يسعى لاستعراض الحلول الممكنة و اقتراح بعضها على المتنازعين. ولذلك ذهب بعض الفقه إلى أن الموفق هو الذي يبلور القرار أو الحل بنفسه ثم يحاول بعد ذلك حمل الأطراف على الموافقة عليه (5).

### ثالثا : الوسائل القضائية و التحكيمية لفض منازعات الاستثمار

- لا يكفي أن تحدد الدول القواعد الموضوعية التي يتم على أساسها معاملة الاستثمار الأجنبي. بل لا بد من وجود وسائل أخرى تضمن للمستثمر عند حدوث أي نزاع ينشأ بينه و بين الدولة المضيقة له. يتولى من خلالها فض النزاع سواء كانت هذه الوسائل داخلية أم دولية لأن المستثمر حتى و لو كان يعي بحقوقه و التزاماته و يحرص على الالتزام بها. إلا أنه قد يكون أكثر حرصا اتجاه الوسيلة التي يعتمد عليها في فض نزاعه عندما تصطدم حقوقه و مصالحه مع حقوق الدولة المضيقة. لذلك فإن الحماية الإجرائية لا تقل من حيث أهميتها عن الحماية الموضوعية لأن المناخ الاستثماري لا يتأثر فقط بالنظم و القواعد السائدة في الدولة المضيقة و في الاتفاقيات المتضمنة للقواعد التي تحكم روابط الاستثمار في مرحلة الثبات و السكون. بل يتأثر هذا المناخ الاستثماري أيضا بطرق و أساليب التسوية عند تنفيذ الاستثمار. خاصة و أن

<sup>1</sup> - هاني محمد البوعاني. ورشة العمل الوطنية الثنائية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية. صنعاء 2009 ص 05

<sup>2</sup> - pierre lamontagne , médiation et arbitrage , modes alternatifs de règlement de conflits, édition faske Martineau p 05 .

<sup>3</sup> - علاوة هوام. مرجع سابق ص 91.

<sup>4</sup> - R Keyser , la recherche en France de diminution des contentieux op. at. p 211

<sup>5</sup> - علاوة هوام. مرجع سابق ص 93.

التسوية قد تكتنفها صعوبات ناجمة بسبب اختلاف المراكز القانونية لطرفي النزاع، إذ يكون أحدهما دولة ذات سيادة و لها الشخصية الدولية و الآخر شخص طبيعي لا يتصف بصفة الدولية.

- **القضاء الوطني** : كقاعدة عامة يعد القضاء الوطني صاحب الاختصاص الأصيل في منازعات الاستثمار و بالذات القضاء الوطني للدولة المضيضة للاستثمار، إذ يمكن اللجوء إلى قضاء وطني لدولة المستثمر أو لدولة نالته أخرى غير أن سيادة الدولة المضيضة للاستثمار تكون في الغالب حاجز للمثول أمام قضاء وطني غير تابع لها، بل حتى أمام قضاءها الوطني حين يتعلق الأمر بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة.

و قد نصت الفقرة الرابعة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 لسنة 1962 على مايلي " على أي حال فعندما تثير مسألة التعويض خلافاً يجري استنفاد الاختصاص الوطني للدولة التي اتخذت مثل تلك الإجراءات هذا و عند الاتفاق بين الدولة ذات السيادة و الأطراف المعنية تتم تسوية النزاع من خلال التحكيم أو القضاء الدولي<sup>(1)</sup>.

و قد نصت المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري على ما يلي : يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية و متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم أو في حالة وجود اتفاق خاص ينصب على بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص<sup>(2)</sup>.

و تعتبر مسألة إسناد مهمة الفصل في المنازعات التي تقوم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيضة له نتيجة عدم تنفيذ التزاماتها التعاقدية إلى القضاء الوطني للدولة المضيضة سواء بنص تشريعي أو اتفاقي أمر سيعجل من المستثمر الأجنبي في وضع مائل للمستثمر المحلي من حيث افتراض علمه بالقواعد القانونية الداخلية و اتقانه التعامل بها و هو ما قد يثير بعض الإشكالات في تقبل هذا الوضع من طرف المستثمر الأجنبي و يخلف بعض الأعدار لديه في التهرب من هذه الوسيلة إلى وسائل بديلة قد تكون أكثر مرونة أو ضماناً بحسب معتقداته، و انطلاقاً من ذلك فإن المستثمرين الأجانب يبدون نوعاً من الريبة اتجاه القضاء الوطني للدولة المضيضة للاستثمار وذلك للأسباب التالية :

- عدم حياد القضاء الوطني باعتبار أن دولته طرف في النزاع.

<sup>1</sup> - قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ : 1962/12/04 راجع نص هذا القرار على الموقع الإلكتروني [http : // www.miaad.org/aAHRC/Qararat UN. PDF](http://www.miaad.org/aAHRC/Qararat UN. PDF)

<sup>2</sup> - الأمر 03/01، المرجع السابق

- بطء الإجراءات في القضاء الوطني.

- افتقار القضاء الوطني عادة للخبرة الفنية اللازمة لحل نزاعات الاستثمار المتصفة

بالدقة

مثل عقود نقل التكنولوجيا<sup>(1)</sup>.

- **القضاء الدولي** : قد يحدث و أن ترفض محاكم القضاء الوطني النظر في نزاع استثماري تضرر منه المستثمر فيستدعي الأمر اللجوء إلى القضاء الدولي لإقامة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمار.

و يعرف قاموس القانون الدولي العام المسؤولية الدولية ب: " الالتزام المفروض بمقتضى القانون الدولي على الدولة المنسوب إليها ارتكاب الفعل. أو امتناع مخالف لالتزاماتها الدولية بتقديم تعويض إلى الدولة المضرة سواء في شخصها أو في شخص أموال رعاياها ".  
و من جملة التعريفات التي قدمها الفقه للمسؤولية الدولية يمكن التحدث عن قيام المسؤولية الدولية بتوافر ثلاثة شروط:

- حدوث إخلال بالتزام دولي.

- إمكانية إسناد هذا الإخلال إلى الدولة.

- حدوث ضرر ناتج عن الإخلال بشخص من أشخاص القانون الدولي أو رعاياه.

و المشكلة المطروحة هي : هل مجرد إخلال الدولة بالتزامها العقدي مع المستثمر الأجنبي يعد إخلالا بالتزام دولي. على أساس أنه لا يشكل خطأ دولي لأن العقد المبرم تم وفق القانون الوطني وأن أي إخلال يحدث هو إخلال بالقانون الوطني لا غير و لا يمكن أن يشكل خطأ دولي ؟

و لهذا يشترط بعض الفقه وجود فعل غير مشروع مستقل عن العقد و السبيل الوحيد أمام المستثمر الأجنبي للتقاضي أمام القضاء الدولي للمطالبة بحقوقه هو أن يطلب من دولة جنسيته أن تبني مطالبه و التي تعرف بدعوى " الحماية الدبلوماسية " و يشترط لاستخدام هذه الدعوى الجنسية الفعلية واستنفاد الوسائل القانونية الداخلية المتاحة في الدولة المضيفة و لكن غالبا ما تبوء هذه الطريقة بالفشل<sup>(2)</sup>.

**التحكيم** : معظم المراجع التي تناولت التحكيم يتناولون فكرة هل التحكيم سابق أم القضاء.

<sup>1</sup> - د.عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان. المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي دار النهضة العربية 1990 ص:114.

<sup>2</sup> - بشار محمد الأسعد. عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. المرجع السابق. ص 332.

## تعريف التحكيم :

يقصد بالتحكيم " إجراءات النظر في قضايا المنازعات الواردة في العقود المتعلقة بالتجارة الدولية و التي يمكن أن تقوم بها محاكم التحكيم الدائمة أو تحكيم الحالات الخاصة<sup>(1)</sup>. التحكيم : هو الوسيلة التي تخول حل مشكل تجاري له فوائد تجارية تتعدى الإطار الوطني بين الطرفين أو أكثر. بواسطة طرف أو أطراف من الغير يستمدون سلطتهم من اتفاق الخصوم ويعملون على أساس هذه الاتفاقية دون أن تتم تسميتهم من طرف الدولة و ينسب هذا التعريف للفقهاء الفرنسي<sup>(2)</sup>.

**تعريف القانون الجزائري :** إن المشرع الجزائري قد عرف التحكيم التجاري الدولي بمقتضى المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 09/93 التي تنص : يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج<sup>(3)</sup>. أما في ظل القانون 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث أن المادة 1039 منه تنص : " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون. التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل<sup>(4)</sup> خلاصة القول أن التحكيم ينزع من حيث المبدأ الاختصاص من القضاء الرسمي و يعطيه لشخص أو لهيئة أخرى. لتصبح ولاية الفصل في النزاع لها<sup>(5)</sup>

**التمييز بين التحكيم الوطني و التحكيم الدولي :** إن التحكيم الوطني هو ذلك التحكيم الذي تكون كل مكوناته أو عناصره منحصرة في دولة معينة. وعلى العكس إذا ارتبط هذا التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية فنكون عندئذ بصدد تحكيم أجنبي<sup>(6)</sup>.

أما دولية التحكيم فتعني ببساطة شديدة أن يكون بين التحكيم و النظم القانونية لدول مختلفة العديد من نقاط الالتقاء و إما أنه منبت الصلة تماما بأي من النظم القانونية الوطنية<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup> - بشار محمد الأسعد. المرجع نفسه ص 343.

<sup>2</sup> - أحمد أنعم بن ناجي أوصلاحي. النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي. الطبعة الأولى. اليمن صنعاء. المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع د ت 2010 ص 8.

<sup>3</sup> - محمد غزبول برادة. تسوية المنازعات الدولية الواقع و الآفاق. مجلة الأعباء صادرة عن رابطة علماء المغرب. صفر 1419 هـ الموافق لجويلية 1995 ص:180.

<sup>4</sup> - المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 مؤرخ في : 1994/04/25 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية. جريدة رسمية عدد 27 مؤرخة في : 1993/04/27.

<sup>5</sup> - قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في : 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في : 2008/04/22

<sup>6</sup> - عمر سعد الله. قانون التجارة الدولية. النظرية المعاصرة. الطبعة الأولى. دار هومة. سنة 2007 ص 274.

<sup>7</sup> - كمال إبراهيم. التحكيم التجاري الدولي ط1. القاهرة. دار الفكر العربي. 1991.

أنواع التحكيم التجاري الدولي: لا يتخذ التحكيم صورة واحدة في الممارسة العملية و إنما له صورا متعددة. قد يكون اختياريا أو إجباريا. حكيمًا بالقانون أو حكيمًا بالصلح يكون أيضا حكيمًا حرا أو حكيمًا مؤسسيا. كل هذه الأنواع سيتم الحديث عنها اعتمادا على ثلاثة معايير: من حيث الإلزام، من حيث التنظيم، و من حيث الأساس المعتمد لفض النزاع.

أ - من حيث الإلزام: فهنا نميز بين التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري.

- التحكيم الاختياري: هو التحكيم الذي يلجأ إليه الخصوم إراديا. أي دون إلزام من جهة معينة وهذا هو الأصل العام في التحكيم التجاري الدولي. الذي يتم بناءا على تراضي الخصوم بمقتضى قبولهم شرط التحكيم الوارد في العقد. أو باتفاق بينهم بعد وقوع النزاع.

- التحكيم الإجباري: هو التحكيم الذي يجبر فيه الخصوم على اللجوء إليه في نزاعاتهم وهو الاستثناء من التحكيم الاختياري.

ب - من حيث التنظيم: نتطرق إلى التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي.

- التحكيم الحر: يطلق عليه التحكيم الخاص أو حكيم الحالات الخاصة ( AD HOC ) ويعرف بأنه: " التحكيم الذي يقوم بإدارته الأطراف المعنية أو مستشاروها القانونيين دون تدخل منظمة مختصة <sup>(1)</sup>، فهو حكيم لا يختار فيه الأطراف هيئة دائمة للتحكيم، وإنما يجري في حالات فردية وفق مشيئة الخصوم من حيث اختيارهم للمحكمين و كيفية مباشرة إجراءاته و مكان انعقاده و القانون الذي يسري على النزاع <sup>(2)</sup> و من أبرز قواعد التحكيم الحر في الوقت الحاضر في المجال الدولي. نجد القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية ( unicitral ) فتكفل لأطراف النزاع القواعد الإجرائية لإتباعها في التحكيم الحر <sup>(3)</sup>.

- التحكيم المؤسسي: ويسمى أيضا التحكيم النظامي، وهو التحكيم الذي يجري في إطار مراكز و مؤسسات حكيم دائمة <sup>(4)</sup> فيكفي وفقا لهذا التنظيم اتفاق الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى إحدى تلك الهيئات، لتقوم تلك الهيئة بعد ذلك بتولي التحكيم وفقا لقواعد و إجراءات محددة تقوم بوضعها مسبقا <sup>(5)</sup>، فالإحالة إلى أحد هذه المراكز تعني في الأصل الأخذ بقواعد موحدة إلا إذا جاز النظام مخالفتها. إضافة إلى إعفاء أطراف اتفاق التحكيم من التصدي لكل التفاصيل في شرط التحكيم و الاكتفاء بما ورد في شأنها في نظام التحكيم

<sup>1</sup>- أبو زيد رضوان. المرجع السابق ص 54.

<sup>2</sup>- نبيل أنطاكي. التحكيم الحر و المؤسسي. واتفاقات التعاون بين مؤسسات التحكيم. ورقة عمل مقدم لندوة. سنة 2001 ص 3.

<sup>3</sup>- أبو زيد رضوان. المرجع السابق ص 21.

<sup>4</sup>- عمر سعد الله. المرجع السابق ص 276، 277.

<sup>5</sup>- كمال إبراهيم. المرجع السابق ص 29.

المختار<sup>(1)</sup> وقد تناول المشرع الجزائري التحكيم دون التفرقة بين التحكيم الحر و التحكيم المؤسسي. إذ وضع تنظيمًا عامًا للتحكيم الداخلي و الدولي و ترك للأطراف حرية تبني أي نظام تحكيمي يرونه مناسبًا. وهذا ما نصت عليه المادة 458 مكرر 2 من قانون الإجراءات المدنية القديم: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي... " أما في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد فنصت المادة 1041 على أنه: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي... " فمن هنا يتبين أن المشرع الجزائري لم يغير من موقفه السابق في ترك الحرية للأطراف في تبني أي نظام تحكيمي يرونه مناسبًا و ملائمًا لحل نزاعهم. أما على صعيد مؤسسات التحكيم فالجزائر لا تملك أي مركز أو مكتب أو جمعية للتحكيم. إلا أنه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96 - 94 المتضمن إنشاء الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة و التي أعطى لها صلاحية إحداث مؤسسة للمصالحة و التحكيم. وذلك بموجب نص المادة 5 من هذا المرسوم<sup>(2)</sup>.

ج - من حيث الأساس المعتمد لفض النزاع: يقسم إلى التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح - التحكيم بالقانون: هو التحكيم الذي يتم فيه الفصل في موضوع النزاع بناءً على أحكام القانون. فيمارس المحكم سلطة القاضي في تطبيق أحكام القانون على النزاع<sup>(3)</sup>. الأصل في التحكيم أن يكون تحكيمًا بالقانون ما لم يتفق الأطراف على تعويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعة ووفقًا لمبادئ العدالة و الإنصاف<sup>(4)</sup> - التحكيم بالصلح: فهو تحكيم لا يتقيد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي للفصل في النزاع المعروف عليه. بل يفصل فيه طبقًا لقواعد العدالة<sup>(5)</sup> - موقف المشرع الجزائري: تطرق إلى التحكيم بالصلح في المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم. حيث جاء في نصها: " تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها اتفاقية التحكيم هذه السلطة " و تعني أن المحكم و يطلب من الأطراف يفصل في النزاع طبقًا لما يعتبره منصفًا و عادلًا و يستبعد القواعد القانونية. وهنا المحكم يمكنه خرق القانون. أما في

<sup>1</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل. قواعد وإجراءات التحكيم ووفقًا لنظام غرفة التجارة الدولية. مجلة الحقوق. عدد 1. جامعة الكويت.

كلية الحقوق 1993 ص: 59.

<sup>2</sup> محمود السيد عمر التحيوي. أنواع التحكيم و تمييزه عن الصلح و الوكالة و الخبرة. ط 1. الإسكندرية. دار المطبوعات الجامعية 2002. ص 230.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 96 - 94 المتضمن إنشاء الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة المؤرخ في 03 مارس 1996 منشور بجريدة سميرة عدد 16 ص: 33.

<sup>4</sup> د. مصطفى محمد الجمال و د/ عكاشة محمد عبد العال. التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية. الطبعة الأولى. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 1998 ص 108.

<sup>5</sup> مصطفى محمد جمال. عكاشة محمد عبد العال. المرجع السابق ص 118.

ظل قانون 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقد خلى المشرع الجزائري عن موقفه في مسألة المفوض بالصلح. فنصت المادة 1023 منه على أن يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون. و هذا ما يميز التحكيم عن الوساطة و التوفيق وكذلك الصلح الذي ينتهي بمجرد عقد الصلح أما التحكيم فبالإتفاق عليه تعتبر بدايته.

#### الخاتمة

نظرا للطبيعة الخاصة لاتفاقيات الاستثمار و تعدد أطرافها فإنه من الطبيعي أن تنشأ بين أطرافها منازعات حول تطبيقها أو تفسير بنودها مما استوجب توفير وسائل ودية محايدة وفعالة لتسويتها كالوساطة و التوفيق و التحكيم إلى جانب الوسائل القضائية كاللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار. وإلى القضاء الدولي و الاتفاقيات الدولية الخاصة بمنازعات الاستثمار وقد تبين من خلال البحث أن اللجوء إلى القضاء الدولي لا يخلو من صعوبات قانونية، حيث ينبغي على القضاء لضمان نجاعة الاستثمار و حسن الفصل في المنازعات الناشئة عنه، التوفيق بين مصلحتين الأولى تحقيق قيمة إضافية للاقتصاد الوطني للدولة من خلال توظيف رؤوس أموال أجنبية لديها والثانية تحقيق أرباح من قبل المستثمرين بقطع النظر عن مدى القيمة المضافة التي تؤديها هذه الاستثمارات للدولة المضيفة. وقد تلتقي هاتان المصلحتان أو تفترقان، وعندها تبحث كل مصلحة عن وسائل حمايتها بقطع النظر عن المصلحة الأخرى. وهذا هو مناط النزاع و لذلك يلجأ المستثمرون الأجانب إلى التحكيم التجاري الدولي لأسباب في مقدمتها عدم الاطمئنان لحياة القضاء الوطني من جهة، و لسرعة إجراءات التحكيم التي تأخذ وقتا طويلا من جهة أخرى و لا يمكن اعتبار اللجوء إلى التحكيم التجاري مقارنة بالإجراءات القضائية الدولي انتهاكا للسيادة الوطنية طالما أن القضاء الوطني يملك دور الرقابة فيتدخل لضمان نجاعة العملية التحكيمية ومطابقتها لأسبابها الإجرائية و الموضوعية دون المساس بالعلاقات التعاقدية للأطراف التي هي أساس التحكيم. وطالما أنه يسعى لتوفير الضمانات الكافية لسلامة القرار التحكيمي لضمان الموازنة بين المصالح و الحقوق على أنه ينبغي للدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية حماية مصالحها الوطنية بحسن صياغة عقود الاستثمار وإتقان الاتفاقيات الدولية للاستثمار بصيغ دقيقة بدلا عن الصياغات العامة التي تشير إلى المبادئ العامة للقانون.

## القيود القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر.

د. عبدلي حبيبة جامعة خنشلة

### ملخص:

انتهجت الجزائر و في ظل الإصلاحات الاقتصادية سياسات متعددة الجوانب تهدف في مجملها إلى تحقيق تنمية مستدامة. وذلك من خلال الجهود المبذولة من طرف المشرع الجزائري لتحسين الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر. حيث أن كل هذه القوانين تهدف لتجميع و توحيد ضمانات وحوافز الاستثمار لتحريره من القيود و المعوقات المختلفة. ورغم الترسانة الكبيرة من القوانين و التحفيزات و المزايا التي أصدرتها الجزائر في مجال الاستثمار بهدف جذب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الجزائر غير أن هناك العديد من القيود والعقبات التي تحد من مستوى تدفقاته بالجزائر.

### Résumé

Dans le cadre des réformes économique l'Algérie a endoctriné des politiques multi angulaires visant toutes à atteindre la réalisation d'un développement durable, et ce a travers des efforts législatifs établis afin de promouvoir le cadre réglementaires de l'investissement étranger en Algérie en unifiant le garanties et les motivations de l'investissement dans le but de le libérer des différents entraves possibles.

Malgré l'important dispositif de lois et l'encouragements établis par l'Algérie dans le domaine de l'investissement visant l'attraction des capitaux étrangers, les contraintes et les obstacles qui réduisent leurs avènement vers le marché Algériens restent de taille.

### مقدمة:

الأکید أن اتجاه الاستثمار إلى بلد معين يتوقف على مجموع الحوافز المقدمة من طرف الدولة المستقطبة لجذبه من جهة. وإزالة الحواجز والقيود التي تقف في وجهه من جهة أخرى. والجزائر من بين الدول التي تسعى جاهدة إلى جلب المستثمر الأجنبي للاستثمار فيها من خلال تقديم مختلف الامتيازات والضمانات التي تشجع على ذلك خصوصا بعد تبنيتها لسياسة الاقتصاد الحر. حيث عملت على تكييف و تخيين منظومتها القانونية وفق متطلبات هذا التحول وجعلها أكثر ليونة في ميدان الاستثمار لكونه ركيزة أساسية لأي نهضة اقتصادية.

وتبرز أهمية الموضوع في انه ولتحقيق التنمية المستدامة لابد أن تتوفر وسائل ضرورية لتحقيقها. ويبقى الاستثمار الأجنبي المباشر احد أهم الوسائل الفعالة لتحقيق ذلك كونه مصدر من مصادر التمويل الخارجي ويعمل على زيادة استخدام الموارد المحلية مما ينعكس إيجابا على الدولة.

## إشكالية الموضوع:

انفتاح اقتصاديات الدول النامية نتج عنه استقطاب المزيد من التدفقات المالية والدولية ساهمت في عولمة الاستثمارات الأجنبية . و الجزائر ومن اجل مواكبة هذه التطورات الاقتصادية وحتمية الانتقال إلى الاقتصاد الحر أصدرت في مجال الاستثمار مجموعة من القوانين لتنظيم عملياته وفتح السوق الجزائرية أمام المستثمرين الأجانب . كانت بدايتها قانون 11/90 المتعلق بالنقد والقرض (المؤرخ في 18/04/1990 ج.ر. رقم 16 لسنة 1990). ثم المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية ودعم الاستثمار (المؤرخ 05/10/1993 ج.ر. رقم 64 لسنة 1993) . وكذلك الأمرين 03/01 (المؤرخ في 20/08/2001 ج.ر. رقم 47 لسنة 2001) والأمر 08/06 (المؤرخ في 15/07/2006 المعدل والمتمم للأمر السابق والمتعلق بتطوير الاستثمار). إضافة إلى التعديل الأخير لقانون الاستثمار بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 (الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22/07/2009) وقد منحت هذه القوانين حفيظات كثيرة للمستثمرين الأجانب.

ورغم هذه الجهود المبذولة لتحسين الإطار القانوني للاستثمار في الجزائر هناك العديد من القيود والحوجز التي تقف في وجه المستثمر الأجنبي وتحول دون تدفقه . سواء تعلق الأمر بمضمون بعض النصوص القانونية التي تضع إجراءات تعيق الاستثمار . أو تلك التي تظهر على مستوى الإدارة القائمة بتطبيق و تنفيذ قوانين الاستثمار . وهذا يدفعنا إلى التساؤل عن :

• ماهية القيود القانونية التي تقف في وجه المستثمر الأجنبي و تحول دون تحقيق

هدفه رغم الحوافز و المزايا التي تضمنها قانون الاستثمار الجزائري ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية تم تقسيم هذا الموضوع إلى محورين : الأول تم التطرق فيه إلى القيود التشريعية للاستثمار الأجنبي في الجزائر و التي تتمثل أساسا في قيد منصوص عليه في القانون و قيد له علاقة بعدم الاستقرار القانوني و الاقتصادي في الجزائر . أما المحور الثاني فتم التطرق فيه إلى القيود الإجرائية المرتبطة أساسا بمظاهر الفساد الإداري وانعدام الشفافية في المعاملات . إضافة إلى سوء تطبيق القانون من جانب الإدارة .

أولا- القيود التشريعية :

و يتعلق الأمر بالقيود و العقوبات القانونية التي تحول دون قيام المستثمر بالاستثمار في

بلد معين

و المستخرجة من النصوص القانونية المتعلقة بقانون الاستثمار . حيث أنها و إن كانت قوانين محفزة لجلب الاستثمار . لكن تطبيقها على أرض الواقع يجعل منها في بعض الحالات قوانين

نظرية . و في هذا الصنف من عوائق الاستثمار الأجنبي في الجزائر يتعلق الأمر بالقيود القانونية و عدم الاستقرار القانوني و الاقتصادي.

### أ. القيود القانونية :

من خلال استقراء الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم<sup>(1)</sup> نجد أن الجزائر وباعتبارها الدولة المستقطبة للاستثمار فهي ملزمة بوضع جملة من القواعد القانونية باعتبارها صاحبة السيادة و ملزمة بالظهور بهذا المظهر كحق من حقوقها القانونية على إقليمها، غير انه و من جانب آخر تشكل هذه القواعد القانونية قيوداً أمام استقطاب الاستثمار الأجنبي و تدفعه للبحث عن أماكن أخرى آمنة للاستثمار فيها<sup>(2)</sup> ، و من مظاهر هذه القيود التي تشكل عقبات قانونية قيود التحفيزات الضريبية و مخاطر نزع الملكية للمنفعة العامة:

#### 1- قيود واردة على التحفيزات الضريبية للمستثمر الأجنبي :

التحفيزات هي الآليات التي تضعها الدولة المضيفة لاستقطاب المستثمر للاستثمار فيها<sup>(3)</sup> وتتعلق الحوافز الضريبية بمختلف الإعفاءات من الحقوق الجمركية و الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة ، والتي نص عليها قانون تطوير الاستثمار<sup>(4)</sup> . غير أن الاستفادة من هذه الحوافز يلزم المستثمر بإتباع العديد من الإجراءات ، و هذا يعني ملفات كثيرة . إضافة إلى مختلف القيود الضريبية المفروضة على المستثمر و إن كانت مزايا تضمنها قانون الاستثمار لتشجيع المستثمر الأجنبي غير أن تعددها واختلاف أوعيتها يزيد من أعباء المستثمر ويثقل كاهله ويظهر ذلك في المرحلتين سواء مرحلة الأجاز أو الاستغلال:

#### 1.1- قيود التحفيزات الضريبية للمستثمر في مرحلة الأجاز :

– رغم أن قانون الاستثمار نص على الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات المستثناة المستوردة و المقتناة محلياً و التي تدخل مباشرة في الاستثمار ، غير انه صدر مرسوم تنفيذي رقم 08/07<sup>(5)</sup> يستثني مجموعة من النشاطات و السلع و الخدمات

<sup>1</sup> - انظر الأمر 03/01 المؤرخ في 20/08/2001 متعلق بتطوير الاستثمار (ج.ر عدد 2001/52) الكرم. المتمم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في

2006/07/15 (ج.ر عدد 2006/47)

<sup>2</sup> - دريد محمد السامرائي ، الاستثمار الأجنبي المعوقات و الضمانات القانونية . مركز دراسات الوحدة العربية . الطبعة الأولى . بيروت . لبنان 2006 . ص 103.

<sup>3</sup> - عبد الله عبد الكرم . ضمانات الاستثمار في الدول العربية . دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى . عمان . الأردن . 2008 . ص 50.

<sup>4</sup> - انظر الفقرة 01 من المادة 09 المعدلة بالأمر 08/06 المعدل و المتمم لقانون الاستثمار 03/01 المشار إليه سابقاً.

<sup>5</sup> - انظر المرسوم التنفيذي رقم 07/سابقاً، مخ في 11/01/2007 يحدد قائمة النشاطات و السلع و الخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار المشار إليه سابقاً.

من هذه المزايا المذكورة في الأمر 03/01 المشار إليه سابقا ، و هذا يعني أنها لا تستفيد من الإعفاءات و التحفيزات الضريبية والجمركية التي نص عليها قانون الاستثمار ، و هو ما يشكل عائقا قانونيا في مواجهة المستثمر الأجنبي .

– كذلك المشرع في قانون الاستثمار لم يحدد مدة هذه الإعفاءات و أحال شأنها إلى المادة 13 بموجب الأمر 01/09 المعدل و المتمم للقانون 08/06 المعدل و المتمم بدوره لقانون الاستثمار (1) والأجل يبدأ حسابه من تاريخ التبليغ بقرار منح المزايا الضريبية من طرف الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ، و هذا يعني أن مدة الإعفاءات غير محددة. و الأمر هنا ينصب على المشروع و مدة إجازته و هذا يعد أمرا مبهم و غير واضح مما يؤثر سلبا على مناخ الاستثمار و يدفع بالمستثمر إلى النفور والهروب نتيجة تأخير مدة إجاز المشروع مما ينعكس سلبا على المستثمر الأجنبي .

## 1. 2 - قيود التحفيزات الضريبية للمستثمر الأجنبي في مرحلة الاستغلال :

– المادة 35 من الأمر المتضمن قانون المالية التكميلي (2) وضعت شرطا و هو ضرورة إنشاء أكثر من 100 منصب شغل عند انطلاق النشاط و ذلك للاستفادة من مزايا هذه المرحلة ، و إن كانت الجزائر تهدف من خلال تكريس هذه المادة في قانون الاستثمار إلى ترشيد الحوافز الضريبية الممنوحة للمستثمر. و كذلك الحاجة إلى خلق مناصب شغل و القضاء على البطالة في الدولة باعتبارها المضيفة لكن هذا يعد حاجزا و عائقا فرضته الدولة المضيفة بنص قانوني قد يعتبره المستثمر حاجز ينفره من الاستثمار في الجزائر .

– من العوائق القانونية في مجال منح الحوافز الضريبية أيضا أن الاستفادة من الإعفاء على القيمة المضافة يكون حكرا فقط على الاقتناءات ذات المصدر الجزائري<sup>(3)</sup> و إن كان هذا التعديل الذي تضمنه الأمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي المعدل و المتمم لقانون الاستثمار يهدف إلى تشجيع الإنتاج الوطني لاختلال التوازن بين الاستيراد و التصدير باعتبار الجزائر بلد ينصب استيراده على المحروقات أساسا. غير انه يعتبر من القيود القانونية التي تؤدي إلى تراجع الاستثمارات الأجنبية ، لأنه يعد بمثابة إنقاص للامتيازات التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي .

<sup>1</sup> - انظر الأمر 08/06 المشار إليه سابقا .

<sup>2</sup> - انظر المادة 35 من الأمر 01/09 المؤرخ في 01/09/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسابقا.9 (ج.ر عدد 44/2009 ) عدلت من المادة 09 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار المشار إليه سابقا.

<sup>3</sup> - انظرهاشم، 60 من الأمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي المشار إليه سابقا .

## 2- مخاطر نزع الملكية للمنفعة العامة :

ملكية الاستثمار شيئاً مقدساً عند المستثمر الأجنبي<sup>(1)</sup>، حيث يوليها هذا الأخير أهمية كبيرة و أي إخلال بها قد يجعله يعرض عن الاستثمار مهما توفرت فيه فرص تحقيق الربح . و لذلك كان من الضروري منحها أهمية كبيرة في سياسة الدولة لتحفيز الاستثمار الأجنبي و ضرورة إحاطتها بضمانات تحد و تزيل مخاوف المستثمر الأجنبي من خطر نزع ملكية الاستثمار . و هذا يجعله يقبل عليها دون تردد<sup>(2)</sup> ، و بالرجوع الى قانون الاستثمار الجزائري نجده :

- تكلم على ضمان ضد المصادرة الإدارية للمستثمر<sup>(3)</sup> و كذلك ضمن له عدم حصول نزع للملكية إلا في إطار ما نص عليه القانون<sup>(4)</sup> و هو ما يشجع المستثمر الأجنبي على الاستثمار دون تخوف غير أن احترام الملكية الفردية لم يجل دون نزعها للمنفعة العامة، و الأدهى دون أي تعويض عند ارتكاب أعمال مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام<sup>(5)</sup> و هذا يعد بدوره عائق قانوني يعيق المستثمر الأجنبي.

- و النتيجة أن أي نظام قانوني يتم بموجبه نزع الملكية و إن كان للمنفعة العامة فهو يعد عائقاً وقيداً قانونياً في وجه الاستثمار الأجنبي . لأنه في الأخير ينجر عنه حرمان المستثمر حكماً من استثمار أمواله .

### \* عدم الاستقرار القانوني و الاقتصادي :

من أهم القيود التي تقف في وجه الاستثمار الأجنبي و تجعل المستثمر يتردد في الإقدام على هذه الخطوة هو عدم الاستقرار في النظام القانوني للجزائر، و عدم الاستقرار في السياسة الاقتصادية للبلاد.

1- عدم الاستقرار القانوني: و يتعلق الأمر بالتغيرات المستمرة و تعدد القوانين و الأنظمة والتعديلات في مجال الاستثمار.

<sup>1</sup> - عمر هاشم ، محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر، 2007، ص 36 .

<sup>2</sup> - عمر هاشم، محمد صدقة، المرجع السابق، ص 40.

<sup>3</sup> - انظر المادة 16 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار و التي تنص على ان الجزائر. كن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به).

<sup>4</sup> - انظر القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المحدد للقواعد المتعلقة بتزع الملكية من اجل المنفعة العمومية (ج.ر عدد 1991/21).

<sup>5</sup> - انظر المادة 09 من الأمر 155/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 (ج.ر عدد 2006/14).

## 1.1 - التعديلات الماسة بقانون الاستثمار في الجزائر :

إن مسالة الاستثمارات في الجزائر عالجها المستثمر منذ الاستقلال و تحديدا قانون الاستثمارات الصادر في سنة 1963 (1) ، و قانون الاستثمارات لسنة 1966 (2). حيث يلاحظ أن المشرع حصر مبادرة تحقيق المشاريع الاستثمارية في القطاعات الحيوية ، ثم قانون 11/82 و قانون 15/88 (3) الذي رخص الاستثمار الأجنبي و ألغى التمييز بين القطاعين العام و الخاص ثم قانون 10/90 (4) وصولا إلى قانون 1993 الذي جاء في سياق التوجه نحو اقتصاد السوق و الاستعداد للاندماج في الاقتصاد العالمي (5) ، ثم جاء الأمر الرئاسي رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم (6) .

هذه التعديلات كانت جذرية و كان الهدف منها تحفيز الاستثمار الأجنبي في الجزائر ، غير أن عدم استقرار تشريع الاستثمار و تعرضه للتغيير من وقت لآخر يؤدي عدم ثبات توقعات المستثمر و حساباته و هذا يعد بدوره عائقا من العوائق التي تحول دون إقبال المستثمرين سواء المحليين أو الأجانب على الاستثمار في الجزائر .

## 1.2 - حق الدولة في إلغاء القوانين أو تعديلها :

ضمان استقرار القانون المطبق في ظل مشروع الاستثمار يعد تدخل و تقليص و حد من السلطة التشريعية للدولة ، و إن كان المبدأ المكرس في قانون الاستثمار هو بقاء القانون الذي انشأ في إطاره مشروع الاستثمار هو الساري المفعول (7) ، غير أنه للدولة المضيفة الحق في تغيير قوانينها و تعديلها أو حتى إلغائها ، و قد يمتد هذا الحق إلى إمكانية إلغاء القانون الذي قرر المبدأ في ظلّه ، و هذا أيضا يعد من أهم العوائق التي تعيق الاستثمار الأجنبي .

## 2 - عدم الاستقرار الاقتصادي :

امن أهم الأسباب التي تشكل عائقا أيضا في مواجهة الاستثمار الأجنبي في الجزائر هو التغيير المستمر في السياسة الاقتصادية للبلاد و يظهر ذلك من خلال :

<sup>1</sup> - انظر القانون رقم 277/63 المؤرخ في 26/07/1963 المتضمن قانون الاستثمار في الجزائر .

<sup>2</sup> - انظر القانون رقم 284/66 المؤرخ في 15/06/1966 المتضمن قانون الاستثمار في الجزائر .

<sup>3</sup> - انظر القانون رقم 25/88 الصادر في 12/07/1988 المتضمن قانون الاستثمار في الجزائر .

<sup>4</sup> - انظر قانون النقد و القرض 10/90 المؤرخ في 14/04/1990 .

<sup>5</sup> - منصوري الزين ، واقع و أفاق سياسة الاستثمار في الجزائر ، مقال منشور ، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد 02 ، صادرة عن مخبر

العولة و اقتصاديات شمال إفريقيا ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، الجزائر ، 2005 ، ص 129 .

<sup>6</sup> - انظر الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار المشار إليه سابقا .

<sup>7</sup> - انظر الأمر 03/01 السابق المعدل و المتمم .

## 2. 1 - غموض السياسة الاقتصادية للبلاد :

إن تغيير الجزائر لسياستها الاقتصادية بتغيير الرؤساء و الحكومات و ذلك في مختلف المجالات النقدية و المالية ، و التي ينجر عنها التراجع عن السياسات السابقة تجعل المستثمر في وضعية غير مستقرة خاصة أن هذا الأخير يحاول بناء استيرراتيجية استثمارية بناء على النظام القانوني الذي يحكم البلد المضيف ، و في مثل هذه الوضعية أكد أن العزوف عن الاستثمار في الجزائر هو الأضمن و الأسلم .

## 2. 2 - غموض قوانين الخوصصة :

و يتعلق الأمر بعدم وجود معلومات كافية و قوانين واضحة تشجع المستثمر للدخول في هذا النشاط ، و ذلك لأنه و برغم ما أصدرته الجزائر من قوانين في ظل الخوصصة إلا أنها ظلت غامضة و معقدة ، إضافة إلى التأثيرات السلبية على الطبقة العاملة، خاصة و أن النقابات العمالية تحاول الدفاع عن مناصب الشغل و عدم الانصياع إلا إذا كانت النتائج مضمونة ، وهذا يعد عائقا أمام تشجيع المستثمر الأجنبي للاستثمار في الجزائر في ظل غموض هذه القوانين ، و تضاف إليها المشاكل المرتبطة بالجهاز المصرفي حيث لم تتمكن الجزائر من تأهيله و تفعيل دوره في تمويل النشاط الاقتصادي ، حيث لا تزال المنظومة البنكية الجزائرية تعاني العديد من المشاكل الهيكلية و منها ( بطء التحويلات البنمية ، نقص التأهيل لدى البنكيين ، تعقد الإجراءات الإدارية المتعلقة بتحويل الأموال إلى الخارج ) .

كلها عوائق تؤثر على مناخ الاستثمار في الجزائر و تجعلها أقل استقطابا للاستثمار الأجنبي مقارنة بغيرها من الدول .

## ثانيا - القيود الإجرائية للاستثمار الأجنبي في الجزائر:

هذه القيود أوجدتها الإدارة المسؤولة عن تطبيق النصوص القانونية ، و مدى كفاءتها في إرضاء المستثمر الأجنبي، و تظهر هذه القيود التي لا تقل أهمية عن القيود ذات الطبيعة التشريعية من جانب الفساد الإداري و سوء تطبيق القانون من جانب الإدارة.

## II. الفساد الإداري.

ظاهرة الفساد أصبحت من القضايا الراهنة على الساحة الدولية و المحلية باعتبارها عائق أساسي للتنمية في مختلف المجالات، و الفساد عرفه البنك الدولي بأنه: استغلال المنصب العام بغرض تحقيق مكاسب شخصية<sup>(1)</sup> ، و يظهر تأثير الفساد على الاستثمار المحلي و الأجنبي بصورة سلبية و يعد من القيود التي تحول دون تدفق الاستثمار الأجنبي في الجزائر :

<sup>1</sup> - زياد عربية بن علي ، الآثار الاقتصادية و الاجتماعية للفساد في الدول النامية ، مجلة الأمن و القانون ، كلية الشرطة ، السنة العاشرة ، العدد الأول ، دبي ، يناير 2002 ، ص 268 .

## 1- مظاهر الفساد و انعدام شفافية المعاملات .

و يتعلق الامر بجميع التصرفات غير القانونية التي تهدف إلى تحقيق أقصى ربح ممكن في وقت قصير و بطرق غير شرعية . و من مظاهر الفساد انه يأخذ شكل (رشاوى ، اختلاس مال عام ، المحسوبية) . و بالرغم من تصدي المشرع الجزائري لظاهرة الفساد من خلال قانون الوقاية من الفساد و مكافحته<sup>(1)</sup> و الذي وضع إجراءات و عقوبات رادعة لمكافحة الفساد داخل الإدارة الجزائرية . غير أن تأثيره يظهر من خلال الصلاحيات الممنوحة للموظفين المتواجدين على مستوى مراكز القرار و مواقع التنفيذ و تظهر من خلال و الحاق الممنوح لهم لإعطاء تراخيص مختلفة و وثائق مقابل هذه المزية الغير مستحقة مما يؤثر سلبا على مناخ الاستثمار و يعد عائقا أمام الاستثمارات الأجنبية .

## 2- بيروقراطية الإدارة .

و يتعلق بالفساد الإداري من جانب الموظف ، حيث يعد عائقا بشريا يتجلى في المعاملات المشبوهة و اللاخلاقية للإداريين و المشرفين على تنفيذ و اتخاذ القرارات حيث يعتمدون إلى التماطل و التهاون في القيام بالإجراءات الإدارية في مواجهة المستثمر بدافع أن القانون يتطلب ذلك و هذا لإجباره على الدفع المسبق في شكل رشاوي بغرض تسهيل أموره الإدارية . و هذا تعد مصاريف تشكل قيودا لأنها تعد امتصاص لجزء من أرباح المستثمر يدفعه إلى النفور و تفاذي مثل هذه الحالات .

## III. سوء تطبيق القانون .

حاول المشرع من خلال الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار و تسهيل الإجراءات الإدارية أمام المستثمرين الأجانب و يظهر ذلك من خلال إنشاء شباك موحد يقدم كل الخدمات و المعلومات المتعلقة بالاستثمار للمقيمين و غير المقيمين ، غير أن الإشكال يطرح على ارض الواقع بالنسبة للإدارة التي تسهر على تطبيق النصوص القانونية و التي تضمنها قانون الاستثمار و يظهر ذلك من خلال :

## 1- جمركة البضائع .

إجراءات بيروقراطية على مستوى الموانئ و يتعلق الأمر بالبضائع المستوردة و التي تمر إلزاما عبر المكاتب الجمركية و ما يترتب عن ذلك من تطويل في إجراءات الجمركة و كذلك أسعار الشحن الكبيرة مقارنة بدول أخرى . و كذلك الإشكال بالنسبة لعدم توفر شبابيك لا مركزية على مستوى كل الولايات لتقريب الإدارة من المستثمر .

<sup>1</sup> - انظر القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته .

2- غياب آليات المراقبة : من العوائق الإجرائية التي تواجه مناخ الاستثمار في الجزائر هو عدم وجود آليات قانونية فعالة لمراقبة الإدارة في تطبيق و تنفيذ القوانين المتعلقة بالاستثمار و كذلك معلومات كافية و متجددة عن مناخ الاستثمار تودع كمرجعية قانونية على مستوى الإدارات المعنية يمكن للمستثمر الرجوع إليها للتعرف على فرص الاستثمار و ظروفه قبل المجيء إلى الجزائر .

#### خاتمة.

نجد أن الجزائر و في مجال الاستثمار قد قامت بتهيئة كل الظروف المناسبة لتحضير مناخ الاستثماري لائق و فعال لجذب رؤوس الأموال الأجنبية و ذلك من خلال قوانين الاستثمار و ما تضمنتها من تحفيزات و إعفاءات و رغم ذلك فان تدفق الاستثمار الأجنبي في الجزائر ما زال محتشما مما يستدعي :

- ضرورة العمل على الكثير من الإصلاحات التي تمكن الجزائر من الاندماج في المحيط الاقتصادي . و ذلك بالتركيز على الإصلاحات في المجال البنكي و المالي .
- و تأهيل المؤسسات الاقتصادية و القضاء على مظاهر البيروقراطية و الفساد الإداري من خلال تفعيل قانون مكافحة الفساد و خاصة الهيئات المسؤولة عن مكافحة الفساد والوقاية منه و يتعلق الأمر بالهيئة الوطنية لمكافحة الفساد .
- ضرورة الربط و بشكل مستمر بين الحوافز المقدمة للاستثمار في الجزائر و درجة التحسن في مناخ الاستثمار لتفادي القيود التي تحول دون تدفق الاستثمارات الأجنبية في الجزائر.
- قيام السلطة العمومية بدورها الأساسي في توفير البيئة الاقتصادية. السياسية. القانونية المستقرة وتهيئة بيئة تشريعية مشجعة على الاستثمار.

## التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016

د. خلوفي خدوجة جامعة البويرة

ملخص :

إن اختصاص التشريع من مهام البرلمان في كل الأنظمة السياسية منها الجزائر. وهذا تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضي باستقلالية كل سلطة في أداء مهامها مع وجود توازن بينها من خلال وجود مظاهر التعاون والرقابة بين السلطة التنفيذية والتشريعية خاصة .

فدساتير القانون الجزائرية قد كرست هذا المبدأ. ولكن دستور 1996 قد منح لرئيس الجمهورية مركز متفوق على السلطات الأخرى وذلك من خلال منحه إمكانية التدخل في اختصاصاتها. حيث يتدخل في المجال التشريعي عن طريق الأوامر التي تعتبر اختصاص أصيل لرئيس الجمهورية في حالة غياب البرلمان وفي ظل الظروف الاستثنائية وتعديل الدستور لسنة 2016 . لقد نص على هذا الاختصاص .

ولهذا فالسؤال الذي يطرح نفسه؛ كيف عاجلت المراجعة الدستورية الجزائرية لسنة 2016 التشريع عن طريق الأوامر؟

ومن خلال بحثنا توصلنا إلى مجموعة من الاقتراحات منها؛

• إن هذا التعديل غير كافي لأنه لم يكرس قواعد التشريع عن طريق الأوامر باعتبار أنه يحكمه قانون التفويض وليس اختصاص أصيل لرئيس الجمهورية .

### Summary:

The specialty of legislation is one of parliament's tasks in all political systems, including Algeria. Due to the application of the principle of separation between authorities which states the independence of each authority in performing its tasks with an equation between all of them through cooperation and censorship especially between executive and legislative authorities.

the Algerian constitutions have devoted this principle, but the 1996's constitution has given the president a superior status over other authorities, by giving him the ability to intervene in their specialties where he intervenes in the legislative field by orders. In case of the absence of parliament, exceptional circumstances and the amendment of the constitution as the year 2016.

for this, the question that arises is; how did the Algerian constitutional review of the year 2016 treated the legislation by orders?

Through our research we have reached a series of proposals, including;

- This amendment is inadequate and insufficient because it didn't devote the rules of the legislation through the orders regarding that it is governed by the authorization law, and not an inherent specialty of the President of the Republic.

### مقدمة

إن مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به الكثير من الفقهاء وعلى رأسهم "مونتسكيو" يقضي بعدم تدخل سلطة في مهام سلطة أخرى. ولكن ليس بصورة مطلقة وإنما فصل نسبي حيث كل سلطة توقف سلطة أخرى من أجل تحقيق توازن بين السلطات

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

عن طريق التعاون والرقابة بينهم. خاصة بين السلطة التنفيذية والتشريعية. فاعتبر هذا المبدأ أن التشريع اختصاص أصيل للبرلمان وتنفيذه من اختصاص السلطة التنفيذية ولكن مع مرور الزمن قد شهدت كلا السلطتين تغير وتطور.

فقد تطورت السلطة التنفيذية حيث لم يعد مهامها تنفيذ القوانين فقط. بل كذلك لها حق تنظيم المسائل التي لا ينظمها التشريع عن طريق اللوائح التنظيمية المستقلة.

كما انعكس هذا التطور على السلطة التشريعية. بحيث لا تشرع في كل المجالات وإنما أصبحت تشرع في مجالات محددة دستوريا. بالإضافة إلى تدخل السلطة التنفيذية في مجال اختصاصها عن طريق منح رئيس الجمهورية سلطة التشريع عن طريق الأوامر في حالات معينة.

والدساتير الجزائرية قد واكبت هذا التطور. حيث جلتها منحت لرئيس الجمهورية صلاحية التشريع عن طريق الأوامر باستثناء دستور 1989. الذي لم يتضمن هذه الصلاحية رغبة في إحداث توازن مؤسساتي عن طريق إعادة الاعتبار للمؤسسة التشريعية ابتداء من حماية اختصاصاتها التشريعية من اعتداء السلطة التنفيذية بواسطة الأوامر. وكذلك تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات.

ولكن هذا الوضع لم يعمر طويلا بإصدار دستور 1996 الذي نص على هذا التشريع في المادة 124 منه. كما كرسته التعديلات التي طرأت عليه أي تعديل 2008 و 2016.

والسؤال الذي يطرح نفسه. ما هو واقع التشريع عن الأوامر وطبيعتها القانونية في

### ظل التعديل الدستوري لسنة 2016؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى ثلاثة مباحث. حيث سنتعرض في المبحث الأول إلى حالات التشريع بالأوامر. أما المبحث الثاني فنخصصه للطبيعة القانونية للأوامر. و المبحث الثالث سنتطرق فيه إلى الرقابة الدستورية والقضائية على التشريع عن طريق الأوامر.

### المبحث الأول: حالات التشريع عن طريق الأوامر

لقد أخذ المؤسس الدستوري الجزائري في تعديل 2016 بالاتجاه العالمي القاضي بتحويل رئيس الجمهورية سلطة صنع القانون عن طريق التشريع بأوامر. والتمييز بينها في ظرفين زمنيين مختلفين في ظل الظروف العادية. وفي ظل الظروف الاستثنائية.

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

### المطلب الأول: التشريع عن طريق الأوامر في ظل الظروف العادية

إن سلطة رئيس الجمهورية في التشريع عن طريق الأوامر في الظروف العادية قد نظمها الدستور وحددها على سبيل الحصر. التشريع بأوامر طبقا للمادة 142 من تعديل الدستور سنة 2016. وسلطة التشريع بأوامر في المجال المالي حسب نص المادة 138 منه.

### الفرع الأول: التشريع عن طريق الأوامر في حالة غياب البرلمان

إن رئيس الجمهورية لا يشرع بأوامر بصورة مطلقة، وإنما في حالات معينة وهي غياب البرلمان<sup>(1)</sup> حيث تنص المادة 142 من تعديل الدستور لسنة 2016 أن رئيس الجمهورية يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية.

### أولا/ سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني:

تعود سلطة سن القوانين وإعدادها في النظام الدستوري الجزائري للسلطة التشريعية، ولكن في غيابه فقد جعلها من اختصاص رئيس الجمهورية والمادة 142 لم تنص على شغور البرلمان، وإنما حددت شغور الغرفة السفلى أي المجلس الشعبي الوطني، لأن مجلس الأمة يفترض أنه لا يكون شاغرا أبدا.

وسبب شغور المجلس الشعبي الوطني قد يعود إلى رفضه مخطط عمل الحكومة للمرة الثانية حسب نص المادة 96 من تعديل 2016 والحل في هذه الحالة وجوبي، كما قد يكون سبب هذا الشغور هو تطبيق رئيس الجمهورية للمادة 147 من تعديل 2016 التي تنص على أنه: "يمكن رئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني، أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها....".

وإذا تحقق ذلك ينفرد رئيس الجمهورية بالتشريع إلى غاية انتخاب الغرفة السفلى للبرلمان في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر<sup>(2)</sup>.

كما أنه توجد حالة ثالثة كسبب لشغور المجلس وهي إذا رفض طلب التصويت بالثقة التي بادرت به الحكومة حسب نص المادة 98 فيمكن لرئيس الجمهورية قبول استقالة الحكومة أو اللجوء إلى حل المجلس الشعبي الوطني حلا رئاسيا.

<sup>1</sup> - سعيداني لونا سي جقجيقة، إمكانية التشريع عن طريق الأوامر في مجال القوانين العضوية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية عدد 03، سبتمبر 2012، ص 72.

<sup>2</sup> - الغربي إيمان، مجالات العلاقة الوظيفية بين البرلمان والسلطة التنفيذية على ضوء التعديل الدستوري الجديد سنة 2008، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010/2011، ص 07.

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

رغم أن تعديل الدستور 2016 قد منح لمجلس الأمة حق المبادرة باقتراح القوانين حسب نص المادة 136 منه. وبالتالي يمكن له التشريع باعتبار أنه غرفة ثانية في البرلمان صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع و لا تمنح لرئيس الجمهورية.

ولكن الأمر غير ذلك لأن المادة 137 قد قيدت سلطة مجلس الأمة في اقتراح القوانين في مجالات معينة. وهي في مجال التنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي. أي لا يمكن له اقتراح القوانين في كل مجالات التشريع. وبالتالي مجلس الأمة لا يؤخذ بعين الاعتبار فرغم تواجده إلا أن رئيس الجمهورية يواصل التشريع عن طريق الأوامر.

### ثانيا/ سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر في حالة العطلة البرلمانية:

لقد عدلت هذه الحالة لأن في دستور 1996 ينص على التشريع بأوامر بين دورتي البرلمان. باعتبار أن هذا الأخير كان يجتمع في دورتين عاديتين. وبالتالي بينهما يشرع رئيس الجمهورية. أما في تعديل 2016 أصبح للبرلمان دورة واحدة كل سنة حسب نص المادة 135 مدتها عشرة أشهر على الأقل ويبتدىء في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر. وبالتالي المدة الباقية يشرع فيها رئيس الجمهورية عن طريق الأوامر وفي مدة شهرين أو أقل في السنة. باعتبار أن هذه الدورة يمكن أن تكون أكثر من عشرة أشهر وذلك في حالة تمديدتها بطلب من الوزير الأول لأيام معدودة لغرض الانتهاء من دراسة نقطة في جدول الأعمال حسب نص المادة 135 الفقرة 02.

وما يلاحظ على هذه المدة أنها قصيرة مقارنة بالمدة التي كان يشرع فيها رئيس الجمهورية عن طريق الأوامر في الدساتير السابقة وهي أربعة أشهر في دستور 1996. وهذا يدل على نية المؤسس الدستوري في إرادته للتقليل من إمكانية اللجوء إلى هذه الطريقة في التشريع وإعادة الاعتبار للهيئة الأصلية المختصة بالتشريع.

### شروط التشريع بالأوامر أثناء غياب البرلمان:

إن دستور 1996 في المادة 124 منه قد قيد سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بالأوامر بجملة من الشروط من أجل لضمان عدم انسياقها أو إطلاقها. ولكن تعديل الدستور سنة 2016 قد أضاف شروط أخرى كانت بعضها قد اعتبرت شروط ضمنية في دستور 1996.

1\_ لقد نصت المادة 142 من تعديل 2016 على أن رئيس الجمهورية يشرع بأوامر في مسائل عاجلة رغم أن هذا الشرط لم يكن منصوص عليه بطريقة صريحة. ومفاده أنه إذا كان تدخل رئيس الجمهورية في المجال المخصص للسلطة التشريعية بواسطة الأوامر. فذلك يعد

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

استثناء وليس قاعدة عامة تفرضه فكرة الضرورة. أي الحاجة الملحة والمستعجلة التي تستدعي سرعة التدخل بأوامر لاختاد التدابير الضرورية لمواجهة الأوضاع غير الطبيعية وغير المتوقعة والتي تقضي<sup>(1)</sup> التعجيل في تحصيل نصوص تشريعية معينة لمواجهة الظروف ولا تختمل التأخير إلى غاية عودة البرلمان من العطلة أو انتخاب برلمان جديد.

ولكن يبقى هذا الشرط غير واضح لأنه لم يحدد الجهة التي ستراقب مدى توفر شرط الاستعجال لإصدار الأوامر. هل البرلمان عندما تعرض عليه هذه الأوامر في أول دورة له يمارس الرقابة اللاحقة عليها؟ ذلك لأن تحديد مجالات القانون وتأكيد انتمائها للإطار التشريعي مخول للبرلمان بمقتضى الدستور. أم تبقى سلطة تقديرية لرئيس الجمهورية في تكييف مدى توفر هذا الشرط لتشريع بالأوامر؟ ولا شك أن الطرح الأول أولى بإتباع. رغم أن المعطيات السياسية لا توحى بإمكانية معارضة البرلمان لإرادة الرئيس.

2\_ كما أضافت المادة 142 من تعديل 2016 شرط آخر وهو أخذ رأي مجلس الدولة في التشريع عن طريق الأوامر. وهو شرط مأخوذ من المادة 38 من الدستور الفرنسي لسنة 1958. ولكن يبقى هذا الرأي استشاري بالنسبة لرئيس الجمهورية ولكنه شرط إلزامي يتعين احترامه في كل مرة يلجأ فيها الرئيس إلى إصدار الأوامر.

وهذا الرأي من أجل مراجعة العبارات والألفاظ القانونية التي صيغت فيها مشروعات هذه الأوامر والتحقق من سلامتها من الناحية القانونية واتفق ألفاظها مع الغاية منها وقصد رئيس الجمهورية. وعدم تعارضها مع القواعد القانونية التي تعلوها وخلوها من التكرار والتعارض المسببين لضيق المعنى والغاية المستهدفة من إصدارها.

وللإشارة أن المادة الرابعة من قانون العضوي رقم 01/98<sup>(2)</sup> كانت صياغتها قبل عرضه على المجلس الدستوري على النحو التالي "يبدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين والأوامر حسب الشروط التي يحددها هذا القانون والكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي". ولقد ألغى المجلس الدستوري الأوامر من استشارة مجلس الدولة<sup>(3)</sup>. لكن تعديل 2016 أدرج هذا الشرط في متنه.

<sup>1</sup> - راجي أحسن. مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون. كلية الحقوق. جامعة الجزائر 2005. ص 362.

<sup>2</sup> - قانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة. الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 01 يونيو 1998.

<sup>3</sup> - رأي المجلس الدستوري رقم 98/06 المؤرخ في 19 ماي 1998.

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

3\_ لقد اشترط المؤسس الدستوري ضرورة اتخاذ الأوامر التشريعية في مجلس الوزراء ولقد نصت عليه كل الدساتير الجزائرية باستثناء دستور 1976. ولكنه لا يعتبر قيد على إرادة رئيس الجمهورية طالما أن هذا الأخير هو رئيس مجلس الوزراء كما أنه مجرد إجراء شكلي يوحى بمشاركة الوزراء في اتخاذ هذه الأوامر وهو ثمرة إجماع لكل الجهاز الحكومي، ولا تمثل مجرد تدابير ناجمة عن إرادة الرئيس لوحده<sup>(1)</sup>.

ولعل الحكمة كذلك من اتخاذ الأوامر التشريعية في مجلس الوزراء إلى كون الحكومة مثلة في رئيسها هي التي تقدم مشاريع القوانين كما يضطلع بمهمة تنفيذها<sup>(2)</sup> فيجب أن تكون على علم بهذه الأوامر.

4\_ شرط المتعلق بعرض الأوامر على البرلمان في أول دورة له، نستشف من هذا الشرط أن البرلمان يسيطر على اختصاصاته التشريعية في حالة غيابه، ولكن يبقى ذلك من الناحية الشكلية فقط لأن طبيعة الموافقة التي يبديها البرلمان على الأوامر تبقى المكانة المتفوقة لرئيس الجمهورية على البرلمان، لأن هذا الأخير يصوت على الأوامر بدون مناقشة حسب نص المادة 38 من القانون العضوي رقم 02/99 المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، حيث أنه لا يناقش إطلاقاً التشريع الرئاسي ولا يعدله<sup>(3)</sup>. فالدستور قيد سلطة البرلمان من خلال الزامه بالموافقة على تلك النصوص دون مناقشة في أول دورة له.

رغم أن المؤسس الدستوري كان حريصاً في تحديد المدة التي يجب أن تعرض فيها الأوامر على البرلمان بأن يكون ذلك مباشرة في أول دورة مقبلة لاجتماع البرلمان، وهذا الشرط من شأنه يمنع أي إهمال أو تقصير من جانب رئيس الجمهورية في عرض ما أصدره من أوامر على الجهة التي تملك أصلاً حق التشريع، ولكن قيده من جهة أخرى في طريقة التصويت على هذه الأوامر.

#### الفرع الثاني: إصدار قانون المالية بموجب أمر

بالرغم من قدم الوظيفة المالية للمجالس النيابية، حيث كانت السبب التاريخي لنشأة النظام السياسي النيابي ورغم منح الفقرة 08 من المادة 138 من تعديل الدستور

<sup>1</sup> - رايجي أحسن، النشاط التشريعي للسلطة التنفيذية، دار الكتاب الحديث، مصر، 2013، ص 61.

<sup>2</sup> - بركات أحمد، الاختصاصات التشريعية لرئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 19.

<sup>3</sup> - محديد حميد، التشريع بالأوامر في دستور 1996 وتأثيره على استقلالية البرلمان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 188.

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

2016 البرلمان سلطة التشريع في المجال المالي. إلا أنه صاحبة الاختصاص الأصلي في هذا المجال هي السلطة التنفيذية.

ومن المسلم به في الدول الديمقراطية أنه لكي يتحول مشروع الميزانية إلى قانون واجب التنفيذ يجب سنه من طرف البرلمان. باعتبار أنه يؤثر مباشرة على حقوق الأفراد. ولكن المؤسس الدستوري الجزائري لم يكتف بتقليص مهام البرلمان في سن قانون المالية. حيث تمحور في المناقشة والمصادقة والتي تخضع لمجموعة من القيود. و كذلك إلزامه بالمصادقة على قانون المالية في مدة لا تتجاوز 75 يوم. 47 يوما ممنوحة للمجلس الشعبي الوطني و20 يوم لمجلس الأمة و08 أيام للجنة متساوية الأعضاء في حالة خلاف بين الغرفتين حسب نص المادة 44 من القانون العضوي رقم 02/99 في ظل دستور 1996 ولكن المادة 38 الفقرة 09 نصت على إصدار قانون عضوي لاحقا يحدد إجراءات أخرى لذلك وإذا لم يصادق البرلمان على قانون المالية في هذه المدة يتدخل رئيس الجمهورية وينتقل الاختصاص التشريعي إليه بإصدار هذا القانون وفق أمر<sup>(1)</sup>.

تجد الإشارة إلى أن إصدار قانون المالية وفق أمر يشكل استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة 142 التي تمنح لرئيس الجمهورية إصدار الأوامر في حالة غياب البرلمان. ولكن في هذه الحالة البرلمان حاضر والرئيس يتعدى على اختصاصه.

وباعتبار قانون المالية من القوانين العضوية فإنه يشترط لإقراره الأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني ولأعضاء مجلس الأمة حسب نص المادة 141 من تعديل 2016 رغم ذلك لم يشكل قيادا على رئيس الجمهورية بحكم سيطرته على الأغلبية البرلمانية. كما تشترط الفقرة 02 من المادة 141 رقابة مطابقة قانون المالية مع الدستور. وهي رقابة سابقة وإجبارية. ورغم ذلك فالرئيس يتعدى كل هذه القيود بحكم مركزه المتفوق على البرلمان في النظام السياسي الجزائري.

### المطلب الثاني: التشريع بالأوامر في ظل الحالة الاستثنائية

إن الحالة الاستثنائية تكون فيها الدولة مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها وسلامة ترابها. والتي يقررها رئيس الجمهورية بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء حسب نص المادة 107 من تعديل 2016

<sup>1</sup> - عفرون حميد. إعداد القوانين في النظام القانوني الجزائري. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام. كلية الحقوق. جامعة الجزائر. 2007 ص 131.

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

التي عدل فيها ترتيب مراكز رئيس الغرفتين. حيث في تعديل 2008 سبق رئيس المجلس الشعبي الوطني. أما في التعديل الأخير فسبق باستشارة رئيس مجلس الأمة ثم استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني. ربما تأكيداً على تفوق مركز رئيس مجلس الأمة باعتباره الرجل الثاني في الدولة.

يرى الأستاذ سامي جمال الدين أن "نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية أساس السلطة الاستثنائية"<sup>(1)</sup>.

وبالتالي رئيس الجمهورية في ظل هذه الظروف تتركز بيده سلطة اتخاذ كل التدابير التي يراها مناسبة لتلك الأوضاع. وهي سلطات واسعة وبالمقابل تدمج سلطات البرلمان. فلرئيس اتخاذ كل الإجراءات التي تتطلبها هذه الظروف حتى وإن كان ذلك الاختصاص التشريعي المحفوظ للبرلمان الذي يتركز بشكل نسبي بيده في الحالة الاستثنائية. وبصورة مطلقة في حالة الحرب حيث يتحول بذلك إلى مشرع حقيقي بإمكانه التدخل في جميع مجالات التشريع<sup>(2)</sup>.

ولكن لجوء الرئيس إلى إصدار الأوامر التشريعية في هذه الحالة مرهون بتحقيق الحالة الاستثنائية الدليل على ذلك وجوب اجتماع البرلمان لإعلان هذه الحالة. أي هناك ارتباط وثيق بين المادة 107 والمادة 142 والغرض من هذا الاجتماع ليس تفويض رئيس الجمهورية لممارسته الاختصاص التشريعي بل من أجل الاضطلاع على التدابير المزمع اتخاذها مستقبلاً من قبل الرئيس<sup>(3)</sup>.

كما أن هذه الأوامر لا تعرض على البرلمان من أجل الموافقة عليها. حيث لا يمكن له التدخل في المجالات التي سبق وأن نظمها رئيس الجمهورية بقرارات تشريعية طبقاً للمادة 107 من تعديل الدستور 2016.

والرئيس الفرنسي شارل ديغول كان قد أكد هذا الاتجاه بمناسبة تطبيقه للمادة 16 سنة 1961 معتبراً أن البرلمان وإن كان له أن يناقش التدابير المتخذة من قبل الرئيس. إلا أنه لا يمكن أن يتخذ أي قرار بشأنها وقد حظي هذا التفسير بإجماع فقهي واسع<sup>(4)</sup>. و المؤسس

<sup>1</sup> - خرياشي عقيلة. العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان. دار الخلدونية. الجزائر. 2007. ص 74.

<sup>2</sup> - عيادي سعاد. الاختصاصات التشريعية للسلطة التنفيذية \_ دستور 1996. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم. كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر. بسكرة. 2001. ص 154.

<sup>3</sup> - شريط وليد. السلطة التشريعية من خلال التطور الدستوري الجزائري. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام. كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان. 2015. ص 301.

<sup>4</sup> - بوشعير سعيد. سلطات رئيس الجمهورية في الظروف غير العادية. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية. العدد 01. مارس 2013. ص 55.

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

الدستوري الجزائري قد اُخذ بهذا الاتجاه من خلال العبارة الواردة في المادة 107 "ويجتمع البرلمان وجوبا" جاءت بصيغة العموم. ولم تحدد اختصاصات البرلمان في هذه الفترة.

كما أن المادة 142 عند تنصيبها على الأوامر التشريعية في الحالة الاستثنائية لم تشترط موافقة البرلمان عليها. وإنما هذا الشرط ذكر مباشرة بعد الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في حالة غياب البرلمان.

### المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر

أقْد اختلف الفقه الفرنسي في ظل الدساتير الفرنسية عامة حول تحديد الطبيعة القانونية للأوامر التي تصدرها الحكومة. وظهرت ثلاثة آراء وهي نظرية التفويض التشريعي، ونظرية توسيع الاختصاص اللأحي ونظرية بونار الراجعة في الفقه الفرنسي، التي تعتبر أن الأوامر تمر بمرحلتين تختلف خلالهما طبيعتها وقوتها القانونية.

على غرار موقف الفقه الجزائري الذي يعتبر المشرع لم يبين موقفه تجاه الأوامر المتخذة من طرف رئيس الجمهورية، وبالتالي الرأي الراجح في الفقه الفرنسي يصلح للتطبيق في الجزائر<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول: الطبيعة القانونية لتشريع بأوامر قبل عرضها على البرلمان

إن لتحديد الطبيعة القانونية للأوامر أهمية بالغة تتعلق بتخصيص النظام الرقابي الملائم لها طالما أن تحديد الشكل الرقابي مرتبط بالطبيعة الأصلية للمعيار القانوني. فالتشريع عن طريق الأوامر قبل عرضه على البرلمان من أجل تكييفه يطبق عليه المعيار الشكلي الذي يتولى النظر إلى صفة مصدر القرار وهو رئيس الجمهورية بوصفه سلطة إدارية، وبالتالي الأوامر في هذه المرحلة قرارات إدارية.

أما بتطبيق المعيار الموضوعي، فالأوامر تختلف عن بقية القرارات الإدارية لكن ذلك لا يحول دون احتفاظها بطبيعتها الإدارية<sup>(2)</sup>.

ومن ثم خضع للرقابة القضائية رغم أنها تتمتع منذ صدورها بقوة القانون، وتستطيع أن تلغي أو تعدل التشريعات القائمة، إلا أنها تخضع لرقابة المشروعية.

<sup>1</sup> - بومدين أحمد، الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية والرقابة القضائية العليا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 04، ديسمبر 2013، ص 79.

<sup>2</sup> - بن سريّة سعاد، مركز رئيس الجمهورية في النظام السياسي الجزائري بعد التعديل الدستوري الأخير بموجب قانون رقم 19/08، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010، ص 153.

## المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للأوامر بعد عرضها على البرلمان

لقد اعتبر بعض الفقهاء أن الأوامر عند عرضها على البرلمان تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية حتى في حالة المصادقة عليها. لأن عمل البرلمان ما هو إلا عمل رقابي يمارس به وظيفته السياسية وهي الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ولا يضيف به صفة القانون<sup>(1)</sup>. إلا أن هناك الرأي مردود عليه فموافقة البرلمان لا يمكن أن نعتبرها تأييد سياسي. لأن الأوامر من اختصاص البرلمان والسلطة التنفيذية قد تدخلت فيه وليس مجال مخصص لها.

تبدأ هذه المرحلة من لحظة تصديق البرلمان على الأوامر وتتحول من قرارات إدارية إلى قوانين وتتحصن من رقابة القضاء الإداري. ولكن الإشكال يطرح عندما لا يوافق البرلمان على الأوامر. فالمادة 142 الفقرة 02 فصلت في الأمر بنصها تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. ولكن هل يمتد هذا الإلغاء إلى المستقبل فقط أم يكون بأثر رجعي؟

لقد تعددت الآراء الفقهية في هذه الحالة. ولكن الرأي الراجح يعتبر أن الإلغاء يمتد إلى المستقبل فقط ولا يكون بأثر رجعي. لأن هذا الأخير لا يكون إلا بنص صريح نظرا لما قد ينطوي عليه من مساس ببعض الحقوق والمراكز القانونية. ولهذا تظل هذه الأوامر سارية ولكنها كقرارات إدارية. كما تجدر الملاحظة أن رئيس الجمهورية في حالة عدم عرضه الأوامر على البرلمان. أن الدساتير الجزائرية منها تعديل 2016 لم تبين الأثر المترتب على عدم التزام رئيس الجمهورية بهذا الشرط.

على خلاف الدستور الفرنسي لسنة 1958 في المادة 38 منه قد فصلت في الأمر عندما نصت بأنه تصبح لاغية إذا لم يعرض مشروع القانون الخاص بإقرارها على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة في قانون التفويض. ويؤخذ على المؤسس الدستوري الجزائري في عدم التنصيص على هذه الحالة الأمر الذي يترك المجال مفتوح للتأويل.

أما بالنسبة للأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية قد أبدى المجلس الدستوري عندما عرض عليه القانون العضوي رقم 02/99 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما ولذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة تحفظات بشأن الموافقة التي يبديها البرلمان على الأوامر المتخذة في ظل الحالة الاستثنائية والتي جاءت في المادة 38 حيث أنه اعتبارا أن المؤسس الدستوري حينما خصص الفقرات

<sup>1</sup> - بوالشعير سعيد. النظام السياسي الجزائري. السلطة التنفيذية. الجزء الثالث. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2013. ص 214.

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

01،02،03 من المادة 124 من الدستور للأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، وخصص الفقرة 04 من نفس المادة للأوامر التي يمكن أن يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية. فإنه يهدف من وراء ذلك إلى التمييز بين الأوامر التي تعرض على كل غرفة من البرلمان والأوامر المستثنات من ذلك، وإذا كان قصد المشرع أنه يعرض رئيس الجمهورية الأوامر المتخذة في الحالة الاستثنائية ففي هذه الحالة يكون قد خالف أحكام المادة 124 من الدستور<sup>(1)</sup>.

وحسب رأينا نشاطر المجلس الدستوري في هذه التحفظات لأن الفقرة الرابعة من المادة 142 قد جاءت خالية من إمكانية عرض هذه الأوامر للموافقة للبرلمان.

### المبحث الثالث: الرقابة على الأوامر التشريعية

تخضع الأوامر التشريعية للرقابة الدستورية أو للرقابة القضائية. ولكن مجالات تدخل لكل من الرقابتين إنما يتباين بالنظر إلى الطبيعة القانونية للأوامر. لأن التكييف القانوني لها هو الذي يحدد نوع الرقابة التي تخضع لها هذه الأوامر.

### المطلب الأول: الرقابة الدستورية على الأوامر المتخذة في غياب البرلمان

الرقابة الدستورية يباشرها المجلس الدستوري، ولكن المؤسس الدستوري لم يدرج مصطلح الأوامر بخصوص هذه الرقابة يثار التساؤل حول إمكانية إخضاع الأوامر للرقابة الدستورية؟

هذا الإخضاع المحتمل يستوجب أمام عدم تقييد النص الدستوري وأمام عموميته، فتعود إلى الاجتهاد الذي يدور أصلا حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه الأوامر. ومن ثم النظر في تطبيق الرقابة في النظام الدستوري الجزائري<sup>(2)</sup>.

لقد أكدت التجربة الدستورية الجزائرية إمكانية عرض الأوامر على المجلس الدستوري، حيث أخطر رئيس الجمهورية المجلس الدستوري للنظر في مدى دستورية الأمر المتعلق بالقانون الخاص بحافظة الجزائر الكبرى، ولقد تصدى المجلس لهذه الرقابة واستند في حيثياته إلى نص المادة 165 من الدستور 1996 لتبرير تدخله باعتبار أن الأوامر تدخل ضمن القوانين التي يراقبها<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - رأي المجلس الدستوري رقم 99/08 المؤرخ في 21 فبراير 1999.

<sup>2</sup> - قاوي إبراهيم، دور السلطة التنفيذية من العمل التشريعي في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص 79.

<sup>3</sup> - قرار المجلس الدستوري رقم 02، المؤرخ في 27 فبراير 2000 المتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97/15 المحدد للقانون الأساسي الخاص بحافظة الجزائر الكبرى.

لقد نصت المادة 186 من تعديل الدستور سنة 2016 على اختصاص المجلس الدستوري في الفصل في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات. هذه المادة قد عدلت وذلك بحذف عبارة " براى قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار". يفهم من هذه المادة أن المجلس الدستوري يمارس رقابة سابقة على المعاهدات والقوانين والتنظيمات، باعتبار أنه يصدر آراء وليس قرارات التي تكون في حالة الرقابة اللاحقة، ولكن الأمر غير ذلك فالرقابة السابقة المقصودة في هذه المادة تقع على المعاهدات، لان الرقابة الدستورية اللاحقة عليها ثارت جدل فقهي كبير باعتبار أن المعاهدات ترتب التزامات دولية، كيف يمكن إلغائها في حالة عدم دستورتها؟

وبالتالي القوانين والتنظيمات قد تقع عليها رقابة سابقة ولاحقة، وهذا ما أكدته المادة 191 بنصها "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيًا أو تنظيميًا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس".

بما أن الأوامر تصبح تشريعات بعد مصادقة البرلمان عليها فإن تخضع لرقابة الدستورية الاختيارية من قبل المجلس الدستوري الذي عدلت تشكيلته، حيث أصبح يتكون من اثني عشر (12) عضوا حسب نص المادة 123 تعديل 2016، كما أنه قد وسع من دائرة الإخطار حيث يمكن للوزير الأول أن يخطر المجلس الدستوري وكذلك خمسين (50) نائبا وثلاثين (30) عضوا من مجلس الأمة بالإضافة إلى رئيس الجمهورية ورئيس غرفتي البرلمان.

كما أضافت المادة 188 من هذا التعديل أنه يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد أطراف الخصومة في المحاكمة أمام جهة قضائية بعدم دستورية النص التشريعي الذي سيطبق على قضيتهم، فهذه الطريقة هي رقابة الدفع أو الامتناع المعروفة في الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

الملاحظ أن تعديل 2016 بعد أن وسع من جهات الإخطار فيمكن ان تعرض كل الأوامر بعد المصادقة عليها من البرلمان على الرقابة الدستورية.

### **المطلب الثاني: دور مجلس الدولة في رقابة الأوامر الرئاسية**

بناء على ما تقدم أعلاه فإن الأوامر قبل المصادقة عليها من قبل البرلمان هي مجرد قرارات إدارية وفقا للمعيار الشكلي ومن ثم تخضع للرقابة القضائية لمجلس الدولة، رغم أنها تتمتع بقوة القانون منذ صدورها وتستطيع أن تعدل أو تلغي التشريعات القائمة، وبالتالي تخضع لرقابة المشروعية من جانب القضاء الإداري.

التشريع عن طريق الأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 \_\_\_\_\_ د. خلوفي خدوجة

ولقد أقر مجلس الدولة بالطبيعة الإدارية للأوامر قبل تصديق البرلمان عليها وتخضع لرقابته سواء لمخالفتها لمبدأ المشروعية، ولبدأ الدستورية، وذلك في حكمه الشهير في قضية شركة سلك حديد الشرق وآخرون compagnie de chemins de fer l'est et autres<sup>(1)</sup>.

## خاتمة

إذ ما يمكن استخلاصه من هاته الدراسة حول التشريع بالأوامر في ظل تعديل الدستور الجزائري سنة 2016 :

- أنه قد كرس هذا التعديل سلطة التشريع بالأوامر الممنوحة لرئيس الجمهورية مما جعله مشرعاً أصيلاً في مواجهة البرلمان في حالة شغوره .
- كما أن هذا التعديل قد أضاف شروط في التشريع عن طريق الأوامر و هي أن لا يشرع الرئيس إلا في حالة إستعجالية لا يمكن أن تنتظر دورة البرلمان . كما أضاف أخذ رأي مجلس الدولة في هذا التشريع .
- قد قلص من مدة التشريع عن طريق الأوامر في ظل هذا التعديل و هي شهرين باعتبار أن دورة البرلمان واحدة مدتها عشرة (10) أشهر .
- و ما يمكن اقتراحه أمام هذه النتائج التي تعتبر شكلية أكثر منها موضوعية :
- دعوة المؤسس الدستوري إلى أن يعيد النظر في تنظيمه لهذا الاختصاص و ذلك ان يزيد قيود على ممارسته لأنه يعتبر استثناء على القاعدة العامة .
- ضرورة تحديد المقصود بالحالة الاستعجالية الواردة في المادة 142 من تعديل 2016 و تحديد الجهة التي تراقب مدى توافر هذا الشرط في التشريع بالأوامر.
- كما انه يجب أن يمنح للبرلمان إمكانية مناقشة الأوامر و تعديلها . لأن المناقشة هي التي تثبت صحة أو خطأ التصرف .
- يجب أن تمنح لمجلس الأمة إمكانية التشريع في حالة غياب المجلس الشعبي الوطني و الكف عن تبعية البرلمان لرئيس الجمهورية، و قيد صلاحيات هذا الأخير عن طريق قانون التفويض وان لا تكون الأوامر اختصاص أصيل له.

<sup>1</sup> - بلورغي منيرة، المركز القانوني لرئيس الجمهورية في الجزائر بعد التعديل الدستوري لسنة 1996 وأثره على النظام السياسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 145.

## رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار

كمال تكواشت  
باحث دكتوراه  
جامعة باتنة

### ملخص:

تعدُّ التجزئة كوسيلة لتلبية الحاجيات في مادة البناء وبالأخص في السكن الفردي ، فهي تقوم على فكرة التجميع للبنىات وتنظيمها بدل من تركها هكذا مشتتة ومبعثرة ، إذ في إطارها تنصهر كلا المصلحتين العامة والخاصة بالكيفية التي تخدم البناية في حد ذاتها والمدينة في مجملها . إلا أنه إذا كانت التجزئة في شقها العقاري تخضع إلى القانون الخاص وبالضبط إلى القانون المدني ، فإنها في شقها التعميري تخضع إلى ضرورة الحصول على قرار رخصة التجزئة وما يترتب عليها من حقوق والتزامات . وإذا كانت هذه الأخيرة ، أي التزامات لا يرى فيها المجزئ إلا كأثقال إضافية تثقل كاهله ، فإن الإدارة تراها كمساعدة من قبلها في توجيه وتدعيم نمو المدينة وتوسيعها بطريقة صحيحة . فالتجزئات والقطع الأرضية المتأتية منها تعدّ كسلع اقتصادية تخضع إلى قوانين السوق ، حيث أن السعر والمنافسة والطلب والجودة متناسبة طردياً .

لذا من الضروري معرفة ما هي الحقوق والالتزامات المترتبة على رخصة التجزئة . بالإضافة إلى التجزئة كمفهوم قانوني يوظف في إدارة وتسيير النسيج العمراني ؟ وهذا ما ستوضحه هذه المقالة .

### Résumé :

Le lotissement est considéré comme un moyen de subvenir aux besoins en matière de la construction, en particulier en ce qui concerne l'habitat individuel ; car elle adopte l'idée de rassembler les constructions et les organiser au lieu de les laisser éparpillées. Ainsi ,c'est dans le cadre des lotissements que se dissout l'intérêt public et l'intérêt privé d'une façon qui rend service à la construction en soi et à la ville en général .Néanmoins, si le lotissement dans sa partie foncière est soumis au droit privé et plus précisément au droit civil , dans son coté urbanistique il est soumis à l'obligation de l'obtention de l' arrêté du permis de lotir avec tout ce que cela engendre comme droits et obligations . Et si le lotisseur ne voit dans ces obligations que des charges en plus ; l'administration par contre considère ces dernières comme une aide de sa part pour diriger et renforcer le développement de la ville et son agrandissement d'une manière saine et juste. Car les lotissements et les lots de terrains qui en découlent sont considérés comme des produits économiques soumis ; du point de vue du prix et de la concurrence , aux lois du marché ; en fait le prix et la qualité et la demande sont proportionnellement liés .

C'est pour toutes ces raisons que c'est impératif de se demander quels sont les droits et les obligations résultants du permis de lotir , ainsi que le lotissement comme un concept

juridique utilisé dans l'administration et la gestion du tissu urbain ? Cet article éclaircira tout cela .

## مقدمة

بالرغم من أن بُنية التجزئة العقارية مازالت تحتفظ بإطارها القانوني الموروث عن الاستعمار الفرنسي . إلا أن المشرع الجزائري حاول في العديد من المناسبات تعديل النصوص القانونية المنظمة لها بالكيفية التي جعلها تتلاءم و تتكيف أكثر مع المعطيات الجزائرية المعاصرة وتطلعات سكانه وفق فلسفة تقوم على فكرة سمو إرادة القانون على إرادة المتعاقدين وعلى ضرورة الحصول المسبق على رخصة التجزئة قبل مباشرة أية أشغال تجزئة . وعلى الحصول على شهادة قابلية الاستغلال وشهر التجزئة بالمحافظة العقارية قبل مباشرة التصرف في القطع الأرضية بالبيع أو الكراء.

ويهدف المشرع من خلال جملة النصوص القانونية المتتالية والمنظمة لعملية التجزئة

إلى :

أولاً- تفادي هاجس نشوء وانتشار التجزئات و الأحياء الفوضوية المخالفة لمتطلبات الأمن والصحة والراحة العامة. فالتجزئة هي الحاضنة للبناء. فإن صلحت صلح معها البناء والعكس صحيح.

ثانياً- ترقية التجزئات العقارية الجزائرية إلى مصاف التجزئات والأحياء ذات الجمال الراقى. بالانتقال والتحول من التعمير التقليدي الشبه الريفي إلى تعمير حضري متطور ذو طابع أوروبي يجعل من التجزئات العقارية أحياء حدائقية وفقاً لما جاء به المنظر البريطاني Ebenezer Howard في كتابه Tomorrow- A peaceful path to real reform . أين تتجمع في التجزئة كل من محاسن الريف ومنافع المدينة معاً.

ثالثاً- تخفيف الخواص باستعادة المبادرة في الاستثمار في مجال التجزئات العقارية بالتخفيف من عبء الدولة في مجال السكن والذي أثقل كاهلها وبالأخص فيما يتعلق بالسكن الاجتماعي. والذي من غير الممكن استمرار الدولة في تحمل عبء هذا القطاع بتلبية حاجات المواطنين في مادة السكن إلى ما لا نهاية. على أن يبقى منتج أو عرض الخواص في مادة القطع الأرضية يتماشى مع سياسة الدولة المسطرة في مجال السكن ووفق توجيهات وتوصيات مخططات التعمير ما فوق المحلية (snat و srat) والقائمة على تشجيع التعمير في المناطق الداخلية للوطن سواء كان في الهضاب العليا أو الجنوب. وذلك بإنتاج عشرات الآلاف من القطع الأرضية المهيئة والصالحة للبناء. وهذا ما تضمنته التعليمات الوزارية المشتركة رقم 06 الصادرة في أول ديسمبر 2012 والمتعلقة بتطوير العرض العقاري العمومي لولايات الجنوب بغية

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

إعطاء دفعة جديدة للبناء الذاتي. هذا بعدما قطعت الجزائر أشواط كبرى في بناء العمارات بمختلف صيغها وأنماطها والمرافق العمومية التابعة لها.

والحقيقة أنه إذا كان التعمير في معناه الواسع هو التوزيع الذكي للسكن والشغل. فإن التجزئة العقارية هدفها هو إشباع الحاجيات السكنية بتدخل من السلطة المختصة في إطار تحقيق معادلة التوفيق بين المصلحتين العامة والخاصة وفي إطار العمل بالقانونين العام والخاص معاً. غير أنه وبالرغم من أهمية موضوع التجزئات العقارية والرخصة المنظمة له فإنه لم ينل قسطاً مهماً من الكتابة والبحث إلا ما ندر مقارنة مع ما حظيت به رخصة البناء.

وعليه فإشكالية البحث تتجسد في السؤال التالي :

إذا كانت التجزئة كعملية عقارية وتعميرية بامتياز. فهل يترتب الحصول على الرخصة الإدارية المنظمة لها جملة من الالتزامات تثقل كاهل المتعاملين بها فحسب ؟ أم أنها تشكل طيفاً من الحقوق تُشبع رغبات وحاجات كل من المنتجين والمستهلكين معا في مادة القطع الأرضية الصالحة للبناء ؟

ونرى أنه من المفيد أن تكون الإجابة وفق الخطة التالية :

في المبحث الأول وفيه نتطرق إلى التجزئة من حيث التعريف ومن حيث المفاهيم القريبة منها وذلك حتى تتحدد التجزئة كمفهوم قانوني يوظف في إدارة وتدبير حركة التعمير والبناء بكيفية منظمة.

وفي المبحث الثاني فنخصصه لآثار رخصة التجزئة سواء ما تعلق بالالتزامات والحقوق المترتبة على الإدارة وصاحب الرخصة وكذا المنازعات بأبعادها الثلاث : الإدارية والجزائية والمدنية.

### المبحث الأول - مفهوم التجزئة العقارية

بغرض ضبط مفهوم التجزئة كعملية تعميرية عقارية يتطلب منهجياً الإحاطة بها من حيث التعريف (في المطلب أول) وبعدها نخرج إلى المفاهيم القريبة منها (في المطلب الثاني).

#### المطلب الأول - التجزئة من حيث التعريف

نتطرق إلى تعريف التجزئة العقارية من الزوايا الثلاثة: التشريعية (الفرع الأول) والفقهية (الفرع الثاني) والإجرائية (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول - التعريف التشريعي للتجزئة

إعطاء تعريف للتجزئة من قبل المشرع. لا يدل إلّا على مدى أهمية التجزئة كعملية تعميرية في القانون الجزائري.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

إن التجزئة العقارية، كعملية أو كنمط للسكن الفردي المجمع على شكل قطع أرضية متلاصقة أو متجاورة وبالأخص متراصفة بانتظام، وترجم الاختيارات العمرانية المنصوص والمعبر عنها في المخططات إلى واقع ملموس على المستوى الحيز المكاني.

والمشروع التعميري الجزائري في قانونه 82-02 المؤرخ في 06/02/1982 المتعلق برخصة البناء ورخصة الأراضي للبناء عرف التجزئة العقارية في المادة 24 منه بنص على أنها " بمقتضى هذا القانون تعدّ جَزْئَة الأراضي للبناء عملية تتمثل في تقسيم ملك عقارية أو عدة أملاك عقارية إلى قطعتين أو أكثر لغرض بناية أيا كان تخصيصها"<sup>(1)</sup> غير أن هذا التعريف تنقصه الدقة المطلوبة فهو لم يتطرق إلى أهم عملية التي تميز التجزئة عن المجموعة السكنية وهي التصرف في القطع الأرضية بالبيع أو الكراء بعد إتمام أشغال التجهيز المطلوبة قانونا.

كما عرفها المشروع. أيضا، في المادة 02 من ق 08-15 كما يلي " التجزئة : القسمة من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم ملكية عقارية إلى قطعتين أو إلى عدة قطع مخصصة للبناء من أجل استعمال مطابق لأحكام مخطط التعمير" والملاحظ، إن الفكرة واحدة في التعريفين القديم والحديث وهي ضرورة الحصول المسبق لرخصة التجزئة قبل الشروع في قسمة قطعة أرض واحدة كبيرة أو عدة قطع أراضي متلاصقة أو متجاورة بهدف بيعها والبناء عليها. إلا أن الصياغة تختلف نوع ما من نص إلى آخر، والجديد في التعريف الثاني هو ضرورة إخضاع عملية تخضير مشروع التجزئة إلى أحكام مخططات التعمير كقيد تقني إضافي للعملية، وهذا بغرض سهولة إدماج البنيات المقامة في التجزئة ضمن الوسط المحيط بها بالإضافة إلى تفعيل العمل بمخرجات وثائق التعمير.

### الفرع الثاني- التعريف الفقهي للتجزئة

لقد تعددت الدراسات الفقهية التي حاولت تعريف التجزئة العقارية، وهذا التعدد لا يعني في حد ذاته الاختلاف من حيث الجوهر فغالبية التعاريف المقترحة تتفق في التأكيد على خصوصية هذه العملية التي ارتبطت في روحها وفلسفتها بالمنطق الذي تخضع له المعاملات العقارية القائمة على عنصر التفاعل مع محيطها. فقد عرف عبد الوهاب عرفة<sup>(2)</sup> التجزئة على أنها "عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع من ملكية عقارية من أجل البناء عليها".

<sup>1</sup> - بعد القانون 82-02 كنص قديم في مادة التعمير، حيث تم الاستغناء عنه بموجب المادة 80 من قانون التعمير (الجديد) 90-29 في المادة 80 منه، والتي تنص على " تلغى كافة الأحكام القانونية والتنظيمية المخالفة لهذا القانون ولا سيما: - القانون رقم 82-02 المؤرخ في 6 فبراير سنة 1982 المتعلق برخصة جَزْئَة الأراضي للبناء".

<sup>2</sup> - عرفة عبد الوهاب، شرح قوانين البناء والهدم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2006، ص 153

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

كما عرفها حمدي باشا عمر " على أنها رخصة رسمية بتجزئة قطعة أرض أو أكثر غير مبنية إلى عدة قطع بغض إقامة بنايات عليها"<sup>(1)</sup>. أما عزري الزين فعرفها على أنها " القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة قانونا ، تمنح بمقتضاه الحق لصاحب ملكية عقارية واحدة أو أكثر أو موكله أن يقسمها إلى قطعتين أو عدة قطع لاستعمالها في تشييد بناية."<sup>(2)</sup>

### الفرع الثالث - التعريف الإجرائي للتجزئة

إن التشريعات السابقة في ميدان التجزئة لم تأت بتعريف قانوني دقيق ومفصل لمفهوم التجزئة و حتى لا تترك المسألة للسلطة التقديرية للإدارة (والتي قد تسيء استعمالها بما يضر المصلحتين الخاصة و العامة) فإننا نقتراح التعريف الإجرائي التالي للتجزئة والرخصة التي تنظمها:

أ- التعريف الإجرائي للتجزئة : التجزئة العقارية<sup>(3)</sup> هي تقطيع أو تقسيم إرادي للملكية عقارية عارية غير مبنية كبيرة ، حضرية أو ريفية، إلى قطع أرضية متهيئة صغيرة نوع ما ذات مساحات متماثلة أو متفاوتة، موجهة للبيع أو الإيجار بهدف إشباع حاجات معينة سواء في السكن أو في نشاطات أخرى تجارية أو صناعية أو حرفية أو متعددة الوظائف، وهذا بحسب موقع (بعد أو قرب ) مشروع التجزئة من مركز المدينة و بحسب ما هو مخطط له أيضا في وثائق التعمير.

وباختصار يمكن القول بأن:

\*التجزئة هي تنظيم إنتاج قطع أرضية مخصصة للبناء ، على أن تكون مهيئة.

\*التجزئة = تقسم ملكية عقارية ← إنجاز أشغال التهيئة ← البيع أو الكراء للقطع

الأرضية لغرض البناء

1 - حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، طبعة 2001 ، ص 157.

2 - عزري الزين ، مناظرات القرارات الفردية في مجال العمران ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة منتوري قسنطينة، 2004، ص 47، و أنظر أيضا تعريف

Djillali Adja et BernandDrobenko, Droit de l'urbanisme , Berti édition ,2007 ,p179-180

3 - يحضى العقار : بأهمية سياسية تكمن في كونه يشكل القاعدة الأساسية التي يقوم عليها كيان الدولة وتؤدي إلى الاعتراف بوجودها وسيادتها، وأهمية اقتصادية باعتباره يشكل المصدر الأول للثروة القومية، وأهمية اجتماعية لكونه يشكل أحد أهم أسباب تماسك أفراد الأمة الواحدة . وأهمية قانونية سعت إلى جعل الملكية العقارية تقوم على أساس ثابت وطيد يبعث على الاطمئنان.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

ب- الطبيعة القانونية للتجزئة : التجزئة العقارية هي عبارة عن ملكية مشتركة أفقية Copropriété horizontale. كما تعد عملية تعميرية، بامتياز. تنظم وفق ازدواجية القانون: خاص وعام<sup>(1)</sup> وتهدف إلى التوفيق بين : المصلحتين العامة والخاصة<sup>(2)</sup>.

ج- التعريف الإجرائي لرخصة التجزئة : رخصة التجزئة هي تلك الوثيقة الإدارية الإلزامية لكل عملية إنجاز تجزئة، مهما كان موقعها، و التي من شأنها أن تستعمل احد هذه القطع على الأقل في تشييد بناية جديدة ، و إلحاق بكل قطعة من قطع التجزئة الحق في البناء وذلك طبقاً للأحكام المادة 7 من المرسوم 15-19.

د- الطبيعة القانونية لرخصة التجزئة: رخصة التجزئة هي من القرارات الفردية للتعمير التي أصبح يسميها حالياً المنظم بعقود التعمير في المرسوم 15-19، وبحسب المادة 7 من هذا المرسوم فرخصة التجزئة تسلم في شكل قرار وليس في شكل آخر وتصدر بالإرادة المنفردة للسلطة المختصة في مادة التعمير وهي البلدية والولاية والوزارة التعمير<sup>(3)</sup>، بحسب الحالة، طبقاً للمادة 16 من المرسوم 15-19. ونظراً لما حدثه من أثار مادية وأخرى قانونية بتقسيم ملكية عقارية غير مبنية إلى عدة وحدات عقارية بهدف تشييد بنايات عليها، فهي تخضع إلى القضاء الإداري للتعمير بالإضافة إلى القضاء العادي للتعمير<sup>(4)</sup>.

كما تتميز رخصة التجزئة بازدواجية الآثار فهي تحدث أثار قانونية وأخرى مادية في نفس الوقت ( وليس كرخصة البناء والتي تحدث أثار مادية فحسب )، إذ يترتب على رخصة التجزئة تحويل قطعة أرض إلى وحدتين أو أكثر، وبالتالي لها:

\*- أثار ذو طابع مادي ، تتغير من خلاله الحدود والأشكال الهندسية والمساحات... الخ

\*- أثار قانونية : وفيها تزول الوحدة العقارية القائمة بإنشاء وحدتين أو أكثر ، وهو ما نصت عليه المذكرة رقم 1479/2000 المؤرخة في 28/03/2000 المتضمنة دور المحافظ العقاري في نظر بعض الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتعمير، حيث أكدت على أن رخصة التجزئة وثيقة رسمية لها أثر مباشر في تغيير العناصر المادية والقانونية المحتواة في البطاقة العقارية بالمحافظة العقارية وعليه يجب إشهارها ، وعلى المحافظ العقاري قبل إشهار أي وثيقة تتضمن بيع قسم ناتج عن التجزئة طلب رخصة التجزئة وإرفاقها بالوثيقة.

<sup>1</sup> - الشريف البقالي، شرطة التعمير بين القانون والممارسة، دار القلم، 2012، ص 273

<sup>2</sup> - الهادي مقداد ، التجزئات ودورها في تخفيف أزمة السكنى ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة محمد الخامس ، الرباط ، 1987 - 1988 ، ص: 16

<sup>3</sup> - كما تنص م 16 من الأمر 75-67 لـ 26/09/1975 المتعلق برخصة البناء ورخصة التجزئة لأجل البناء " تمنح رت في جميع الأحوال في شكل قرار "

<sup>4</sup> - للتوسع في الموضوع أنظر: عمر أنفلوس ، المراقبة وزجر المخالفات ، أعمال اليوم الدراسي المنظم من قبل بلدية المنارة جليز وكلية الحقوق بمراكش ، جامعة قاضي عياض ، 2001 ، المغرب ، ص 71 وما بعدها .

## المطلب الثاني - التجزئة من حيث المفاهيم القريبة

نظرا لتعدد الوظائف التي يمكن أن تقوم بها التجزئة العقارية وبالأخص منها السكنية. إذا تقترب هذه العملية من عدة عمليات ماثلة إلى درجة الخلط والالتباس بها. مما يفرض بالتالي ضرورة تمييزها عما يلبس بها من العمليات المشابهة لها كالمجموعات السكنية (الفرع الأول) وعملية التقسيم العقارات (الفرع الثاني). وذلك حتى يتسنى لنا ضبط مفهومها بالشكل الصحيح.

### الفرع الأول - التجزئة و القسمة

إن القسمة للعقارات المملوكة على الشياخ لا تحتاج إلى الإذن أو الموافقة المسبقة للجهات الإدارية المختصة بالتنظيم العمراني لأنها مجرد عملية للخروج من حالة الشياخ وهو حق مخول للمالكين على الشيوخ و لم يقيدده المشرع بأي إجراءات أو شكلية إدارية معينة والقانون الذي يحكمها وينظمها هو القانون المدني. فالأصل هو أن لا يجبر أحد على البقاء في الشياخ طبقا للمادة 722 من القانون المدني. فمن يريد القسمة و الانفراد والاستقلال بخصته في الشيء فله ذلك بقوة القانون<sup>(1)</sup>. غير أن الاستعمالات السيئة من طرف المشتاعين لخصصهم الشائعة فيه خرق كامل لمبدأ الشياخ نفسه. مما حدا بالمشرع إلى فرض القيد الحصول على ترخيص أو إذن كوسيلة تمكن الإدارة من مراقبة أكثر فاعلية لاستعمال المجال. فإرادة القانون يجب أن تسمو على إرادة المتعاقدين أو المشتاعين . كما يجب النص على الإجراءات اللازمة لتفادي خلق جزئات سرية وفوضوية تفلت من الرقابة الإدارية. وقد دلت التجارب على لجوء الجزئين في بعض الحالات إلى مختلف الحيل للتهرب من الخضوع لمقتضيات القانون فيما يتعلق بوجود الحصول على موافقة الإدارة<sup>(2)</sup>. وغالبا ما تحدث جزئات سرية باسم عمليات أخرى. مثل بيع ملكية على الشياخ أو تقسيم الأراضي الفلاحية الملاصقة أو المحاذية للمناطق الحضرية إلى قطع صغيرة ثم بيعها. وما يترتب من احتمال وقوع أضرار من تقسيم واقعي مفروض غير منظم يليه بناء عشوائي يؤثر على أحياء ومدن بكاملها. بل ويساهم في إفراز أحياء جديدة على مشارف المدن غير المتوفرة على أبسط التجهيزات تتكدس فيها أعداد كبيرة من السكان بالكيفية التي تصبح تشكل فيه في أغلب الأحيان ما يسمى بأحزمة الفقر.

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات المتعلقة بموضوع القسمة أنظر :

1998, DALLOZ, Paris , p 422-424 Henri Jacquot , François Priet , droit de l'urbanisme ,

<sup>2</sup> - الهادي مقداد. التجزئات ودورها في خفيف أزمة السكنى. المرجع السابق. ص 15 . والأصل في القسمة أن تكون رضائية . تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين (والمنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري مع عدم المساس بالنظام العام. واستثناء تكون قضائية وبالتالي تخضع لإجراءات سطرها المشرع في قانون المسطرة المدنية . أنظر محمد الكشيبور. القسمة في القانون المغربي . مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 1996 . ص 11 وما بعدها.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

ولالإشارة، فإن التجزئة بعدما كانت من مواضيع القانون الخاص، تحولت وانتقلت إلى القانون العام وبالضبط إلى دائرة القانون الإداري الخاص وهو قانون التعمير بفعل تدخل المشرع في عدة مناسبات بغرض ضبط التجزئة، إذ تبين أنها تضمن كثير من الجوانب ذات المصلحة العامة للتعمير.

وباختصار، المفيد، فالتجزئة العقارية تنظم بضابط إداري وهي رخصة التجزئة، بينما القسمة يحكمها عقد القسمة وهو عقد مدني.

### الفرع الثاني - التجزئة والمجموعة السكنية

جاء تعريف المجموعة السكنية في المادة 2 من القانون 08-15 بقولها " مجموعة سكنية : تشكل مجموعة من السكنات والبنيات الفردية أو الجماعية التي تستغل للسكن، وشيدت على قطعة واحدة أو على عدة قطع متلاصقة أو متجاورة في آن واحد أو بصفة متتالية من طرف المالك أو الملاك المشتركين في القطعة أو القطع المعنية ". كما نصت نفس المادة على تعريف التجزئة كالتالي " التجزئة : القسمة من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم ملكية عقارية إلى قطعتين أو إلى عدة قطع مخصصة للبناء من أجل استعمال مطابق لأحكام مخطط التعمير " .

ومن خلال هذا المقتضى القانوني يتبين أن المجموعة السكنية تقترب من مفهوم التجزئة العقارية من حيث إقامة مبان لغرض واحد ووحيد هو غرض السكن لدرجة أن المشرع أخضع العمليتين معا لنفس النص القانوني، الأمر الذي يسمح لنا بالقول أن العمليتين من طبيعة واحدة .

ولعل اهتمام المشرع بهما على نفس المستوى يكمن فيما لهما من تأثير على المجال السكني والمعماري للمدينة وما تحتاجان إليه من تجهيزات ضرورية قبل مباشرة عمليات البيع أو الكراء إلى الغير. فالمالك كما لا يمكنه أن يجزئ ملكيته كما يريد، لا يمكنه كذلك إحداث مجموعة سكنية كما يرغب، إذ يتطلب الأمر الحصول المسبق على ترخيص من الإدارة والالتزام بمجموعة من التزامات مقابل التمتع بعدة حقوق، ولعل هذا ما دفع بـ A.Grillet إلى تشبيه المجموعات السكنية بالتجزئات " ذلك أن بيع مختلف العمارات التي تحوي عليها المجموعة بالتقسيم يعني بالضرورة تقسيم الأرض، وبهذا تعتبر المجموعة السكنية إلى حد ما تجزئة"<sup>(1)</sup> . ولكنهما تختلفان الواحدة عن الأخرى في كون التجزئة هي عملية تقسيم ملكية عقارية بهدف بيعها أو كرائها إلى الغير في شكل قطع أرضية عارية قصد إنجاز بنايات ذات طبيعة سكنية أو

<sup>1</sup> - , p 33 .Albert Grillet ,traité pratique des lotissements au maroc , recueil serry

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

غير سكنية ( تجارية أو صناعية أو حرفية ... )، بينما المجموعة السكنية هي عملية تشييد لمجموعة من العمارات ذات طبيعة سكنية فقط. وهنا تكمن نقطة الخلاف. فالمجزئ يجزئ الأرض ويتنازل عنها إلى الغير بمقابل. ومالك المجموعة السكنية يقسم من اجل القيام بعملية البناء بنفسه.<sup>(1)</sup> وإذا كانت التجزئة تنتج عن عملية تقسيم الملكية العقارية. فإن المجموعة السكنية يمكن أن تنشأ دون اللجوء إلى تقسيم. وهذا ما يستنتج من المادة 2 من القانون 08-15 "مجموعة سكنية ... شيدت على قطعة واحدة أو على عدة قطع متلاصقة أو متجاورة في آن واحد ...". لذا. فرق هذا القانون بين التجزئة الهادفة إلى تقسيم الأرض إلى قطع قصد بيعها للبناء والمجموعة السكنية التي يتم بيع وحداتها السكنية في شكلها الجاهز للاستعمال.

وللإشارة. تعتبر التجزئات والمجموعات السكنية الوسائل العملية الوحيدة المتاحة في الوقت الراهن لتهيئة المدن والمكون الرئيسي للبنية الحضرية لها. أما أحجامها. فمنها ما لا يتعدى قطع أرضية قليلة أو مساكن محدودة. ومنها ما يشكل حي أو مدينة (جديدة) قائمة بذاتها تتجاوز 50 هكتار. وبالتالي تدخل كل من التجزئة العقارية والمجموعة السكنية ضمن التعمير العملياتي بامتياز.<sup>(2)</sup>

### المبحث الثالث- آثار ومنازعات رخصة التجزئة

يمكن إجمال الآثار المترتبة على تسليم رخصة التجزئة في ثلاثة أمور هي : التزامات رخصة التجزئة (المطلب الأول). حقوق رخصة التجزئة (المطلب الثاني). وأخيرا المنازعات المتولدة عن رخصة التجزئة (المطلب الثالث).

#### المطلب الأول- التزامات رخصة التجزئة

تتفرع عن التزامات رخصة التجزئة : التزامات تخص الإدارة (الفرع الأول) والتزامات تعني الجزئ العقاري (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول- التزامات الإدارة

يتم الكشف عن التزامات الإدارة بالوقوف عند النقاط التالية: التزام بالشهر (أولاً) ثم التزام بالتبليغ (ثانياً)

**أولاً- الالتزام بالشهر :** إن الشهر عن طريق المحافظة العقارية يشكل ركيزة قانونية يعتمد عليها لتفادي عمليات الغش والتدليس قدر الإمكان في العقار موضوع الإشهار . وعليه. ونظرا لأهمية هذه المهمة فلم يسنده المشرع إلى الجزئ العقاري . بل جعلها من ضمن الالتزامات التي تقع على الإدارة . طبقا لنص المادة 22 من المرسوم 15-19.

<sup>1</sup> , droit de l'urbanisme , P.U.F. 1981 , p 445Robert. Savy-  
<sup>2</sup> Henri Jacquot , FrancoisPriet ,op.cit. p422-424 -

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

وتجدر الإشارة بأن عملية شهر التجزئة ، في الأراضي الغير المسوحة ، تعد كمرحلة متقدمة من نظام الشهر الشخصي في اتجاه نظام الشهر العيني ، فتساهم ، بالتالي ، التجزئة على ترسيخ قواعد أو نظام الشهر العيني على قطع أرضية صغيرة . فالشهر هنا يتم من الجزء إلى الكل وليس ما هو معمول به في المسح العام من الكل إلى الجزء ، و بالتالي يمكن اعتبار ذلك كشهر عيني جزئي ، كما يمكن القول أيضا أن شهر التجزئات المنظمة تعتبر كوسيلة دعم لعمليات المسح العام للأراضي والتي تشكل هذه الأخيرة الوسيلة الفضلى للتطهير النهائي للوضعية العقارية .

ثانيا -التزام الإدارة بالتبليغ : طبقا للمادة 22 فقرة 3 ، يتم تبليغ قرار رخصة التجزئة المعني بمشروع التجزئة ( إنشاء أو توسعة ) رفقة نسخة من الملف التقني بوثائقه البيانية والمكتوبة والمصادق عليه من قبل الشباك الوحيد والموضوع عليها تأشيرتها الخاصة بها. مع إفادة مديرية التعمير للولاية نسخة من الملف هي الأخرى<sup>(1)</sup> ، طبقا للفقرة 3 من المادة 22 من المرسوم، ويفهم من هذه الفقرة على أن مديرية التعمير هي الإدارة الوحيدة دون غيرها التي تتجمع فيها المعلومة المتعلقة بالتعمير والعقود والمسائل المرتبطة به . بالرغم من إعطاء للبلدية الكثير من المكينات في مجال التعمير، إلا أنه تبقى مديرية التعمير وهي الإدارة الوحيدة في الولاية التي حقيقة تمثل قطاع التعمير. وهي الهيئة الثابتة بطاقمها الإداري المتخصص وبرنامج عمل محدد في ميدان التعمير والبناء والهندسة المعمارية لا غير. بينما إدارة البلدية يعتبر التعمير فيها جزء صغير من جملة اهتمامها. وبالتالي فمديرية التعمير هي إدارة متخصصة في التعمير وخير ما فعل عندما حصر المنظم حينما حصر عملية تجميع المعلومة على مستواها كبنك معلومات ، توظف بالأخص في إعداد الدراسات الإحصائية والبحوث والدراسات التقنية المحلية وما فوق المحلية (الجهوية والوطنية)<sup>(2)</sup> .

### الفرع الثاني - التزامات الجزئ العقاري

إن الالتزامات القانونية المفروضة على الجزئ تتجسد في : الالتزام بالإشهار(أولا) ثم الالتزام بالإجاز(ثانيا).

<sup>1</sup> - دبريم عائدة ، الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري ، دار فانة ، باتنة ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2011 ص68

<sup>2</sup> - للبطاقية الوطنية ، بحسب م 2 من المرسوم رقم 09-276 المؤرخ في 30 أوت 2009 المتعلق بالبطاقية الوطنية لعقود التعمير والمخالفات المتعلقة بها وكذا كفيات مسكها ، مهمتين :

- مهمة 1: كآلية لتوثيق عقود التعمير ( وهي مهمة من جانب ضبط الأرقام والإحصاء ) + قرارات الإدارية والقضائية المتعلقة بالعقوبات

- مهمة 2: كأداة في مجال متابعة العقود والقرارات .

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

أولاً- الالتزام بالإشهار: لم تعد عملية الإشهار تخضع لمبدأ سلطان الإرادة وما قد يترتب عليها من حالات الاحتيال بتضمين معلومات ناقصة أو خاطئة حول المشروع . مما جعل المشرع يتدخل بغرض تنظيمها وتوجيهها بالنص على أن تتم عملية الشهر في موقعين مختلفين . أحدهما بمقر البلدية (المادة 3/22 من المرسوم 15-19 ) والثاني بورشة مشروع التجزئة (المادة 29 من المرسوم 15-19) . وبذلك بهدف تعزيز العمل بفكرة الشفافية و استقطاب أكبر عدد ممكن من المهتمين المحتملين بمشروع التجزئة<sup>(1)</sup> .

ثانياً - التزام بالإجاز: تعد مرحلة تجهيز التجزئة العقارية مرحلة هامة ، وهي مرحلة إخراج المشروع من مجرد فكرة متضمنة في أوراق بيانية وأخرى مكتوبة إلى حيز الوجود<sup>(2)</sup> . كما يعدّ الجزئ العقاري . ومن وجهة الإدارة . كمجهز aménageur تنحصر مهمته في تحويل أراضي بيضاء غير مهيئة إلى قطع أرضية صالحة للبناء .

ولقد بينت التجربة. من خلال الوقائع العملية. أنه من الصعب إجاز الأشغال بعد بيع القطع الأرضية. لذا نص القانون 90-29 والمرسوم 91-176. على إجبارية التجهيز المسبق قبل الإقدام على أي تصرف قانوني في قطع أرضية التجزئة . وهو الشيء الذي تبناه المرسوم 15-19 وسار عليه بالنص عليها في المادة 32 .

إن تهيئة التجزئة تتطلب القيام بجملة من الأشغال المركبة تتمثل أساسا في أشغال المرتبطة بمختلف الشبكات . أشغال معالجة سطح الأراضي وتدعيم المنحدرات وغرس الأشجار ووضع أثاث حضري وإجاز المساحات الخضراء. غير أنه يمكن التجهيز على مراحل بصيغة القطاعات en tranches. وتبدوا هذه الصيغة أكثر فاعلية من حيث كونه سيّيح للعديد من مشاريع التجزئات الكبرى إجازها وفق منظور تسلسلي: بتجهيز قطع أرضية بمعزل عن القطع الأخرى للتجزئة والتصرف فيها بالبيع أو الكراء . مما يسهل عملية التمويل لإتمام المشروع بكامله وفي أحسن الظروف الممكنة.<sup>(3)</sup>

### المطلب الثاني: حقوق رخصة التجزئة

يتم دراسة الحقوق المترتبة عن رخصة التجزئة من خلال التطرق إلى حقوق الإدارة (في الفرع الأول) وبعدها إلى الحقوق المرتبطة بالجزئ العقاري ( في الفرع الثاني).

<sup>1</sup>- محمد جرمون . النظام القانوني للتجزئة العقارية . الشركة المغربية للطباعة والنشر . الرباط . 2001 . ص126 .

<sup>2</sup>- محمد بونيات . المرجع السابق . ص69 . وأيضا: بوسلي إدريس . التجزئات العقارية من خلال قانون التعمير . مجلة المحامي . العدد 3 . السنة 1993 . ص 140

<sup>3</sup>- صالح بوسطعة . التعمير في القانون التونسي . منشورات المطبعة الرسمية . تونس . طبعة سنة 1999 . ص 231

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

## الفرع الثاني - حقوق الإدارة

تتمثل حقوق الإدارة في الحق في الرسم (أولاً) و الحق في دمج ملحقات التجزئة (ثانياً).

### أولاً- حق الإدارة في الرسم :

يؤسس لصالح البلديات رسم خاص في شكل طابع جبائي عند تسليم عقود التعمير<sup>(1)</sup> ، وذلك بحسب ما تنص عليه المادة 55 من القانون رقم 09-09 المؤرخ في 30 ديسمبر 2009 المتضمن قانون المالية لسنة 2010 .

وتحدد تعريفة الرسم الخاص برخصة التجزئة في شكل تصاعدي. ولكن ليس على أساس المبلغ الإجمالي لأشغال التجزئة أو على أساس مساحة أرضية التجزئة والمقدرة بالمترب. بل على أساس أهمية التجزئة من حيث عدد القطع الأرضية. وذلك حسب الجدول التالي :

عدد القطع الأرضية	التعريفة (دج)
من 2 إلى 10	2000
من 11 إلى 50	50.000
من 51 إلى 150	70.000
من 151 إلى 250	100.000
أكثر من 250	200.000

أما إذا تعلق الأمر بتجزئة ذات الاستعمال غير السكني ( تجاري أو صناعي أو ...). فإن الرسم يحدد كما هو مبين في الجدول أدناه :

عدد القطع الأرضية	التعريفة (دج)
من 2 إلى 5	6000
من 6 إلى 10	12.000
أكثر من 10	30.000

<sup>1</sup> - وإذا كانت القرارات الخاصة بالبناءات المهدة بالانهيار والتي تقرر تهديمها من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي طبقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها معفية من الرسم الخاص بها . فإن شهادة التقسيم وشهادة التعمير حدد تعريفة رسمهما بـ 2000 دج لكل شهادة. وهذا طبقاً للأمر 04-01 المؤرخ في 22 جويلية سنة 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي سنة 2009.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

والملاحظ هو غياب الاستثناء على فرض الرسم، كما هو معمول به في المغرب، أين تعفى التعاونيات العقارية و التجزئات الاجتماعية الخاصة بإعادة هيكلة الأحياء الفوضوية لغرض إدماجها في النسيج العمراني المنظم<sup>(1)</sup>.

**ثانيا- حق الإدارة في دمج ملحقات التجزئة (من طرق وشبكات):**

يترتب على تسليم شهادة قابلية الاستغلال لحاق الطرق وشبكات الماء أو مجاري الصرف الصحي والكهرباء والمساحات المغروسة بالأماك العامة للبلدية المعنية و لا يكون للمجزئ العقاري أو لأي أحد من المشتريين أو المكثرين أي حق إدعاء شخصي عليها بعد إضافتها ودمجها ضمن ممتلكات إدارة الجماعة المحلية<sup>(2)</sup> (عملية الإدماج تتم أولا لمصلحة البلدية وإلا ستكون العملية لفائدة الولاية)<sup>(3)</sup> . إذ أن رئيس البلدية ملزم ، بقوة القانون ، بالمحافظة على الملحقات المضافة إلى بلديته ضمن السلطات التي يمارسها بمقتضى المواد 116 و117 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011 والمتعلق بالبلدية. لكن التجربة العملية أبانت أن رؤساء البلديات لا يعيرون أي اهتمام لهذا المقتضى القانوني وذلك لتفادي تحمل مصاريف تدبير هذه الملحقات، الأمر الذي ينعكس على تعرض هذه الأخيرة للضياع وسوء التسيير.

### الفرع الثاني- حقوق المجزئ العقاري

في الحقيقة، لا يمكن الحديث عن الحقوق التي خولها المشرع للمجزئ في إطار قانون التعمير ومرسومه التطبيقي 15-19 إلا بناء على مدى احترامه للإلتزامات المفروضة عليه بموجب هذه النصوص القانونية. ويمكن إجمال هذه الحقوق في : الحق في الحصول على شهادة قابلية الاستعمال (أولا)، والحق في بيع أو إيجار القطع الأرضية (ثانيا).  
**أولا- الحق في الحصول على شهادة قابلية الاستعمال<sup>(4)</sup>:**

شهادة قابلية الاستعمال هي قرار إداري تثبت فيه مدى مطابقة الأشغال المنجزة حسب المخططات المصادق عليها والمرفقة لـ رت ، إلا أن شهادة قابلية الاستغلال لا تعتبر من ضمن عقود التعمير كما هو الحال بالنسبة لشهادة المطابقة بالرغم من أنها تتضمن جميع المشتملات العادية للقرار الإداري من حيث الرقم والحيثيات و البنود أو المواد و تاريخ وإمضاء رئيس المجلس الشعبي البلدي.

<sup>1</sup> - للمزيد من المعلومات حول موضوع الرسم على رخصة التجزئة في المغرب . راجع محمد جرمون، المرجع السابق، ص 137

<sup>2</sup> - محمد مومن ، شكلية عقد البيع الواقع في أقسام التجزئات العقارية وأهميتها في استقرار المعاملات، أعمال اليوم الدراسي بعنوان التجزئة العقارية والتعمير

<sup>3</sup> - صالح بوسطعة ، المرجع السابق ، ص 264

<sup>4</sup> - إجراء الحصول على شهادة قابلية الاستعمال ، يعد كحق للمجزئ والتزام بالنسبة للإدارة

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

وعملاً مبدأً توازي الأشكال فإنه يمكن الحصول على شهادة قابلية الاستغلال الجزئية في حالة إنجاز أشغال التهيئة التجزئة على مراحل متتابعة تبعاً للأجل المنصوص عليها في هذه الأخيرة بشرط أن لا تكون أشغال التهيئة المتبقية لها انعكاسات سلبية على السير الحسن بالنسبة إلى ما تم إنجازه وتسلمه ( الفقرة 3 من المادة 28 من المرسوم 15-19).

ثانياً - الحق في بيع أو إيجار القطع الأرضية : إن التصرف في القطع الأرضية فقد تم التطرق إليها في القسم الثاني من الفصل الثاني للمرسوم 15-19 تحت عنوان الشروط اللازمة للتنازل عن حصص الأرض المجزأة في مادة واحدة والتي هي المادة 32. و بحسب هذه المادة . فإن عملية بيع أو كراء القطع الأرضية للتجزئة مرتبطة أو معلقة على شرط الحصول المسبق على شهادة قابلية الاستغلال<sup>(1)</sup> (والممنوحة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي). كما يجب أن يتضمن عقد البيع أو الكراء للقطعة الأرضية بيانات الشهادة والتي تعد كشكلية جوهرية يتطلب النص عليها في كل العقود المتعلقة بالبيع (ناقل للملكية ) أو الكراء (لمدة طويلة بغرض إقامة . مثلاً . منشآت سياحية أو صناعية والتي تتطلب استقرار معيناً)<sup>(2)</sup>.

النتيجة هو أن عقد البيع للقطع الأرضية للتجزئة العقارية يتضمن 5 أركان: 3 أركان العادية والمعروفة في سائر العقود وهي الرضاء والمحل والسبب + الركن الشكلية (الكتابة الرسمية والمنصوص عليها طبقاً للمادة 324 مكرر 1 والخاص بالعقود التي محلها عقار أو حق عيني عقاري) + ركن تسلم شهادة إدارية تثبت انتهاء الأشغال بالكم والنوع وبحسب ما يتطلبه القانون.

وللإشارة، أن الجزء أو المتعامل العقاري بائع القطع الأرضية لا يعني بأنه معفى من المسؤولية المدنية العقدية تجاه المتنازل لهم عن القطع الأرضية وبالأخص " فيما يتعلق بالتنفيذ الجيد للأشغال"<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث- منازعات رخصة التجزئة :

تتجسد المنازعة الإدارية في الحق في الطعن في حالة عدم رد الإدارة على طلب رخصة التجزئة أو كان ردها غير مرضي بالنسبة للمجزء العقاري المعني ( الفرع الأول) . كما أنه في

<sup>1</sup> - دبرم عائدة . المرجع السابق . ص 87 .

<sup>2</sup> - للإشارة فإن قانون 08-15 قد تطرق في تعريفه للتجزئة إلى فكرة الكراء للقطع الأرضية. كما أن عقد الامتياز هو في الحقيقة عبارة عن عقد كراء طويل المدي. مما يعني التعامل في التجزئات تقوم على فكرة المدد الطويلة واستقرار المعاملات العقارية . وباستقراء صياغة المادة 02 من القانون 08-15. يتبين أن المشرع استعمل أسلوب حصري للتصرفات العقارية الواردة على القطع الأرضية للتجزئة. حيث لا يمكن تصور تصرفات أخرى كالهبة مثلاً. للمزيد من المعلومات في هذه المسألة أنظر:

Allex ,Well : Droit civil : les biens , éd. DALLOZ, 1970 , p208

<sup>3</sup> - حيث عند خطي هذه العتبة. بحسب المادة 32 فقرة 3 من المرسوم 15-19. تبدأ ما يسمى بالمسؤولية المدنية للقائم بأشغال التهيئة.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

حالة مخالفة الجزئ العقاري للإلتزامات المترتبة عن رخصة التجزئة. فإن المشرع التعميري نص على الجزاء على مخالفة قواعد التعمير (الفرع الثاني) وعلى الجزاء على مخالفة قواعد البيع (الفرع الثالث).

### الفرع الأول - الحق في الطعن

بحسب المادة 31 من المرسوم 15-19 يمنح للمعني برخصة التجزئة أو شهادة القابلية للاستغلال والغير الموفق في الحصول فيها إما بسكوت الإدارة ضمن الآجال القانونية أو برد الإدارة السلبى على طلبه الحق في إيداع طعن في الولاية . على أن يكون الرد إيجابيا أو سلبيا بشرط أن يكون معللا (المادة 2/62 من قانون 90-29 المتعلق بالتعمير) خلال 15 من تاريخ إيداع الطعن . وبهذا يتحول هذا إجراء التعليل إلى شكلية جوهرية للقرار . حيث يتعرض للبطلان أي قرار لا يتضمن علته بين طياته . ولا تغنى عن هذا التعليل الأسباب التي تدلى بها الإدارة لا حقا لقاضي الإلغاء بمناسبة جوابها على مقال الطعن .

وعملية التعليل تسهل عملية المراقبة القضائية . وحقق الشفافية اللازمة للنشاط الإداري . فالتعليل هو الحجة القاطعة على التزام الإدارة بقواعد المشروعية والقانون . وعلى أساسه تتم محاسبتها .

كما أنه عن طريق التعليل تقدم الإدارة وجهة نظرها الحقيقية والتعبير عنها بمقتضى وثيقة رسمية . وهو الأمر الذي يمكن القاضي والمتقاضي من الإطلاع عليها ومعرفة الأسباب التي كانت وراء رفض طلب الحصول على رخصة التجزئة . وذلك ضمانا لحقوق الجزئين وتلافيا لإجحاف السلطات الإدارية في مثل هذه الحالات .

والمشرع. من خلال المادة المذكورة أعلاه . أعطى للمجزء العقاري الغير الموفق في الحصول على رخصة التجزئة أو شهادة قابلية الاستغلال مكنتين إداريتين . والتي تعتبر من المستجدات التي تحتسب للمشرع العمراني الجزائري في ظل الإصلاحات المتواصلة في مادة التعمير . إذ عوض القرار الضمني والعمول به ظل القانون القديم القانون رقم 82-02<sup>(1)</sup> بمكنات أو آليات إدارية تمكن طلب رخصة التجزئة من الحصول على قرار إداري صريح بالقبول أو بالرفض طبقا لنص المادة 31 من المرسوم 15-19.

المكنة الأولى تتمثل في الطعن على مستوى الولاية . أما المكنة التالية فتتجسد في إيداع طعن ثاني لدى الوزير المكلف بالتعمير في حالة استمرار الإدارة في السكوت وعدم الرد على الطعن الأول خلال مدة 15 من تاريخ إيداع الطعن بالولاية . يلتمس فيه من السيد الوزير إعادة

<sup>1</sup> - القانون 82-02 المؤرخ في 2 فبراير 1982 المتعلق برخصة البناء ورخصة تجزئة الأراضي للبناء.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

دراسة طلبه ، وفي هذه الحالة وبقوة نص المادة 31 من المرسوم ، فإن مديرية التعمير مجبرة على الرد على شكوى المعني إما إيجاباً أو سلباً مع التعليل ، بالطبع ، خلال أجال 15 يوماً ابتداء من تاريخ إيداع الطعن . والملاحظ هنا أن الجديد الذي أتى به المرسوم 15-19 في هذا الإطار يمكن في إحالة الوزير سطلته في دراسة الملف إلى مديرية التعمير على المستوى المحلي بفرض تقرب الإدارة أكثر من المواطنين .

الإمكانية الثالثة والأخيرة وهي تتمثل في حق المجزئ العقاري في حالة عدم الرضاء على إجابة الإدارة سواء رفضاً أو قبولاً بشروط ، التوجه إلى العدالة ورفع دعوى قضائية إلى المحكمة الإدارية<sup>(1)</sup> .

الملاحظ في الأخير ، أن الطعن الإداري ، والمبين في المرسوم 15-19 ، غير واضحة وبالكيفية اللازمة حيث لم ترسم الإجراءات وبالدفقة الواجبة الإلتباع ، والمصالح أو المكاتب التي يتم التوجه إليها في إدارة الولاية ، فهذه المسائل يمكن أن تنظم عن طريق مناشير وتعليمات ، غير أن من عيوب هذه الأخيرة أن العامة من الناس لا يمكنهم التعرف عن محتواها أو حتى الحصول على نسخ منها ، فالتعليمات تعد مسألة إدارية جتة<sup>(2)</sup> ، وبالتالي ، نرى من الأفضل التدخل المنظم ، مرة أخرى ، بتدعيم نصوص المواد المرسوم 15-19 بمواد أخرى تتعلق بهذه المسألة .

#### الفرع الثاني- حالة إنجاز أشغال التجزئة دون رخصة تجزئة :

يتعرض كل مجزئ عقاري يقدم على إنجاز تجزئة عقارية دون الحصول المسبق لرخصة التجزئة لجزاء جزائي حدده المادة 74 من القانون 08-15 بستة(6) أشهر إلى سنتين(2) وبغرامة من مائة ألف دينار ( 100.000 دج) إلى مليون دينار ( 1.000.000 دج). كما يمكن أن تأمر المحكمة صاحبة الاختصاص بهدم اشغال الانتفاع والتجهيزات المتجزئة على نفقة المخالف .

غير أنه في حالة مباشرة أشغال تجزئة على أرض مهما كانت طبيعتها القانونية ملك عام أو خاص يمنع في البناء أو أعمال التهيئة طبقاً لما تنص عليه مخططات التعمير العامة أو المفصلة والسارية المفعول ، فإنه يتطلب من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي العمل على وقف استمرار الأشغال بهذه التجزئة الغير القانونية والأمر " بإعادة المكان إلى حالتها الأصلية

<sup>1</sup> - طبقاً للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - للمزيد من المعلومات حول سلبيات التنظيم عن طريق المناشير والتعليمات ، راجع :

الشريف البقالي ، رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير ، الطبعة الأولى 2006 ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ، ص 117 وما بعدها.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

وهدم البنايات المشيدة في الأجل الذي يحدده " (المادة 72 من القانون 08-15). إلا أن وقف الأشغال وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وهدم الأبنية وأشغال التجهيز والتهيئة لا يكون مانعا من متابعة المخالف.

والمشروع لم يقف عند هذا الحد بل وسع من نطاق المسؤولية الجنائية عندما أعتبر مشاركا لمرتكب المخالفة كلاً من رب العمل والمقاول المنجز للإشغال والمهندس المعماري والمهندس المختص ومهندس المساحة وكل مشرف صدرت منه أوامر نتجت عنها المخالفة ( المادة 76 من القانون 08-15 )<sup>(1)</sup>.

والملاحظ أن المشروع عمل مبدأ ازدواجية العقوبة على نفس الفعل .بل زيادة على ذلك ألزم الإدارة بإتباع الإجراءات الإدارية قبل اللجوء إلى الإجراءات القضائية وهذا لا يخلو بطبيعة الحال من تداخل الاختصاص بين السلطة القضائية والسلطة الإدارية<sup>(2)</sup>. إذ خول لهذه الأخيرة مهمة إزالة آثار المخالفة الذي هو أمر مستبعد عن اختصاصات الشرطة الإدارية مع العلم أن مهمة الشرطة الإدارية في غالب الأحيان مهمة وقائية . في حين أن قرار الهدم هو ذو الطابع زجري أكثر منه ذو طابع وقائي .وهذا يبقى من اختصاص السلطة القضائية .

ويمكن تفسير السلطات التي تتمتع بها الإدارة في هذه الحالة على حساب السلطة القضائية بتحويل السلطة الإدارية وسيلة قانونية للتدخل المباشر لردع كل مخالفة<sup>(3)</sup>.

لكن السؤال الذي يطرح يتعلق بمعرفة الأشخاص الذين خول لهم المشروع متابعة أشغال التجزئة وتخريك المتابعة لضبط مخالفات وجرائم التعمير ؟

فالجواب قد جسده المادة 76 مكرر من القانون 90-29. إذ حددت الأشخاص المؤهلين

لضبط ومعاينة المخالفات فيما يلي :

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في التشريع المعمول
- أعوان البلدية المكلفين بالتعمير. بالإضافة وموظفي ومفتشي مديرية التعمير. مع العلم هؤلاء الموظفون يؤدون اليمين أمام رئيس المحكمة المختصة .

<sup>1</sup> - إبراهيم زعيم. واقع المسؤولية المعمارية بالمغرب بين أزمة النص ومتطلبات الإصلاح. اليوم الدراسي بعنوان التجزئة العقارية والتعمير. المنظم من قبل جامعة قاضي عياض. كلية الحقوق. مراكش . المغرب . السبت 17/03/2001 ص16.

<sup>2</sup> - أحمد الهرجاني. الإطار القانوني لضبط وجزر التجزئات العقارية المخالفة لقانون 90-25. اليوم الدراسي بعنوان التجزئة العقارية والتعمير. المنظم من قبل جامعة قاضي عياض. كلية الحقوق. مراكش . المغرب . السبت 17/03/2001 ص103.

<sup>3</sup> - محمد بونيات . نظام التوثيق وبيع بقع التجزئة العقارية. أعمال اليوم الدراسي بعنوان التجزئة العقارية والتعمير. المنظم من قبل جامعة قاضي عياض. كلية الحقوق. مراكش . المغرب . السبت 17/03/2001 ص35 . وأيضاً : عمر أنفلوس. المراقبة وزر المخالفات. أعمال اليوم الدراسي بعنوان التجزئة العقارية والتعمير. المنظم من قبل جامعة قاضي عياض. كلية الحقوق. مراكش . المغرب . السبت 17/03/2001 ص 72.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

ويتم تنظيم عمل هؤلاء الأشخاص، بحسب المادة 62 من القانون 08-15، في إطار فرق<sup>(1)</sup> أعوان مكلفة بالمراقبة والتحري حول إنشاء التجزئات، وتضبط مهامهم وفق رزنامة محددة في القيام بالزيارة لورشات التجزئات، والفحص والتحقيقات الميدانية، وغلق كل الورشات الغير القانونية، مع تحرير محاضر عن المخالفات المرتكبة والتي تم معابنتها (المادة 65 من القانون 08-15).

ولقد أحسن المشرع صنعا بتوضيحه الصريح للجهة المختصة بالمعينة وضبط المخالفات رفعا لأي تعقيد أو تداخل في الاختصاص .

### الفرع الثالث - حالة إبرام عقود غير قانونية :

زيادة على بطلان العقود المبرمة خلافا لأحكام القانون المنظم للتعمير ، فإن المشرع رتب جزاء<sup>(2)</sup> حددته المادة 77 من القانون 08-15 في الغرامة من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج، وعقوبة حبس من ستة (6) أشهر إلى سنة<sup>(1)</sup> في حالة إقدام المجرى العقاري على بيع قطع أرضية من تجزئة عقارية لم يتحصل فيها بعد على رخصة التجزئة أو لم يتم استلام شهادة قابلية الاستغلال وفق ما تنص عليه المادتين 7 و 32 من المرسوم 15-19.

ويستشف من أحكام المادة 77 من القانون 08-15 أن المشرع جرم العقد النهائي للبيع أو الكراء المخالف للقانون . كما يجرم، وفق المنطق القانوني أيضا، العقد الابتدائي أو ما يسمى بالوعد بالتعاقد على سبيل البيع أو الكراء.<sup>(3)</sup>

ويمكن القول بالنظر إلى الإجراءات والجزاءات المترتبة على مخالفتها أن المشرع قد توخى من ذلك سلامة العقود المبرمة بين المالك والمستفيدين، وذلك بوضع حد للنزاعات المترتبة عن هذه العقود والحفاظ على أموال المستفيدين، من خلال جعل هذه العقود تخضع للأحكام المنظمة في القانون المدني وفي القوانين الخاصة.<sup>(4)</sup>

وللإشارة، فالمشرع قد شدد العقوبة في حالة عودة المخالف إلى ارتكاب نفس المخالفة والمتمثلة في إعادة أشغال التجهيز أو التهيئة والمنصوص عليها في المادة 2/74 من القانون 08-15 أو إعادة عملية البيع أو الكراء للقطع الأرضية طبقا لما جاء في المادة 2/76 من القانون 08-15. غير أن المشرع لم يبين المجال الزمني الذي يدخل في نطاقه العمل أو البيع

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 09-156 المؤرخ في 2/05/2009، يحدد شروط وكيفيات تعيين فرق المتابعة والتحقيق في إنشاء التجزئات والمجموعات السكنية وورشات البناء وسيرها .

<sup>2</sup> - عبد الرحمان بلعكيد ، وثيقة البيع بين النظر والعمل ، الدار البيضاء ، 1993 ، الطبعة الأولى ، ص 112 .

<sup>3</sup> - من منازعات بين المتعاملين ، لمزيد من التفصيل راجع محمد الكشيبور ، بيع العقار بين الرضائية والشكلية، سلسلة الدراسات المعاصرة، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، 1997.

<sup>4</sup> - عمر أنفلوس، المراقبة وزر المخالفات، أعمال اليوم الدراسي بعنوان التجزئة العقارية والتعمير المنظم من قبل جامعة قاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، السبت 17/03/2001 ص76.

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

ويعتبر حالة عود ، وكذا عدد مرات البيع أو الكراء التي على أساسها تعتبر جريمة تستحق تشديد العقوبة. ونفس الشيء يقال بالنسبة للحكم الأول، هل هو ابتدائي أو نهائي (غير قابل لأي طريق من طرق الطعن) حتى يعتبر العمل المجرم مكرر

**الخاتمة :**

إن القاعدة الذهبية التي تقوم عليها رخصة التجزئة هي حماية المصلحتين العامة والخاصة معاً:

- فمن خلال رخصة التجزئة تتحقق المصلحة العامة بتفادي عشوائية البناء والتحكم في اتساع العمران وتأمين النمو المتناسق للتجمعات السكنية مع ما يتطلبه هذا النمو من تصور ملائم وتهيئات جماعية كافية، بالإضافة إلى متطلبات الأمن والصحة والراحة العامة والطابع المعماري المنظم، وكذا التماسي مع السياسة المطبقة في مجال السكن والتعمير.

- وتتحقق المصلحة الخاصة من خلال ضمان حقوق المتعاملين وحمايتهم من الغش والتحايل، وضبط الحالة المادية والقانونية للتجزئة لتفادي النزاعات.

إلا أنه وبالرغم من أهمية التجزئة العقارية والرخصة التي تنظمها في توفير السكن الفردي، ألا أنه يمكننا إبداء الملاحظات التالية :

**أولاً- من حيث الالتزامات:**

- إن إجراء الشهر على مستوى الورشة كان كإلزام قانوني خاص فقط بأشغال البناء دون غيرها من الأشغال الأخرى . إلا أنه وفي إطار المرسوم 15-19 أعطيت المكانة القانونية التي تستلزمها رخصة التجزئة ورفع من قيمتها إلى مستوى رخصة البناء، أو بمعنى آخر، فالمشروع يخضع لمرحلة تكون فيها رخصة التجزئة هي سيدة الرخص والشهادات، حيث مرحلة المشاريع الكبرى للإيجاز العمارات قد ولت و انتهت، والآن جاء دور البناء الفردي في إطار التجزئات .

ومن جهة أخرى نرى أن التعامل الورقي أصبح شبيه من الماضي بفعل الانتشار غير المحدود لوسائل تكنولوجيا والاتصال الحديثة NTIC<sup>(1)</sup>. وكذا صيغة الشهر، عن طريق اللوحة الخشبية، والتي تعدّ قليلة الفعالية والمردودية (إن لم نقل بدائية) من حيث استقطاب عدد المهتمين بالمشروع مقارنة لو تم الإشهار ضمن الوسائل الحديثة للإعلام والاتصال.

<sup>1</sup> nouvelles technologies d'information et de communication = NTIC

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار \_\_\_\_\_ كمال تكواشت (ب د)

- بالرغم من أن المشرع ألزم صاحب التجزئة بالتصريح بانتهاء أشغال التجهيز وفق ما تنص عليه المادة 23 من المرسوم 15-19 على أنه " يطلب المستفيد من رخصة التجزئة، عند إتمام أشغال قابلية الاستغلال والتهيئة، من رئيس المجلس الشعبي البلدي لموقع وجود التجزئة، تسليم شهادة قابلية الاستغلال التي تثبت مطابقة هذه الأشغال وإتمامها. " فإنه لم يتطرق قانون 90-29 ولا مرسومه التطبيقي رقم 15-19 لإلزامية الجزئ العقاري بالتصريح ببداية أشغال التجهيز، وهذا يعد كنقص تشريعي يجب تداركه. وذلك حتى تظل الرقابة الإدارية على أشغال التهيئة والبناء مستمرة من بدايتها إلى نهايتها.

- وبغرض تفعيل إجراء المعاينة الميدانية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 27 من المرسوم 15-19 يجب أن يتضمن ملف الحصول على شهادة قابلية الاستغلال على تقرير أو وثيقة محررة من قبل مهندس مساح تؤكد بأن القطع الأرضية المحددة بموجب الوثائق البيانية والمكتوبة في ملف رخصة التجزئة هي متطابقة من حيث المساحة و العدد و الأبعاد الهندسية. كما يجب أن تنص هذه الوثيقة على أن كل القطع الأرضية قد تمت تثبيتها و تحديدها بالأوتاد وفق محتوى المخطط القطعي للتجزئة le plan parcellaire والمصادق عليه من قبل لجنة الشباك الوحيد.

- أن الجزء أو المتعامل العقاري بائع القطع الأرضية والمتحصل على رخصة التجزئة وشهادة قابلية الاستغلال لا يعني بأنه معفى من المسؤولية المدنية العقدية تجاه المتنازل لهم عن القطع الأرضية وبالأخص " فيما يتعلق بالتنفيذ الجيد للأشغال، مما يتطلب العمل بأية التأمين الإجباري في مادة أشغال التهيئة لجبر كل ضرر محتمل.

ثانيا- من حيث الحقوق

- يمكن للمجزء الحصول على شهادة قابلية الاستغلال الجزئية في حالة إنجاز أشغال التهيئة التجزئة على مراحل متتابعة تبعا للأجال المنصوص عليها في هذه الأخيرة بشرط أن لا تكون أشغال التهيئة المتبقية لها انعكاسات سلبية على السير الحسن بالنسبة إلى ماتم إنجازها وتسلمه ( الفقرة 3 من المادة 28 من المرسوم 15-19).

رخصة التجزئة العادية ← وفيها تنجز أشغال التهيئة أو التجهيز بشكل كلي (كقاعدة عامة)

رخصة التجزئة على مراحل أو الرخصة الجزئية ← وفيها تنجز أشغال التهيئة بشكل جزئ ← وبالتالي تعد هذه الرخصة كاستثناء على رخصة التجزئة العادية، حيث لا يتم فيها تسلم الأشغال نهائيا بل على مراحل محددة إلى غاية الانتهاء منها كليتا.

وهذا الاستثناء يدخل ضمن التسهيلات التي تمنح لغرض إنعاش الاستثمار العقاري في مادة التجزئة.

- إن المصادقة على مشروع التجزئة لا يعني ذلك أن قرار المصادقة على التجزئة وأحكام دفترها لشروط تبقى نافذة بصورة دائمة ومستمرة حتى وإن صدرت لاحقاً أحكام لقواعد التعمير مخالفة لها. بل أن الأمر يتطلب التدخل من قبل المعنيين لإعادة تنظيم أحكام التجزئة العقارية . لأن فلسفة قانون التعمير بالقدر ما تحرص على مبدأ استقرار الوضعيات القانونية واحترام إرادة المتعاقدين . فإنها تعمل على مواكبة عمليات التهيئة والتعمير والبناء للتطور الذي تشهده المدن والمجتمعات السكنية .

- إذا كانت الآجال القانونية المخصصة لإنجاز أشغال التجزئة. طبقاً للمادة 40 من القانون 82-02. هي 3 سنوات. واستمر العمل بهذه المدة وفق العرف الإداري للتعمير بعد إلغاء هذا القانون بموجب المادة 79 من القانون 90-29. إلا أنه وفي ظل الإصلاحات التي شهدتها منظومة التعمير والتي جاء بها القانون 08-15 وبالأخص المرسوم 15-19. حيث تبين أن مدة صلاحية رخصة التجزئة والتي كانت تضبط إدارياً وفق مدة زمنية نمطية وهي 3 سنوات مهما كان حجم وموقع التجزئة والعراقيل التي يتعرض لإنجازها على أرض الواقع فهي غير عملية وذات آثار سلبية على سياسة وبرامج الدولة المخططة في مادة السكن. إذ من الصعب على الجزئ العقاري الذي لا يتوفر على إمكانيات مادية كافية من إتمام الأشغال بتقدير إداري وليس تقني. وبغرض معالجة هذا المشكل نصت المادة 30 من المرسوم 15-19 " على أساس تقرير معدّ من طرف مكتب دراسات. يحدد مدة إنجاز الأشغال . وبعد تقدير المصالح المكلفة بتسليم رخصة التجزئة وتقييمها "

ونستخلص مما سبق أن المشرع التعميري الجزائري قد وسع من دائرة الحقوق المترتبة على رخصة التجزئة بالكيفية التي تلبي حاجات ورغبات المتعاملين بها منتجين كانوا أو مستهلكين . غير أنه في المقابل حدد مجموعة من الالتزامات التي تعدّ كضرورة للتوازن بين المصلحتين العامة والخاصة وأن تتعايشان معاً كعنصرين أو كمطلبين لفائدة المدينة ومواطنيها.

إلا أنه ما يؤخذ على التجزئات العقارية. في حالة الإفراط منها. أنها تعدّ ليست صديقة للبيئة من زاوية :

\* - استهلاك الطاقة : من خلال الإفراط في استعمال السيارات الخاصة. إذ أن مسؤولي النقل الجماعي يتحاشون برمجة الأحياء القليلة الكثافة ضمن جدول مسارات الحافلات

رخصة التجزئة من حيث المفهوم والآثار. كمال تكواشت (ب د)

الحضرية نظرا لقلّة مردوديتها الاقتصادية. إذ أن التجزئات، من الجانب النظري، تعدّ جماعات ذو طبيعة هجينة حضرية ريفية ضعيفة من حيث الكثافة السكانية والسكنية مقارنة بالأحياء الشعبية بالوسط المدينة.

\* - استهلاك الأراضي الزراعية :

والذي نتج عنه توظيف مشاريع كبرى للإسكان وتغيير طابع ضواحي المدينة من طابعها الفلاحي إلى طابع عميري طوفاني عن طريق ما يسمى بمدّين الريف la périurbanisation أو تجديد المدينة على نفسها، والتي تساهم بشكل مباشر في ظاهرة التمدد الحضري والتي يقول عنها العلامة Corbusier "أن التمدد الحضري سرطان ولكنه منظم".<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - <http://www.leblogenergie.com/2005/11/25/corbusier-lenvi-1>

## البغي السياسي وأحكامه في الفقه الإسلامي

د. حوحو رمزي  
أ. عرشوش سفيان  
جامعة بسكرة  
جامعة خنشلة

### ملخص

أقرت الشريعة الإسلامية أحكاماً خاصة "للبغي السياسي" بما يتفق وشناعة فعل البغاة جزاءً لانفصالهم على الجماعة المسلمة وخروجهم على حدود الطاعة الواجبة لولي الأمر. فزعزعوا بذلك أمن المجتمع عبر الاعتداء على أمن نظام الحكم. هذا البحث يأتي في وقت بدأت فيه المشكلات الأمنية داخل الدول تأخذ أبعاداً عديدة. مع ظهور حالات الصراع وانعدام الأمان أو البغي السياسي الداخلي. التي أصبحت المجتمعات الإسلامية اليوم تقبع في ظلاله وتغرق في ويلاته ليمرُّ المجتمع بفتنٍ وابتلاءات عمياء. ينفطر لها القلب حزناً ويعتصر أسمى. ذلك ما دفعني لاختيار دراسة أحكام البغي السياسي في الفقه الإسلامي. للوقوف على أحكامه الصحيحة بعيداً عن التأويلات الخاطئة. ولأن رأينا اليوم بالجماعات الإسلامية المسلحة التي تنهج من العنف والإرهاب طريقاً غير مشروع لتحقيق مآرب سياسية. هو أن مكافحتها لم يعد مسألة قانونية فحسب مرتبطة بالأمن القانوني و فقط. بل أصبحت مسألة فكرية وعقائدية أيضاً أي بما يصطلح عليه اليوم "بالأمن الديني". لدرء الاتهامات التي لحاك من أعداء الدين وادعائهم ظلماً وبهتاناً. بأن الإسلام دين فوضى وثورات. لذا فقد تم التوصل إلى صياغة إشكالية البحث في سؤال جوهرى هو: إلى أي مدى تعتبر الشريعة الإسلامية رادعاً ضامناً لنظام الحكم في المجتمع الإسلامي. وهذا من خلال ما أقرته من أحكام للبغي السياسي؟

وقد اشتمل البحث على خطة مقسمة إلى مبحثين اثنين:

المبحث الأول: ماهية البغي السياسي في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: مميزات وأحكام البغي السياسي في الشريعة الإسلامية.

### مقدمة

تعتبر جريمة البغي السياسي في الإسلام المرادف للجريمة السياسية في العصر الحديث<sup>(1)</sup>. وهي من أعظم المخاطر على كيان الدولة وبناءها الداخلي<sup>(2)</sup>. لما ينجر عنها من ضياع الأمن والاستقرار وتفريق شمل المسلمين. وإعطاء الفرصة لأعداء الدين. ليتهموا المسلمين بأنهم

(1) خالد بشير الجميلي: أحكام البغاة و المحاربين في الشريعة الإسلامية و القانون. رسالة دكتوراه. القاهرة. 1977م. ص 58 وما بعدها  
(2) أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك - على الشرح الصغير للقطب سيدي احمد الدردير. الجزء الرابع. دار الكتب العلمية. بيروت. الطبعة الأولى. 1995م. ص 220.

أهل للإرهاب ودعاة للثورات والفوضى، فيشوهوا سمعة الإسلام والمسلمين، ويؤلبوا عليهم أعداء الدين. وكل ذلك لان قلة من المسلمين يدعون أنهم على الناس قوامون فيتهمون الناس والحكام بالتقصير أو البعد عن الدين. ناسين أو متناسين تعاليم ديننا القويم<sup>(1)</sup>. لذلك سنحاول من خلال هذا البحث صياغة تصور واضح لجريمة البغي السياسي في أصولها الإسلامية وذلك وفقا لما يلي:

### البحث الأول: ماهية البغي السياسي في الشريعة الإسلامية

اصطلح الفقه الإسلامي على تسمية الجرائم الماسة بالأمن السياسي في القانون الوضعي بـ: "البغي"، أو ما يعرف بـ: "البغي السياسي"، ويسمى المجرمون السياسيون "البغاة" أو "الفئة الباغية". وإذا كان الفقهاء قد اصطالحوا على تسميه فريق الخارجين بالبغاة، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذي لم يخرج على الحاكم بأهل العدل<sup>(2)</sup>.

### المطلب الأول: تعريف البغي السياسي

نهى الله عز وجل على الفرقة والاختلاف، وأمر بالاعتصام بحبله والالتجاء إليه، مذكرا بنعم الإسلام على الأمة. يوم كان جمعهم واحدة في عصر النبوة. بعد أن كانوا شيعاً متناحرة يتقاتلون فيما بينهم فاجدهم منها. ((وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا وَكُنْتُمْ عَلَى شَفَا حُفْرَةٍ مِنَ النَّارِ فَأَنْقَذَكُمْ مِنْهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ)) آل عمران: 103. ولا يزال الإسلام يحذر من الفرقة والاختلاف المؤدي للاقتتال. (( وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ وَأُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ)) آل عمران: 105. موضحا سبحانه وتعالى أثر النزاع. ((وَلَقَدْ صَدَقَكُمُ اللَّهُ وَعْدَهُ إِذْ تَحُسُّونَهُمْ بِإِذْنِهِ حَتَّى إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَازَعْتُمْ فِي الْأَمْرِ وَعَصَيْتُمْ مِّنْ بَعْدِ مَا أَرَاكُمْ مَا تُحِبُّونَ مِنْكُمْ مَّنْ يُرِيدُ الدُّنْيَا وَمِنْكُمْ مَّنْ يُرِيدُ الْآخِرَةَ ثُمَّ صَرَفَكُمْ عَنْهُمْ لِيَبْتَلِيَكُمْ وَلَقَدْ عَفَا عَنْكُمْ وَاللَّهُ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ)) آل عمران: 152.

تبنى الأمم مجدها وثبت وجودها. عبر دعم أو اصل الأمن السياسي والاستقرار الداخلي، الذي لا سبيل إليه من غير الألفة والاختاد. ونبد النزاع والتناحر. فكلما فقدت هذه القيم، حل محلها التشرذم والفوضى والاضطراب، وساد الخوف والرعب أرجاءها. لذا نهى الإسلام عن الاقتتال بين المسلمين والتعصب الفكري، لما ينجر عنه من هلاك للأمة وسقوط الحكام، لتسقط الدول وتغرق في ويلات التشتت والاقتتال. وما ذلك بمنأى عن المسلمين إذا ما تخلوا عن

(1) سعاد الشرباصي الحسين البصراتي: موقف الإسلام من البغاة على الحكام، دن، 1999م، ص10.

(2) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، طبعة نادي القضاة، 1984م، ص102.

الاحتكام بشريعته. لما ورد في القرآن في وقوله ((وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَهُ فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ))<sup>9</sup> . وذكر به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: ( أجل إنها صلاة رغبة ورهبة، إني سألت الله فيها ثلاثاً، فأعطاني اثنتين ومنعني واحدة، سألته أن لا يهلك أمتي بسنة فأعطانيها، وسألته أن لا يسلط عليهم عدوا من غيرهم فأعطانيها، وسألته أن لا يذيق بعضهم بأس بعض فمنعنيها)<sup>(1)</sup>.

لأجل ذلك لجأول التطرق إلى مفهوم جريمة البغي

### الفرع الأول: البغي في القرآن الكريم والسنة النبوية

ورد لفظ البغي في القرآن الكريم في العديد من الآيات الكريمة، وبمعاني مختلفة، ولفظ "بغي" يعد ما يعرف عند اللغويين باللفظ المشترك، أي اللفظ الذي له أكثر من معنى<sup>(2)</sup>. فالبغي في اللغة ليس مقصوراً على طلب الحرام، فمعناه يتسع ليشمل عموم الطلب، سواء أكان المطلوب حلالاً أو حراماً، جح أو بغير حق، وإن كان قد اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم والعدوان<sup>(3)</sup>. إلا أننا سنقتصر البحث على وصف وإخبار أهل العلم " للبغي" بالفئة التي بغت على الأخرى أو بالخروج عن طاعة الخليفة وعن الجماعة بالسيف، وذلك لأن الخروج عن طاعة الخليفة بغي على الجماعة الذين مع الخليفة<sup>(4)</sup>. وفي ذلك قال ((وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَهُ فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ))<sup>9</sup> . وقد ورد في سبب نزول الآية الكريمة عدة روايات<sup>(5)</sup>. وعلى الرغم من اختلاف

(1) المحافظ نور الدين علي بن ابي بكر بن سليمان الهيتمي المصري: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: محمد عبد القادر احمد العطا، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 2001م، (الحديث 11966)، ص 321.

(2) عبد المالك منصور حسن: البغي السياسي ( دراسة للنزاع السياسي الداخلي المسلح من منظور إسلامي)، مؤسسة المنصور الثقافية للحوار بين الحضارات، صنعاء، اليمن، الطبعة الثانية، 2002م، ص 27.

(3) سعاد الشرباصي الحسين البصراطي: موقف الإسلام من البغاة على الحكام، دن، 1999م، ص 20.

(4) محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء السادس والعشرون، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م، ص 240.

(5) نذكر منها ما روي عن المعتز بن سليمان عن أنس بن مالك قال: قلت: يا نبي الله، لو أتيت عبد الله بن أبي؟ فانطلق إليه النبي صلى الله عليه وسلم، فركب حمارة وانطلق المسلمون يمشون، وهي أرض سبخة، فلما أتاه النبي صلى الله عليه وسلم قال: إليك عني! فوالله لقد أداني نتن حمارة، فقال رجل من الأنصار: والله لحمارة رسول الله صلى الله عليه وسلم أطيب رجا منك، فغضب لعبد الله رجل من قومه، وغضب لكل واحد منهما أصحابه، فكان بينهم حرب بالجرید والأيدي والنعال، فبلغنا أنه أنزل فيهم هذه الآية، أنظر: المحافظ ابي بكر أحمد بن الحسين بن علي البهقي: السنن الكبرى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء السابع عشر، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، 2011م، ص 6 وما بعدها/ قال مجاهد: نزلت في الأوس والخزرج، وقيل نزلت في تقاتل حيان من الأنصار بالعصي والنعال فنزلت الآية، وقيل نزلت الآية في حرب سمير وحاطب، وكان سمير قتل حاطباً، فاقتتل الأوس والخزرج حتى أتاهم النبي صلى الله عليه وسلم، فنزلت، وأمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم والمؤمنين أن يصلحوا بينهما، وقيل أنها نزلت في امرأة

تلك الروايات، إلا أنها تشترك في أن الاقتتال بين المسلمين أمر مذموم. دعت أحكام الشريعة إلى دفع ضرره وأذاه عن الناس<sup>(1)</sup>. فأوجب على المسلمين أن يصلحوا بينهما بترغيبهما في إزالة الحقد والضغائن، والرجوع إلى جادة الطريق، بأن المسلمون أخوة في الإسلام لئلا ولا يجوز الاقتتال والتنكر بينهم<sup>(2)</sup>.

كما وورد لفظ "البغي" في الأحاديث النبوية الشريفة، إن لفظها ومشتقاته يصدق في استعمال البيان الشرعي على معان ومفردات عدة، بعضها خاصة أو محددة مثل الحسد، والفخر، وبعضها عامة مثل العدوان على الغير والظلم والفساد أو معصية ومخلفة أوامر الله تعالى، وكذلك ورد بمعنى خروج فئة من المسلمين عن طاعة الحكام، وتعدد معان اللفظ الواحد يعني أن اللفظ مشترك<sup>(3)</sup>. وفي ذلك يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (...والبغي، فإنه ليس من عقوبة أسرع من عقوبة بغي...) <sup>(4)</sup>. و قال صلى الله عليه وسلم: (البأغي مصروع)، وفيه وعد الله من بغي عليه بالنصر. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ( ما من ذنب أحرى<sup>(5)</sup> أن يعجل الله عقوبته في الدنيا- مع ما يدخر لصاحبه في الآخرة- من البغي وقطيعة الرحم) <sup>(6)</sup>. وفي حديث أبو سعيد الغفاري، أنه قال: سمعت أبا هريرة، رضي الله عنه يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: سيصيب أمتي داء الأمم ز فقالوا: يا رسول الله، وما داء

من الأنصار يقال لها: أم زيد تحت رجل من غير الأنصار، فتخاصمت مع زوجها، أرادت أن تزور قومها فحبسها زوجها وجعلها في علية لا يدخل عليها أحد من أهلها، وأن المرأة بعثت إلى قومها، فجاء قومها فأنزلوها لينطلقوا بها، فخرج الرجل فاستغاث أهله، فخرج بنو عمه ليحولوا بين المرأة وأهلها، فتدافعوا وجادوا بالنعال، فتزلت الآية. انظر: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن الكريم و المبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، الجزء الثامن عشر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2006م، ص373، و: محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء السادس والعشرون، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م، ص238

<sup>(1)</sup> محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء السادس والعشرون، المرجع السابق، ص240/ أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي: تفسير البغوي ( معالم التنزيل)، تحقيق محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضيميرية و سليمان مسلم الحرش، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار طيبة، الرياض، 1989م، ص341.

<sup>(2)</sup> محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء السادس والعشرون، المرجع السابق، ص242.

<sup>(3)</sup> عبد المالك منصور حسن: المرجع السابق، ص39.

<sup>(4)</sup> الحافظ نور الدين علي بن ابي بكر بن سليمان الهيتمي المصري: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: محمد عبد القادر احمد العطا، الجزء الثامن، المرجع السابق، (الحديث 13436)، ص190.

<sup>(5)</sup> أي أولى و أجدر و أحق أن يعجل الله لصاحبه العقوبة من البغي و قطيعة الرحم، انظر: أبي بكر عبد الله محمد بن عبيد ابن أبي الدنيا: كتاب ذم البغي، تحقيق جُم عبد الرحمن خلف، الراية، الرياض، الطبعة الأولى، 1977م، (تهميش رقم: 6)، ص47

<sup>(6)</sup> ابي عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي الشهير بالنسائي: سنن النسائي، تحقيق: حسن عبد النعم شلبي، الجزء السابع، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2001م، (الحديث 2511)، ص565/ سنن ابن ماجه: وبهامشه حاشية السندي، تحقيق: صدقي حسين العطار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، 2003م، (الحديث 4211)، ص959/ أبي بكر عبد الله محمد بن عبيد ابن أبي الدنيا: كتاب ذم البغي، تحقيق جُم عبد الرحمن خلف، المرجع السابق، ص47 و48.

الأمم؟ قال: ( الأشر<sup>(1)</sup> والبطر<sup>(2)</sup> والتكاثر والتناجش<sup>(3)</sup> في الدنيا والتباغض والتحاسد حتى يكون البغي<sup>(4)</sup> ). وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (ويح عمار تقتله الفئة الباغية، عمار يدعوهم إلى الله، ويدعونه إلى النار)<sup>(5)</sup>، وفي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحذير من البغي بقوله: (يا معشر المسلمين، احذروا البغي؛ فإنه ليس من عقوبة هي أحضر من عقوبة البغي) <sup>(6)</sup>. ونظرا لما للبغي من مخاطر كثيرة يصعب تداركا والخروج منها، كان دعاء النبي صلى الله عليه وسلم وطلبه من ربه عز وجل هو النصر على البغاة، النصر: فعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم (رب، اعني ولا تعن علي، وانصرتني ولا تنصر علي، وامكر لي ولا تمكر علي، واهدني ويسر الهدى لي، وانصرتني على من بغى علي)<sup>(7)</sup>.

#### الفرع الثاني: البغي في اللغة والفقه الإسلامي (التعريف الاصطلاحي)

في اللغة يقال: (بَغَى) على الناس بَغِيًّا ظلم واعتدى فهو (بَاغٍ). والجمع (بُغَاةٌ). (وَبَغَى) سعى بالفساد، ومنه: (الْفِرْقَةُ الْبَاغِيَّةُ)، لأنها عدلت عن القصد، واصله من (بَغَى) الجرح إذا ترامى على الفساد<sup>(8)</sup>. والبغي في اللغة هو تجاوز الحد، أو: التسلط والظلم، أو السعي بالفساد بين الناس، أو تعدى الحلال إلى الحرام<sup>(9)</sup>.

أما البغي فيما اصطلح الفقهاء عليه، وإن يذكر انه لم يُعْنوا عموما ببيان وتوضيح تعريف اصطلاحى مباشر للبغي، وبدلا عن ذلك ركزوا على تعريف البغاة أو أهل البغي أو الباغية. فقد عرف فقهاء المذهب الحنفي البغاة بأنهم: قوم من أهل الحق باينوا الإمام وراموا خلعه أي عزله، أو مخالفته بتأويل سائغ بصواب أو خطأ ولهم منعة وشوكة<sup>(10)</sup>. وفي المذهب الحنفي اعتبروهم البغاة مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام وغلبوا على البلد، على الحاكم أن

(1) الأَشْر: هو المَرْحُ المَتَجَبِّرُ (( سَيَعْلَمُونَ عَدَاً مِّنَ الكَذَّابِ الأَشْرِ )) القمر: 26. انظر: أبي بكر عبد الله محمد بن عبيد ابن أبي الدنيا: كتاب ذم

البغي، تحقيق جُم عبد الرحمن خلف، المرجع السابق، (تهميش رقم: 6)، ص50.

(2) البطر: الطغيان عند النعمة وشدة المرح والفرح وطول الغنى.

(3) التناجش: الاحتيال والمكر والمخادعة لإيصال الأذى إلى المسلم.

(4) أبي بكر عبد الله محمد بن عبيد ابن أبي الدنيا: كتاب ذم البغي، تحقيق جُم عبد الرحمن خلف، المرجع السابق، ص49 و50.

(5) أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفري: صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، الجزء السابع، دار ابن كثير، بيروت، دت.

(الحديث 2657)، ص1035.

(6) أبي بكر عبد الله محمد بن عبيد ابن أبي الدنيا: كتاب ذم البغي، تحقيق جُم عبد الرحمن خلف، المرجع السابق، ص52.

(7) سنن ابن ماجه، وبهامشها حاشية السندي: المرجع السابق، (الحديث 3830)، ص863.

(8) رجب عبد الجواد إبراهيم: المصطلحات الإسلامية في المصباح المنير، دار الأفق العربية، القاهرة، 2002م، ص33.

(9) ابن أبي الدنيا: ذم المسكر ومعه ذم البغي، تحقيق مسعود عبد الحميد السعدني، مكتبة القرآن، القاهرة، دت، ص69.

(10) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن القناع، تحقيق إبراهيم احمد عبد الحميد، الجزء التاسع، دار عالم الكتاب، الرياض، طبعة خاصة، 2003م، ص3064.

يدعوهم إليه وكشف شبهتهم، بأن يسألهم عن سبب خروجهم، فإن كان لظلم منه أزاله، وإن قالوا الحق معنا والولاية لنا، فهم بغاة<sup>(1)</sup>. وعرف المالكية البغاة أنهم الذين: يخرجون على الإمام ويبغون خلعه أو منع الدخول في طاعته أو تبغي منع حق واجب بتأويل في ذلك كله<sup>(2)</sup>. وقال "ابن عرفه" البغي: «هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولا»<sup>(3)</sup>. والبغاة في الفقه الشافعي هم: مسلمون مخالفوا الإمام، ولو جائر بالخروج عليه وترك الانقياد أو منع حق توجب عليهم<sup>(4)</sup>، بشرط شوكة لهم وتأويل مطاع فيهم، وقيل فيهم إمام منصوب<sup>(5)</sup>. وفي الفقه الحنبلي البغاة هم: الخارجون على إمام - ولو غير عدل - بتأويل سائغ، ولهم شوكة، ولو لم يكن فيهم مطاع، ومتى اختل شرط من ذلك بان لم يكن خروجهم بتأويل أو بتأويل غير سائغ، أو كانوا جمعاً يسيراً لا شوكة لهم: فقطاع طريق، يعني: حكمهم حكم قطاع الطريق<sup>(6)</sup>. وقيل أنهم: "قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ويرومون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعه يحتاج في كفتحهم إلى جمع الجيش"<sup>(7)</sup>.

(1) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية) وبهامشه منحة الخالق على البحر الرائق، محمد أمين عابدين، الجزء الخامس، دار الكتب العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م، ص235/ برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني: الهداية شرح بداية المبتدى مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي، تحقيق نعيم أشرف نور محمد، منشورات إدارة القرآن و العلوم الإسلامية، باكستان، الطبعة الأولى، 1417هـ، ص353.

(2) شهاب الدين القرافي: الفروق، الجزء الرابع، دار النوادر، الكويت، طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 2010م، ص171.

(3) أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك - على الشرح الصغير للقطب سيدي احمد الدردير، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م، ص220/ محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات احمد الدردير، تحقيق محمد عليش، الجزء الرابع، دار احياء الكتب العربية، مصر، دت، ص298/ محمد بن عبد الله الخرنشي: شرح الخرنشي على مختصر سيدي خليل، الجزء الخامس، مطبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، دت، ص320.

(4) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي: حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشيراملسي، وأحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن احمد المعروف بالمغربي الرشيدي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003م، ص402.

(5) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الرابع، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م، ص159/ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ومعه حاشية ابي الضياء نور الدين علي بن علي الشيراملسي و حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003م، ص403.

(6) محمد بن احمد بن عبد العزيز الفتوح الحنبلي (الشهري بابن النجار): معونة اولي النهي - شرح المنتهى - منتهى الارادات، تحقيق عبد الملك بن عبد الله وهيش، الجزء العاشر، مكتبة الاسدي، مكة، الطبعة الخامسة، 2008م، ص519/ منصور بن يونس البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع، حاشية محمد بن صالح العثيمين، مؤسسة الرسالة، دت، ص680.

(7) موفق الدين ابو محمد ابن قدامة: المغني، الجزء العاشر، دار الكتاب العربي، بيروت، 1972م، ص52.

## المطلب الثاني: التأسيس التاريخي للبغي السياسي في المجتمع الإسلامي

تمخض الواقع السياسي في عصر النبوة وعصر الخلافة الراشدة إيناعا لمعاني الأمن. كما وأنه شهد أيضاً انتكاسة له. مع بروز أحداث الاضطراب وتداعيات عدم الاستقرار بفعل الأسباب الداخلية<sup>(1)</sup>. وهذا على الرغم من أن الإسلام دين يدعو إلى الوحدة والائتلاف والتصافي والارتباط. إلا أن الفرق الإسلامية واقع قد فرض نفسه على التاريخ الإسلامي. واثربدوره على امن واستقرار المسلمين<sup>(2)</sup>.

## الفرع الأول: ظهور البغي السياسي في عصر الخلفاء الراشدين

يعود تاريخ البغي أو النزاع السياسي المسلح بين أطراف الحكم في المجتمع الإسلامي إلى العصر الأول للإسلام. وبدأت بوادره تظهر بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم. حينها ابتلي المسلمون بحالات بغي سياسي مسلح. كانت الأسوأ أثراً والأكثر إضراراً بمسار حركة الإسلام. حيث كلفت المسيرة الإسلامية. وهي مازالت في بدايتها. حياة الكثير من خيرة بناتها من الصحابة رضوان الله عليهم. والتي أرست سابقة خطيرة للاقتتال المسلح بين المسلمين والشقاق بينهم. والتي ما لبثت أن خلقت أثراً عميقة. لم يزل المجتمع الإسلامي يقبع في ظل تداعياتها الفقهية والفكرية<sup>(3)</sup>.

أول اختلاف يحدث بين المسلمين هو اختلاف الصحابة في الإمامة. وهذا عقب انتقال الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى. وإن كان الاختلاف حينها سياسياً محضاً وليس دينياً. حين ظهرت الحاجة إلى البحث فيمن يلي الأمر بعد الرسول صلى الله عليه وسلم. فهرع المسلمون دون إبطاء إلى اجتماع السقيفة للتشاور والنظر. حتى أنهم انشغلوا عن تجهيز النبي لإدراكهم أهمية الإمامة وجمع كلمة المسلمين<sup>(4)</sup>. إلى أن تمت البيعة لأبي بكر بالإجماع. فيما عدا سعد بن عبادة - الذي كان يطلب الولاية لنفسه.

(1) مصطفى محمود منجود: الأبعاد السياسية لمفهوم الأمن في الإسلام. المعهد العالمي للفكر الإسلامي. القاهرة. الطبعة الأولى. 1996م. ص 29.

(2) عمر عبد العزيز قريش: الخوارج في ميزان الإسلام. جامعة الأزهر. دن. دت. ص 05.

(3) عبد الملك منصور حسن: المرجع السابق. ص 6 و5.

(4) اجتمع الأنصار في سقيفة بني ساعدة أول ما اجتمعوا حيث طلب سعد بن عبادة الأمر لنفسه. وسرعان ما لحقهم المهاجرون إلى هذا الاجتماع ودارت المناقشات بينهما على من له الحق في تولي الخلافة بعد الرسول صلى الله عليه وسلم. وكانت نظرية الأنصار كما وردت على لسان سعد بن عبادة أن لهم سابقة في الجهاد ورفع شأن الدين والدفاع عن الرسول صلى الله عليه وسلم. بينما عجز المهاجرون من وجهة نظرهم عن منع الإيذاء عنه وقصروا في نصرته وهو منهم ونشأ بينهم. أما رد المهاجرين فقد تناوله أبو بكر حيث دافع عنهم من حيث إنهم أول من صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم. وصير معه على الشدة والبلاء. مع اعترافه بفضل الأنصار لما قاموا به من دور مهم في نصر الدعوة الإسلامية وحماية صاحبها صلوات الله عليه. وقال أبو بكر: ((بجئ الأمراء وأنتم الوزراء. لا تفتون بمشورة ولا

كما ان الشيعة اتفقوا على أن الرسول صلى الله عليه وسلم نص على علي بن أبي طالب بعده<sup>(1)</sup>، وأن أبا بكر أخذ الخلافة منه بغير حق. وقد حاولوا البرهان على نظريتهم بآيات قرآنية وأحاديث نبوية. وأهل السنة لم يقف مكتفوا اليدين أمام الحجج الشيعة. بل قابلوها بما يضاهاها من أسانيد من هذا القبيل لإثبات صحة إمامة أبي بكر وتولية الخلافة برضا المسلمين كافة. وانعقاد الإجماع على بيعته. وقد ذكر منها "السيوطي" الأربعين حديثاً في فضل الصديق أبو بكر<sup>(2)</sup>. وبعد أن قضى أبو بكر نجه، جاء عهد عمر بن الخطاب، وكان عمر رضي الله عنه يحرس على امن المدينة حرصاً شديداً، واطهر العدل حتى قال فيه رسول كسرى لما رآه نائماً تحت الشجرة وهو أمير المؤمنين: "حكمت فعدلت فأمنت فنمت"<sup>(3)</sup>. هدأت الفتنة بعض الوقت، بسبب: خوف المنافقين من بطش عمر. وإجلاء عمر لليهود عن جزيرة العرب، فخططوا لقتل فاروق الأمة "عمر بن الخطاب"، وقام بتنفيذ المؤامرة "أبو لؤلؤة الجوسي"، وقتل عمر بن الخطاب شهيداً في الحراب، ولم يعهد عمر رضي الله عنه بالخلافة إلى شخص بعينه، ولكنه جعلها شورى بين ستة من أصحاب رسول صلى الله عليه وسلم وهم: عثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب، وطلحة بن عبيد الله، والزبير بن العوام، وسعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم أجمعين، وقال: يحضركم عبد الله يعني ابنه، وليس له من الأمر شيء ليشير بالنصح، وبعد اجتماع هؤلاء فوض سعد ما له في ذلك إلى عبد الرحمن بن عوف، والزبير إلى علي، وطلحة إلى عثمان فقال عبد الرحمن بن عوف لعلي وعثمان: أيكما يبرأ

نقضني دونكم الأمور)). انظر: سمير الطائي: العنف السياسي في بلاد الرافدين (دراسة في جذوره التاريخية). دار دجلة، الأردن، الطبعة الأولى، 2007، ص199.

(1) قال الرافضي: " لما بعث الله محمداً صلى الله عليه وسلم قام بثقل الرسالة، ونص على ان الخليفة بعده علي بن أبي طالب عليه السلام، ثم من بعده علي و لد الحسين الزكي، ثم علي ولده الحسين الشهيد، ثم علي بن الحسين زين العابدين، ثم علي محمد بن علي الباقر، ثم علي جعفر بن محمد الصادق، ثم علي موسى بن جعفر الكاظم، ثم علي بن موسى الرضا، ثم علي بن محمد الهادي، ثم علي الحسن بن علي العسكري، ثم علي خلف الحجة محمد بن الحسن المهدي، عليهم الصلاة والسلام، وأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يميت غلا عن وصية بالإمامة، وقال: أهل السنة ذهبوا إلى خلاف ذلك كله...". انظر: عبد الله الغنيمان: مختصر منهاج السنة النبوية لأبي العباس شيخ الإسلام احمد بن تيمية، دار الصديق، صنعاء، الطبعة الثانية، 2005م، ص53.

(2) عن المطلب بن عبد الله بن حنطب عن أبيه عن جده - وماله غيره - أن رسول الله قال صلى الله عليه وسلم: "أبو بكر وعمر مني كمنزلة السمع والبصر من الرأس". وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلى الله عليه وسلم: "أبو بكر الصديق وزيري وخليفتي على أمتي من بعدي، وعمر ينطق على لساني، وعلي ابن عمي وأخي وحامل رأيي، وعثمان مني وأنا من عثمان". وعن شداد بن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أبو بكر أرفأ أمتي وأرحمها، وعمر خير أمتي وأعدلها، وعثمان بن عفان احبي أمتي وأكرمها، وعلي بن أبي طالب ألب أمتي وأشجعها، وعبد الله بن مسعود أبر أمتي وأمنها، وأبوذر أزهدي وأصدقها، وأبو الدرداء أعبد أمتي وأتقاه، ومعاوية بن أبي سفيان أحكم أمتي وأجودها). وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أبو بكر وعمر خير الأولين وخير أهل السموات وخير أهل الأرض، إلا النبيين والمرسلين). انظر: أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن السيوطي: الروض الأنيق في فضل الصديق، تحقيق عطر احمد حيدر، مؤسسة نادر، بيروت، الطبعة الأولى، 1990م، ص17 وما بعدها.

(3) ابو محمد التميمي عثمان بن محمد الخميمس: حقبه من التاريخ، تقديم محمد احمد إسماعيل المقدم والسيد محمد نوح، دار الإيمان، الإسكندرية، 1999م، ص67 و68.

من هذا الأمر. فنفض الأمر إليه ليولي أفضل الرجلين الباقيين. فسكت عثمان وعلي فقال عبد الرحمن: إني أترك حقي في ذلك. وسأجتهد فأولي أولاكما بالحق. فقالا: نعم. ثم خاطب كل واحد منهما بما فيه من الفضل. وأخذ عليه العهد والميثاق. لئن ولاه ليعدلن. ولئن ولي عليه ليسمعن وليطيعن. فقال كل منهما: نعم. ثم تفرقوا. واتفق الناس علىبيعة عثمان. فكثير القول. وعلت الأصوات وقال أبو طلحة: إني كنت أظن أن تدافعوها ولم أكن أظن أن تنافسوها. وولى عثمان على المسلمون بعد تشاورهم ثلاث أيام<sup>(1)</sup>. وكان الرخاء وسعة العيش عصر الخليفة الراشد عثمان بن عفان رضي الله عنه، وهو الأمر الذي أثار أعداء الإسلام. فأخذوا بإثارة الشبهات على عثمان<sup>(2)</sup>، وتآلب الأعراب والغوغاء عليه، وساعدهم في ذلك ما كان يتحلى به عثمان رضي الله عنه من تسامح وصبر وحلم.

بعد أن أثرت هذه الأمور على عثمان خرج أناس من أهل البصرة والكوفة وأهل مصر وجاءوا إلى المدينة في سنة الخامسة والثلاثين من الهجرة النبوية. يظهر أنهم يريدون الحج. وقد أبطنوا الخروج على عثمان رضي الله عنه. واختلف في أعدادهم ف قيل أنهم ألفان من أهل مصر. وألفان من أهل الكوفة وألفان من أهل البصرة. وقيل أن الكل ألفان وقيل غير ذلك<sup>(3)</sup>.

(1) عماد الدين اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الشافعي الشهير بابن كثير: البداية و النهاية. الجزء الثاني. بيت الأفكار الدولية. الأردن. 2004م. ص1093 / عمر عبد العزيز قريش: الخوارج في ميزان الإسلام. جامعة الأزهر. دن. دت. ص14.

(2) المأخذ التي أخذت على حكم عثمان رضي الله عنه والرد عليها: الأول: توليه أقرابه: الثاني: نفي أبا ذر إلى الريدة: الثالث: إعطاء مروان بن الحكم خمس أفريقيا: الرابع: إحراق المصاحف وجمع الناس على مصحف واحد: الخامس: ضرب ابن مسعود حتى فتقت أمعاؤه وضرب عمار بن ياسر حتى كسرت أضلاعه: السادس: الزيادة في الحمى. السابع: الإجماع في السفر: الثامن: الفرار من المعركة يوم أحد: الناس: الغياب عن غزوة بدر: العاشر: الغياب عنبيعة الرضوان: الحادي عشر: عدم قتل عبيد الله بن عمر بالهرمز: الثاني عشر: زيادة الأذان الثاني يوم الجمعة ولم يكن على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ولا أبو بكر ولا عمر إلا أذان واحد: الثالث عشر: نفي النبي صلى الله عليه وسلم والحكم والد مروان ورده عثمان: وهناك أشياء أخرى كقولهم إنه صعد إلى درجة رسول الله صلى الله عليه وسلم في المنبر فكان النبي صلى الله عليه وسلم يخطب على الدرجة الأولى فلما جاء أبو بكر نزل إلى الثانية ولما جاء عمر نزل إلى الثالثة ولما جاء عثمان صعد إلى الأولى وهكذا استمر الأمر إلى يومنا. وغيرها من الأمور التي أكثرها كذب على عثمان رضي الله تبارك وتعالى عنه. انظر: أبو محمد التميمي عثمان بن محمد الخميمس: المرجع السابق. ص92 إلى 94 / محمد سهيل طقوس: تاريخ الخلفاء الراشدين - الفتوحات و الاجازات السياسية. دار النفائس. بيروت. الطبعة الأولى. 2011م. ص387.

(3) عن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال: كنت مع عثمان في الدار فقال أعزم على كل من رأى أن عليه سمعا وطاعة إلا كف يده وسلاحه .. وعن ابن سيرين قال: جاء زيد بن ثابت إلى عثمان رضي الله عنه فقال: هذه الأنصار بالباب إن شئت أن نكون أنصار الله مرتين كما كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم نكون معك فقال عثمان: أما القتال فلا. ودخل ابن عمر على عثمان فقال عثمان: يا ابن عمر انظر ما يقول هؤلاء يقولون اخلعها ولا تقتل نفسك. فقال ابن عمر: إذا خلعتها أمخلد أنت في الدنيا؟ قال عثمان: لا. قال: فإن لم خلعها هل يزيدون على أن يقتلوك؟ قال عثمان: لا. قال: فهل يملكون الجنة والنار؟ قال عثمان: لا. قال عبد الله بن عمر: فلا أرى أن خلعت قميصا قمصكه الله فتكون سنة كلما كره قوم خليفتهم أو أمامهم خلعه. وقال عثمان لعبيده: كل من وضع سلاحه فهو حر لوجه الله. فهو الذي منع الناس من القتال. من قتل عثمان؟! بعد أن حوضر عثمان تسوروا عليه البيت فقتلوه رضي الله عنه وهو واضح المصحف بين يديه .. وكان رضي الله عنه صائما. انظر: أبو محمد التميمي عثمان بن محمد الخميمس: المرجع السابق. ص108 و109 / أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تاريخ الأمم و الملوك ( تاريخ الطبري). بيت الأفكار الدولية. الأردن. دت. ص768.

وانتهت هذه الحملة باستشهاد خليفة المسلمين عثمان رضي الله عنه. لتكون فتنة مقتله أولى الفتن، والتي أدت بعدها إلى اضطرابات واسعة في الدولة الإسلامية. لا تزال آثارها باقية لليوم.

### الفرع الثاني: نتائج البغي السياسي في عصر الخلفاء الراشدين

مقتل عثمان رضي الله عنه أضر عنه فتنة وفرقة وانتكاسة للمسلمين. ظهرت معالمها في كل من معركة الجمل ومعركة صفين والنهروان:

**أولاً- معركة الجمل:** قبل أن يدفن عثمان وقيل: بعد دفنه تم بيعته "علي بن أبي طالب". وقد امتنع من مبايعتهم. فجاء الناس فطرقوا عليه الباب وولجوا عليه، وجاءوا معهم بطلحة والزبير، فقالوا له: إن هذا الأمر لا يمكن بقاؤه بلا أمير. ولم يزالوا به حتى أجاب<sup>(1)</sup>، ثم استأذن طلحة والزبير علياً رضي الله عنه في الذهاب إلى مكة فأذن لهما<sup>(2)</sup>، فالتقيا هناك بأهل المؤمنين عائشة رضي الله عنها، وكان الخبر قد وصل إليها أن عثمان قد قتل - قيل أنها ذهبت مع جيش المدينة في هودج من حديد على ظهر جمل، وسميت المعركة بالجمل نسبة إلى هذا الجمل - فاجتمعوا هناك في مكة، وعزموا على الأخذ بثار عثمان رضي الله عنه، فخرجوا من مكة بمن تابعهم في البصرة، ثم خرج إليهم "جبله" وهو أحد المشاركين في قتل عثمان فقاتلهم في سبعمائة رجل فانتصروا عليه وقتلوا كثيراً من كان معه، وعند ذلك خرج علي رضي الله عنه من المدينة إلى الكوفة، وجهاز جيشاً قوامه عشرة آلاف لمقاتلة طلحة والزبير، إلا أنهم اتفقوا على عدم القتال. فطلحة والزبير يريان أنه لا يجوز ترك قتلة عثمان، وعلي يرى أنه ليس من مصلحة تتبع قتلة عثمان الآن، بل حتى تتسبب الأمور. عند ذلك اجتمع السبئيون رأيهم على أن لا يتم هذا الاتفاق، والسحر والقوم نائمون هاجم مجموعة منهم جيش طلحة والزبير وقتلوا بعض أفراد الجيش وفروا. فظن جيش طلحة أن علياً غدر بهم، فناوشوا جيش علي في الصباح، فظن جيش علي أن جيش طلحة والزبير قد غدر، فاشتعلت المعركة عند الظهر، فحاول طلحة وعلي ردهم فلم يسمعوا لهم، وأرسلت عائشة "كعب بن سور" بالمصحف لوقف المعركة فرشقه السبئيون بالنبال حتى أردوه قتيلاً، وقتل طلحة والزبير، وقتل معهم في هذا اليوم كثير من المسلمين، خاصة في الدفاع عن جمل عائشة رضي الله عنها، وبمجرد أن سقط الجمل هدأت المعركة وانتهت وانتصر علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وإن كان

(1) عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الشافعي الشهير بابن كثير: البداية والنهاية، الجزء الثاني، بيت الأفكار الدولية، الأردن.

2004م، ص1129.

(2) أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد ابن الجوزي: المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، تحقيق محمد عبد القادر عطا و مصطفى عبد القادر عطا، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ص77.

الصحيح انه لم ينتصر أحد ولكن خسر الإسلام وخسر المسلمون. فكان علي يمر بين القتلى فوجد طلحة بن عبد الله بعد أن أجلسه ومسح التراب عن وجهه وبكى رضي الله عنه وقال: وددت أني مت قبل هذا بعشرين سنة، وأخذ علي رضي الله عنه أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، وراسلها إلى المدينة معززة مكرمة<sup>(1)</sup>.

**ثانيا - معركة صفين:** كان معاوية قد امتنع عن المبايعة "علي" حتى يتم القصاص لعثمان. فلما انتهى "علي" رضي الله عنه قال: لا بد أن يبايع معاوية الآن، وجهاز جيش لمقاتلة معاوية قوامه مئة ألف إلى الصفيين في الشام، إلا أن "معاوية" لم يقل انه خليفة، ولم ينازع علياً الخلافة أبداً، ولكن القتال سببه أن علياً يريد أن يعزل معاوية، ومعاوية رافض للعزل حتى يقتل قتلة ابن عمه. وكان عدد جيش علي مئة ألف، وكان عدد جيش معاوية سبعين ألفاً، وقتل عمار بن ياسر في جيش علي، وكان النبي قد قال لعمار: صلى الله عليه وسلم: (يا عمار ستقتلك الفئة الباغية)<sup>(2)</sup>. وانتهت معركة الصفيين بالتحكيم، أي توقفوا عن القتال بان رفعت المصاحف على الرماح، ورضي "علي" رضي الله عنه بالتحكيم ورجع إلى الكوفة، ورجع معاوية إلى الشام<sup>(3)</sup>. وكتب الطرفان وثيقة التحكيم، وتتضمن تسليم الطرفين المتنازعين أمرهما لحكم القرآن، والتي فهم منها أن معاوية نجح في تحويل النزاع إلى قضية سياسية بينه وبين "علي" في الصراع على السلطة، والثانية رفض معاوية كتابة "أمير المؤمنين" بجانب اسم علي، لعدم اعترافه بذلك، ولم يصر "علي" على ذلك مما عد تنازلاً منه عن الخلافة، ودعا "علي" قواته بعد يومين من إجاز الوثيقة، للعودة إلى الكوفة، وهو ما مهد لظهور فرقة الخوارج الراضية للتحكيم<sup>(4)</sup>.

(1) أبو محمد التميمي عثمان بن محمد الخميس: المرجع السابق، ص 113 إلى 118 / أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تاريخ الأمم والملوك (تاريخ الطبري)، بيت الأفكار الدولية، الأردن، دت، ص 803 / عبد الحكيم الكعبي: موسوعة التاريخ الإسلامي - عصر الخلفاء الراشدين، دار أسامة، عمان، 2009م، ص 232.

(2) أبو محمد التميمي عثمان بن محمد الخميس: المرجع السابق، ص 113 إلى 118 / حديث: عبد العزيز بن مختار قال: حدثنا: خالد الحذاء عن عكرمة قال لي ابن عباس وإيبنه علي إنطلقا إلى أبي سعيد فإسمعا من حديثه فإنطلقنا، فإذا هو في حائط يصلحه فأخذ رداءه فأحتمى . ثم أنشأ يحدثنا حتى أتى ذكر بناء المسجد، فقال: كنا جمل لبنة لبنة وعمار لبنتين لبنتين فرأه النبي صلى الله عليه وسلم فينبض التراب عنه ويقول: ويح عمار تقتله الفئة الباغية يدعوهم إلى الجنة ويدعونه إلى النار قال: يقول عمار أعوذ بالله من الفتنز انظر: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفري: صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، الجزء الثالث، المرجع السابق، (حديث 2657)، ص 1035 / محمد سهيل طقوس: تاريخ الخلفاء الراشدين- الفتوحات والأجازات السياسية، دار النفائس، بيروت، الطبعة الأولى، 2011م، ص 454.

(3) أبو محمد التميمي عثمان بن محمد الخميس: المرجع السابق، ص 122.

(4) محمد سهيل طقوس: المرجع السابق، ص 465.

**ثالثاً- معركة النهروان وظهور الخوارج:** لم يكن الرفض للتحكيم قد لقبوا بعد بالخوارج. لزم يكونوا قد انفصلوا عن جيش "علي"، حين غادر صفين عائداً إلى الكوفة، غير أن عودتهم كانت مفعمة بالنقاشات العنيفة والمشادات والتباغض والتشاتم، ويتضاربون بالسياسة، واقتبل بعضهم يتبرأ من بعض، وقد عبروا عن رفضهم بشعار "لا حكم إلا لله" (1)، الذي سيصبح بدءاً من تلك اللحظة وعلى امتداد قرون، الشعار السياسي للخوارج. وانفصلت الجماعة الراضية عن الجيش العراقي وتوجهت إلى "حروراء"، ومن هنا تسميتهم بالحرورية، وقاموا بنشر معتقداتهم، إلى أن تجاوزوا اثني عشرة ألفاً بعد أن كانوا أربعة ألف رجل، واختاروا جروراء أمير على الصلاة هو "عبد الله بن الكواء اليشكري"، وآخر على الحرب هو: "شيث بن ربيعي التميمي"، حاول "علي" إقناعهم بالحجة للعودة إلى الكوفة، فعاد معظمهم وبخاصة القادة منهم، بعد أن اشترطوا على "علي" إقراره بذنبه في قبول التحكيم، ومعاودة قتال معاوية، إلى أن "علي" خالف وعده لهم، فراح الحروراء يجهرون برفضهم للتحكيم في الأماكن العامة والمساجد، كما كانوا يقاطعون خطب الخليفة برفع شعاراتهم، واتهموه بالكفر والشرك، وتمادوا حين هددوه بالقتل (2).

على الرغم فيما كان بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، من اختلاف، فإن السكوت عما شجر بينهم واجب أمرنا به رسول الله صلى الله عليه وسلم، فعن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله قال صلى الله عليه وسلم: ( إذا ذكر أصحابي فأمسكوا ) (3)، وعن ابن عمر أن رسول الله قال صلى الله عليه وسلم: ( من حفظني في أصحابي ورد على حوضي، ومن لم يحفظني في أصحابي لم يرني يوم القيامة إلا من بعيد ) (4)، فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد في بيته، لقوله صلى الله عليه وسلم: ( من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار ) وقال صلى الله عليه وسلم: ( كن حلساً من أحلاس بيتك، فإن دخل عليك، فكن عبد الله المقتول ) أو قال ( عند الله )، معناه كن ساكناً في بيتك لا قاصداً (5).

(1) خطب علي يوماً بالمسجد فقام عدد من الخوارج يصبحون في جنباته: "لا حكم إلا لله"، فقال علي بن أبي طالب: "الله أكبر! كلمة حق أريد بها باطل، أما إن لكم عندنا ثلاثاً ما صحبتنونا لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسمه، ولا نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا ولا نقاتلكم حتى تبدءونا وإنما فيكم أمر الله، انظر: أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد ابن الجوزي: المنتظم في تاريخ الملوك والأمم، تحقيق محمد عبد القادر عطا و مصطفى عبد القادر عطا، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ص 126/ محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الاوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، الجزء السابع، ملتزم، مصر، الطبعة الأخيرة، دت، ص 180.

(2) محمد سهيل طقوس: المرجع السابق، ص 466 إلى 469.

(3) الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي المصري: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: محمد عبد القادر احمد العطا، الجزء السابع، المرجع السابق، (الحديث 11973)، ص 323.

(4) الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي المصري: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، المرجع السابق، (الحديث 11974)، ص 323.

(5) شمس الدين السرخسي: كتاب المبسوط، الجزء العاشر، دار المعرفة، بيروت، دت، ص 124.

### المبحث الثاني - مميزات وأحكام البغي السياسي في الشريعة الإسلامية:

مما جاء ذكره في المبحث الأول فغننا نجد للبغي السياسي في الشريعة الإسلامية ملامح مميزة تجعل منه ذات خصائص فارقة، يمكن من خلالها فصلها وعزلها عن باقي الجرائم المشابهة لها، والتي يُجعل منها ذات طابع خاص. وهو ما سنتطرق إليه من خلال المطلبين التاليين:

#### المطلب الأول - مميزات البغي السياسي في الشريعة الإسلامية:

يستخلص الفقه من تعريف البغاة، الشروط التي يجب توافرها ليعتبروا بغاة، ولتحقق جريمة البغي فإن هناك شروط لا بد من توافرها، وهذه الشروط هي: أن يكون للخارجين منعة ومغالبة، إلى جانب شرط الخروج بتأويل على إمام عادل:

#### الفرع الأول - المنازعة (الممانعة والمغالبة):

تم التطرق إلى تعريف أهل البغي أنهم قوم من أهل الحق، باينوا أو خالفوا الإمام بأن راموا وظهروا نيتهم على خلعه أي عزله، أو مخالفته بتأويل أو بيان وتفسير سائب بصواب أو خطأ ولهم منعة أو عزة وشوكة أو قوة، بحيث يحتاج الإمام في كفهم إلى جمع جيش.

**أولاً - الممانعة (عدد والشوكة):** المنعة هي الكثرة أو القوة، أي كثرة عدد الخارجين أو قوتهم على نحو يمكنهم من مقاومة الإمام، ويحتاج الإمام معها إلى إعداد الرجال وإنفاق الأموال وترتيب القتال ليردهم إلى طاعته<sup>(1)</sup>. فإذا لم يكن للخارجين منعة وشوكة يرى فالحنفية أنهم لا يعدون بغاة، بل حكمهم حكم قطاع الطريق وإن خرجوا بتأويل<sup>(2)</sup>. أما المالكية فيقولون "بمغالبة" أي إظهار القهر. معنى ذلك أنه من خرج عن طاعة الإمام من غير مغالبة لا يعتبر باغياً<sup>(3)</sup>. وعند الشافعي يشترط أن يكون للبغاة شوكة لهم<sup>(4)</sup>. كما أن الحنابلة اعتبروا أهل البغي.

(1) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشيرازي، وأحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، الجزء السابع، المرجع السابق، ص402.

(2) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص544/ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن القناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص3064.

(3) أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك - على الشرح الصغير للقطب سيدي أحمد الدردير، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص221/ سعاد الشرباصي الحسين البصراطي: موقف الإسلام من البغاة على الحكم، دن، 1999م، ص21/ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، تحقيق عبد السلام محمد أمين، الجزء الثامن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002م، ص103.

(4) شمس الدين محمد بن الخطيب الشيريني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص159/ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشيرازي و حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام

إذا خرج قوم لهم شوكة: (أي باس ونكاية، وسلاح وعدد وعدة). ومنعته: (أي قوة وشدة وكثرة). بحيث يحتاج في كفهم إلى جمع جيش<sup>(1)</sup>. على أن بعض الحنابلة لا يشترطون الشوكة في الخارجين لاعتبارهم بغاة ما داموا قد خرجوا بتأويل سائغ. وقد استدل القائلون باشتراط الشوكة بما روي أن ابن ملجم لما جرح علياً رضي الله عنه قال علياً للحسن: إن برئت رأيت رأيي وإن مت فلا تمثلوا به. فلم يثبت علي لفعل ابن ملجم حكم البغاة<sup>(2)</sup>.

**ثانياً- المغالبة (السلاح):** المقصود بالمغالبة استعمال القوة والسلاح<sup>(3)</sup>. وإن كان لم ينص صراحة على شرط السلاح سوى تعريفات قليلة، فقال "ابن عرفه" أن البغي: هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولاً<sup>(4)</sup>. وقال "الدردير" الفرقة الباغية هي التي أبت طاعة الإمام الحق في غير معصية بمغالبة ولو تأولاً<sup>(5)</sup>. كما جاءت تعريفات أخرى للبغاة لبعض الفقهاء. باستعمال لفظ المنعة والشوكة دون ذكر للمغالبة. يقول: "البهوتي" إن البغاة: قوم من أهل الحق باينوا الإمام وراموا خلعه أي عزله، أو مخالفته بتأويل سائغ بصواب أو خطأ ولهم منعة وشوكة<sup>(6)</sup>. ويشترط: "الشرييني" توفر شرط شوكة للبغاة وتأويل مطاع فيهم، وقيل فيهم إمام منصوب<sup>(7)</sup>. وقيل إن البغاة: هم الخارجون على إمام- ولو غير عدل- بتأويل

الشافعي رضي الله عنه. الجزء السابع. المرجع السابق. ص403/ شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي: حاشية القليوبي. الجزء الرابع. مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده. مصر. الطبعة الثالثة. 1956م. ص170.

(1) عبد الرحمن بن محمد بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي: حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع. المجلد السابع. الطبعة الأولى 1400 هـ. دن. ص390/ أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة. شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي أحمد ابن قدامة المقدسي (على مذهب أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني): المغني ويليهِ الشرح الكبير. تحقيق محمد رشيد رضا. الجزء العاشر. دار الكتاب العربي. بيروت. دن. ص53.

(2) عبد الفتاح محمد فايد: (البغي في الشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة). مجلة الشريعة والقانون. كلية الشريعة والقانون. العدد الخامس عشر. 1998م. ص219.

(3) المرجع نفسه. ص220/ عبد الله محمد مصطفى عطية الدسوقي: الخروج على ولي الأمر في الفقه الإسلامي. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق. قسم الشريعة الإسلامية. جامعة الزقازيق. 2002م. ص57.

(4) أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك- على الشرح الصغير للقطب سيدي احمد الدردير. الجزء الرابع. دار الكتب العلمية. بيروت. الطبعة الأولى. 1995م. ص220/ محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات احمد الدردير. تحقيق محمد عليش. الجزء الرابع. دار احياء الكتب العربية. مصر. دن. / محمد بن عبد الله الخرنشي: شرح الخرنشي على مختصر سيدي خليل. الجزء الخامس. مطبعة محمد أفندي مصطفى. مصر. دن. ص320.

(5) أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك. المرجع السابق. ص138/ أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك- على الشرح الصغير للقطب سيدي احمد الدردير. الجزء الرابع. المرجع السابق. ص221.

(6) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف الفناع عن متن الفناع. تحقيق إبراهيم احمد عبد الحميد. الجزء التاسع. دار عالم الكتاب. الرياض. طبعة خاصة. 2003م. ص3064.

(7) شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. الجزء الرابع. المرجع السابق. ص159/ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشيراملسي

سائغ. ولهم شوكة. ولو لم يكن فيهم مطاع. إن كانوا جمعاً يسيراً لا شوكة لهم: فقطاع طريق. يعني: حكمهم حكم قطاع الطريق<sup>(1)</sup>. وقيل أن البغاة: "قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ويرومون خلعه لتأويل سائغ وفيهم منعه يحتاج في كفههم إلى جمع الجيش"<sup>(2)</sup>. بيد أن ابن حزم لم يذكر لا المغالبة ولا المنعة. وإن كان قد استعمل لفظ الخروج في تعريف البغاة. لأنه ربما لا يعد في البغي بالمغالبة ولا يشترطهما. لا صراحة ولا ضمناً<sup>(3)</sup> ويبدو أن استغناء التعريفات الأخرى عن النص صراحة على شرط المغالبة. باشتراطها المنعة والشوكة في البغاة. على اعتبار أن في اشتراط المنعة. اشتراط ضمنى للمغالبة في فعل البغي. لأنه لا معنى لاشتراط المنعة والقوة في البغاة ما لم يكونوا ليظهروها في مواجهة الإمام أثناء فعل البغي. وإظهار القوة في مواجهة الإمام هو عين المغالبة له<sup>(4)</sup>.

#### الفرع الثاني: الخروج بتأويل على إمام عادل

البغي هو الخروج على طاعة الإمام. فالحنفية يرون في البغاة: أنهم الخارجون عن الإمام الحق بغير حق. فلو جح فليسوا ببغاة<sup>(5)</sup>. والمالكية يرون في البغي أنه يتحقق بـ الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته. أن يكون الامتناع عن مغالبة. أن يكون الامتناع عن الطاعة بتأويل أو غير تأويل<sup>(6)</sup>. أما الشافعية فيعرفون البغاة شرعاً. بأنهم قوم مسلمون مخالفون للحاكم ولو كان جائراً أو فاسقاً. وترك الانقياد له. بشرط شوكة لهم وتأويل لخروجهم على الإمام أم منعهم الحق<sup>(7)</sup>. أما الحنابلة يعتبرون البغاة هم: الخارجون على إمام - ولو غير عدل - بتأويل سائغ. ولهم شوكة. ومتى اختل شرط من ذلك بان لم يكن خروجهم بتأويل أو بتأويل غير سائغ. أو كانوا

وحاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدى: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه. الجزء السابع. المرجع السابق. ص403.

(1) محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى الحنبلى (الشهير بابن النجار): معونة اولي النهى - شرح المنتهى - منتهى الارادات. تحقيق عبد الملك بن عبد الله وهيش. الجزء العاشر. مكتبة الاسدي. مكة. الطبعة الخامسة. 2008م. ص519. منصور بن يونس البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع. حاشية محمد بن صالح العثيمين. المرجع السابق. ص680.

(2) موفق الدين ابو محمد ابن قدامة: المغني. الجزء العاشر. المرجع السابق. ص52.

(3) ابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: المحلى بالأثار. تحقيق محمد منير. الجزء الحادي عشر. إدارة الطباعة المنيرية. مصر. دت. ص97.

(4) عبد الملك منصور حسن: المرجع السابق. ص65.

(5) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية وبهامشه شرح العناية على الهداية وحاشية سعدي جليبي. الجزء الرابع. المطبعة الكبرى الأميرية. مصر. الطبعة الأولى. 1316هـ. ص408 / ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار. تحقيق عادل احمد عبد الموجود و علي محمد معوض. الجزء السادس. دار عالم الكتاب. الرياض. 2003م. ص411 / محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. الطبعة الأولى. 2002م. ص351.

(6) أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك - على الشرح الصغير للقطب سيدي احمد الدردير. الجزء الرابع. المرجع السابق. ص221.

(7) شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي: حاشية القليوبي. الجزء الرابع. المرجع السابق. ص170.

جمعاً يسيراً لا شوكة لهم؛ فقطاع طريق، يعني: حكمهم حكم قطاع الطريق<sup>(1)</sup>. فالبغاة هم مسلمون مخالفون للإمام ولو جائراً<sup>(2)</sup>. لذلك نستنتج أن للبغي ميزتان هما الخروج على الإمام والتأويل.

**أولاً- الخروج على إمام عادل:** يختار الإمام بإحدى الأساليب التالية: نصب الإمام بإجماع المسلمين عليه، كإمامة أبي بكر الصديق رضي الله عنه، خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ ومن بيعة أهل الحل والعقد من العلماء، أو يجعل الأمر شورى في عدد محصور ليتفق أهلها أي أهل البيعة، كفعل عمر رضي الله عنه حيث جعل أمر الإمامة شورى بين ستة من الصحابة فوقع اتفاقهم على عثمان رضي الله عنه؛ أو بنص من قبله، بأن يعهد الإمام بالإمامة إلى إنسان ينص عليه بعده، ولا يحتاج في ذلك إلى موافقة أهل الحل والعقد كما عهد أبو بكر بالإمامة إلى عمر رضي الله عنهما؛ أو باجتهاد من أهل الحل والعقد على نصب من يصلح ومبايعته، أو بقهره الناس بسيف حتى أذعنوا له، فمن غلب عليهم بالسيف حتى صار خليفة وسمي أمير المؤمنين فلا يجل لأحد يؤمن بالله يبيت ولا يراه إماماً برا كان أو فاجراً. لأن عبد الملك بن مروان خرج عليه ابن الزبير فقتله واستولى على البلاد وأهلها حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ودعوه إماماً، وهذا لما في الخروج عليه من شق عصا المسلمين وإراقة دماهم وذهاب أموالهم<sup>(3)</sup>. لذلك ذهب البعض إلى أنه: "إن بايع الناس الإمام ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه عن قهرهم لا يصير إماماً"<sup>(4)</sup>، غير أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الامتناع عن طاعة الإمام في

(1) محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى الحنبلى (الشهير بابن النجار): معونة اولي النهى - شرح المنتهى - منتهى الارادات، تحقيق عبد الملك بن عبد الله وهيش، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص519. منصور بن يونس البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستنقع، حاشية محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص680.

(2) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي: حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشيراملسي، وأحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربى الرشيدى، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الإمام الشافعى رضي الله عنه، الجزء السابع، المرجع السابق، ص402.

(3) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن القناع، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص3063 / إبراهيم عبد الله إبراهيم: المرجع السابق، ص61 إلى 65 / انظر طرق التولية عند جمهور العلماء: صلاح الدين دبوس: الخليفة توليته وعزله (إسهام في النظرية الدستورية الإسلامية-دراسة مقارنة بالنظم الدستورية الغربية)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، دت، ص124 إلى 170 / في حالة حصول نجاح للخارجين بالثورة والانقلاب وقيام سلطة فعلية بالغلبة والاستيلاء، يعترف بتلك السلطة ووجوب إعطائها البيعة إذا التزمت بالشرع والقوانين وأعلنت نيتها في الإصلاح، ذلك بقصد إنهاء حالة الانسداد والفوضى الأمنية والقضاء على الفتنة وحقق دماء المواطنين، انظر: زواقرى الطاهر: أسباب عزل السلطة في القانون الدستوري والمقارن، دار الحامد، الأردن، الطبعة الأولى، 2013م، ص190 و103.

(4) محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفى الحصكفى: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم، المرجع السابق، ص351.

معصية لا يعد بغيا، لأن الطاعة إما تكون في المعروف ولا تجوز في معصية<sup>(1)</sup>. قال صلى الله عليه وسلم: (من أمركم منهم بمعصية فلا تطيعوه)<sup>(2)</sup>. وعن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة)<sup>(3)</sup>. فمن ثبتت إمامته بالعهد أو بالقهر والغلبة أو بغير ذلك يحتمل أن يكون عادلا ويحتمل أن يكون غير ذلك، لأن الخروج على الإمام يؤدي إلى مفاسد أكبر. وشرط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن لا يؤدي إلى ما هو أكثر ضررا وأشد فسادا من المنكر المنهي عنه أو المعروف المأمور به، فالخروج على الإمام طريق الفتن والحروب الأهلية، وانعدام الأمن في المجتمع، وتقويض أسس النظام بما يترتب عليه إضعاف لقوة الدولة<sup>(4)</sup>. فمن باب البغي تحريم الخروج على الإمام غير العادل، أي الفاسق الفاجر، حتى ولو كان الخروج عليه بقصد منعه من الفسق والفجور<sup>(5)</sup>. لذلك أوجبت السنة النبوية الصبر على الإمام الجائر والنصح له. قال النبي صلى الله عليه وسلم: (من رأى من أميره شيئا فكرهه فليصبر، فإنه ليس أحد يفارق الجماعة شبرا فيموت، إلا مات ميتة جاهلية)<sup>(6)</sup>. وقال الإمام الحسن بن علي البربهاري: "إذا رأيت الرجل يدعوا على السلطان فاعلم أنه صاحب هوى، وإذا سمعت الرجل يدعوا للسلطان بالصالح فاعلم أنه صاحب سنة إن شاء الله تعالى"، وأورد قول الفضيل بن عياض قوله: "لو كانت لي دعوة مستجابة ما جعلتها إلا للسلطان"<sup>(7)</sup>.

إلا أن جمهور الفقهاء يري جواز الخروج على الإمام غير العادل وعزله، ولا يعدون ذلك خروجا تتحقق به جريمة البغي، فإذا كان الإمام فاسقا ظلما يمنع الحقوق، كان للأمة خلعه كما كان لها نصبه، وإن كان بعض أصحاب هذا الرأي يقيدون حق الأمة في خلع الإمام، بأن لا يترتب

(1) ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل احمد عبد الموجود و علي محمد معوض، الجزء السادس، المرجع السابق، ص411.

(2) ابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير ابن ماجه: سنن ابن ماجه، المرجع السابق، (الحديث 2863)، ص486.

(3) ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفري: صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، الجزء السادس، المرجع السابق، (الحديث 6725)، ص2612.

(4) عبد الفتاح محمد فايد: المرجع السابق، ص213 و214.

(5) المرجع نفسه، ص213.

(6) ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفري: صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، الجزء السادس، المرجع السابق، (الحديث 6724)، ص2612.

(7) أنظر: أبو محمد الحسن بن علي بن خلف البربهاري: شرح السنة، تحقيق أبي ياسر خالد بن قاسم الرادوي، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، 1993م، (الحديث 132)، ص116.

على خلعه فتنة أكبر من ضرر الفسق والظلم والجور التي يرتكبها الإمام<sup>(1)</sup>. وهو ما يفيد ما ذهب إليه بعض الفقهاء، من أن الإمام قد يكون الباغي وليس المبغي عليه، احتمال أن يكون المبغي عليه هو الأمة أو الشعب المسلم أو طائفة منه وليس الإمام<sup>(2)</sup>.

**ثانياً- الخروج بتأويل:**

المقصود بالتأويل، هو إدعاء أو سند يثبت به الخارجين على الإمام أن لديهم سببا مشروعاً للخروج، سواء كان هذا التأويل صحيحاً أو فاسداً، ما دام في محل الاجتهاد، بحيث لا يقطع بفساده، كأن يكون التأويل حملاً للدليل على خلاف ظاهره مع ضعف أدلته<sup>(3)</sup>. فالتأويل إن كان بطلانه مضموناً أو اعتقاداً، فهو معتبر، وإن كان بطلانه مقطوعاً به، فوجهان، أوقفهما: أنه لا يعتبر كتأويل المرتدين وشبهتهم، والثاني: يعتبر، ويكفي تغليطهم فيه<sup>(4)</sup>. الأخذ بالتأويل وإن كان غير قطعي للخروج على الحاكم، إنما مدعاة ومسبب للإثارة الناس على الحاكم ولو لمجرد الظن دون اليقين، لذلك نهى الرسول صلى الله عليه وسلم على الظن ودعي إلى شدة الحذر واليقظ، قال صلى الله عليه وسلم: ( إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث )<sup>(5)</sup>.

#### المطلب الثاني- أحكام البغي السياسي في الشريعة الإسلامية:

أعطت الشريعة الإسلامية للبغاة عناية وأحكام خاصة، وميزته عن أحكام المحارب أو قاطع الطريق الذي يخرج فسقاً وعصياناً على غير تأويل للإفساد في الأرض، أما الباغي السياسي فهو الذي يحارب على تأويل، لذا نجد الفقهاء يخصون البغاة بتعارف وأحكام خاصة أكثر مما يخصونه بتعريف جريمة البغي، وهو ما سيتم التطرق إليه من بيان ما يلزم إمام أهل العدل عند خروج فئة من المسلمين عليه، وبيان ما يصنع بهم وبأموالهم عند الظفر بهم والاستيلاء على أموالهم، وبيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز، وحكم إصابة الدماء والأموال

(1) عبد الفتاح محمد فايد: المرجع السابق، ص214/ ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل احمد عبد الموجود و علي محمد معوض، الجزء السادس، المرجع السابق، ص415/ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي: كشاف القناع عن متن القناع، تحقيق ابراهيم احمد عبد الحميد، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص3063/ إسماعيل سالم: من جرائم امن الدولة -قطع الطريق - الخروج على الحاكم، دار النصر، القاهرة، 1993م، ص108.

(2) عبد المالك منصور حسن: المرجع السابق، ص91.

(3) عبد الفتاح محمد فايد: المرجع السابق، ص215/ انظر: أنواع المعارضة في الفكر السياسي الإسلامي بنوعها بدوافع نبيلة أو دنيئة: ابراهيم عبد الله إبراهيم: المعارضة السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص84 و85/ مجدي محب حافظ: الحماية الجنائية لأسرار الدولة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، دت، ص35

(4) النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء العاشر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1991م، ص50 و51.

(5) أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: شرح رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، شرحه وأملاه محمد بن صالح العثيمين، إشراف عبد الحميد مذكور، المجلد الثاني، دار السلام، مصر، الطبعة الأولى، 2002م، (الحديث 1570)، ص500.

من الطائفتي<sup>(1)</sup>. لأجل ذلك سيتم التطرق من خلال هذا المطلب إلى القواعد الشرعية السليمة والعادلة التي تنظم قتال البغاة:

### الفرع الأول: قواعد قتال البغاة

فرق الفقهاء بين البغي بحق والبغي بغير حق (الباطل) المستوجب وصفه بالجريمة، مما يوجب حرب البغاة وذلك إذا تحيزوا واجتمعوا في مكان معين، ولكن هذا لا يعني أن فعلهم يعد جريمة تستوجب العقوبة، لأن حربهم ليست عقوبة أو تأديب لهم ولكنها لردهم لرشدتهم. إن كانوا على غير حق، أما خروجهم على إمام غير عادل بقصد إقامة شرع الله فلا يعد بغيا، ومن حيث ذلك فلا يجب قتالهم إلا إذا بدعوا بالقتال، كما أن لهم أحكاما خاصة بالنسبة لطريقة حربهم، وأسراهم، وضمائمهم لما يتلقونه أثناء الحرب من أموال<sup>(2)</sup>. لهذا يثير قتال البغاة عدة مسائل فقهية، منها كيفية ممارسته، والطريقة التي ينبغي إتباعها في قتالهم.

### أولا : مقدمات قتال البغاة :

درأت الشريعة الإسلامية عن الأمة القتال فيما بينها، وشرع الصلح ومهده بين الخصوم وجعله واجبا قبل أن يجيز القتال. ومشروعية قتال البغاة ما هي إلا مشروعية استثنائية<sup>(3)</sup>. فالتمعن في أقوال الفقهاء يتبين أنهم قد ذكروا قصدين لقتال البغاة، وهذان القصدان هما، مقصد الدفع ومقصد الرد للطاعة، فالمقصود من قتال البغاة هو كفضهم ودفع شرهم لا قتلهم، فإذا تمكن الإمام من الكف ودفع الأذى بمجرد القول، وجب ذلك ارتكابا لأخف الضررين، وإذا سأل البغاة الإمام أن ينظرهم مدة، جاز له إنظارهم إن رأى في ذلك مصلحة للمسلمين<sup>(4)</sup>. قال تعالى (( وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ\* إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ )) الحجرات:9 و10. وذكر هذا القصد " الكساني" بقوله: « قتالهم لدفع شرهم لا لشر شركهم، لأنهم مسلمون، فما لم يتوجه الشر منهم لا يقاتلهم، وان لم يعلم الإمام بذلك حتى تعسكروا وتأهبوا للقتال فينبغي له أن يدعوهم إلى العدل والرجوع إلى رأى الجماعة

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص544.

(2) عدلي أمير خالد : الجرائم الضارة بالوطن من الداخل و الخارج، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، 2013م، ص18.

(3) عبد المالك منصور حسن: المرجع السابق، ص329.

(4) عبد الفتاح محمد فايد: المرجع السابق، ص229.

أولا لرجاء الإجابة وقبول الدعوة كما في حق أهل الحرب»<sup>(1)</sup>. وقال ابن قدامة: «قتال البغاة إنما هو لدفعهم وردهم إلى الحق، لا لكفرهم، فلا يستباح منهم إلا ما حصل ضرورة الدفع؛ كالصائل، وقاطع الطريق»<sup>(2)</sup>. وقال "البهوتي": «قتالهم للدفع وفي الترغيب»<sup>(3)</sup>. وقال "السيواسي": «وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم»<sup>(4)</sup>. وقال "الشيرازي": «وإن دعت إليه الضرورة جاز كما يجوز أن يقتل من لا يقاتل إذا قصد قتله للدفع»<sup>(5)</sup>. فإباحة قتل البغاة إنما هو من باب "دفع الصائل" أي "الدفاع الشرعي العام"، من ثم لا يباح قتالهم إلا ما يبيحه الدفاع الشرعي<sup>(6)</sup>.

فإذا اشتعلت الثورة أو قامت الحرب الأهلية كان على ولي الأمر أن يقصد من القتال ردع البغاة لا قتلهم وإفنائهم، وأن يقاتل من اقبل منهم، ويكف عن من أدبر وهرب، ولا يجهز على جرحهم، وان لا يقتل أسيرهم، أو من ألقى السلاح منهم، وان لا يصادر أموالهم، وان لا يستولي على نسائهم وأولادهم<sup>(7)</sup>. إذا ترك البغاة القتال، إما بالرجوع إلى الطاعة، أو بإلقاء السلاح، أو بالهزيمة، أو بالعجز لجراح، أو مرض، أو أسر، حرم قتلهم، لما روى مروان قال: صرخ صارخ لعلي يوم الجمل: لا يقتل مدبر ولا يذفف على جريح، ومن أغلق بابه فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن<sup>(8)</sup>. ودلالة ذلك شرعا قوله تعالى (( وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتُ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ))<sup>المحجرات:9</sup>. والفيء هو: الرجعة عن القتال

(1) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص544.

(2) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثاني عشر، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثانية، 1997م، ص254.

(3) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن القناع، تحقيق إبراهيم احمد عبد الحميد، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص3066.

(4) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري ( ابن الهمام الحنفي): شرح فتح القدير، على الهداية شرح بداية المبتدي، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الجزء السادس، المرجع السابق، ص99.

(5) أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي وبذيل صحائفه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب، ضبطه وصححه ووضع حواشيه: زكريا عميرات، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1995م، ص252.

(6) محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، 1983م، ص131.

(7) عبد القادر عوده: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، طبعة نادي القضاة، مصر، 1984م، ص105/ برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون البيعمري المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال مرعشلي، الجزء الثاني، دار عالم الكتب، الرياض، 2003م، ص209.

(8) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن القناع، تحقيق إبراهيم احمد عبد الحميد، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص3067.

بالهزيمة أو التوبة وغيرها<sup>(1)</sup>. إلا أنه من أقوال الفقهاء الأخرى التي تقيد عدم مشروعية الصلح مع البغاة. كقول "الماوردي": «انه يجوز العهد لأهل الحرب ولا يجوز العهد لأهل البغي»<sup>(2)</sup>. وقول ابن حزم: «لو أن أهل العدل وأهل البغي تواعدوا وتعاطوا الرهان فهذا لا يجوز إلا مع ضعف أهل العدل»<sup>(3)</sup>. وقول القرافي: «لا نوادعهم على مال»<sup>(4)</sup> والذي يبدو اقرب للصواب هو أن الصلح مع البغاة مشروع<sup>(5)</sup>. لما ورد في السنة النبوية الشريفة. قول النبي صلى الله عليه وسلم قال: (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)<sup>(6)</sup>.

**ثانياً- أحكام الأعمال الحربية مع البغاة:** شرعت الشريعة الإسلامية أحكاماً لقتال البغاة إذا ما رفضوا الصلح. وسنت قواعد الجهاد للجيش عند مقاتلة البغاة. إلا أنه لا يقتل أسيرهم ولا يتبع مدبرهم ولا يذفف على جرحهم ولا تسبى ذراريهم ولا تغنم أموالهم ولا تسترق أسراهم<sup>(7)</sup>. لأجل ذلك يمتاز قتال البغاة عن قتال المحاربين ويفترق قتالهم عن قتال المشركين بأحد عشر وجهاً: إن يقصدوا بالقتال لردعهم لا لقتلهم؛ ويكف عن مدبرهم؛ ولا يجهز على جرحهم؛ ولا يقتل أسراهم؛ ولا تغنم أموالهم؛ ولا تسبى ذراريهم؛ ولا يستعان على قتالهم بمشرك؛ ولا نوادعهم على مال؛ تنصب عليهم الرعادات؛ ولا تحرق عليهم المساكين؛ ولا يقطع شجرهم<sup>(8)</sup>.

اختلف الفقهاء فيما يستعان به في قتال البغاة. فيرى الجمهور<sup>(9)</sup> أن البغاة يقاتلون بأسلحة القتال العادية. لا بما يعم أثره كالنار والمنجنيق والتغريق في غير ضرورة. ذلك إن قتل من

(1) محمد بن إدريس الشافعي: الأم. تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب. الجزء الخامس. دار الوفاء. المنصورة. مصر. الطبعة الأولى. 2001م. ص513.

(2) أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه. تحقيق إبراهيم بن علي صندقجي. مطبعة المدني. القاهرة. الطبعة الأولى. 1987م. ص166.

(3) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي أبو محمد: المحلى في شرح المجلي بالحجج والآثار. اعتنى حسان عبد المنان. بيت الأفكار الدولية. السعودية. الجزء الحادي عشر. ص116.

(4) شهاب الدين القرافي: الفروق. الجزء الرابع. المرجع السابق. ص171.

(5) محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار. الجزء الخامس. الطبعة الأخيرة. مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده. مصر. ص286.

(6) محمد بن عيسى بن سورة الترميذي: سنن الترميذي. تحقيق محمد ناصر الدين الألباني. مكتبة المعارف. الرياض. الطبعة الأولى. دت. الحديث1352. ص318.

(7) محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير. الجزء السادس والعشرون. الدار التونسية للنشر. تونس. 1984م. ص243.

(8) شهاب الدين القرافي: الفروق. الجزء الرابع. دار النوادر. الكويت. طبعة خاصة لوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد. المملكة العربية السعودية. 2010م. ص171.

(9) محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار. المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. الطبعة الأولى. 2002. ص352 / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن القناع. تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد. الجزء التاسع. المرجع السابق. ص3066 / علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي: بدائع

لا يقاتل منهم غير جائز، والقتال بما يعم إتلافه يؤدي إلى قتل من يقاتل ومن لا يقاتل. فإذا كان أهل العدل من حالة ضرورة كأن أحاط بهم أهل البغي وأحكموا حصارهم وتمكنوا منهم، ولم يمكنهم الخلاص إلا برميهم بما يعم إتلاف جاز رميهم بمثله، استناداً لقوله ((الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ)) البقرة:194.

### الفرع الثاني - نتائج قتال البغاة:

تختلف عقوبة البغاة باختلاف الأفعال التي يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها والتي يعاقبون عليها بعقوبات عادية، لأنها جرائم عادية لم تقع في حالة الثورة أو الحرب، أما الجرائم التي ترتكب أثناء الثورة أو الحرب الأهلية، فما اقتضته منها حالة الثورة أو الحرب في مقاومه رجال الدولة وقتلهم، والاستيلاء على البلاد وحكمها، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها، وغير ذلك بما تقتضيه طبيعة الحرب، فهذه الجرائم هي الجرائم السياسية، أخذت بهذا الاتجاه القوانين الوضعية وأحكام المحاكم والآراء الفقهية في الوقت المعاصر، وذلك في الجرائم السياسية النسبية في إطار نظريه "الانطباق على عادات قوانين الحرب"<sup>(1)</sup>. من الآثار قتال البغاة نذكر:

**أولاً- الآثار البشرية (ضد الأفراد):** تتمثل هذه الآثار العينية فيما خلفه الحرب من إصابات بشرية، كالقتلى والجرحى والأسرى<sup>(2)</sup>. فالفقه اتفق على أن قتل أهل العدل شهيد، إلا أنه ورد قولان بخصوص حكم تغسيله أو دفنه بلباسه والصلاة عليه، القول الأول يرى أن قتل أهل العدل كان شهيداً، لأنه قتل في قتال أمر الله تعالى به، وفي روايتان: إحداهما، لا يغسل، ولا يصلى عليه، لأنه شهيد معركة أمر بالقتال فيها، فأشبهه بشهيد معركة الكفار، ويدفن في ثيابه التي قتل فيها بعد نزع لأمة الحرب<sup>(3)</sup>. واختار أصحاب القول الثاني، أن قتل أهل العدل،

الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص546/ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثاني عشر، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثانية، 1997م، ص. 247.

<sup>(1)</sup> محمد عزت سلام: الجريمة السياسية في ظل النظام العالمي الجديد - بين تأثير الرأي العام وموجبات العدالة، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2013م، ص35.

<sup>(2)</sup> المرجع نفسه، ص387.

<sup>(3)</sup> اللأمة: أداة الحرب كلها من رمح، وبيضة، ومغفر، وسيف، ودرع، والجمع: لأم، ولؤم، انظر: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص811 / موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثاني عشر، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثانية، 1997م، ص250 / منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشف القناع عن متن القناع، تحقيق إبراهيم احمد عبد الحميد، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص3068.

يُغسل، ويُصلى عليه <sup>(1)</sup>، يقول "الكساني" رحمه الله في قتلى أهل العدل: «فيصنع بهم ما يصنع بسائر الشهداء لا يغسلون ويدفنون في ثيابهم ولا ينزع عنهم إلا ما لا يصلح كفنًا. ويصلى عليهم لأنهم شهداء لكونهم مقتولين ظلماً» <sup>(2)</sup>. أما إذا قتل الباغي أحداً من أهل العدل في غير المعركة، فيه وجهان: أحدهما: يتحتم قتله لأنه قتل بإشهار السلاح والسعي في الأرض بالفساد، فيتحتم قتله كقاطع الطريق. والثاني: لا يتحتم قتله، لقول علي رضي الله عنه: إن شئت أن أعفوا وإن شئت استقدت، فأما الخوارج بإباحة قتلهم <sup>(3)</sup>.

أما حكم الجرحى من البغاة، فالسنة فيهم ألا يُجهز على جريحهم ولا يتبع موليتهم ولا تسبى ذراريهم <sup>(4)</sup>. قال النبي صلى الله عليه وسلم: ( يا عبد الله أتدري كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الأمة ؟ ) قال: الله ورسوله أعلم . فقال ( لا يُجهز على جريحها ولا يُقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها ) <sup>(5)</sup>. فالأسري من البغاة يختلف أمرهم فيما لو كان أسره أثناء القتال أو بعده، فالبعض من الفقهاء من يمنع ومنهم من يجيز قتل أسرى البغاة بعد انتهاء القتال، ومن الواضح أن من يمنع قتل أسرى البغاة أثناء القتال يلزم بمنعه بعد انتهاء القتال. أما من يجيزون قتل أسرى البغاة فقد اشترطوا لذلك صراحة أو ضمناً أن يكون القتال مستمراً أو الحرب قائمة، وأن يكون للأسير فئة ممتنعة ليجوز قتله <sup>(6)</sup>.

**ثانياً- الأضرار المادية (حكم أموال قتال البغاة):** ينتج عن قتال البغاة أضرار مادية تصيب الأموال التي تم تدميرها أو إتلافها. وللفقهاء تفاصيل في أحوال جبر الأضرار اللاحقة بالفئة المعتدية، والأضرار اللاحقة بالجماعة التي تتولى قتال البغاة، فينبغي أن يؤخذ من مجموع أقوالهم ما يرى أولو الأمر المصلحة في الحمل عليها <sup>(7)</sup>. فمن الآثار المحتملة لقتال البغاة.

<sup>(1)</sup> موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثاني عشر، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثانية، 1997م، ص250.

<sup>(2)</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص548/ كما احتجوا بهذا بان "علياً" غسل "عمار بن ياسر" وصلى عليه، عندما قتل في موقعة "صفين"، كما أن الأئمة: "عمر"، و "عثمان"، و"علي" غسلهم الصحابة وصلوا عليهم مع أنهم قتلوا شهداء. أنظر: عبد المالك منصور حسن: المرجع السابق، ص389.

<sup>(3)</sup> عبد الفتاح محمد فايد: المرجع السابق، ص245/ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثاني عشر، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثانية، 1997م، ص250 و251.

<sup>(4)</sup> أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي: نصيحة الملوك، تحقيق خضر محمد خضر، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، 1983م، ص255.

<sup>(5)</sup> أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن الكريم و المبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي، الجزء التاسع عشر، المرجع السابق، ص380.

<sup>(6)</sup> عبد المالك منصور حسن: المرجع السابق، ص391 و392.

<sup>(7)</sup> محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء السادس و العشرون، المرجع السابق، ص243.

الأموال المستولى عليها، أو التي تم إتلافها كلياً أو جزئياً من قبل أهل العدل. يرى جمهور الفقهاء انه لا يجوز إتلاف أموال البغاة أثناء القتال. كما أنهم لا يجيزون أي صورة من صور الاستيلاء عليها. ماعدا صورة الحبس المؤقت أثناء القتال. حتى لا يستعان بها على قتال أهل العدل<sup>(1)</sup>. أي أن الفقهاء لا يرتبون على قتال البغاة أي اثر على ملكيتهم للأموالهم. ويستلزم ذلك وجوب إعادة أي أموال يستولي عليها أهل العدل أثناء القتال إلى أصحابها الأصليين فوراً. إلا ما أجازوا حبسها عنهم أثناء القتال فيلزم إعادتها بانتهاء القتال<sup>(2)</sup>. فما تلف منها في غير قتال فهو مضمون على متلفه<sup>(3)</sup>.

وأما ما يتلفه العادل على الباغي لا يضمنه<sup>(4)</sup>. لأنه فعل ما أمر به كقتل الصائل عليه<sup>(5)</sup>. إلا أنه اختلف أهل العلم فيما يؤخذ من أموال البغاة. عند القتال وبعده. فمهم من قال أن أموال البغاة ليست غنيمة. ومنهم من اعتبرها غنيمة. فمن قال أن أموال البغاة لا يكون غنيمة. بل هو ميراث لورثتهم وهو الرأي الراجح<sup>(6)</sup>. إلا أنه أجاز الاستعانة بكراعهم أي خيولهم وسلاحهم على حربهم. فإذا وضعت الحرب أوزارها رد المال عليهم ويرد الكراع أيضا - أي الخيول - عليهم إذا لم يبق من البغاة أحد. وما استهلك فلا شيء فيه<sup>(7)</sup>. وهذا رأى أحمد وأبو حنيفة. أما الشافعي فإنه يرى عدم جواز هذا الانتفاع إلا في حالة الضرورة. لأنه مال مسلم فلم يجز الانتفاع به بغير إذنه. على أنه يجب رد آلات الحرب لهم بعد انتهاء المعركة. كما ترد إليهم سائر أموالهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ( لا يخل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ). وقول علي رضي الله عنه: (من وجد ماله فليأخذه)<sup>(8)</sup>. وفي رواية عن علي كرم الله وجهه. فروى فطر بن خليفة عن منذر بن يعلى عن محمد ابن الحنفية قال: " قسم أمير المؤمنين علي رضي الله عنه يوم الجمل فيأهم بين أصحابه ما قتل به من الكراع والسلاح ". فاحتج من

(1) عبد الفتاح محمد فايد. المرجع السابق. ص 240.

(2) عبد المالك منصور حسن: المرجع السابق. ص 397.

(3) عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي. الجزء الأول. المرجع السابق. ص 106.

(4) النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين. الجزء العاشر. المرجع السابق. ص 55.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن القناع. تحقيق إبراهيم احمد عبد الحميد. الجزء التاسع. المرجع السابق. ص 3068.

(6) ابي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن. تحقيق محمد الصادق قمحاوي. الجزء الخامس. دار احياء التراث العربي. بيروت. 1996م. ص 282 و 283 / أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماورديك نصيحة الملوك. تحقيق خضر محمد خضر. المرجع السابق. ص 255 /

عبد الفتاح محمد فايد: المرجع السابق. ص 241.

(7) ابي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن. تحقيق محمد الصادق قمحاوي. الجزء الخامس. المرجع السابق. ص 282 و 283.

(8) عبد الفتاح محمد فايد. المرجع السابق. ص 240.

جعله غنيمة بهذا الحديث، وهذا ليس فيه دلالة على أنه غنيمة لأنه جائز أن يكون قسم ما حصل في يده من كراع أو سلاح ليقاتلوا به، قبل أن تضع الحرب أوزارها<sup>(1)</sup>.

أهل البغي لا يضمنون الأنفس والأموال لأهل العدل، فإن عدم الضمان ينصب على ما ارتكب من ذلك أثناء القتال، أما ما ارتكب من جرائم قبل القتال وبعد انتهائه فإنهم يسألون عنه كأهل العدل سواء بسواء، كما أن عدم مسئوليتهم عما ارتكبوه من جرائم أثناء القتال تختص بالجرائم التي تقتضيها طبيعة الحرب، وعلى ذلك فلا يجب عليهم قصاص ولا يلزمهم ضمان ما أتلّفوا، وإن لزمهم رد ما استولوا عليه من أموال بقيت بعد الحرب دون تلف<sup>(2)</sup>. جاء في "نهاية المحتاج"<sup>(3)</sup>: «ما أتلّفه باغ على عادل وعكسه إن لم يكن في قتال ولم يكن من ضرورته، ضمن متلفه نفساً ومالا». وجاء في المغني<sup>(4)</sup>: «ليس على أهل البغي أيضاً ضمان ما أتلّفوه حال الحرب من نفس أو مال وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وفي الآخر يضمنون ذلك لقول أبي بكر رضي الله عنه في أهل الردة: (تدون قتلانا ولا ندى قتلاكم)، ولأنها نفوس وأموال معصومة أتلّفت بغير حق ولا ضرورة دفع مباح فوجب ضمانه كالذي تلف في غير حال الحرب».

#### الخاتمة

للبغي السياسي في الشريعة الإسلامية خصائص ومميزات، كما أن له مظاهر أو صور وأشكال أكسبته معاملة شرعية خاصة عن أحكام الحاربة، ومن أبرز معالمه الخروج على الإمام وولولي الأمر ورفض السمع والطاعة له في غير معصية، وفي ذلك مخالفة لأصل من أصول الواجبات الدينية، لما في ذلك من نتائج تؤدي إلى مفاسد أكبر، وطريق إلى الفتن والحروب الأهلية، وتقويض لأسس النظام وإضعاف لقوة الدولة، وهو ما افرز من وقائع تاريخية لأحداث البغي السياسي التي شهدتها عهد الصحابة رضي الله عنهم، والتي لا تزال نتائجها حتى اليوم، فالقضاء النهائي على البغي السياسي يجب أن يشكل أولوية دائمة وانشغالا مستمرا، عبر تكثيف الجهود والمسااعي لإقامة الحجة على الجماعات الإسلامية المسلحة التي تتخذ من

(1) أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص: أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 282 و 283.

(2) عبد الفتاح محمد فايد: المرجع السابق، ص 242 / محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء السادس والعشرون، المرجع السابق، ص 243 / محمد بن عبد الله الخرشني: شرح الخرشني على مختصر سيدي خليل، الجزء الخامس، مطبعة محمد أفندي مصطفى، مصر، دت، ص 321.

(3) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي: حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشيرازي، وأحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشدي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 405.

(4) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني، تحقيق عبد الله بن عبد الحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء الثاني عشر، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثانية، 1997م، ص 250.

د. حوحو رمزي

البغي السياسي وأحكامه في الفقه الإسلامي \_\_\_\_\_ أ. عرشوش سفيان

الإسلام والعنف السياسي مطية أو وسيلة لتحقيق أغراض ومكاسب سياسية على حساب الأبرياء، لنقول أن أحكام الشريعة الإسلامية بريئة من أعمالها العدائية، وان الإسلام دين سلام وامن وسلام.

لنقترح في الأخير أنه ينبغي أن نوصل هذه الرسالة عبر جميع وسائل الاتصال الحديثة، لتتولى مهمة تحليل الظواهر الخاصة بالانجراف المذهبي والتطرف الديني ومعالجته واجتثاثه نهائياً من جسد الأمة الإسلامية. وليجدي ذلك نفعاً فلا بد أن لا نكتفي بمكافحة الإرهاب السياسي بالوسائل قانونية أو التشريعية الرادعة فحسب، بل يجب أن تكون مكافحته مسألة فكرية أيضاً، عبر دحض ورد شبهة الجماعات والتنظيمات الإرهابية بالحجة والدليل من الكتاب والسنة.

## فكر هنري كيسنجر: الأصول، الاهتمامات والتأثيرات

أ. سميرة ناصري جامعة خنشلة

### ملخص:

تهدف هذه الورقة إلى القاء الضوء على الفكر السياسي للعقل المدبر للسياسة الخارجية الأمريكية هنري كيسنجر ولذلك بالرجوع إلى أصل فكره السياسي، والبحث في مدى تأثير انتماءاته الدينية أو الإثنية في توجهاته الفكرية واهتماماته السياسية، وكيف أثرت أفكاره على هندسة السياسة الخارجية الأمريكية و توجهاتها تجاه القضايا الإقليمية الدولية. ذلك من خلال تسلسل منهجي ننطلق فيه من التأصيل الفكري والتاريخي لتصورات هنري كيسنجر نوضح فيه كيف تمت ترجمة تلك التصورات في شكل أفكار سياسية تجلت ملامحها في في العديد من المفاهيم والمواقف التي اتخذها هنري كيسنجر تجاه المحافظين الجدد واتخذتها الولايات المتحدة الأمريكية تجاه العالم كعنصر أول لنتقل بعدها إلى فحص مدى تطابق تلك الأفكار مع كتاباته كعنصر ثاني لنستخلص في الأخير مواقفه تجاه العديد من القضايا كالمف النووي الإيراني، القضية الفلسطينية والحرب على العراق.

**الكلمات المفتاحية:** الفكر السياسي، هنري كيسنجر، الواقعية، المحافظون الجدد.

السياسة الخارجية.

### Abstract:

This paper aims to highlight the political thought of the mastermind of the us foreign policy Henry Kissinger. Thus, refer to the origin of his ideas, and make a research on the impact of his religious or ethnic affiliation in his intellectual direction and political interests. And how it influenced his thoughts on American foreign policy engineering and its trends towards regional and international issues. Through systematic map start rooting of intellectual and historical perceptions of Henry Kissinger, to explain how those perceptions were translated to positions taken by Henry Kissinger towards neoconservative, and taken by the United States toward the world, than we examine the writings of Henry Kissinger. In the last we define his positions towards many issues such as the Iranian nuclear issue, the Palestinian issue and the war on Iraq.

**Key word:** political thought, Henry Kissinger, realism, new conservative, foreign policy.

### مقدمة:

يعدّ هنري أ. كيسنجر، أحد ألمع السياسيين الأمريكيين، ومهندس السياسة الخارجية الأمريكية و أهم المفكرين السياسيين الأمريكيين، الذين مزجوا النظرية بالتطبيق، كما أنه أحد الرموز الذي استحق بكل جدارة أن يوصف بأنه سيد الدبلوماسية الأمريكية، دون أن ينازعه أحد على ذلك، كان قد بلغ حدّاً من القوة والنفوذ مما يصعب على المتابع أن يجد له

مثيلاً خلال قرنين من التاريخ الأمريكي. واستحق أن يكون إلى جانب أبرز الشخصيات في التاريخ والدبلوماسية الأوروبية، مثل ريشيليو ومترنيخ وبسمارك.

تميزت حياة كيسنجر عبر مراحلها المختلفة بلحظات فريدة في توجيه حياته الفكرية والعملية. ومع ذلك إن العنصر الهام والحاسم في تشكيل وتوجيه حياته كان قدراته الذهنية والفكرية الخاصة، والتي استطاع من خلالهما الوصول إلى ما وصل إليه. تبنى كيسنجر فكرة الدفاع عن مصالح الولايات المتحدة الخارجية، وعن لعبها دوراً دولياً فاعلاً في وجه قوى الفكر الشمولي كالنازية والفاشية والشيوعية. وخلال مسيرته السياسية الممتدة لنصف قرن سخر كيسنجر كل قواه الإستراتيجية "للجغرافية السياسية". فقد طور إستراتيجياته "الجيوبوليتيكية" معتمداً على السياسات المضادة للثورة الأمريكية التي خلقها اللورد "كاستيلريا" البريطاني والأمير النمساوي "ميترنخ" في مؤتمر فيينا عام 1815؛ حيث يمدح كيسنجر نفسه هذه السياسات في أطروحته للدكتوراه A WORLD RESTORED. عدا ذلك، فإن مصدر إلهامه الرئيسي كان دائماً من وزارة الخارجية البريطانية (باعتبارها تمثل تراثاً استعمارياً). كما أعلن هو نفسه ذلك مراراً في خطبه ومحاضراته. كما عرف بدوره المؤثر على صعيد الصراع العربي-الإسرائيلي، من خلال جولاته المكوكية في المنطقة في أعقاب حرب تشرين الأول / أكتوبر 1973، في إطار سياسته المعروفة بسياسة الخطوة خطوة. وأفضت هذه الجولات، والدور المحوري الذي قام به كيسنجر، إلى التوصل إلى اتفاقيات الفصل بين القوات الإسرائيلية من جهة والسورية والمصرية من جهة أخرى. هذا ما قادنا للتساؤل الآتي: ما هي أبرز محطات هنري كيسنجر السياسية وما مدى قدرته على فك شيفرة العديد من القضايا الدولية ؟

وقد اعتمدنا على المنهج التحليلي الوصفي في دراستنا هذه كوننا نقوم بوصف الحقائق في قالب تحليلي لمختلف ما يذكر كما اعتمدنا على المقاربة الواقعية كإطار تحليلي نظري باعتبار هنري كيسنجر من أهم رواد هذا التيار وبذلك تكون المقاربة الواقعية الأمثل لفهم تصورات، أفكار و مواقف هنري كيسنجر.

#### أولاً: معتقدات وأفكار هنري كيسنجر.

يتمحور فكر كيسنجر الإستراتيجي حول مفهوم النظام الدولي الشرعي والمستقر. فالاستقرار يصنع السلام وليس العكس. وهو لا يتحقق إلا بوجود شرعية دولية تقبلها الأطراف الأساسية في النظام الدولي. والشرعية والاستقرار لا يتحققان إلا من خلال أداتين لا انفصال بينهما هما الدبلوماسية والقوة المسلحة. وهذا النظام لا ينفي الصراع تماماً بل

فكر هنري كيسنجر: الأصول، الاهتمامات والتأثيرات \_\_\_\_\_ أ. سميرة ناصري

يخفضه إلى نوع من التنافس والتوتر المحكوم بإطار مقبول من الترتيبات والقواعد حول السلوك والأهداف والوسائل المسموح بها.<sup>1</sup>

والمعضلة الأساسية بالنسبة لكيسنجر هي كيفية الحفاظ على النظام الشرعي المستقر في ظل عصر الأسلحة النووية وفي مواجهة النظم الثورية التي ترفض الإطار القائم وتشكل مصدراً للصراعات التي تعيق في نظره التطور. ومن هنا كان اقتراحه القائل بتبني إستراتيجية تعتمد على التزاوج بين الدبلوماسية والمفاوضات من جهة، والحرب المحدودة من جهة أخرى<sup>2</sup>

كانت القضية الأساسية التي شغلت كيسنجر وحددت مواقفه من القضايا الدولية كافة هي قضية العلاقة بين القوتين الأعظم والتوازن الدقيق بينهما. فأية مشكلة تمس هذا الميزان، وتهدد المصالح الأمريكية والغربية، كانت تثير اهتمامه وتحركه السريع. مثل مشكلة الأمن الأوربي وحرب فيتنام وأزمة الشرق الأوسط بخاصة بعد حرب 1973، في حين نجد أن اهتمامه يتراجع بمشاكل أخرى لا تمس هذا التوازن مثل غزو تركيا لقبرص عسكرياً عام 1974 وتحديها لليونان، رغم أن كلتا الدولتين عضو في حلف ناتو، وكذلك إهماله التام لأفريقيا وعدم اهتمامه بقضاياها إلا بعد دخول الاتحاد السوفيتي طرفاً في حرب تحرير أوجولا. فعندئذ جاء تحركه السريع لغلاق الباب الأفريقي أمام السوفييت<sup>3</sup>

وإلى جانب تحدي الكتلة الشرقية وعلى رأسها الاتحاد السوفيتي كان كيسنجر يرى أن حركات التحرر الوطني والنظم الثورية الوطنية في العالم الثالث تشكل تحدياً آخر للولايات المتحدة والمعسكر الغربي؛ فهي تنزع نحو فرض نظام عالمي جديد يتسم بقدر أكبر من المساواة، وترى القوة الأمريكية المالية نوعاً من الاستعمار الجديد ومن ثم كان اقترابها أكثر من الاتحاد السوفيتي وتأثير ذلك على العلاقات والتوازن بين القوتين الأعظم. وهو يرى إمكانية احتواء هذه النظم الثورية "بالغواية والتخويف وكذلك ضربها بالحروب المحدودة حتى بغير اشتراك الولايات المتحدة، وعلى الولايات المتحدة أن تتأكد أنه يوجد لها في كل منطقة من العالم الثالث سوط مستعد في كل لحظة لأن يهوي على أي ظهر يحاول أن يرفع رأسه بعد حد معين<sup>4</sup>. ومحاولة اكتشاف البعد اليهودي في تفكير كيسنجر أمر لا طائل من ورائه، فطريقة تفكيره وأولوياته وإدراكه لمصالح العالم الغربي وإدارته للأزمات الدولية (سواء في الشرق الأوسط أو غيرها من المناطق) هي جزء لا يتجزأ من التفكير الإستراتيجي العام في الغرب

<http://ar.wikiquote.Org>

<sup>1</sup> "هنري كيسنجر" تم تصفح الموقع بتاريخ: 12-12-2013، نقل عن:

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<http://edu.arabsgate.com>

<sup>3</sup> الجماعات اليهودية، إشكاليات، تم تصفح الموقع بتاريخ: 12-12-2013، نقل عن:

<sup>4</sup> المرجع نفسه

بمنطلقاته الصراعية الداروينية والتي تعود إلى عصر النهضة، وفلسفة الدولة، وهو تفكير يسعى إلى حماية أمن الغرب والدفاع عن مصالحه من خلال استخدام كل أشكال القوة (من ضغط سياسي، نشاط استخباري، انقلابات عسكرية مُدبَّرة، استخدام القوة العسكرية بشكل مباشر). وفي داخل هذا الإطار يرى كيسنجر أن الولايات المتحدة هي زعيمة العالم الغربي ويرى أن لمصالحها أسبقية على مصالح الدول الأخرى وضمن ذلك الدول الغربية واليابان. ومن هنا اهتمامه بالبتروال العربي فهو أداة ضغط أساسية على الدول "الخليفة" التي تعتمد على البترول المستورد. وما يُحدّد موقف كيسنجر من إسرائيل ليس يهوديته أو رغبته في الدفاع عن المصالح اليهودية أو زيادة النفوذ اليهودي أو حماية الدولة اليهودية. بل حرصه على أن تكون إسرائيل حليفاً إستراتيجياً للولايات المتحدة وسوياً رادعاً في يدها. ومن ثم لا يمكن تفسير مواقف كيسنجر السياسية على أساس يهوديته، كما يفعل بعض المحللين العرب.

ينتمي هنري كيسنجر إلى المدرسة الواقعية الجديدة في العلاقات الدولية، وعملياً هناك ثلاث أفكار رئيسية ميّزت فكر كيسنجر. الأولى: هي أنّ مصالح الدولة تبرر استخدام وسائل في السياسة الخارجية. قد تبدو مرفوضة في السياسة الداخلية، بمعنى أنّه أجاز أن ممارسات في الساحة الدولية قد تبدو غير ديمقراطية وربما غير أخلاقية في السياسة الداخلية. الفكرة الثانية: أنّه يعتقد أنّه من واجب رجل السياسة، ولا سيّما في دولة عظمى مثل الولايات المتحدة، التلاعب بتوازنات القوى الدوليّة بهدف الحفاظ على الوضع الراهن، الذي لا تسيطر فيه دولة بعينها على جميع العالم، ومن أجل جعل الصراعات الدوليّة في حدود معينة لا تتعداها. الفكرة الثالثة، وهي الفكرة المركزية في المدرسة الواقعية في نظرية العلاقات الدوليّة، وهي أن مساواة الدول في السيادة والحقوق والواجبات إنما هي مساواة نظريّة رسميّة قانونية، أمّا في الواقع فإنّ هناك عدم مساواة عسكريّة واقتصاديّة. و"العلاقات الدوليّة هي علاقات صراعيّة لأجل الحصول على القوّة".<sup>1</sup>

رغم هذه الأفكار "اليمنية" كان كيسنجر هو منظر سياسة "الانفراج"، و"السلام" فكيسنجر يركز على دور الدول الكبرى في تحقيق توازن قوى يمنع المواجهة المفتوحة، وكان يؤمن بمبدأ "التلاعب" (manipulation)، بمعنى أنّه يؤمن باستخدام أوراق القوة، وأدوات السياسة الخارجية، بمعناها العام الواسع العسكري والاقتصادي والإعلامي، لأغراض برجماتية جتة تتلخص في الحفاظ على توازن القوى الدولية في صالح الدول المستفيدة من هذا النظام، وكانت شهرة كيسنجر الحقيقية قد بدأت من رفضه فكرة "الردع النووي"، ودعوته لسياسة الانفراج والانفتاح، لعدم إيمانه بأن الردع النووي كفيل بحفظ السلام العالمي، ولم يكن متحمساً للاعتماد

<sup>1</sup> احمد جميل عزم، "كيسنجر و المحافظون الجدد"، تم تصفح الموقع بتاريخ: 12-12-2013، نقل عن: <http://www.alghad.jo>

فكر هنري كيسنجر: الأصول، الاهتمامات والتأثيرات \_\_\_\_\_ أ. سميرة ناصري

على الأداة العسكرية دون غيرها. ولقد بدأ صدام كيسنجر مع المحافظين الجدد الذي قيل انه ينتمي إلى فكرهم عام 1994. وهذا في كتابه "الدبلوماسية"، الذي دافع فيه بشدة عن حاجة الولايات المتحدة إلى "نظام دولي"، وقال إن هذه الحاجة مستمرة في مرحلة ما بعد الحرب الباردة. وحذر من عودة "المثالية الويلسووية" - نسبة للرئيس الأمريكي السابق ويدرو ويلسون - والتي تشكل محور فكرة المحافظين الجدد.<sup>1</sup>

ويقول كيسنجر إن هذه المثالية ترى السياسة الخارجية باعتبارها وسيلة لحماية ونشر حرية وحقوق الأفراد. وقال إن النظام الجمهوري المميز الذي تطور في الولايات المتحدة، والظروف المعتدلة نسبياً التي عاشتها الولايات المتحدة في تطورها أفرزت مدرستين فكريتين.

**الأولى تدعو للانعزال والحفاظ على القيم الأميركية في الداخل.**

**والثانية تدعو للقيام بحملة حول العالم لنشر الديمقراطية، والتجارة الحرة، والقانون الدولي.** يدعو كيسنجر لعدم رفع وتبني أجنداث اجتماعية كنشر الديمقراطية والليبرالية، بل إلى التركيز على القضايا السياسية الدولية فمثلاً يهتم بتوسعة وتطوير "الناو". ويهتم باستمرار التواجد السياسي والعسكري في أوروبا، والحرص على عدم تطور تنافس ألماني - روسي في أوروبا، والحرص على توازن القوى بين الصين واليابان في آسيا ومساعدتهما للتعايش معا.

و يظهر الفرق الرئيسي بين كيسنجر الواقعي والمحافظين الجدد المثاليين، أن الأول يريد تحقيق السلام الدولي بصفته يحفظ مصالح الولايات المتحدة، باعتبارها المستفيد الأكبر من توازن القوى الدولي الراهن، من خلال وسائل برجماتية، تتعلق بسياسات الدول الرسمية والقضايا الجيوسياسية، والمفهوم الواسع للقوة العسكرية، التي لا تعني بالضرورة استخدام هذه القوة، وبناء نظام دولي يجمع القوى الدولية الرئيسية لمنع صعود قوى تهدد مصالحها. بالمقابل فإن المحافظين الجدد يركزون على قضايا اجتماعية داخل الدول. ويؤمنون أن نشر القيم الأميركية يحفظ المصالح الأميركية، ويمنع تطور العداء لها<sup>2</sup>

في أكثر من مقال نشرها كيسنجر يرفض فكرة نشر الديمقراطية كهدف وأساس للسياسة الخارجية، وفي ضوء حرب العراق كان لا بد لكيسنجر من مناقشة فكرة نشر الديمقراطية بالقوة باستفاضة، فاعتبر ذلك "تهوراً". فهو يقول في مقال نشر في الهيرالد تريبيون في أيار 2005، إن "المدرسة الواقعية لا تغفل أهمية القيم والمثل، ولكنها تحض على الحذر وعدم التهور". ويقول: "ولكن المدرسة المثالية غالباً ما تمقت ضبط النفس"، ويضيف "هذا الاستعجال يتمخض عن دعوات إلى شن فتوحات و(حروب صليبية)، وتغيير أنظمة". ويشبّه مثل هذه

<sup>1</sup> أحمد جميل عزم، مرجع سابق.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

الأفكار "بالثورة الفرنسية في القرن الثامن عشر، والنسخة التروتسكية من الشيوعية، والجهد الإسلامي المعاصر"<sup>1</sup>

في مقالات أخرى يركز كيسنجر على ضرورة الاهتمام بالعناصر الجيو-استراتيجية، فيدعو مثلا للانفتاح على الصين، وإلى إنهاء الغموض في موضوع الخلاف معها بشأن قضايا مثل تايوان. في الوقت ذاته يدعو في مقال ثالث للعمل على استقطاب الهند لتكون حليفا بمواجهة الصين. ويدعو للتخلي عن فكرة استقطاب الهند من خلال التجارة والاقتصاد وفكرة أن الولايات المتحدة والهند دولتان ديمقراطيتان وأن التقارب الثقافي يقود للتقارب السياسي. وبدل ذلك يدعو للتقارب مع الهند عن طريق منحها مساعدات نووية، لا تستثني التكنولوجيا العسكرية. وفي موضوع الإرهاب يركز على ضرورة منع الإرهابيين من السيطرة على الحكم في دولة ما، ومنع سيطرة الأصوليين على أراض في العراق أو غيره كقاعدة انطلاق. بمعنى أنه يركز على محاصرة الإرهاب دون كثير اكتراث بقضايا الإصلاح والانتخابات، ودون اكتراث كبير بما يسمى معركة "العقول والقلوب". وبينما لا يرفض كيسنجر مبدأ الضربة الوقائية كلياً، فإنه يعارض الآلية التي تطبق إدارة الرئيس جورج بوش الحالية بواسطتها هذا المبدأ، فهو يرى، في مقال نشره في الواشنطن بوست، قبل أيام، أن هذه الضربة تطبق في حالة "وجود خصم يمتلك قدرة لإحداث ضرر لا يمكن تجنبه، مع إظهار نوايا لإحداث هذا الضرر قريباً"، ويقول: إنه بتطبيق هذا التعريف فإن المنظمات الإرهابية التي تعمل انطلاقاً من أراض دول ذات سيادة هي الهدف الوحيد الممكن حالياً لمثل هذه الضربات، ولكن طبيعة هذه المنظمات تجعل من غير الممكن استهدافها بهذه الضربات، لأنها تعمل بالسر ولا يوجد لديها ما تخسره، ولا يؤيد كيسنجر الطريقة التي تستخدم بها الإدارة هذا المبدأ بموجبها، وهي طريقة تقوم على أساس منع قوة ما من التطور في المستقبل، وهو يرفض استخدام هذا المبدأ مثلاً لمنع انتشار أسلحة الدمار الشامل، وخصوصاً الأسلحة النووية، لأيد ترى الولايات المتحدة أنه لا يجب أن تمتلكها، إلا بعد استنفاد وسائل "الدبلوماسية الوقائية"، ويدعو لسياسة خارجية أميركية قائمة على بناء نظام دولي، تقتنع فيه الدول الرئيسية الأخرى لمواجهة التحديات العالمية الجديدة، بمسؤولية وعدم ترك المسؤولية على عاتق الولايات المتحدة.

ثانياً: كتابات هنري كيسنجر

أصدر هنري كيسنجر كتاب هل تحتاج أمريكا إلى سياسة خارجية-جيو دبلوماسية القرن الواحد و عشرين قبل التفجيرات التي وقعت في الولايات المتحدة، لعله بعد قراءته ينظر إلى "ما جرى" و"ما سيجري" بمنظور أوسع، وي طرح فيه "إستراتيجيات جيوبوليتيكية" لآسيا

<sup>1</sup> المرجع نفسه.

وروسيا وأجزاء أخرى من العالم. في هذا الكتاب يشعر كيسنجر بالذعر لأن النظام الاقتصادي العالمي يتأرجح بدون سيطرة. وأن ذلك سيحول جميع مخططاته الكبرى إلى حطام. فهو لا يخفي فزعه من أن هذه الأزمة ستدفع دولا مثل البرازيل في أمريكا الجنوبية وجنوب أفريقيا وآسيا إلى قلب "شروط اللعبة". وهي شروط تمكنه هو ورفاقه في المؤسسات المالية - السياسية الأجلو أمريكية من فرضها على العالم منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية. في مثل هذه الحالة الحل الوحيد الذي طالما لجأ إليه في الأوقات العصيبة. وهو: إشعال حرب وتأسيس نظام دكتاتوري عالمي "لإدارة الأزمة". أما بؤرة اهتمام هذه النية الحربية فهي كالعادة الوضع المتفجر في "الشرق الأوسط" ذكر المؤلف هنري كيسنجر في كتابه "هل تحتاج أمريكا إلى سياسة خارجية؟ نحو دبلوماسية للقرن الحادي والعشرين": أن الولايات المتحدة تتمتع في فجر الألفية الجديدة بتفوق لم تضاهه حتى أعظم الإمبراطوريات في الماضي فمن صناعة الأسلحة إلى تنظيم العمل. ومن العلوم إلى التكنولوجيا ومن التعليم إلى الثقافة الشعبية تمارس الولايات المتحدة سيطرة لا مثيل لها في كل أنحاء العالم. فالموقع الراجح جعلها المكون الذي لا غنى عنه للاستقرار الدولي<sup>2</sup> فمن البدايات الأولى للكتاب يبين كيسنجر قلقه من الوضع الاقتصادي العالمي. ويتناقض هذا القلق مع محاولاته كيل المديح للعولمة وطبيعة القوة الأمريكية التي لا تقهر. فيحذر قائلا: "إن الأزمة الاقتصادية العالمية هي أكبر تهديد للديمقراطية المعاصرة". ثم يضيف: "إن وقوع أزمة مالية مهمة أخرى في آسيا أو في الديمقراطيات الصناعية. سيعجل بالتأكيد جهود دول آسيوية للحصول على سيطرة أكبر على مصائرها السياسية والاقتصادية عن طريق خلق بديل آسيوي للنظام الإقليمي الحالي"<sup>3</sup>.

إن بروز تكتل آسيوي معاد يضم مزيجاً من أكثر دول العالم كثافة بالسكان (الصين والهند) وأكثرها وفرة في الموارد الطبيعية (روسيا وآسيا الوسطى) وأكثرها تقدماً من الناحية الصناعية (اليابان) لن يكون في المصلحة القومية لأمريكا". فهو يشعر بالقلق من احتمال ظهور دعم متزايد لسياسات الحماية الاقتصادية التي تتبعها ماليزيا والصين والهند. وكلها دول قاومت إعصار "الأزمة الآسيوية" بشكل أحسن من تلك الدول التي رضخت لوصفات صندوق النقد الدولي. لقد تطرق كيسنجر إلى هيمنة أمريكا على النظام العالمي وكذلك فشلها في تطوير الأفكار ذات العلاقة بالحقائق الجديدة مشيراً على وجه الخصوص إلى جدلية

<sup>1</sup> حسين النديم. أزمة "كيسنجر" الاقتصادية تتطلب حرباً. تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014. نقلا عن: في كل أنحاء العالم والضمائم لها. تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014. نقلا عن: [www.alriyadh.com](http://www.alriyadh.com)

<sup>2</sup> فالح العنزي. هنري كيسنجر: الولايات المتحدة تعتبر نفسها مصدر المؤسسات الديمقراطية. تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014. نقلا عن: <http://www.islamonline.net>

<sup>3</sup> حسين النديم. مرجع سابق.

العلاقة بين القيم والمصالح «المثالية والواقعية». وان التحدي الحقيقي أمام أمريكا هو الدمج بين هذين العنصرين ونوه كيسنجر بجدية الاضطرابات التي يشهدها العالم حاليا وحذر قائلاً : أنها ليست مجرد عقبات آنية ولكن ما يحدث هو رمز إلى تحول حتمي للنظام العالمي الجديد.

فهو ينظر على الدوام باهتمام إلى البقاع الساخنة في العالم مثل روسيا والصين بصورتها الجديدة داعياً الأمريكيين أن يتمعنوا في النتائج المحتملة لزيادة الاختلاف في وجهات النظر بين أوروبا وبلادهم والتساؤلات بشأن جعل التدخلات الإنسانية كجزء من الدبلوماسية الجديدة وإمكانية أن يؤدي تفرد الولايات المتحدة بقيادة العالم إلى توحيد الدول الأخرى ضد الطموحات الامبريالية الأمريكية المحتملة. إدراكاً منها أن حجمها لا يساعدها على القيام بدور عالمي كبير. تسعى الدول / الأمم إلى تجميع نفسها في وحدات أكبر حجماً. ويعتبر الاتحاد الأوروبي ابرز مثال لهذه السياسة حتى الآن. إلا انه توجد تجمعات أخرى آخذة في الظهور عبر الحدود في نصف الكرة الغربي تأخذ شكل مؤسسات مثل اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية ( نافتا) وجمع ( ميركو سيور ) في أمريكا الجنوبية. ورابطة دول جنوب شرق آسيا(آسيان).لقد ظهرت فكرة إقامة منطقة تجارة حرة بدائية في آسيا في ظل رعاية صينية يابانية مشتركة<sup>1</sup>. إن كل وحدة من هذه الوحدات الجديدة وهي تسعى إلى تحديد شخصيتها إنما تقوم بذلك في بعض الأحيان دون وعي. وغالباً عن عمد. من اجل تمييز نفسها عن القوى المهيمنة في منطقتها. ويتمثل التمييز بالنسبة لرابطة الآسيان في الصين واليابان. وربما تكون أيضاً الهند في الوقت الحالي . أما بالنسبة للاتحاد الأوروبي وجمع (ميركوسيور) فيتمثل التمييز في الولايات المتحدة. لقد أدى ذلك إلى إجراء مناقشات جديدة حتى في الوقت الذي يتم فيه تجاوز المنافسات القديمة.

ويمكن تلخيص أهم المتغيرات. المواقف والأفكار التي حوتها كتابات هنري كيسنجر فيما يلي:

1- مزايا العصر النووي: لقد أدت عمليات التحول الأصغر حجماً في الماضي إلى اندلاع حروب كبيرة. كما هو الحال في النظام الدولي الحالي . إلا أنها لم تشهد تورط القوى العظمى الحالية في صراع مسلح فيما بينها. لقد أدى العصر النووي إلى تغيير أهمية ودور القوة على الأقل بالنسبة لعلاقة الدول الكبرى الواحدة منها بالأخرى. وحتى بداية العصر النووي كانت النزاعات تندلع في الغالب بسبب الأراضي أو السيطرة على الموارد. لذا وقعت عمليات غزو من اجل تعظيم نفوذ وقوة الدولة. أما في العصر الحديث فقد فقدت الأراضي

<sup>1</sup> كيسنجر يطرح السؤال ويحاول الإجابة عليه(3-2):هل تحتاج أمريكا إلى سياسة خارجية. تم تصفح الموقع بتاريخ: 12-12-2013. <http://www.al-jazirah.com> نقل عن

الكثير من أهميتها كعنصر للقوة القومية. وأصبح بإمكان التقدم التكنولوجي تعزيز قوة الدولة أكثر من أي توسع يمكن تصوره في الأراضي<sup>1</sup>

إن سنغافورة على سبيل المثال لا تتمتع بأي موارد سوى ذكاء شعبها وقادتها. ومع ذلك يتمتع فيها الفرد بنصيب من الدخل القومي يفوق ما يحصل عليه أي مواطن في الدول الأكبر حجماً والتي تتمتع بفرص مواتية. وتستخدم سنغافورة هذه الثروة في جانب منها على الأقل في بناء قوات مسلحة لردع جيرانها الذين قد تسول لهم أنفسهم الطمع فيها . لقد جعلت الأسلحة النووية من اندلاع الحروب بين الدول التي تمتلكها أمراً أقل احتمالاً. على الرغم من أن هذا التصور قد لا يبقى صالحاً إذا استمرت عمليات تسليح الأسلحة النووية إلى دول لها موقف مختلف إزاء الحياة الإنسانية وغير مدركة لتأثيرها المأساوي. لقد واصلت الدول خوض الحروب حتى بداية العصر النووي لأن عواقب الهزيمة أو حتى الحل الوسط تبدو في هذه الحالة أسوأ من عواقب الحرب. وأدى انتشار هذا النوع من الأفكار إلى استنزاف أوروبا لثرواتها وممتلكاتها في الحرب العالمية الأولى. إلا أن هذه المعادلة بين القوى النووية تصدق في أشد الظروف بأساً وفي تفكير معظم زعماء القوى النووية الكبرى. حيث انه من المحتمل أن يبدو الدمار الناجم عن الحروب النووية أكثر مأساوية من عواقب الحل الوسط بل ربما أكثر من الهزيمة. ويتمثل التناقض الظاهري للعصر النووي في أن نمو القدرة النووية وبالتالي حيازة قوة كبيرة لها يواكبه حتما تراجع تماثل في الرغبة في استخدامها<sup>2</sup>

2- **جانس القوة:** تم إضفاء الطابع الثوري على كل الأشكال الأخرى للقوة أيضاً. وحتى نهاية الحرب العالمية الثانية كانت القوة متجانسة نسبياً. وكانت كل عناصرها الأخرى المختلفة السياسية والعسكرية والاقتصادية تكمل إحداها الأخرى. ولا يمكن لمجتمع أن يصبح قويا من الناحية العسكرية ما لم تتوافر له الزعامة والريادة في موضع مماثل في المجالات الأخرى. ومع ذلك فقد بدأت كل الأنهار اعتباراً من النصف الثاني من القرن العشرين في التشعب فيما يبدو. وفجأة أصبح من الممكن أن تتحول دولة إلى قوة اقتصادية دون أن تمتلك قوة عسكرية كبيرة (المملكة العربية السعودية) كما أصبح بإمكان دولة تطوير قدرة عسكرية كبيرة على الرغم من كساد اقتصادها الواضح (الاتحاد السوفيتي السابق).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> كيسنجر يطرح السؤال ويحاول الإجابة عليه (3-2): هل تحتاج أمريكا إلى سياسة خارجية. مرجع سابق .

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

لقد بدأت هذه الشعب في الالتقاء من جديد في القرن الحادي والعشرين. وكشف مصير الاتحاد السوفيتي السابق انه من المستحيل المحافظة على عنصر القوة العسكرية من جانب واحد خاصة في عصر الثورة الاقتصادية والتكنولوجية المرتبطة بالاتصالات الفورية التي قربت الفجوات الواسعة في مستويات المعيشة في غرف المعيشة على مستوى العالم ، وبالإضافة إلى ذلك، ففي غضون جيل واحد حقق العلم قفزات فاقت المعرفة المتراكمة للتاريخ الإنساني السابق بأسره. فقد أتاح الكمبيوتر والانترنت ونمو التكنولوجيا الحيوية كل ذلك أتاح للتكنولوجيا مجالاً لا يمكن تصوره مقارنة بأي جيل سابق. وأصبح وجود نظام متقدم للتعليم التكنولوجي شرطاً لتمتع الدولة بالقوة على المدى الطويل، لما يتيح ذلك من قوة وحيوية للمجتمع تحتفي بدونها كل أنماط القوة الأخرى، العولة والرفاهية .

أدت العولة إلى نشر القوة الاقتصادية والتكنولوجية في مختلف أرجاء العالم. كما أن الاتصالات الفورية جعلت من اتخاذ القرارات في منطقة واحدة أمراً مرهوناً بالقرارات التي يتم اتخاذها في أنحاء أخرى من العالم. لقد حققت العولة قدراً غير مسبوق من الرفاهية وان لم يكن ذلك قد تم بالتساوي. ولا يزال يتعين رؤية ما إذا كانت العولة سوف تسرع الخطى بتغيير هذا الاتجاه بشكل كاف كما حققت الرفاهية العالمية أم لا الأمر الذي قد يتسبب الإخفاق فيه في حدوث كارثة عالمية. أن العولة كما أنها حتمياً تتمتع بالقدرة على استنهاض إحساس مزعج بالضعف من منطلق أن القرارات التي يتم اتخاذها تؤثر على الملايين من الذين لا يخضعون للسيطرة السياسية المحلية، وفي نفس الوقت فان تطوير القدرات الاقتصادية والتكنولوجية يتعرض لخطر تجاوز قدرات السياسات المعاصرة لها .

3- **أمريكا وفكرة توازن القوة** : جَد الولايات المتحدة نفسها في عالم ساهم القليل من خبراتها التاريخية في صياغته وإعداده. لقد رفضت أمريكا التي تعيش في أمان بين محيطين كبيرين فكرة توازن القوة اقتناعاً منها بأنها إما أن تكون قادرة على البقاء بعيداً عن نزاعات الدول الأخرى، أو أن تكون قادرة على تحقيق السلام العالمي من خلال الإصرار على تطبيق قيمها الخاصة بالديمقراطية وتقرير المصير ، وتكفي الإشارة هنا لإغراض حالية إلى استحالة تطبيق صيغة واحدة على هذا التحليل وتفسير النظام العالمي المعاصر. حيث انه توجد في عالم اليوم أربعة أنظمة دولية تعيش جنباً إلى جنب على الأقل.<sup>1</sup>

كيسنجر يطرح السؤال ويحاول الإجابة عليه(3-3):هل تحتاج أمريكا إلى سياسة خارجية. تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014. نقلا عن <http://www.al-jazirah.com>

وجدت المثل الأمريكية التاريخية في العلاقات بين الولايات المتحدة وغرب أوروبا وداخل نصف الكرة الغربي قابلية للتطبيق. وهنا تقوم نسخة السلام المثالية على أساس لديمقراطية. وهنا تظهر أيضا علاقة التقدم الاقتصادي بهذا الموضوع. فالدول ديمقراطية، والاقتصاد موجه نحو السوق. والحروب مستبعدة فيما عدا في الهوامش التي تندلع فيها الحروب لأسباب عرقية أو غير ذلك، مع مراعاة أن الصراعات لا تتم تسويتها هنا من خلال الحروب أو التهديد بشن الحروب. كما أن الاستعدادات العسكرية تعد ردا على التهديدات التي تأتي من خارج المنطقة، وهي ليست موجهة من دول منطقة الأطلنطي أو نصف الكرة الغربي لكل منها الأخرى.<sup>1</sup>

4- الإعلام والسياسة الخارجية: تقوم وسائل الإعلام الصاخبة التي تنشد الكمال بتحويل السياسة الخارجية إلى قسم فرعي للتسلية العامة، كما أن المنافسة الحادة لاحتلال المراكز العليا في التصنيف أفرزت هاجسا بالنسبة للزامات الراهنة التي يتم عرضها بشكل عام في صورة مسرحية أخلاقية. يدور فيها الصراع بين الخير والشر ولها نهاية محددة ونادرا ما يتم ذلك بشروط التحديات التاريخية طويلة الأمد، وبمجرد زوال حالة الإثارة تتحول وسائل الإعلام إلى أحداث مثيرة جديدة، وفي ذروة أزمات الخليج وكوسوفا أو قمة كامب ديفيد كانت وسائل الإعلام، المطبوعة والمرئية، تقوم بتغطية هذه الأحداث على مدار الساعة، ومنذ ذلك الوقت، باستثناء حالات الانتفاضة بين الحين والآخر، لم تحظ هذه الأحداث سوى باهتمام قليل جدا من يوم لآخر من جانب وسائل الإعلام على الرغم من استمرارها لاجتهات الكامنة بل وتحول بعضها إلى اتجاهات غير قابلة للإدارة بشكل أكبر مع طول مدة بقائها من دون حل.<sup>2</sup>

5- ثلاثة أجيال أمريكية: لقد تمثل أعرق سبب للصعوبة التي واجهتها أمريكا في عقد التسعينات الماضية مع الدول النامية في وضع إستراتيجية متماسكة للعالم تلعب فيها دورا محوري الدرجة أن ثلاثة أجيال مختلفة لها أساليب متنوعة جدا بالنسبة للسياسة الخارجية كانت تتنافس بشدة حول الدور الأمريكي، وتمثلت هذه القوى المتنافسة في المخضرمين الذين ينتمون إلى إستراتيجية الحرب الباردة خلال خمسينات وستينات القرن الماضي الساعين إلى تكييف خبراتهم مع ظروف الألفية الجديدة، وإبطال حركة الاحتجاج على الحرب في فيتنام الساعين إلى تطبيق دروس الحركة على النظام العالمي البازغ، وأخيرا الجيل الجديد الذي شكلته الخبرات التي جعلت من الصعب بالنسبة لهم

<sup>1</sup> المرجع نفسه.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

الحصول على التصورات الخاصة بجيل الحرب الباردة وتصورات جيل حركة الاحتجاج على الحرب الفيتنامية.

سعى واضعو استراتيجيات الحرب الباردة إلى إدارة صراع القوى العظمى النووية من خلال سياسة احتواء الاتحاد السوفيتي، ورغم البعد عن جاهل أو نسيان القضايا غير العسكرية في مقدمتها خطة مارشال ذات الأهمية التي لا تقل عن أهمية الناتو أصر جيل الحرب الباردة على أن هناك عنصراً من عناصر القوة لا يمكن التقليل منه وهو العنصر الذي ينخرط في السياسة الدولية ويمكن قياسه بالقدرة على منع التوسع العسكري والسياسي للاتحاد السوفيتي<sup>1</sup>

6- الإيديولوجية و الإستراتيجية: لقد فجرت حرب فيتنام أفكار الإيديولوجية والإستراتيجية التي ميزت التفكير الذي يوصف الآن بأنه تفكير «الجيل الأعظم» على الرغم من الاستمرار في تأكيد مبادئ الامتياز والتفوق الأمريكي من جانب كل المشاركين في المناقشات المحلية للسياسة الخارجية، إلا أن تطبيقها على حالات محددة أصبح موضوع النزاع مستمراً وعميقاً. إن الكثيرين من المفكرين المؤيدين لسياسات الحرب الباردة في ذلك الوقت، وقد هزهم التخلص من وهم الخبرة الفيتنامية، إما تراجعوا عن ميدان الإستراتيجية أو أنهم رفضوا من الناحية الفعلية جوهر السياسة الخارجية الأمريكية فيما بعد الحرب، وإدارة الرئيس بيل كلينتون وهي أول إدارة تزخر بعدد من الأفراد الذين أفرزهم الاحتجاج على الحرب الفيتنامية، عالجوا الحرب الباردة على أنها سوء فهم ناجم عن التعنت الأمريكي، وقد تراجعوا عن فكرة المصلحة القومية وفقدوا الثقة في استخدام القوة ما لم يكن بالإمكان تقديمها في صورة خدمة قضية غير أنانية بما لا يعكس وجود مصلحة قومية أمريكية محددة.<sup>2</sup>

وفي عدة مناسبات ، وفي قارات مختلفة اعتذر الرئيس كلينتون عن أعمال أسلافه التي نجمت، من وجهة نظره، عما وصفه، بازدراء، بأنه يمثل مواقفهم الخاصة بهم فيما يتعلق بالحرب الباردة، إلا أن الحرب الباردة لم تكن خطأ سياسياً، على الرغم من ارتكاب بعض الأخطاء خلالها وقد كانت هناك أيضاً قضايا عميقة خاصة بالبقاء والغرض القومي، ومن المثير للسخرية، أن الزعم الخاص بعدم الأنانية تم تفسيره على أنه نوع خاص من أنواع عدم القدرة على التنبؤ بل عدم القدرة على تحقيق المصادقية من جانب الأمم التي عاملت الدبلوماسية من الناحية التاريخية على أنها تصالح المصالح. لقد أصبح من الواضح أنه ليس بوسع

<sup>1</sup> المرجع نفسه.

<sup>2</sup> كيسنجر يطرح السؤال ويحاول الإجابة عليه (3-3): هل تحتاج أمريكا إلى سياسة خارجية، مرجع سابق.

الولايات المتحدة الأمريكية العودة إلى سياسات الحرب الباردة أو العودة إلى دبلوماسية القرن الثامن عشر. ولا ينبغي لها ذلك إذ أن العالم المعاصر أكثر تعقيدا ويحتاج إلى نهج أكثر اختلافًا. إلا أنه لا يستطيع حمل إطلاق العنان للرغبات والأهواء. أو الاعتقاد بكمال الأخلاق خلال فترة الاحتجاج. وعلى أية حال. فإن هذه المدارس الفكرية تمثل نهاية حقبة بدت نزاعاتها للجيل الذي ولد بعد عام 1960 على أنها أكاديمية ومبهماة.

7- الاقتصاد أولاً ثم السياسة: إن هذا الجيل لم يفرز قادة قادرين على إظهار الالتزام بسياسة خارجية مستمرة طويلة الأمد و البعض يتساءل حقا عما إذا كنا بحاجة إلى أي سياسة خارجية على الإطلاق. وفي عالم العولمة الاقتصادية يتطلع جيل ما بعد الحرب الباردة إلى وول ستريت ووادى السيليكون بالأسلوب نفسه الذي نظر فيه آبائهم إلى الخدمة العامة في واشنطن. ويعكس ذلك الأولوية المرتبطة بالاقتصاد على النشاط السياسي الناجمة. في جزء منها. عن كراهية الدخول في دعوة أصيبت بآفة النشر والذئوع المتعمد. أن كل شيء ينتهي به المطاف بتدمير الأعمال و السمعة. إن جيل ما بعد الحرب الباردة لا يهتم كثيرا بالمناقشات الدائرة حول الحرب في الهند الصينية غير المألوفة بشكل كبير بتفاصيلها بالنسبة لهم فضلا عن اكتشافهم أن طقوسها غير كاملة. كما أن هذا الجيل لا يشعر بالذنب إزاء الاعتراف بنظرية المصلحة الذاتية التي يمارسها بقوة في أنشطته الاقتصادية الخاصة به أن نظاما تعليميا يؤكد قليلا التاريخ. ينقصه في الغالب التصور الخاص بالشؤون الخارجية. أن هذا الجيل يخضع للإغراء بفكرة علاقات عالمية لا تنطوي على خطورة كتعويض عن المنافسة الحادة لحياته الخاصة. أن ممارسة المصلحة الذاتية الاقتصادية سوف يفرز في النهاية وبشكل تلقائي تقريبا مصالحا سياسية عالمية وديمقراطية.<sup>1</sup>

من الممكن وجود مثل هذه المواقف. نظرا لاختفاء خطر الحرب العامة بشكل كبير. ففي مثل هذا العالم. يجد جيل القادة الأمريكيين بعد الحرب الباردة سواء خرجوا من صفوف حركة الاحتجاج أو مدارس إدارة الأعمال أنه من الممكن تصور إن تكون السياسة الخارجية. سياسة اقتصادية. أو أنها تتكون من تعريف بقية دول العالم بالفضائل الأمريكية. وما لا يدعو إلى الدهشة. أن الدبلوماسية الأمريكية تحولت منذ نهاية الحرب الباردة بشكل أكبر إلى سلسلة من الاقتراحات الخاصة بالالتزام بجدول أعمال امريكي .

<sup>1</sup> المرجع نفسه.

### ثالثاً: موقف هنري كيسنجر من المسائل الإستراتيجية

لما نأتي إلى أرشيف الوثائق الأمريكية الرسمية نرى أن الولايات المتحدة الأمريكية لم تتوقف يوماً واحداً طوال تاريخها عن محاولات إلحاق أشد الضرر و أقصى الهزائم بجميع الكتل البشرية في جميع القارات. و من هذه الوثائق محضر اجتماع عقد في نيويورك عام 1975 بين وزير الخارجية هنري كيسنجر و عدد من زعماء الجالية اليهودية الأمريكية. و فيه استعراض للسياسة الأمريكية خلال 1973. لقد أوضح كيسنجر جلاءً في حديثه أمام الزعماء الأمريكيين اليهود أن إستراتيجيته تقوم منذ عام 1969 على إحباط العلاقات العربية السوفيتية. فإذا أحبطت هذه العلاقات -على حد قوله- أمكن الشروع في عملية السلام و بالطبع فغن هذا الكلام يعني بكل بساطة حرمان العرب من مصدر تسلحهم و من ثم إرغامهم على الاستسلام. فالوثيقة الكيسنجيرية تؤكد جلاءً أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت طرفاً ثالثاً في الحرب ضد العرب. حيث قال هنري للزعماء اليهود: "ما كنا نرغب في تحقيقه هو أن ننزل بالعرب أفدح هزيمة، كي يتبين لهم جلاءً أن اعتمادهم على السوفييت (أي نزوعهم نحو التحرر) لن يبلغهم مطمحهم. كما يضيف قولهم أنه " كنا نريد تأخير صدور قرار مجلس الأمن بوقف إطلاق النار حيث تتيح للإسرائيليين القتال لمدة 72 ساعة أخرى. وكان ذهابي إلى موسكو أسلوباً لجأت إليه لأعطي الإسرائيليين مدة أطول. و قد أعلنت الولايات المتحدة الأمريكية حالة الاستنفار النووي لردع السوفييت عن القيام بأي عمل منفرد. أي تفكيك الجبهة العربية المتحدة<sup>1</sup>.

و من بين المساعي التي قام بها هنري كيسنجر كذلك مسألة حظر النفط عام 1973 حيث قام بجولة مكوكية إلى السعودية و فيها قام بمقابلة الملك فيصل وشرح للملك الإستراتيجية التي و ضعها الرئيس نيكسون للعمل بها في المستقبل من أجل إحلال السلام بين الإسرائيليين و العرب كما توسط حديثه قضية الحظر البترولي و تخفيف قطع النفط السعودي عن أمريكا<sup>2</sup>. كما هناك أيضاً محضر آخر من محاضر الجولات المكوكية التي قام بها هنري كيسنجر وزير خارجية أمريكا السابق سنة 1974 لفك اشتباك القوات المصرية و الإسرائيلية في قناة السويس. و فك اشتباك القوات السورية و الإسرائيلية في مرتفعات الجولان. بعد حرب 1973. ففي سوريا حاول الدبلوماسي المخضرم هنري تسوية وضعية الرهائن و

<sup>1</sup> نصر شمالي. جولة رابيس... و العرب و السوفييت عام 1973. تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014. نقلاً عن:

<http://www.An-nour.com> .

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

فكر هنري كيسنجر: الأصول، الاهتمامات والتأثيرات \_\_\_\_\_ أ. سميرة ناصري

المعتقلين اليهود مع رئيس الدولة حافظ الأسد. و كذلك موضوع المفاوضات مع إسرائيل بشأن الجولان.

ما نلاحظه من فحوى المقابلة هي حنكة الدبلوماسي هنري و ذكائه حيث استطاع الانتقال به من موضوع على موضوع و خاصة المواضيع العسكرية كون هذا الأخير عسكري.<sup>1</sup>

1- القضية الفلسطينية: اشتهر هنري كيسنجر بسياسته في الشرق الأوسط التي عرفت بالسياسة المكوكية خلال فترة فك الاشتباك بين القوات العربية والإسرائيلية بعد حرب أكتوبر. كما اشتهر بزيارته التاريخية إلى الصين في عام 1971م، التي كانت أول زيارة لمسئول أمريكي رفيع إلى الصين منذ نهاية الحرب العالمية الثانية.<sup>2</sup>

وهو يعد في الولايات المتحدة من أهل الخبرة الذين يلجأ إلى رأيهم في مختلف الشؤون التي تمس السياسات الأمريكية .

وحول معالم اتفاقية بين الفلسطينيين و الاسرائيليين فهو يرى حسب اعتقاده أن تتفق إسرائيل مع الفلسطينيين على الحصول على أرض على امتداد خطوط مقترح باراك، الذي تقدم به رئيس الوزراء الإسرائيلي الأسبق إيهود باراك في عام 2000م لإقامة جدار أمني دفاعي، وفي المقابل تنازل إسرائيل عن جزء من الأرض لتعمل بذلك توازنا رمزيا. وبالإضافة إلى ذلك يمكنك أن تكون أكثر إبداعا بأخذ قطعة ذات كثافة عالية من العرب ليساعد ذلك في حل المشكلة السكانية، كما يجب أيضا أن تقام حواجز في القدس على خطوط يتفق عليها فيما بعد. ويجب أن ينظر في وضع حل لموضوع مشكلة اللاجئين على نحو يمنع عودتهم إلى إسرائيل. وهو يعتقد أيضا أن عناصر الحل متوفرة مبدئيا، ويتفق معها معظم الدول العربية المعتدلة والعديد من العقلاء في فلسطين، كما أن معظم الإسرائيليين يتفقون معها، رغم أن الحل قد يعني أن المستوطنات الإسرائيلية على الجانب الآخر من التقسيم ستكون على أرض عربية. ولوضع أسس هذا الحل موضع التنفيذ فالولايات المتحدة بحاجة الآن إلى دعم الدول الأوروبية، على الأقل بمفهوم ألا يفكروا في حل بديل للقيادات العربية، مما قد يعطي القيادات العربية المعتدلة مبررا لتتحرك، وبالإضافة إلى ذلك فهم بحاجة إلى دعم ضمني من دول مثل مصر والجزائر والمغرب حتى لا يبدو الأمر كأن أبو مازن يؤدي دوره في هذا السيناريو من منظور

<sup>1</sup> من ملفات المخابرات الأمريكية السرية -مراسلات نيكسون- الملك فيصل- تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014، نقلا عن:

<http://www.mostakbalia.com>

<sup>2</sup> احمد عبد اللطيف، وزير الخارجية الأسبق هنري كيسنجر: القضية الفلسطينية مرشحة للحل الدبلوماسي، تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014، نقلا عن: <http://www.Al-jazirah.com.sa>

فلسطيني منفرد. وفي اعتقاده أيضا أن دعما قويا من جانب الولايات المتحدة من شأنه أن يكون ذا تأثير فاعل في تحقيق هذا الحل<sup>1</sup>

2- البرنامج النووي الإيراني : يعتقد كيسنجر فيما يخص الملف النووي الإيراني أنه من المهم أن نجاول إيقاف إيران، ومن المفيد أيضا من الناحية التكتيكية أن ندع الأوروبيين يجرون المفاوضات، على أن نقوم نحن بدور الداعم. ولكنه يرى أن الولايات ستجد نفسها عند نقطة معينة في المستقبل القريب مضطرة إلى تحديد ما إذا كانت هذه المفاوضات ذات جدوى، أم مجرد وسيلة لإعطاء شرعية للبرنامج النووي الإيراني. ويجب مناقشة ذلك باهتمام، وبعد ذلك علينا أن نقرر، وبالتشاور مع حلفائنا، حول الإجراءات التي علينا اتخاذها، وسوف نجد أنفسنا حينها مواجهين بالتساؤل عن مدى رغبتنا في المضي قدما في منع التقنية النووية في إيران. وقد تضطرننا إيران إلى التفكير في مدى جدوى سياسات حظر انتشار الأسلحة النووية، ذلك لأن التوجه الإيراني سوف يجعلنا نعيش في عالم به العديد من المراكز النووية، مما سيضطرننا إلى التساؤل عن شكل العالم . فهنري لا يعترض إزاء أي عمل عسكري ضد إيران، ولكنه يعتقد أنه لا بد من التعامل مع الموضوع بحذر شديد.

3- مسألة العراق: لكل سياسة خارجية عندي ثلاثة مكونات: أولها أن تبدأ بتحليل الوضع كما هو متذكرا بأنك لا تستطيع أن تبتكر وضعاً مثاليا. وثانيها، أن يكون لديك هدف استراتيجي. فتسأل نفسك ما هي مخططاتك؟ وهل خططتَ للنهاية؟ أما ثالثها فيكمن في الإجابة عن سؤال ما هي الإجراءات التي تحتاج إليها للانتقال من النقطة التي أنت فيها إلى النقطة التي تريد الوصول إليها؟<sup>2</sup> وساق هنري ذلك كمدخل لتناول الشأن العراقي بمشهد الشائك، لأنك لا تستطيع أن تجلس في فراغ وتقول إنه سيكون من الأفضل عدم الوجود في العراق فيكون الموقف أقرب إلى محجّم بدرجة ما بفعل من الواقع الموضوعي. صحيح أن الناس قد يختلفون حول تعريفات وتصنيفات الواقع الموضوعي.<sup>3</sup>

بشأن العراق نرى هنري كيسنجر مؤيد للقرار الأساسي الخاص بالعمل ضد العراق لأسباب عديدة، منها أنه لم يكن باستطاعته أن يتصور أنه يمكن أن تشن الحرب على الإرهاب ونتجاوز الدولة التي تمتلك أكبر جيش في المنطقة، وأكبر دخل من النفط، وكبرى الإمكانيات التي يمكن تسخيرها لدعم الإرهاب، كما أنها تمثل بوجودها رمزا لتحدي الولايات المتحدة من خلال

<sup>1</sup> أمريكا وإيران... ما المطلوب، تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014، نقلا عن: <http://www.asharqalawsat.com>

<sup>2</sup> أمريكا والعراق: دوافع الكابوس... واليات العلاج !، تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014، نقلا عن:

<http://www.asharqalawsat.com>

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

17 خرقاً لوقف إطلاق النار تم التفاوض حولها عبر الأمم المتحدة.<sup>1</sup> وبالإضافة إلى ذلك فإنه يعتقد. كما اعتقد الرئيس بيل كلينتون من قبل. وكما اعتقد الرئيس بوش. وكما اعتقد كل مسؤولي الاستخبارات الذين التقى بهم، أن العراق يمتلك أسلحة الدمار الشامل. ولكنه لم يكن مؤيداً للرأي القائل بأن متابعة النصر يمكن أن تكون على النموذج نفسه الذي تم في الحرب العالمية الثانية مع ألمانيا.<sup>2</sup> وكان رأيه أن ما جرى من احتلال لألمانيا واليابان وقع على دولتين ذاتي تركيبة قومية متماسكة، وتاريخ قومي متماسك.

كانت الدولتان تشعران بالهزيمة، ولذلك كانتا في حاجة إلى توجه جديد. أما العراق فلا أعتقد أنه من الممكن التعامل معها باعتبارها دولة قومية على النحو الذي نتعامل به مع الدول الأوروبية أو اليابان، ولذلك كنت أفضل اتخاذ توجه أراه مستنكراً الآن. كنت أعتقد أنه من الأفضل إجبار شخص ما على الاستسلام، ومن ثم يؤسس حكومة جديدة، ويخلق نوعاً من نظام تشارك فيه الأمم المتحدة بإرسال قوة لحماية الحدود ومساعدة الحكومة على الأزمات. وذلك بدلاً من أن تتحمل الولايات المتحدة كامل مسؤولية إعادة بناء الدولة على أساس ديمقراطي. وحيث إننا قد اخترنا البديل الآخر فإنه من المحتم أن ينجح هذا البديل.<sup>3</sup> دعا كيسنجر خلال شهادته التي أدلى بها أمام لجنة الشؤون الخارجية في مجلس الشيوخ، إلى بناء الولايات المتحدة جهداً دبلوماسياً في الشرق الأوسط لتحقيق الاستقرار في العراق. وبدأ كيسنجر متحفظاً بشأن إرسال مزيد من القوات الأميركية إلى العراق. لكنه قال إن إرسال المزيد من القوات «ربما» يساعد على جلب الاستقرار، وتشكيل حكومة وحدة وطنية. يشار إلى أن الكونغرس يعتمد الأسبوع المقبل تبنى عدة قرارات بمعارضة إرسال مزيد من القوات إلى العراق. لكن هذه القرارات غير ملزمة<sup>4</sup>

وأمسك كيسنجر في شهادته أمام مجلس الشيوخ العصا من الوسط كعادته. إذ تحدث عن مخاطر «الثورة وانفجار العنف» في المنطقة برمتها. من جهة أخرى قال إنه لا يعتقد بإمكانية انسحاب أميركا من العراق، وقال «إنني اعتقد جازماً بأننا لا يمكن أن ننسحب من المنطقة». لكنه أشار إلى إمكانية سحب جزء من القوات الأميركية في العراق. وعندما سئل حول ما إذا كانت أية خطة بديلة تحمل مخاطر جمة أجاب «بالتأكيد». وقال إن الأهداف التي حددها بعض أعضاء لجنة الشؤون الخارجية في مجلس الشيوخ، تنسجم مع الأهداف التي تلك

<sup>1</sup> احمد عبد اللطيف مرجع سابق.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

<sup>4</sup> طلحة جبريل، هنري كيسنجر يلمح إلى "خطة سرية" لإنهاء الحرب في العراق. تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014. نقلا عن:

فكر هنري كيسنجر: الأصول، الاهتمامات والتأثيرات \_\_\_\_\_ أ. سميرة ناصري

التي يحاول أن يقوم بها الرئيس بوش». وتولد انطباع لدى كل عضو في اللجنة بأن كيسنجر يؤيد موقفه<sup>1</sup>

هناك بالطبع التساؤل القائم والمشروع، وفحواه: هل وصلنا إلى النقطة التي علينا أن نختار للعراق أمراً من اثنين: الديمقراطية أو الاستقرار؟ الإجابة نعم. بل إنها حقيقة واقعة. وتقديري هنا أنه كان تصرفاً ملائماً أن تقف أميركا مع الديمقراطية. فأميركا لا تستطيع أن تذهب إلى منطقة ما لتقول إن كل ما نريده هو الاستقرار. لكن يجب تعديل الفترة الزمنية، التي في أثنائها يمكن تحقيق الأهداف ودرجة مشاركة أميركا بشكل مباشر فيها. وفق التجربة والظروف.<sup>2</sup>

في المقابل علينا أن نتذكر أن عملية الانتخابات في بلد مثل العراق، محكوم عليها أن تفرز أحزاباً طائفية تستمر في الصراع الذي ظلت تخوضه تاريخياً. ولذلك فمن الخطأ التفكير بأنك تستطيع أن تكسب الشرعية من خلال عملية الانتخابات. ومع كل التمنيات الطيبة في العالم، كان التركيز على الانتخابات، مثلما نرى الآن أن ما قد ترتب عليها هو عنصر تعميق للنزاع الطائفي. إنه من غير العدل أن نطلب من الحكومة التي ظهرت نتيجة لعملية كهذه أن تتصرف كحكومة وطنية، مثلما علينا أن نتذكر أن تنامي النظام الديمقراطي، حتى في الغرب قد مرّ عبر مرحلة ولادة الأمة. ولذلك فإن حرق مراحل هذه العملية أدى إلى تشويه أهدافنا وتحويلها إلى ما نراه الآن.<sup>3</sup>

في الأخير يمكننا أن نتحدث عما كتب على كيسنجر ونقصد بهذا كتاب محاكمة هنري كيسنجر فهذا الكتاب هو لائحة ادعاء جريئة ضد هنري كيسنجر، وزير الخارجية الأميركي الأسبق في عهد نيكسون ومستشار الأمن القومي آنذاك. ويطالب المؤلف، كريستوفر هيتشنز، بمحاكمة كيسنجر كمجرم حرب بسبب جرائمه ضد الإنسانية خلال فترة خدمته في الإدارة الأميركية. وهو يرى أن اعتقال ومحاكمة أوغستو بينوشييه، رئيس تشيلي السابق، ومحاكمة سلوبودان ميلوسوفيتش تعينان أن القانون الدولي يشهد الآن تحولاً باتجاه جلب مجرمي الحرب الذي دأبوا على الاختفاء خلف مناصبهم الرسمية والدبلوماسية الرفيعة، وأن هذا التحول يجب أن ينطبق على كل مجرمي الحرب سواء أكانوا من الدول الصغرى والضعيفة أم من الدول الكبرى والقوية، وكيسنجر يمثل نموذجاً من مجرمي الدول الكبرى.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Kissinger ; Henry Alfred: <http://www.inforplaese.com/>

<sup>2</sup> أمريكا و العراق: دوافع الكابوس... آليات العلاج !. تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014، نقلًا عن:

<http://www.asharqalawsat.com>

<sup>3</sup> طلحة جبريل، مرجع سابق.

<sup>4</sup> محاكمة هنري كيسنجر. تم تصفح الموقع بتاريخ 12-12-2014، نقلًا عن: <http://www.aljazeera.net>

لائحة الاتهام التي يوجهها هينشز إلى كيسنجر تنحي الاتهامات والمؤامرات التي الخُرت فيها كيسنجر التي يمكن إثباتها وهي كثيرة، كما تستثني الاستشهاد بتعليقات الضحايا ومشاعر العداة والكراهية التي "يتمتع" بهما كيسنجر في معظم مناطق العالم كون تلك المشاعر لن تضيف سناً قانونياً للمحاكمة التي يطالب بها. ولهذا فإن تلك اللائحة تحتوي ست تهمة رئيسية يمكن جريم كيسنجر بسهولة إزائها نظراً لوجود الأدلة والبراهين والشهود، وهذه التهمة هي: القتل المتعمد للمدنيين في الهند الصينية (فيتنام، كمبوديا، ...)، التآمر المتعمد في عمليات قتل جماعي وإعدامات في بنغلاديش، والاختراطات شخصياً في التخطيط لقتل مسؤول دستوري رفيع في دولة ديمقراطية (تشيلي) لم تكن في حالة حرب مع الولايات المتحدة، الاختراطات شخصياً في مؤامرة لتصفية رئيس دولة ديمقراطية (قبرص)، تسهيل ودعم حملات الإبادة في تيمور الشرقية، الاختراطات شخصياً في خطة لختطف ثم اغتيال أحد الصحفيين في واشنطن.

#### الخاتمة:

إن تنوع الأنظمة الدولية واتساع نطاقها بشكل كبير يتيح المجال لإجراء الكثير من المناقشات الأمريكية التقليدية حول طبيعة السياسات الدولية، وسواء أكانت هي القيم أم القوة وهما من العناصر الأساسية للسياسة الخارجية، كل ذلك يعتمد على المسرح التاريخي الذي يجد فيه نظام دولي نفسه، لسوء الحظ فإن السياسة الداخلية تدفع السياسة الخارجية في الاتجاه المعاكس فالكوخجرس لايشترع فقط أساليب السياسة الخارجية بل يسعى إلى فرض ميثاق سلوك على الأمم الأخرى من خلال مجموعة من العقوبات . هذا ما دفع كيسنجر نحو السير في خطى ما يمكن تحقيقه من مصلحة إزاء تصرف معين تجاه قضية ما.وهنا نلمح مجموعة من الاستنتاجات حو هذه الشخصية:

هناك ثلاث أفكار رئيسية ميّزت فكر كيسنجر.

**الأولى:** هي أنّ مصالح الدولة تبرر استخدام وسائل في السياسة الخارجية، قد تبدو مرفوضة في السياسة الداخلية، بمعنى أنّه أجاز أن ممارسات في الساحة الدولية قد تبدو غير ديمقراطية وربما غير أخلاقية في السياسة الداخلية.

**الفكرة الثانية:** أنّه يعتقد أنّه من واجب رجل السياسة، ولا سيّما في دولة عظمى مثل الولايات المتحدة، التلاعب بتوازنات القوى الدوليّة بهدف الحفاظ على الوضع الراهن، الذي لا تسيطر فيه دولة بعينها على جميع العالم، ومن أجل جعل الصراعات الدوليّة في حدود معينة لا تتعداها.

الفكرة الثالثة. وهي الفكرة المركزية في المدرسة الواقعية في نظرية العلاقات الدولية. وهي أن مساواة الدول في السيادة والحقوق والواجبات إنما هي مساواة نظرية رسمية قانونية. أما في الواقع فإنّ هناك عدم مساواة عسكرية واقتصادية. و"العلاقات الدولية هي علاقات صراعية لأجل الحصول على القوة".

وتختتم بمقولة الأستاذ كلوفيس مقصود المندوب السامي السابق بجامعة الدول العربية في منظمة الأمم المتحدة (ONU) ، انه سال يوما وزير الخارجية الأمريكي السابق هنري كيسنجر لماذا لا تعملون على نشر الديمقراطية في البلدان العربية؟ فرد كيسنجر بابتسامة ساخرة على الطريقة الصينية هل نحن أغبياء إلى هذه الدرجة؟ لماذا ننشر الديمقراطية في البلدان العربية الغنية بالنفط؟ من خلال انقلابات عسكرية نحن قادرون على تنصيب الحكام العرب الذين يسيطرون على شعوبهم بقبضة حديدية وينفذون أوامرنا و مطالبنا جذافيرها.

## أحكام مكافحة جريمة تبييض الأموال في التشريع الجزائري

د. دريس باخويا جامعة أدرار

### ملخص:

اتفقت معظم التشريعات الحديثة على خطورة جرائم تبييض الأموال بما فيها التشريع الجزائري، وإن اختلفت بخصوص الأساليب التي تتم بها هذه الجرائم وذلك بسبب اختلاف التشريعات والأنظمة المصرفية من دولة لأخرى من جهة، ونظراً للإمكانيات المتاحة لمبضي الأموال من جهة أخرى.

هذا الأمر أدى إلى ضرورة إيلاء عناية خاصة من قبل المشرع الجزائري بغية التكفل الفعال بهذه الظاهرة الإجرامية الحديثة، فعمد إلى فرض ضوابط صارمة من شأنها التخفيف من حدة الظاهرة.

وبالرغم من الإجراءات والآليات المتخذة والمنصوص عليها في قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، إلا أن العديد من العوائق تقف حائلاً دون المكافحة الفعالة لهذه الجريمة على غرار مبدأ السرية المصرفية والذي يقف عائقاً في غالب الأحيان دون الإفصاح عن المعاملات المالية ذات الصلة بجرائم تبييض الأموال.

الكلمات المفتاحية: تبييض الأموال، النظام المصرفي، معيقات المكافحة، السرية المصرفية.

### Provisions of combating the crime of money laundering in the Algerian law

#### Abstract :

Most modern laws agreed on the seriousness of money laundering, including Algerian law crimes, despite the differences in regard to the methods which these crimes because of the different legislation and banking regulations from country to country on the one hand, because of the possibilities available to money launderers on the other.

This led to the need to pay special attention by the Algerian law in order to effectively these modern provide for criminal phenomenon, have resorted to the imposition of strict controls that will mitigate the phenomenon.

Although the procedures and mechanisms taken and set forth in the prevention of money laundering and terrorist financing and control law, however, many obstacles stand in the way without effective control of this crime along the lines of the principle of banking secrecy, which is an obstacle, often without disclosing the related money laundering crimes of financial transactions .

**Key words:** money laundering, the banking system, control constraints, bank secrecy.

مقدمة:

تنامت في الآونة الأخيرة حركة الجريمة المنظمة على نطاق واسع عالمياً، وكنتيجة لذلك تزايدت حركة تداول الأموال غير المشروعة ذات المصدر الإجرامي، الأمر الذي أدى إلى تنامي ظاهرة تبييض الأموال والتي تعتبر من أكبر التحديات الحقيقية أمام المؤسسات المالية والمصرفية على الإطلاق. ومع بروز ظاهرة العولة والتطور التكنولوجي الهائل في مجال المعلوماتية شاع استخدام شبكة الإنترنت في المعاملات المالية، الأمر الذي استفاد منه القائمون بجرائم تبييض الأموال في تطوير وسائلهم وعملياتهم غير المشروعة.

فبعد الإعتماد على الطرق التقليدية التي اعتمدت بشكل رئيسي على تهريب الأموال واستخدام السوق الموازية ومكاتب الصرافة، أفرز التطور التكنولوجي الهائل بعد ذلك طرقاً مستحدثة تسهل القيام بجرائم تبييض الأموال، أبرز هذه الطرق تعتمد على استخدام بطاقات وأنظمة التحويل ووسائل الدفع الإلكترونية.

هذا الأمر أدى إلى عجز أجهزة مكافحة الجريمة عن احتواء الظاهرة خصوصاً مع محدودية الآليات التي تقرها مختلف الأنظمة المصرفية بما في ذلك النظام المصرفي الجزائري، والعوائق المصرفية المختلفة لا سيما ما يتعلق بضعف تأهيل العاملين بالقطاع البنكي وعدم فاعلية هيئات الرقابة المصرفية منها وغير المصرفية بالرغم من فاعلية التشريعات التي أقرت من قبل السلطة التشريعية في الجزائر في إطار مكافحة جرائم تبييض الأموال.

إشكالية الدراسة:

انطلاقاً من الأهمية الواردة أعلاه، لجأول في هذه الدراسة الإجابة عن إشكالية جوهرية مفادها: فيما تتمثل الآليات التي أقرها المشرع الجزائري من أجل منع وكشف وردع جرائم تبييض الأموال؟ وما العوائق التي حدّت من فعالية مكافحة هذه الجريمة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين مسبوقين بمبحث تمهيدي، تمّ التعرض في المبحث الأول لسبل مكافحة جريمة تبييض الأموال، وذلك من خلال التطرق لآليات منع جرائم تبييض الأموال، وآليات كشفها، فتجريم نشاط تبييض الأموال. أما المبحث الثاني فتمّ التعرض فيه لعوائق مكافحة جريمة تبييض الأموال.

المبحث التمهيدي: الإطار المفاهيمي لجريمة تبييض الأموال.

يعتبر مصطلح تبييض الأموال حديث نسبياً، وإذا كانت جريمة تبييض الأموال كظاهرة على خلاف ذلك، وسنقوم في هذا المبحث بتحديد تعريف لها (المطلب الأول)، ثم نقوم بتحديد أركانها (المطلب الثاني)، فمراحلها (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: تعريف جريمة تبييض الأموال.

تعددت تعاريف جريمة تبييض الأموال بسبب صعوبة ضبط الأفعال والأنشطة المكونة للأموال غير المشروعة، ويرى جانب من الفقه أن تبييض الأموال هو: "كل فعل يقصد به تمويه أو إخفاء مصدر المداخيل الناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن ارتكاب إحدى الجرائم"<sup>1</sup>. كما عرف آخرون تبييض الأموال بأنه سلسلة من التصرفات والإجراءات التي يقوم بها صاحب الدخل غير المشروع بقصد إخفاء مصدر هذه الأموال ومن ثم إدخالها في الدورة الاقتصادية والتداول بها ودخولها في مجال الاستثمار، والهدف من هذه العملية هو محاولة لتغيير هوية الأموال غير المشروعة والناتجة عن المخدرات والجريمة والفساد والتهرب الضريبي وغيرها، لتبدو أموال مشروعة يصح تداولها في السوق دون أن يكون هناك أي شبهات عليها<sup>2</sup>. أما المشرع الجزائري وقصد التكفل بالأنماط الإجرامية المستحدثة في الجزائر، وقصد موثمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الإقليمية والدولية، فقد أصدرت الجزائر عدة نصوص قانونية خاصة بمكافحة جريمة تبييض الأموال، وإن لم يعرف المشرع الجزائري نشاط تبييض الأموال في النصوص التشريعية والتنظيمية الصادرة في هذا المجال، إلا أنه قام بتحديد الأفعال المشككة لجريمة تبييض الأموال وآليات مكافحتها، فاعتبر كل العائدات الإجرامية الناتجة عن جناية أو جنحة بغرض إخفاء أو تمويه ذلك المصدر غير المشروع جريمة تبييض الأموال، بشرط العلم عن وقوع الجريمة الأصلية وأن تكون الجريمة الأصلية جناية أو جنحة وعائدات هذه الجريمة تحوّل بغرض إخفاء ذلك المصدر غير المشروع<sup>3</sup>. مما يدل على أن المشرع الجزائري على غرار التشريع الفرنسي ساير الإجهاد الذي أخذ بالتعريف الواسع لجريمة تبييض الأموال.

من جهتنا وانطلاقاً من التعريفات السابقة يمكننا اعتبار جريمة تبييض الأموال بأنها عملية تحويل الأموال المتحصل عليها من أنشطة إجرامية، بهدف إخفاء أو إنكار المصدر غير الشرعي والمحظور لهذه الأموال أو مساعدة أي شخص ارتكب جرماً ليتجنب المسؤولية القانونية عن الاحتفاظ بمتحصلات هذا الجرم.

<sup>1</sup> انظر: نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال (دراسة مقارنة). نقلاً عن: لعشيب علي، الإطار القانوني لمكافحة غسل الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص: 20.

<sup>2</sup> انظر: هيام الجرد، المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص: 57.

<sup>3</sup> راجع: الفقرة 1 و2 من المادة 389 من قانون العقوبات الجزائري، والمقابلة للتوصية 02 من GAFI.

## المطلب الثاني: أركان جريمة تبييض الأموال.

سنتطرق في هذا المطلب للجريمة الأصلية كركن مفترض في جريمة تبييض الأموال (الفرع الأول)، ثم نُبيِّن الركن المادي لهذه الجريمة (الفرع الثاني)، وصولاً للركن المعنوي (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: الشرط المفترض لجريمة تبييض الأموال.

يتمثل الشرط المفترض، أو كما يسمى بالشرط المسبق عند البعض<sup>1</sup> لجريمة تبييض الأموال، في قيام الجاني بارتكابه جريمة أولية ترتبت عنها عوائد مالية قدرتها<sup>2</sup>. وبالرجوع لنص المادة الرابعة من قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، يتبيَّن أن المشرع الجزائري يأخذ بالمنظور الواسع بالنسبة للشرط المفترض في جريمة تبييض الأموال، إذ يعتبر جميع العوائد المترتبة عن مختلف العمليات الإجرامية تكون محلاً لارتكاب جريمة تبييض الأموال<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة تبييض الأموال.

يتمثل الركن المادي للجريمة في النشاط الذي يصدر عن الجاني، مُتَّخِذاً مظهراً خارجياً يتدخل من أجله القانون بالعقاب<sup>4</sup>. ويعرف المشرع الجزائري الركن المادي لجريمة تبييض الأموال بأنه: "كل فعل يقصد منه إخفاء المصدر الحقيقي للأموال ذات المصدر غير المشروع، أو إعطاء تبرير كاذب لهذا المصدر بأية وسيلة كانت، أو تحويل هذه الأموال أو استبدالها لغرض إخفاء أو تمويه مصدرها، أو تملك الأموال غير المشروعة أو حيازتها أو استخدامها أو توظيفها لشراء أموال منقولة أو غير منقولة أو القيام بعمليات مالية"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د. عزت محمد العمري، جريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص: 138.

<sup>2</sup> د. نبیه صالح، المرجع السابق جريمة غسل الأموال في ضوء الإجماع المنظم والمخاطر المترتبة عنها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص: 32.

<sup>3</sup> تنص المادة 04 من قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، والمعدلة بمقتضى المادة 02 من الأمر رقم 02-12: يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

"الأموال": أي نوع من الممتلكات أو الأموال المادية أو غير المادية، لاسيما المنقولة أو غير المنقولة التي يحصل عليها بأية وسيلة كانت مباشرة أو غير مباشرة، والوثائق أو السندات القانونية أيًا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي، والتي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها، بما في ذلك على الخصوص الائتمانات المصرفية، والشيكات وشيكات السفر والحوالات والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد.

"جريمة أصلية": أية جريمة حتى ولو ارتكبت بالخارج، سمحت لمركبتها بالحصول على الأموال حسب ما ينص عليه هذا القانون.."

<sup>4</sup> د. خالد حامد مصطفى، جريمة غسل الأموال (دراسة مقارنة)، مصر، 2008، ص: 245.

<sup>5</sup> المادة 02 من القانون رقم: 0105، والمعدلة بمقتضى المادة 02 من الأمر رقم 02-12، والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها.

جدير بالملاحظة، أن الجريمة في صورتها العادية تتكون من سلوك إجرامي ونتيجة وعلاقة سببية، وكغيرها من الجرائم فإن جريمة تبييض الأموال يقوم ركنها المادي على توافر العناصر المذكورة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة تبييض الأموال.

يرى جانب من الفقه<sup>2</sup> أن جريمة تبييض الأموال جريمة عمدية، يُستلزم توافر القصد الجنائي لقيامها، وذلك لا يتأتى إلا من خلال علم<sup>3</sup> الجاني بالواقعة الإجرامية واتجاه إرادته نحو إتيانها، بينما يرى جانب آخر<sup>4</sup> إمكانية قيام جريمة تبييض الأموال سواء عن طريق القصد الجنائي أم الخطأ.

بالنسبة للمشرع الجزائري، يشترط توافر العلم بالأصل أو المصدر الجنائي غير المشروع للأموال المشمولة بعملية التبييض، سواء بالنسبة للعناصر القانونية أو الواقعية للجريمة، وسواء وقعت الجريمة تامة أو وقفت عند حد المشروع.

### المطلب الثالث: مراحل جريمة تبييض الأموال.

بالرغم من تعدد المراحل التي تمر بها عملية تبييض الأموال، إلا أن هذه المراحل ما هي إلا مجرد تقسيم أكاديمي ليس إلا<sup>5</sup>، إذ ليس من الضروري أن تمر عملية تبييض الأموال بجميع المراحل المتعاقبة، وعلى ذلك سنتعرض لمراحل تبييض الأموال في الحالات العادية بدءاً من مرحلة الإيداع (الفرع الأول)، ثم مرحلة التغطية (الفرع الثاني)، فمرحلة الدمج (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: مرحلة الإيداع.

تعد مرحلة الإيداع أو كما يسميها البعض مرحلة التوظيف أو الإحلال<sup>6</sup>، من أبرز مراحل تبييض الأموال إذ يتم فيها التخلص المادي من الأموال وذلك بإيداعها في دورات مالية بغية تمويه حقيقة مصدرها الإجرامي، لذلك تعتبر من أكثر المراحل تعرضاً لخطر الكشف من قبل

<sup>1</sup> د. مفيد نايف الدليمي، غسل الأموال في القانون الجنائي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص: 123.

<sup>2</sup> د. عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية في القانون، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1974، ص: 154.

<sup>3</sup> يقصد بالعلم كأحد عناصر الركن المعنوي نشوء علاقة بين أمر ما، وبين النشاط الذهني لشخص من الأشخاص، فتغدو هذه الواقعة عنصراً من عناصر الخبرة الذهنية التي يختزنها الشخص، حيث يستطيع الاستعانة بها في حكمه على الأشياء، وفي تحديد كيفية تصرفه إزاء الظروف المحيطة به. انظر في ذلك: د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، ط 03، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص: 49.

<sup>4</sup> د. مفيد نايف الدليمي، المرجع السابق، ص: 151.

<sup>5</sup> محمد أمين الرومي، غسل الأموال في التشريع المصري والعربي، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص: 91.

<sup>6</sup> محمد علي سويلم، التعليق على قانون غسل الأموال في ضوء الفقه والقضاء والاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص: 48.

سلطات مكافحة تبييض الأموال<sup>1</sup>. ومن أكثر الطرق المستخدمة في هذه المرحلة، تجزئة الأموال غير المشروعة وإيداعها في حسابات مصرفية، على غرار ما يقوم به تجار المخدرات في الولايات المتحدة الأمريكية عند تجزئة عوائد تجارتهم غير المشروعة إلى أقسام أقل من 10.000 دولار لكل إيداع، بغية التحايل على قانون السرية المصرفية الذي يلزم البنوك بالإبلاغ عن العمليات المالية التي تزيد قيمتها عن 10.000 دولار<sup>2</sup>، ولذلك تلعب المصارف والمؤسسات المالية دوراً هاماً في هذه المرحلة، من خلال إلزام العاملين فيها ضرورة الإخطار عن العمليات المالية المشبوهة تطبيقاً للتوصية 15 من توصيات FATF<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مرحلة التغطية.

وتسمى بمرحلة التمويه عند البعض<sup>4</sup>، كما يسميها البعض مرحلة التعنيم<sup>5</sup>، ويقصد بها إتيان الجاني لمعاملات مالية معقدة غير مشروعة باستخدام وسائل فنية متطورة وتقنيات إلكترونية حديثة، كاستخدام التحويل الإلكتروني للنقود نظراً لسرعته الفائقة في تحويل الأموال إلى بنوك خارجية، ثم القيام بمجموعة من التحويلات عبر بنوك أخرى في دول مختلفة، مما يصعب معه ملاحقة هذه الأموال وتعقب مصدرها، خصوصاً إذا ما تم تحويلها إلى بنوك تأخذ بقواعد السرية المصرفية وتنعدم فيها الرقابة على النقد الأجنبي كبنما وجزر كاين وسويسرا<sup>6</sup>. ومن الطرق التي تستخدم في عمليات تبييض الأموال في هذه المرحلة شركات الواجهة<sup>7</sup> نظراً لقيامها بدور الوسيط في تحويل عوائد الأنشطة الإجرامية إلى أموال مشروعة، من خلال تزوير المستندات لإثبات أن الأموال دخلت الشركة عن طريق صفقة تجارية<sup>8</sup>. إضافة إلى

<sup>1</sup> خالد حامد مصطفى، المرجع السابق، ص: 167.

<sup>2</sup> Robert E. Grosse, Drugs and Money Laundering, Latin America's Cocaine Dollars Praeger, Westport, CT, 2001. P: 4.

<sup>3</sup> تنص التوصية 15 من التوصيات الأربعون لمجموعة العمل الدولي المالي FATF: "في حال هناك شك لدى المصارف والمؤسسات المالية في عملية ما، يجب عليها إعلام السلطات المختصة بها ليصار إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة".

<sup>4</sup> خالد حامد مصطفى، المرجع السابق، ص: 173.

<sup>5</sup> صفوت عبد السلام عوض الله، الآثار الاقتصادية لعمليات غسل الأموال ودور البنوك في مكافحة هذه العمليات، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة التاسعة والعشرون، الكويت، ماي، 2005، ص: 44.

<sup>6</sup> صفوت عبد السلام عوض الله، نفس المرجع، ص: 45.

<sup>7</sup> شركات الواجهة هي شركات واقعية تنشأ بصورة قانونية وتمارس أنشطة تجارية مشروعة، كما تضطلع بممارسة أفعال غسل أموال غير مشروعة في الخفاء مستغلة وجودها القانوني.

انظر في ذلك: خالد حامد مصطفى، المرجع السابق، ص: 175.

<sup>8</sup> مصطفى طاهر، الواجهة التشريعية لظاهرة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مطابع الشرطة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002، ص: 11.

استخدام الشركات الوهمية<sup>1</sup> بغية إخفاء الهوية الحقيقية للجنة الذين يتلقون العوائد الإجرامية غير المشروعة<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: مرحلة الدمج.

يعد الدمج المرحلة النهائية من مراحل تبييض الأموال التي تهدف إلى إضفاء طابع الشرعية على الأموال التي يتم تبييضها، وذلك بتقديم مبرر غير قابل للجدل عن أصل الأموال<sup>3</sup>، لتبدو في نهاية الأمر وكأنها عوائد طبيعية لصفقة تجارية، بحيث يصعب فصلها عن مصدرها الأصلي غير المشروع، وتكون قد بلغت بر الأمان حيث يكون بمقدور المجرم إعادة استثمارها في أنشطة أخرى مشروعة أو غير مشروعة، وأبرز مثال لذلك حالة تواطؤ البنوك الأجنبية، حيث تصدر هذه البنوك وبتواطؤ مع مبيضي الأموال سندات شرعية تدل على قانونية الصفقة التي يقومون بها، مما يسهل عملية إخفاء المصدر الإجرامي للأموال.

### المبحث الأول: مكافحة جريمة تبييض الأموال.

تقتضي مكافحة جريمة تبييض الأموال ضرورة القيام بإجراءات احترازية مسبقة من شأنها أن تؤدي إلى تفادي القيام بجرائم تبييض الأموال عبر النظام المصرفي بالدرجة الأولى (المطلب الأول). وفي حالة قيام جرائم تبييض الأموال وجب على السلطات المصرفية وأجهزة المكافحة حينها اتباع آليات الكشف عن جرائم تبييض الأموال (المطلب الثاني)، وذلك من خلال إنشاء وحدات للتحريات المالية والالتزام بالإبلاغ عن العمليات المالية المشتبه في مشروعيتها، كما يقتضي الأمر تجريم وتشديد العقوبات المقررة لجريمة تبييض الأموال (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: آليات منع جرائم تبييض الأموال.

وسنتطرق في هذا المطلب للالتزامات المنصوص عليها في قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، والمتضمنة ضرورة توخي الحيطة والحذر كأحد أهم الالتزامات الواجب اتخاذها لمنع جرائم تبييض الأموال (الفرع الأول)، ثم للرقابة على المؤسسات المالية وحركة الأموال (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> الشركات الوهمية هي شركات صورية لا وجود لها في الواقع، وتظهر في الوثائق كمرسل إليها أو وكيلة شحن، تقوم بإخفاء هوية الأشخاص الحقيقيين الذين يتلقون الأموال غير المشروعة.

انظر في ذلك: خالد حامد مصطفى، المرجع السابق، ص: 175.

<sup>2</sup> سعيد عبد الخالق، الإقتصاد الخفي وظاهرة غسل الأموال، ندوة غسل الأموال بمركز الدراسات القانونية والإقتصادية بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، جوان 1999، ص: 44.

<sup>3</sup> محمد سامي الشوار، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص: 130.

### الفرع الأول: الإلتزام بتوخي الحيطة والحذر.

ويتضمن مبدأ توخي الحيطة والحذر وفقاً للقانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها التزام جميع المصارف والمؤسسات المالية اتخاذ الإجراءات اللازمة والوقائية التي يتعين عليها الوفاء بها، وتمثل أهم هذا الإلتزامات في ضرورة التحقق من هوية العملاء بالمستندات الرسمية وعدم الاحتفاظ بأية حسابات لشخصيات مجهولة أو بأسماء وهمية، كما يجب عليها اتخاذ الإجراءات المناسبة للحصول على معلومات كافية عن الشخصية الحقيقية للعميل الذي يطلب فتح حساب له أو تنفيذ عملية مالية لحسابه<sup>1</sup>. والإلتزام بحفظ المستندات الأمر الذي أكدته المشرع الجزائري في نص المادة 14 من القانون رقم: 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر 02-12، والتي أوجبت على البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية الأخرى، الإحتفاظ بالوثائق الآتي ذكرها وجعلها في متناول السلطات المختصة:

- الوثائق المتعلقة بهوية الزبائن وعناوينهم خلال فترة خمس سنوات على الأقل بعد غلق الحسابات أو وقف علاقة التعامل.
- الوثائق المتعلقة بالعمليات التي أجراها الزبائن خلال فترة خمس سنوات على الأقل بعد تنفيذ العملية.

كما أشارت إلى ذلك المادة رقم 08 من النظام رقم: 05-05، حيث أوجبت على البنوك والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر إضافة إلى ما سبق ذكره، إعداد إجراءات لفائدة هيئاتها العملية تحدد بموجبها المعطيات التي ينبغي الاحتفاظ بها بخصوص إثبات هوية الزبائن والعمليات الفردية والمدة القانونية والنظامية لعملية الاحتفاظ<sup>2</sup>.

ناهيك عن تطوير الممارسات والبرامج الداخلية المصرفية من خلال الاعتماد على خصائص ارتقائية في مجال السرعة التي لا تتضمن أي تأخير، والدقة الكاملة التي لا تسمح باحتمال ضئيل لحدوث الخطأ، والفاعلية التي تتضمن تحقيق كامل احتياجات ورغبات المتعاملين وطموحاتهم، من شأنه أن يؤدي بالضرورة إلى توسع المعاملات البنكية التي تحد من عمليات تبييض الأموال كاستخدام بطاقات الدفع الإلكترونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تقابلها التوصية 05 من التوصيات الأربعين لمجموعة العمل المالي الدولية FATF.

<sup>2</sup> النظام رقم: 05-05 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، ج ر العدد 26 السنة الثالثة والأربعون، المؤرخة في 23 أبريل 2006.

<sup>3</sup> محسن أحمد الخضيري، غسيل الأموال (الظاهرة، الأسباب، العلاج)، مجموعة النيل العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2003، ص: 161.

### الفرع الثاني: الرقابة على المؤسسات المالية وحركة الأموال.

وهو ما تبناه المشرع الجزائري فلقد أورد العديد من الأحكام المتعلقة بإلزامية الرقابة على المصارف والمؤسسات المالية، أهمها ما ورد في الأمر رقم: 11/03 والمتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم بمقتضى الأمر 10-04، حيث نصت المادة مائة وخمسة (105) منه على ضرورة إنشاء لجنة مصرفية<sup>1</sup>، تكلف بمراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، بناءً على الوثائق وفي عين المكان، وفي هذا الصدد يُخول لها أن تطلب من البنوك والمؤسسات المالية جميع المعلومات والإيضاحات والإثباتات اللازمة لممارسة مهمتها، ولا يُحتج بالسر المهني إزاءها.

### المطلب الثاني: آليات كشف جرائم تبييض الأموال.

تختلف آليات كشف جرائم تبييض الأموال على حسب جسامة الجريمة من جهة، وعلى حسب الوسائل والآليات المعتمدة من قبل أجهزة المكافحة من جهة أخرى، لذلك تعتمد غالبية الدول أسلوب إنشاء هيئة خاصة لمكافحة الظاهرة (الفرع الأول)، وتفرض ضرورة إبلاغ المؤسسات المالية عن العمليات المشبوهة كذلك (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الإلتزام بإنشاء وحدة للتحريات المالية.

تعدد مفاهيم وحدات التحريات المالية وذلك باختلاف الوظائف الممنوحة لها والنموذج المعمول به في كل دولة من دول العالم. وحسب ما ورد في مجموعة إجمونت Egmont Group في نوفمبر 1996 فإن وحدة التحريات المالية تعتبر: "وحدة مركزية وطنية تقوم بتلقي وتحليل وتوزيع المعلومات المالية على السلطات المختصة بهدف مكافحة تبييض الأموال أو تمويل الإرهاب، سواء أكانت هذه المعلومات متعلقة بالمتحصلات المشتبه في كونها ناجمة عن الجرائم، أو كانت هذه المعلومات مطلوبة بموجب القوانين والتشريعات الوطنية لمكافحة الجرائم"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> تتكون اللجنة المصرفية من:

- محافظ بنك الجزائر رئيساً،

- ثلاثة (03) أعضاء يختارون بحكم كفاءتهم في المجال المصرفي والمالي والحاسبي.

- قاضيين (02) ينتدبان من المحكمة العليا، يختارهما الرئيس الأول لهذه المحكمة بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء،

يعين رئيس الجمهورية أعضاء اللجنة لمدة خمس (05) سنوات، وتزود بأمانة عامة يحدد مجلس إدارة البنك صلاحياتها وكيفية تنظيمها وعملها بناءً على اقتراح من اللجنة، وتتخذ قراراتها بالأغلبية وفي حالة تساوي الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.

راجع المادتين 106 و107 من الأمر رقم: 11/03 المؤرخ في: 26 غشت 2003، ج ر العدد 52 والمؤرخة في: 27 غشت 2003 والمتعلق بالنقد والقرض.

<sup>2</sup> مجموعة إجمونت Egmont Group منظمة غير رسمية تضم وحدات التحريات المالية، سميت باسم المكان الذي عقدت فيه أول اجتماع لها وذلك في قصر إجمونت أرينبيرغ في بروكسل، هدف هذه المجموعة هو إتاحة منتدى لوحدات التحريات المالية لتحسين مساندة برامج مكافحة غسل الأموال.

أنظر في ذلك: عادل أحمد جابر السيو، المسؤولية الجنائية عن جريمة غسل الأموال في التشريع المصري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص: 653.

يناط بوحدات التحريات المالية مجموعة من المهام الأساسية التي تتوافق مع المفاهيم والأسس التي تقوم عليها مجموعة العمل المالي الدولية FATF في توصياتها الأربعين، أهم هذه الوظائف تتمثل في:

- تلقي الإخطارات والبلاغات الخاصة بعمليات تبييض الأموال المشتبه فيها،
- تحليل البيانات الواردة في هذه البلاغات والإخطارات،
- تبادل المعلومات مع الأجهزة الأمنية وسلطات الرقابة الأخرى،
- تبادل المعلومات ذات الطابع الدولي مع السلطات المعنية.

ونظراً للدور الهام الذي تقوم به وحدات التحريات المالية في جمع المعلومات عن العمليات المالية المشتبه فيها، ونظراً لكونها تمثل المورد الرئيسي الذي يقوم بإمداد جهات إنفاذ القانون بما تحتاجه من معلومات بخصوص هذه العمليات فإنه يتعين أن يتوافر فيها مجموعة من الشروط حتى تستطيع القيام بالدور المنوط بها على أحسن وجه تتمثل في<sup>1</sup>:

- منطبق الكفاءة والتخصص في اختيار الموظفين.
- مبدأ السرية في عمل وحدات التحريات المالية.
- مبدأ التخصص في عمل وحدات التحريات المالية.
- الإستقلالية والمساءلة.

وتعتبر خلية معالجة الإستعلام المالي في الجزائر بمثابة الهيئة الرئيسية المكلفة بمكافحة جرائم تبييض الأموال، وهي مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي<sup>2</sup>، يقع مقرها بمدينة الجزائر العاصمة<sup>3</sup>. تعتبر من أبرز الجهات المكلفة بمكافحة جرائم تبييض الأموال في الجزائر، أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 02-127 المؤرخ في 07 أفريل 2002، تتكون من ستة (06) أعضاء من بينهم الرئيس يُختارون بسبب كفاءتهم في المجالين القانوني والمالي<sup>4</sup>. يدير الخلية مجلس ويسيرها أمين عام<sup>5</sup>. يعين رئيس المجلس وأعضاؤه

<sup>1</sup> The Egmont Group, Principles of Information Exchange between Financial Intelligence Units for Money Laundering Cases (June 13, 2001), Principle 07.

نقلاً عن: عادل محمد أحمد جابر السيوي، المرجع السابق، ص: 665.

<sup>2</sup> المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 02-127 المؤرخ في 07 أفريل 2002، والمتضمن إنشاء خلية معالجة الإستعلام المالي وتنظيمها وعملها.

<sup>3</sup> المادة الثالثة من نفس المرسوم التنفيذي.

<sup>4</sup> المادة العاشرة (10) الفقرة الأولى من نفس المرسوم.

<sup>5</sup> المادة التاسعة (09) لنفس المرسوم.

بموجب مرسوم رئاسي لمدة أربع (04) سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ويتخذ المجلس قراراته بالإجماع<sup>1</sup>.

وتمارس خلية معالجة الإستعلام المالي مجموعة من الصلاحيات تتعلق بمكافحة تمويل الإرهاب وتبييض الأموال، وتمثل على وجه الخصوص في تسلم تصريحات الاشتباه المتعلقة بكل عمليات تمويل الإرهاب وتبييض الأموال المرسلّة إليها من قبل الهيئات والأشخاص المحددون قانوناً<sup>2</sup>. ثم تقوم بمعالجتها بكل الوسائل والطرق المناسبة، وعند الاقتضاء تقوم بإرسال الملف المتعلق بذلك لوكيل الجمهورية المختص إقليمياً في حالة ما إذا كانت الواقعة قابلة للمتابعة الجزائية.

وعلى صعيد آخر بإمكان خلية معالجة الاستعلام المالي اقتراح النصوص التشريعية أو التنظيمية التي يكون موضوعها مكافحة تمويل الإرهاب وتبييض الأموال، وتضع الإجراءات الضرورية اللازمة للوقاية من هذه الجرائم<sup>3</sup>. كما يمكن لها طلب أية وثيقة أو معلومة ضرورية لإجراز المهام المسندة إليها من الهيئات والأشخاص الخاضعون قانوناً للإلتزام بالإخطار بالشبهة. كما لها حق تبادل المعلومات مع الهيئات الأجنبية المعنية بمكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب في إطار المعاملة بالمثل<sup>4</sup>.

#### الفرع الثاني: الإبلاغ عن العمليات المشبوهة.

الإبلاغ هو الإيصال، والاسم منه البلاغ، من بَلَّغ الشيء يبلغ بلوغاً وبلاغاً، وصل وانتهى، وأبْلَغَهُ هو إبلاغاً، وبلَّغهُ تبييغاً، وتَبَلَّغَ بالشيء وصل إلى مراده<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المادة العاشرة (10) الفقرة الثانية من نفس المرسوم.

<sup>2</sup> نصت المادة 19 من القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها على أن: "يخضع لواجب الإخطار بالشبهة:

- البنوك والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى وشركات التأمين ومكاتب الصرف والتعاضديات والرهانات والألعاب والكازينوهات.

- كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم في إطار مهنته بالإستشارة و/أو إجراء عمليات إيداع أو مبادلات أو توظيفات أو تحويلات أو أية حركة لرؤوس الأموال لا سيما على مستوى المهن الحرة المنظمة وخصوصاً مهن المحامين ومحافظي البيع بالمزايدة وخبراء المحاسبة ومحافظي الحسابات والسماصرة والوكلاء الجمركيين وأعوان الصرف والوسطاء في عمليات البورصة والأعوان العقاريين ومؤسسات الفوترة وكذا تجار الأحجار الكريمة والمعادن الثمينة والأشياء الأثرية والتحف الفنية".

<sup>3</sup> لعشيب علي، الإطار القانوني لمكافحة غسل الأموال، المرجع السابق، ص: 69.

<sup>4</sup> المادة الثامنة (08) من المرسوم التنفيذي رقم: 02-127 المؤرخ في 07 أبريل 2002، والمتضمن إنشاء خلية معالجة الإستعلام المالي وتنظيمها وعملها.

<sup>5</sup> ابن منظور، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، 1968، ج8، ص: 419.

أما في الفقه القانوني فيقصد بالإبلاغ إفصاح البنوك وغيرها من المؤسسات المالية التي حددها القانون عما يكون لديها من معلومات متعلقة بعملية مالية يبدو من قيمتها أو الظروف التي تتم فيها بأنها متعلقة بتبييض أموال غير مشروعة<sup>1</sup>.

وقد أولت الوثائق الدولية اهتماماً بالغاً بواجب الإبلاغ من خلال تحديدها للجهات التي يقع على عاتقها هذا الالتزام، والآثار القانونية المترتبة عنه، فأوصت FATF ضرورة الإخطار عن المعاملات المالية المشتبه فيها، فنصت التوصية الرابعة عشر (14) على أن تعني المؤسسات المالية انتباه خاص لجميع الصفقات غير العادية الخاصة بالعمليات التجارية والتي لا يكون لها غرض اقتصادي واضح.

وفي الجزائر فلقد أعطى قانون محاربة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها لخلية معالجة الاستعلام المالي صلاحية تلقي الإخطارات من المصارف والمؤسسات المالية وسائر الجهات التي خولها القانون ذلك بمقتضى المادة التاسعة عشر (19) من قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها<sup>2</sup>، كما تقوم بمعالجة وتحليل المعلومات المتضمنة في هذه الإخطارات بغية اكتشاف مصدر الأموال التي تقوم الشبهة بشأنها أو الطبيعة الحقيقية للعمليات موضوع الإخطار<sup>3</sup>.

### المطلب الثالث: جريم نشاط تبييض الأموال.

ونتطرق في هذا المطلب للعقوبات المقررة للشخص الطبيعي (الفرع الأول)، ثم المقررة للشخص المعنوي (الفرع الثاني)، ثم نتطرق بعد ذلك للظروف المشددة والمخفضة في جريمة تبييض الأموال (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: العقوبات المقررة للشخص الطبيعي.

نبدأ بالعقوبات السالبة للحرية (أولاً)، ثم نتطرق للعقوبات المالية بعد ذلك (ثانياً).

<sup>1</sup> عزت محمد العمري، المرجع السابق، ص: 297.

<sup>2</sup> هذه الجهات حسب ما ورد في المادة 19 من القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها هي: - البنوك والمؤسسات المالية والمصالح المالية لبريد الجزائر والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى وشركات التأمين ومكاتب الصرف والتعاضديات والرهانات والألعاب والكارينوهات.

- كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم في إطار مهنته بالإستشارة و/أو بإجراء عمليات إيداع أو مبادلات أو توظيفات أو تحويلات أو أية حركة لرؤوس الأموال لا سيما على مستوى المهن الحرة المنظمة وخصوصاً مهن المحامين ومحافظي البيع بالمرابحة وخبراء المحاسبة ومحافظي الحسابات والسماسرة والوكلاء الجمركيين وأعوان الصرف والوسطاء في عمليات البورصة والأعوان العقاريين ومؤسسات الفوترة وكذا تجار الأحجار الكريمة والمعادن الثمينة والأشياء الأثرية والتحف الفنية.

<sup>3</sup> عباد عبد العزيز، تبييض الأموال والقوانين والإجراءات المتعلقة بالوقاية منها ومكافحتها في الجزائر، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص:

### أولاً: العقوبات السالبة للحرية.

يُميّز المشرع الجزائري بين جريمة تبييض الأموال في صورتها البسيطة والمشددة، لكن في كلتا الحالتين يعتبرها جنحةً معاقباً عليها بالحبس من خمس إلى عشر سنوات<sup>1</sup>. كما سَوَّى بين الجريمة التامة والشروع فيها في المادة 389 مكرر 3. أما في حالة اقتران الجريمة بظرف مُشَدَّد فترتفع العقوبة السالبة للحرية بالحبس من عشرة (10) إلى خمسة عشر (15) سنة وفقاً للمادة 389 مكرر 02 من قانون العقوبات.

### ثانياً: العقوبات المالية.

حددت الغرامة المقررة لمرتكبي جرائم تبييض الأموال من 1.000.000 إلى 3.000.000 دج<sup>2</sup>، وفي حالة اقترانها بظرف مشدد تكون قيمة الغرامة من 4.000.000 إلى 8.000.000 دج<sup>3</sup>. ومن جهة أخرى، سَوَّى المادة 389 مكرر 03 في العقاب بين الجريمة التامة ومجرد الشروع فيها.

ونلاحظ من خلال الأحكام الواردة في المادة 389 مكرر 03 أن المشرع الجزائري لم يفرق بين حالة إتمام جريمة تبييض الأموال، ومجرد الشروع فيها، وإن كنا نعيب على المشرع الجزائري عدم وضع ضابط يتم بمقتضاه تحديد الأفعال التي تعتبر شروعاً في ارتكاب جريمة تبييض الأموال، خصوصاً في ظل التداخل بين ما يعتبر اشتراكاً في الجريمة وما يعتبر شروعاً فيها.

### الفرع الثاني: العقوبات المقررة للشخص المعنوي.

أقر المشرع الجزائري المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري عن جرائم تبييض الأموال سنة 2004 بعد تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 04-15، والذي أضاف في الفصل الثالث حول الجنايات والجنح ضد الأموال القسم السادس مكرر المتعلق بتبييض الأموال<sup>4</sup>. ووفقاً لما ورد في نص المادة 389 مكرر 7 يعاقب الشخص الاعتباري المرتكب لجريمة تبييض الأموال المنصوص عليها في المادتين 389 مكرر 01 و389 مكرر 02 بالغرامة التي لا يمكن أن تقل عن أربع مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي المنصوص عليها في المادتين 389 مكرر 01 و389 مكرر 02، والمقدرة بـ 3.000.000 دج و 8.000.000 دج.

<sup>1</sup> تنص المادة 389 مكرر 01: "يعاقب كل من قام بتبييض الأموال بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات...".

<sup>2</sup> المادة 389 مكرر 01 ق ع ج

<sup>3</sup> المادة 389 مكرر 02 من نفس القانون.

<sup>4</sup> القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، المعدل والمتمم لـ: ق ع ج ج ج ع 71، مؤرخة في 10 نوفمبر 2004، ص: 08.

وعلاوة على ذلك، تتم مصادرة الممتلكات والعائدات التي تم غسلها، كما تتم مصادرة الممتلكات والمعدات التي استعملت في ارتكاب الجريمة<sup>1</sup>.  
وفي حالة ما إذا تعذر تقديم أو حجز الممتلكات محل المصادرة، تحكم الجهة القضائية بعقوبة مالية تساوي قيمة هذه الممتلكات، ويمكن للجهة القضائية كذلك أن تقضي إما بالمنع من مزاوله النشاط المهني أو الاجتماعي لمدة خمس (05) سنوات، وإما حل الشخص المعنوي<sup>2</sup>.

وعلاوة على ذلك، نصت الفقرة الثانية من المادة 34 من القانون 05-01 المعدلة بمقتضى المادة 10 من الأمر 12-02 على أن يعاقب الأشخاص المعنويون المنصوص عليهم في هذه المادة بغرامة من 10.000.000 دج إلى 50.000.000 دج دون الإخلال بعقوبات أشد.  
**الفرع الثالث: الظروف المشددة والمخففة في جريمة تبييض الأموال.**  
نبدأ بالظروف المشددة (أولاً)، ثم لحالات الإعفاء من العقاب (ثانياً).  
**أولاً: الظروف المشددة في جريمة تبييض الأموال.**

رفع المشرع الجزائري في المادة 389 مكرر<sup>2</sup> من ق ع ج عقوبة جريمة غسل الأموال بالحبس من عشر (10) إلى خمسة عشر (15) سنة والغرامة من 4.000.000 دج إلى 8.000.000 دج إذا ما ارتكبت الجريمة على سبيل الاعتیاد، أو استعملت فيها تسهيلات يوفرها نشاط مهني، إضافة إلى حالة ارتكابها في إطار إجرامي منظم.  
يتبن لنا من النص الوارد أعلاه بأن المشرع الجزائري نص على ثلاث حالات فقط يتم فيها تشديد العقوبة المقررة لجريمة غسل الأموال، أولها حالة الاعتیاد، وثانيها إذا ما استخدم في ارتكابها تسهيلات توفرها الوظيفة أو النشاط المهني الذي تمت عبر قنواته، وأخيراً إذا ما تم ارتكاب الجريمة في إطار نشاط إجرامي منظم.  
**ثانياً: الإعفاء من العقاب في جريمة تبييض الأموال.**

حدد المشرع الجزائري الأعذار القانونية التي تؤدي إلى الإعفاء من العقاب في حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى المادة 52 من قانون العقوبات، يترتب عليها مع قيام الجريمة

<sup>1</sup> المادة 389 مكرر 07 فقرة 01 .

<sup>2</sup> المادة 389 مكرر 07 فقرة 02 .

والمسؤولية، إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مُخَفَّفة<sup>1</sup>.

ونظراً لعدم إدراج هذا الإعفاء ضمن الحالات المحددة في النصوص القانونية المتعلقة بمكافحة تبييض الأموال، فإن الجاني لا يستفيد من الإعفاء وفقاً للأعذار التي حددتها المادة 52 من ق ع ج.

وبالرغم من هذه الأعذار المعفية من العقاب إلا أن المشرع الجزائري نص في حالة خاصة وردت في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، تتمثل في عدم تقادم الدعوى العمومية ولا العقوبة بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى خارج الوطن<sup>2</sup>.

وباعتبار أن جريمة تبييض الأموال منصوص عليها في المادة 42 من القانون 06-01 كجريمة من جرائم الفساد والتي نصت على أن "يعاقب على تبييض عائدات الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بنفس العقوبات المقررة في القانون الساري المفعول في هذا المجال"، ويقصد بذلك المادة 389 مكرر 7 من قانون العقوبات، ومنه فإن المادة 54 من القانون 06-01 تنطبق على جريمة تبييض العائدات الإجرامية الناتجة عن جرائم الفساد وغيرها من الجرائم المنصوص عليها في قانون الفساد، لاسيما وأن المشرع الجزائري اعتمد الأسلوب المطلق ولم يحدد الجريمة الأولية التي تكون مصدراً للأموال محل عملية التبييض.

#### المبحث الثاني: عوائق مكافحة جريمة تبييض الأموال.

غالباً ما تصطدم الجهود التي تقوم بها مختلف السلطات والأنظمة المصرفية بعوائق تحول دون المعالجة الفعالة والحقيقية لظاهرة تبييض الأموال بالرغم من الإمكانيات المادية الجبارة التي يتم تسخيرها من أجل ذلك، ولعل عقبة السرية المصرفية (المطلب الأول) تعتبر بمثابة العائق الأكبر الذي يحول دون مكافحة جريمة تبييض الأموال في ظل التكتّم عن العمليات المالية المشتبه في كونها تنطوي على جرائم تبييض الأموال، إضافة إلى عقبات أخرى (المطلب الثاني) تختلف من نظام لآخر ومن دولة لأخرى أبرزها ما يتعلق بضعف تأهيل العاملين بالقطاع المصرفي وضعف أجهزة الرقابة.

<sup>1</sup> تنص المادة 52 من ق ع ج: "الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية، إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعذاراً معفية وأما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة".

<sup>2</sup> المادة 54 من القانون رقم 06-01 السالف الذكر.

### المطلب الأول: السرية المصرفية.

السرية لغة وجمعه أسرار هو ما يكتمه المرء في نفسه<sup>1</sup>، وهو ما يُسرره الإنسان من أمر<sup>2</sup>، والسر في جوهره واقعة غير ظاهرة وغير معلومة للناس، وإفشاء السر يكون بإطلاع الغير عليه، ويقال في السر أيضاً أنه أمر يتعلق بشيء أو بشخص، وخاصيته أن يظل محجوباً عن كل أحد غير من هو مكلف قانوناً بحفظه، أما استخدامه بحيث يكون العلم به غير متجاوز عدداً من الأفراد الذين رخص لهم دون سواهم أن يعلموه أو يتناقلوه فيما بينهم فلا يؤثر على كونه سرّاً<sup>3</sup>.

ولقد عرف جانب من الفقه السرية المصرفية بأنها الواجب الملقى على عاتق المصارف بحفظ القضايا المالية والاقتصادية والشخصية المتعلقة بالزبائن وبالأشخاص الآخرين، والتي تكون قد آلت إلى علمهم أثناء ممارستهم لمهنتهم أو في معرض هذه الممارسة، مع التسليم بوجود قرينة على حفظ التكتّم لمصلحة الزبائن<sup>4</sup>.

وسنقوم بدراسة السرية المصرفية من خلال التطرق للملزمون بكتمان السر المصرفي (الفرع الأول)، ثم للاعتبارات التي تقوم عليها السرية المصرفية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الملزمون بكتمان السر المصرفي.

تُفرض السرية المصرفية غالباً على المصرف (أولاً)، لأن حرصه على حفظ السر المصرفي إنما هو لتدعيم الثقة فيه، غير أن نطاق السرية المصرفية يمتد ليشمل الزبون (ثانياً).  
أولاً. المصرف:

يعتبر المصرف بمثابة هيئة ذات طابع مالي تختص بالخدمات النقدية والمالية وتقدم خدمات متنوعة لعملائها وتحصل على عوائد هذه الخدمات من خلال العمولات وهوامش الربح<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، حرف (س)، ص: 308.

<sup>2</sup> معجم المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، ص: 328.

<sup>3</sup> محمد عبد الله الشلتاوي، سرية الحسابات بالبنوك ودورها في مكافحة جرائم غسل الأموال، مجلة الأمن العام (المجلة العربية لعلوم الشرطة)، السنة 36، يولييه 1994، ص: 38.

وقريب من هذا المعنى: محي الدين إسماعيل علي الدين، شرح قانون سرية الحسابات بالبنوك والمشاكل الناشئة عن تطبيقه، الأهرام الإقتصادي، العدد 45، نوفمبر 1991، ص: 22-23.

<sup>4</sup> نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص: 285.

<sup>5</sup> هيام الجرد، المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص: 17.

وعليه فإن واجب السرية المصرفية يقع بالدرجة الأولى على عاتق المصارف من بنوك مركزية وتجارية على حد سواء. لأن حرص البنك على حفظ السر المصرفي إنما هو لتدعيم الثقة فيه الأمر الذي يؤدي إلى ازدهار نشاطاته بزيادة عدد المتعاملين معه وكبر حجم التعامل<sup>1</sup>.

ولذلك ألزمت المادة 117 من الأمر رقم 11/03، المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم لجميع البنوك والمؤسسات المالية، وأعضاء مجلس إدارتها ومحافظي الحسابات فيها، ومسيريها وكل شخص يشارك أو شارك في رقابتها وفقاً للشروط المنصوص عليها أن يلتزم بالسر المصرفي.

### ثانياً. الزبون:

عرفت العديد من التشريعات الزبون بأنه "أي شخص لديه حساب مع المصرف"، أو الشخص الذي وافق المصرف على تحصيل حقوق لصالحه، ويشمل ذلك الأشخاص الطبيعيين والمعنويين<sup>2</sup>.

وتحرص غالبية المصارف على ألا تقوم بفتح حساب إلا بعد التأكد من شخصية طالبه ومحل إقامته، وبذلك يصبح معروفاً للمصرف فيطمئن للوفاء الحاصل له<sup>3</sup>، وهو المبدأ الذي أقرته المادة السابعة من القانون رقم 05-01، حيث نصت المادة: "يجب على البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو ربط أي علاقة عمل أخرى".

### الفرع الثاني: الاعتبارات التي تقوم عليها السرية المصرفية.

إن الاعتبارات التي تقوم عليها السرية المصرفية في القوانين الجزائرية تتمثل في التزام المصرف بالمحافظة على أسرار عملائه المعهودة إليه وعدم إفشائها. لأن ذلك يعرضه للجزاء المدنية والجزائية. وتختلف هذه الاعتبارات تبعاً لاختلاف السياسة التشريعية للدولة، والتي غالباً ما تستند إلى حماية الحرية الشخصية للفرد وحماية مصلحة المصرف في كتمان أعماله، إضافة لحماية مصلحة المجتمع.

<sup>1</sup> أبو عمر محمد عبد الودود، المسؤولية الجزائية عن إفشاء السرية المصرفية، (ب د ن)، 1999، ص: 14.

<sup>2</sup> العطير عبد القادر، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص: 101.

<sup>3</sup> حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 فبراير 1962، دالوز 1962، ص: 306. مجلة المصرف، 1963، ص: 485.

#### أ. حماية الحرية الشخصية:

بالرجوع لنص الدستور الجزائري نجد ينص في المادة 32: "الحرية الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة"، لذلك فالدستور كفل الحرية الشخصية وما يتبعها من احترام الحياة الخاصة للمواطن وصور كرامته، والإنسان بحكم طبيعته له أسرار الشخصية ومشاعره الذاتية وصلاته الخاصة، ولا يمكنه أن يتمتع بهذه الأسرار إلا في إطار مغلق يحفظها ويهيئ لها سبل البقاء.

وتقتضي حرمة الحياة الخاصة أن يكون للإنسان الحق في إضفاء السرية على مظاهرها وآثارها، لذا فإن كتمان السر المصرفي مظهر من مظاهر حماية الحرية الشخصية للأفراد بمناسبة نشاطهم الاقتصادي، وهي حماية تقوم على أسس قانونية وتمليها اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية، ذلك أن للفرد مطلق الحرية - في حدود القانون - أن يمارس نشاطه الاقتصادي المشروع وأن يحتفظ لنفسه بذمته المالية وتفصيلاتها دون أن يتعرض له أحد إلا وفق أحكام القانون.

#### ب. حماية مصلحة المصرف في كتمان أعماله:

إن ازدهار أي مصرف ونمائه يتوقف على ازدياد عدد المتعاملين معه وحركة تعاملاتهم، لذلك كان من مصلحة المصرف أن تبقى أعماله مكتومة لارتباط ذلك بمصلحة العملاء الذين يأمنونه على أسرارهم المالية، والذي يتوجب عليه أن يحافظ عليها، ليس من منطلق الحماية القانونية للسر المصرفي فحسب، بل من منطلق الحرص على مصلحته في تدعيم الثقة فيه. أضف إلى ذلك أن ممارسة أي مهنة تقوم على جانبين: جانب مادي هو الأفعال التي يقوم بها صاحب المهنة، وجانب معنوي هو أخلاقيات المهنة، والتي يقصد بها مجموعة الواجبات الأدبية والإنسانية التي تمليها المهنة على المشتغلين بها، وبعض هذه الواجبات الأدبية تصبح من سلوكيات وآداب المهنة الثابتة، فمخالفة هذه الواجبات تؤدي لقيام المسؤولية التي قد تتحقق أحياناً حتى دون إلحاق الضرر بالآخرين<sup>1</sup>، أما البعض الآخر فيكتسب حماية القانون الذي يضيف عليها إلزام قانوني كعدم إفشاء السر المصرفي، لأن المصرف يعتبر مؤتمناً على أساس الثقة المفترضة فيه، ومن ثم يتعين عليه أن لا يخون هذه الثقة.

<sup>1</sup> عز الدين الدناصوري، وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الفنية للتجليد الفني، الإسكندرية، 2000، ص: 05.

### ج. المصلحة العامة:

في الواقع يصعب إعطاء تعريف دقيق وواضح للمصلحة العامة، لكونها فكرة تختلف باختلاف الزمن وتتغير بتغير الظروف. لذلك تعد من أهم الاعتبارات التي تكمن خلف التزام المصارف بسر المهنة، فالفرد جزء من الجماعة، وبمراعاة مصلحة الجماعة تتحقق مصلحة الفرد.

إضافة إلى أن كتمان السر المصرفي يؤثر إيجابيا على الاقتصاد الوطني بما يوفره من ثقة ودعم الائتمان الوطني، وبالتالي في المصارف الوطنية، الأمر الذي يؤدي لازدياد التعامل معها وإيداع الأموال بها في ذلك جذب رؤوس الأموال الأجنبية واستقرارها في البلد، ونظراً لكون عملية جذب رؤوس الأموال تلعب دوراً كبيراً في دعم عجلة الاقتصاد الوطني وازدهار النشاط الاقتصادي والرخاء الاجتماعي، فإن ذلك يعود بالنفع والفائدة على المجتمع ككل.

### المطلب الثاني: معوقات أخرى في مجال مكافحة جريمة تبييض الأموال.

تتعدد معوقات مكافحة جرائم تبييض الأموال وتختلف من دولة لأخرى بحسب طبيعة النظام المصرفي لديها، لذا سنقتصر على أهم معوقات مكافحة تبييض الأموال والتي غالباً ما تنحصر في ضعف أجهزة الرقابة (الفرع الأول)، وكذا عدم وجود عدم وجود برنامج تدريبي للعاملين بالقطاع المصرفي والمالي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: ضعف أجهزة الرقابة.

نصت الفقرة التاسعة من المادة 12 من اتفاقية فينا لسنة 1988 على ضرورة إنشاء نظام لمراقبة التجارة الدولية تسهيلاً لكشف الصفقات المشبوهة، ومن ثم إبلاغ السلطات المختصة عن هذه الصفقات من أجل القيام بالملاحقة والتحري والتحقيق<sup>1</sup>. ومن أجل ذلك قامت الدول المهتمة بمكافحة عمليات تبييض الأموال بإنشاء أجهزة متخصصة أبرزها نذكر هيئة إدارة خدمة الدخول المحلية في الولايات المتحدة الأمريكية Internal Revenue Services وهيئة Trac Fin في فرنسا، وخليّة معالجة الإستعلام المالي في الجزائر.

وبالرغم من ذلك فإن هذه الأجهزة تعاني من عدة نقائص تحد من فعاليتها خاصة ما يتعلق بتنوع القوانين المنظمة لها والغموض الذي يشوب المهام الموكلة لها، ومحدودية الصلاحيات المنوطة بها، وضعف التمويل المخصص لها. لذلك لا بد من الإستفادة من خبرة عدد من الهيئات والمصارف ذات السبق في هذا المجال وتعزيز أنظمة المراقبة وتفعيل أدوارها

<sup>1</sup> نبيه صالح، المرجع السابق، ص: 111.

والعمل على إيجاد آلية تنسيق وتعاون دولي وتوسيع دائرة الصلاحيات المنوطة بها بغية مكافحة الفعالة لظاهرة تبييض الأموال.

### الفرع الثاني: عدم وجود برنامج تدريبي للعاملين بالقطاع المصرفي والمالي.

بغية أداء أجهزة الرقابة لأدائها على أكمل وجه، لا بد من وجود نظام معلوماتية متطور يساعدها في الحصول على المعلومات وتحليلها للوصول إلى الهدف المنشود وهو مكافحة جريمة تبييض الأموال، حيث نجد أن غالبية الدول ما تزال غير قادرة على ضبط كل عمليات تبييض الأموال بما في ذلك الدول التي أنشأت أحدث أنظمة الرقابة على التحويلات المالية<sup>1</sup> ويرجع السبب وراء ذلك لعدم وجود نظام معلوماتية متطور يسمح بالتحقق من مصدر الأموال بشكل سري وسريع<sup>2</sup>.

تعاني عديد الأنظمة المصرفية في مختلف الدول من انعدام الخبرة لدى العاملين بالقطاع المصرفي والمالي خصوصاً في مجال الكشف عن جرائم تبييض الأموال، وهو ما يشكل عقبة حقيقية في مواجهة هذه الظاهرة، الأمر الذي يسمح لأصحاب الأموال المشبوهة من إجراء عمليات تبييض أموال بكل يسر وسهولة نظراً للقصور العلمي والعملي وضعف قدرات الموظفين في التعرف على الصفقات التي يقوم بها أصحاب الأموال غير المشروعة<sup>3</sup>. ولذلك يجب تدريب وتنمية قدرات العاملين والموظفين بالقطاع المصرفي والمالي بطرق تمكنهم من التعرف على العمليات المالية المشبوهة، ومن ثم تسهيل عمليات مكافحة جرائم تبييض الأموال.

ولا يقتصر الأمر على العقوبات المذكورة أعلاه، بل هناك عقبات أخرى مختلفة تقف في وجه مكافحة الفعالة لجرائم تبييض الأموال، كتداخل صلاحيات أجهزة الرقابة سواء المصرفية أو المالية أو القضائية أو الجمركية، مما يؤدي لضالة فعاليتها، أضف إلى ذلك اختلاف التشريعات بين الدول، فما يعتب جريمة في دولة ما قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى ويتبعه نفس الحكم بالنسبة لعوائد الجريمة أو الفعل. يضاف إلى هذه العقبات كذلك ضعف التنسيق الدولي في مجال مكافحة جرائم تبييض الأموال، إضافة إلى التطور الإلكتروني الهائل والذي أفرز طرقاً مستحدثة في مجال تبييض الأموال. خصوصاً مع تنامي ظاهرة اختراق الحواسيب

<sup>1</sup> تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا من أبرز الدول التي أنشأت أنظمة الرقابة على التحويلات المالية.

أنظر في ذلك: نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص: 307.

<sup>2</sup> خالد حمد محمد الحمادي، غسيل الأموال في ضوء الإجماع المنظم، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002، ص: 406.

<sup>3</sup> نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص: 312.

المصرفية والمالية بحيث لم تستطع هيئات مكافحة مواكبة هذا التطور، ما صعب من مهام هذه الهيئات.

لذلك وجب إنشاء هيئات تستخدم تقنيات متطورة للرقابة على التحويلات المالية وربط الوكالات ومحلات الصرافة وسائر المؤسسات المصرفية والمالية بهيئة مركزية إلكترونياً يتم من خلالها إخطار هذه الهيئة بجميع العمليات المالية المشبوهة بطريقة إلكترونية.

#### الخاتمة:

تشكل عمليات تبييض الأموال معضلة حقيقية تزداد خطورتها من وقت لآخر نظراً لاتساع نطاقها الإقليمي من جهة، ونظراً لازدياد حجم الأموال التي يتم تبييضها من جهة أخرى، الأمر الذي يترتب عنه اختلالاً في البنية الإجتماعية، ناهيك عن زعزعة السوق المالية والإسهام في خفض العملة المحلية، وغيرها من الإختلالات الأخرى.

ولئن كانت جرائم تبييض الأموال التي تتم من خلال الأنظمة المصرفية هي ظاهرة قديمة، إلا أن الجديد فيها هو تطور أساليبها نظراً للتطور التكنولوجي الهائل، والذي ساعد وبشكل كبير في زيادة جرائم تبييض الأموال بشكل أدى إلى عجز أجهزة المكافحة على التخفيف من حدة هذه الجرائم، خصوصاً في ظل الأخذ بمبدأ السرية المصرفية التي تفرض على المصارف والمؤسسات المالية ضرورة التكتّم عن العمليات التي يجريها الزبائن حفاظاً على الثقة المتبادلة بينها وبين الزبون، أضف إلى ذلك ضعف تأهيل العاملين بالقطاع البنكي والمالي مما يعرقل آليات مكافحة جرائم تبييض الأموال.

ومن أجل ذلك، ومن خلال هذه الدراسة المقتضبة توصلنا للنتائج التالية:

- تباين تشريعات مكافحة جريمة تبييض الأموال أدى إلى تباين جهود مكافحة هذه الجريمة من دولة لأخرى.
- ضعف الرقابة على المنافذ المالية في الجزائر، وعدم استقرار السياسة النقدية، عوامل تؤدي إلى زيادة حدة عمليات تبييض الأموال.
- عدم وجود مكاتب صرف رسمية في الجزائر، أدى إلى تنامي جرائم تبييض الأموال المرتكبة عبر منافذ الصرف الغير شرعية في الجزائر.
- تساهم أنظمة التحويل ووسائل الدفع الإلكترونية في الجزائر في زيادة عمليات تبييض الأموال، خاصة في ظل القصور التشريعي المنظم للتعامل بهذه الوسائل.

- إن محاولة البنوك التستر على العمليات المصرفية لزيائنها بحجة السرية المصرفية يساهم وبشكل كبير في ازدياد ارتكاب جرائم تبييض الأموال.
- ضعف الجزاءات الجنائية التي أقرها المشرع الجزائري في القانون رقم 05-01 المعدل والمتمم، يساهم في ازدياد ارتكاب جرائم تبييض الأموال كذلك.
- تزداد عمليات تبييض الأموال عبر البنوك نتيجة لضعف تأهيل العاملين بالقطاع البنكي وعدم إلمامهم بالآليات التشريعية الخاصة بمكافحة هذه الجريمة.
- ومن خلال هذه النتائج، ارتأينا تقديم مجموعة من التوصيات، والتي من شأنها التخفيف من حدة وجسامة تأثيرات جرائم تبييض الأموال، تتمثل في:
  - إعادة النظر في التشريعات والتنظيمات التي تحكم الشركات التجارية في الجزائر بغية التحقق من الوجود الفعلي للشركات، والنشاط الذي تقوم به، والتأكد من أنه مطابق لما تم التصريح به للشركة بموجب عقد تأسيسها.
  - ضرورة تشديد الرقابة على المنافذ المالية، إضافة إلى المحافظة على استقرار السياسة النقدية، وفي نفس الوقت فرض رقابة على مختلف المصارف والمؤسسات المالية.
  - وضع آليات لمراقبة الأموال غير المشروعة، بما فيها تلك التي يمكن أن تمر من خلال أماكن الصرف المسموح بها قانوناً بغية الحد من تنامي السوق السوداء للعمليات الأجنبية في الجزائر.
  - إخضاع التعامل بالبطاقات وأنظمة التحويل ووسائل الدفع الإلكترونية إلى رقابة خاصة بغية تتبع أصول الأموال ذات المصدر الإجرامي.
  - محاولة التخفيف من حدة سرية الحسابات المصرفية للتوفيق بينها وبين سبل مكافحة جريمة تبييض الأموال.
  - تجريم تبييض الأموال بنص خاص من شأنه أن يحسم كل خلاف قد ينشأ نتيجة لتفسير النصوص الجنائية التقليدية، وتقرير جزاءات جنائية أكثر تفرداً لهذه الجريمة.
- إقامة دورات تكوينية تأهيلية بصفة دورية للعاملين بالقطاع المصرفي والمالي

## العوامل الموضوعية و المؤسساتية المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة

بولقواس ابتسام باحثة دكتوراه. جامعة باتنة  
أستاذة بجامعة خنشلة

### ملخص:

يبر تشكيل المجالس المنتخبة مجموعة من المراحل التي لها تأثير كبير وبارز عليها سواء تعلق الأمر بتحديد الدوائر الانتخابية أو الحملة الانتخابية. هذا كما تؤثر الهيئة المكلفة بإدارة العملية الانتخابية في تشكيلها عندما لا تلتزم بمبدأ الحياد المتطلب منها قانونا. وكذا الأحزاب السياسية عندما لا تختار مرشحيها بناء على معايير وأسس موضوعية متعلقة أساسا بالكفاءة و الخبرة.

ويترتب على هذا التأثير سواء الموضوعي منه أو المؤسساتي أن تكون هاته المجالس المنتخبة غير معبرة حقيقة عن رأي وإرادة الشعب. كما أنها قد تؤدي إلى الحيلولة دون اكتساب أكفاء الأشخاص العضوية فيها.

وتأتي دراستنا هاته من اجل بيان ودراسة هاته العوامل المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة سواء الموضوعية منها أو المؤسساتية وذلك بشيء من التفصيل.

### Abstract :

The formation of the elected councils passes by a set of stages that have a significant and prominent impact on it, whether in the determination of the electoral districts or the electoral campaign, in the same time the organism responsible on the management of the electoral process impacts their formation when they do not adhere to the neutrality principle that is required legally, as well as the political parties when they do not choose their candidates depending on an objective criteria and basis that are mainly related to competence and experience.

The consequences of this influence, whether the substantive or the institutional one, are that these elected councils do not represent in fact the opinion and the will of the people, as it may lead competent persons not to acquire a membership.

Our study comes to show and to study these factors affecting the formation of the elected councils, both of which, the substantive or the institutional ones, with some detail.

### مقدمة

لقد عرفت الديمقراطية على أنها ممارسة سياسية تقوم على المشاركة الواسعة من خلال مؤسسات الدولة. ولقد كانت هذه المشاركة مطلبا شعبيا تجسد في مختلف المؤسسات خاصة المنتخبة منها ( المحلية أو النيابية ) . ذلك أن هذه الهيئات المنتخبة تمثل الشعوب و تنوب عنهم في اتخاذ قراراتهم لتعذر تولى الشعوب لهذا الأمر بطريقة مباشرة.

ومن هذا المنطلق احتلت الهيئات المنتخبة مكانة متميزة في النظام السياسي والدستوري لكل دولة. إذ أنها مقياس الديمقراطية الحقيقية في مختلف الدول ومصدر قوة النظام القانوني فيها. وحتى تحافظ هذه الهيئات المنتخبة على هاته المكانة في النظام السياسي فإنه لا بد وان يتم إيلاء أهمية خاصة لها. لا سيما فيما يتعلق بكيفية انتخاب

أعضائها و الشروط الواجب توافرها فيهم، وصولاً لبيان مهامها وصلاحياتها و الرقابة التي تتم مباشرتها عليها وعلى أعمالها.

وعلى اعتبار أن العنصر البشري في هاته المجالس المنتخبة هو أساس هذه المجالس ومفتاح نجاحها في أدائها لمهامها ووظائفها على أكمل وجه، فإن الواقع العملي قد اثبت أن هناك عوامل موضوعية وأخرى مؤسساتية تحول دون اكتساب أكفاء الأشخاص العضوية فيها وهذا على الرغم من توافرهم على مختلف الشروط المطلوبة قانوناً لاكتساب العضوية فيها، وهو الأمر الذي يؤثر لا محالة على أدائها لمهامها على أكمل وجه فيما بعد؟ فيا ترى ما هي أهم هاته

### العوامل الموضوعية و المؤسساتية التي تؤثر على تشكيل المجالس المنتخبة؟

للإجابة عن هاته الإشكالية سنوزع دراستنا لهذا الموضوع إلى قسمين تخصص القسم الأول لبيان العوامل الموضوعية المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة، بينما تخصص القسم الثاني لبيان العوامل المؤسساتية المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة.

### أولاً : العوامل الموضوعية المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة

تتنوع العوامل الموضوعية التي تؤثر في تشكيل المجالس المنتخبة ولكن وعلى الرغم من هذا التنوع و التعدد إلا أنه يمكننا حصرها في أربع عوامل رئيسية أساسية ألا وهي النظام الانتخابي- طريقة تقسيم الدوائر الانتخابية - الحملة الانتخابية و أخيراً النسبة الاقصائية.

### 1 - النظام الانتخابي كعامل مؤثر في تشكيل المجالس المنتخبة

يعتبر النظام الانتخابي الذي تنتهجه الدولة من ابرز العوامل الموضوعية المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة، ويقصد بالنظام الانتخابي ذلكم النظام الذي يعمل على ترجمة الأصوات التي يتم الإدلاء بها في الانتخابات إلى مقاعد يفوز بها المرشحون أو الأحزاب السياسية المشاركون في الانتخابات<sup>1</sup>. هذا كما يقصد به أيضاً مجموعة القواعد القانونية التي تنظم وتحكم المسار الانتخابي في مختلف أوجهه.

وتنوع الأنظمة الانتخابية تنوعاً كبيراً فمن حيث طريقة اختيار المرشحين يوجد لدينا نظام الانتخاب المباشر و نظام الانتخاب غير المباشر<sup>2</sup>، ومن حيث طريقة عرض المرشحين على

<sup>1</sup> انظر في هذا الصدد كلا من: - اندرو رينولدز راي، واندرو اليس، أنواع النظم الانتخابية، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، أبريل، مؤسسة موكرياني للبحوث و النشر، 2007، ص 13.

- أسامة كامل، الأنظمة الانتخابية و الكوتا، اقتراح بمشروع قانون لمباشرة الحقوق السياسية على ضوء التعديلات الدستورية، الطبعة الأولى، القاهرة، مركز البحوث و الدراسات السياسية جامعة القاهرة، المجموعة المتحدة محامون ومستشارون قانونيون واقتصاديون، 2008، ص 87.

<sup>2</sup> يقصد بنظام الانتخاب المباشر ذلكم النظام الذي يقوم من خلاله الناخبون بإظهار إرادتهم لانتخاب المرشحين بشكل مباشر ودون الحاجة لوسيط (انظر - حسن محمد هند، مناظرات انتخابات البرلمان وشروط الترشيح لعضوية مجلسي الشعب و الشورى (دراسة مقارنة)، دون بلد الطبع، دار الكتب القانونية، 2006، ص 25.

الناخبين يوجد لدينا نظام الانتخاب الفردي ونظام الانتخاب بالقائمة<sup>1</sup>، ومن حيث طريقة تحديد المرشحين الفائزين في المعركة الانتخابية يوجد لدينا نظام الانتخاب بالأغلبية<sup>2</sup> و نظام التمثيل النسبي<sup>3</sup>.

وعلى اعتبار أن مختلف هاته النظم الانتخابية لها تأثير لا يمكننا إغفاله على تشكيل المجالس المنتخبة\* إلا أننا سنكتفي فقط ببيان أثار كل من نظامي الانتخاب بالأغلبية و نظام التمثيل النسبي على تشكيل المجالس المنتخبة.

---

كما يقصد بنظام الانتخاب غير المباشر ذلكم النوع من الأنظمة الانتخابية الذي يقتصر فيه دور جمهور الناخبين على مجرد انتخاب مندوبين عنهم ليتولوا مهمة اختيار النواب الأمر الذي يجعل من عملية الانتخاب تتم على أكثر من درجة واحدة (انظر محسن خليل، النظم السياسية و القانون الدستوري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دون بلد الطبع، دار النهضة العربية، 1966 / 1967، ص230)

<sup>1</sup> - يقصد بنظام الانتخاب الفردي ذلكم النظام الذي يقوم من خلاله الناخبون في كل دائرة انتخابية بانتخاب نائب واحد من بين المرشحين لكي يتولى مهمة تمثيلهم، و يتم تقسيم الدولة في ظلله إلى دوائر انتخابية صغيرة بقدر عدد النواب المراد انتخابهم) انظر عبد الله خليل، دليل مراقبة الانتخابات، تونس، المعهد العربي لحقوق الإنسان، 2003، ص14

يقصد بنظام الانتخاب بالقائمة ذلكم النظام الذي يتولى فيه الناخبون على مستوى كل دائرة انتخابية انتخاب قائمة تضم عدة مرشحين بقدر العدد المقرر لكل دائرة انتخابية ليكونوا نوابا عنهم في الهيئة النيابية وعليه ووفقا لهذا النظام الانتخابي يتم تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية كبيرة تتولى كل واحدة منها و بواسطة ناخبها القيام بانتخاب عدد من النواب يتناسب مع عدد السكان.

<sup>2</sup> عرف نظام الانتخاب بالأغلبية بأنه ذلكم النظام الذي بمقتضاه ينجح المترشح أو القائمة الانتخابية التي تحصل على أكثرية الأصوات الصحيحة المشتركة في الانتخاب ( انظر الطاهر خويضر، (قيادة المجالس الشعبية البلدية و إشكالية المادة 48 من قانون البلدية)، مجلة الفكر البرلماني، العدد 23، الجزائر، مجلس الأمة، 2009، ص74)

<sup>3</sup> عرف نظام التمثيل النسبي بأنه ذلكم النظام الذي يقوم على توزيع المقاعد بحسب نسبة الأصوات التي تحصل عليها كل قائمة انتخابية بالنسبة للانتخابات التشريعية و المحلية دون الرئاسية.

\* فنظام الانتخاب المباشر وعلى الرغم من انه يمنح الناخبين الحق في اختيار ممثليهم الذين يرغبون في تمثيلهم وتلبية احتياجاتهم مباشرة دون أن تكون هناك حاجة لقيام الغير بهذا الأمر نيابة عنهم، إلا انه في الوقت ذاته قد اثر بصورة سلبية على تشكيل هاته المجالس، ذلك أن الناخبين في ظلله غير مؤهلين دائما لاختيار أفضل المرشحين لتمثيلهم في المجالس النيابية وهذا بالنظر لعدم معرفتهم بهم الأمر الذي يدفعهم للتصويت لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط المناسبة لشغل هاته الوظائف و بالتالي المساهمة بطريقة مباشرة في عجز هاته المجالس عن أدائها لأدوارها على أكمل وجه. (انظر في هذا الصدد : - إبراهيم عبد العزيز شحيا، الأنظمة السياسية، بيروت، الدار الجامعية، 1982، ص166).

أما نظام الانتخاب غير المباشر وعلى الرغم من كونه يقوم أساسا على جعل عملية انتخاب أعضاء المجالس النيابية في أيدي عدد محدود من المندوبين الذين يتمتعون بالقدرة على اختيار أصلح المرشحين بالنظر لما يتمتعون به من كفاءة وخبرة ومسؤولية مقارنة بناخبي الدرجة الأولى، إلا انه في الوقت ذاته قد اثر سلبا على تشكيل هاته المجالس وذلك بالنظر لكونه قد أدى إلى التزام ناخبي الدرجة الثانية بسياسات الحزب الذي ينتمون إليه، الأمر الذي ساهم في عدم وصول الأشخاص المناسبين لهاته المجالس (انظر في هذا الصدد:- عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية و القانونية، الإسكندرية، دار الجامعيين، 2002، ص492).

أما نظام الانتخاب الفردي و على الرغم من كونه يسمح للناخبين بمعرفة المرشحين و بالتالي اختيار من يكونون على دراية بمشاكلهم ولهم القدرة على الاستجابة لرغباتهم إلا انه في الوقت ذاته قد انطوى على جملة من السلبيات التي أثرت على تشكيل هاته المجالس، إذ ساهم هذا النظام الانتخابي في جعل النائب أسيرا لإرادة ناخبيه الأمر الذي جعله يقدم دائما مصالح دائرته الانتخابية على المصلحة العامة للدولة، ناهيك عن مساهمته في تقليص دور الأحزاب السياسية في اختيار مرشحها الأمر الذي فسح المجال لتمثيل المستقلين ذوي النحل الجماهيري ( انظر في هذا الصدد :- الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص226 . عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص495 ).

**فنظام الانتخاب بالأغلبية وعلى الرغم من كونه يسمح بقيام أغلبية قوية ومنسجمة في المجالس النيابية<sup>1</sup> إلا أن الواقع العملي قد اثبت انطواءه على العديد من السلبيات التي أثرت على تشكيل المجالس المنتخبة كحرمانه للأحزاب ذات الوجود الفعلي و الهام في الساحة الوطنية من التمثيل في الهيئات المنتخبة. ذلك أن هذا النظام يخدم الأحزاب الكبيرة على حساب الأحزاب الصغيرة الأمر الذي يجعل من نتائج الانتخابات صورة مشوهة عن الحقيقة<sup>2</sup>. ناهيك عن مساهمته في عدم التناسب بين عدد الأصوات و عدد المقاعد المتحصل عليها الأمر الذي يترتب عليه تضخيم انتصار الأغلبية و تقليل تمثيل الأقلية.<sup>3</sup>**

**أما نظام التمثيل النسبي وعلى الرغم من كونه من النظم الانتخابية الأقرب إلى الديمقراطية بالنظر لجعله للمجالس المنتخبة ممثلة فعليا وواقعيًا للشعب بمختلف اتجاهاته و تكويناته وفئاته<sup>4</sup>. وذلك بالنظر لضمانه تمثيل الأقليات السياسية في مختلف الدوائر الانتخابية بحسب الأصوات التي تحصلت عليها في الانتخابات<sup>5</sup>. إلا أنه في الوقت ذاته قد انطوى على العديد من السلبيات التي أثرت على تشكيل هاته المجالس المنتخبة على غرار مساهمته في وجود أحزاب سياسية غير فاعلة لا تملك برامج سياسية واضحة. وكذا زعزعته للاستقرار السياسي في الدولة نتيجة لعدم قدرته على خلق أغلبية قوية ومنسجمة داخل المجالس المنتخبة.<sup>6</sup>**

**وعلى اعتبار أن الجزائر قد أخذت بنظام التمثيل النسبي في تشكيل مجالسها المنتخبة سواء المحلية منها أو النيابية فقد ساهم هذا الأمر في إعطاء الفرصة للأحزاب السياسية**

---

أما نظام الانتخاب بالقائمة وعلى الرغم من مساهمته في جعل المجالس المنتخبة معبرة تعبيرا حقيقيا عن إرادة الشعب وذلك نتيجة لمساهمته في تحرير النائب من القيود الضيقة التي تربطه بالناخبين الأمر الذي يساعده في مباشرة عمله السياسي داخل الهيئة النيابية لصالح الأمة ككل و ليس لصالح الدائرة الانتخابية إلا أن الواقع العملي قد اثبت انطواءه على العديد من السلبيات التي أثرت على تشكيل هاته المجالس و التي نذكر منها خداع الناخبين نتيجة للجوء الأحزاب السياسية إلى وضع أسماء لشخصيات مرموقة على رأس القائمة ثم بعدها أسماء لشخصيات مجهولة للناخب محدودة الكفاءة من الناحية السياسية. وكذا سماحه بفوز الأحزاب الكبيرة في الانتخابات على حساب الأحزاب الصغيرة و بالتالي الحيلولة دون تمثيل أحزاب الأقليات في هاته المجالس. وأخيرا وليس آخرا تبعية النائب الشديدة للحزب الذي يرشحه الأمر الذي يجعل منه مثلا لحزبه أكثر من تمثيله للناخبين الذين انتخبوه ( انظر في هذا الصدد كلا من- عفيفي كامل عفيفي. المرجع السابق. ص 505 / 506. عبد الغني بسيوني عبد الله. النظم السياسية و القانون الدستوري. المرجع السابق. ص 223 )

<sup>1</sup> جاي س جودوين جيل. الانتخابات الحرة و التزهيبة(القانون الدولي و الممارسة العملية). الطبعة الأولى. القاهرة. الدار الدولية للاستثمارات الثقافية. 2000. ص 59.

<sup>2</sup> - صالح بلحاج. المؤسسات السياسية و القانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم. الجزائر. ديوان المطبوعة الجامعية. 2002. ص 182

<sup>3</sup> عدنان طه الدوري. القانون الدستوري و النظم السياسية. الجامعة المفتوحة طرابلس. ص 268.

<sup>4</sup> بوكرا إدريس. (الاقتراع النسبي و أثره على التعددية السياسية على ضوء تجربة الانتخابات التشريعية الأخيرة في الجزائر). مجلة مجلس الأمة. العدد التاسع. الجزائر. 2005. ص 42.

<sup>5</sup> - محمد حمه صالح توفيق. دليل لمساعدة الأقليات القومية للمساهمة في العملية الانتخابية. الطبعة الأولى. السليمانية. مكتب المؤسسات الديمقراطية و حقوق الإنسان. 2004. ص 43.

<sup>6</sup> - عدنان طه الدوري. المرجع السابق. ص 269 / 270.

للمثيل في البرلمان حتى وان كانت هذه الأحزاب صغيرة وتشكل أقلية في الحياة السياسية للبلاد. وهو الأمر الذي ساهم في تمثيل كافة الاتجاهات السياسية في الدولة. و بالتالي السماح بالحصول على تمثيل صادق عن الرأي العام. فالأقليات السياسية مثلها مثل الأغلبية تجد مكانا لها في البرلمان الجزائري وهو الأمر الذي تبينه نتائج الانتخابات التشريعية التي تم إجرائها بعد توقف المسار الانتخابي. إذ في أول انتخابات تشريعية جرت سنة 1999 بعد توقف المسار الانتخابي فازت 10 أحزاب سياسية و قائمة للأحرار<sup>1</sup> وهذا من بين 21 قائمة شاركت في الانتخابات. أما في الانتخابات التشريعية لسنة 2002 ففازت 9 أحزاب سياسية و قائمة للأحرار وهذا من بين 24 قائمة شاركت في الانتخابات<sup>2</sup>. أما في الانتخابات التشريعية لسنة 2007 فاز فيها 21 حزب سياسي و قائمة للأحرار<sup>3</sup>. أما في الانتخابات التشريعية لسنة 2012 ففاز فيها 27 حزب سياسي و 9 قوائم للأحرار<sup>4</sup>.

وتوضح هذه الأرقام بما لا يدع مجالا للشك بان نظام التمثيل النسبي الذي تبناه المشرع الجزائري قد ساهم في زيادة عدد الأحزاب السياسية و القوائم الحرة في المجلس الشعبي الوطني فبعدما كانت في حدود 11 سنة 1999 أصبحت في حدود 28 وهو الأمر الذي ساهم في تمثيل كافة الاتجاهات السياسية في الدولة. وهو الأمر الذي وعلى الرغم من إيجابيته إلا انه حال دون حصول احد الأحزاب السياسية على الأغلبية المطلقة للمقاعد الأمر الذي فتح المجال أمام التحالفات.

## 2- تقسيم الدوائر الانتخابية كعامل مؤثر في تشكيل المجالس المنتخبة

إن الهدف من وراء تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية<sup>5</sup> هو تعيين الحدود لكل منطقة إدارية أو جغرافية داخل إقليم الدولة. وذلك حتى تمثل كافة قطاعات السكان في الدولة في

<sup>1</sup> - إعلان رقم 01 / 97 - م . د / 97 مؤرخ في 4 صفر 1418 الموافق ل 9 يونيو 1997 المتعلق بنتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية. العدد 40.

<sup>2</sup> - إعلان رقم 01 / 01 / م . د / 05 المؤرخ في 21 ربيع الأول عام 1423 الموافق ل 3 يونيو 2002 المتعلق بنتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية. العدد 43.

<sup>3</sup> - إعلان رقم 03 / 03 / م . د / 07 مؤرخ في 4 جمادى الأولى عام 1428 الموافق ل 21 مايو 2007 المتضمن نتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية. العدد 45.

<sup>4</sup> - إعلان رقم 01 / 01 / م . د / 12 مؤرخ في 24 جمادى الثانية عام 1433 الموافق ل 15 مايو 2012 المتضمن نتائج انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية. العدد 32.

<sup>5</sup> يقصد بالدوائر الانتخابية ذلكم الإطار الذي تدور بداخله العملية الانتخابية الموصلة في النهاية إلى مقاعد العضوية في المجالس النيابية ( انظر في هذا الصدد: - عبد اللاه شحاتة الشقاني، مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام - الانتخابات الرئاسية و التشريعية و المحلية دراسة مقارنة - الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 128. )

ويتم تقسيم الدوائر الانتخابية بالاعتماد على أحد هاته المعايير:

- بناء على عدد محدد مقدم من المشرع الأمر الذي يترتب عليه ثبات عدد كل من الدوائر الانتخابية و النواب المنتخبين.

المجالس المنتخبة بعدد من النواب يتناسب مع القوة التصويتية لكل منطقة من مناطق الدولة.<sup>1</sup>

ومن المؤكد أن عدالة تقسيم الدوائر الانتخابية تمكن هيئة الناخبين من الاختيار السليم للمرشحين. كما أن تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية أمر تتطلبه جدية الانتخابات وضرورة تعبيرها عن الرأي العام للشعب كله. ولهذا يجب عند تقسيم الدوائر الانتخابية مراعاة عدم المبالغة في صغر حجمها أو كبرها، ذلك أن الإفراط في كبر حجم الدائرة الانتخابية يؤدي إلى عدم استطاعة الناخبين التعرف بسهولة على المرشحين و المفاضلة بينهم و بالتالي لا يكون اختيارهم مبنيا على أساس سليم. كما أن الإفراط في صغرها يؤدي إلى زيادة أعضاء البرلمان مما يؤدي إلى مخالفة أحكام الدستور.

وقد تعددت الآراء بشأن كيفية تقسيم الدوائر الانتخابية. إذ ذهب رأي بأنه يجب أن يتم تقسيم الدوائر الانتخابية بموجب قانون يصدر عن السلطة التشريعية ولا يترك أمر ذلك للسلطة التنفيذية. إذ لا يخفى على أحد ما في هذا من احتمال تفتيت الدوائر الانتخابية التي تدين بالولاء لخصومها وضم أجزاء منها إلى دوائر أخرى مجاورة. وبذلك يصبح هؤلاء الخصوم لا يتمتعون بالشعبية المطلوبة وبنعدم تأثيرهم في الناخبين.<sup>2</sup>

في حين ينادي رأي ثاني بضرورة أن يكون عدد الناخبين في الدوائر الانتخابية المختلفة متساويا. بحيث يكون كل نائب ممثلا لعدد من الناخبين. ويستطرد هذا الرأي قائلا بان المحكمة العليا الأمريكية قد ألزمت المشرع في الولايات المختلفة بإعادة تقسيم الدوائر الانتخابية لتصحيح التفاوت في الوزن النسبي لكل صوت.

وذهب رأي ثالث إلى القول بضرورة وضع مسالة تحديد الدوائر الانتخابية تحت إشراف لجنة انتخابية محايدة مستقلة يتطلب عضويتها موافقة جميع الأحزاب السياسية.

- بناء على ما قد يطرأ من تغيير على سكان كل منطقة من زيادة أو نقصان بحيث لا يكون عدد الدوائر الانتخابية ثابتا وإنما يتغير بناء على التغيير الذي يطرأ على عدد السكان من زيادة أو نقصان. ويعتبر هذا المعيار هو المعيار المعتمد من قبل المشرع الجزائري.
- بناء على عدد السكان بحيث لا يجب تجاوز الحد الأقصى لعدد أعضاء المجلس المحدد في الدستور ولا يقل عن الحد الأدنى المحدد.

<sup>1</sup> - عبد الله شحاتة الشقاني. المرجع السابق. ص 202.

<sup>2</sup> - وهذا ما فعله دستور فرنسا لسنة 1958 أين جعل للريف الفرنسي الأغلبية في انتخابات مجلس الشيوخ. ومن المعروف أن انتخابات مجلس الشيوخ الفرنسي تتم على مرحلتين. وخوفا من الناخبين في المدن و الذين تنتشر بينهم الاتجاهات السياسية المناوئة لحكومة ديغول الحاكمة وقت صدور الدستور فقد وزعت الدوائر بحيث يكون لناخبي الريف الحق في انتخاب مندوبين أكثر عددا مما يتاح لأهل المدن. إذ ونتيجة لغياب إشراف قضائي على هاته العملية فقد سيطرة السلطة التنفيذية لحقبة من الزمن على توزيع الدوائر الانتخابية وقامت بتوزيعها توزيعا غير عادل. فاستخدمت حكومة نابليون الثالث طريقة تسمى GERRYMANDERING لخلق أغلبية غير حقيقية لسيطرة حزب على آخر دون النظر للمصلحة العامة (أنظر في هذا الصدد عبد الله شحاتة الشقاني. المرجع السابق. ص 124 / 125).

وتعتبر الآراء السالفة ذكر آراء محل نظر. فالرأي الأول يتطلب صدور قانون من السلطة التشريعية. ومن الممكن صدور قانون بالأغلبية البرلمانية يتماشى مع مصالحهم و يفسد الدوائر بما يضر بخصومهم. أما الرأي الثاني فهو الآخر لا يحقق التقسيم العادل للدوائر الانتخابية نظرا لبطء التفاوضي. وعند انتظار الحكم من القضاء سوف يؤدي ذلك إلى زعزعة الاستقرار وإعادة الانتخابات مرة أخرى بالتقسيم الجديد للدوائر. أما الرأي الثالث فهو لم يوضح تشكيل اللجنة المطالب بها وعمّا إذا كانت إدارية أم قضائية.<sup>1</sup>

وعليه ومن خلال ما سبق بيانه يمكننا القول بان تقسيم البلاد إلى دوائر انتخابية في وقتنا الحالي قد أصبح يعتبر من بين اخطر الوسائل المستترة التي تلجا إليها الكثير من الحكومات للتحكم في نتائج الانتخابات و توجيهها لمصلحة أنصارها من خلال تحكّمها في تقسيمها. حيث تلجا إلى تمزيق هذه الدوائر الانتخابية بهدف تشتيت خصومها في دوائر متفرقة لا يكون لهم في أي منها ثقل انتخابي. أو تركيزهم في دائرة كبيرة واحدة أو دوائر محدودة لتمكين أنصارها من السيطرة على نتائج كافة الدوائر الانتخابية الأخرى. وتعرف هذه الوسيلة في الولايات المتحدة الأمريكية باسم جري ماندرنج GERRYMANDERING نسبة إلى جري GERRY حاكم ولاية ماساشوسيتش الذي ابتدع منذ سنة 1812 حيلة لسيطرة الحكومة على تقسيم الدوائر الانتخابية كوسيلة للتحكم في نتائج الانتخابات وحرمان السود من الفوز بها في المناطق التي يشكلون فيها أغلبية عددية تطبيقا لسياسة التفرقة العنصرية.<sup>2</sup> وكثيرا ما لجأت حكومة نابليون بونابرت الثالث في فرنسا إلى هذه الوسيلة لأجل ضمان الفوز لأنصارها في المعركة الانتخابية.<sup>3</sup> كما أنها كانت شائعة أيضا في الانتخابات المصرية قبل الثورة وأصبحت من الظواهر المألوفة في الوقت الراهن لا سيما في الدول المتخلفة حديثة العهد

<sup>1</sup> - عبد اللاه شحاتة الشقاني. المرجع السابق. ص 251 / 253.

<sup>2</sup> - سليمان الغويل. المرجع السابق. ص 172 / 173.

<sup>3</sup> - إذ لجأت الحكومة الفرنسية إلى تقسيم البلاد إلى دوائر غير متكافئة في انتخابات مجلس الشيوخ بالاستناد إلى دستور سنة 1958 الذي يزكي كفة القرى على المدن. إذ يقرر للقرى تمثيلا في مجلس الشيوخ يفوق أهميتها العددية بالمقارنة مع المدن. وكان الهدف من وراء ذلك عدم تمكين العمال الذين يتركز غالبيتهم في المدن من السيطرة على نتائج الانتخابات في فرنسا لأن معظمهم ينتمون إلى أحزاب اليسار المناهضة لحكومة ديغول. وذلك على خلاف ما كان عليه الحال في القرى التي يغلب على سكانها النزعة المحافظة المؤيدة للحكومة القائمة. علما بأن مجلس الشيوخ في فرنسا جرى انتخابه بالاقتراع غير المباشر على خلاف الجمعية الوطنية التي تنتخب بشكل عام ومباشر.

وهكذا تستطيع الحكومة من خلال سيطرتها الكاملة على عملية تحديد الدوائر الانتخابية في البلاد أن تسيطر على إدارة اللعبة الانتخابية و نتائجها بوسائل مختلفة ومتنوعة تتركز في جوهرها في التلاعب بحجم هذه الدوائر الانتخابية عن طريق دمجها وتمزيقها حسب مقتضيات مصلحة أعضائها ومؤيديها الناخبين و المرشحين بما يضمن تحقيق الفوز لهم على حساب معارضيها (انظر في هذا الصدد :- سليمان الغويل. المرجع السابق. ص 176).

العوامل الموضوعية و المؤسساتية المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة ————— بولقواس ابتسام (ب د)

بتطبيق نظام الديمقراطية النيابية و التي مازالت عقول حكامها وقياداتها مشبعة بالتزاعات الاستبدادية و الميول الدكتاتورية.

هذا كما شهدت الجزائر هي الأخرى عملية التلاعب في تقسيم الدوائر الانتخابية بهدف إضعاف مؤيدي الحزب المنافس. إذ و مع أول انتخابات تشريعية تعددية تم تقسيم الدوائر الانتخابية بموجب القانون رقم 91 / 07 إلى وحدات جغرافية صغيرة دون مراعاة للاعتبارات السكانية. إذ خصص لمناطق بها كثافة سكانية عالية عدد من المقاعد أقل من مناطق قليلة السكان. إذ حدد للجزائر العاصمة التي يقارب تعداد سكانها 3 ملايين نسمة 21 مقعد. و حدد لمدينة تيزي وزو التي يبلغ عدد سكانها 700 ألف نسمة 20 مقعد. إذ طغى على هذا التقسيم الطابع السياسي بالدرجة الأولى بهدف تفتيت الدوائر الانتخابية لإضعاف مؤيدي الحزب المنافس آنذاك وهو الجبهة الإسلامية للإنقاذ بما يضمن حظوظ الحزب الحاكم في النجاح. وهو الأمر الذي أدى بالمعارضة إلى الوقوف ضد هذا التقسيم المنحاز غير العادل للدوائر الانتخابية. وإرغام البرلمان على تعديله بموجب القانون رقم 91 / 18. وانتهت الانتخابات بفوز الجبهة الإسلامية للإنقاذ بأغلبية المقاعد في الدور الأول و التي تم إلغائها بتوقيف المسار الانتخابي. وكان من نتائج ذلك انتكاسة حقيقية للمسار الديمقراطي ودخول البلاد في دوامة العنف.

وفي سنة 1997 و بصدر القانون العضوي للانتخاب 97 / 07 الذي نظمت بموجبه أول انتخابات محلية و تشريعية تم التأكيد على أن المعيار المعتمد في تقسيم الدوائر الانتخابية هو المعيار السكاني مع احترام التواصل الجغرافي.<sup>1</sup>

### 3 - تأثير الدعاية الانتخابية على تشكيل المجالس المنتخبة

تعتبر الدعاية الانتخابية وسيلة مهمة لتعريف المواطنين بمرشحيهم وبرامجهم السياسية. وفي فترة الدعاية الانتخابية يعمل الحزب أو المرشح على إبراز مزاياه من أجل الحصول على أصوات الناخبين.

وتتفاوت أهمية الدعاية الانتخابية وأشكالها باختلاف الأنظمة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية لكل دولة. فقد تتضاءل تلك الأهمية في الدول النامية بينما تتعاضد في الدول المتقدمة. ويقصد بالدعاية الانتخابية مجموعة الأعمال التي يقوم بها الحزب أو المرشح

<sup>1</sup> - بني أحمد، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، أطروحة دكتوراه لنيل شهادة دكتوراه الدولة في العلوم القانونية، جامعة لخضر باتنة، 2005 - 2006، ص 137 / 138.

بهدف إعطاء صورة حسنة لهيئة المشاركة من خلال البرنامج الانتخابي لكل منهما وفق تصور يتطابق مع أفضلياتها.<sup>1</sup>

و بغية ضمان نزاهة الانتخابات وصدق تعبيرها عن الرأي العام يجب العمل على كفالة المساواة في استخدام وسائل الإعلام من جانب المرشحين أو الأحزاب السياسية للتعبير عن أفكارهم واتجاهاتهم وشرح برامجهم بالكلمة و الصورة و الشعارات و الرموز. وهذا الأمر يستدعي محاربة المحاباة أو التمييز الذي يختص به البعض دون البعض الآخر سواء أكان ذلك بسبب ثقل مركزهم المالي أو التأييد الحكومي الذي يحظون به.<sup>2</sup>

ويعتبر من الأسباب الجوهرية لعدم المساواة في الدعاية الانتخابية ما تحتاجه الدعاية الانتخابية من نفقات كبيرة ليس في استطاعة معظم المواطنين توفيرها، الأمر الذي يؤدي بالضرورة للحيلولة دون ترشيح كثير من المواطنين الأكفاء لأنفسهم نظرا لعدم توفرهم على القدرة المالية. أو ترشيح أنفسهم دون أن تيسر لهم سبل الدعاية الضرورية لولوج دائرة المنافسة الانتخابية و الفوز فيها مما يؤدي في الحالتين إلى حرمان البلاد من مشاركة هؤلاء المواطنين الأكفاء و الاستفادة من قدراتهم وخبراتهم في إدارة الشؤون العامة للدولة وإتاحة الفرصة لأصحاب المال و الثراء لحكم الشعب و الذين يكونون في الغالب الأعم غير أكفاء لإدارة الشؤون العامة و تدبير سياسة البلاد. بل أن كثيرا منهم لا يهدف من وراء ترشيح نفسه للقيام حقيقة بهذه المهمة الشاقة وإنما مجرد حماية أمواله وتزكيتها. أو لمجرد المظاهر و التظاهر و المباهاة.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأموال الضخمة التي تنفقها الأحزاب السياسية ومختلف الجماعات الضاغطة وكبار أصحاب رؤوس الأموال في الدعاية الانتخابية تؤدي في معظم الأحيان إلى تزييف الرأي العام وإهدار المعنى الحقيقي للمشاركة الديمقراطية. لأن النفقات التي تنفق في المعركة الانتخابية هي نفقات طائلة وفي ذلك ما يهيئ فرصة الفوز للمرشح أو الحزب الذي يتلك ثروة أكبر. وهكذا نجد بين الأوروبيين أنفسهم وهم أكثر الشعوب عراققة في تطبيق هذا النظام يؤكدون على أن نتيجة الانتخابات إنما تتقرر بناء على الأثر الذي تلعبه النقود<sup>٥</sup> أكثر من غيرها من العوامل.

<sup>1</sup> - داود البار، المرجع السابق، ص 531.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 533 / 534.

<sup>٥</sup> - إذ شهدت الانتخابات التشريعية الأمريكية لعام 2000 رقما قياسيا من حيث تكلفة الفوز بأحد مقاعد مجلس الشيوخ الأمريكي، إذ انفق رجل الأعمال الأمريكي جون كورزين ( ديمقراطي عن ولاية نيوجرسي ) حوالي 63 مليون دولار أمريكي للفوز بأحد مقاعد مجلس الشيوخ الأمريكي ( انظر في هذا الصدد: عبد اللاه شحاتة الشقاني، المرجع السابق، ص 148).

هذا وقد يلجأ الكثير من المرشحين كنتيجة لعدم توافرهم على القدرة المالية لخوض المعركة الانتخابية إلى الانضمام لعضوية الأحزاب السياسية التي تملك هاته الميزة. أو التماس الدعم المالي من قبل بعض كبار الرأسماليين في البلاد من أصحاب الشركات ورجال الأعمال الذين لا يتردد الكثير منهم في توفير التغطية المالية لبعض المرشحين لأجل كسب ولائهم وتوفير الحماية لهم عندما يكتب لهم النجاح في المنافسة الانتخابية. ما يؤدي إلى مصادرة إرادة مثل هؤلاء المرشحين وتحويلهم لمجرد أداة للتعبير عن أفكار ومصالح هؤلاء الأشخاص الذين دعموهم في الحملة الانتخابية. ويرجع لهم الفضل في الفوز بمقاعدهم الانتخابية.<sup>1</sup>

ونلاحظ في الجزائر بأنه وعلى الرغم من أن النصوص القانونية التي تحث على مبدأ المساواة بين المرشحين في استعمال وسائل الدعاية الانتخابية وتحديد فترة زمنية لها وكذا تنظيم الحد الأقصى للمصروفات الانتخابية إلا أن واقع الجزائر يثبت بما لا يدع مجالاً للشك تفضي المرشحين عن هذه النصوص سواء من حيث استعمال وسائل الدعاية التقليدية كالمصقات أو اللافتات التي لا تحترم فيها أدنى المعايير القانونية خصوصاً من قبل الحزب الحاكم. ناهيك عن وسائل الدعاية المسموعة و المرئية التي تبدأ في الغالب بالدعاية لمرشحي الحزب الحاكم و بتغطية تحركات مرشحيه وزياراتهم الميدانية. وهذا كله قبل الموعد الرسمي للحملة الانتخابية بأيام معدودة. ناهيك عن استعمال وسائل الدولة دون تفرقة بين وسائل الحزب الحاكم و وسائل الدولة. فهذه سيارات الدولة تستعمل في تنقل المرشحين وكذا نقل الناخبين للتجمعات التي يقيمها مرشحيه. هذا دون أن ننسى سيطرة أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة على العملية الانتخابية من خلال تقديمهم للهبات و المساعدات المالية للمرشحين في الحملات الانتخابية وما يترتب على ذلك من فساد انتخابي. هذا دون أن ننسى ما تقدمه الإدارة من دعم مادي ومعنوي للحزب الحاكم إلى غير ذلك من المظاهر التي تخل بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين جميع المرشحين في استعمال وسائل الدعاية المختلفة و تمويلها.<sup>2</sup>

#### 4 - النسبة الاقصائية كعامل مؤثر في تشكيل المجالس المنتخبة

تعتبر النسبة الاقصائية من بين أهم العوامل المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة. ويقصد بالنسبة الاقصائية أو ما اصطلح على تسميتها أيضاً بنسبة الإبعاد أو نسبة الحسم ذلكم الحد الأدنى من الأصوات الذي تحتاجه القوائم الانتخابية للمشاركة في عملية توزيع المقاعد. لأنه من غير المنطقي أن يكون لحزب ما ممثلين داخل الهيئات النيابية و لم يحصل على نسبة معتبرة من الأصوات.

<sup>1</sup> - سليمان الغويل. المرجع السابق. ص 181 / 182.

<sup>2</sup> - بنيني احمد . المرجع السابق . ص 283 .

وتختلف النسبة الاقصائية من بلد لآخر إذ تقدر في ألمانيا و نيوزلندا و روسيا ب5% وهولندا ب0.67% وأعلى نسبة للإبعاد توجد في سيشيل بنسبة10%، أما في الجزائر فإنها تقدر ب5% بالنسبة لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني و 7% بالنسبة لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي البلدي.

وما يمكننا ملاحظته في هذا المقام هو أن هناك اختلاف جذري في تحديد النسبة الاقصائية من بلد لآخر. وهذا الأمر يرجع بالدرجة الأولى إلى الأهداف التي تتوخى الدولة تحقيقها من وراء تحديدها لهذه النسبة كمنع وصول المجموعات المتطرفة إلى المجالس النيابية<sup>1</sup> أو لتعزيز توقعات تشكيل مجالس منتخبة تكون قادرة على الاستمرار، أو لتخفيض عدد الأحزاب السياسية أو أصحاب المصالح الصغيرة أو القطاعية داخل هاته المجالس.<sup>2</sup>

فمثلا وبغية تخفيض عدد الأحزاب السياسية الممثلة داخل الهيئة التشريعية قامت ألمانيا من خلال قانونها الانتخابي الصادر سنة 1956 باشتراط حصول الحزب على 5% من أصوات الناخبين على مستوى الدولة الاتحادية أو الفوز ب 3 مقاعد نيابية على الأقل في الانتخابات الفردية للمشاركة في عملية توزيع المقاعد. فإذا لم يتوفر للحزب أحد هذين الشرطين فإنه يحرم من التمثيل في المجلس النيابي. وقد كان هذا الشرط ممتا لبعض الأحزاب السياسية المتطرفة وبعض التكتلات الصغيرة ولكنه في الوقت نفسه ساهم في الحد من ظاهرة تعدد الأحزاب التي عانت منها ألمانيا بين الحربين العالميتين الأولى و الثانية.

ولكن و على الرغم من أن النظام الألماني قد حقق الهدف الذي وضع من اجله إلا أنه تعرض للانتقاد خاصة فيما يتعلق بالقيود القاسية التي فرضت على تمثيل الأحزاب السياسية فاشتراط الحصول على نسبة 5% من أصوات الناخبين على مستوى الدولة قد حرم العديد من الأحزاب السياسية من التمثيل في المجلس<sup>3</sup>. كما أدى من ناحية أخرى إلى تشرذم المجالس النيابية نتيجة لصعوبة حصول أحزاب بمفردها على الأغلبية المطلقة من المقاعد<sup>4</sup> الأمر

<sup>1</sup> - عبدو سعد، علي مقلد، عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية، الطبعة الأولى، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص234 / 235

<sup>2</sup> - جاي س - جودوين - جيل . المرجع السابق . ص 61

<sup>3</sup> - عبدو سعد وآخرون، المرجع السابق، ص284.

<sup>4</sup> - وتعتبر ألمانيا مثالا جيدا على هذا النظام باستثناء مرة واحدة فقط لم يفز حزب واحد بالأغلبية المطلقة من المقاعد في المجلس التشريعي الفيدرالي منذ سنة 1949. كما أن 15 ولاية من بين 16 ولاية التي تتكون منها ألمانيا تحكمها حكومات ائتلافية مكونة من حزبين أو ثلاثة.

الذي حتم على الأحزاب الحاصلة على مقاعد ضرورة التعاون مع الأحزاب الأخرى لتشكيل حكومة ائتلافية و تمرير القوانين<sup>1</sup>.

ونفس الشيء حدث في الجزائر فقد أدى أخذ المشرع الجزائري بالنسبة الاقصائية إلى حرمان العديد من الأحزاب السياسية من المشاركة في تشكيل المجالس الشعبي الوطني الأمر الذي أدى إلى هدم نظام التمثيل النسبي الذي يقوم على عدالة التمثيل من خلال تمثيل كافة الاتجاهات والآراء السياسية في الدولة. هذا كما لم تجعل النسبة الاقصائية المتبناة من قبل المشرع الجزائري المجالس المنتخبة التي تم تشكيلها مرآة صادقة لإرادة الأمة.

هذا كما أثرت هاته النسبة الاقصائية بشكل واضح على نتائج الأحزاب السياسية التي خاضت غمار الانتخابات. إذ فقدت هذه الأخيرة الكثير من عدد الأصوات المعبر عنها ولم تدخل في حسابان قوائمها عند توزيع المقاعد. وبالتالي لم يكن هناك تطابق بين نسبة الأصوات التي تحصلت عليها وعدد المقاعد المتحصل عليها.

### ثانيا : العوامل المؤسساتية المؤثرة على تشكيل المجالس المنتخبة

تعتبر الأحزاب السياسية و الجهة المكلفة بإدارة العملية الانتخابية من بين ابرز العوامل المؤسساتية المؤثرة في تشكيل المجالس المنتخبة.

#### 1 - الأحزاب السياسية كعامل مؤثر في تشكيل المجالس المنتخبة

تلعب الأحزاب السياسة دوراً كبيراً في التأثير على تشكيل المجالس المنتخبة باعتبارها مصدر الإمداد الرئيسي للمرشحين لعضوية المجالس المنتخبة. وعادة ما تلجأ الأحزاب السياسية إلى جعل متصدري القوائم الانتخابية من الشخصيات ذات الكفاءة العالية من أجل جلب أصوات نوعية. في حين يكون باقي أعضاء القائمة من الأشخاص الذين تختارهم بناء على معايير غير موضوعية تعتمد أساساً على القبلية أو المركز المالي وهم في الغالب الأعم لا تهمهم مصلحة السكان بقدر ما تهمهم مصالحهم الحزبية الضيقة.

وفي شأن عملية الاختيار لا يبحث الحزب فقط عن مرشح يرضي الجماهير ولكنه يبحث عن شخص ذي مواصفات خاصة من حيث التكوين و التفكير و الرؤية السياسية يصلح لأن يكون ممثلاً للجماعة و الإيديولوجية التي يعتنقها الحزب.

وتتبع الأحزاب السياسية في اختيارها لمرشحيها منهجين رئيسيين وهما:

▪ **منهج الانتخاب:** والذي بمقتضاه يتولى أعضاء الحزب انتخاب المرشح سواء تم ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر من خلال مندوبين عن أعضاء الحزب يعهد إليهم بمهمة اختيار المرشح.

<sup>1</sup> - مازن حسن. النظم الانتخابية دراسة مقارنة لأنواعها و أثارها و الانعكاسات على السياق المصري. الطبعة الأولى. القاهرة. مركز المحروسة للنشر و الخدمات الصحفية و المعلومات. 2011. ص. 101

▪ **منهج التعيين:** وطبقا له يعين زعيم الحزب أو قاده أو هيئته العليا حسب التنظيم الداخلي للحزب المرشحين الذين سيقدمهم الحزب للانتخاب.

وسواء كانت الأحزاب السياسية تأخذ بطريقة الانتخاب أو التعيين فمما لا شك فيه أن هناك معيارين أساسيين يتم على أساسهما اختيار المرشحين ولهما تأثير كبير على تشكيل المجالس المنتخبة و أدائها لمهامها وهما نوعين:<sup>1</sup>

#### **المعيار الأساسي - المركز المالي للمرشح -**

يعد المركز المالي للمرشح ومقدار ثرائه وقدرته على تغطية نفقات الحملة الانتخابية هو المعيار الأساسي في اختيار الحزب لمرشحيه. ويرى بعض الفقه الاجليزي أن المزايا الشخصية العظيمة التي يتميز بها المرشح كالشرف و الصدق و الانتماء للوطن و الإخلاص له تعد أمور ثانوية لا تحظى بوزن كبير في مجال الترشيح للبرلمان فالمعول عليه هو الثقل المالي للمرشح أو من يدعمه<sup>2</sup>. ولهذا فحزب المحافظين في إنجلترا كان يحرص على اختيار المرشح الأكثر ثراء و تقديمه للناخبين. إذ كان ثراء الشخص يجعله يتحمل وحده نفقات الحملة الانتخابية. علاوة على التزامه بسداد اشتراك سنوي كبير لحزبه. ولكن منذ عام 1948 لم يكن هناك مانع من ترشيح غير الأثرياء تنفيذا لتوصيات لجنة فايف SIR DAVID FYFE. ومع ذلك يبقى للثراء أثره في الترشيح وان كان ذلك بصورة غير مباشرة.

وذات الأمر ينطبق على فرنسا عند اختيارها لمرشحيها. ويرجع السبب وراء ذلك إلى ارتفاع التكاليف الباهظة التي تحتاجها الحملة الانتخابية. حيث تبلغ نفقتها في اليوم الواحد من 10.000 إلى 15.000 فرنك فرنسي.

ومع أن الثقل المالي للمرشح يشكل عاملا أساسيا في اختياره إلا انه يجب أن لا يطغى على غيره من العوامل الأخرى. وهو أيضا ما طالب به بعض أعضاء حزب المحافظين البريطاني وقاموا بحملة واسعة استهدفت الحد من نفوذ المال ودوره في الترشيح وطالبوا بان يتم اختيار المرشح بالنظر أساسا لصفاته الشخصية بغض النظر عن ثروته المالية.

**المعايير الثانوية:** وتتمثل هذه الأخيرة في:

#### **- مساحة الدائرة الانتخابية:**

إذ تقوم علاقة طردية بين إحكام سيطرة الأحزاب على الترشيح وبين حجم الدائرة الانتخابية. وقد عبر DUVERGER عن هذه العلاقة بمعادلة شبه رياضية صاغ نتائجها على النحو التالي: يتصاعد أثر الأحزاب السياسية على الترشيح بصورة مباشرة مع حجم الدائرة

<sup>1</sup> - داود الباز. المرجع السابق. ص 413 / 418.

<sup>2</sup> - نفس المرجع. ص 414 / 415.

الانتخابية، فكلما كان حجم الدائرة كبيرا كلما كان تأثير الأحزاب أقوى، وبمقدار ما يصغر حجمها بمقدار ما يقل تدخلها، ولكن هذه المسلمات لا تؤخذ على إطلاقها وإنما تمثل اتجاهات عامة وتقريبية جدا ولكنها أكيدة وغير مشكوك فيها، إذ كلما صغرت الدائرة كلما أصبحت معرفة الناخبين لشخصية المرشح ممكنة بحيث ترتدي المعركة الانتخابية مظهر معركة بين شخصيات يختار الناخب من بينها مرشحه تبعا لصفاته الخاصة لا تبعا لانتمائه الحزبي، وعلى العكس من ذلك إذا اتسعت مساحة الدائرة الانتخابية فإن العلاقات الشخصية بين المرشحين و الناخبين تصبح ضعيفة فلم يعد هؤلاء يعرفون أولئك وعندها يصبح الشعار السياسي هو العنصر الأساسي في توجيه التصويت.

### الخبرة الانتخابية:

كذلك يتخذ الحزب من سابقة خوض المرشح للمعارك الانتخابية معيارا للتفضيل بين مرشحيه، ذلك أن المرشح الذي قد خاض العديد من المعارك الانتخابية يكون قد اكتسب خبرة كافية في مجال الخطط الانتخابية ووسائل الدعاية، علاوة على أن معرفة أهالي الدائرة الانتخابية لإسمه تكون في الغالب الأعم أكبر من معرفة عضو آخر في الحزب لم يسبق له أن خاض تلك المعارك الانتخابية من قبل.

فالمرشح الذي يدخل الانتخابات ويعاد انتخابه لأكثر من مرة يكون في مركز أفضل من ذلك الذي يخوض الانتخابات لأول مرة، ولذا يقال في فرنسا أن النائب يموت نادرا ولكنه لا يعتزل أبدا، ويشير هذا القول إلى بقاء النواب على الساحة السياسية لسنوات طويلة الأمر الذي يجعلهم وجوها مألوفة لدى الناخبين يركزون أساسا على شخصية المرشح وسماته الخاصة في التصويت له، وغالبا ما يعطون أصواتهم للمرشح الذي يعرفونه ولهذا فإن فرصة فوز المرشح الذي يخوض الانتخاب للمرة الأولى تتضاءل أمام الفرصة المتاحة للمرشح الذي يتكرر انتخابه مرات عديدة.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن هذا الرأي لا يؤخذ على إطلاقه ذلك أن الناخبين قد يتخلون عن انتخاب المرشح الذي يتكرر انتخابه لمجرد الرغبة في التغيير و إتاحة الفرصة أمام وجوه جديدة أو عناصر شابة أو لمجرد اعتقادهم أن البديل لن يكون أسوء من الحاضر أو التغيير لمجرد التغيير.

وتراعي الأحزاب في المرشح إلى جانب خبراته الانتخابية حجم علاقاته العامة مع أهالي الدائرة ومدى ارتباطهم به الذي يعتمد غالبا على مركزه الوظيفي أو درجته العلمية.

## الجانب الشخصي:

ويعتمد الحزب في هذا الصدد في عملية اختيار مرشحه على الجوانب الشخصية للمرشح كالنشاط الحزبي ودرجة أدائه و القدرة على مخاطبة الجماهير و التأثير فيها . و قوة الشخصية و الثقة بها. و الرغبة في خدمة التنظيم السياسي و الولاء لمبادئه . بالإضافة إلى مدى قدرة المرشح على القيام بخدمة التنظيم السياسي على المستوى المحلي و الوطني . و يعد الريف مجالا خصبا لإبراز الجوانب الشخصية للمرشح حيث يزداد فيه دور الشخص ذاته نظرا لضيق المجتمع وزيادة العلاقات و الروابط الشخصية .

وعليه ومن خلال ما سبق بيانه يتضح لنا جليا التأثير الكبير للحزب في اختيار مرشحيه. وسواء تم هذا الاختيار بناء على معايير موضوعية أو غير موضوعية. فان النائب المختار في كل الأحوال لا يعبر عن آرائه وفقا لما يراه صالحا وموائما مع المصلحة العامة للجماعة بنواحيها المختلفة باعتباره مثلا عن الشعب داخل هاته الهيئات المنتخبة. وإنما على العكس من ذلك فأرائه وأفكاره لا تعدو أن تكون سوى تعبير عن أفكار حزبه. و بالتالي يكون هذا النائب مجرد موظف برلماني قام بتعيينه الحزب الذي ينتمي إليه. ولعل الذي يدفع النائب إلى الخضوع التام لأوامر وقرارات الحزب هو أمله في إعادة ترشيحه مرة أخرى. فهو مؤمن بأنه إذا لم يطبق ما يرسمه له زعمائه فلن يستطيع العودة إلى هذا المنصب. وبالتالي يقال أن بعض النواب كانوا ينظرون إلى رد الفعل الذي كان يبدو على وجوه زعمائهم قبل أن يصفقوا. هذا بالإضافة إلى العبارة الشهيرة التي قالها احد النواب الأجليز: " لقد استمعت في مجلس النواب إلى خطب عظيمة غيرت من رأبي ولكنها مطلقا لم تغير من صوتي" وهذا تعبير يدل تمام الدلالة على انه كان دائما يصوت ضد اعتقاده وتفسير واضح للمقصود بالمهنة البرلمانية و الموظف البرلماني على حد وصف البعض من الفقه للعلاقة بين العضو النيابي و الحزب الذي ينتمي إليه.<sup>1</sup>

## 2 - الهيئة المكلفة بإدارة العملية الانتخابية كعامل مؤثر في تشكيل المجالس المنتخبة

تؤثر الهيئة المكلفة بإدارة العملية الانتخابية في تشكيل المجالس المنتخبة عندما لا تلتزم بمبدأ الحياد أثناء مرحلة الحملة الانتخابية أو من خلال تزيفها للمشاركة الانتخابية. فعلى الرغم من أهمية مبدأ الحياد بالنسبة للعملية الانتخابية بصفة عامة و للحملة الانتخابية بصفة خاصة إلا أن الواقع العملي قد اثبت انه كثيرا ما تلجأ الحكومة إلى التأثير في الانتخابات لصالح أنصارها من خلال تسخيرها لمختلف وسائل الإعلام الخاضعة لها بصورة مباشرة أو غير مباشرة لهم. إذ تتيح لهم مجالا كبيرا للدعاية و الإعلان ولصق الصور وتوزيع المنشورات وعقد الندوات و اللقاءات الصحفية التي تعرف بهم و ببرامجهم الانتخابية في

<sup>1</sup> - بلال امين زين الدين . المرجع السابق . ص 88 .

الإذاعة المسموعة و المرئية.في الوقت الذي تضيق فيه الخناق على معارضيهها و من لا ينتمي إليها من المرشحين بمختلف الوسائل المباشرة و غير المباشرة.بل كثيرا ما تلجا بعض الحكومات إلى مضايقة خصومها بصورة سافرة بمنع اجتماعاتهم ومصادرة منشوراتهم وحرمانهم من استخدام وسائل الدعاية و الإعلام وتوقيع عقوبات صارمة على كل من يخالف ذلك متذرعة في اتخاذها لهذه الإجراءات بحجج ومبررات أضحت مألوفة لدى العام و الخاص تتبلور دائما في المحافظة على الأمن و حماية النظام العام في الدولة وهي مبررات يصعب الوقوف في معظم الأحيان على مدى صحتها و جديتها و من ثم تفنيدها أو دحضها.

هذا كما تؤثر الهيئة المكلفة بإدارة العملية الانتخابية في نتائج العملية الانتخابية من خلال تزييفها للمشاركة الانتخابية.ويتخذ تزييف المشاركة الانتخابية صورا متعددة تبدأ من اللجوء إلى الاحتيال باستغلال الأخطاء في جداول القيد الانتخابي إلى تزوير نتائج هذه الانتخابات بمختلف الوسائل الاحتيالي.فالغش و الأخطاء في التسجيل تمهد السبيل لتزييف التصويت عندما تتضمن قوائم الناخبين أسماء مكررة أو مزيفة أو أسماء لأشخاص تم انتقالهم أو وفاتهم أو فقدوا أهليتهم الانتخابية لأي سبب كان و لم يشطبوا من جداول الناخبين.حيث تتمكن الهيئة المكلفة بإدارة العملية الانتخابية وحتى بعض المنظمات الحزبية بيسر من التحايل عن طريق إيجاد أشخاص للتصويت تحت هذه الأسماء الشاغرة ويطلق على هذا النمط من الغش في النظام الانتخابي الأمريكي الذي اكتسب سمعة لا يحسد عليها في هذا المجال مصطلح **personation الشخصية** , إلى غير ذلك من وسائل التزييف الأخرى التي تتم أثناء عملية التصويت كتكرار أسماء المصوتين وعملية حشو صناديق الانتخاب بقوائم من الأسماء المزيفة التي تتم بواسطة الموظفين الرسميين المشرفين على تنظيم المشاركة الانتخابية التي تعرف باسم **ballot – box stuffing**

وتزييف المشاركة الانتخابية قد لا يقع خلال عملية التصويت نفسها وإنما أثناء عملية حساب أصوات الناخبين الذين شاركوا في الانتخاب ويتم ذلك بوسائل فنية كثيرة , وأحيانا يتم الغش أو التحايل في شهادة النتائج نفسها بالرغم من صحة جميع الإجراءات وعمليات حساب الأصوات السابقة على ذلك.ومن الخدع القديمة بهذا الخصوص و التي كثيرا ما يلجأ إليها لتزوير نتائج التصويت على نحو يبدو إذا ما تم اكتشافه كما لو انه مجرد خطأ مادي قد حدث عفويا هو القيام بتغيير موضع الأرقام كأن يكون الرقم الصحيح هو 49 فيقلب 94,ولاشك أن الفارق كبير بين الرقمين مما يترتب عليه فوز احد المرشحين على خلاف الحقيقة.وقد يصل الأمر أحيانا إلى حد استبدال النتائج التي ترتضيها الحكومة وتعددها سلفا بالنتائج الحقيقية التي قد لا تكلف نفسها عناء فرزها.وقد تتم المغالطة بإضافة عدد مبالغ

فيه من أصوات العسكريين التي يصعب فرض الرقابة عليها وذلك في البلاد التي يمارس فيها العسكريون حق الانتخاب.<sup>1</sup>

وما لاشك فيه أن هذا التزوير و هذا التلاعب في نتائج العملية الانتخابية من قبل الهيئة المكلفة بإدارة العملية الانتخابية أمر يؤثر بشكل كبير على تشكيل المجالس المنتخبة لأنه يؤدي إلى وصول أشخاص لم يحظوا بتصويت و ثقة الهيئة الناجبة الأمر الذي يجعل من هاته المجالس المنتخبة غير معبرة حقيقة عن إرادة الشعب الأمر الذي يفقدها مصداقيتها ومشروعية أعمالها وتصرفاتها.

### خاتمة

من خلال هذا العرض المفصل للعوامل الموضوعية و المؤسساتية المؤثرة على تشكيل المجالس المنتخبة توصلنا للنتائج و المقترحات التالية:

### 1 - نتائج الدراسة

▪ للنظام الانتخابي دور كبير لا يمكن إنكاره في تشكيل المجالس المنتخبة. إذ أن من شأن إختيار النظام الانتخابي الملائم و المناسب أن يساهم في خلق مجالس منتخبة تتميز بالفاعلية و الاستقرار خاصة.

▪ التأثير الكبير للنسبة الاقصائية على تشكيل المجالس المنتخبة بالنظر لدورها الكبير في حرمان عدد كبير من الأحزاب السياسية من أن يكون لهم ممثلين داخل المجالس المنتخبة و بالتالي المساهمة في جعل هاته المجالس غير معبرة حقيقة عن جميع فئات الشعب.

▪ إن تأثير تشويه المشاركة الانتخابية على تشكيل المجالس المنتخبة قد لا يعود لعدم المساواة الناجم عن تدخل الحكومة و خيضاها أو تفاوت القدرة المالية للمرشحين وإنما قد يرجع أيضا إلى تفاوت المرشحين أنفسهم في قدرتهم على توظيف وسائل الإعلام المختلفة في استقطاب المواطنين من حولهم لا سيما وسائل الدعاية المرئية أو المصورة الحديثة التي تتغلغل في كل مكان. و التي من خلالها يستطيع نفر قليل من المترشحين شد انتباه المواطنين إليهم و الاستحواذ على اهتمامهم ومشاعرهم. وهذا ليس عن طريق اعتمادهم على تفوقهم على غيرهم من المرشحين المنافسين لهم من حيث الخبرة أو المؤهلات العلمية وإنما بالاعتماد على ما يتمتعون به من طلاقة اللسان و لباقة وجرأة و قدرة على التملق و الخداع و التمثيل. وكيفية الظهور على الأجهزة المرئية وبأساليب وطرق مدروسة بواسطة خبراء متخصصين على النحو الذي يمكنهم من جذب اهتمام عامة المواطنين وكسب تأييدهم بغض النظر عن حقيقة قدراتهم العلمية و خبراتهم السياسية.

<sup>1</sup> - سليمان الغويل. المرجع السابق. ص 186 / 187 .

▪ بالرغم من أن النصوص القانونية التي تحث على مبدأ المساواة بين المرشحين في استعمال وسائل الدعاية الانتخابية وتحديد فترة زمنية محددة لها وكذلك تنظيم الحد الأقصى للمصروفات الانتخابية إلا أن الواقع العملي قد اثبت عدم احترامها من مختلف أطراف العملية الانتخابية الأمر الذي اثر على سلبا على تشكيل هاته الأخيرة.

## 2 - مقترحات الدراسة

▪ ضرورة وضع ضوابط قانونية تحكم سير العملية الانتخابية تساهم في ضمان ديمقراطية نوعية لا كمية و تسمح بتكوين منتخبين ذوي كفاءات عالية يكونون على قدر الصلاحيات الممنوحة لهم.

▪ ضرورة اشتراط المؤهل العلمي للمترشح للعضوية في المجالس المنتخبة بغية الرفع من مستوى كفاءتها و الحيلولة دون قيام الأحزاب السياسية بترشيح أشخاص ذوي مركز مالي ودون مستوى علمي.

▪ ضرورة مراجعة النسبة الاقصائية وخفضها للحدود المعقولة للمساهمة في تمثيل المجالس المنتخبة لجميع فئات المجتمع و المساهمة في نقل انشغالات جميع أفراد الشعب.

▪ ضرورة وضع ضوابط للأحزاب السياسية من أجل التحكم أكثر في قوائمها الانتخابية بفرض تقديم قوائم تضم أشخاص يتوفرون على كفاءات عالية في مختلف التخصصات أو ذوي خبرة في التسيير بنسب مدروسة تراعي جميع الفئات حتى لا تتعارض مع الحقوق و الحريات الفردية المنصوص عليها دستوريا وهذا كله بهدف جعل المنتخبين قادرين على حمل عبء المسؤولية.

▪ ضرورة اشتراط حسن السمعة و السلوك في المرشح حتى لا يتولى أمر إدارة شؤون الأمة سواء من حيث التسيير أو التشريع شخص أو أشخاص من تشوب حولهم الشبهات أو عدم الاستقامة. وحتى تضيف على هيئات الدولة و سلطاتها صفة الهبة و الوقار التي تناسب وهذه المسؤوليات و السلطات.

## الحماية الجنائية للطفل على ضوء قانون العقوبات الجزائري

أ. زهور دقايشية جامعة تلمسان

### ملخص

إن مسؤولية حماية حقوق الطفل تقع على الأسرة والمجتمع والحكومات ومنظمات المجتمع المدني. ويعد التشريع العقابي الذي يُعنى بحماية حقوق المجتمع والمواطن. من أهم الآليات القانونية التي تُحرص على حماية حقوق الطفل. بما يفرضه من جزاء جنائي في مواجهة مختلف الأفعال التي تشكل اعتداء على حقوق الطفل. سواء كانت حقوق أسرية أو ماسة بأخلاقه أو سلامته الجسدية.

ولقد أولى المشرع الجزائري الطفل الضحية جانب من الاهتمام لا يستهان به. لذا سنعمد من خلال هذه الورقة إلى قراءة في أحكام الحماية الجنائية للطفل والوقوف عند أهم مظاهرها في قانون العقوبات الجزائري.

### Résumé

La responsabilité de la protection des enfants est le devoir de la famille, la communauté, les gouvernements et les organisations de la société civile. On considère que la législation pénale, qui vise à protéger la société et le citoyen, parmi les moyens juridiques les plus importants, qui veillent à protéger les droits de l'enfant, ce qui impose une sanction pénale pour dissuader les diverses agression sur les droits de l'enfant, que ce soit les droits de la famille ou les droits relatifs à l'intégrité physique ou morale.

Le législateur algérien a donné à l'enfant un grand intérêt dans les textes juridiques et les dispositions générales et punitives en particulier. A cet effet nous allons essayer à travers cette dissertation d'étudier les dispositions de la protection pénale des enfants victimes dans le code pénal algérien.

### مقدمة

إن مرحلة الطفولة هي أهم مرحلة في حياة الإنسان. إلا أن أوضاعها في العصور الأولى والعصور الوسطى كانت توصف بالأوضاع الكئيبة والمزرية. لا يذكر فيها أدنى قيمة للطفل ولحقوقه. أما عن وضعية الطفل في الأديان السماوية فقد كان الإسلام سابقا إلى إقرار حقوق الطفل وحمايتها. ويكفي الطفولة شرفا أن أقسم بها المولى عز وجل في القرآن الكريم في الآيات من 1 إلى 3 من سورة البلد لقوله تعالى: "لَا أَقْسِمُ بِهَذَا الْبَلَدِ \* وَأَنْتَ حِلٌّ بِهَذَا الْبَلَدِ \* وَوَالِدٍ وَمَا وَكَّدَ" ولقد أثبتت الدراسات والأبحاث التربوية مدى خطورة مرحلة الطفولة وتأثيرها في بناء شخصية الإنسان وتحديد اتجاهاته المستقبلية. ولقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن مرحلة الطفولة تبدأ من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه لقوله تعالى: "... وَتَقَرَّرَ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا..."<sup>1</sup> وتنتهي هذه المرحلة بالبلوغ لقوله تعالى: "وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ".

<sup>1</sup> سورة الحج: الآية 5.

أما عن المفهوم القانوني فقد اختلفت القوانين الدولية والداخلية في تحديد المقصود بالطفل على وجه الدقة، وتباينت التشريعات الوطنية لمختلف الدول حول تحديد بداية ونهاية مرحلة الطفولة، وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلحات كثيرة للدلالة على الطفل في النظام القانوني منها: <sup>1</sup> الطفل، <sup>2</sup> القاصر، <sup>3</sup> الحدث، <sup>4</sup> الولد، في حين لم يعرف الطفل في نص صريح وواضح.

وبالنظر للطبيعة البشرية للطفل فالقانون يعتبره شخصا طبيعيا، وهذا الأخير إنسان وهذه النتيجة منصوص عليها في المادة 25 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته." فهذه المادة تلخص الطفل في كونه إنسان، وهو ما اعتمده الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن الأمم المتحدة سنة 1989 في مادتها الأولى لما عرفت الطفل بأنه: "كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه."<sup>5</sup> كما عرفته المادة 20 من الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل المعتمد في أديس أبابا سنة 1990 بقولها: "بموجب هذا الميثاق يقصد بالطفل أي إنسان يقل عمره عن 18 عاما."<sup>6</sup>

ولما كان الطفل يعاني من ضعف قدراته الجسمانية والعقلية إذا قورن بالشخص البالغ، الأمر الذي يسهل لمن تسول له نفسه ارتكاب جريمة ضده أن يُقدم عليها دون أن يخشى فشله في ذلك. الأمر الذي أدى إلى إقرار المواثيق الدولية والتشريعات المقارنة حقوقا له ووسائل رديعية لحمايتها من الانتهاكات، من شأنها أن تقوي مركز الطفل الضعيف جسمانيا وعقليا، وفي ردع من تسول له نفسه الاعتداء عليه، والسبل اللازمة لضمان حماية جنائية من شأنها أن توفر للأطفال حياة آمنة ينعمون فيها برعاية صحية ونفسية واجتماعية، وأن تكفل لهم الأمن على حياتهم وعلى سلامتهم البدنية وتصون لهم أعراضهم وأخلاقهم.

<sup>1</sup> أنظر المواد 314، 317، 320، 321، 327، 442 من القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04/02/2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

<sup>2</sup> أنظر المواد 49، 50، 51، 52، 328، 329 من قانون العقوبات الجزائري  
- أنظر أيضا المواد 134، 38، القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/15/2007 المتضمن القانون المدني.  
- أنظر أيضا 88-99 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27/02/2005.

<sup>3</sup> أنظر المواد من 442-494 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/04/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> أنظر المواد 36 الفقرة 3، 41، 62، 75، 87 وغيرها قانون الأسرة.

<sup>5</sup> مرسوم رئاسي رقم 92/61 مؤرخ في 19 ديسمبر 1992 يتضمن المصادقة على التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل، ج ر عدد 92

<sup>6</sup> مرسوم رئاسي رقم 03-242 مؤرخ 8 جويلية 2003 يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، ج ر 41.

والمشرع الجزائري ليس في منأى عن ذلك، حيث أقر الحماية بشقيها المدنية والجزائية للطفل سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة، قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية، قانون حماية الطفولة.

إلا أننا سنحاول من خلال هذه الورقة التطرق إلى معالم الحماية الجنائية التي خصها المشرع الجزائري للطفل الضحية دون الخوض في الشق المتعلق بالحماية الجنائية للطفل الحدث أو المعتدي، وذلك بالوقوف على بعض مظاهر الحماية الجنائية للطفل في النصوص العقابية والمتعلقة بحقوقه الأسرية (أولا) والجرائم الماسة بأخلاقه (ثانيا)، لنركز في طرحنا على جريمة اختطاف الطفل من خلال قراءة في أحكام قانون العقوبات و التعديلات التي أدخلت عليه بموجب القانون رقم 14-01 (ثالثا). نظرا لاكتساح هذه الظاهرة لمجتمعنا وتهديد أمنه، حيث باتت موضوع العام والخاص من القانونيين وغير القانونيين. وعلى هذا الأساس تقديم هذه الورقة الموسومة ب الحماية الجنائية للطفل على ضوء قانون العقوبات الجزائري لمناقشة الإشكالية التالية: ما مدى نجاعة المنظومة القانونية في الحد من الانتهاكات الماسة بحقوق الطفل؟ وما مدى جابج القوانين لتطور الجريمة ضد الطفل في المجتمع؟ لنخلص في الأخير لتقديم جملة من الاقتراحات التي من شأنها تعزيز مكانة الطفل في المجتمع والقانون وضمان أكبر قدر ممكن من الحقوق.

### أولا: مظاهر الحماية الجنائية للطفل في النصوص العقابية

لا يسعنا في هذا المقام الوقوف على جميع الجرائم الماسة بحقوق الطفل لذا سنحاول التطرق إلى أهم هذه الجرائم والتي من شأنها المساس بالحقوق الأسرية للطفل وبأخلاقه على النحو الآتي بيانه:

#### 1/ الحماية الجنائية للحقوق الأسرية للطفل

نصت المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في البند الثالث على أن: " الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة. " فالأسرة هي الدعامة الأولى في بناء الدولة، وحصول الإنسان على حقوقه فيها من الأهمية بما كان، إذ هي المدرسة الأولى التي يتعلم فيها المواطن معنى الحقوق والواجبات.

فالطفل وهو في كنف الأسرة يتمتع بجملة من الحقوق أقرتها له الشريعة الإسلامية ومن بعدها المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، فهي بذلك واجبات والتزامات تقع على عاتق الأولياء أو من يقوم مقامهم تفرض عليهم الرعاية والاهتمام بالطفل، وتواجههم بجملة من الوسائل الردعية في حال عدم تنفيذهم أو تقصيرهم في أداء التزاماتهم، وسنتطرق إلى بعض الحقوق والحماية الجنائية المقررة لها حال الاعتداء عليها.

## 1-1 الحماية الجنائية لحق الطفل في الرعاية

لقد حرص المشرع الجزائري على رعاية الطفل اجتماعيا. واتخذ لأجل ذلك خطوات جادة كتقريره الحق في التعليم وجعله مجانيا في جميع أطواره<sup>1</sup>. وتقع على الأولياء مسؤولية مشتركة في رعاية الأبناء من إحسان تربيتهم. ونموهم العقلي والبدني. وينصرف هذا الحق إلى كل من يخل محل الوالدين من المسؤولين عن رعاية الطفل والقيام على مصالحه. لأن الإهمال في تربية الأطفال هو إفساد لأخلاقهم.

ولقد نصت المادة الثالثة الفقرة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل على أن: "تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهيته. مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانونيا عنه. وتتخذ تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة."

كما تنص المادة 5 من الاتفاقية على أن: "تتكرم الدول الأطراف مسؤوليات وحقوق وواجبات الوالدين أو عند الاقتضاء أعضاء الأسرة الموسعة أو الجماعة. حسبما ينص عليه العرف المحلي. أو الأوصياء أو غيرهم من الأشخاص المؤهلين قانونا عن الطفل. في أن يوفرها بطريقة تتفق مع قدرات الطفل المتطورة التوجيه والإرشاد الملائمين عند ممارسة الطفل الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية." فنص المادة يؤكد على وجوب الرعاية وجعل واجبات الوالدين اتجاه الطفل وفق ما ينص عليه العرف المحلي لكل بلد وتعترف بنزع الولاية من الأولياء الذين يسيئون معاملة أبنائهم متى كان ضروريا لصون مصالح الطفل<sup>2</sup>.

وهو ما تضمنته المادة 357 ف3 قانون العقوبات الفرنسي بأن تعاقب الأب أو الأم اللذين يهملان في الرعاية الصحية لأطفالهم بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وغرامة مالية. كما تضمنت المادة 378 ف1 من القانون المدني الفرنسي على حرمان الأب والأم من السلطة الأبوية متى صدر الحكم جنائيا ضد أيهما نتيجة للتقصير في العناية اللازمة للطفولة.

و في هذا الشأن نصت المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري على أن: "كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب على مجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

<sup>1</sup> أنظر المادة 53 من الدستور الجزائري. لسنة 1996.

<sup>2</sup> علي القصير: الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري. اطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم. كلية الحقوق. جامعة الحاج لخضر باتنة. 2008. ص 70.

فإذا نشأ عن الترك أو التعويض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز عشرين يوماً فيكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

وإذا حدث للطفل أو للعاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات.

وإذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت فتكون العقوبة هي السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة.<sup>1</sup>

و قد شدد المشرع العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة من أصول الطفل أو من له سلطة عليه أو من يتولون رعايته بحيث تصبح العقوبة للحبس من سنتين إلى خمس سنوات كل من ترك طفلاً غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان خال من الناس أو حمل الغير على ذلك .

السجن من خمسة إلى عشر سنوات إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة عشرون يوماً.

السجن من عشر إلى عشرون سنة إذا حدث للطفل عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.

السجن المؤبد إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت<sup>1</sup>.

ويميز القانون بين عقوبة ترك الطفل في مكان خال من الناس و بين تركه في مكان أهل معمور بالناس بحيث:

يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة كل من ترك طفل غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضة للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك و تتراوح العقوبة بين الحبس ستة أشهر و سنتين إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز عشرون يوماً. أما إذا حدث للطفل بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة تصبح العقوبة هي الحبس لسنتين كحد أدنى و خمس سنوات كحد أقصى و إذا أدى ذلك إلى الوفاة فتكون العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات<sup>2</sup>.

كما شدد المشرع الجزائري العقوبة أيضاً في حالة الترك أو الإهمال في مكان غير خال من الناس إذا كان مرتكب الجريمة من أصول الطفل أو من يتولون رعايته لتتراوح العقوبة بين الحبس

<sup>1</sup> أنظر المادة 315 ق.ع.ج

<sup>2</sup> أنظر المادة 316 ق.ع.ج.

الحماية الجنائية للطفل على ضوء قانون العقوبات الجزائري \_\_\_\_\_ أ. زهور دقايشية

لستة أشهر كأدنى حد للعقوبة و السجن عشرون سنة كأقصى حد للعقوبة في حالاتها الأربع المذكورة أنفا<sup>1</sup>.

هذا و يحمي المشرع الجزائري من خلال نصوصه العقابية الطفل من جرائم تخريض الأبوين للتخلي عن الطفل المولود أو الذي سيولد و ذلك بنية الحصول على فائدة<sup>2</sup>. و كل من ارتكب الجرائم السابق ذكرها يجرم من الاستفادة من الفترة الأمنية<sup>3</sup> و يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة و الوضع في الورشات الخارجية أو البيئية المفتوحة وإجازات الخروج و الحرية النصفية الإفراج المشروط<sup>4</sup>. كما قرر المشرع الجزائري حماية لحق الطفل في الرعاية و كل ما يتعلق بها من حقوق مادية ومعنوية. فبموجب المادة 330 الفقرة 1 يعاقب أحد الزوجين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين يتخلى فيها عن كامل التزاماته المادية والأدبية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية والعقوبة هي من شهر إلى سنة وغرامة مالية تتراوح بين 25000 دج و 100000 دج .

ويتضح من نص المادة المذكورة أنفا أن الجريمة تشمل عدة أركان تتمثل في:

\* ترك مقر الأسرة لمدة تزيد عن الشهرين.

\* وجود طفل أو على الأقل العلم بأن الزوجة حامل.

عدم تنفيذ الالتزامات العائلية وهي:

- التزامات مادية تتمثل في النفقة المنصوص عليها في المادة 75 قانون الأسرة.

- التزامات أدبية تتمثل في رعاية الطفل بالإشراف على تربيته<sup>5</sup>.

وهو الأمر الذي قضت به المحكمة العليا في القرار 228139 الصادر بتاريخ 16/11/1999 بقولها: "متى تبين في قضية الحال أن الطاعن قد حكم عليه بالنفقة لابنتيه إلا أن رغم إلزامه بالدفع امتنع عن ذلك لمدة تتجاوز الشهرين. ولما تمت إدانته بجنحة الإهمال العائلي والحكم عليه بالحبس والغرامة. فإن القرار المطعون فيه قد طبق القانون تطبيقا صحيحا"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 317 ق.ع.ج.

<sup>2</sup> أنظر المادة 320 ق.ع.ج.

<sup>3</sup> أنظر المادة 320 مكرر ق.ع.ج.

<sup>4</sup> أنظر المادة 60 مكرر ق.ع.ج.

<sup>5</sup> بلقاسم سويقات: الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري. مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق. جامعة قاصدي

مرياح. ورقلة، 2011، ص 102.

<sup>6</sup> المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 2000، الديوان الوطني للأشغال، 2001، ص 227.

أما عن جريمة الإهمال المعنوي التي تمس بحق الطفل في الرعاية فقد حصرها المشرع الجزائري بموجب المادة 330 فقرة 3 في ثلاث حالات وهي:

- تعريض صحة الطفل للخطر.
- تعريض أمن الطفل للخطر.
- تعريض خلق الطفل للخطر.

وباستقراء نص المادة نستخلص أن الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي يتكون من العناصر التالية:

- توافر صفة الأب أو الأم ، ويدخل في ذلك الكافل للطفل القاصر طبقا للمادة 116 قانون الأسرة.
- أعمال الإهمال وهي حسب نص المادة المذكورة أعلاه:
- إساءة معاملة الطفل أو أن يكون مثلا سيئا له لاعتياده السكر أو سوء السلوك.
- أن يهمل رعايته أو أن لا يقوم بالإشراف الضروري عليه.
- تعريض صحة وأمن وأخلاق الطفل للخطر الجسيم.

وقرر لها عقوبة الحبس من شهرين إلى سنة واحدة وغرامة من 250000 دج إلى 100000 دج. في حين لم يشترط القانون القصد الجنائي لقيام الجريمة فإنها تقضي أن يكون الجاني واعي لخطورة تقصيره في أداء واجباته العائلية<sup>1</sup>.

## 1-2 الحماية الجنائية لحق الطفل في النفقة

إن النفقة على الطفل ضرورة حتمية يفرضها الشرع ويثيب عليها الإنسان المسلم حتى لا يضيع الطفل ويتعرض للتشرد. ولكن تلك الضرورة بقدرها. أي في غير إسراف. حتى لا يفسد الطفل من الترف والتدليل<sup>2</sup>. لقوله عز وجل: "وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا"<sup>3</sup>.

فالطفل له الحق في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والديني والاجتماعي. ويثبت هذا الحق للطفل على أبيه<sup>4</sup>. ثم على غيره من أقاربه الموسرين. وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية. ويمتد هذا الحق للذكر حتى يصبح قادرا على الكسب. والأنثى حتى تتزوج أو تستغني بكسبها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2009، ص158.

<sup>2</sup> خديجة النبراي: حقوق الإنسان في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 2006، ص40.

<sup>3</sup> سورة الفرقان: الآية 67.

<sup>4</sup> Guide des droits de l'enfant voir le site [www.unicef.org/morocco/.../guide\\_droits\\_des\\_enfants](http://www.unicef.org/morocco/.../guide_droits_des_enfants). consulté le 15-10-2015 à 19:57.

<sup>5</sup> خديجة النبراي المرجع السابق، ص 41.

فهو بذلك في حاجة لمن يحتضنه وينفق عليه ويوفر له ضروريات الحياة من مأكّل وملبس ومسكن، ويكفيه ذل سؤال الغير، ومهانة الاحتياج، ويلتزم الأب بالنفقة ولو كان معسرا، ونظرا لأهمية النفقة وتأثيرها في البناء النفسي للطفل والاستقرار الأسري أولى المشرع الجزائري النفقة القضائية بحماية جنائية في حال الامتناع عن دفعها، حيث تنص المادة 331 قانون العقوبات الجزائري عل أنه: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا في أية حالة من الأحوال".  
فمن خلال هذا النص يتبين لنا أن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك سلبي بالامتناع عمدا عن دفع نفقة الطفل المحضون لمدة تتجاوز الشهرين<sup>1</sup>.

ويتضمن الركن المادي للجريمة عنصريين:

- وجود حكم قضائي بأداء النفقة: وفي هذا الصدد تأخذ عبارة "حكم" بمفهومها الواسع لتشمل الحكم الصادر عن المحكمة، والقرار الصادر عن مجلس استئناف أو الأمر الصادر عن رئيس المحكمة<sup>2</sup>.

- الامتناع عن أداء النفقة لمدة تتجاوز الشهرين.

أما بالنسبة للركن المعنوي فيتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى عدم دفع النفقة مع علمه بصدور الحكم القضائي الواجب النفاذ في الأجل المحدد.

بالإضافة إلى أن هذه الجريمة مستمرة ولا تخضع لقواعد التقادم، فهي جريمة لا يشترط لتحريك الدعوى العمومية فيها شكوى، كما أن هذه الجريمة تبقى قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الطفل يعيش معه، ويتكفل بكل مستلزماته وإن أثبت ذلك بواسطة محضر قضائي، حيث قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1999/11/16 تحت رقم 228139 بأن: "قضاة الموضوع لما استبعدوا هذا المحضر كون الحضانة مازالت في ذمة المطعون ضدها، وألزموا المتهم بدفع مبلغ النفقة مع معاقبته بعقوبة جزائية لم يخالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب الرفض".

<sup>1</sup> بلقاسم السويقات: المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup> احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 160.

وفي هذا الشأن جُن مع الرأي القائل بأن المدة التي حددها المشرع الجزائري لقيام الجريمة هي مدة طويلة بإمكانها أن تلحق ضررا جسيما بصحة الطفل وربما بحياته، والأجدر أن تحدد بمرور شهر واحد على أقصى تقدير<sup>1</sup>.

### 3- الحماية الجنائية لحق التأديب

يعتبر تأديب الطفل ملازما لحق الولاية الذي يمارسه الآباء على أولادهم والمسؤولية عن تربية الطفل، لذلك استقرت النظم القانونية المقارنة على منح الأب حق تأديب الطفل بغية تهذيب أخلاقه، هذا وقد أبحاث المادة 39 فقرة 01 من قانون العقوبات الجزائري وبصورة ضمنية التأديب ضمن ما يتيح العرف العام<sup>2</sup>.

ويكون التأديب مشروعاً إذا كان بقصد التهذيب والتعليم، أما إذا استهدف التأديب الانتقام من الصغير أو من ذويه فهنا تقوم المسؤولية الجنائية كاملة، واستعمال حق التأديب كسبب من أسباب الإباحة يخضع لضوابط منها:

- أن يكون الحق موجودا.

- يجب التزام حدود الحق.

- توافر حسن النية.

لذا سنتطرق لحالة تأديب الولي وحالة تأديب المعلم وفقا لمايلي:

#### أ: حالة تأديب الوالدين.

إن حق تأديب الطفل يتعلق بالولاية على النفس، ويتعين أن تتوافر فيه الشروط التالية:

- أن يكون حق تأديب للأب أو الأم أو الوصي.

- أن يكون هذا الحق بقصد التهذيب أو التأديب، فإذا خرج عن مضمونه استوجب الفعل المساءلة.

- أن تكون الوسيلة المستعملة في التأديب معقولة أي يتعين أن يكون الضرب خفيفا.

فإذا تجاوز أحد الوالدين هذه الشروط وقع الفعل تحت نص التجريم وتوقع على مرتكبه

العقوبات المقررة قانونا<sup>3</sup>.

وقد نصت المادة 269 ق.ع على أنه: "كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا يتجاوز سنه

السادسة عشرة أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو

ارتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب

بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج."

<sup>1</sup> بلفاسم سويقات: المرجع السابق، ص 106.

<sup>2</sup> مروك نصر الدين: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني

للأشغال التربوية، ط 1، 2003، ص 220.

<sup>3</sup> علي القصير: المرجع السابق، ص 76.

كما نصت المادة 270 ق.ع على أنه: "إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان المشار إليه في المادة السابقة مرض أو عدم القدرة على الحركة أو عجز كلي عن العمل لأكثر من خمسة عشر يوماً، أو إذا وجد سبق إصرار، أو ترصد فتكون العقوبة الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات والغرامة من 500 إلى 6.000 دج.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر".

#### ب: حالة تأديب المعلم

إذا كان فعل التأديب بإذن الولي أو الوصي قلا تقوم مسؤولية المعلم، لأن المسؤولية عند التأديب على الولي أو الوصي فلا تبعة على المعلم لضرورة التعليم، بشرط ألا يترتب عن هذا الحق أي ضرر أو تلف بحيث لا يتصور أن يؤدي التأديب المباح إلى إيذاء الطفل أذى بالغاً جرحه أو قتله، فإذا خرج التأديب عن حدوده، فيعد تجاوزاً، والتجاوز يسأل عنه المؤدب<sup>1</sup>، وتقوم مسؤوليته لتمام أركان الجريمة بتوافر القصد الجنائي فيها ألا وهو العمد وانطواء ركنها المادي على فعل العدوان، كأن يضرب المعلم الطفل ضرباً مبرحاً يؤدي إلى قتله أو إلى إحداث عاهة مستديمة به انتقاماً من الأب أو الجد أو الوصي الذي عهد بالطفل إليه.

ويجوز عموماً للولي أو الوصي عن الطفل أن يأذن للمعلم بمراقبة الطفل وتأديبه فلا يحتاج المعلم في كل مرة إلى الولي عند وجود ضرورة للتأديب، فهذا الأخير مصاحب للمراقبة على الطفل، فإذا انتقلت الرقابة عليه من وليه إلى شخص آخر كالمعلم مثلاً انتقل بالضرورة حق التأديب معها<sup>2</sup>، وتعتبر الأضرار الناجمة عن العقاب البدني خطأً شخصياً يتحمل المتسبب فيه كامل المسؤولية من الناحية المدنية والجزائية، ولا يمكن لإدارة التربية أن تحل محل الموظف المعني في تحمل تبعاتها، وبذلك فإن المعلم الذي يتجاوز حدود التأديب يتابع طبقاً للقواعد العامة<sup>3</sup>.

#### ثانياً: الحماية الجنائية للطفل من الجرائم الماسة بالأخلاق

تتعدد الجرائم الماسة بالأخلاق التي يرتكبها الجناة في حق الطفل من الجرائم العرض وجرائم البغاء أو التحرش الاستغلال الجنسيين وبذلك تتخذ وسائل الحماية الجزائية التي أقرها المشرع الجزائري لحق الطفل في صيانة عرضه صور عدة سنحاول إيجازها كالتالي:

<sup>1</sup> إبراهيم الشياسي: الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار الكتاب اللبناني، 1981، ص 170.

<sup>2</sup> علي القصير: المرجع السابق، ص 77.

<sup>3</sup> مانع علي: الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، عدد 1 لسنة 2001، ص 41.

## 1- الحماية الجنائية للطفل من جرائم العرض

### 1-1 جريمة هتك العرض:

لم يعرف المشرع الجزائري هتك للعرض أو ما يصطلح عليه بالاغتصاب في حين يستشف مفهوم هتك العرض من بعض التشريعات العربية أن هتك العرض هو واقعة أنثى بغير رضاها سواء بالإكراه أو بالتهديد أو بالحيلة<sup>1</sup>.

وعليه لا تقوم جريمة هتك العرض إلا بتوافر ثلاثة شروط:

- فعل الوقاع: ويتحقق بأن يوطئ الرجل الأنثى<sup>2</sup>.

- انعدام رضا الأنثى: باستعمال العنف مادي أو المعنوي كالتهديد ويعتبر عدم التمييز صورة من صور عدم الرضا.

وبقصد توفير حماية جنائية صارمة للطفل شدد المشرع الجزائري من العقوبة المقررة لجريمة هتك العرض إذا وقعت ضد قاصر لم تكمل الثامنة عشر من عمرها. وجعل بذلك سن الضحية ظرف مشددا بحيث تتراوح العقوبة بين 10 سنوات سجنا كحد أدنى و 20 سنة كأقصى حد<sup>3</sup>. لتصل العقوبة إلى السجن المؤبد (وهو ما يؤكد خطورة الفعل). إذا كان الفاعل من أصول الطفلة (القاصرة) أو من لهم السلطة عليها أو كان من معلمها أو من يخدموها أو كان موظفا أو من رجال الدين أو كان الجاني قد استعان على فعلته بشخص أو أكثر<sup>4</sup>.

### 2-1 الفعل المخل بالحياء المرتكب بالعنف

يقصد بالفعل المخل بالحياء كل فعل يمارس على جسم الإنسان سواء كان ذكر أو أنثى ويكون من شأنه أن يشكل إخلالا بالآداب وسواء كان ذلك علنية أو في الخفاء<sup>5</sup>.

وقد جرم المشرع الجزائري هذا الفعل بموجب المادة 335 ق.ع.ج وميز بينه وبين هتك العرض في نقطتين هامتين هما:

- أن هتك العرض لا يقع إلا على الأنثى بينما يقع الفعل المخل بالحياء على الذكر والأنثى على حد سواء.

- أن هتك العرض لا يقع إلا بالوطء في حين يشمل الفعل المخل بالحياء كل الأفعال الماسة بالعرض ماعدا الوقاع<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> أحمد محمد أحمد: الجرائم المخلة بالآداب العامة، دار الفكر والقانون، مصر، 2009، ص 05.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي: جريمة الزنا، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 83.

<sup>3</sup> أنظر المادة 336 فقرة 2 ق.ع.ج.

<sup>4</sup> أنظر المادة 337 ق.ع.ج.

<sup>5</sup> احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص 99.

<sup>6</sup> بلقاسم سويقات: المرجع السابق، ص 85.

ويعتبر صغر سن الجاني عليه الذي لم يتجاوز 16 سنة ظرفا مشددا حيث يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة<sup>1</sup>.

وترفع العقوبة إلى السجن المؤبد إذا كان الفاعل من أصول الطفل القاصر أو من رجال الدين أو كان الجاني قد استعان على فعلته بشخص أو أكثر<sup>2</sup>.  
فنظرا لخطورة الفعل المرتكب والذي يمكن أن يحدث تأثيرا بالغيا في نفسية الطفل واجهه المشرع الجزائري وأعطاه وصف الجنائية وألزمه بأقصى الجزاءات إيمانا منه بالضرورة الحتمية لحماية عرض الطفل، وفي هذا الشأن نصت المادة 35 فقرة 02 من ق ع ج على أنه: "إذا وقعت الجريمة (الفعل المخل بالحياء) على قاصر لم يكمل السادسة عشر يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرون سنة".

## 2- الحماية الجنائية للطفل من التحريض على الفسق والدعارة

تحت هذا العنوان هدف المشرع إلى حماية الطفل من الفساد، ولم تقتصر الحماية على معاقبة الجاني على اعتدائه جنسيا على الطفل بل أن السماح له بدخول الحانات وتحريضه على تناول الخمر أو مشاهدة الأفلام الخليعة يعد فعلا من شأنه تعريض أخلاقه للفساد

### 2-1 جريمة تحريض طفل على الفسق وفساد الأخلاق

نصت المادة 342 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "كل من حرص قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له ولو بصفة عرضية يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج.

ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها بالعقوبات المقررة للجريمة التامة".

فجريمة التحريض على الفسق وفساد الأخلاق تأخذ وصفين:

- صورة الجريمة العرضية

- صورة الاعتياذ إذ يشترط الاعتياذ إذا كان الطفل قاصر ولم يكمل 18 سنة.

غير أن كل من الصورتين تشتركان في الأركان التالية:

الركن المادي: يتمثل في تحريض الطفل على أعمال الفسق وفساد الأخلاق أو تشجيعه أو مساعدته على ذلك سواء بالقول أو غيره بغض النظر عن الوسيلة المستعملة من طرف المحرض

<sup>1</sup> أنظر المادة 335 فقرة 2 ق.ع.ج.

<sup>2</sup> أنظر المادة 337 ق.ع.ج.

الحماية الجنائية للطفل على ضوء قانون العقوبات الجزائري \_\_\_\_\_ أ. زهور دقايشية

ليمهد له طريقا للفسق ويزين له ذلك بالهدايا ويتوفر هذا الركن بمجرد وقوع فعل التحريض سواء حُققَت النتيجة أو لم يتحقق الغرض من فعل التحريض<sup>1</sup>.

**الركن المعنوي:** هو القصد. والقصد المطلوب في مثل هذه الجريمة هو القصد العام المستخلص من علم المتهم بأن ما يقوم به من تحريض من شأنه أن يؤدي بالطفل إلى الدخول مطبة الفسق وفساد الأخلاق. كما أن الشروع في فعل التحريض يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون<sup>2</sup>.

ويتعرض كل من ثبتت ضده الجريمة إلى عقوبة الحبس من 5 إلى 10 سنوات وغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج.

## 2-2 جريمة تحريض الطفل على أعمال الدعارة

يقصد بتحريض الطفل على الدعارة كل فعل من شأنه التأثير على نفسيته أو إقناعه على مباشرة هذا الفعل أو تسهيله له أو مساعدته على ارتكابه. وذلك بعرض جسده على الغير لإشباع شهواتهم الجنسية بمقابل. سواء كان الطفل ذكرا أو أنثى.

فالمشرع الجزائري وبموجب المادة 344 ق.ع جعل من سن الطفل ظرفا لتشديد العقوبة فإذا كانت العقوبة المقررة لجنحة التحريض على الدعارة من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 20000 دج إلى 50000 دج فإن الجزاء المقرر للأفعال المنصوص عليها في المادة 344 ق.ع ج على طفل لم يكتمل 18 سنة الحبس من 5 إلى 10 سنوات وغرامة مالية تتراوح بين 20000 دج و200000 دج.

أما على الصعيد الدولي فقد تصدت الاتفاقيات العالمية لحقوق الطفل إلى مثل هذه الجرائم التي من شأنها تحريض طفل على البغاء. حيث نصت المادة 19 الفقرة 1 من الاتفاقية العالمية لحقوق الطفل على ضرورة اتخاذ التدابير الخاصة بعدم الإساءة إلى الطفل. وبذ كل ما يمس حياته الجنسية وهي في رعاية الوالي أو الوصي أو أي شخص آخر. ودعت الضرورة إلى اتخاذ إجراءات للتحقيق في مسائل تخص هذا الجانب. وكذلك ضرورة تدخل القضاء عند اللزوم في حالة ثبوت الإساءة الجنسية له.

كما منعت المادة 33 من اتفاقية حماية الطفل جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي وإكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع. ومنع استخدام أو استغلال الطفل في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة. ودعت نفس المادة إلى

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد: الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات. الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ص 84.

<sup>2</sup> أنظر المادة 342 الفقرة 2.

الحماية الجنائية للطفل على ضوء قانون العقوبات الجزائري \_\_\_\_\_ أ. زهور دقايشية

ضرورة اتخاذ التدابير المناسبة سواء التشجيعية أو الإدارية أو الاجتماعية أو التربوية لوقاية الطفل من الاستخدام غير المشروع للمواد المخدرة والمواد المؤثرة على العقل.

كما ورد في منشور عن اليونيسيف سنة 1991: "أن أي صورة أو قصة أو أي حدث يعرض للصوصية والكذب، الكيل، الخيانة، البغضاء، والفسق وكل الأعمال التي تعتبر جرائم أو جنح أو التي من شأنها أن تخطم أخلاق الطفل من الضروري وضعها تحت الرقابة."<sup>1</sup>

### 3 جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الأنترنت

لقد أصبحت الأنترنت بسبب عوامل التقدم والتطور، أداة لنشر وبث العديد من الصور والمحتويات التي تتضمن مختلف الإعتداءات والأعمال غير المشروعة، فهناك الصور الإباحية والمواد الخادشة للحياء العام والمخلّة بالأخلاق والآداب العامة، حيث يتضح من هذه الصور أن الأطفال ضحايا جرائم الأنترنت هم طائفتان:

**الطائفة الأولى:** وهم أطفال يتم تداول صور الإعتداء عليهم من قبل مرتكبي الجرائم الجنسية عن طريق الشبكات التجارية، وهم في المقام الأول ضحايا داخل الأسرة حيث الإهمال والفرق وسوء المعاملة.

**الطائفة الثانية:** وهم أطفال يتعرضون للتحريض أو التهديدات بالتقاط صور لهم من لقطات فيديو من أجل الاتجار بها لأغراض الربح، ويؤكد ذلك مدى الإساءة الموجهة للأطفال في بيئة الأنترنت من اعتداءات وتهديدات ومن ثم جرائم.<sup>2</sup>

ونظرا لتزايد مخاطر المواد الإباحية وتوجيهها نحو الطفل، أخذ المجتمع الدولي بالتدخل لوضع حد لها، فعمل على تعزيز التعاون بين الدول لمكافحة الأخطار المتزايدة لهذه الجرائم، وذلك تماشيا مع اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، لاسيما المادة 34 منه التي نصت على أن تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال والانتهاك الجنسي، ولهذه الأغراض تتخذ الدول الأطراف بوجه خاص جميع التدابير الملائمة لمنع:

1- حمل أو إكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع.

2- الاستخدام الاستغلالي للأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات غير الشرعية.

3- الاستخدام الاستغلالي للأطفال في العروض والمواد الداعرة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> علي القصير: المرجع السابق، ص 94.

<sup>2</sup> أكمل يوسف السعيد يوسف: المسؤولية الجنائية لمقدمي المواد الإباحية للأطفال عبر الأنترنت، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2011، ص 5.

<sup>3</sup> Pansier Frédéric Jérane et Jez Emmanuel, La criminalité sur l'Internet Que sais je ? P U F, p86.

إضافة إلى عقد مؤتمر دولي لمكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال عام 1999 بفيينا والذي جاء ببعض التوصيات لعل أهمها:

- تشجيع وضع قواعد للسلوك من قبل مقدمي خدمة الانترنت.
- التشجيع على إنشاء مواقع للمواطنين للإبلاغ عن المواقع الإباحية للأطفال عبر الانترنت.
- ضرورة قيام المشرع الوطني بإصدار تشريعات تتعلق بتجريم التجارة الجنسية على الانترنت لغرض توفير الحماية القانونية للطفل. هذا وإن على الدولة أن تضع قواعد تناول تعريفا ولو محددًا لهذه الجريمة يأخذ بعين الاعتبار الحيازة العمدية لصور الطفل والتصرف فيها.
- الدعوة إلى إنشاء وحدات دولية مخصصة لمكافحة جريمة الاستغلال الجنسي للطفل عبر الانترنت وإعادة برنامج تدريب خاص للتأهيل في هذا المجال.

وعلى المستوى الأوروبي أطلق الإتحاد الأوروبي عام 1996 ورقة اتصالات في المحتوى غير الشرعي والضرار. سميت بالورقة الخضراء لحماية القاصرين وشرف الإنسان من المحتوى غير الشرعي والاستغلال الجنسي عن طريق الانترنت. ولم يتوقف عند هذا الحد بل ظل يؤكد على ضرورة محاربة المواد الإباحية المتعلقة بالطفل عبر الأنترنت. والذي كان بدوره موضوعا للاجتماع الدولي لخبراء الأنتربول بفرنسا سنة 1999.<sup>1</sup>

أما عن موقف المشرع الجزائري. فلا يوجد نص صريح في قانون العقوبات يجرم هذا النوع من الاستغلال. ومع ذلك فإنه يعاقب كل من صنع أو حاز أو استورد أو سعى في استيراد من أجل التجارة أو وزع أو أجر أو لصق أو أقام معرضا أو عرض أو شرع في العرض للجمهور. أو باع أو شرع في البيع أو وزع أو شرع في التوزيع كل مطبوع أو محرر أو رسم أو إعلان أو صورة أو لوحات زيتية أو صورة فوتوغرافية أو أصل الصورة أو قالبها. أو أنتج أي شيء مخل بالحياء بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج.<sup>2</sup> معتبرا ذلك انتهاكا للآداب العامة.<sup>3</sup>

وهذه الصورة من الحماية غير كافية في مواجهة الاستغلال الجنسي للأطفال. لاسيما في مواجهة التقنية العالمية والانترنت. والتي قد تعرض الطفل للأجراف. أو أن يكون محلا لهذا الاستغلال الجنسي. الأمر الذي يستلزم معه ضرورة قيام المشرع بإصدار قوانين قادرة على احتواء هذه التقنية والإلزام بجميع مظاهر هذه الجريمة.

<sup>1</sup> رشا خليل: جرائم الاستغلال الجنسي للأطفال عبر الأنترنت. مجلة الفتح. العدد السابع والعشرون. كلية القانون. جامعة ديالى. العراق. 2006. ص ص 4-5.

<sup>2</sup> أنظر المادة 333 مكرر ق ع ج

<sup>3</sup> سويقات بلقاسم: المرجع السابق. ص 93.

### ثالثا: جريمة اختطاف طفل

الاختطاف هو انتزاع قاصر (طفل لم يبلغ بعد سن الرشد) من حضانة الوالدين الشرعيين للطفل أو الأوصياء الموكلين قانونا برعايته دون وجه حق. هو الأخذ غير المصرح به للطفل من عهدة الآباء الطبيعيين أو الأوصياء المعنويين قانونا. ويمكن تصنيف مصطلح اختطاف الأطفال إلى مجموعتين قانونيتين واجتماعيتين. حيث تختلف كل منهما باختلاف مرتكبيها. وهما: الاختطاف على أيدي أحد أفراد أسرة الطفل أو الاختطاف الذي يقوم به غريب.

- **اختطاف الأطفال على أيدي أحد الوالدين:** تتمثل في انتزاع حضانة طفل دون وجه حق يقوم بها أحد أقربائه (عادة أحد الولدين) دون توافق بين الوالدين. بما يتنافى مع أحكام قانون الأسرة. ويحدث هذا النوع في حال انفصال أو طلاق بين الوالدين. وقد يضم هذا النوع من الاختطاف الأسري أو الأبوي الاغتراب عن أحد الوالدين. وهو شكل من أشكال الاعتداء على الأطفال بهدف فصل الطفل عن الوالد المستهدف.<sup>1</sup>

- **الاختطاف الذي يقوم به مجموعة من الغرباء** (من خارج أفراد الأسرة أو الأوصياء الشرعيين أو القانونيين) الذين يقومون بإبعاد طفل لأغراض إجرامية قد يكون من بينها:

- \* الابتزاز للحصول على فدية من الأوصياء في مقابل عودة الطفل.
- \* التبني غير القانوني. حيث يقوم شخص غريب بخطف طفل بقصد تربيته أو بيعه لأحد الوالدين غير الشرعيين.
- \* الاتجار بالأطفال أو تجارة الأعضاء.
- \* التحرش الجنسي.
- \* القتل.

ونظرا لخطورة جرائم الاختطاف التي ترتكب من الغرباء. سنركز دراستنا على هذا النوع من جرائم الاختطاف المرتكبة ضد الأطفال من الغرباء دون الخوض في تلك التي يكون أحد الوالدين فاعلا أصليا فيها. وذلك بالوقوف على موقف المشرع الجزائري من هذه الجريمة من خلال قراءة في أحكام قانون العقوبات قبل تعديله (1). ومدى تجاوب هذه الأحكام لتطور الجريمة ضد الأطفال في المجتمع من خلال دراسة مدى فعالية التعديلات التي أدخلت على قانون العقوبات في هذا الشأن (2).

<sup>1</sup> أنظر المادة 328 ق ع ج.

## 1/ جريمة إختطاف الطفل في قانون العقوبات الجزائري قبل تعديل 2014

يعاقب المشرع كل من خطف أو أبعده قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تخايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار.

وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعده من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله.<sup>1</sup>

وعليه فإنه لا يشترط لقيام الجريمة المنصوص عليها أن يتم إبعاد القاصر بل تقوم حتى في حال ما إذا رافق القاصر الجاني بمحض إرادته.

وسنحاول التطرق لأركان هذه الجريمة في القانون الجزائري قبل تعديله

### 1-1 أركان الجريمة:

تقوم الجريمة على توافر ركنين وشرط أولي يتعلق بالضحية، بحيث تشترط المادة 326 ق.ع.ج أن يكون الضحية قاصر لم يكمل سن 18 من عمره.

#### أ/ الركن المادي:

- **فعل الخطف:** وهو إبعاد الطفل القاصر عن المكان الذي يوجد فيه ونقله إلى مكان آخر. سواء كان الإبعاد عن الوسط الذي يعيش فيه أو حتى المكان الذي من المعتاد أن يجلس في الطفل. غير أن إبعاد الشخص من مكان وجوده لا يكفي لاكتمال الركن المادي في الجريمة. وإن كان من الأعمال التنفيذية لها. وإنما يلزم بالإضافة إليه نقل الشخص إلى مكان آخر يخفى فيه عن أهله وبناء على ذلك فإنه إذا اختطف شخصا من بيته في سيارة وانتقلت به بسرعة فلاحقتها أسرة هذا القاصر واسترداده اعتبرت الواقعة شروعا في الخطف لا خطفا تاما.<sup>2</sup>

- **مدة الغياب أو الإبعاد:** عنصر لا يستهان به لتحديد الجريمة. فالفقه الفرنسي بوجه عام يتفق على أنه الغياب ليلة واحدة يكفي لقيام الجريمة.<sup>3</sup> في حين لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة. وبذلك سواء كان الإبعاد لساعة أو ليلة فإنه يكفي لقيام الإبعاد. وفي هذا الصدد يمكن القول أن القانون يعاقب على التحويل التام كما يعاقب على الشروع فيه.

- **يجب أن يتم الإبعاد بدون عنف أو تهديد أو تخايل.** أما إذا تم الخطف أو الإبعاد بالعنف أو بالتهديد أو بالتخايل فإن وصف الجريمة يتحول من جنحة إلى جناية وتطبق عليه العقوبات

<sup>1</sup> أنظر المادة 326 ق ع ج.

<sup>2</sup> رمسيس بهام: قانون العقوبات-جرائم القسم الخاص- منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. 1999. ص 1015.

<sup>3</sup> احسن بوسقيعة: المرجع السابق. ص 189.

المقررة بموجب نص المادة 293 مكرر التي لا تميز بين الضحية القاصر أو البالغ، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي جرم خطف القاصر أو إبعاده بالعنف أو التهديد أو التحايل جريماً خاصاً. الأمر الذي كان يعاب على المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون العقوبات<sup>1</sup>.

فجريمة اختطاف الطفل دون عنف أو تحايل من الجرائم المادية، والضرر فيها هو حرمان الطفل من بيئته الطبيعية التي يوجد فيها مع ذويه وحرمان أهله من رعايته.

وتجدر الإشارة إلى أن الاختطاف أو الإبعاد تؤديان نفس المعنى تقريبا، فاختطاف الطفل يتمثل في أخذه من الأشخاص الذين يتولون حراسته ويتحقق بنقله عمداً من المكان الذي يوجد فيه إلى مكان آخر، حتى وإن تم ذلك برضاها.

في حين يتمثل الإبعاد أساساً في عدم تسليم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به أو في حضانته، ويقتضي الإبعاد نقل الطفل من مكان إقامته العادية أو من المكان الذي يتواجد فيه تحت من يمارس عليه سلطة الرقابة.

#### ب/ الركن المعنوي:

يتمثل الركن المعنوي في هذه الجريمة في القصد الجنائي الخاص أي انصراف إرادة المتهم إلى إبعاد الطفل عن ذويه الذين لهم الحق في رعايته وقطع الصلة بهم، دون الأخذ بعين الاعتبار الباعث إلى ارتكابها<sup>2</sup>.

كما لا يجب أن يعلم الجاني بأن الطفل دون 18 من عمره، إلا أنه قضى في فرنسا في هذا الصدد بعدم قيام الجريمة في حالة ما إذا ساد الاحتمال أن الجاني قد أخطأ في تقديره لسن الضحية معتقداً أنها تجاوزت 18 سنة، ولا يشترط لقيام الجريمة الإعتداء الجنسي على الضحية ولا إغوائها فمجرد إبعادها عن مكانها ونقلها إلى مكان آخر يكفي لقيام الجريمة<sup>3</sup>.

#### 1-2 المتابعة والجزاء:

نصت المادة 326 قانون عقوبات على أنه: "كل من خطف أو أبعده قاصراً لم يبلغ الثامن عشر وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار.

وإذا تزوجت الطفلة المخطوفة أو المبعدة فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناءً على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله."

<sup>1</sup> احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص190

<sup>2</sup> رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص1020.

<sup>3</sup> احسن بوسقيعة: المرجع السابق، ص190.

باستقراء نص المادة تتضح لنا إجراءات المتابعة وكذلك الجزاء المترتب عليه.

#### أ/ المتابعة:

لا يشترط القانون أية شكوى لتحريك الدعوى العمومية فالأصل إذن، أن تباشر النيابة العامة المتابعة الجزائية فور علمها بارتكاب الجريمة. وذلك طبقا لقواعد القانون العام، وتبقى للنيابة العامة سلطة ملأمة المتابعة .

غير أن الأمر يتعقد إذا تزوجت الطفلة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها كما سنوضحه في ما يلي:

أوردت المادة 326 في فقرتها الثانية حكما خاصا بالضحية الأنثى "إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير، إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال طلب الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله."

وهكذا يكون زواج الطفلة المخطوفة بخاطفها حاجز أمام المتابعة يحول دون معاقبة الجاني.

غير أنه من الجائز رفع هذا الحاجز بتوافر شرطين وهما:

- إبطال الزواج.

- الشكوى المسبقة للأشخاص الذين لهم صفة إبطال الزواج.

وهذا يثير التساؤل حول إجراءات إبطال الزواج والأشخاص المؤهلين لطلب إبطال الزواج.

وللإجابة على السؤالين نرجع للعلاقة الوطيدة لهذا النص (326 ق.ع) ببعض فروع القانون مثل القانون المدني وقانون الحالة المدنية وقانون الأسرة، فإن حسن الإلمام بمحتواه يفرض علينا الرجوع إلى المحيط القانوني الذي صدر في هذا النص، وهو المحيط ذاته الذي يتحكم في تطبيقه .

فإجابة على السؤالين نجد بأن الزواج يبطل في القانون الجزائري لسببين:

- **إبطال الزواج لانعدام الأهلية:** تكتمل أهلية زواج المرأة في الجزائر بتمام التاسعة عشر سنة وللقاضي أن يرخص بذلك لمصلحة أو لضرورة<sup>1</sup>.

يكون الزواج الذي تم قبل هذه السن (19) بدون ترخيص باطلا بطلانا مطلقا ولا يجوز تثبيته لانعدام الأهلية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أنظر المادة 7 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر المؤرخ في 2005/02/27.

<sup>2</sup> أنظر المادة 102 قانون مدني الجزائري.

الحماية الجنائية للطفل على ضوء قانون العقوبات الجزائري \_\_\_\_\_ أ. زهور دقايشية

-إبطال الزواج لتخلف ركن من أركانه: نصت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة على شروط الزواج وهي. علاوة على رضا الزوجين: أهلية الزواج، حضور الشاهدين والصدّاق، وولي الزوجة وانعدام الموانع الشرعية للزواج.

وتضيف المادة 11 من القانون الأسرة في فقرتها الثانية أن ولي القاصرة هو الذي يتولى زواجها، ووليها هو أبوه فأحد الأقربين، والقاضي ولي من لا ولي له.

أما عن حكم زواج الطفلة الذي يتم بدون ولي فقد نصت المادة 33 من قانون الأسرة على أنه: "إذا تم الزواج بدون ، ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل... "

نستنتج مما سبق، أن زواج عديمة الأهلية وفاقدة التمييز (أقل من 13 سنة) باطل بطلانا مطلقا في ظل القانون الجزائري (المادة 102 قانون مدني والمادة 82 قانون الأسرة) ولا يزول البطلان بالإجازة.

أما زواج الطفلة القاصر التي بلغت سن التمييز (13 سنة) دون بلوغ سن الزواج (19 سنة)، فحكمه مرهون بالدخول: يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده.

وبناء على ما سبق، يتبين لنا أن الفقرة الثانية من المادة 326 لا تصلح في ظل التشريع الجزائري إلا في صورة ما إذا تم الدخول ووافق الولي على الزواج بتثبيته.

\* وفيما يخص التقادم فتستمر الجريمة مدة الاختطاف أو الإبعاد، ولا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذي ينتهي فيه ذلك الخطف أو الإبعاد.

وفي كل الأحوال مادام الأمر يتعلق بالاختطاف أو الإبعاد بدون عنف يبدأ حساب التقادم من تاريخ بلوغ المخطوف أو المبعد سن الثامنة عشر.

ب/ الجزء:

تعاقب المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري على اختطاف أو إبعاد الطفل الذي لم يكمل 18 سنة بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج. علاوة على العقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للجنح.

كما تعاقب الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري على الشروع في الجريمة.

2/ دراسة لأهم التعديلات الحاصلة في قانون العقوبات ما تعلق منها بجرائم خطف الأطفال  
إن قانون العقوبات يعاقب على القتل العمدي ويعاقب على قتل الأطفال والاعتداءات  
الجنسية... وغيرها. وذلك من خلال ما تضمنه من آليات معينة لتطبيقه. فكل جريمة من هذه  
الجرائم يعاقب عليها القانون سواء كان بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 20 سنة أو السجن  
المؤبد أو الإعدام. غير أن عقوبة الإعدام لا تنفذ في الجزائر لتصويت هذه الأخيرة لصالح مشروع  
القرار المتعلق بوقف تنفيذ عقوبة الإعدام الذي قدمه الإتحاد الأوربي في الدورة 62 للجمعية  
العامة للأمم المتحدة<sup>1</sup>.

وفي إطار التكفل بحماية حقوق الطفل، فقد تمت المصادقة على مشروع القانون الخاص  
بمحاربة ظاهرة الإجرام التي تطال الأطفال. وخلال مناقشة قانون العقوبات، وبخصوص جرم  
الاختطاف اقترحت اللجنة المكلفة بالمجلس الشعبي الوطني تعديل مع ما جاء النص به في  
المادة 293 مكرر 1، ليصبح مضمون المادة كما يلي: "كل من يخطف أو يحاول خطف شخص  
معين مرتكبا في ذلك عنفا أو تهديدا أو غشا يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى  
عشرين سنة وبغرامة من مليون إلى مليوني دينار جزائري. ويعاقب الفاعل بالسجن المؤبد إذا  
تعرض الشخص المخطوف إلى تعذيب جسدي أو إذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية  
وتطبق على الفاعل العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 263 من هذا القانون  
إذا أدى وفاة الشخص المخطوف، ولا يستفيد الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها في  
هذا القانون مع مراعاة المادة 294 أدناه."

واقترحت اللجنة أيضا تعديل المادة 293 مكرر 1 من خلال صياغة المادة على النحو الآتي  
"يعاقب بالسجن المؤبد كل من يخطف أو يحاول خطف قاصر لم يكمل ثمانية عشر سنة عن  
طريق العنف أو التهديد أو الغش أو غيرها من الوسائل وتطبق على الفاعل العقوبة المنصوص  
عليها في الفقرة الأولى من المادة 263 من هذا القانون إذا تعرض القاصر المخطوف إلى تعذيب  
جسدي أو إذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذا ترتب عنه وفاة الضحية."

وعن آراء النواب بخصوص هذا القانون عشية عرضه على المجلس الشعبي الوطني، قال  
حسن العربي، النائب عن حزب جبهة العدالة والتنمية أن قانون العقوبات كما هو معلوم جاء  
ليخدم مصالح الناس جميعا دون استثناء فئة على فئة أخرى، مشيرا إلى أنهم كانوا ينتظرون  
أن يكون قانون العقوبات أعمق وأشمل وأدق مما هو عليه الآن، واعتبر النائب أن بعض الإجراءات

<sup>1</sup> موجز معلومات حقوق الطفل في الاستعراض الدوري الشامل للجزائر منشور على موقع . www.CRIN.com تاريخ الإطلاع  
15:08 الساعة 2014/04/24

التي جاءت تتنافى والواقع الحالي، فقضية الإجرام في حق الطفل والإجراءات المتخذة في حق المختطفين لا تُلبي متطلبات المجتمع الجزائري.

وقالت نائبة عن "الحركة الشعبية الجزائرية" بأن هناك إجحافاً في دراسة نص القانون، بدعوى أن العملية تمت بسرعة، في حين أن دراسته تتطلب وقتاً أوسع، مع إشراك الجميع، وخالف موقف نواب "حزب العمال" باقي المتدخلين، بالقول أن حكم الإعدام هو "مظهر شنيع يتنافى مع الحق في الحياة". مع العلم أن المطالبة بالقصاص في حق مختطفي الأطفال تحولت مؤخراً إلى مطلب شعبي، رفعه مواطنو مناطق مختلفة، كانت مؤخراً مسرحاً لجرائم بشعة، آخرها ولاية تبسة التي تألم سكانها لاختطاف الطفل بهاء الدين والتنكيل به وقتله ببشاعة، في حين أن سنه لا يزيد عن الثماني سنوات، ومع ذلك يجد هؤلاء القتلة المجرمون من يدافع عن حقهم في الحياة، في وقت تفادى نواب حزب جبهة التحرير الوطني توجيه انتقادات للمشروع<sup>1</sup>.

وقد اعترض فرع منظمة العفو الدولية بالجزائر، على تنفيذ عقوبة الإعدام، والذي رافع من أجله نواب المجلس الشعبي الوطني خلال مناقشة تعديل مشروع قانون العقوبات، وذلك لسببين الأول أن تنفيذه ينهي ما سمته "الحق في الحياة"، والثاني "أنه لم يثبت علمياً أن الإعدام سيخفض من نسب الجريمة" حيث استند السيد إبراهيم محديد المكلف بالاتصال لفرع منظمة العفو الدولية بالجزائر في مبررات معارضة تنفيذ عقوبة الإعدام على الجاني الذي أنهى بدوره حق الضحايا في الحياة، إلى الإحصائيات التي سجلتها المنظمة عبر العالم، وهي أن الإعدام لم يثبت تخفيضه للجرائم، وأعطى مثالا بكندا التي انخفض فيها معدل الإجرام من 3.09 بالمائة من أصل 100 ألف ساكن سنة 1971، إلى 2.41 في السنة التي تلت إلغاء عقوبة الإعدام<sup>2</sup>.

وبعد أخذ ورد وتباين في الآراء و التبريرات استحدثت المشرع الجزائري المادة 293 مكرراً 1 ليجرم فعل اختطاف الطفل الذي لم يكمل 18 سنة من عمره عن طريق العنف أو التهديد أو الاستدراج ليسلك بذلك مسلك المشرع الفرنسي، ويقرر له عقوبة السجن المؤبد. أما إذا تعرض الطفل إلى التعذيب أو عنف جسدي أو كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذا ترتب على فعل الخطف وفاة الضحية فقد أحالنا المشرع لتطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة 263 ق.ع وهي عقوبة الإعدام، ولقد استوقفنا هذه النقطة التي من شأنها أن تفتح مجالاً للحديث حول نية المشرع من هذه الإحالة، هل فعلاً تقرير عقوبة زجرية للجنة؟ أم مجرد

<sup>1</sup> موقع <http://www.echoroukonline.com> تاريخ الإطلاع 2014/04/24 الساعة 15:45.

<sup>2</sup> الموقع نفسه

إحالة شكلية الهدف منها امتصاص غضب المجتمع. مع العلم أن عقوبة الإعدام في الجزائر قيد وقف التنفيذ كما ذكرنا سابقا.

#### خاتمة

لقد حاولنا من خلال هذه الورقة الوقوف على مدى فعالية النصوص العقابية في التشريع الجزائري، لضمان أكثر حماية لحقوق الطفل، وهو الأمر الذي لمسناه فعلا، حيث حاول المشرع الجزائري في كل مرة تجريم كل فعل من شأنه المساس بصحة الطفل وأخلاقه، وسلوكياته، وتقرير عقوبات ردية قد تصل للسجن المؤبد أو الإعدام أحيانا، لكل معتدي على حقوق هذا الطفل، إلا أن ظاهرة الإجرام ضد الأطفال في المجتمع في تنامي مستمر. ولعل العيب لا يكمن في قلة النصوص القانونية، وإنما في غياب الوازع الديني والابتعاد عن المبادئ الأخلاقية وتبني فكرة العولمة بكل مضارها ومساوئها.

وعلى هذا الأساس نتقدم بالاقتراحات التالية:

- ضرورة تفعيل دور المجتمع المدني، في التوعية والتحسيس، بضرورة حماية الطفل.
- ضرورة ترقية آليات الحماية الجنائية للطفل وذلك من خلال التنسيق مع النظام العالمي، وتبادل الخبرات القانونية في ذات المجال.
- ضرورة تدخل المشرع وملاءمة قواعد الحماية الجنائية للطفل المتبناة مع مستجدات التكنولوجيا الحديثة وما تحمله من مضار، نظرا لقصور النصوص القانونية التقليدية في مواجهة جرائم الاستغلال الجنسي عبر تقنيات الإتصال الحديثة والتي قد يتعرض لها الطفل أو يكون محلا لهذا الاستغلال.
- يجب على الدولة تطوير نظم الرقابة على المواد الإباحية الواردة في الأنترنت، ووضع إطار قانوني يحدد مسؤولية مقدمي خدمة الأنترنت في هذا المجال.

## دور مجلس الأمن الدولي في منع انتشار الأسلحة النووية

أ. بوقندورة سعاد جامعة خنشلة

### ملخص:

بدأ دور مجلس الأمن الدولي في مجال الحد من الأسلحة النووية في فترة التسعينيات من القرن الماضي؛ منذ سنة 1991 و إصدار مجلس الأمن القرار 687 المصادق عليه بخصوص العراق حيث أخذ دوره في البروز، فتحول المجلس باسم الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين، إلى وسيلة تطبيق للالتزامات المفروضة بموجب معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية لسنة 1968 و الاتفاقيات الأخرى المتعلقة بسلاح الدمار الشامل و تبعا لذلك، إذن تدخل مجلس الأمن بقي دائما واحدا من الحلول المتوفرة، سواء تعلق الأمر بالعراق، كوريا الشمالية، أو إيران من فرض العقوبات الناتجة من خرق معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية.

### Résumé:

En ce qui concerne le rôle du conseil de sécurité vis-à-vis de la limitation des armes nucléaires, et depuis 1991 le conseil de sécurité a promulgué la résolution 687 liée à la question de l'Iraq, il a commencé à prendre une position importante, car son rôle s'est transformé de la préservation de la paix et de la sécurité internationaux, à un appareil pour l'application des obligations énoncées dans le traité de non prolifération des armes nucléaires de 1968, ainsi que les autres conventions relatives aux armes de destruction massive, et suite à ça, donc l'intervention du conseil de sécurité demeure toujours l'une des issues possibles, que ce soit pour l'Iraq, la Corée du Nord, ou l'Iran, et l'imposition des sanctions résultant de la violation du traité de non prolifération nucléaire.

### مقدمة

يعتبر مجلس الأمن الجهاز الرئيسي بالنسبة لكافة فروع منظمة الأمم المتحدة باعتباره مسؤولا عن السلم و الأمن الدوليين، و هذا ما قرره المادة 24 في فقرتها الأولى بقولها: « رغبة في أن يكون العمل الذي تقوم به الأمم المتحدة سريعا فعلا يعهد أعضاء تلك الهيئة إلى مجلس الأمن بالتبعات الرئيسية في حفظ السلم و الأمن الدوليين، و يوافقون على أن هذا المجلس يعمل نائبا عنهم في قيامه بواجباته التي تفرضها عليه التبعات » و تمكيننا لمجلس الأمن من القيام بواجباته المنصوص عليها في هذه المادة، تعهد أعضاء الأمم المتحدة في المادة 25 بقبول ما يتخذه المجلس من قرارات و تنفيذها وفقا للميثاق.<sup>1</sup>

و قد أوكلت الأمم المتحدة لمجلس الأمن مهمة حفظ السلم والأمن الدولي وفقا للمادة 24 من الميثاق و التي خولته عدة سلطات لتمكينه من القيام بواجباته و هذه السلطات مبينة في الفصول السادس و السابع و الثامن و الثاني عشر بل أن المادة 39 من الميثاق خولته استخدام وسائل القسر لتنفيذ قرارات عندما يترتب على عدم تنفيذها تهديد للسلم أو الإخلال به أو عمل من أعمال العدوان و له أن يستخدم في سبيل ذلك فرض جزاءات عسكرية التي تشمل القصف بالقنابل و القصف الصاروخي الجوي و البحري و البري طبقا للمواد 41، 42 من الميثاق.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - حاج حسن الصديق، حيدر، دور منظمة الأمم المتحدة في ظل النظام العالمي الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 27.

<sup>2</sup> - أبو الوفاء، أحمد، منظمة الأمم المتحدة و المنظمات المتخصصة و المنظمات الإقليمية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 70.

و فيما يتعلق بأساس الطابع الملزم للقرارات الصادرة عن مجلس الأمن جدر الإشارة إلى المادة 2 فقرة 2 من الميثاق ، التي تفرض على الدول الأعضاء تنفيذ الالتزامات المترتبة على الميثاق و بحسن نية ، إذ بعد هذا الالتزام ذا تطبيق عام ، فطبيعي أن يشمل قرارات مجلس الأمن و تمثل بالنسبة للدول الأعضاء في الالتزام بتطبيقها<sup>1</sup> و أنه دائما كان مستبعدا ، فإن تدخل مجلس الأمن بقي دائما واحدا من الحلول المتوفرة . سواء تعلق الأمر بالعراق ، كوريا الشمالية ، أو إيران من فرض العقوبات الناتجة من خرق معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية<sup>2</sup>

فيما يخص مسألة الضمانات الأمنية للدول غير النووية فقد طرحت منذ إبرام معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية لسنة 1968 ، و بناء على مبادرة من الدول الأعضاء الدائمين اتخذ مجلس الأمن بشأن هذه المسألة قرارين ، كذلك في ظل عدم قدرة بعض الدول النووية على السيطرة على ترساناتها النووية و بالأخص بالنسبة للاتحاد السوفياتي ، بعد تفككه ، واحتمال تسريب هذه المشروعات النووية إلى التنظيمات الإرهابية و محاولة استخدامها للأسلحة النووية ، الأمر الذي يؤدي إلى كارثة إنسانية تهدد كافة البشرية ، كل هذا جعل مجلس الأمن يصدر قرار يحث فيه الدول الأعضاء في الأمم المتحدة بالقيام بعدة خطوات لإقامة حواجز أمام حيازة أسلحة إشعاعية أو أجهزة متفجرة نووية<sup>3</sup> .

وعليه سنحاول من خلال موضوع الدراسة الإجابة على الإشكالية التالية :

ما مدى فاعلية الدور الذي يقوم به مجلس الأمن الدولي للحد من السلاح النووي في إطار الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ؟

وفي سبيل الإجابة على الإشكالية ارتأينا تقسيم خطة البحث إلى أربعة مباحث حيث سندرس في هذا البحث شيء من التفصيل مضامين قرارات مجلس الأمن الدولي التي أصدرها بخصوص موضوع الدراسة : المبحث الأول : الضمانات الأمنية للدول غير الحائزة للأسلحة النووية .

المبحث الثاني : مجلس الأمن ومسألة الإرهاب النووي (القرار رقم 1540).

المبحث الثالث: تدخل مجلس الأمن في الملف النووي لكوريا الشمالية و إيران .

المبحث الرابع: قرار مجلس الأمن رقم 1887 .

<sup>1</sup> - عرفات أبو حجازة ، أشرف ، " إدماج قرارات مجلس الأمن الصادرة طبقا للفصل السابع من الميثاق و تنفيذها في النظم القانونية الداخلية للدول " ، gukjn ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد 61 ، الجمعية المصرية للقانون الدولي ، القاهرة ، 2005 ، ص 347 .

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 347

<sup>3</sup> - Guilhaudis, Jean – François, *la maîtrise des armements et le désarmement élément de base mise à jour février 2005* , université Pierre Mendès , Grenoble , office des publications, université Ben Aknoun , Alger, p136-137.

### المبحث الأول : الضمانات الأمنية للدول غير الحائزة على الأسلحة النووية

إن دعوة الدول إلى نزع سلاحها يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ أساسي من مبادئ القانون الدولي و باختصاص إقليمي رئيسي للدول ، وحقها في الدفاع عن نفسها وضمن سلامتها مثلما نصت على ذلك المادة 51 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة . بحيث أن نزع السلاح قد يشكل تقييداً لهذا المبدأ لأنه يمنع دولاً معينة من ممارسة هذا الحق كما أن نزع السلاح النووي يثير صعوبات كثيرة ذات طبيعة قانونية و تقنية لأنه يتناول عنصراً مهماً هو سيادة الدول.

ففي أثناء المفاوضات التي انتهت بإبرام معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية في عام 1968 طالبت دول حركة عدم الانحياز غير الحائزة على الأسلحة النووية إدراج ضمانات أمنية قاطعة من جانب الدول الحائزة على الأسلحة النووية بأن لا تستعمل الأسلحة النووية. أو تهدد باستعمالها ضد الدول التي لا تمتلك أسلحة نووية . بيد أنه كان من رأي الاتحاد السوفياتي و بريطانيا العظمى و الولايات المتحدة الأمريكية حينذاك أن مسألة الضمانات يجب أن تعالج خارج المعاهدة . و لكن بالتزامن الوثيق معها ، و لم يدرج أي حكم بهذا المعنى ضمنها<sup>1</sup>.

و بما أن مسألة إعطاء ضمانات أمنية للدول غير الحائزة للأسلحة النووية لم تكن قد حلت بصورة نهائية عند إبرام المعاهدة ، اتخذ مجلس الأمن بمبادرة من هذه الدول القرار رقم 255 المؤرخ في 19 جوان 1968 كما أصدر قرار آخر بناء على مبادرة الدول الخمس الدائمة العضوية و هو القرار رقم 984 بتاريخ 11 أبريل 1995 الخاص بالضمانات الأمنية للدول غير النووية في حالة تعرضها لهجوم نووي.

### المطلب الأول : ضمان أمن الدول غير الحائزة على الأسلحة الذرية (قرار مجلس الأمن رقم 255)

يأتي هذا القرار كمقابل للتمييز الذي أوردته معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية لسنة 1968 حيث كرست الامتياز النووي بالنسبة للدول المالكة للأسلحة النووية ، و قد قصرت نطاق الرقابة الدولية على الدول غير المالكة لها ، فقد كان من المنطقي أن يتم منح الدول الأخيرة ضمانات تكفل لها مواجهة خطر تهديدها من قبل الدول النووية ، و هكذا صدر في 19 جوان 1968 القرار رقم 255 من مجلس الأمن .

و يثير هذا القرار مسألتان : الأولى تتعلق بمضمونه و الأخرى تتعلق بالطبيعة القانونية للضمانة التي ينص عليها القرار .

<sup>1</sup> - عوينات، نجيب . القانون الدولي للأسلحة النووية و السياسة الخارجية الأمريكية في مجال نزع السلاح النووي . رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي العام . كلية الحقوق و العلوم السياسية . جامعة تونس المنار . السنة الجامعية 2004/2005 . ص 74 . نقل عن : الأمم المتحدة : مركز شؤون نزع السلاح : حولية نزع السلاح . المجلد 20 . نيويورك . 1998 . ص 60.

## الفرع الأول : مضمون القرار

إن القرار 255 يستجيب لقلق الدول غير المالكة للأسلحة النووية أطراف معاهدة عدم انتشار هذه الأسلحة بمنحها الضمانات الملائمة لتحقيق أمنها و مواجهة أي اعتداء مقرون باستخدام أسلحة نووية. لذا فإن الدول - أمريكا ، بريطانيا و الاتحاد السوفيتي - أعلنت في تصريحات متشابهة أمام المجلس و التي أشار إليها القرار بنيتها في تقديم أو تأييد تقديم المساعدة للدول غير الحائزة للأسلحة النووية و التي تكون طرفا في المعاهدة إذا ما وقعت ضحية لعمل عدواني أو كانت محل تهديد باعتداء يستخدم فيه السلاح النووي هذا بالإضافة إلى الإشارة إلى رخصة حق الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي طبقا للمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة<sup>1</sup> . و بالرجوع إلى قرار مجلس الأمن رقم 255 المشار إليه يتبين أنه يبدأ في ديباجته بالإشارة إلى رغبة فريق كبير من الدول الانضمام إلى معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية، و اهتمام عدد من هذه الدول بأن تتخذ ، في نفس الوقت الذي يقبلون فيه الانضمام إلى المعاهدة ، إجراءات مناسبة لضمان أمنهم ، كما تشير الديباجة إلى أن كل اعتداء مصطحب باستخدام الأسلحة النووية من شأنه أن يهدد بالخطر سلم و أمن جميع الدول<sup>2</sup> .

أما الجزء التنفيذي من القرار فيتضمن في الفقرة (1) منه ، إقرارا منه بأن الاعتداء بالأسلحة الذرية أو التهديد بمثل ذلك ضد دولة غير ذرية من شأنه أن يلحق حالة تستدعي من مجلس الأمن خاصة الدول الذرية من أعضائه الدائمين ، العمل معا بما يتفقو التزاماتهم المنبثقة من ميثاق الأمم المتحدة و لا شك أن هذا الحكم يقرر وجوب قيام مجلسي الأمن بعمل فوري في هذه الحالة الخاصة و على أية حال فقد يفهم من إطلاق نص الفقرة (1) أن التزام مجلس الأمن و الدول الذرية الدائمة العضوية في المجلس بالتحرك قائم في كل أحوال الاعتداء الذري أو التهديد به الذي يقع على دولة غير مسلحة ذريا ، و ذلك سواء كانت عضوا في الأمم المتحدة ، أو لم تكن عضوا فيها<sup>3</sup> .

لكن على العكس من ذلك فإن الفقرة (2) تتضمن ترحيب المجلس بإفصاح دول معينة ويعني بها الدول الذرية الثلاث ، عن نيتها تقديم أو تأييد تقديم المساعدة الفورية ، و ذلك في نطاق الميثاق ، إلى أية دولة غير مسلحة ذريا طرف في معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية ، إذا هي وقعت ضحية عمل عدواني، أو كانت موضوعا لتهديد باعتداء يستخدم فيه السلاح النووي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - السعيد الدقاق. محمد و سلامة حسين. مصطفى. القانون الدولي المعاصر . دار المطبوعات الجامعية . الإسكندرية . 1997 . ص 439

<sup>2</sup> - خلاف ، حسين . "ضمانة الدول الذرية للدول غير المسلحة ذريا ضد الاعتداء الذري" . المجلة المصرية للقانون الدولي . المجلد الثلاثون . السنة الثلاثون . الجمعية المصرية للقانون الدولي . القاهرة . 1974 . ص 17.

<sup>3</sup> - خلاف ، حسين . المرجع السابق . ص 18-19.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه . ص 20.

و أخيرا يذكر قرار المجلس في فقرته (3) أنه يؤكد من جديد و بصفة عامة خاصة الحق الأصلي ، المقرر بالمادة 51 من الميثاق بخصوص حق الدفاع الفردي و الجماعي ، حالة وقوع هجوم مسلح على عضو من أعضاء الأمم المتحدة ، و ذلك حتى اتخاذ مجلس الأمن الإجراءات الضرورية للمحافظة على السلم و الأمن الدوليين<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للضمانة

يتضح مما سبق أن الضمانة المذكورة تتضمن في حقيقتها جزأين تصرّحات الدول الثلاث الدائمة العضوية في مجلس الأمن ثم القرار الذي تبني هذه التصريحات مما يستعدي بحث الطبيعة القانونية لكل منهما.

إن نظرة متأنية لمضمون التصريحات و كذلك لصياغة القرار 255 تتمخض عن حقيقة هامة في أننا بصدد ضمانة سياسية لا قانونية ، و يؤيد ذلك المؤشرات التالية :<sup>2</sup>

1. احتفاظ الدول الثلاث و هي الولايات المتحدة ، بريطانيا ، الاتحاد السوفييتي بحق الاعتراض ، أي أنهم لا يلتزمون قانونا بما جاء في تصريحاتهم .

2. إذا كانت هذه الدول ترغب في إيراد ضمانة قانونية لكانت قد نصت على ذلك في صلب معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية و هذا ما لم يحدث. لأن الدول الذرية هدفتم وراء استبعاد الضمان من المعاهدة أن تستقل هي بتحديد مضمونه و شروطه و أحوال تطبيقه و كيفية ذلك ، فلا تتقيد في هذا الموضوع الهام بأية قيود إلا تلك التي تضعها على نفسها و تفسرها على نحو ما تريد ، و بذلك لا يكون في استطاعة الدول غير النووية ، نظريا على الأقل أن تتملص من التزاماتها الناجمة عن المعاهدة بدعوى عدم تنفيذ الدول الذرية لالتزاماتها بالضمان ما دام أن هذه الدول الأخيرة لم تلتزم بالمعاهدة .

3. و ترتيبا على ذلك فإن كلا من التصريحات والقرار يمكن وضعهما في إطارهما الصحيح و ذلك في ضوء الفقرة (2) من القرار 255 حيث تقتصر على مجرد الإعراب عن ترحيب المجلس بإفصاح تلك الدول عن نيتها مساعدة الدول غير الذرية فهذه الفقرة من القرار لا تمنح في حد ذاتها المجلس اختصاص أو سلطة في هذا الشأن ، فهو لا يملك بناء على تلك الفقرة ، إلزام تلك الدول صاحبة التصريحات قانونا بتنفيذ ما أوردته في تصريحاتها ، و من باب أولى فإنه لا يملك مطالبتها بأن يأتي تنفيذها لتلك التصريحات على نحو معين و إن كان المجلس يملك بالطبع إصدار توصية غير ملزمة إليها بهذا المعنى<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، ص 21

<sup>2</sup> - السعيد الدقاق، محمد و سلامة حسين، مصطفى ، المرجع السابق ، ص 442 - 443 .

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 442 - 443

في ضوء هذا البيان للطبيعة القانونية للضمان الوارد في القرار 255 والتصريحات المصاحبة له يمكن أن نقرر أننا بصدد ضمانات سياسية للدول الذرية تعهدت أن تكفل للدول غير النووية حماية في مواجهة أي اعتداء نووي يقع عليها حقيقة أن الأمر لا يمتد ليشمل تعهد الدول الذرية بعدم اللجوء إلى السلاح النووي ضد الدول غير الذرية. ولكن ذلك لا يقلل من أهمية الضمان باعتباره إضافة فعالة لمعاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية. وحافز للدول غير النووية من أجل الانضمام إلى هذه المعاهدة.<sup>1</sup>

إن الضمانة ولو أنها سياسية فإنها مطلوبة إذ يكفي الاستناد إلى القرار لتذكير الدول النووية بتصريحاتها ويكتسي نص الفقرة الثانية من القرار المذكور أهمية دون غيره من نص الفقرتين الأولى والثالثة فهو وحده الذي يمكن اعتباره متعلقا مباشرة بالضمان. إذ أنه يشير إلى تعهد دول معينة هي الولايات المتحدة، الاتحاد السوفيتي وبريطانيا، باتخاذ إجراءات معينة تأمينا للدول غير النووية ضد ذلك النوع من الاعتداء.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: الضمانات الأمنية للدول غير النووية في حالة تعرضها لهجوم نووي ) قرار مجلس الأمن رقم 984

بتاريخ 11 أبريل 1995، وبناء على مبادرة الدول الخمسة الدائمة العضوية النووية، قام مجلس الأمن بإصدار القرار رقم 984 وتضمن هذا القرار بعض الضمانات الأمنية الإيجابية المكفولة للدول غير النووية في حالة تعرض أي من تلك الدول لهجوم نووي، وقد نص قرار المجلس الذي وافقت عليه الدول بالإجماع، أنه في حالة حدوث عدوان بالأسلحة النووية أو التهديد به ضد دولة لا تمتلك السلاح النووي بناء على انضمامها لمعاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية (TNP)، فإنه يحق لأي دولة أن تقوم بعرض الموضوع على مجلس الأمن لاتخاذ إجراءات عاجلة لتقديم المساعدة لتلك الدولة ويتضمن قرار مجلس الأمن كذلك أن تقوم تلك الدول بصورة منفردة أو جماعية بتقديم المساعدة لتلك الدولة الضحية بناء على طلب هذه الأخيرة، سواء تعلق الأمر بالمساعدة التقنية، الطبية، العلمية أو الإنسانية.<sup>3</sup>

وبموجب القرار 984، فالدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن تطمح إلى تحقيق هدفين، أولهما إعادة تفعيل القرار رقم 255 (1968)، ثانيهما العمل على تخديد الضمانات الأمنية للدول غير المالكة للأسلحة النووية المنضمة لمعاهدة (TNP)<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - السعيد الدقاق، محمد وسلامة حسين، مصطفى، المرجع السابق، ص 443.

<sup>2</sup> - خلاف، حسين، المرجع السابق، ص 23.

<sup>3</sup> - Biad, Abdelwahab, " Les arrangements internationaux pour garantir les Etats non dotés d'armes nucléaires contre l'emploi ou la menace de ces armes ", A.F.D.I, Volume XLIII, CNRS Editions, Paris, 1997, p 235.

<sup>4</sup> - Ibid, p236.

و قد نص القرار أيضا على اعتزام المجلس التوصية بالاستجابة لطلب أي دولة طرف في معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية في الحصول على تعويضات في حالة تعرضها لعدوان نووي على أن تقوم الدولة المعتدية بدفع تلك التعويضات.<sup>1</sup>

إن القرار 984 أيضا حاول سد الثغرات الموجودة في القرار 255، فقد حقق تطور عل ثلاث مستويات : فهو صدر بناءا على مبادرة من الدول الخمس الدائمة العضوية في مجلس الأمن ، كما عالج مسألة المساعدة التقنية و الإنسانية المقدمة للدولة ضحية الاعتداء باستخدام الأسلحة النووية بشكل أكثر دقة و وضوح ، كما ذكر بوجوب تسليم تعويض من طرف الدولة المعتدية و إعادة إصلاح الأضرار المتسبب فيها.<sup>2</sup>

إن قرار مجلس الأمن المشار إليه آنفا على الرغم من أنه حاول إعطاء بعض الضمانات للدول غير النووية إلا أن هذه الضمانات تفتقر إلى النقاط الآتية.<sup>3</sup>

1. قرار الضمانات الأمنية الذي أقره مجلس الأمن نص على حالة تعرض دولة غير نووية لاعتداء نووي ، و لم يتضمن هذا القرار معالجة حالة ما إذا تعرضت دولة غير نووية لاعتداء غير نووي ، و لكن من دولة تمتلك السلاح النووي .

2. أن مجرد امتلاك دولة للأسلحة النووية ، حتى و لو لم تقم باستخدامه في هجومها إلا أنه ، يكون فيه جانب كبير من الردع للدولة المعتدى عليها ، مما قد يضطرها للتنازل عن بعض حقوقها حتى لا تتعرض لهجوم آخر و هذه المسألة لم يتضمنها قرار الضمانات الأمنية .

3. أن الدول النووية التي وضعت و صاغت هذا القرار تتجاهل امتلاكها حق الفيتو ، ما سيكون له أكبر الأثر على أي قرار من المجلس ضد الدولة التي قامت بالاعتداء النووي ، بالأخص إذا كانت تلك الدولة تتمتع بحماية أي من الدول المالكة لحق الفيتو ، مما سيجعل قرارات مجلس الأمن بالنسبة لتلك الضمانات عديمة الجدوى .

بالإضافة إلى ما سبق ذكره ، فالدول النووية عندما قامت بوضع مشروع القرار تجاهلت التشاور مع الدول الموقعة على معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية على الرغم أن تلك الدول هي المستفيدة من تلك الضمانات كما اقتصر القرار على أن استخدام الأسلحة النووية أو

<sup>1</sup> - محمد العناني، إبراهيم و إبراهيم محمود، أحمد و من معهما، الخيار النووي في الشرق الأوسط ، أعمال الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات المستقبل بجامعة أسيوط ، الطبعة الأولى ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت، سبتمبر 2001 ، ص 130 .

<sup>2</sup> - Biad, Abdelwahab , Op cit , p 236.

<sup>3</sup> - محمد العناني، إبراهيم و إبراهيم محمود، أحمد و من معهما ، المرجع السابق ، ص 131.

التهديد باستخدامها يشكل خطرا على الأمن و السلم الدوليين . كذلك عدم وجود آلية مستعدة لضمان قيام مجلس الأمن بمواجهة أي تهديد أو هجوم نووي <sup>1</sup> .

### المبحث الثاني : مجلس الأمن و مسألة الإرهاب النووي ( القرار رقم 1540 )

في ظل تنامي و تطور ظاهرة الإرهاب العالمي ، و في ظل ضمان عدم قدرة بعض الدول النووية على إحكام سيطرتها على مشروعاتها النووية كما هو الشأن بالنسبة للترسانة النووية للاتحاد السوفيتي المنهار فإنه قد يحدث تسريب لبعض تلك الإمكانيات النووية بشكل أو بآخر إلى المنظمات الإرهابية . و هنا تكمن الكارثة لأن تلك المنظمات لا تملك و لا تقدر على توفير الأمان الكافي لتلك المواد شديدة الخطورة و الأسوأ من ذلك قد يدفعها امتلاكها لهذه الأسلحة إلى استخدامها بطريقة عشوائية لا يعرف أحد مدى تأثيرها <sup>2</sup> .

و في خطاب أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة في 23 سبتمبر 2003 حث الرئيس الأمريكي جورج دبليو بوش مجلس الأمن على إقرار قرار جديد ضد الانتشار النووي من شأنه أن يدعو جميع أعضاء الأمم المتحدة إلى تحريك انتشار أسلحة الدمار الشامل. و وضع ضوابط للتصدير تكون صارمة و متناغمة مع مقاييس دولية و صون أي مواد حساسة و جميع هذه المواد الحساسة ضمن حدودها <sup>3</sup> .

و في وقت لاحق شرعت الولايات المتحدة الأمريكية في التفاوض بشأن قرار الانتشار بين أعضاء مجلس الأمن الدائمين و عقدت المفاوضات ضمن دائرة صغيرة من الدول الأعضاء . الأمر الذي أثار شيئا من الذعر بين سائر أعضاء الأمم المتحدة . و بطلب من بعض الأعضاء . عقد مجلس الأمن اجتماعا في 22 أبريل 2004 لتوفير فرصة لجميع الأعضاء كي يدلوا بآرائهم في مشروع القرار <sup>4</sup> .

و في الوقت الذي وافقت أغلبية الوفود على أهمية جوهر المشروع القرار و أعربت الأغلبية من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أيضا عن تحفظات إزاء الإجراء المقترح الذي منته شأنه أن يجعل مجلس الأمن مشرعا بمعنى إقرار التزامات عامة غير محصورة في موقف محدد لسائر أعضاء الأمم المتحدة بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة . و بعد مفاوضات دامت سبعة أشهر أقر مجلس الأمن القرار بالإجماع في 28 أبريل 2004 <sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - المرجع نفسه . ص 130 .

<sup>2</sup> - المحمدي بوادي. حسنين . المرجع السابق . ص 116 .

<sup>3</sup> - معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي . التسليح و نزع السلاح و الأمن الدولي . الكتاب السنوي 2005 . ترجمة مركز دراسات الوحدة العربية . الطبعة الأولى . بيروت . 2005 . ص 680 .

<sup>4</sup> - المرجع نفسه . ص 680-681 .

<sup>5</sup> - معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي . التسليح و نزع السلاح و الأمن الدولي . الكتاب السنوي 2005 . المرجع السابق . ص 681 .

## المطلب الأول : مضمون القرار رقم 1540

يعد قرار مجلس الأمن رقم 1540 الذي يطالب جميع الدول باخذ قرار إجراءات لمنع جهات غير حكومية من الحصول على أسلحة بيولوجية و كيميائية و نووية خطوة مساعدة لكبح الانتشار النووي ، و كما أقرت روسيا في الاجتماع التحضيري الثالث لمعاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية للعام 2004. فإن الإرهابيين أذكيا و واسعوا الحيلة. و هم مستعدون للذهاب إلى أبعد الحدود للحصول على مكونات إنتاج أسلحة الدمار الشامل بغية الهجوم على أناس أبرياء و يقول الفيزيائي فرانك هيبيل ( frank von Hippel ) : « لا يوجد ما هو أسهل بالنسبة للإرهابيين من الحصول على اليورانيوم العالي التخصيب و إعداد أداة متفجرة ذات قدرة تعادل قدرة قنبلة هيروشيما»<sup>1</sup>.

إن فقرات ديباجة قرار من قرارات مجلس الأمن ليست معدة لوضع التزامات قانونية محددة أو لإنشاء سبب للعمل من جانب الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ، لكنها تقدم فهما معمقا للمبرر السياسي وراء اتخاذ القرار ، و لذلك قد تفسر فقرات الديباجة تفسيرا ملائما للأجزاء التنفيذية من القرار. و ينطبق ذلك بشكل خاص على القرار 1540، الذي يحدد في ديباجته المفاهيم الأساسية في منطوق القرار<sup>2</sup>.

أما الجزء التنفيذي من القرار فيفرض التزامات مهمة على الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة حيث يقرر على أنه<sup>3</sup>.

1. ألا تقدم الدول دعما لجهات فاعلة غير حكومية تحاول تطوير أسلحة نووية و بيولوجية و كيميائية و وسائل إيصالها أو حيازة هذه الأسلحة و الوسائلا أو صنعها أو امتلاكها أو نقلها أو استخدامها و يستجيب هذا الالتزام للغاية الرئيسية لبنود خطر الانتشار في معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية والاتفاقيات الأخرى الخاصة بأسلحة الدمار الشامل. على فارق أنه ينطبق بالتحديد على الجهات الفاعلة غير الحكومية ، و أنه لا يشمل الأسلحة نفسها فحسب ، و إنما أيضا السلعو التكنولوجيات التي قد تستخدم لإنتاج أسلحة الدمار الشامل أو الدعم المالي لبرنامج التطوير ، بعبارة أخرى ، أن نطاق القرار 1540 أوسع كثيرا من نطاق معاهدات منع الانتشار النووي.

<sup>1</sup> - روش.دوغلاس ، "القانون النووي والفوضى" ، مجلة الوكالة الدولية للطاقة الذرية، ترجمة هيئة الطاقة الذرية السورية ، المجلد 46 ،

العدد 2 ، دمشق ، مارس 2005 ، ص 11.

<sup>2</sup> - معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي ، التسليح و نزع السلاح و الأمن الدولي ، الكتاب السنوي 2007 ، ترجمة و نشر مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، نوفمبر 2007 ، ص 685.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه ، ص 687 - 688.

2. يتوجب على الدول اعتماد وتطبيق تشريع وطني فعال من شأنه حظر مثل هذه النشاطات بمقتضى سلطاتها القضائية ، و النص هنا يشير بالتحديد إلى قوانين تقتضي ضمنا في معظم الدول مشاركة الهيئة التشريعية.
  3. ينبغي للدول الأعضاء أن تتخذ إجراءات فعالة وتطبقها لترسي ضوابط وطنية لمنع انتشار أسلحة نووية أو كيميائية أو بيولوجية و وسائل إيصالها و من ذلك وضع ضوابط ملائمة على مواد ذات الصلة و هذا الأمر قد يتطلب كثيرا من حيث الموارد، إذ يطلب من الدول الأعضاء أن تضع و تصون أنظمة محاسبة فعالة و إجراءات حماية مادية و ضوابط للحدود و إجراءات تطبيق القانون و ضوابط وطنية للتصدير تشمل أيضا الشحنات المنقولة بالسفن إلى أماكن أخرى ، لذلك يقر مجلس الأمن بأن بعض الدول قد تتطلب مساعدة في التنفيذ و يدعو الدول إلى تقديم مثل هذه المساعدة.
  4. يدعو مجلس الأمن الدول الأعضاء إلى ضمان شمولية المعاهدات المتعددة الأطراف و إلى تطبيقها تطبيقا كاملا في مجال حظر انتشار أسلحة الدمار الشامل.
  5. يوصي مجلس الأمن بأن تقوم الدول الأعضاء بعمل تعاوني لمنع تهريب أسلحة الدمار الشامل ، و وسائل إيصالها و مواد ذات صلة بها .
- إن القرار يدعو أعضاء الأمم المتحدة في عدة نقاط إلى إقرار تشريع وطني ملائم و فعال إلا أن القرار لا يقدم معايير إضافية للحكم على الملائمة و الفعالية.

#### المطلب الثاني: تنفيذ القرار رقم 1540

لمراقبة تنفيذ القرار أنشأ مجلس الأمن لجنة 1540 تضم جميع أعضاء مجلس الأمن ، و المحددة مدتها بسنتين كأقصى حد ، و طلب من الدول الأعضاء أن تقوم فيفترة لا تتعدى الستة أشهر بعد اتخاذ القرار ( أي قبل 28 أكتوبر 2004 ) بتقديم تقرير إلى اللجنة بشأن خطوات اتخذتها و تنوي اتخاذها من أجل تنفيذه وقد بدأت لجنة 1540 عملها في جوان 2004<sup>1</sup> . و في أوت من نفس العام اعتمدت اللجنة توجيهات لأداء عملها و الإعداد لتقارير وطنية و قبل نهاية سنة 2004 بدأت اللجنة توظف خبراء لمهمة تقييم التقارير الوطنية ، و بدأ أول الخبراء عملهم في فيفري 2005 ، غير أنه لم يجر إشراك أكثر من ثمانية خبراء<sup>2</sup> . من مجموع أعضاء الأمم المتحدة البالغ 192 عضوا قدمت 124 دولة تقاريرها الأولية و في 25 أبريل 2006 ، أي بعد سنتين من اتخاذ القرار و قبل نصف سنة من انتهاء المهلة رفعت

<sup>1</sup> - معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي ، التسليح و نزع السلاح و الأمن الدولي ، الكتاب السنوي 2007 ، المرجع السابق ، ص

اللجنة إلى مجلس الأمن تقريرها و كان يشير إلى المستوى الشامل للتنفيذ بدلا من تحديد ما فعلته دولة عضو منفردة أو ما ستفعله فيما بعد <sup>1</sup>.

و فيما يتعلق بتنفيذ الفقرة التنفيذية الأولى من القرار 1540 المتمثلة في الالتزام بالإحجام عن دعم جهات فاعلة غير حكومية تسعى لحيازة أو تطوير أسلحة الدمار الشامل ووسائل إيصالها . لاحظت اللجنة أن أغلبية من الدول الـ 62 التي لم تقدم تقارير هي أطراف في معاهدات منع انتشار أسلحة الدمار الشامل التي من بينها الأسلحة النووية و خلصت في ضوء هذا إلى أن على الدول هذه أن تكون في وضع يمكنها من أن تبلغ في غضون فترة قصيرة عن خطوات اتخذتها لتنفيذ الالتزامات بموجب تلك الاتفاقيات في تشريعها الوطني <sup>2</sup>.

و تشير اللجنة في استنتاجاتها إلى أن القرار 1540 مهم و ملائم على التهديد الصادر عن جهات فاعلة غير حكومية ، و بخاصة جهات إرهابية ، تحوز أسلحة دمار شامل ، و واضح أيضا من تقرير لجنة 1540 الموضوعي الأول أن الوضع الرسمي للقرار يلعب دورا مهما من أجلها ، و في مناسبات عدة تؤكد اللجنة على طبيعتها الملزمة لدى مناقشة عدم تنفيذ القرار 1540 <sup>3</sup>.

و على أساس تقرير لجنة 1540 ، و بتاريخ 27 أبريل 2006 ، قام مجلس الأمن بتمديد ولاية اللجنة المنشأة عملا بالقرار 1540 لمدة عامين آخرين و ذلك باعتماد القرار 1673 الذي كرر من جديد أهداف القرار 1540 و أعرب عن اهتمام مجلس الأمن بتكثيف اللجنة لجهودها الرامية إلى تعزيز التنفيذ الكامل للقرار ، و طلب إلى اللجنة المنشأة عملا بالقرار 1540 أن تقدم ثانية تقريرا بحلول أبريل <sup>4</sup>.

و بتاريخ 25 أبريل 2008، اتخذ مجلس الأمن القرار 1810 (2008) الذي مدد ولاية لجنة القرار 1540 لفترة ثلاث سنوات، مع استمرار تقديم المساعدة من جانب الخبراء، إلى 25 أبريل 2011، وحث مجلس الأمن لجنة القرار 1540، وهو يؤكد أهداف القرار 1540 (2004) والقرار 1673 (2006)، على مواصلة تعزيز الدور الذي تضطلع به في تيسير المساعدة التقنية، بسبل منها المشاركة النشطة في مواءمة عروض المساعدة وطلباتها، مؤكدا بذلك على دورها

<sup>1</sup> - المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 690-691.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه ، ص 695.

<sup>4</sup> - قرار مجلس الأمن في الأمم المتحدة 1540 (2004)، مقال منشور على الإنترنت، الموقع: <http://www.un.org/arabic/sc/1540> .

بوصفها مرفقا لتبادل المعلومات. ومن خلال القرار 1810 (2008)، طلب مجلس الأمن أيضا إلى لجنة القرار 1540 أن تنظر في إجراء استعراض شامل لحالة تنفيذ القرار 1540 (2004).<sup>1</sup>

### المبحث الثالث : تدخل مجلس الأمن في الملف النووي لكوريا الشمالية و إيران

بموجب السلطة الممنوحة لمجلس الأمن في المسائل التي تمس بالسلم و الأمن الدوليين .  
سندرس من خلال هذا المطلب القرارات التي تم إصدارها من طرف مجلس الأمن بخصوص الملف النووي لكل من كوريا الشمالية و إيران .

#### المطلب الأول : قرار مجلس الأمن رقم 1718

ردا على زعم كوريا الشمالية أنها أجرت تجربة نووية . عقد مجلس الأمن جلسة طارئة . و في الجلسة . اقترحت الولايات المتحدة . بتأييد من العضو غير الدائم اليابان. مشروع قرار صارم يحظر . من بين أمور أخرى .كل أشكال التجارة بالسلع و المعدات العسكرية مع كوريا الشمالية . اعترضت الصين و روسيا . مقترحين بدل ذلك إجراءات أقل صرامة . كما شددتا على أن يتخذ أي قرار بموجب المادة 41 من الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة . و هي المادة التي تسمح لتدابير اقتصادية و تدابير أخرى تجعل قرارات مجلس الأمن " سارية المفعول " لكنها دون استخدام القوة العسكرية .<sup>2</sup>

و في 14 أكتوبر سنة 2006 وافق مجلس الأمن بالإجماع على القرار 1718 . و القرار هذا . استنادا إلى المادة 41 . عبر عن أقصى حالات القلق إزاء تجربة كوريا الشمالية النووية . و أعلن أن على كوريا الشمالية التخلي عن جميع الأسلحة النووية و البرامج النووية القائمة بطريقة كاملة و يمكن التحقق من صحتها و لا يمكن إلغاؤها . كما دعا كوريا الشمالية إلى العودة فورا إلى المحادثات السداسية من دون شروط مسبقة .<sup>3</sup>

و طلب القرار من جميع دول الأمم المتحدة اتخاذ جملة إجراءات لمنع دخول أنظمة أسلحة تقليدية و سلع و مواد معينة ثنائية الاستخدام إلى كوريا الشمالية . كما طلب من الدول الأعضاء اتخاذ تدبير وفقا لسلطاتها و تشريعها الوطني . و انسجاما مع القانون الدولي. للحول دون نقل مواد محظورة إلى كوريا الشمالية بتفتيش الشحنات و هي في طريقها إلى البلد و منه و قد أثار هذا الطلب جدلا في كوريا الجنوبية . كما عبرت الصين عن معارضتها لإجراءات تفتيش الشحنات .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - اللجنة 1540 : لجنة مجلس الأمن المنشأة عملا بالقرار 1540 (2004) . مقال منشور على الإنترنت . الموقع :

www.un.org/arabic/sc/1540/index.shtml . ص 1.

<sup>2</sup> - معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي . التسليح و نزع السلاح و الأمن الدولي. الكتاب السنوي 2007 . المرجع السابق . ص 711

<sup>3</sup> - المرجع نفسه . ص 712 .

<sup>4</sup> - المرجع نفسه . الصفحة نفسها.

و في 18 ديسمبر 2006 استؤنفت المحادثات السادسة<sup>1</sup> في بكين بعد توقف دام سنة واحدة . و خلال أحد الاجتماعات الثنائية التي عقدت على هامش المحادثات، عرضت الولايات المتحدة على كوريا الشمالية مجموعة تدابير للمساعدة بالطاقة و بأمور اقتصادية شريطة أن توافق كوريا الشمالية على بدء تفكيك بنيتها التحتية النووية، أما كوريا الشمالية، فقد أصرت من جانبها على أن ترفع الولايات المتحدة عقوباتها المصرفية و غيرها من عقوبات مالية قبل أن تدخل كوريا الشمالية في مناقشة نزع السلاح النووي . و علق المحادثات في 22 ديسمبر دون أي تقدم واضح و دون تحديد موعد للجولة التالية<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: قرار مجلس الأمن رقم 1737

بعد فشل اجتماعات مجلس محافظي الوكالة الدولية للطاقة الذرية في التوصل - على مدى ثلاثة أيام من 6 إلى 8 مارس 2006- إلى حل وسط يرضي جميع أطراف الأزمة . قرر المجلس إحالة الملف النووي الإيراني إلى مجلس الأمن للتوصل إلى تسوية<sup>3</sup> . و قد تضمن تقرير الوكالة الدولية المرفوع إلى مجلس الأمن الدعوة إلى العودة للمفاوضات و الترحيب بالمبادرة الروسية التي كانت تقترح السماح لطهران بتخصيب اليورانيوم على نطاق واسع . فضلا عن أن روسيا و الصين تعارضان فرض عقوبات على إيران بحكم المصالح الاقتصادية المشتركة بينها<sup>4</sup> . و بالتالي يمكن تفعيل الاقتراح الروسي الجديد، الذي يقضي بإقامة نظام دولي للطاقة النووية يتم وضعه تحت مراقبة الوكالة الدولية للطاقة الذرية لضمان استخدام مختلف الدول للطاقة النووية بطريقة سلمية<sup>5</sup> .

في 23 ديسمبر 2006 . اتخذ مجلس الأمن . بالإجماع . القرار 1737 بموجب المادة 41 من الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة . و كان القرار الذي رعته الدول الأوروبية الثلاث (فرنسا . المملكة المتحدة و ألمانيا) . مستندا إلى مشروع قدم في أكتوبر من نفس السنة و عدل عدة مرات بعد صدور اعتراضات عن الصين و روسيا . و عبر القرار عن عزم مجلس الأمن على « إقناع

<sup>1</sup> - المحادثات السادسة - الشاملة لكل من الصين . اليابان . كوريا الشمالية . كوريا الجنوبية . روسيا . الولايات المتحدة - ترمي إلى حل المأزق الدبلوماسي المتعلق ببرنامج كوريا الشمالية النووي . و قد تم عقد الجولة الأولى في 27-29 أوت 2003 و انتهت بنتائج غير نهائية .

<sup>2</sup> - معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي . التسليح و نزع السلاح و الأمن الدولي . الكتاب السنوي 2007 . المرجع السابق . ص 713 .

<sup>3</sup> - السيد تركي . أحمد . " أبعاد إحالة الملف النووي الإيراني إلى مجلس الأمن " . مجلة السياسة الدولية . العدد 164 . أفريل 2006 . مقال منشور على الإنترنت . الموقع: <http://www.siyassa.org.eg/asiyassa/Serv/Ishtrak.htm> . ص 1 .

<sup>4</sup> - المرجع نفسه . الصفحة نفسها

<sup>5</sup> - السيد تركي . أحمد . المرجع السابق . ص 1 .

إيران بالامتنال لمتطلبات الوكالة الدولية للطاقة الذرية ، و أيضا على كبح تطوير إيران التكنولوجيات حساسة داعمة لبرامجها النووية و الصاروخية <sup>1</sup> .  
و طلب من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن « تتخذ الإجراءات الضرورية لمنع توريد أو بيع أو نقل مباشر أو غير مباشر» لتشكيلة من المواد التي يمكنها أن تساهم في برامج إيران الخاصة بالتخصيب أو بمفاعل الماء الثقيل فضلا عن تطوير إيصال أسلحة نووية كالصواريخ الباليستية، و قد وضعت المواد ذات الصلة في لوائح متعددة أشار إليها القرار <sup>2</sup> .  
و بصور هذا القرار يفرض مجلس الأمن للمرة الأولى عقوبات على إيران بل أن القرار وعد بالنظر في إجراءات عقابية إضافية ملائمة في قرار لاحق إذا كان ذلك ضروريا في حال رفض إيران الانصياع لهذا القرار <sup>3</sup> .

و سارعت إيران إلى رفض قرار الأمم المتحدة بوصفه « باطلا » و « غير مشروع » ، وبانتهاء سنة 2006 ، أعلنت إيران أنها ستبدأ العمل على تجميع و تركيب الـ 3000 جهاز طرد مركزي لليورانيوم في نظائر ، و هدوت أيضا باقتداء إجراء غير محدد لتقليص تعاونها مع الوكالة الدولية للطاقة الذرية (L'AIEA) <sup>4</sup> .

### المبحث الرابع : قرار مجلس الأمن رقم 1887

في جلسة خاصة عقدها مجلس الأمن يوم 24 سبتمبر 2009 وافق كل أعضاء المجلس الخمسة عشر على القرار رقم 1887 دون أي اعتراض. يحدد القرار إطار عمل لإرشاد الدول نحو وقف انتشار الأسلحة النووية و تقليل المخاطر النووية في العالم ، و كانت الولايات المتحدة هي التي قدمت مشروع القرار ، و قد دعا الرئيس أوباما باعتباره رئيس الجلسة إلى تبني القرار <sup>5</sup> .  
و يدعو القرار الصادر عن مجلس الأمن إلى ما يلي <sup>6</sup>

- الالتزام بالعمل من أجل جعل العالم خاليا من الأسلحة النووية، و تحقيق مزيد من التقدم في تخفيض الأسلحة النووية.
- إبرام معاهدة قوية لمنع الانتشار النووي و مؤتمر لمراجعة المعاهدة في العام 2010 بحيث تتحقق الأهداف الواقعية لنزع السلاح النووي و منع الانتشار والاستخدام السلمي للطاقة النووية.

<sup>1</sup> -معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي ، التسليح و نزع السلاح و الأمن الدولي، الكتاب السنوي 2007 ، المرجع السابق ، ص 726

<sup>2</sup> - المرجع نفسه ، ص 726 .

<sup>3</sup> - حنفي عمر ، حسين ، الانسحاب من المعاهدات و المنظمات الدولية النووية " أحقية الدول العربية و الإسلامية في التكنولوجيا النووية و الانسحاب من المعاهدات و المنظمات الدولية النووية " ، ب ط ، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2008، ص 257

<sup>4</sup> - معهد ستوكهولم لأبحاث السلام الدولي ، التسليح و نزع السلاح و الأمن الدولي، الكتاب السنوي 2007، المرجع السابق ، ص 726

<sup>5</sup> - ديفيد كلرهالس، ميلر، " مجلس الأمن الدولي ملتزم بنزع السلاح النووي في العالم "، مقال منشور على الإنترنت، الموقع :

[www.america.gov/.../2009/September/20090925152149ssissirdiE0.5928919.html](http://www.america.gov/.../2009/September/20090925152149ssissirdiE0.5928919.html) (ص1).

<sup>6</sup> - المرجع نفسه ، الصفحة نفسها

- توفير مزيد من الأمن للمواد المستخدمة في صنع أسلحة نووية لمنع الجماعات الإرهابية من الحصول على مواد صنع قنابل أو متفجرات.
- تحويل مجلس الأمن الدولي السلطة لاتخاذ الإجراءات المناسبة إذا تمكنت الجماعات الإرهابية من الحصول على المواد النووية.
- تشجيع الجهود الرامية إلى الاستخدام السلمي للطاقة النووية و هو ما قد يقلل من مخاطر الانتشار النووي.
- عدم السماح للدول التي تقوم بنشر الأسلحة النووية و المواد المستخدمة في صنع القنابل بالتعامل من خلال النظام المالي الدولي.
- الاتفاقيات الرئيسية بشأن المواد النووية تشمل معاهدة خفض الأسلحة الإستراتيجية و الاتفاق اللاحق لها، و معاهدة الحظر الشامل للتجارب النووية. و معاهدة خفض المواد المشعة، و اتفاقية منع أعمال الإرهاب النووي، و الاتفاقية الخاصة بالحماية المادية من المواد النووية. كما دعا القرار الدول التي لم توقع على معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية لعام 1968 إلى التوقيع عليها.

#### الخاتمة

بعد تعرضنا لدراسة دور مجلس الأمن الدولي في الحد من انتشار الأسلحة النووية ، لعل أهم نتيجة يمكن استنتاجها ، هي قيام منظمة الأمم المتحدة بجهود كبيرة كللت بنتائج ملموسة عن طريق مجلس الأمن الدولي التابع لها حيث قامت مجموعة من الدول بالتخلي طوعا عن برامجها النووية العسكرية، نذكر منها خلال سنوات التسعينات جنوب إفريقيا، التي أصبحت طرفا في معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية.

و عليه، يتعيّن على الدول الدائمة العضوية في مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة أن تبدأ في إدارة المناقشات الخاصة بالقضايا الأمنية المرتبطة بعملية نزع الأسلحة النووية، كما يتعيّن على الدول غير الموقعة على معاهدة منع الانتشار أن تجمد قدراتها الخاصة بتصنيع الأسلحة النووية وأن تتعهد بالتزامات خاصة من جانبها فيما يتصل بنزع الأسلحة، ولا بد من تجميد التجارب النووية وعمليات إنتاج المواد الانشطارية ، إذ أن مشكل نزع السلاح النووي يبقى مطروحا لأن إبرام المعاهدات لا يكفي بل لابد من التصديق عليها.

وأخيراً، يتطلب الأمر اتخاذ عدد من التدابير التكميلية التي تتضمن إزالة كافة الأشكال الأخرى من أسلحة الدمار الشامل؛ وبذل جهود جديدة لمكافحة الجماعات الإرهابية التي قد تستخدم أسلحة الدمار الشامل.

## دور الأمم المتحدة في عملية بناء السلام في كوسوفو

خيرة لكمين باحثة دكتوراه جامعة قالة

د. وداد غزلاني جامعة قالة

### ملخص:

على اعتبار أن حفظ السلم والأمن الدوليين من اختصاص هيئة الأمم المتحدة، فإن مجمل تدخلاتها تكون في هذا الصدد، وهو ما لاحظناه من خلال تدخلها في قضية كوسوفو بمختلف أجهزتها، وإصدار قرارات تتعلق بصون حقوق الإنسان في الإقليم من مختلف الانتهاكات، ومحاولة إرساء أطر داعمة لمسار بناء السلام، لهذا فقد تم إرسال بعثة أمية بهدف الإدارة المؤقتة للإقليم عبر السهر على إنشاء مؤسسات مؤقتة، وضمان وصول المساعدات الإنسانية والسهر على إعادة اعمار الإقليم نظرا للخسائر التي شهدتها، ويبحث مقالنا في نوعية الآليات المستخدمة من قبل الأمم المتحدة لبناء السلام في كوسوفو.

**كلمات مفتاحية:** التدخلات الدولية، بعثة الأمم المتحدة، انتهاكات حقوق الإنسان، بناء السلام

### Abstract :

All UN operations are directed to keeping international peace and security, because they are from the UN's jurisdiction. That's what we saw it through its mediation in the Kosovo issue, Depending on the various organs ,and Make decisions relating to the protection of human rights ,and try to Lay the foundation of the peace-building. So it has been sending UN Mission in order to The provincial administration temporarily, through The establishment of provisional institutions, And ensure access of humanitarian aid, And the reconstruction of the region because of the damages suffered by it, So we tried through this article to search in the means used by UN to building peace in Kosovo.

**Key words :** international mediation, UN Mission, Human rights violations, Peace-building.

### مقدمة:

إن إنشاء الأمم المتحدة جاء في إطار سد الثغرات في نظام الأمن في فترة عصبة الأمم المتحدة، حيث كان الهدف منها حفظ السلام والأمن الدوليين؛ من خلال مختلف القرارات التي تم إصدارها دون المساس بمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، إلا أن آثار النزاعات بين الدول فيها ما يقتضي التدخل الإنساني من قبل الهيئة الأمية، حتى وإن كان هناك إخلال بنص المادة 2 الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة. وقد كان للأمم المتحدة عدة تدخلات في إطار حفظ السلام والأمن الدوليين وبناء السلام في العديد من الأقاليم كإقليم تيمور الشرقية، رواندا، كوسوفو، هذه الأخيرة التي شهدت دمار كبير بسبب النزاع الذي كان قائم بين يوغوسلافيا وكوسوفو، الذي تسبب في تشريد العديد من الأفراد وهو الأمر الذي استدعى خضوع إقليم كوسوفو للإشراف الدولي من قبل الأمم المتحدة في إطار التدخل الإنساني.

### أهمية المقال:

تستمد أهمية الموضوع من طبيعة الدراسة والمتعلقة أساسا ببناء السلام في مناطق ما بعد النزاع؛ وحماية حقوق الإنسان في ظل التوترات الداخلية. باعتبارها من القضايا التي حضرت باهتمام المجتمع الدولي؛ لكونها تمس السلام الأمن الدوليين. وبالتالي فإن ربط العلاقة بين بناء السلام والفواعل الدولية ذات العلاقة يسمح لنا بتحديد أهمية التعاون الدولي في إطار التدخلات.

وعلى اعتبار أن الأمم المتحدة هي منظمة تسعى لضمان تحقيق السلام والأمن الدوليين. فقد كان من الضروري معرفة أدوارها التدخلية في إطار بناء السلام في فترة ما بعد النزاع.

### أهداف المقال:

- يهدف هذا المقال لتحديد ظروف وأسباب النزاع في كوسوفو ومختلف تأثيراته على الإقليم.
- النظر في مدى شرعية التدخل الأممي في إطار بناء السلام في إقليم كوسوفو.
- تسليط الضوء على إحدى تجارب الأمم المتحدة في التدخل الإنساني مع تحديد أهم الآليات التي تم الاعتماد عليها لدعم مسار بناء السلام في كوسوفو.

### سؤال المقال:

إذا كانت ضرورات النظام الدولي تقتضي التدخل الأممي في إطار حفظ السلام والأمن الدوليين وبناء السلام في مناطق ما بعد النزاع. فما هي طبيعة الآليات المستخدمة من قبل الهيئة الأممية في إطار بناء السلام في إقليم كوسوفو؟

### فرضية المقال:

- تكاتف الجهود الدولية لفواعل المجتمع الدولي تدعم مسار بناء السلام في مناطق ما بعد النزاع.

### هيكلية المقال:

للإجابة على السؤال حاولنا التطرق للعناصر التالية:

- قراءة تاريخية للأوضاع في كوسوفو أثناء النزاع
- التدخل الأممي لبناء السلام في كوسوفو بين الشرعية الدولية والممارسات الواقعية
- بعثة الأمم المتحدة للإدارة المؤقتة في كوسوفو
- الخاتمة

## أولاً: قراءة تاريخية للأوضاع في كوسوفو أثناء النزاع

شهد إقليم كوسوفو تناوب العديد من الإمبراطوريات والحضارات؛ وهو الأمر الذي دعم تكوين الأقليات العرقية، التي كانت سببا في نشوب الاختلافات والصراعات بشتى الأشكال؛ وكان آخرها مع بداية تسعينات القرن العشرين. حيث شهد عام 1996 توجيها للأنظار لإقليم كوسوفو بهدف التطهير العرقي من قبل الحكومة الصربية، فبعد توقيع اتفاقية دايتون للسلام في نوفمبر 1995؛ ومحاولة الرئيس الكوسوفي إبراهيم روقوفا **Ibrahim Rugova** إدراج مسألة حل مشكل إقليم كوسوفو، إلا أنه لم يلقى استجابة من قبل الرئيس الأمريكي بيل كلينتون **Bill Clinton**. هذا ما عمق شدة النزاع من خلال تنامي عمليات المقاومة المسلحة للجيش الكوسوفي، وهو ما استدعى دعوة أطراف النزاع من قبل مجموعة الاتصال الدولية<sup>1</sup>، لإقامة حوار وبدأ مفاوضات سلام وفق مبادئ وقف العنف؛ التوصل إلى تسوية سليمة عبر المفاوضات؛ الحفاظ على وحدة الأراضي اليوغسلافية؛ وحماية حقوق الأقليات في إقليم كوسوفو<sup>2</sup>. وبتقلد ميلوسيفيتش **Milosevich** الحكم في يوغسلافيا عام 1997، شرع في تطبيق سياسة التمييز ضد ألبان كوسوفو، من خلال انتهاج التعذيب والقتل ضد المدنيين، ومع استمرار هذه المعاملات وسياسة التطهير العرقي ورد فعل الألبان في كوسوفو، تدهورت الأوضاع ما أدى إلى قيام نزاع مسلح بالإقليم، عبر توحيد جهود كل من الميليشيات والبوليس الصربي، وبدأت عمليات التطهير في جانفي 1998 في إقليم درونيكا **Drenika**، حيث أودت هذه العمليات بحياة 58 ألباني وجرح المئات، ولتغطية هذه العمليات تم تكيف ما يحدث في كوسوفو على أساس نزاع داخلي تحت السيطرة هادف لمحاربة الإرهاب في الإقليم<sup>3</sup>، ومع حلول فيفري 1999؛ دخل الألبان والصرب في مفاوضات برعاية دولية خاصة من حلف الشمال الأطلسي في رامبوييه بفرنسا، وكانت من أبرز أفكارها وضع إقليم كوسوفو تحت إدارة الأمم المتحدة لفترة، إلا أن المفاوضات لم تنجح بسبب رفض الطرف الصربي، وهو الأمر الذي دفع حلف الشمال الأطلسي لشن غارة جوية لإرغام القوات الصربية على الانسحاب من كوسوفو، وقد نجح في ذلك بعد خسائر جسيمة لحقت بالإقليم:

- قتل أكثر من 12 ألف ألباني.

- تدمير وإحراق ما يقارب 128 ألف بيت.

<sup>1</sup> - وتتألف هذه المجموعة من الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا، ألمانيا، إيطاليا، فرنسا، المملكة المتحدة.

<sup>2</sup> - جمال منصور، التدخل العسري الإنساني في ظل الأحادية القطبية - دراسة في المفهوم والظاهرة -، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلاقات الدولية، جامعة باتنة، 2010، ص 179.

<sup>3</sup> - عبد اليزيد داودي، التدخل الإنساني في صور ميثاق الأمم المتحدة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي جنائي، جامعة قالمة، 2012، ص 100.

- فقدان حوالي 3200 ألباني لم يتم التعرف على مكانهم.
- اغتصاب أكثر من 3000 امرأة.
- تعذيب عشرات الآلاف في المعسكرات<sup>1</sup>.
- إقصاء اللغة الألبانية من كل التعاملات الرسمية. وطرد الألبان من وظائفهم سواء في القطاع العمومي أو المناصب الحساسة والجيش.
- في عام 1990 قامت السلطات الصربية بتسميم أكثر من سبعة آلاف طفل من الألبان المسلمين. من خلال تسميم مياه خزانات المدارس.
- إغلاق جميع المدارس والجامعات الألبانية وطرد طلابها. مع إغلاق المكتبات المركزية في كوسوفو.
- إضافة إلى مختلف المجازر التي تم ارتكابها. من بينها تلك التي حصلت في قرية راتشاك Racak حيث قتل أهل القرية جميعاً<sup>2</sup>.

وقد جاء تدخل الأمم المتحدة في إطار مختلف القرارات الصادرة عن مجلس الأمن وفقاً للميثاق. والتي دعمت مختلف الممارسات المتبعة من قبل الهيئة الأمية.

#### ثانياً: التدخل الأمي لبناء السلام في كوسوفو بين الشرعية الدولية والممارسات الواقعية

في ظل الآثار الوخيمة التي عانى منها إقليم كوسوفو جراء سياسات التعذيب التي اعتمدها الصرب ضد الألبان. شهدت المنطقة تدخل للهيئة الأمية بمختلف أجهزتها. إلا أن شرعية هذا التدخل بقيت في تذبذب بين التأييد والمعارضة.

#### 1- شرعية التدخل الأمي:

تختلف رؤية المجتمع الدولي لقضية التدخل الإنساني. حيث نجد أن البعض يعتبرها شرعية في ظل حماية حقوق الإنسان؛ وإعادة البناء بالنسبة للمناطق التي عانت من ويلات الحروب. في حين يتوجه آخرون لاعتبارها غير شرعية؛ نظراً لمساسها بالسيادة الداخلية للدول. وفيما يلي تفصيل في هذه الآراء:

أ- **الاتجاه الأول:** ينظر أصحاب هذا الاتجاه إلى التدخل لاعتبارات إنسانية بأنه حق. مع التأكيد

على سعي الدول الكبرى لضمان حماية حقوق الإنسان. وبالتالي فهم يعتمدون على المادة الثانية الفقرة الرابعة من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على عدم استخدام القوة في العلاقات الدولية. إلا أن هذا النص يجب أن يتمشى والمفاهيم المستحدثة كالأمن

<sup>1</sup> - محمد عبد العاطي. كوسوفو الطريق نحو تقرير المصير شبة الجزيرة للبحوث والدراسات. 2008. ص 4. على الرابط:

[www.aljazeera.net/mritems/streams](http://www.aljazeera.net/mritems/streams) . 2016/05/24

<sup>2</sup> - قصة مشكلة كوسوفو. ديسمبر 2007. مقال على الرابط: <http://islamstory.com> . 2016/05/04 . 19:53

الإنساني. وبالتالي إعطاء الأولوية لحقوق الإنسان بدلا من أمن الدولة. إضافة إلى استدلالهم بالمادة الثانية الفقرة السابعة: التي تتضمن مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول مع استثناء التدخل في إطار الفصل السابع. وبالتالي فإن الممارسة الدولية تفرض السيادة المرنة إذا تعلق الأمر بحقوق الإنسان. كما يستندون في إضفاء الشرعية كون التدخل هو في إطار ما يسمى "تهديد السلام والأمن الدوليين". بدليل مختلف القرارات التي تم إصدارها من قبل مجلس الأمن في كل من العراق؛ وكوسوفو. ويُجد في هذا الإطار أيضا كل من المادة 49 من ميثاق الأمم المتحدة التي تنص على الأمن الجماعي المرخص به من قبل مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة. والمادة 51 المتعلقة بالحق الطبيعي في الدفاع عن النفس. حيث تعتبران بمثابة استثناء فيما يتعلق باستخدام القوة<sup>1</sup>. ناهيك عن المادتين 55 و56 من ميثاق الأمم المتحدة. واللذان تفران بوجود مصلحة حقيقة بإقرار احترام حقوق الإنسان<sup>2</sup>. وهو ما دعم الفتوى التي خلصت لها محكمة العدل الدولية عام 1971 حول فرض التزامات قانونية فيما يتعلق بمسائل حقوق الإنسان. وضرورة تدخل الأمم المتحدة بالشكل المناسب في حال وجود إخلال<sup>3</sup>.

**ب- الاتجاه الثاني:** وهو الاتجاه الرفض لفكرة التدخل الإنساني. يركز أنصاره على ميثاق الأمم المتحدة الذي أكد في العديد من النصوص على حظر التدخل في الشؤون الداخلية وفقا للتساوي في السيادة بالنسبة لكل الدول. وبالتالي لا يجوز التدخل مهما كانت الأسباب؛ ويستدلون على نص المادة الثانية الفقرة السابعة من الميثاق. ويعبرون عن خوفهم من الاستبداد في استخدام القوة إذا تم التدخل. الذي يكون في هذه الحالة منفذ للقيام بأعمال عدوانية. كما يضيف أنصار هذا الاتجاه ما قد يشوب مبدأ التدخل الإنساني من تسييس. على اعتبار أن التدخل يكون من قبل الدول الكبرى المملوكة لعناصر القوة. وهو ما تؤكد الممارسات الأمريكية من إرسالها للقوات وفرضها للعقوبات وانتهاك مبدأ السيادة وقوانينها. إضافة إلى فرض القيم الأمريكية على باقي الدول؛ هذا تحت شعار حماية حقوق الإنسان والديمقراطية. ومن ناحية أخرى فإن التدخل يتعارض مع حق تقرير المصير الوارد في المادة الثانية الفقرة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة. فالحروب الداخلية هي

<sup>1</sup> ايف ماسينغهام. التدخل العسكري لأغراض إنسانية. المجلة الدولية للصليب الأحمر. المجلد 91. العدد 876. ديسمبر 2009. ص 166.

<sup>2</sup> التدخل الأممي لحماية حقوق الإنسان ما بين الشرعية الدولية والأبعاد السياسية. 2012. مقال على الرابط: <http://www.univ-eloued.dz>. 12:39. 2016/05/05. ص 3.

<sup>3</sup> التدخل الأممي لحماية حقوق الإنسان ما بين الشرعية الدولية والأبعاد السياسية. 2012. مقال على الرابط: <http://www.univ-eloued.dz>. 12:39. 2016/05/05.

صراع فئات، وبالتالي فإن التدخل في حرب يتنافس فيها الأفراد على السلطة، ستؤدي إلى ضياع حق تقرير المصير إذا كان التدخل لصالح الحكومة، أو ضياع الاستقلال السياسي إذا كان التدخل لجانب الثوار. لهذا فإن التدخل سيتنافى دائما والسيادة الوطنية<sup>1</sup>.

ت- **الاتجاه الثالث:** وهو الاتجاه الوسيط بين المؤيدين والرافضين للتدخل، حسب أنصار هذا الاتجاه فإن السيادة الوطنية يمكن لها التحول من سيادة مطلقة إلى سيادة مقيدة وفق ما يفرضه القانون الدولي وحقوق الإنسان. كانت تندرج سابقا ضمن الإطار السيادي للدولة، دون تدخل أي شخص من أشخاص القانون الدولي، ولا تزال تندرج ضمن هذا الإطار للدولة مع الأخذ بعين الاعتبار مختلف الأحكام التي يقرها القانون الدولي<sup>2</sup>.

وواقعيا فإن المجتمع الدولي شهد توجه كبير نحو عمليات التدخل بغرض الحماية وإعادة البناء، حيث نشهد تشكيل اللجنة الدولية المعنية بالتدخل وسيادة الدول (ICISS) في سبتمبر 2000 من قبل رئيس الوزراء الكندي جون كريتيان. وتهدف هذه اللجنة لوضع أسس التدخل الإنساني، ودعم نقاش عالمي حول العلاقة بين التدخل الإنساني وسيادة الدول، بهدف التوفيق بين ضرورات التدخل الدولي بسبب الانتهاكات؛ وإلزامية احترام سيادة الدول. حيث قدمت اللجنة في 2001 : تقريرا تم بموجبه استبدال التدخل الدولي بمسؤولية الحماية، ذلك أن المسؤولية الأولى لحماية الأفراد تعود للدولة وفقا لمبدأ السيادة، أما في حالة تعرض السكان للخطر بسبب حروب داخلية أو عصيان أو عدم قدرة الدولة على دفع الأذى عن سكانها، فإن المسؤولية الدولية للحماية تمل محل مبدأ عدم التدخل، والتي تعتبر تطور لمبدأ التدخل الإنساني<sup>3</sup>.

## 2- التدخل وفقا لقرارات أجهزة الأمم المتحدة

### أ- مجلس الأمن

في ظل الموقف المتأزم في إقليم كوسوفو، اجتمع مجلس الأمن وأصدر عدة قرارات من بينها: القرار رقم 1160 المؤرخ في مارس 1998 والذي يدين استخدام القوة المفرطة ضد المدنيين من مسلمي كوسوفو من قبل الشرطة الصربية، ووفقا لميثاق الأمم المتحدة فإنه:

- يطلب من الزعامة الألبانية إدانة جميع أعمال الإرهاب، كما يؤكد على أن التغلب على العنف والإرهاب يكون من خلال عرض عملية سياسية حقيقية.

<sup>1</sup> - نور الدين حتوت، التدخل لأغراض إنسانية وإشكالية المشروعية، مجلة المفكر، العدد العاشر، د س ن، ص 309.

<sup>2</sup> - التدخل الأممي لحماية حقوق الإنسان ما بين الشرعية الدولية والأبعاد السياسية، 2012، مرجع سابق، ص 4.

<sup>3</sup> - خالد حساني، التدخل الدولي لأغراض إنسانية بين سيادة الدول والالتزام بحماية حقوق الإنسان، ص 15، على الرابط:

05:02\_2016/05/08\_www.webreview.dz/inter.../\_no4\_article\_5\_.docx

- التأكيد على إقامة حوار هادف بين سلطات بلغراد وكوسوفو بشأن قضايا المركز السياسي.
- كما يؤيد منح كوسوفو أكبر درجة من الاستقلال الذاتي<sup>1</sup>.
- القرار رقم 1199 المؤرخ في سبتمبر 1998؛ والذي يؤكد فيه على حق اللاجئين والمشردين للعودة إلى ديارهم، مع تأييده لاستخدام الحلول السلمية لحل مشكلة كوسوفو، وتعزيز مركزها عبر منحها درجة أكبر من الاستقلال الذاتي، وبموجب ميثاق الأمم المتحدة؛ يطالب جميع الأطراف بوقف إطلاق النار في إقليم كوسوفو، كما يطالب جمهورية يوغوسلافيا ب:
  - وقف جميع الأعمال التي تقوم بها قوات الأمن والتي تمس المدنيين.
  - تمكين بعثة المراقبة التابعة للجماعات الأوروبية؛ والجماعات الدبلوماسية المعتمدة لدى جمهورية يوغوسلافيا؛ من القيام بعملية رصد دولي مستمر وفعال في إقليم كوسوفو.
  - الاتفاق مع مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ولجنة الصليب الأحمر الدولية، بهدف تسهيل عملية عودة اللاجئين، مع إمكانية وصول المساعدات الإنسانية للإقليم<sup>2</sup>.
- بعدها أصدر مجلس الأمن القرار رقم 1203 في أكتوبر 1998، يدين من خلاله أعمال العنف في كوسوفو؛ مع التأكيد على أن استمرارية توتر الأوضاع في كوسوفو سيهدد السلام والأمن الدوليين، ووفقاً لميثاق الأمم المتحدة فإنه:
  - المصادقة وتأييد الاتفاقان الموقعان في بلغراد في أكتوبر 1998 بين يوغوسلافيا ومنظمة الأمن والتعاون الأوروبي، وبين يوغوسلافيا وحلف الشمال الأطلسي بشأن امتثال كل الأطراف لشروط القرار 1199 الصادر في 1998.
  - مطالبة الأطراف المعنية (يوغوسلافيا وكوسوفو) بالدخول في حوار جاد لإيجاد حل عبر التفاوض.
  - إدانة الأعمال الإرهابية والتشديد على ضرورة الاعتماد على الوسائل السلمية.
  - مطالبة سلطات يوغوسلافيا والقيادة الألبانية في كوسوفو بالتوجه نحو التعاون الدولي الرامي لتحسين الوضع الإنساني<sup>3</sup>.
- إضافة إلى القرار رقم 1239 المؤرخ في ماي 1999؛ الذي يدعو فيه مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين والمنظمات الدولية الأخرى للإغاثة الإنسانية؛ لتقديم المساعدة للاجئين

<sup>1</sup> - القرار 1160 المؤرخ في مارس 1998 والصادر عن مجلس الأمن، ص 2

<sup>2</sup> - القرار رقم 1199 الصادر في سبتمبر 1998 عن مجلس الأمن في الجلسة رقم 3930، ص 3.

<sup>3</sup> - القرار رقم 1203 المؤرخ في أكتوبر 1998 الصادر عن مجلس الأمن، ص 3-4.

كوسوفو، وتأييد حقهم في العودة بسلام لأراضيهم، ما يدعو إلى تمكين موظفي الأمم المتحدة وكل أطراف العمل الإنساني؛ من الوصول إلى كوسوفو ومختلف أجزاء يوغسلافيا<sup>1</sup>.  
و القرار الصادر في جوان 1999 تحت رقم 1244 والذي يدين فيه كل أعمال العنف التي تم ارتكابها بحق مسلمي كوسوفو. كما يطالب يوغسلافيا بإنهاء أعمال العنف والقمع ضد كوسوفو وبدأ عملية الانسحاب، مع إقرار الوجود المدني والعسكري في كوسوفو تحت رعاية الأمم المتحدة، وهذا من خلال تعيين ممثل خاص للمراقبة والتحقق من الوجود المدني الدولي، والذي يعمل على:

- الحيلولة دون جدد الأعمال العدوانية، والحفاظ على وقف إطلاق النار.
- تجريد الجيش الكوسوفي الألباني من السلاح.
- تهيئة بيئة أمنية تسمح بعودة اللاجئين، وإقامة إدارة انتقالية.
- الإشراف على إزالة الألغام حتى يتسنى للوجود المدني الدولي استلام المهام لاحقاً.
- حماية حقوق الإنسان وتعزيزها<sup>2</sup>.

#### ب- الجمعية العامة:

وقد كان للجمعية العامة هي الأخرى دور في النظر في قضية النزاع في كوسوفو منذ بدايته، من خلال مختلف القرارات التي تم إصدارها؛ بداية بالقرار رقم 50/190 الصادر في ديسمبر 1995؛ والذي يدين وبشدة الانتهاكات وسياسات القمع المرتكبة في كوسوفو<sup>3</sup>، والقرار رقم 51/111 الذي يؤكد إدانته لانتهاكات حقوق الإنسان في الإقليم، ومطالبة الحكومة اليوغسلافية ب:

- الإفراج عن جميع السجناء السياسيين؛ والتوقف عن عمليات الاضطهاد في حق أعضاء المنظمات المحلية لحقوق الإنسان.
- السماح بإقامة مؤسسات ديمقراطية مع احترام إرادة السكان.
- السماح بإعادة فتح المؤسسات التعليمية للألبان.
- التشديد على أهمية اتفاق القوانين المطبقة من قبل يوغسلافيا المتعلقة بالمواطنة مع معايير عدم التمييز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - القرار رقم 1239 المؤرخ في ماي 1999 الصادر عن مجلس الأمن، ص 2

<sup>2</sup> - القرار رقم 1244 المؤرخ في جوان 1999 الصادر عن مجلس الأمن، ص 4 - 6.

<sup>3</sup> - القرار رقم 50/190 المؤرخ في ديسمبر 1995 الصادر عن الجمعية العامة، ص 2.

<sup>4</sup> - القرار رقم 51/111 المؤرخ في ديسمبر 1996 الصادر عن الجمعية العامة، ص 3

بعدها نجد القرار رقم 51/116 المؤرخ في ديسمبر 1999؛ الذي تدين من خلاله الجمعية العامة حالة الحصار والانتهاكات في إقليم كوسوفو. كما تطالب كل الأطراف بتنفيذ اتفاق السلام<sup>1</sup> الذي عقد في 6 ديسمبر 1996، والسعي لدعم المؤسسات الوطنية، و تطالب حكومة يوغسلافيا بإلغاء جميع التشريعات التمييزية ضد الأقليات والجماعات الإثنية. إضافة إلى المطالبة بالسماح لسكان كوسوفو بالمشاركة وجرية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية<sup>2</sup>. ليصدر بذلك القرار رقم 52/139 المدعم للقرارين السابقين إضافة إلى تطرقه للحد من حالات انعدام الجنسية في كوسوفو<sup>3</sup>. والقرار رقم 53/164 الذي يستنكر انتشار الإرهاب وحالات التعذيب والإعدام ومنع وصول المنظمات غير الحكومية ومختلف الإعانات الإنسانية. مع التأكيد على محاكمة الأشخاص المسؤولين عن هذه الانتهاكات من قبل محكمة العدل منذ 1991. إضافة إلى مطالبة يوغسلافيا ب:

- إنشاء شرطة محلية في كوسوفو تحت إدارة محلية.
- السماح لمحكمة العدل الدولية بمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات المرتكبة منذ 1991.

- تطبيق مبدأ المساواة بين الأفراد مهما كانت خلفياتهم العرقية أو الدينية<sup>4</sup>.

#### ت- المجلس الاقتصادي والاجتماعي والأمانة العامة:

فبدوره ساهم كل من المجلس الاقتصادي والاجتماعي والأمانة العامة في محاولة حل مشكل النزاع في كوسوفو. ويبرز دور المجلس الاقتصادي والاجتماعي من خلال إصدار لجنة حقوق الإنسان في يوغسلافيا للقرار رقم 71 في أبريل 1996؛ مستنكرة مختلف الانتهاكات؛ مطالبة بإيجاد صيغة توافقية بين الألبان والصرب في إطار إدارة الإقليم.

أما الأمانة العامة فقد أصدرت عدة تقارير أبرزها الصادر عام 1998، والمتعلق بتحسين الأوضاع المتدهورة في كوسوفو. وفي تقرير آخر للأمين العام بتاريخ 30 جانفي 1999، تم الإقرار بعدم التزام الأطراف بوقف النار المتفق عليه في 1998. إضافة إلى الإشارة إلى مجزرة راشاك Racak والى العدد الهائل من المشردين في كوسوفو الذي وصل إلى 190000 متشرد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - تم توقيعه في دايتون في نوفمبر 1995 ثم التوقيع عليه في باريس ديسمبر 1995 من قبل البوسنة والهرسك، جمهورية كرواتيا.

جمهورية يوغسلافيا، وتلتزم بموجبه الأطراف بجملة من الأمور من بينها احترام حقوق الإنسان.

<sup>2</sup> - القرار رقم 51/116 المؤرخ في ديسمبر 1996 الصادر عن الجمعية العامة، ص 4-5.

<sup>3</sup> - القرار رقم 52/132 المؤرخ في ديسمبر 1997 الصادر عن الجمعية العامة، على الرابط:

<http://www.un.org/arabic/documents> . 2016/05/05 . 15:21.

<sup>4</sup> - القرار رقم 53/164 المؤرخ في ديسمبر 1998 الصادر عن الجمعية العامة، ص 4-5.

<sup>5</sup> - عبد اليزيد داودي، مرجع سابق، ص 108.

ساهمت هذه الترسانة القانونية من القرارات التي تم اتخاذها في استحداث بعثة أممية تدعم بناء السلام في كوسوفو وفق للقانون الدولي.

### ثالثاً: بعثة الأمم المتحدة للإدارة المؤقتة في كوسوفو

لقد جاء قرار الأمم المتحدة بإرسال بعثة في إطار دعم جهود كوسوفو للوصول إلى حالة سلام مستقر، تضمن من خلاله حماية حقوق الإنسان وإعادة اعمار الإقليم.

#### 1- التعريف بالبعثة

أنشئت البعثة في جوان 1999؛ عقب توقف تدخل حلف الشمال الأطلسي في كوسوفو بسبب الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في الإقليم، وهذا وفقاً لقرار مجلس الأمن رقم 1244؛ الذي سمح من خلاله بوجود أمني في كوسوفو بالنسبة للدول الأعضاء. إضافة إلى السماح بإيجاد وجود مدني دولي يمثل في بعثة الأمم المتحدة للإدارة المؤقتة في كوسوفو<sup>1</sup>. ووفقاً لقرار التفويض الصادر عن مجلس الأمن فإن عدد الأفراد العسكريين<sup>2</sup> وصل إلى 4519 ضابطاً و 38 من أفراد الشرطة<sup>3</sup> المدنية. ومع حلول جانفي 2002 تم إضافة 38 من المراقبين العسكريين و 1178 موظف مدني دولي و 3397 موظف مدني. محلي يعملون على:

- تعزيز إقامة دعائم الاستقلال الذاتي من خلال إيجاد نمط مؤقت من الإدارة. يحظى من خلاله الشعب بحكم واستقلال ذاتي في ظل انسحاب القوات اليوغسلافية؛ وتعليق قصف حلف الشمال الأطلسي؛ مع منحها مختلف السلطات من تشريعية؛ وتنفيذية؛ وإدارة القضاء. إضافة إلى مختلف وظائف الإدارة المدنية الأساسية من قبل مجلس الأمن.
- تنظيم المؤسسات الانتقالية للحكم الذاتي الديمقراطي الاستقلالي إلى غاية الوصول إلى تسوية سياسية، بما في ذلك إجراء الانتخابات.
- القيام بمراقبة ودعم وترسيخ المؤسسات الانتقالية المحلية وأنشطة بناء السلام.
- الإشراف في مرحلة نهائية على نقل مختلف المؤسسات الانتقالية إلى مؤسسات منشأة بموجب تسوية سياسية.
- دعم إعادة بناء الهيكل الأساسي الرئيسي ومختلف صور إعادة البناء الاقتصادي<sup>4</sup>.
- دعم معونات الإغاثة الإنسانية؛ وذلك بالتنسيق مع المنظمات الإنسانية الدولية.

<sup>1</sup> - بعثة الأمم المتحدة للإدارة المؤقتة في كوسوفو. معلومات أساسية. على الموقع الرسمي: <http://www.un.org> . 2016/05/06 . 20:02

<sup>2</sup> - بمساهمة كل من أوكرانيا، بولندا، تركيا، الجمهورية التشيكية، جمهورية مولدوفا، رومانيا.

<sup>3</sup> - بمساهمة كل من الإتحاد الروسي، ألمانيا، أوكرانيا، إيطاليا، بلغاريا، النمسا، هنغاريا.

<sup>4</sup> - بعثة الأمم المتحدة للإدارة المؤقتة في كوسوفو. الولاية. على الموقع الرسمي: <http://www.un.org> . 2016/05/06 . 21:10

- حفظ القانون والنظام المدنيين بما في ذلك إنشاء قوات شرطة محلية وقضاء متعدد الأعراق .
- ضمان عودة اللاجئين إلى أراضيهم.
- حماية وتعزيز حقوق الإنسان.
- تحقيق وضمان عدالة ما بعد النزاع<sup>1</sup>.

## 2- مسار التسع سنوات الأولى لعمل البعثة

في البداية فإن البعثة قامت بأولى عملياتها التي تضمنت الركائز الأربعة التالية:

- المساعدات الإنسانية بقيادة مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين.
- الإدارة المدنية في إطار الأمم المتحدة.
- التحول الديمقراطي وبناء المؤسسات بقيادة منظمة الأمن والتعاون في أوروبا.
- إعادة الاعتمار والتنمية الاقتصادية بإدارة الإتحاد الأوروبي.

وبذلك فقد تولى ممثل الأمين العام في كوسوفو مسؤولية هذا الركائز. وبعد انتهاء حالة الطوارئ وعودة اللاجئين: تم تصفية عمل المفوضية في جوان 2000. واستخلفت الركيزة الأولى بتحقيق سيادة القانون. كما تم إجراء العديد من المحادثات والاتفاقات فيما يتعلق بمركز كوسوفو في المستقبل. من بينها مفاوضات 2006 بين المبعوث الخاص للأمين العام الرئيس الفنلندي السابق مارتي أهتيساري Martti Ahtisaari مع الطرفين الألباني والصربي. وقد رفض الطرف الصربي اقتراح التسوية الشاملة. وفي أوت 2007 رحب الأمين العام بان كي مون Ban Ki-moon باتفاق تشكيل مجموعة ثلاثية تتكون من الإتحاد الأوروبي والإتحاد الروسي والولايات المتحدة الأمريكية: في إطار تعزيز مسار المفاوضات حول مركز كوسوفو المستقبلي. ومع حلول فيفري 2008 اعتمدت سلطات كوسوفو "إعلان الاستقلال" وبدأ نفاذ الدستور الجديد في 15 جوان 2008 وهو ما أدى لإجراء تعديلات عديدة على مهام البعثة وإعادة تشكيلها. وبالتالي فقد انصب الهدف الرئيسي لها على تعزيز الأمن والاستقرار<sup>2</sup>.

الخاتمة:

من خلال ما تم عرضه يمكن القول: أن تدخل الأمم المتحدة في كوسوفو جاء في إطار حفظ السلام والأمن الدوليين: وحماية حقوق الإنسان من مختلف الانتهاكات التي عانى منها الإقليم. وبالتالي فإن كل جهودها كانت موجهة لتوفير بيئة مناسب من مؤسسات قاعدية

<sup>1</sup> - Jurgen Friedrich, UNMIK in Kosovo, Max planck UNYB9, United Nations, 2005, p 262

<sup>2</sup> - بعثة الأمم المتحدة للإدارة المؤقتة في كوسوفو. معلومات أساسية. على الموقع الرسمي: <http://www.un.org>. 2016/05/06. 21:59

فاعلة تضمن تفعيل الإدارة المدنية. مدعمة بمختلف القرارات الصادرة عن مختلف أجهزتها لتوفير بيئة مناسبة تساعد على دعم السلام الدائم.

إن بناء السلام في إقليم كوسوفو هو ليس بمرحلة أنية. وإنما متواصلة تحتاج تكاتف العديد من الجهود الدولية سواء كانت دول مجاورة أو منظمات ذات علاقة. وجهود وطنية تتعلق بأطراف النزاع الداخلي أي الطرف الألباني والطرف الصربي. لإجأحه باعتباره مسألة تمس أمن المنطقة ككل وتؤثر على اقتصاديات الدول المجاورة.

وقد خرجت هذه الدراسة بمجموعة من النتائج والمتمثلة في:

- بناء السلام هو عملية تكاملية تعاونية تحتاج تضافر الجهود الوطنية بتنسيق من الفواعل الدولية لضمان فعالية العملية:
- لا تكفي الترسانة القانونية المدعمة لعمليات بناء السلام؛ إنما يجب العمل على تطبيقها والالتزام بها؛
- ضرورة شمولية عملية بناء السلام لمختلف الجوانب السياسية منها والاقتصادية والاجتماعية. ما يضمن عدم إهمال أي عنصر قد يؤثر على ديمومة السلام؛
- توفير بيئة أمنية مناسبة يعتبر عامل محفز على خلق سلام دائم من خلال إقامة مؤسسات حكم تملك الشرعية.

## النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي

بن شعلال محفوظ باحث دكتوراه  
جامعة بجاية

### ملخص:

يعتبر الاستثمار الأجنبي عماد التنمية الاقتصادية، لذلك تعهد الدول المستقبلية إلى استقطابه بمنح المستثمرين الأجانب العديد من المزايا والضمانات التي يركز عليها المستثمر في اتخاذ قرار الاستثمار من عدمه، ومن بين هذه الركائز تقدير مدى تمتع المستثمر بضمانة المساواة وعدم تعرضه للمعاملة التمييزية، وحرية في إنشاء مشروعه، استغلاله، وتحويل الفوائد والعوائد إلى بلده الأصلي، وهو ما كرّسه المشرع الجزائري في المادة 04 من الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم، لكن هذه الحرية كثيرا ما تؤدي إلى ظهور العديد من الجرائم كتبييض الأموال، جرائم الصرف وحركة رؤوس الأموال، التهريب، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى فرض رقابة على الاستثمار الأجنبي طوال مراحلها، من القبول والإنشاء إلى مرحلة الإنهاء والتصفية، لكن المشكل لا يكمن في الرقابة وإنما في مدى احترام الضمانات التي يطمح إليها المستثمر، مما أدى إلى تعارض وانتهاك العديد من الضمانات نتيجة الرقابة المشددة على الاستثمار الأجنبي.

### Résumé :

L'investissement étranger constitue la clé du développement, ce qui a contraint plusieurs pays à l'adopter en recourant à de multiples instruments dont notamment le procédé des garanties au profit des investisseurs étrangers dont la contrepartie consiste en leur soumission à des procédures de contrôle et ce, au nom de la protection de l'économie nationale. C'est la voie suivie par le législateur à travers l'arsenal juridique mis en œuvre pour imposer un contrôle sur l'investissement étranger qui s'effectue au niveau de plusieurs étapes, depuis l'opération d'importation des capitaux de l'étranger vers le territoire algérien jusqu'à l'extinction et la liquidation du projet et la mise en mouvement de l'opération de transfert à l'étranger.

### مقدمة:

يعد الاستثمار الأجنبي مفتاح التنمية، لذلك عمدت مختلف الدول السائرة في طريق النمو إلى استقطابه بتقديم تحفيزات وضمانات للمستثمرين الأجانب، منها الجزائر التي أسهبت في تقديم ضمانات من خلال الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار<sup>(1)</sup>، غير أن

<sup>1</sup> - أمر رقم 03-01، مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ج.، عدد 47، صادر في 22 أوت سنة 2001، معدل ومتمم بالأمر رقم 08-06 مؤرخ في 15 جويلية سنة 2006،  
- ج.ج.ج.، عدد 47، صادر في 19 جويلية سنة 2006، معدل ومتمم بالأمر رقم 01-09، مؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009،  
- ج.ج.ج.، عدد 44، صادر في 26 جويلية سنة 2009 (استدراك في ج.ج.ج.، عدد 53، صادر في 13 سبتمبر 2009)، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-01 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010،  
- ج.ج.ج.، عدد 49، صادر في 29 أوت سنة 2010، وبالقانون رقم 11-16 مؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012،  
- ج.ج.ج.، عدد 72، صادر في 29 ديسمبر 2011، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 12-12، مؤرخ في 26 ديسمبر 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013،  
- ج.ج.ج.، عدد 72، صادر بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2012، معدل بموجب قانون المالية لسنة 2014، ج.ج.ج.، عدد 68، صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2013.

النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي ————— بن شعلال محفوظ (ب د)

سعي المستثمرين الأجانب لتحقيق الربح. وتوفر الدولة على احتياطي كبير من الصرف وتساعد مؤشر تحويل وتهريب رؤوس الأموال إلى الخارج دفع بالمشروع الجزائري لمراجعة سياسة فتح الساحة الاقتصادية الوطنية على مصراعيها. وفرض إجراءات رقابية مستحدثة<sup>(1)</sup> في قانون المالية التكميلي لسنة 2009. وقوانين المالية الموالية له. تمتد من مرحلة قبول وتجسيد المشروع وصولاً إلى مرحلة الإنهاء والتصفية.

لكون مرحلة قبول وإجاز الاستثمار الأجنبي حساسة وحاسمة يتوقف عليها قرار المستثمر في تحويل أمواله إلى الجزائر من عدمها. تستدعي معاملة تتناغم مع الحوافز والضمانات التي يطمح إليها المستثمر الأجنبي. لذلك حظيت بنصيب وافر من الإجراءات والشروط في قانون الاستثمار.

في خضم هذه الرقابة المستحدثة في قانون المالية التكميلي لسنة 2009. نطرح إشكالية عن مدى تكريس المشروع الجزائري لنظام رقابي فعال على الاستثمار الأجنبي في مرحلة القبول والإنشاء؟

للإجابة على الإشكالية نتطرق إلى الرقابة على إنشاء الاستثمار الأجنبي في إطار أحكام قانون الاستثمار المرجعي (المبحث الأول). ثم في إطار القوانين القطاعية (المبحث الثاني). مع اعتماد منهج تحليلي نقدي.

#### المبحث الأول: الرقابة على إنشاء وقبول الاستثمار الأجنبي في إطار قانون الاستثمار

رغم تكريس المشروع الجزائري لمبدأ حرية الاستثمار صراحة بموجب المادة الرابعة من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار<sup>(2)</sup>. إلا أن ذلك لا يعني رفع جميع أحكام الرقابة المفروضة على الاستثمار الأجنبي؛ خاصة بعد تعديل الأمر السالف الذكر بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009. واستحداث أحكام رقابية جديدة. سواءً على شخص المستثمر أو موضوع الاستثمار (المطلب الأول). وإخضاعها لرقابة إدارية مشددة (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: تحديد شروط قبول الاستثمار الأجنبي

استحدثت المشروع شروط خاصة بقبول المشروع الاستثماري. مقسمة بين شروط لا بد أن تتوفر عليها شخص المستثمر أو أعضاء الشركة الاستثمارية (الفرع الأول). وشروط خاصة بالنشاط الاستثماري (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - تم رفع أغلب مظاهر الرقابة بتكريس مبدأ حرية الاستثمار حسب المادة 04 من الأمر نفسه.

<sup>2</sup> - تنص المادة 04 من الأمر رقم 03-01 على "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقتنة وحماية البيئة. وتستفيد الاستثمارات بقوة القانون من الحماية والضمانات المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها".

## الفرع الأول: رقابة خاصة بشخص المستثمر

الحديث عن الاستثمار الأجنبي يجب أن لا يكون في منأى عن الشخص القائم به. باعتباره الرأس المدبر للمشروع. سواء كان المستثمر شخص طبيعي أو معنوي. وتحديد جنسية المستثمر يلعب دور هام في استبعاد التطبيع مع رعايا دولة لا تقيم معها الجزائر علاقات دبلوماسية. ومعرفة إن كان المتعامل الأجنبي المتعهد في الصفقات العمومية الدولية من بين المتعاملين الاقتصاديين المنوعين من المشاركة بالتعهد في الصفقات العمومية في حالة الإخلال بالالتزام الزمنية والمنهجية لتجسيد المشروع الاستثماري<sup>(1)</sup>. إضافة إلى استبعاد مهربي ومباضي رؤوس الأموال عن طريق خرق البنوك والمؤسسات المالية من هوية وعنوان زبائنها قبل فتح الحساب البنكي. باعتبار هذا الأخير القناة الشرعية لتحويل رؤوس الأموال من الخارج إلى الجزائر عن طريق تقنية التحويل المصرفي الدولي.

نظراً للأهمية التي يلعبها شخص المستثمر لقبول أو رفض المشروع الاستثماري. حظي باهتمام من المشرع الجزائري الذي حاول وضع معيار للتمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي. معتمداً على:

### أولاً: اعتماد معيار إقامة المستثمر في إطار قانون النقد والقرض رقم 90-10<sup>(2)</sup>

نص قانون النقد والقرض رقم 90-10. في المادة 181 على "يعتبر غير مقيم كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي خارج الجزائر". وفي نفس السياق تضيف المادة 182 من القانون نفسه على أنه "يعتبر مقيم في الجزائر كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيسي لنشاطه الاقتصادي في الجزائر". وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار إقامة الأموال.

أمام الغموض الذي يكتنف هذا المعيار. تم إصدار النظام رقم 90-03 الذي وضح المقصود بغير المقيمين<sup>(3)</sup> المشار إليهم في نص المادة 181 من قانون النقد والقرض. على أنهم "كل شخص طبيعي أو معنوي جزائرياً كان أم أجنبياً يكون المركز الرئيسي لمصالحه الاقتصادية خارج الجزائر منذ سنتين على الأقل وفي بلد له علاقات دبلوماسية مع الجزائر ويجب على غير

<sup>1</sup> - أنظر المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010. يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- ج.ج.ج. عدد 58. صادر بتاريخ 07 أكتوبر سنة 2010. معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي 11-98. مؤرخ في أول مارس 2011. - ج.ج.ج. عدد 14. صادر بتاريخ 06 مارس سنة 2011. معدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-222 مؤرخ في 16 يونيو سنة 2011.

- ج.ج.ج. عدد 34. صادر بتاريخ 19 يونيو سنة 2011. معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 يناير سنة 2012.

- ج.ج.ج. عدد 04. صادر بتاريخ 26 يناير سنة 2012. معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 يناير سنة 2013. ج.ج.ج. عدد 02 صادر بتاريخ 13 يناير سنة 2013.

<sup>2</sup> - قانون رقم 90-10. مؤرخ في 14 أبريل سنة 1990. يتعلق بالنقد والقرض. ج.ج.ج. عدد 16. صادر في 18 أبريل سنة 1990. (ملغى).

<sup>3</sup> - نظام رقم 90-03. مؤرخ في 08 سبتمبر سنة 1990. حدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية وإعادة تحويلها إلى الخارج ومداخلها. ج.ج.ج. عدد 45. صادر بتاريخ 24 أكتوبر سنة 1990. (ملغى).

النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي ————— بن شعلال محفوظ (ب د)

المقيمين الأجانب أن يتمتعوا بجنسية دولة تعترف بها الجمهورية الجزائرية وتقيم معها علاقات دبلوماسية".

نستخلص من نص المادة ثلاثة شروط حتى يعتبر المستثمر غير مقيم؛ وهي:

- امتلاك مصالح اقتصادية خارج الجزائر لمدة سنتين على الأقل.
- أن يكون امتلاك المصالح في بلد تربطه بالجزائر علاقات دبلوماسية.
- أن يكون غير المقيم الأجنبي حامل لجنسية دولة تعترف بها الجزائر. وتقيم معها علاقات دبلوماسية.

ثانيا: اعتماد المشرع على معياري جنسية وإقامة المستثمر

بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-12<sup>(1)</sup>، الذي عاد المشرع من خلاله إلى اعتماد معيار الجنسية للتمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي. وهو نفس المعيار الذي كرّسه المشرع في الأمر رقم 01-03. حسب المادة الأولى التي تنص على "يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية...". إلا أن المشرع الجزائري وبصدد الحديث عن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار. نص في المادة 21 على "...استقبال المستثمرين المقيمين وغير المقيمين وإعلامهم ومساعدتهم...". ونفس المعيار اعتمد أكثر من مرة في المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها<sup>(2)</sup>. والمادة 125 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض<sup>(3)</sup>.

بالاطلاع على ما سبق؛ يتبين أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض بتكريسه لكلا المعيارين في نفس الوقت. غير أن الواقع غير ذلك. حيث أنه اعتمد على معيار الجنسية للتمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي إلا فيما يتعلق بضمانة التحويل إلى الخارج حسب المادة 31 من الأمر رقم 01-03. إذ اعتمد على معيار عدم إقامة رؤوس الأموال حتى تستفيد من ضمانه التحويل. وذلك بهدف الاحتفاظ بأكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال الأجنبية.

<sup>1</sup> - مرسوم تشريعي رقم 93-12، مؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993، يتعلق بترقية الاستثمار.

- ج.ر.ج. عدد 64، صادر في 10 أكتوبر سنة 1993، معدّل ومتمّم بموجب القانون رقم 98-12، مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1998، يتضمن قانون المالية لسنة 1998.

- ج.ر.ج. عدد 98، صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 1988. (ملغى).

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 06-356، مؤرخ في 09 أكتوبر سنة 2006، يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها. ج.ر.ج. عدد 64، صادر بتاريخ 11 أكتوبر سنة 2006.

<sup>3</sup> - أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض. ج.ر.ج. عدد 52، صادر بتاريخ 27 أوت 2003، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 09-01 مؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

- ج.ر.ج. عدد 44، صادر في 26 جويلية سنة 2009، و معدّل ومتمّم بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، ج.ر.ج. عدد 50، صادر بتاريخ أول سبتمبر سنة 2010.

## الفرع الثاني: الرقابة على المشروع الاستثماري

وضع المشرع جملة من الإجراءات الرقابية حتى يتم قبول المشروع الاستثماري، وذلك بتحديد مجال الاستثمار الأجنبي (أولا)، واشتراط إنجازها في شكل شراكة وفقاً لقانون المالية التكميلي لسنة 2009 (ثانياً).

### أولاً: المجال المفتوح للاستثمار الأجنبي

رغم فتح الساحة الاقتصادية الوطنية أمام الاستثمارات الأجنبية، ورفع احتكارات الدولة على معظم المجالات، إلا أن بعض القطاعات الاقتصادية تبقى ممنوعة على الأجانب، مقابل فتح مجال أمام المستثمر الوطني للولوج إليها، وهو عبارة عن نوع من الرقابة القبلية. من بين هذه القطاعات نذكر قطاع الطيران المدني حسب ما تؤكد المادة 43 من القانون رقم 98-06 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني<sup>(1)</sup>، التي تنص على "فيما عدا الدولة، فإن الأشخاص الطبيعيين من جنسية جزائرية أو الأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الجزائري والذين يملك أغلبية رأسمالهم، أشخاص طبيعيون من جنسية جزائرية، وحدهم يستطيعون إنشاء و/أو استغلال محطة جوية أو مطار أو محطة طوافات مفتوحة للملاحة الجوية العمومية". كما نشير إلى قطاع الإعلام المفتوح أمام المستثمرين الوطنيين وفق ما تنص عليه المادة 04 من القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام<sup>(2)</sup>. يتبين كذلك من نص المادة الأولى من الأمر رقم 01-03 السالف الذكر، أن المجالات المفتوحة أمام الاستثمار الأجنبي محدد في:

- الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات.

- الاستثمارات في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة.

كما يمكن الاستثمار في مجال القيم المنقولة حسب النظام رقم 2000-04 المتعلق بحركة رؤوس الأموال بعنوان الاستثمار في المحفظات من غير المقيمين<sup>(3)</sup>، وهو عبارة عن تداول على الأسهم والسندات، ويتم بكل حرية وفق النظام السالف الذكر، عن طريق دخول عملات حرة التبادل، بشرط أن يتم توظيفها لدى بنك أو مؤسسة مالية معتمدة، والتصريح لبنك الجزائر

<sup>1</sup> - قانون رقم 98-06 مؤرخ في 27 جوان سنة 1998، جدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.

- ج.ج.ج. عدد 48، صادر في 18 جوان سنة 1998، معدل ومتمم بالقانون رقم 2000-05، مؤرخ في 06 ديسمبر سنة 2000.

- ج.ج.ج. عدد 75، صادر بتاريخ 10 ديسمبر سنة 2000، معدل ومتمم بالأمر رقم 03-10، مؤرخ في 13 أوت سنة 2003.

- ج.ج.ج. عدد 48، صادر بتاريخ 13 أوت 2003، ومعدل ومتمم بالقانون رقم 08-02، مؤرخ في 23 جانفي سنة 2008.

- ج.ج.ج. عدد 04، صادر بتاريخ 27 جانفي سنة 2008.

<sup>2</sup> - قانون عضوي رقم 12-05 مؤرخ في 12 جانفي سنة 2012، يتعلق بالإعلام، ج.ج.ج. عدد 02، صادر بتاريخ 15 جانفي سنة 2012.

<sup>3</sup> - Règlement N° 2000-04 du 20 avril 2000, Relatif aux mouvements de capitaux au titre des investissements de portefeuille des non-résidents, [www.Bank-of-algeria.dz](http://www.Bank-of-algeria.dz)

النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي ————— بن شعلال محفوظ (ب د)

بالإحصائيات المتعلقة بدخول وخروج الرساميل الموجهة للاستثمار. ويخضع لأحكام تنظيم الصرف حسب ما تنص عليه المادة 06 من النظام رقم 2000-04.

### ثانيا: شرط احترام قاعدة الشراكة

تنص المادة 04 مكرر 01 المستحدثة في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على أنه " لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي . ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء".

واضح من النص أعلاه أنه يستحيل قبول استثمارات أجنبية برأس مال مملوك للأجانب. إلا في حد أقصاه 49% من الرأسمال الاجتماعي. مقابل نسبة لا يمكن أن تقل عن 51% للطرف الوطني. وبذلك يكون المشرع قد خرق مبدأ عدم التمييز بين المستثمرين الوطنيين والأجانب. وخرق مبدأ حرية الاستثمار بتقييد الاستثمار الأجنبي<sup>(1)</sup>.

شرع المشرع الجزائري في تعميم قاعدة الشراكة بداية بقانون النقد والقرض في تعديله سنة 2010 الذي أكد فيه ضرورة احترام قاعدة الشراكة في المجال المصرفي بموجب المادة 83 الفقرة الثانية. مما يؤكد التوجه إلى إرساء القاعدة. رغم ما أثير حولها من جدال. واثبات فشل التجربة السابقة في إطار قانون شركات المختلط الاقتصاد. إلا أن أصحاب القرار تحججوا بداعي حماية الاقتصاد الوطني من الأزمة الاقتصادية التي هزت العالم سنة 2008<sup>(2)</sup>. والحد من ظاهرة تهريب رؤوس الأموال إلى الخارج. وعدم استفادة الاقتصاد الوطني منها. والنتيجة تراجع الاستثمار الأجنبي بنسبة 80% منذ تعديل قانون الاستثمار سنة 2009. وتضاعف ظاهرة تهريب رؤوس الأموال<sup>(3)</sup>.

ثالثا: التخلي عن إمكانية الخوصصة الكلية للمؤسسات العمومية الاقتصادية للاستثمار الأجنبي

اعتبر المشرع الجزائري في المادة الثانية من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار؛ الخوصصة شكل من أشكال الاستثمار الأجنبي. استكمالا لذلك أصدر المشرع الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها<sup>(4)</sup>. أين سمح من

<sup>1</sup> - أنظر المادة 14 من الأمر رقم 01-03. المتعلق بتطوير الاستثمار. مرجع سابق.

<sup>2</sup> - التعديلات التي أدخل على الأمر رقم 01-03. عبارة عن أربع تعليمات اتخذها الوزير الأول سنة 2008.

<sup>3</sup> - بلغ التهريب ذروته حسب إقرار جهات رسمية بنحو 30 مليار دولار في السداسي الأول من سنة 2013. أي بزيادة بلغت 12,7% مقارنة مع الفترة نفسها من سنة 2012. ما دفع بالوزير الأول بتوجيه تعليمية إلى وزير المالية لاختاد كافة الإجراءات لوقف نزيف رؤوس الأموال. لتفاصيل أنظر: علام أمين. "جودي يسلم بوتفليقة وسلال تقريرا أسود عن تهريب رؤوس الأموال". وقت الجزائر. يوم 20 أوت سنة 2013. [www.letemps.dz](http://www.letemps.dz)

<sup>4</sup> - أمر رقم 01-04. مؤرخ في 20 أوت سنة 2001. يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها.

- ج.ج.ج. عدد 47. صادر بتاريخ 22 أوت سنة 2001. معدّل وامتّم بموجب الأمر رقم 08-01. مؤرخ في 28 فبراير سنة 2008.

- ج.ج.ج. عدد 11 صادر بتاريخ 02 مارس سنة 2008.

النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي ————— بن شعلال محفوظ (ب د)

خلال المادة 13 منه بالخصوص الكلية والجزئية، وهو ما يتجانس مع الفقرة الأخيرة من المادة الثانية السالفة الذكر.

غير أنّ التعديل الذي طرأ على قانون الاستثمار سنة 2009، قلب الموازين بموجب المادة 04 مكرر/01 التي تنص "....كما تطبق الأحكام في حالة فتح رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية على المساهمات الأجنبية".

واضح من نص المادة منع لإمكانية تجاوز مساهمة الاستثمار الأجنبي في رأس مال المؤسسة العمومية محل الخصوصية النسبة المحددة في المادة 04 مكرر والمقدرة بـ 49%. مما يعني أنّه تم استبعاد الخصوصية الكلية للأجانب، والاكتفاء بالخصوصية الجزئية، مقابل فتح المجال للاستثمار الوطني المقيم بنسبة 66% من رأسمال المؤسسة مع احتفاظ المؤسسة العمومية الاقتصادية بنسبة 34% وأكثر وإمكانية امتلاك المستثمر الوطني للمؤسسة بعد 05 سنوات<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً: الرقابة على تمويل المشاريع الاستثمارية الأجنبية

وضع المشرّع من الأولويات حماية المنتجات المحلية من المنافسة الأجنبية، بالنص في المادة 04 مكرر/06 من قانون الاستثمار على "توضع ما عدا في حالة خاصة، التمويلات الضرورية لإجهاز الاستثمارات الأجنبية المباشرة، أو بالشراكة باللجوء إلى التمويل المحلي، باستثناء تشكيلة رأس المال....".

يتبيّن من نص المادة أنّ المشرّع أراد حماية المنتج الوطني، ومنحه الأولوية في تمويل أيّ مشروع استثماري، مع تعامله بخصوصية باستثناء رأس المال الأجنبي، وكذا الحالات الخاصة التي تتوفر عليها المنتج الوطني، وذلك بإعفاء هذا الأخير من الرسم على القيمة المضافة، وإعفاء المنتج الأجنبي إذا تمّ التأكد فعلياً من عدم توفر نفس المنتج محلياً، وصدر مؤخراً المرسوم التنفيذي رقم 13-320 يحدّد كيفية اللجوء إلى التمويل الضروري لإجهاز استثمارات أجنبية مباشرة أو بالشراكة<sup>(2)</sup>.

لكن المشكل يكمن في حالة توفر المنتج الوطني والأجنبي لكن بجودة متفاوتة، وبالتالي المستثمر الأجنبي ملزم بالاعتماد على المنتج الجزائري لأنّ الاستثناء فقط في حال عدم توفر المنتج الوطني يلجأ إلى الأجنبي.

<sup>1</sup> - لتفاصيل أكثر: أيت منصور كمال، "تشديد الرقابة اللاحقة على الاستثمار الخاص في القانون الجزائري"، أعمال الملتقى الوطني حول التشريع وواقع الاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، يومي 03 و04 ديسمبر 2012.

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 13-320، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2013، يحدّد كيفية اللجوء إلى التمويل الضروري لإجهاز استثمارات أجنبية مباشرة أو بالشراكة، ج.ج.ج. عدد 48، صادر بتاريخ 29 سبتمبر سنة 2013.

## المطلب الثاني: تشديد الرقابة الإدارية على الاستثمار الأجنبي

بعد التحول الذي عرفه النظام الاقتصادي الجزائري، بالتخلي عن الاشتراكية والاتجاه إلى الليبرالية، تم حل الأجهزة الإدارية التقليدية الحاملة للامح الدولة المتدخلة، واستحداث أخرى تتلاءم مع الدور الجديد للدولة، بما فيها الرقابة الإدارية التقليدية التي تخضع لها الاستثمارات الأجنبية، واستحداث هياكل لتوجيه الاستثمار ومساعدته، قبل أن يعود المشرع إلى فرض الرقابة على الاستثمار الأجنبي عن طريق إلزامه بالتصريح أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (الفرع الأول)، والدراسة المسبقة من قبل المجلس الوطني للاستثمار (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: إلزامية التصريح بالاستثمار الأجنبي أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار

كرّس المشرع الجزائري التصريح بالاستثمار أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار لأول مرة في المرسوم التشريعي 93-12، وجعله مقترن بحصول المستثمر على مزايا النظام العام، أي أنّ المستثمر سواء كان وطني أو أجنبي وأراد الحصول على مزايا النظام العام عليه التصريح أمام الوكالة، وهو ما أكدّه المشرع في الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار حيث يؤدي التصريح دور إحصائي لمعرفة عدد ونوع المشاريع المجددة على الإقليم الوطني<sup>(1)</sup>. غير أنّ التعديلات التي عرفها قانون الاستثمار الجزائري منذ سنة 2009، أدى إلى تغيير مفهوم التصريح (أولا)، وتحوّل قيمته القانونية إلى إجراء إلزامي للمستثمر الأجنبي سواء حصل على مزايا أم لم يحصل (ثانيا).

### أولا: تعريف التصريح بالاستثمار

عرّفت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 08-98<sup>(2)</sup> التصريح بالاستثمار على أنّه "الإجراء الشكلي الذي يبدي من خلاله المستثمر رغبته في إنجاز استثمار في نشاط اقتصادي لإنتاج السلع والخدمات، في مجال تطبيق الأمر رقم 01-03". كما أشارت إلى تعريفه المادة الثانية من القرار المؤرّخ في 18 مارس سنة 2009<sup>(3)</sup>؛ على أنّه "إجراء اختياري يعبر من خلاله المستثمر عن نيته في إنجاز استثمار في نشاط اقتصادي لإنتاج السلع والخدمات".

واضح من نص المادتين أنّ التصريح بالاستثمار عبارة عن إجراء بسيط شكلي فقط، يترجم نيّة المشرّع في التجسيد الفعلي للمشروع، ودوره يقتصر على إعداد إحصاءات حول الاستثمارات، ومتابعة المشاريع المصرّحة لمعرفة المنجزة فعلا. لكن تعديل الأمر رقم 01-03

<sup>1</sup> - LAGOUNE Walid, «Question autour du nouveau code des investissement », Idara, Volume 04, N 01, 1994, P43.

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 08-98، مؤرّخ في 24 مارس سنة 2008، يتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب ومقرر منح المزايا وكيفيات ذلك، ج.ج.ج. عدد 16 صادر بتاريخ 26 مارس سنة 2008.

<sup>3</sup> - قرار مؤرّخ في 18 مارس سنة 2009، يحدد مكونات ملف التصريح بالاستثمار وإجراء تقديمه، ج.ج.ج. عدد 31، صادر بتاريخ 24 ماي سنة 2009.

النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي ————— بن شعلال محفوظ (ب د)

السالف الذكر. بموجب قانون المالية لسنة 2009، حمل جديد في القيمة القانونية للتصريح بالاستثمار.

### ثانيا: القيمة القانونية للتصريح بالاستثمار الأجنبي

إضافة المشرع المادة 04 مكرّر إلى الأمر رقم 01-03، أدى إلى تغيير من القيمة القانونية للتصريح بالاستثمارات الأجنبية، وتحوّله من إجراء اختياري - إلا في حالة الحصول على المزايا - إلى إجراء إلزامي للمستثمر الأجنبي في كل الأحوال سواء حصل المستثمر على المزايا أو لم يحصل<sup>(1)</sup>.

بمنح المشرع قيمة إلزامية للتصريح بالاستثمار الأجنبي، يكون قد وقع تناقض بين نص المادتين الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 08-98، والمادة الثانية من القرار المؤرخ في 18 مارس سنة 2009، مما يستدعي إعادة النظر فيها، وإضافة فقرة لتوضيح أنّ القيمة القانونية لتصاريح الاستثمارات الوطنية، تختلف عن تلك الخاص بالاستثمارات الأجنبية من حيث الإلزامية.

### ثالثا: دور إجراء التصريح في الرقابة على إنشاء الاستثمار الأجنبي

يظهر دور التصريح في الرقابة على الاستثمار الأجنبي من خلال نقطتين:

1- وثيقة التصريح: بالاطلاع على وثيقة التصريح المرفقة للمرسوم التنفيذي رقم 08-98 السالف الذكر، يتضح أنّه يحتوي على معلومات دقيقة تخص المستثمر كشخص والمشروع الاستثماري، مما يعني إمكانية وصف وثيقة التصريح بأنها بطاقة معلوماتية خاصة بالاستثمار الأجنبي.

2- تقديم التصريح أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار: يقدّم المستثمر الأجنبي التصريح أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-356 السالف الذكر، والتي توضع تحت وصاية الوزير المكلف بترقية الاستثمار.

يتبين من الصلاحيات المخوّلة للوكالة عدم تمتعها بمهمة الرقابة الحاسمة على الاستثمار الأجنبي، غير أنّه يمكن ربط إلزام المستثمر الأجنبي بالتصريح بالاستثمار، وتكليف الوكالة بمتابعة مدى تقدم المشاريع، ومدى احترام المستثمرين لالتزاماتهم بأنّه وسيلة رقابية، خاصة وأنّ الوكالة بكل مهامها تحت مراقبة وتوجيهات الوزير المكلف بترقية الاستثمار.

كما أنّ تشكيلة الوكالة من ممثلي الوزراء، يوضح الاتصال القائم بين هرم السلطة والاستثمارات الأجنبية التي تلج إلى الساحة الاقتصادية الجزائرية.

<sup>1</sup> تولّد عن هذا الإجراء إلى جانب الإجراءات الأخرى المعاملة التمييزية للمستثمرين الأجانب لكون اغلب الإجراءات موجهة للأجانب دون الوطنيين. ما يطعن في نصي المادتين 01 و14 من الأمر رقم 01-03 المعدّل والمتّم.

## الفرع الثاني: الدراسة المسبقة التي يعدها المجلس الوطني للاستثمار

كرّس المشرّع الجزائري في إطار قانون المالية التكميلي لسنة 2009، والذي حمل العديد من التعديلات الجوهرية للاستثمار الأجنبي الدراسة المسبقة بموجب المادة 04 مكرر الفقرة 04 التي تنص على " يجب أن يخضع كل مشروع استثمار أجنبي مباشر أو استثمار بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية إلى الدراسة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه".

اكتفى المشرّع بالإشارة إلى الدراسة المسبقة دون توضيح المقصود بها ولا طبيعتها القانونية، إلى أن تدخل المركز الوطني للسجل التجاري في مذكرة له مؤرخة في 13 سبتمبر 2009<sup>(1)</sup>، وبصدد تحديد الشروط التي يجب أن يستفيها المستثمر الأجنبي حتى يتم قيده في السجل التجاري، منها احترام الشراكة المحددة قانونا، التصريح الإلزامي، وأضاف المركز ضرورة الحصول على ترخيص من المجلس الوطني للاستثمار، مما يعني أن المشرّع الجزائري قد عاد للعمل بنظام التراخيص الذي يرسم واجهة الدولة المتدخلة<sup>(2)</sup>.

غير أنّه في قانون المالية لسنة 2014 قام المشرّع بتعديل الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، وخلقى عن الدراسة المسبقة بطريقة ضمنية، إلّا أنّه في المادة 09 مكرّر 01 التي تنص على أنّه "لا يمكن أن تستفيد الاستثمارات التي تساوي قيمتها أو تفوق مبلغ 1500000000 دج من امتيازات النظام العام إلّا بقرار من المجلس الوطني للاستثمار"، يتضح خضوع الاستثمارات الأجنبية الضخمة حسب القيمة المحددة للمجلس الوطني للاستثمار، باعتبار أنّه كل مستثمر يسعى للاستفادة على الأقل من مزايا النظام العام، وتظهر شدة الرقابة من خلال تركيبة المجلس المتكون من سبعة وزراء على الأقل<sup>(3)</sup>، مما يعني إمكانية وصفه بحكومة اقتصادية مصغرة.

إلزام الاستثمارات الأجنبية بالدراسة المسبقة يؤدي إلى تأخر المشاريع نظرا للاجتماع الدوري للمجلس الوطني للاستثمار كل 04 أشهر على الأقل، وخضوع بعض الاستثمارات القطاعية لإجراءات خاصة مما يوقعها في رقابة ازدواجية.

<sup>1</sup> - CF, KPMG, Investissements étrangers nouvelle instruction, 21 janvier 2009. [www.kpmg.dz](http://www.kpmg.dz)

<sup>2</sup> - لتفاصيل أكثر أنظر:

ZOUAIMIA Rachid, « Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie », R.A.R.J., Faculté de droit, Université Abderrahmane MIRA, Bejaia, N° 01, 2010.

<sup>3</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 06-355، مؤرخ في 09 أكتوبر سنة 2006، يتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته و تنظيمه وسيره، ج.ر.ج.، عدد 64 صادر بتاريخ 11 أكتوبر سنة 2006

## المبحث الثاني: الرقابة على الاستثمار الأجنبي في إطار القوانين القطاعية

يتمتع مبدأ حرية الصناعة والتجارة بمكانة دستورية<sup>(1)</sup>، والذي يندرج تحته مبدأ حرية الاستثمار المكرّس في المادة 04 من الأمر رقم 01-03 المعدّل والمتّم. ما يعني أنّه لن يكون موضع تعديل أو إعادة النظر بموجب نص تشريعي أو تنظيمي، إلاّ أنّ المادة 04 من قانون الاستثمار جمعت بين متناقضين: مبدأ حرية الاستثمار من جهة وإمكانية تقييده من جهة أخرى بمراجعة التشريعات المقتّنة وحماية البيئة<sup>(2)</sup>.

يعود سبب الغموض في المقصود بالنشاطات المقتّنة والأحكام الرقابية الخاصة التي خضع لها، لحداثة المصطلح في مجال الاستثمار؛ إذ يعود أول استعمال له إلى المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، وتم الإبقاء عليه في الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار دون أن يتطرق المشرّع إلى توضيحه رغم الجدال القائم حوله منذ صدور المرسوم التشريعي 93-12.

### المطلب الأول: مفهوم النشاطات المقتّنة

ظلت النشاطات المقتّنة يكتنفها الغموض رغم وجود المصطلح في الفروع الأخرى للقانون، كالقانون الجزائي، القانون التجاري، القانون الإداري... غير أنّ مفهومه في هذه الفروع غير مفهوم النشاطات المقتّنة المكرّسة في قانون الاستثمار ما يستدعي البحث عن دلالتها.

### الفرع الأول: تعريف النشاطات المقتّنة في مجال الاستثمار

تمّ التطرق إلى مصطلح النشاطات المقتّنة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقتّنة الخاضعة للقيّد في السجل التجاري وتأطيرها<sup>(3)</sup>، من خلال تعريفها في المادة الثانية "...كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيّد في السجل التجاري، ويستوجبان بطبيعتهما وبمحتواهما وبمضمونهما، وبالوسائل الموضوعية حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منهما". ونص المادة 25 من القانون رقم 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية التي تنص على "يخضع ممارسة أي نشاط أو مهنة مقتّنة

<sup>1</sup> - المادة 37 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ 28 نوفمبر سنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 01 ديسمبر سنة 1996.

- ج.ج.ج. عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر سنة 1996، معدّل بالقانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل سنة 2002.

- ج.ج.ج. عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل سنة 2002، معدّل ومتمم بالقانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008.

- ج.ج.ج. عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر سنة 2008.

<sup>2</sup> - أنظر: أوباية مليكة، "مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والسياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02 لسنة 2010.

<sup>3</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 97-40، مؤرخ في 18 جانفي سنة 1997، يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقتّنة الخاضعة للقيّد في السجل التجاري وتأطيرها.

- ج.ج.ج. عدد 05 صادر بتاريخ 19 جانفي سنة 1997.

النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي ————— بن شعلال محفوظ (ب د)

خاضعة للتسجيل في السجل التجاري إلى الحصول قبل تسجيله في السجل التجاري على رخصة أو اعتماد مؤقت تمنحه الهيئات الإدارية أو الهيئات المؤهلة لذلك".<sup>(1)</sup>

يتبين أن المفهوم الذي أنت به المادتين لا يخص الاستثمارات على وجه التحديد، إلا أن العمومية التي أتى بها يسمح بامتداده إلى جميع النشاطات والمهن ذات الطابع الاقتصادي بما فيها الاستثمارات.

### الفرع الثاني: تحديد مجالات النشاطات المقننة

عملية تحديد النشاطات المقننة صعبة نتيجة غياب نص تشريعي أو تنظيمي يعدّها. أو على الأقل وضع معيار يستعان به لتمييزها عن النشاطات المخصصة والنشاطات الأخرى. باستثناء المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 97-40 السالف الذكر التي وضعت معيار وجود منشغلات أو مصالح أساسية تتطلب تأطير خاص من الناحية القانونية والتقنية. إلا أن هذا المعيار غير كافي لكون كل المجالات يمكن إدراجها تحت وجود المصالح والانشغالات.

### المطلب الثاني: أحكام الرقابة على قبول وإنشاء الاستثمارات الأجنبية المقننة

خصّ المشرع الجزائري الاستثمارات الأجنبية في النشاطات المقننة لقوانين قطاعية. تتلاءم مع خصوصية النشاط: خاصة وأنّ القطاعات تتطلب تقنيات وشروط خاصة ستحيل لها في قانون واحد. لذلك وضع المشرع رقابة على موضوع المشروع الاستثماري (الفرع الأول). وإخضاعها لرقابة إدارية خاصة بكل قطاع (الفرع الثاني). حتى تكون تشكيلة الهيئة الإدارية مطلعة بخفايا النشاط.

### الفرع الأول: استلزام توفر الاستثمار الأجنبي لشروط خاصة حسب كل قطاع

يمكن أن نميّز من خلال القوانين القطاعية بين الشروط التي يجب أن تتوفر في المستثمر (أولا)، والشروط التي يجب أن تتوفر في المشروع الاستثماري (ثانيا)

### أولا: الشروط اللازمة في شخص المستثمر الأجنبي

قد يكون شخص المستثمر الأجنبي في شكل شخص طبيعي (01). كما قد يكون في شكل شخص معنوي (02).

### 1- الشروط الواجب توفرها في الشخص الطبيعي

من الصعب حصر الشروط في قائمة محدّدة لاختلافها من قطاع لآخر. لذا نكتفي بذكر بعض النماذج فقط:

<sup>1</sup> - قانون رقم 04-08، مؤرخ في 14 أوت سنة 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

- ج.ر.ج.، عدد 52، صادر بتاريخ 18 أوت سنة 2004، معدل ومتمّم بموجب القانون رقم 13-06، مؤرخ في 23 جويلية سنة 2013.

- ج.ر.ج.، عدد 39، صادر بتاريخ 31 جويلية سنة 2013.

أ- **النزاهة:** بعض القطاعات حساسة ولها علاقة مباشرة بسادة الدولة واستقرارها. تمّ تشديد الرقابة عليها. وهو ما كرّسه المشرع الجزائري للمستثمرين الأجانب في قطاع البنوك حسب ما تنص عليه المادة 91 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض. بإلزام البنوك بتقديم قائمة المسيرين. وهو ما تمّ التأكيد عليه في المادة الثانية من النظام رقم 06-02<sup>(1)</sup>.

ب- **الكفاءة المهنية:** الاستثمار في نشاط توزيع الأدوية يتطلب حصول المستثمر على مؤهلات في المجال الصيدلي. وإسناده الإدارة التقليدية لصيدلي متمتع بمؤهلات علمية<sup>(2)</sup>.

## 2- الشروط الواجب توفرها في الشخص المعنوي

أ- **التوفر على حدٍ أدنى من الرأسمال المحدد قانونا:** يستدعي الاستثمار في بعض القطاعات رأسمال ضخّم. كالاستثمار في القطاع المصرفي. إذ أخضع المشرع رأس المال الأدنى للبنوك والمؤسسات المالية لقواعد خاصة وفق نص المادة 88 من الأمر رقم 03-11 السالف الذكر.

أصدر تبعا لذلك مجلس النقد والقرض نظام رقم 08-04 المتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر<sup>(3)</sup>. وحدّد الحد الأدنى لرأسمال البنك بمبلغ 10 مليار دج. والمؤسسة المالية بـ 3.5 مليار دج.

ب- **الشكل القانوني للمؤسسة الاقتصادية:** ألزم المشرع شركات التأمين باقتاد شكل شركة مساهمة<sup>(4)</sup>. ونفس الشيء فيما يخص شركة البنوك والمؤسسات المالية وفق ما تنص عليه المادة 83 من قانون النقد والقرض "يجب أن تؤسس في شكل شركة مساهمة البنوك الخاضعة للقانون الجزائري...".

## ثانيا: الشروط الواجب توفرها في المشروع

تنوع الشروط حسب حاجة كلّ قطاع. نذكر منها:

1- **الشروط التقنية:** نذكر من بين الشروط التقنية التي يجب أن يتوفر عليها المستثمر الأجنبي في مجال التنقيب عن المحروقات. ما تنص عليه المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-294<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - نظام رقم 06-02. مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2006. يحدّد شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية.

- ج.ر.ج. عدد 77 صادر بتاريخ 02 ديسمبر سنة 2006.

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 92-285. مؤرخ في 06 يوليو سنة 1992. يتعلق برخصة استغلال مؤسسة لانتاج المنتجات الصيدلية وأو/توزيعها.

- ج.ر.ج. عدد 53. صادر بتاريخ 12 يوليو سنة 1992. معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-114. مؤرخ في 12 ماي سنة 1993.

- ج.ر.ج. عدد 32. صادر بتاريخ 16 ماي سنة 1993.

<sup>3</sup> - نظام رقم 08-04. مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2008. يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر.

- ج.ر.ج. عدد 52 صادر بتاريخ 24 ديسمبر سنة 2008.

<sup>4</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 09-13. مؤرخ في 11 جانفي سنة 2009. يحدّد القانون الأساسي النموذجي لشركات التأمين ذات الشكل التعاضدي.

- ج.ر.ج. عدد 03 صادر بتاريخ 24 جانفي سنة 2009.

<sup>5</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 07-294. مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2007. يحدّد إجراءات وشروط منح رخصة التنقيب عن المحروقات.

- ج.ر.ج. عدد 62. صادر بتاريخ 03 أكتوبر سنة 2007.

النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي ————— بن شعلال محفوظ (ب د)

من ضرورة الحصول على رخصة التنقيب، بعد تقديم طلب مفصّل عن الأشغال الجيولوجيا والجيوفيزيائية...

## 2- الإنصياغ لشروط حماية البيئة:

وصل اهتمام المشرّع الجزائري بحماية البيئة إلى أن قرّن بين مبدأ حرية الاستثمار وحماية البيئة في مادة واحدة، ولأجل توفير حماية البيئة ألزم المشاريع التي تمّ تحديدها في قائمة المنشآت المصنّفة، القيام بدراسة أو موجز التأثير، تحقيق عمومي، ودراسة تتعلق بالإخطار والانعكاسات المحتملة للمشروع على مختلف المجالات الصحية، إلى جانب الحصول على رخصة من جانب الجهة المخوّل لها ذلك حسب نص المادة 19 من الأمر رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: خضوع النشاطات المقننة لرقابة إدارية خاصة

لم ينتهج المشرّع الجزائري سياسة واحدة في إخضاع النشاطات المقننة لرقابة إدارية، إذ أنّه نوع في الجهات المخوّل لها الرقابة على الاستثمار الأجنبي في هذه النشاطات، بين إبقاء خضوع بعضها لرقابة الإدارة التقليدية (أولا) رغم التحول الذي عرفه دور الدولة، واستحداث أجهزة جديدة تسمى بهيئات الضبط المستقلّة (ثانيا).

### أولا: إبقاء الرقابة في بعض القطاعات للإدارة التقليدية

صحيح أنّ المجالات التي مازالت تخضع لرقابة من جهات إدارية مركزية محدودة جداً، إلّا أنّ ذلك لا يسمح بإغفال ذكرها، مثل النشاطات المرتبطة بالتأمينات التي يعود اختصاص الرقابة عن طريق منح أو رفض منح الاعتماد للوزير المكلف بالمالية حسب ما تنص عليه المادة 204 من الأمر رقم 95-07، بعد استيفاء كامل الشروط المحدّدة قانوناً<sup>(2)</sup>.

نذكر كذلك نشاط إنتاج الأدوية لترخيص من قبل الوزير المكلف بالصحة، وفي حال كان النشاط للتوزيع يخضع لوالي المنطقة التي يقام فيها المشروع<sup>(3)</sup>.

### ثانياً: إلزام الاستثمارات في النشاطات المقننة بالخضوع لهيئات الضبط المستقلّة

يظهر خضوع الاستثمارات الأجنبية لهيئات الضبط المستقلّة من خلال استدعاء القوانين القطاعية حصول المستثمر على ترخيص، اعتماد، أو رخصة من الهيئة الإدارية المستقلّة المخوّل لها الرقابة.

<sup>1</sup> - قانون رقم 03-10، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ج.ج. عدد 43، صادر بتاريخ 20 جويلية سنة 2003.

<sup>2</sup> - أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالتأمينات.

- ج.ج.ج. عدد 13 صادر بتاريخ 08 مارس سنة 1995، معدّل ومتمّم بموجب قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006.

- ج.ج.ج. عدد 15 صادر بتاريخ 12 مارس سنة 2006، متمّم بالقانون رقم 10-01 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010.

<sup>3</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 92-285، يتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها، مرجع سابق.

## 1- دور هيئات الضبط المستقلة في قبول أو رفض الاستثمار الأجنبي

تعرف هيئات الضبط المستقلة بأنها هيئات وطنية لا تخضع لا للسلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية. تتمتع باستقلالية عضوية ووظيفية عن السلطتين التنفيذية والتشريعية مع خضوعها للرقابة القضائية وتمتعها بمهام واسعة في ضبط القطاع الاقتصادي<sup>(1)</sup>. إذ يظهر دورها في مجال الاستثمار الذي يعد جزء من القطاع الاقتصادي من خلال إصدار قرارات فردية في شكل رخص، ترخيص، اعتماد، مما يبين أن الهيئات الإدارية المستقلة تتمتع بسلطة واسعة في قبول الاستثمار الأجنبي من رفضه.

## 2- توقف إنجاز الاستثمار الأجنبي على قرار القبول الصادر من هيئات الضبط المستقلة

يتمثل القرار الصادر من هيئات الضبط المستقلة الترخيص و/أو الاعتماد، أو الرخصة، حسب كل قطاع:

أ- الترخيص<sup>(2)</sup>: من بين النشاطات المقننة التي تستدعي الحصول على ترخيص الاستثمار في القطاع المصرفي.

ب- الاعتماد: بموجبه يمكن تحقيق المشاريع الاقتصادية عن طريق السلطة التقديرية الممنوحة للهيئة، وهو شرط كذلك للاستثمار في القطاع المصرفي.

ج- الرخصة: هي ترخيص مقابل مبلغ مالي بهدف استغلال نشاط مقنن، مثل الاستثمار في قطاع المواصلات السلكية واللاسلكية.

يتبين من خلال ذلك أن المشرع الجزائري اتجه إلى تشديد الرقابة على قبول وإنشاء الاستثمارات الأجنبية في النشاطات المقننة أكثر من الرقابة على القطاعات الأخرى، نتيجة أهميتها وتطلبها على توفر شروط خاصة تختلف من قطاع مقنن لآخر.

### خاتمة:

تراجع المشرع الجزائري عن رفع مظاهر الرقابة على الاستثمار الأجنبي بعد تعديل الأمر رقم 01-03 بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009، باستحداث إجراءات رقابية بإلزام المستثمرين الأجانب بضرورة التصريح بالاستثمار في كل الأحوال؛ عكس المستثمر الوطني الذي لا يلتزم بذلك إلا في حالة ما إذا أراد الاستفادة من مزايا النظام العام، وكذلك إلزام المستثمرين الأجانب بالحصول على دراسة مسبقة من قبل المجلس الوطني للاستثمار، مما يوضح أن الاستثمار في الجزائر من أجنب يستلزم الحصول على ترخيص من حكومة اقتصادية مصغرة، لكون المجلس الوطني للاستثمار يتشكل من سبعة وزراء على الأقل.

<sup>1</sup> عيساوي عز الدين، "المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة، مآل مبدأ الفصل بين السلطات"، الاجتهاد القضائي، العدد 04، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 204.

<sup>2</sup> يعتبر إجراء يسمح للإدارة بممارسة رقابة خاصة عن طريق فرض موافقة شكلية على النشاط استنادا على دراسة مدققة ومفصلة.

النظام القانوني للرقابة السابقة على تجسيد الاستثمار الأجنبي ————— بن شعلال محفوظ (ب د)

كما نجد الرقابة مشددة أكثر في النشاطات المقتنة التي تستدعي الحصول على قرار إداري في شكل رخصة، اعتماد، ترخيص، بعد أن يستفي المستثمر كامل الشروط اللازمة، كالشروط التقنية.

توّد عن تشديد الرقابة على قبول وإنجاز الاستثمار الأجنبي تراجع نسبة الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، الأمر الذي يستدعي مراجعة سياسية الرقابة، وهو فعلا ما قام به المشرع في قانون المالية لسنة 2014<sup>1</sup> أين تّخلى عن العمل بالدراسة المسبقة، والاكتفاء بالتصريح فقط أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، غير أنّ الواقع يتطلب كذلك:

- السماح برفع نسبة مساهمة المستثمرين الأجانب في رأسمال الشراكة بأكثر من 49%، كالاستثمار في القطاع الزراعي والسياحي اقتداء بالدول التي تعمل بمنهج الشركة كدولة قطر.

- تفادي الرقابة المزدوجة خاصة في النشاطات المقتنة.

- التضييق من دائرة النشاطات المقتنة، ووضع قائمة خاصة بها لرفع اللبس عليها.

- إعادة النظر في تشكيلة المجلس الوطني للاستثمار، بإضافة وزير التشغيل ووزير الفلاحة لكونهما معنيين مباشرة بالاستثمار.

- منح المستثمرين الأجانب ضمانات فعلية، وتفادي خرقها بالأحكام الرقابية كخرق مبدأ حرية الاستثمار، ومبدأ المساواة نتيجة الرقابة المشددة.

<sup>1</sup> - قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ج.، عدد 68، صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2013.

## دور منظمة اليونسكو في حماية الممتلكات الثقافية

### زمن النزاعات المسلحة

طحورور فيصل باحث دكتوراه

جامعة باتنة

#### ملخص:

تعتبر الممتلكات الثقافية الموجودة في مختلف دول العالم شواهد على قيام العمران والحضارات، إلا أن كثرة الحروب والنزاعات المسلحة ألحقت أضرارا بهذه المعالم، مما استوجب إحداث آليات قانونية دولية ومحلية تعمل على حمايتها. وتعتبر اليونسكو إحدى أهم هذه الآليات المساهمة في حماية الممتلكات الثقافية زمن النزاعات المسلحة، حيث سنتناول جهود هذه المنظمة في هذا المجال.

#### Abstract :

The cultural property which mocks at the various world countries . historical and scientific tombstones, of exceptional value, indicate the Amara of land and the establishment of a sophisticated civilizations across different ages. But many wars and armed conflicts have caused devastating damage to these landmarks, which necessitated the events of legal ; international and local mechanisms to protect this property.UNESCO is one of the most important of these mechanisms contributing to the Protection of Cultural Property in the coming days.

We will address in this article to the efforts of this Organization in this area.

#### مقدمة:

يهتم القانون الدولي الإنساني بمسائل تتعلق بحماية المدنيين والأعيان المدنية زمن النزاعات المسلحة، حيث أقر العديد من قواعد حماية الأشخاص والممتلكات المهتدة بالاعتداء عليها، التي تعتبر الممتلكات الثقافية من أهمها نظرا لقيمتها الاستثنائية، باعتبارها موروثا ثقافيا ماديا يختلف في طبيعته وخصائصه عن باقي الأعيان المدنية شكّلت عبر مختلف الحقب شواهد حضارية وإنسانية نادرة، مما جعلها موضوعا للعديد من الاتفاقيات الدولية التي تعنى بحمايتها والحفاظ عليها حال وقوع النزاع المسلح.

وتعتبر اليونسكو إحدى الآليات التي تعمل في مجال حماية الأعيان الثقافية زمن النزاعات المسلحة من خلال الدور الذي تضطلع به في هذا المجال.

## أولاً: تعاريف

## 1. تعريف القانوني للممتلكات الثقافية:

لقد وردت تعريفات قانونية للممتلكات الثقافية في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات التي تعنى بحماية التراث الثقافي الإنساني عامة ، لا سيما تلك التي عكفت اليونسكو على المساهمة في إعدادها وإبرامها.

فالممتلكات الثقافية هي: " كل الإنتاجات المتأية عن التعبير الذاتية الإبداعية للإنسان سواء أكان ذلك في الماضي أو الحاضر أو في المجالات الفنية أو العلمية أو الثقافية أو التعليمية، التي لها أهمية في تأكيد استمرارية المسيرة الثقافية وفي تأكيد معنى التواصل الثقافي ما بين الماضي والحاضر والمستقبل " <sup>1</sup>.

إن هذا التعريف جاء متوافقاً من حيث المضمون مع التعريف الوارد في اتفاقية لاهاي 1954 المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية زمن النزاعات المسلحة، والتي جاءت المادة الأولى منها أكثر تفصيلاً في تعريف الممتلكات الثقافية حيث نصت على أنها:

أ - الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية ، الديني منها أو المدني و الأماكن الأثرية، و مجموعات المباني التي تكسب مجتمعها قيمة تاريخية أو فنية ، و التحف الفنية والمخطوطات و الكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية أو الأثرية ... و المحفوظات و منسوخات الممتلكات السابق ذكرها.

ب - المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ).

كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح .

ج - المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين (أ) و(ب) و التي يطلق عليها اسم " مراكز الأبنية التذكارية " <sup>2</sup>.

و يرى الدكتور عمر سعد الله أن : " الملكية الثقافية : يقصد بها النصب الهندسية المهمة و الأعمال الفنية و الكتب و الوثائق العلمية أو التاريخية أو المتاحف و المكتبات والأرشيف و المواقع الأثرية ، و المباني التاريخية و توسع هذا المعنى في المادة (53) من البروتوكول الأول

1- خليل اسماعيل الحديثي : حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي -دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن - 1993 ص 21.

2- المادة الأولى من اتفاقية لاهاي 1954 لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح.

لاتفاقيات جنيف التي حضرت أية أفعال معادية موجهة ضد النصب التاريخية أو الأعمال الفنية أو أمكنة العبادة التي تشكل إرث الشعوب الثقافي أو الروحي<sup>1</sup>.

أما في الاتفاقية التي اعتمدها المؤتمر العام لليونسكو المنعقد في باريس بتاريخ 14 نوفمبر 1970 م والمتعلقة بالتدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة، جاء تعريف الممتلكات الثقافية بأنها: "الممتلكات التي تقرر كل دولة لاعتبارات دينية أو علمانية، أهميتها لعلم الآثار، أو ما قبل التاريخ، أو الأدب أو الفن أو العلم، التي تدخل في إحدى الفئات التالية:

أ- المجموعات والنماذج النادرة من ملكتي الحيوان والنبات، ومن المعادن أو من علم التشريح، والقطع الهامة لصلتها بعلم الحفريات.

ب- الممتلكات المتعلقة بالتاريخ، بما فيه تاريخ العلوم والتكنولوجيا، والتاريخ الحربي والتاريخ الاجتماعي، وحياة الزعماء والمفكرين والعلماء والفنانين والوطنيين، والأحداث الهامة التي مرت بها البلاد.

ج- نتاج الحفائر الأثرية (القانونية وغير القانونية) والاكتشافات الأثرية.

د- القطع التي كانت تشكل جزءا من آثار فنية أو تاريخية مبتورة أو من مواقع أثرية.

هـ- الآثار التي مضى عليها أكثر من مائة عام كالنقوش والعملات والأختام المحفورة.

و- الأشياء ذات القيمة الأهمية الأثنولوجية.

ز- الممتلكات ذات الأهمية الفنية، ومنها:

1- الصور واللوحات والرسوم المصنوعة كليا باليد، أيا كانت المواد التي رسمت عليها أو استخدمت في رسمها (باستثناء الرسوم الصناعية والمصنوعات المزخرفة باليد).

2- التماثيل والمنحوتات الأصلية، أيا كانت المواد التي استخدمت في صنعها.

3- الصور الأصلية المنقوشة أو المرسومة أو المطبوعة على الحجر.

4- المجمعات أو المركبات الأصلية، أيا كانت المواد التي صنعت منها.

ح- المحفوظات النادرة والكتب المطبوعة في عهد الطباعة الأول، والكتب والوثائق والمطبوعات القديمة ذات الأهمية الخاصة (من الناحية التاريخية أو الفنية أو العلمية أو الأدبية... إلخ) سواء كانت منفردة أو في مجموعات.

ط- طوابع البريد والطوابع المالية ومت يماثلها منفردة أو في مجموعات.

<sup>1</sup> - عمر سعد الله . معجم القانون الدولي. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. ص 129 .

ي- المحفوظات، بما فيها المحفوظات الصوتية والفيوتوغرافية والسنمائية.

ك- قطع الأثاث التي يزيد عمرها على مائة عام والآلات الموسيقية القديمة<sup>1</sup>.

كما جاء في اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي التي أقرها المؤتمر العام لمنظمة اليونسكو المنعقد في باريس من 17 إلى 21 نوفمبر 1972 في دورته السابعة عشر تعريف للتراث الثقافي في المادة الأولى حيث نصت على أنه: "يعني التراث الثقافي لأغراض هذه الاتفاقية:

الآثار: الأعمال المعمارية، وأعمال النحت والتصوير على المباني، والعناصر أو التكاوين ذات الصفة الأثرية، والنقوش، والكهوف، ومجموعات العالم التي لها جميعا قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ، أو الفن، أو العلم.

المجموعات: مجموعات المباني المنعزلة أو المتصلة، التي لها سبب عمارتها، أو تناسقها، أو اندماجها في منظر طبيعي، قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ، أو الفن، أو العلم.

المواقع: أعمال الإنسان، أو الأعمال المشتركة بين الإنسان والطبيعة، وكذلك المواقع بما فيها المواقع الأثرية التي لها قيمة عالمية استثنائية من وجهة النظر التاريخية أو الجمالية، أو التكنولوجية، أو الأنثروبولوجية.

ومن حيث قيمة التراث الثقافي للإنسانية قاطبة الحق في حماية تراثها المشترك الذي هو مجموعة الموارد الطبيعية و الشواهد الفنية والرمزية التي انتقلت من الأزمنة الماضية، والإبداع البشري في مجالات المعرفة والثقافة و التكنولوجيا ، التي تقوم عليها حياة الجنس البشري وازدهارها ورفاهيتها.

## 2. تعريف منظمة اليونسكو:

"في أعقاب الحرب العلمية الثانية مباشرة، وبناء على اقتراح وزراء دول الحلفاء للتربية (CAME) المجتمعين ضمن مؤتمر ضم نحو أربعين دولة في الفترة من 1 إلى 16 نوفمبر 1945 تم إنشاء منظمة تعنى بالتربية والثقافة؛ وفي نهاية المؤتمر وقعت 37 دولة على الميثاق التأسيسي الذي أفضى إلى نشوء منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلم والثقافة والتي تسمى اختصارا اليونسكو، ودخل الميثاق حيز النفاذ منذ عام 1946 بعد أن صدقت عليه 20 دولة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المادة الأولى من اتفاقية التدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية الممتلكات الثقافية بطرق غير

مشروعة، 14 نوفمبر 1970.

<sup>2</sup> www.unesco.com

إذن فهي منظمة عالمية تابعة لهيئة الأمم المتحدة متخصصة بمسائل العلوم والتربية والثقافة.

وتتمثل رسالة اليونسكو في الإسهام في بناء السلام والقضاء على الفقر. وتحقيق التنمية المستدامة. وإقامة حوار بين الثقافات من خلال التربية والعلوم والثقافة والاتصال والمعلومات.

وتأتي هذه الرسالة ضمن الأهداف الرئيسية الآتية:

- تأمين التعليم الجيد للجميع والتعلم مدى الحياة.

- تسخير المعارف والسياسات العلمية لأغراض التنمية المستدامة.

- مواجهة التحديات الاجتماعية والأخلاقية المستجدة.

وتؤطر اليونسكو هيئتان إداريتا هما المؤتمر العام والمجلس التنفيذي تسهران وبشكل منتظم على السير الحسن للمنظمة ووضع أولوياتها وتحديد الأمانة التي يرأسها المدير العام ، حيث يجتمع المؤتمر العام مرة كل عامين لتحديد السياسات العامة والخطوط الرئيسية لعمل المنظمة ويقر برنامج اليونسكو والميزانية لكل فترة عامين. أما المجلس التنفيذي فيجتمع مرتين في العام للتأكد من أن قرارات المؤتمر أصبحت قيد التنفيذ.

### 3. تعريف النزاع المسلح في الفقه القانوني الدولي:

يرى الدكتور الصادق أبو هيف أن النزاع المسلح هو: " نضال بين القوات المسلحة لكل من الفريقين المتنازعين يرمي كل منهما إلى صيانة حقوقه و مصالحه في مواجهة الطرف الآخر" <sup>1</sup>.

ويعرفه محمد حافظ غانم بأنه: " صراع بين دولتين أو أكثر ينظمه القانون الدولي و يكون الغرض منه الدفاع عن المصالح الوطنية المتحاربة " <sup>2</sup>.

وبهذا يتجلى بأنه: "صراع أو نضال باستعمال القوة المسلحة بين الدول بهدف تغليب بعضها على بعض لتحقيق مصلحة مادية أو معنوية " <sup>3</sup>.

ويرى الدكتور عمر سعد اله أن القانون الدولي " يميز بين أربعة أنواع من النزاعات المسلحة تتفاوت القواعد و الصكوك المنطبقة على كل منهما. فهي تنقسم إلى :

**النزاع المسلح الدولي :** تنطبق عليه اتفاقيات جنيف الأربعة والبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 ، وقواعد لاهاي ، وغير ذلك من المبادئ القانونية.

<sup>1</sup> - صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، د ت ن ، ص 813 .

<sup>2</sup> - محمد حافظ غانم ، المسؤولية الدولية ، معهد الدراسات العربية 1962 م ، ص 715 .

<sup>3</sup> - العوضي ، القانون الدولي العام في السلم والحرب ، دار الفكر بيروت ، 1999 م ، ص 320 .

النزاعات المسلحة الدولية: التي هي بمثابة حروب التحرير. ويحددها البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977.

النزاعات المسلحة غير الدولية: تخضع لتنظيم المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع وبعض المعايير العرفية .

النزاعات المسلحة غير الدولية: هي التي ينظمها البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977<sup>1</sup>.

فالبروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1977 عرف النزاع المسلح الداخلي بأنه: " ينطبق على النزاعات المسلحة التي تدور بين السلطة المركزية و بين قوات مسلحة منشقة أو جماعات نظامية مسلحة على جزء من الإقليم المتنازع عليه . و تحت قيادة مسؤولة تتولى السيطرة عليه يمكنها من القيام بعمليات متواصلة " <sup>2</sup>.

ونظرا لكون اشتمال النزاع المسلح على عنصر جوهري هو استعمال القوة المسلحة وهذا ما يماثل مفهوم الحرب فقد درج الفقه التقليدي على استعمال هذا المصطلح وهو ما يقابل مصطلح النزاعات المسلحة في الفقه المعاصر.

والتي يعرفها علي صادق أبو هيف الحرب بأنها: " نضال بين القوات المسلحة لكل من الفريقين المتنازعين يرمي كليهما إلى صيانة حقوقه و مصالحه في مواجهة الطرف الآخر"<sup>3</sup> ويعرفها أيضا إبراهيم العناني بقوله: " الحرب تمثل صراعا مسلحا بين دول بهدف تغليب وجهة نظر سياسية " <sup>4</sup> . ويعرفها الدكتور حامد سلطان بأنها: " صراع بين دولتين أو أكثر يستخدم فيه المتنازعون قواتهم المسلحة بقصد التغلب على بعضهم البعض وفرض شروط الصلح على المغلوب بما يشاؤها الغالب " <sup>5</sup>.

ثانيا: جهود اليونسكو في مجال حماية الممتلكات الثقافية زمن النزاعات المسلحة

تبعاً للدمار الكبير الذي خلفته الحرب العالمية الثانية على الصعيدين الإنساني والمادي بدى للعديد من البلدان أنه من الضروري العمل على تفادي أي نزاع دولي جديد من خلال بناء مبادئ التعاون والتفاهم . وبهذه الفكرة أنشأت منظمة اليونسكو تحت مبدأ عام وهو: " بناء السلم في عقول الناس". كما حاولت منظمة الأمم المتحدة و منذ نشأتها في 1945م مطالبة الدول بضرورة تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني زمن النزاعات المسلحة . كما نوهت كذلك

<sup>1</sup> - عمر سعد الله . المرجع سابق ص 86 .

<sup>2</sup> - البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1977 م.

<sup>3</sup> - علي صادق أبو هيف . القانون الدولي العام . د ت ن . ص 506 .

<sup>4</sup> - ابراهيم العناني . العلاقات الدولية . ص 222 .

<sup>5</sup> - حامد سلطان . أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية ص 245 .

بقواعد حماية الأعيان المدنية و ما ينتج عن حمايتها من حماية للمدنيين ، وقد ازداد هذا الاهتمام بالأعيان المدنية من خلال منظمة " اليونسكو " و التي نتج عنها اعتماد اتفاقية لاهاي لعام 1954م لحماية الأعيان الثقافية زمن النزاعات المسلحة ، كما لا يمكننا أن ننكر دور الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدعوة لحماية الأعيان المدنية من خلال: التوصية رقم : 2675 (25) لعام 1970م و المتعلقة بـ : " المبادئ الأساسية لحماية السكان المدنيين في النزاعات المسلحة" . فقد حاولت هذه التوصية الإشارة إلى الأعيان المدنية الواجب حمايتها<sup>1</sup>.

و تعتبر منظمة اليونسكو باعتبارها وكالة من وكالات الأمم المتحدة المتخصصة في هذا النوع من المسائل من أهم الآليات الفاعلة على المستوى الدولي لتفعيل وتنفيذ قواعد حماية الممتلكات الثقافية، وإيجاد الوسائل الكفيلة لتحقيق ذلك، من خلال إيهامها في تنفيذ قواعد لحماية الأعيان الثقافية زمن النزاعات المسلحة.

#### 1. مساهمة اليونسكو في تنفيذ قواعد حماية الأعيان الثقافية:

بتوقيع ميثاق الأمم المتحدة بدأت مرحلة جديدة من عملية التنظيم القانوني الدولي، حيث أصبحت مبادئ القانون الدولي المعلنة فيه تشكل قاعدة متينة لتوسيع مسائل حماية الممتلكات الثقافية زمن النزاعات المسلحة ، خاصة عند تأسيس هيئة " اليونسكو " العالمية المتخصصة بمسائل العلوم و التربية و الثقافة ، والتي تعد من إحدى الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، حيث تم إنشاؤها في عام 1945م عقب انعقاد مؤتمر وزراء التربية و التعليم في لندن، و لقد اشترك فيه مندوبون عن 44 دولة<sup>2</sup>.

و قد نصت المادة الأولى من ميثاق اليونسكو على أنها: " منظمة تعمل على حفظ المعرفة وصون و حماية التراث العالمي من الكتب و الأعمال الفنية و غيرها من الآثار التي لها أهميتها التاريخية أو العلمية ، و بتوصية الشعوب صاحبة الشأن بعقد اتفاقيات دولية لهذا الغرض " .

فحماية الأعيان الثقافية يعد من مسؤولية منظمة اليونسكو سواء زمن السلم أو الحرب ، و س دراستنا هذه على دور اليونسكو في حماية الأعيان الثقافية زمن النزاعات المسلحة من خلال مساهمتها في عقد و إبرام الاتفاقيات المتعلقة بالموضوع من جهة بالإضافة إلى

<sup>1</sup> - عواشيرية رقية حماية المدنيين والأعيان المدنية زمن النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 2002م، ص 156.

<sup>2</sup> - علي خليل إسماعيل الحديثي ، المرجع السابق ، ص 126.

مساهمتها من خلال الدور الذي يلعبه مديرها من جهة أخرى . و هذا ما سوف نتناوله فيما سيأتي.

## 2. دور اليونسكو في إبرام اتفاقيات حول حماية الأعيان الثقافية :

تكرّس اليونسكو كل نشاطها من أجل حماية الأعيان الثقافية . وتطوير و تعميم هذه الحماية . و هذا عن طريق القرارات و التوصيات التي يصدرها مؤتمرها العام للدول الأعضاء . كما أنها تبني مشاريع اتفاقيات دولية لها قيمة كبيرة في معالجة هذه المسألة . و قد كان لمنظمة اليونسكو بدعم من حكومة هولندا المبادرة لوضع مشروع معاهدة لحماية الأعيان الثقافية زمن النزاعات المسلحة .

و قد نظر المؤتمر الدولي المنعقد في لاهاي عام 1954م في مشروع المعاهدة. و تم التوقيع عليها في 14 ماي 1954م مع البروتوكول الإضافي الأول لها و لائحتها التنفيذية. و عقب البدء بالعمل باتفاقية لاهاي لعام 1954م تم اكتشاف أن قواعد حماية الأعيان الثقافي بموجبها غير كافية.

و قد أدى هذا بمنظمة اليونسكو إلى إدارة مناقشات في بداية التسعينيات حول إمكانية تقوية الحماية الواردة في اتفاقية لاهاي 1954م. و أسفرت المناقشات إلى عقد سلسلة من المؤتمرات أهمها ذلك المبرم في 1993م تحت رعاية اليونسكو.

و في نفس السنة أصدرت المنظمة تقريرا رسميا " وثيقة لوسوولت" و هي مشروع لمعاهدة قانونية جديدة لعام 1954م. حيث و في نهاية أكتوبر 1998م استطاعت كل من منظمة اليونسكو و حكومة هولندا تقديم المسودة الأولى للبروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954م. و شكلت هذه المسودة أساس المؤتمر الدبلوماسي الذي انعقد في لاهاي من 15 إلى 26 مارس 1999م.

و في 26 مارس 1999م تبني المؤتمر الدبلوماسي<sup>1</sup> بدون تصويت البروتوكول الثاني لاتفاقية لاهاي لعام 1954م لحماية الممتلكات الثقافية.

و البروتوكول يكمل الاتفاقية و لا يعدلها ( المادة الثانية من البروتوكول الثاني لسنة 1999م). و لا يمكن لأي دولة أن تصبح طرفا في البروتوكول الثاني إلا إذا كانت طرفا في الاتفاقية.

1- شارك في المؤتمر 80 دولة من بين 95 دولة طرف في اتفاقية لاهاي 1954. إضافة إلى 15 دولة ليست طرف في الاتفاقية من بينها الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا و لمزيد من المعلومات أنظر: DE . BREUCKER (J.) , op .cit.,pp.532-539.

كما ساهمت كذلك اليونسكو في إبرام عدة اتفاقيات لها علاقة بحماية الأعيان الثقافية منها: اتفاقية باريس الخاصة بوسائل حظر و منع استيراد و تصدير و النقل غير المشروع للملكية الثقافية المبرمة في 14 ماي 1970م. و اتفاقية اليونسكو بشأن حماية التراث العالمي الثقافي و الطبيعي المبرمة في 16 نوفمبر 1972م. و يمكن أن تنطبق هذه الاتفاقيات وقت السلم و وقت النزاعات المسلحة<sup>1</sup>.

و قد ساهمت كذلك منظمة اليونسكو في عقد كل من الاتفاقية الخاصة بحماية التراث الثقافي المغمور بالمياه في 2001م. و اتفاقية حماية التراث الثقافي غير المادي في 2003م. كما أنه و في إطار المساعدة التي يمكن أن تقدمها اليونسكو للدول في حالة النزاعات المسلحة تقدم المساعدة التقنية المنصوص عليها في المادة 23 من اتفاقية لاهاي لعام 1954م. و البروتوكول الإضافي الثاني المبرم في 1999م من خلال مادته 33 و اللتان تنصان على إمكانية طلب أطراف النزاع المعونة التقنية من اليونسكو. و يمكن أن تتمثل هذه المساعدة في: "تنظيم وسائل حماية هذه الممتلكات. أو حل أي مشكلة ناجمة عن تطبيق الاتفاقية أو لائحته التنفيذية و تقوم اليونسكو بتقديم هذه المساعدة في حدود ما تتيحه لها برامجها و مواردها المالية. كما تشجع اليونسكو الدول على تقديم المساعدة التقنية على صعيد ثنائي أو متعدد الأطراف"<sup>2</sup>.

### 3. دور مدير منظمة اليونسكو في تنفيذ قواعد حماية الممتلكات الثقافية :

يقوم المدير العام لمنظمة اليونسكو بالسهر على حماية التراث الثقافي العالمي. فيقوم أساسا بإدارة الحماية الخاصة الواردة بالباب الثاني من اتفاقية لاهاي لعام 1954م. كما يتولى مسك السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة الوارد ذكرها في المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي 1954م. حيث أشارت المادة 16 من اللائحة التنفيذية للاتفاقية في فقرتها الثانية أن الإشراف على السجل يتم من طرف المدير العام لليونسكو. الذي يقوم بتسليم صور من السجل إلى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة و الأطراف السامية المتعاقدة. و يقسم المدير السجل إلى فصول يحمل كل منها : اسم طرف سام متعاقد و يحدد محتويات كل فصل .

1- أحمد أبو الوفا. النظرية العامة للقانون الدولي الإنساني ( في القانون و في الشريعة الإسلامية ) . دار النهضة العربية . القاهرة. الطبعة الأولى. 2006. ص107.

2- إبراهيم محمد العناني . المرجع السابق . ص 47.

حيث يتلقى المدير طلبات التسجيل و هو بدوره يرسل صورا من الطلبات إلى الأطراف السامية المتعاقدة . حيث يمكن لأي طرف أن يقدم اعتراضه إن كان له محل في أجل أقصاه 4 أشهر إلى المدير العام للمنظمة .

غير أنه من الناحية الواقعية نادرا ما يتم قبول مفهوم الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية. و الدول الوحيدة الأطراف المسجلة في نظام الحماية الخاصة هي : النمسا ، الفاتيكان و هولوندا. و يرجع البعض السبب إلى شرط قبول كل الأطراف السامية المتعاقدة في الاتفاقية و كذلك ضعف الحماية المتعلقة بالمخابئ و المراكز التي تحتوي ممتلكات ذات أهمية كبيرة.

كما أن دور مدير اليونسكو يتجاوز إلى تلقي التقارير حول تطبيق اتفاقية لاهاي 1954م حيث يتلقى المدير من الأطراف السامية المتعاقدة تقريرا مرة على الأقل كل أربعة سنوات يشمل هذا التقرير المعلومات التي تراها الدولة المعنية لائحة ، و الإجراءات التي اتخذتها أو أعدتها أو تنوي اتخاذها المصالح الإدارية لكل منها تطبيقا لاتفاقية لاهاي 1954م و بروتوكولها الإضافيين . كما يلعب المدير دور وسيط بخصوص تبادل الترجمات الرسمية لاتفاقية لاهاي 1954م. و يتلقى المدير العام لليونسكو كذلك أوراق التصديق على اتفاقية لاهاي و بروتوكولها الإضافيين .

أما عن تطبيق هذا على أرض الواقع ، فقد أدانت منظمة اليونسكو من خلال الدول الأطراف فيها لأعمال الصرب ضد البوسنيين و خاصة ضد الممتلكات الثقافية الإسلامية . حيث ساندت الدول الأعضاء نداء رئيس المؤتمر العام للمنظمة بشأن احترام التراث الثقافي في يوغسلافيا سابقا ، كما قام المدير العام للمنظمة بإرسال بعثة خاصة يوم 28 أكتوبر 1991م برئاسة السيد "Daniel Janicot" مدير ديوانه ، كما قام المدير العام للمنظمة بتعيين مبعوث و مراقب دائم للمنظمة في البوسنة بدءا بمدينة "ديبروفينيك" باعتبارها المدينة الأكثر تضررا. و ذلك حتى يقوم بعملية جرد لكل الممتلكات الثقافية التي تم الاعتداء عليها<sup>1</sup>.

#### 4. لجنة حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح.

في مادته الرابعة والعشرون وفي خطوة عملية جديدة أنشأ البروتوكول الثاني 1999م لجنة لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح تتألف من اثني عشر طرفا ينتخبون من

<sup>1</sup> - خباري عبد الرحيم . حماية الممتلكات الثقافية في المنازعات المسلحة على ضوء أحكام القانون الدولي الإنساني . رسالة ماجستير . معهد الحقوق و العلوم الإدارية . جامعة الجزائر . 1997م . ص 188-190.

طرف دولهم. هذه اللجنة تمثل وبشكل عادل مختلف مناطق وثقافات العالم. تجتمع في دورة عادية مرة في السنة وفي دورات استثنائية كلما ألحت الضرورة على ذلك.

تضمن اللجنة في مجموعها قدرا كافيا من الخبرة المتخصصة في ميادين التراث الثقافي والقانون الدولي. وتؤدي عملها بالتعاون مع المدير العام لليونسكو وتضطلع بالمهام التالية:

- إعداد مبادئ توجيهية لتنفيذ بروتوكول 1999م.
- منح الحماية المعززة للممتلكات الثقافية وتعليقها وإلغاؤها وإنشاء قائمة خاصة بالممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة. وتعهد تلك القائمة وإذاعتها.
- مراقبة تنفيذ بروتوكول 1999م والإشراف عليه والعمل على تحديد الممتلكات الثقافية المشمولة بحماية معززة.
- النظر في التقارير التي تقدمها الأطراف والتعليق عليها والتماس الإيضاحات عند الاقتضاء وإعداد تقريرها بشأن تنفيذ البروتوكول من أجل تقديمه إلى اجتماع الأطراف.
- تلقي طلبات المساعدة الدولية المقدمة بموجب المادة 32 من البروتوكول والنظر فيها.
- القيام بأي مهام أخرى يعهد بها اجتماع الأطراف.
- تتعاون مع المنظمات الدولية والوطنية، الحكومية وغير الحكومية التي تتوافق معها في الأهداف. ولها أن تدعو منظمات مهنية مرموقة إلى اجتماعاتها لمساعدتها وذلك بصفة استشارية كالمنظمات التي تربطها باليونسكو علاقات رسمية. بما في ذلك اللجنة الدولية للدرع الأزرق، اللجنة الدولية للصليب الأحمر وغيرها.
- أما عن مدة العضوية فتنتخب الدولة الطرف عضوا في اللجنة لمدة أربع سنوات وتكون مؤهلة لإعادة انتخابها مرة واحدة لفترة أخرى .
- ويتكون النصاب القانوني من أغلبية الأعضاء. وتتخذ قرارات اللجنة بأغلبية ثلثي أعضائها المصوتين. ولا يشارك الأعضاء في التصويت على أي قرارات تتعلق بممتلكات ثقافية متضررة من نزاع مسلح إذا كانوا أطرافا فيه.
- وتتلقى اللجنة المساعدة من أمانة اليونسكو التي تعد وثائق اللجنة وجداول أعمال اجتماعاتها وتتولى المسؤولية عن تنفيذ قراراتها.

#### 5. صندوق حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح.

أنشئ أيضا بموجب البروتوكول الثاني لعام 1999م صندوق للأغراض الآتية:

- تقديم مساعدة مالية أو غير مالية لدعم التدابير التحضيرية والتدابير الأخرى التي تتخذ وقت السلم.

- تقديم مساعدة مالية أو غير مالية لأجل تدابير الطوارئ أو التدابير المؤقتة، أو غيرها من التدابير التي تتخذ من أجل حماية الممتلكات الثقافية أثناء فترات النزاع المسلح أو فترات العودة إلى الحياة الطبيعية فور انتهاء العمليات الحربية وفقا لأحكام من بينها الفقرة الفرعية (أ) من المادة الثامنة، التي حثت الأطراف بالسعي إلى أقصى حد ممكن على إبعاد الممتلكات الثقافية المنقولة عن جوار الأهداف العسكرية أو توفير حماية كافية لها في موقعها.

وينشئ الصندوق حسابا لأموال الودائع وفقا لأحكام النظام المالي لليونسكو. ولا تستخدم المبالغ المدفوعة من الصندوق إلا للأغراض التي تقرها اللجنة.

أما فيما يخص موارد الصندوق فتتكون مما يلي:

1- مساهمات طوعية يقدمها الأطراف.

2- مساهمات أو هبات أو وصايا تقدمها:

أ- دول أخرى.

ب- اليونسكو أو منظمات أخرى تابعة للأمم المتحدة.

ت- منظمات أخرى دولية حكومية أو غير حكومية.

ث- هيئات عامة أو خاصة أو أفراد.

3- أي فوائد تدرها أموال الصندوق.

4- الأموال المحصلة من عمليات جمع الأموال وإيرادات الأحداث التي تنظم لصالح الصندوق.

5- سائر الموارد التي ترخص بها المبادئ التوجيهية المطبقة على الصندوق.

إن إنشاء كل من لجنة وصندوق حماية الممتلكات الثقافية زمن النزاعات المسلحة يعتبر خطوة عملية جادة تهدف إلى المتابعة العملية في الميدان لاتفاقية لاهاي 1954م وبروتوكولها الإضافيين لا سيما البروتوكول الثاني، ومحاولة هامة للتذليل من الصعوبات في التطبيق خاصة ما تعلق منها بالجانب المادي والتقني .

إلا أن محدودية الإيرادات المالية وضعفها، كونها مرتبطة أساسا بالأموال المقدمة طوعا قد يجعل الصندوق في حد ذاته يعجز عن تغطية التكاليف المتعلقة بتمويل الأعمال المنوطة به.

خاتمة:

مما لا ريب فيه أن اليونسكو أسهمت إسهاما كبيرا في إقرار قواعد لحماية الممتلكات الثقافية زمن النزاعات المسلحة مما يعد إثراء هاما في تفعيل القانون الدولي الإنساني. إلا أن الواقع الدولي للانتهاكات المتكررة لهذه القواعد من خلال الاعتداء على الممتلكات الثقافية

يجعل التساؤل يطرح بجديّة حول مدى فعالية هذه الآلية في ضمان تطبيق الاتفاقيات الواردة في هذا المجال. فمختلف النزاعات المسلحة التي تشهدها الساحة الدولية في العقود الأخيرة لا سيما منها في العراق ومالي وسوريا وما خلفتها من تدمير كبير لموروث ثقافي إنساني كبير و متميّز تعد شاهدا قويا على مدى القصور الذي يكتنف عما هذه المنظمة حيث عادة ما تكتفي بالتنديد فقط. كما يؤكد مرة أخرى الحاجة الماسة لإيجاد آليات مكّملة لها تكون ذات فعالية أكبر في إنفاذ قواعد القانون الدولي الإنساني في مجال حماية الممتلكات الثقافية.

## الإطار القانوني لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية.

### في التشريع الجزائري.

عادل بوزيدة باحث دكتوراه

جامعة تبسة

#### ملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى تحديد الإطار القانوني المقرر لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية. في محاولة من الباحث للإجابة على إشكالية مدى كفاية نصوص التجريم والمتابعة لقمع جرائم الإساءة لرئيس الجمهورية عبر هذه المواقع. في محاولة منه لضبط الأحكام الموضوعية المرصودة لمكافحة هذه الإساءة ببيان القواعد المتبعة من المشرع في شأن تجريم هذه الأفعال وتحليل القواعد المقررة لمساءلة الجناة في هذه الجريمة من جهة. ومن جهة ثانية مناقشة القواعد الإجرائية المعمول بها في هذا الشأن مع تقرير مدى كفاية هذه القواعد لقمع الجريمة محل البحث. سواء فيما يتعلق بضوابط وقواعد انعقاد الاختصاص بنظر هذه الجرائم تبعاً للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات الجزائية أو تلك القواعد المستحدثة والتي جاء بها قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها. إضافة إلى مناقشة المسائل المتعلقة بإثبات هذه الجريمة من حيث خصوصية الدليل الإلكتروني المتصل بها ومدى حجيته في إثبات وقائع الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية.

#### Résumé:

L'objectif de cette étude est de définir la décision-cadre juridique pour lutter contre le délit de diffamation du Président par l'intermédiaire de sites Web, essayez Finder pour répondre à l'adéquation problématique de criminalisation et continuer de réprimer les délits de diffamation du Président de la République par le biais de sites Web.

Dans une tentative pour ajuster les substantif dispositions pour lutter contre ces abusent un énoncé les règles de l'Assemblée législative sur l'incrimination des actes et analysent les règles établies pour tenir les auteurs de ce crime, d'une part et de seconde main, discuter des règles de procédure applicables à cet égard avec la pertinence de ces règles pour réprimer le crime en question, en ce qui concerne les deux contrôles et règles pour la tenue de compétence sur ces crimes sont considérés selon le général règles établies dans le code de procédure pénale ou des règles mis au point et introduit par la Loi sur la prévention des infractions Liées à l'information, communication et technologies de contrôle, en plus de discuter de questions relatives pour prouver ce crime sur le plan de la vie privée associés Handbook et l'étendue de son pouvoir d'établir les faits, offense au Président de la République par le biais de sites Web.

## مقدمة:

يعتبر رئيس الجمهورية أهم وأعلى هيئة داخل الدولة الجزائرية لما منحها القانون من حق وسلطة في تقرير التوجهات السياسية والدفاعية لها. ونتيجة لهذا الوصف كان من الضروري أن يحظى بمكانة دستورية وقانونية هامة. على النحو الذي يمكنه من تأدية وظائفه على الوجه الأمثل بأن سعى القانون الجزائري على غرار أغلب التشريعات العقابية لتكريس حماية قانونية لازمة للرئيس؛ فقرر له حصانة جزائية في مواجهة السلطة القضائية وأباح له ممارسة ما يحرم على غيره تحقيقا لتوجهات الدولة السياسية، الاقتصادية والاجتماعية. كما سعى هذا القانون أيضا لحماية شرف واعتبار رئيس الجمهورية في مواجهة الإساءة التي قد يتعرض لها؛ بواسطة وسائل الإعلام التقليدية، أو عن طريق الوسائط المعلوماتية والإلكترونية المستحدثة. حيث جرم قانون العقوبات كل أفعال الإساءة التي تتضمن إهانة أو سبا أو قذفا. بغض النظر عن الطريقة أو الوسيلة المتبعة في ذلك وقرر جزاء جنائيا لذلك تحت عنوان الإساءة لرئيس الجمهورية.

ولموضوع الإطار القانوني لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية أهمية بالغة كانت دافعا مهما لاختياره وتناوله بالدراسة. أين تتجلى هذه الأهمية في الإحاطة بالأحكام الموضوعية لهذه الجريمة وخصوصيتها من حيث صفة الضحية فيها وطبيعة السلوكات الجرمية المكونة لها، وخصوصية الوسيلة التي ترتكب بها. كما تبرز أهمية موضوع البحث أيضا في توضيح الجوانب الإجرائية التي تخص هذه الجريمة ببيان خصوصية الإجراءات المتبعة في تطبيق أحكام المسؤولية الجزائية الناشئة عن الإساءة لرئيس الجمهورية عبر هذه المواقع. وكل ذلك بتحليل النصوص القانونية محل الدراسة وإجراء دراسة نقدية عليها للخروج بنتائج علمية جديدة.

وتكمن إشكالية الموضوع في بيان مدى كفاية ونجاعة نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له. وكذا القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية. في وضع إطار قانوني كاف لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية. في محاولة من الباحث للإجابة على السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المضمون ألا وهو: ما مدى كفاية القواعد الجزائية المقررة في التشريع الجزائري لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية؟ وبمعنى آخر ما هي الأحكام الجزائية الموضوعية المقررة لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية؟ وما مدى فعالية القواعد الإجرائية لهذا القانون لتحقيق هذه الغاية؟

وللإجابة عن إشكالية البحث، اعتمدنا المنهج التحليلي وذلك بتقسيم البحث إلى محورين. خصص الأول: للأحكام الموضوعية لجريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية؛ وذلك بتقسيمه إلى فقرتين؛ تناولت في الأولى البنيان القانوني لهذه الجريمة ببيان الأركان التي تقوم عليها والجزاءات الجنائية المقررة لارتكابها. وفي الثانية تحديد الجناة في هذه الجرائم أو المسؤولين جزائيا عنها. أما المحور الثاني؛ فتضمن الجوانب الإجرائية لجريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية بتوضيح قواعد الاختصاص المقررة لنظر هذه الجريمة من جهة، وتحديد خصوصية أدلة الإثبات فيها من جهة ثانية. على النحو الذي نرى فعاليته في تحقيق الغاية المرجوة من البحث. ثم ذيل العمل بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها والمقترحات التي خرج بها الباحث.

### المحور الأول: الأحكام الموضوعية لجريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية:

صاحب الثورة المعلوماتية التي شهدتها القرن العشرون، ظهور أنماط إجرامية جديدة لم يُنص التشريع القائم على تجريمها، حيث بدت أغلب التشريعات الجزائية - في بادئ الأمر - عاجزة عن مواجهتها. أين كان لظهور المواقع الإلكترونية المرتبطة بشبكة الانترنت الدور الفاعل والمهم في تفشي الإجرام الرقمي، الذي يتخذ من هذه المواقع وسيلة له لتحقيق غايات السلوك غير المشروع.<sup>(1)</sup> لينتج عن هذا النمط من الجرائم نظام مساءلة جزائية خاص بها يتماشى مع خصوصية هذه الجرائم.<sup>(2)</sup> ونعني بالأحكام الموضوعية لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية، تلك الضوابط والقواعد المتعلقة بمبادئ التجريم، والمساءلة الجزائية الناشئة كأثر لهذا التجريم بهدف وضع نظرية لهذه الجريمة بما يتماشى مع المبادئ المعمول بها في التشريع الجزائري.

وللإلام بالأحكام الموضوعية المرصودة لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر

المواقع قمنا بتقسيم هذا المحور إلى فقرتين على النحو التالي:

### أولاً: تجريم الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية:

يمثل التجريم عملية التكييف التي يقوم بها المشرع حينما يقر بأن واقعة ما تشكل جريمة، بعد تعيينها وتحديد خصائصها ومحلها ووسائل ارتكابها، كما يشمل هذا التكييف أيضا تعيين المشرع لطبيعة الجريمة وإدخالها ضمن عداد الجنايات أو الجنح أو المخالفات، ليقال عندئذ أن التكييف القانوني قد انصب في حالته الأولى على الواقعة، في حين انصب في حالته

<sup>(1)</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2009، ص 13.

<sup>(2)</sup> علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005، ص 78.

الثانية على الجريمة. وفي كلتا الحالتين يتعين على المشرع أن يراعي عند صياغته للنصوص الوضوح والإيجاز والمرونة والابتعاد عن التعقيد والغموض.<sup>(1)</sup>

1. محل جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية ووسيلة ارتكابها: محل الجريمة المعنية بالدراسة هو شرف رئيس الجمهورية واعتباره أما الوسيلة التي ترتكب بها هذه الجريمة فهي الموقع الإلكتروني الذي عرف بأنه: "منظومة معلوماتية لها اسم وعنوان تعرف به تتضمن معلومات أو خدمات يمكن الوصول إليها عن طريق الشبكة المعلوماتية".<sup>(2)</sup> كما عرف أيضا بأنه: "مكان افتراضي على شبكة الانترنت يسجل وفقا للأسبقية مع شركة مختصة".<sup>(3)</sup> في حين عرف الشرف بأنه: "مجموع الميزات أو المكانات التي تمثل قدرا أدنى من القيم الأدبية التي يفترض توافرها بالضرورة لدى كل قرار يحكم كونه شخصا آدميا".<sup>(4)</sup> أما الاعتبار فهو: "تلك الشروط أو الصفات أو القيم المعنوية والأدبية التي يتمتع بها الشخص على النحو الذي تقتضيه إنسانيته ومكانته الاجتماعية ومركزه الاجتماعي".<sup>(5)</sup>

2. أركان جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية وعقوباتها: تقوم جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية كغيرها جرائم القانون العام على ركنين اثنين مادي ومعنوي إضافة إلى صفة عدم المشروعية التي يقول بها نص المادة 144 مكرر من قانون العقوبات<sup>(6)</sup> وعنصر الجزاء المقترن بمفترضات التجريم.

• الأركان العامة لجريمة الإساءة لرئيس الجمهورية: يقوم الركن المادي في جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية محل البحث على ارتكاب الجاني لأحد الأفعال الموجبة للإساءة المنصوص عليها بموجب نص المادة 144 مكرر من قانون العقوبات في صورة العلنية وفي مايلي بيان ذلك:

• الواقعة المنطوية على الإساءة لرئيس الجمهورية: وهي كل فعل يمس ويخدش شرف واعتبار هذا الأخير وقد حدد نص المادة المذكور أعلاه الأفعال التي تندرج تحت وصف

(1) عبد العظيم مرسي وزير. الشروط المفترضة. دار النهضة العربية. القاهرة. 1983. ص 48.

(2) أروى تقوى. المسؤولية المدنية للمواقع الإلكترونية الإعلامية. مجلة جامعة دمشق. للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 30. العدد الأول. 2014. ص 445.

(3) عبد الفتاح بيومي حجازي. مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت. المرجع السابق. ص 77.

(4) نبيل صقر. الوسيط في جرائم الأشخاص. دار الهدى عين مليلة. الجزائر. 2009. ص 114.

(5) عبدالقادر الشيخ. شرح قانون العقوبات القسم الخاص. الجزء الثاني. منشورات جامعة حلب. سوريا. 2006. ص 119.

(6) الصادر بالأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 ج. ر. عدد 48 لسنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

الإساءة وهي:

القذف: عرفت المادة 296 من قانون العقوبات الجزائري القذف بأنه: "كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص. أو الهيئة المدعى عليها به، أو إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة ويعاقب على نشر هذا الإدعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم وكان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات واللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة". فقذف رئيس الجمهورية هو: "إسناد واقعة محددة تستوجب عقابه أو احتقاره إسنادا علنيا عمديا".<sup>(1)</sup> السب: عرف نص المادة 297 من قانون العقوبات الجزائري السب بأنه: "كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا لا ينطوي على إسناد أية واقعة. فسب رئيس الجمهورية عبارة عن خدش لشرفه واعتباره عمدا دون أن يتضمن ذلك إسنادا لواقعة معينة إليه".<sup>(2)</sup>

الإهانة: تتضمن إهانة رئيس الجمهورية انتقاصا للاحترام الواجب له ليس بوصفه إنسانا فحسب، وإنما باعتبار صفة أساسية فيه وهي صفته الوظيفية أو مركزه السياسي. وهذه الصفة ذاتها يتوجب أن يكون لها من الاحترام في شخص شاغلها على النحو الذي يمكن من أدائها.<sup>(3)</sup>

• **علنية الإساءة لرئيس الجمهورية:** لعنصر العلانية أهمية بالغة في تكوين البنيان القانوني لجريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية فخطورة هذه الجريمة لا تكمن في الواقعة المتضمنة أو المنطوية على إساءة لرئيس الجمهورية بالإهانة أو السب أو القذف، بل في إذاعة هذه الأوصاف للجمهور وتحقيق العلانية في هذه الجريمة إذا تمت إهانة أو سب أو قذف رئيس الجمهورية على النحو الذي يوصل هذه الإساءة إلى علم الجمهور وهذا الأخير يعني مجموعة الأشخاص الذين لا تربطهم ولا جمعهم بالجاني أية صلة أو علاقة مباشرة تفرض عليهم واجب التحفظ على ما يدور بينهم.<sup>(4)</sup>

أما بالنسبة للركن المعنوي لهذه الجريمة، فإن جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية هي جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي العام والذي يتحقق متى كان الجاني عالما بحقيقة الوقائع التي ينسبها لرئيس الجمهورية عبر الموقع أو المواقع الإلكترونية واتجاه إرادته إلى

<sup>(1)</sup> محمد محمد صباح القاضي، قانون العقوبات القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص: 596.

<sup>(2)</sup> محمد محمد صباح القاضي، المرجع نفسه، ص 661.

<sup>(3)</sup> نبيل صقر، المرجع السابق، ص 146.

<sup>(4)</sup> عبد القادر الشيخ، المرجع السابق، ص 172.

إذاعة هذه الوقائع عبر هذه المواقع.<sup>(1)</sup>

أ- الجزاءات الجنائية المرصودة لقمع الإساءة لرئيس الجمهورية: عاقبت المادة 144 مكرر مرتكب جنحة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر الموقع الإلكتروني في صورتها البسيطة بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى اثني عشر (12) شهرا وبغرامة من 50.000 دج إلى 250.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. على أن تضاعف عقوبة الحبس والغرامة المقررة متى اقترنت الجريمة بحالة العود.

ثانيا: تحديد المسؤول جزائيا عن الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية:

المسؤول عن جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر هذه المواقع هو الشخص المرتكب لأحد أفعال الإساءة والمسندة إليه بوصفه فاعلا أو شريكا. وعموم القول أن المسؤول عن هذه الجريمة يندرج ضمن إحدى فئتين: الأولى فئة موردي مضامين المواقع الإلكترونية، والثانية متعهدي إيواء هذه المواقع بحسب توافر شروط المساءلة الجزائية بحق كل فئة:

1. مورد محتوى الموقع الإلكتروني: توريد المعلومات عبر الموقع الإلكتروني هو نشرها من خلالها؛ وإطلاع الجمهور على مضمونها، بحيث تكون مقروءة، مرئية، أو مسموعة. لتأخذ هذه المواقع وصف "وسيلة اتصال علنية" هدفها وضع مادة معلوماتية معينة تحت تصرف مستخدمي الموقع الإلكتروني.<sup>(2)</sup> ومورد معلومات الموقع هو الشخص الذي يقوم بتحميل الموقع الإلكتروني أو النظام الذي يتصل به هذا الموقع بالمعلومات التي قام بتأليفها أو جمعها. وبالتالي تكون له سيطرة كاملة على هذا المحتوى.<sup>(3)</sup> ولا يكفي لقيام المسؤولية عن هذه المضامين أن يقع الفعل المكون لجريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر الموقع الإلكتروني وأن تتم نسبته إلى فاعل أو مستخدم معين أي توفر موجباتها. للقول بأن هذا المستخدم أصبح جديراً من الناحية القانونية بتحمل تبعه فعله بل يشترط أيضا أن تقوم المسؤولية الجزائية على مناط الأهلية الجنائية التي تتحقق في الجاني بتوافر صفتين فيه هما الإدراك وحرية الاختيار. اللتين تعدان شرطا قيام المسؤولية الجزائية، فإذا انتفى أحدهما أدى ذلك إلى امتناع مساءلة مرتكب جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية.<sup>(4)</sup>

<sup>(1)</sup> عادل عزام سقف الحيط، جرائم الذم والقدح والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 83

<sup>(2)</sup> أحمد فرج، "النظام القانوني لمقدمي خدمات الانترنت"، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 9، الأردن، 2007، ص 327.

<sup>(3)</sup> جميل عبد الباقي الصغير، الانترنت والقانون الجنائي، الجوانب الموضوعية للجرائم المتعلقة بالانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 162.

<sup>(4)</sup> عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2014، ص 475.

2. **متعهد إيواء الموقع الإلكتروني:** تشمل خدمة إيواء المواقع الإلكترونية وضع الوسائل التقنية والمعلوماتية بمقابل أو بالمجان تحت تصرف العملاء؛ ليتمكنوا من الدخول إلى مواقع الإنترنت، بغية بث مضمون معلوماتي، ومتعهد الإيواء شخص يعرض إيواء الصفحات والمواقع الإلكترونية على حاسباته الخادمة بمقابل، فهو بمثابة مؤجر لمكان على شبكة الانترنت لمالك الموقع ومستخدميه أو منشئ روابط معلوماتية إلى مواقع أخرى.<sup>(1)</sup> وهو وسيط الشبكة الذي يسمح بالوصول إلى الموقع الإلكتروني من خلال شبكة الانترنت، وهو من حيث الطبيعة القانونية شخص معنوي يتخذ شكل شركة تجارية.<sup>(2)</sup> كما بين المشرع الجزائري ذلك من خلال المرسوم 257 / 98<sup>(3)</sup> الذي يحدد ويضبط كفاءات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها بأن حدد شروطا موضوعية تتعلق بطبيعة متعهد الإيواء وأخرى شكلية تتصل بضرورة الحصول على ترخيص بإقامة هذه الخدمات.<sup>(4)</sup>

وباستقراء النصوص التي جاء بها القانون 09 - 04<sup>(5)</sup> يتضح أن قيام مسؤولية متعهد الإيواء عن المحتوى المسيء لرئيس الجمهورية عبر الموقع الإلكتروني مرهون ومتوقف على علمه بهذا المحتوى، والمتحصل من تبليغه بوجوده، فأساس مسؤوليته إذن هو الخطأ الثابت المتمثل في تدخل متعهد الإيواء في بث هذا المحتوى، أو في سلبه بالتدخل لشطبه، أو على الأقل منع وصول الجمهور إليه، وعلم متعهد الإيواء هو الحالة النفسية التي تقوم في ذهن هذا الأخير وجوهرها الوعي بحقيقة الوقائع التي يتشكل منها الركن المادي لسلوكاته المخالفة وسلبته بشأن المحتوى المعلوماتي المسيء لرئيس الجمهورية المنشور عبر المواقع الإلكترونية، مع تصوره أو توقعه للنتيجة الإجرامية التي يعد من شأن سلوك الامتناع عن شطب هذا المحتوى الجرم

<sup>(1)</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية الكتاب الثاني، الحماية الجنائية والمعلوماتية للحكومة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 344.

<sup>(2)</sup> جميل عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 134.

<sup>(3)</sup> الصادر بتاريخ: 25 أوت 1998 ج.ر.ع. 63 لسنة 1998، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم: 2000 - 307، المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، ج.ر.ع. 60 لسنة 2000، الذي شروط وكفاءات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها.

<sup>(4)</sup> أنظر في شأن شروط إقامة خدمات الانترنت واستغلالها كلاً من: حابت أمال استغلال خدمات الانترنت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2004، وناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية والمدنية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس في 28/29 أكتوبر 2009.

<sup>(5)</sup> القانون رقم 09-04 المؤرخ في 14 شعبان عام 1430، الموافق 5 غشت سنة 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 25 شعبان 1430 الموافق 16 غشت سنة 2009، ص 05.

إحداثها كأثر له<sup>(1)</sup>. ولم يحدد القانون المذكور كيفية الوصول إلى العلم الفعلي بعدم مشروعية المحتوى لذلك يتوجب الاكتفاء بمجرد التبليغ من طرف السلطة القضائية أو الإدارية أو من قبل المتضرر من هذه المضامين. فتتحقق مسؤولية متعهد الإيواء، إمّا لارتكابه لفعل الإساءة لرئيس الجمهورية، وإمّا لامتناعه عن وقف بثّها. وارتكاب المخالفة أو عدم وقفها مفاده علم متعهد الإيواء بطبيعتها غير المشروعة.<sup>(2)</sup> وبحسب نص الفقرة "أ" من المادة 12 من القانون 09 - 04 فإن علم متعهد الإيواء بعدم مشروعية المضمون يجب أن يقترن بالتبليغ لاسيّما إذا لم تكن عدم المشروعية ظاهرة بما يكفي. لذا لكي تثور مسؤولية متعهد الإيواء عن المحتوى غير المشروع يلزم إثبات تبليغه بعدم مشروعيته وبالتالي إثبات سلبيته بوضع حدّ للمخالفة أو جُنُب وقوعها.

### المحور الثاني: الجوانب الإجرائية في مكافحة جريمة الإساءة الإلكترونية لرئيس الجمهورية:

الجوانب الإجرائية في مكافحة جرائم الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية هي تلك القواعد القانونية ذات الطابع الإجرائي التي تتضمن المطالبة القضائية من جانب المجتمع ممثلا في النيابة العامة بحقه في توقيع الجزاء على مرتكب فعل الإساءة للرئيس عبر هذه المواقع. فهي بيان للأصول والمسالك القانونية الواجب إتباعها في شأن إثبات وقائع الإساءة الإلكترونية لرئيس الجمهورية وتحديد لأحكام انعقاد الاختصاص الجزائي بنظر هذا النمط من الجرائم، وصولا إلى دليل ذي طبيعة فنية يؤكد هذه الوقائع ونسبتها لشخص معين أو ينفي عنه ذلك.

وللإلمام بكل هذه الجوانب قمنا بتقسيم هذا المحور إلى فقرتين على النحو التالي:

### أولاً: تعزيز قواعد الاختصاص لنظر جرائم الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية:

الاختصاص هو السلطة المخولة للمحكمة بمقتضى القانون للتحقيق والفصل في خصومة معينة فهو أهلية المحكمة للنظر في موضوع الدعوى<sup>(3)</sup> وتكمن مشكلة الاختصاص بنظر جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية في كون المواقع المستعملة لوسيلة في ارتكاب هذه الجريمة ليست تحت سيطرة دولة أو هيئة معينة، ما يرتب عدم وجود قانون جنائي معين أو موحد يحكم هذه المواقع<sup>(4)</sup> كما أن مفهوم النشاط الجرمي الإلكتروني

(1) محمود نجيب حسني، النظرية العامة للمقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 49.

(2) محمد عرسان أبو الهيجاء و علاء الدين فواز الخصاونة، "المسؤولية التقصيرية لمزودي خدمات الانترنت عن المحتوى غير المشروع"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والأربعون، أبريل، 2010، ص 28.

(3) إلياس أبو عيد، نظرية الاختصاص في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، منشورات زين الحقوقية، 2004، ص 07.

(4) مسعود أرحومة، الإشكاليات الإجرائية التي تنهزها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، ورقة عمل مقدّمة إلى المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس، خلال الفترة 28 - 29 أكتوبر 2009، ص 11.

يقترن أو يرتبط - في الجرائم المرتكبة عبر هذه المواقع الإلكترونية - بمفاهيم الإباحة و التجريم لكل دولة. (1)

**1. الاختصاص بنظر جرائم الإساءة لرئيس الجمهورية في ظل القواعد العامة:** نظم المشرع الجزائري مسائل الاختصاص الإقليمي بموجب قواعد قانون الإجراءات الجزائية (2) حيث ينعقد الإختصاص الجزائي بنظر جرائم المحتوى بمكان ارتكابها أو بمكان القبض على مرتكبها وكذا موطن إقامة المتهم، ويضيف علاوة على ذلك مكان إيداع الحدث ومكان إقامة وليه كقواعد يتحدد بها هذا الاختصاص غير أن خصوصية جرائم المحتوى المسيء لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية حالت دون كفاية القواعد التقليدية مما أدى بالمشرع للتدخل لسد الفراغ التشريعي القائم في هذا الشأن بموجب نص المادة 15 من القانون 09 - 04.

**2. قواعد الاختصاص المستحدثة بموجب القانون 09 - 04:** وفقا لنص المادة 15 سالفه الذكر فإنه وزيادة على القواعد التقليدية المتعلقة بالاختصاص الجزائي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية تختص المحاكم الجزائية، بنظر جرائم المحتوى المسيء المرتكبة خارج الإقليم الوطني متى ارتكبت من قبل أجنبي مساسا بمؤسسات الدولة الجزائرية أو الدفاع الوطني أو المصالح الإستراتيجية للاقتصاد الوطني، وهو ما ينطبق على رئيس الجمهورية بوصفه أحد المؤسسات الحيوية للدولة وأجهزتها الفعالة.

**ثانيا/ خصوصية الإثبات في جرائم الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية:**

يعني الإثبات إقامة الدلائل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجزائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية وذلك بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها (3) وترجع أهمية الإثبات الجزائي إلى دوره في الوصول إلى حقيقة جرائم المحتوى التي يمكن الوقوف عليها من خلال استخلاص الدليل الرقمي فيها، وتحديد مدى حجيتها في إثباتها. (4)

**1. استخلاص الدليل الرقمي:** الدليل الرقمي هو المعلومات التي يتم تشكيلها وفقا

(1) عادل عزام سقف الحيط، المرجع السابق، ص 289.

(2) الأمر رقم 66 - 155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 ج.ر. عدد 48 لسنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

(3) سعدي حيدرة، الدليل الجنائي المباشر بين الشرعية والمشرعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باجي مختار، عنابة، 2011، ص 09.

(4) خالد حازم إبراهيم، دور الأجهزة الأمنية في الإثبات الجنائي في الجرائم المتعلقة بشبكة المعلومات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 05.

للنظام الثنائي الرقمي للحاسبات الآلية أو شبكاتها. أو هو المعلومات المتصلة بتعليمات التشغيل والتطبيق لنظم علم الحاسوب وشبكاته المرتبطة بارتكاب واقعة إجرامية. فالدليل الرقمي يشمل جميع البيانات الرقمية التي تثبت وقوع جريمة من جرائم المحتوى. أو توجد علاقة بين الجاني والوقائع الجرمية.<sup>(1)</sup>

أ- مصادر الدليل الرقمي: للدليل الرقمي مصادر عديدة يمكن حصرها في أجهزة الحاسب الآلي وشبكاتها من جهة وشبكة الانترنت من جهة ثانية فالأولى تتصل بنظم الحاسب الآلي وبرمجياته. والثانية تتصل ببروتوكولات الانترنت والشبكة الدولية للمعلومات.

ب- مراحل استخلاص الدليل الرقمي: يستخلص الدليل الرقمي بانتقال الضبطية القضائية المتخصصة إلى مسرح الجريمة لمعاينة محلها وجمع الاستدلالات بشأنها. وإرسالها إلى المخبر العلمي لترجمة التحاليل التي تتضمنها لغرض تحرير محضر بشأنها وعرضه على الخبرة بإتباع قواعد تقنية لغرض حمايتها ليقدّم الدليل بعدها إلى القضاء لتقدير مشروعيته وقيّمته القانونية.<sup>(2)</sup>

ت- أثر الدليل الرقمي على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري: يثير تطبيق مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري على الدليل الرقمي مسائل عدة بسبب طبيعته الفنية لنحاول توضيحها وبيان ضوابط الأخذ بهذا الدليل ومدى قوته في إثبات وقائع الإساءة لرئيس الجمهورية:

- سلطة القاضي الجزائري في قبول الدليل الرقمي: منح نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية القاضي حرية في قبول أدلة الإثبات وتقدير مدى حجيتها في إثبات وقائع الدعوى أو نفيها. لتترتب عن هذه المنحة نتائج أهمها أن للقاضي كامل الحرية في توفير الدليل المناسب والضروري للفصل في الوقائع محل النظر بما في ذلك الدليل الرقمي كما أن للقاضي أيضا الحرية التامة في قبول هذا الدليل من عدمه كما له أيضا الحرية نفسها في تقدير قيمة هذا الدليل بحسب قناعته الوجدانية.<sup>(3)</sup> ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

<sup>(1)</sup> مرنيز فاطمة. الإعتداء على الحق في الحياة الخاصة عبر شبكة الانترنت. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة تلمسان. 2016. ص 256.

<sup>(2)</sup> طارق محمد الجملي. "الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي". مجلة الحقوق. المجلد 12. العدد الأول. البحرين. 2012. ص 44.

<sup>(3)</sup> رشيدة بوكري. "الدليل الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات الجزائي في القانون الجزائري". مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 27. العدد الثاني. 2011. ص 315.

- سلطة القاضي في تقدير قيمة الدليل الرقمي في إثبات وقائع الإساءة لرئيس

الجمهورية: تبعا لمبدأ حرية القاضي الجزائري في الاقتناع فإن الدليل الرقمي شأنه شأن باقي الأدلة الجزائية لا يحظى بقوة ثبوتية مطلقة أمام القاضي الجزائري في شأن إثبات جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية. ليبقى مجرد دليل لا يختلف في قوته الثبوتية عن غيره لذا يجوز للقاضي الجزائري أن يؤسس اقتناعه بناء على هذا الدليل أو أن يطرحه جانبا رغم قطعته العلمية. متى تبين له عدم اتساق هذا الدليل منطقيا مع ظروف ووقائع الإساءة لرئيس الجمهورية وملابساتها.

على أن يخضع هذا الدليل في حالة الأخذ به إلى ضوابط الاقتناع التي يتوجب على القاضي مراعاتها والتي تتصل بمحل الاقتناع أو الدليل ذاته من جهة ودرجة هذا الاقتناع وسماته من جهة ثانية؛ فأما الضوابط المتصلة بمحل الاقتناع فتتضمن ضرورة خضوعا لدليل لقاعدة المشروعية وأن يكون لهذا الدليل أساس في أوراق الدعوى وأن يطرح للنقاش وجاهة أثناء نظر وقائع الإساءة لرئيس الجمهورية بما يتيح للخصوم مناقشته أثناء الجلسة. في حين يمثل وصول اقتناع القاضي الجزائري بالدليل الرقمي لحد الجزم واليقين الضابط الأخير من هذه الضوابط والمقترن بدرجة قناعة القاضي الوجدانية وسماتها.<sup>(1)</sup>

الخاتمة:

تناولت من خلال هذه الدراسة موضوع " الإطار القانوني لمكافحة جريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية " وحاولت - حسب تصوري - تناول أفكاره من جوانبها المختلفة وتأصيلها من خلال ربط الجزئيات بالكليات. حتى تكون الدراسة ذات رؤية شمولية. في محاولة مني لتحديد الخطوط الرئيسية للموضوع. وفيما يلي أهم النتائج التي توصلت إليها والمقترحات التي خرجت بها.

أولا/ النتائج: توصلت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج يمكن تقسيمها على النحو التالي:

1. من الناحية الموضوعية: من خلال دراسة الأحكام الموضوعية لجريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية توصل الباحث للنتائج التالية:

• بالنسبة لقواعد التجريم والعقاب: جرم المشرع الجزائري بموجب نص المادة 144 مكرر من قانون العقوبات كل فعل يتضمن أو ينطوي على إساءة لرئيس الجمهورية. بأن حدد الأركان العامة لهذه الجريمة وقرن الإساءة بكل فعل إهانة أو سب أو قذف لرئيس الجمهورية والتي ترتكب عبر منظومة إلكترونية أو معلوماتية. وجعل هذه الأفعال من مصف الجرائم العمدية

<sup>(1)</sup> رشيدة بوكري. المرجع السابق. ص: 323.

التي يتحقق ركنها المعنوي بعلم الجاني بعدم مشروعية المحتوى المعروض عبر الموقع الإلكتروني. ومع ذلك اتجاه إرادته إلى إتيانه. كما رصد المشرع عقوبات جنحية مقترنة بعض ظروف التشديد لمرتكبها.

• بالنسبة لأحكام المساءلة الجزائية: توصلت الدراسة إلى إسناد المسؤولية عن الإساءة لرئيس الجمهورية لذوي الصلة المباشرة بالمواقع الإلكترونية وهما مورد معلومات الموقع الإلكتروني أو متعهد إيواء هذا الموقع. و إلى ضرورة اقتران مسؤولية مستخدم الموقع بشروط الإدراك وحرية الاختيار. كما يتوجب لقيام مسؤولية متعهد الإيواء الجزائية عن المحتوى المسيء لرئيس الجمهورية أن يكون قد علم علما مؤكدا بطبيعته هذا المحتوى وامتنع عن شطبه أو على الأقل منع وصول الجمهور إليه.

1. من الناحية الإجرائية: تبين لنا من خلال هذه الدراسة خصوصية بعض القواعد الإجرائية المتصلة بجريمة الإساءة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية خاصة ما يتعلق منها بتعزيز قواعد الاختصاص وخصوصية إثبات هذه الإساءة.

• فيما يتعلق بالاختصاص الجزائي: توصل الباحث إلى أن الاختصاص هو المكنة الممنوحة للجهة القضائية بنظر جرائم الإساءة لرئيس الجمهورية والموزع مكانيا تبعا للقواعد التقليدية المنصوص عليها بموجب قانون الإجراءات الجزائية إضافة إلى التعزيز الذي جاء به القانون 04 - 09 والذي عزز قواعد الاختصاص الوطني عن مثل هذه الجرائم والتي ترتكب خارج إقليم الجمهورية من قبل أجنبي.

• فيما يتصل بالإثبات الرقمي للوقائع الجرمية: خرج الباحث بنتائج هامة فيما يتعلق بإثبات الوقائع الجرمية المسيئة لرئيس الجمهورية عبر المواقع الإلكترونية. خاصة ما يتعلق منها بالدليل المأخوذ به لإثبات هذه الوقائع من جهة وتأثير هذا الدليل على الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي من جهة ثانية. فإثبات الإساءة عبر المواقع الإلكترونية تكون بموجب دليل رقمي والذي يمثل بينة رقمية مستحدثة ذو صلة بوسيلة ارتكاب الجريمة يختلف في قواعد استخلاصه عن أدلة الإثبات التقليدية بسبب تنوع مصادره وخصوصية مراحل استخلاصه. أما عن تأثير الدليل الرقمي على اقتناع القاضي فقلنا بأن القانون قد منح القاضي الجزائي سلطة واسعة في الأخذ بالدليل الرقمي من عدمه تبعا لمكنة الاقتناع لديه وأنه يتوجب على القاضي متى أخذ بهذا الدليل أن يراعي في ذلك الضوابط القانونية التي تكفل اقتناعه به. خاصة تلك المتعلقة بمشروعية الدليل الرقمي وقيينته وطرحه للمناقشة أثناء الجلسة. بما يتيح للخصوم إبداء آرائهم بشأنه.

ثانيا/ التوصيات: من خلال الدراسة موضوع البحث واستنادا للنتائج المتوصل إليه، خرج الباحث بالتوصيات التالية:

1. بالنسبة للشق الموضوعي من البحث: يوصي الباحث بضرورة تدخل المشرع لتحديد دور ذوي العلاقة الفنية بالمواقع الإلكترونية وغيرها من نظم المعلومات في السلوكات المسيئة لرئيس الجمهورية والتي ترتكب عبر هذه الأنظمة بسبب استحالة وقوع مثل هذه الجرائم دون التدخل التقني لهؤلاء. ونقصد بهم مقدمي خدمات الإيواء والذين يساعدون في ارتكاب هذه الجرائم من خلال الاشتراك بالمساعدة التقنية بتقديم الوسائل الفنية لارتكاب هذه الجريمة متى علموا بهذا المحتوى وامتنعوا عن شطبها. إضافة إلى ضرورة تحديد معيار تحقق علم هؤلاء بالمحتوى باستحداث نص قانون ضمن قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتهما ينظم تبليغهم بهذا المحتوى والمنازعة التي قد تنشأ بمناسبةه.

إضافة إلى تقرير مسؤولية المواقع الإلكترونية الإعلامية عن الإساءة لرئيس الجمهورية وفقا للأحكام المقررة بموجب المادة 144 مكرر 2 بوصفه نشرية إلكترونية وفقا للأوضاع المقررة قانونا.

2. بالنسبة للشق الإجرائي من العمل: يوصي الباحث بضرورة مراجعة قواعد ونصوص قانون الإجراءات الجزائية، وتعديله بما يتماشى مع التطور المعلوماتي الحاصل في العالم اليوم، خاصة ما يتصل منه بقواعد الاختصاص وأدلة الإثبات. مع مراعاة خصوصية الجرائم المرتبكة عبر المواقع الإلكترونية وطبيعة المسؤولية الناشئة عن هذه الجرائم.

## معايير تحديد مفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري.

عصام صياف طالب دكتوراه جامعة باتنة.  
يوسف مرغم طالب دكتوراه جامعة المنار تونس.

### ملخص

إن ارتباط الصفقة العمومية بالمال العام، وتكليفها للخرينة العمومية مبالغ باهضة دفع بالمشروع الجزائري إلى إعطائها أهمية خاصة، وذلك بمنظومة قانونية متكاملة، عبر مجموعة من التعديلات، حاول المشرع من خلالها تنظيمها بفرض مجموعة قيود وقواعد تحكمها، ومعايير تميزها باعتبارها عقد إداري بامتياز عن بقية العقود المدنية، والتجارية، وغيرها من العقود الأخرى.

### Résumé:

Les charges occasionnées au trésor public par les procédures des marchés publics a incité le législateur a se pencher par cet aspect une nomenclature légale, complète a été faite avec des amendements. Les outils réglementaires régissent cette nomenclature afin den faire un contrat administratif d'excellence par rapport aux autres contrats civils, commerciaux et autres.

### مقدمة

بعد الاستقلال مباشرة قامت السلطة الحاكمة في الجزائر بإصدار أول نص قانوني وهو القانون رقم 157/62<sup>1</sup> الذي تضمن الاستمرار بتطبيق جميع القوانين الفرنسية عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ليليه أول نص قانوني نظم به المشروع الجزائري مجال الصفقات العمومية باعتبارها مجال استراتيجي لاستهلاك النفقات العامة رقم 03/64<sup>2</sup> والذي تضمن إنشاء لجنة مركزية وظيفتها اتخاذ كل الإحكام والإجراءات القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.

استمر العمل بهذا المرسوم إلى غاية 1967 ليولد أول نص قانوني فعلي وان كان هذا القانون يستشف النهج الاشتراكي، تلاه فيما بعد إلى يومنا هذا ما يصبوا عن 174 نص قانوني وتنظيمي للصفقات العمومية، منها ما تم إلغاؤه لتغير ظروف الزمان الاقتصادية، ومنها ما استقر عليها المشرع في مرحلة أخيرة.

ويتناول موضوع معايير تحديد مفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري أهمية علمية من ناحية وذلك من خلال دراسة قانونية تقوم على مرتكزين أساسيين ماهية الصفقة العمومية ومبادئها، ومعايير تمييزها عن بقية العقود الأخرى، كون هذا الموضوع من أكثر مواضيع القانون الإداري مساسا بمالية الدولة، وتأثيرا فيها، وأهمية عملية من ناحية أخرى

<sup>1</sup> - قانون رقم 157/62 مؤرخ في 31 ديسمبر 1962، يتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، ج.ر.ع 02 بتاريخ 11 جانفي 1963.

<sup>2</sup> - مرسوم رقم 64-103 مؤرخ في 26 مارس 1964، المتعلق بتنظيم اللجنة المركزية للصفقات، ج.ر.ع 27 مؤرخة في 31 مارس 1964.

تكمن في الوقوف على النصوص القانونية ذات العلاقة، التي تشكل مرجعا حقيقيا للإدارة الجزائرية، وكذا من له علاقة في التعرف على معايير تحديد الصفقة العمومية.

من خلال كل هذه الترسانة القانونية المنظمة للصفقات العمومية حاول المشرع الجزائري، ان يميزها عن بقية العقود بمجموعة من المعايير يمكن استنتاجها واستخلاصها من خلال النصوص القانونية المنظمة للصفقة العمومية، وعلى هذا الأساس فان الإشكالية التي يطرحها المقال الموالي:

- ما مدى قدرة المشرع الجزائري في تمييز الصفقة العمومية عن بقية العقود الأخرى من خلال مدلولها في مختلف النصوص القانونية المتعاقبة على تنظيمها؟

يهدف موضوع الدراسة إلى التعرف على أهم إحدى أدوات تنفيذ مخططات ومشاريع الدولة والمرتبطة بماليتها والمتمثلة في الصفقة العمومية، إضافة إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة للوصول إلى المعايير التي تبناها المشرع الجزائري في تحديده لمفهوم الصفقة العمومية.

ومن أجل مناقشة هذا الموضوع ودراسته، وفي إطار ما يسمى بالتكامل المنهجي تم استعمال المنهج التحليلي، من خلال تحليل الظاهرة المدروسة، كما تم استعمال المنهج الاستقرائي، وذلك من خلال استقراء نصوص، وقواعد قوانين الصفقات العمومية، كما تمت الاستعانة بالمنهج التاريخي في بعض الأحيان، لمعرفة التغيرات التي صاحبت تحديد مفهوم الصفقة العمومية من خلال النصوص القانونية المتعاقبة على تنظيمها.

ولغرض معالجة الإشكالية المطروحة، والإحاطة بموضوع المقال، فقد قسمت هذه الورقة

البحثية إلى محورين:

**المحور الأول: الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية**

أولاً: تعريف الصفقة العمومية .

ثانياً: مبادئ إبرام الصفقات العمومية

ثالثاً: أشكال الصفقات العمومية

**المحور الثاني: معايير تحديد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري**

أولاً: المعيار الشكلي.

ثانياً: المعيار العضوي.

ثالثاً: المعيار الموضوعي.

رابعاً: المعيار المالي.

خامساً: المعيار الشروط الاستثنائية.

## المحور الأول: الإطار المفاهيمي للصفقة العمومية

### أولاً: المدلول اللغوي والاصطلاحي:

إن كلمة "صفقة" لغة هي العقد أو البيعة ويقال صفقة راجحة أو خاسرة، وكلمة صفقة بفتح فسكون مأخوذة من (صفق) بمعنى ضرب اليد على يد أخرى أو على يد شخص آخر عند البيع، وقد كانت عادة العرب إذا وجب البيع ضرب احد المتابعين يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة بمعنى عقد البيع في العرف<sup>1</sup>

أما كلمة صفقة في الاصطلاح دلالة على نقل السلع أو الخدمات من شخص لآخر، كما يتضمن المفهوم أيضا صيغة تجارية جتته احتكرتها اللغة الاقتصادية وتداولته كمصطلح خاص بعالم المال والأعمال.<sup>2</sup>

والعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعدى له أو إنهائه.<sup>3</sup>

فالصفقة العمومية في المفهوم الاصطلاحي هي ذلك العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرط أو شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص.<sup>4</sup>

### ثانياً: تعريف الصفقة العمومية عند المشرع الجزائري:

خروجاً عن العرف القائل بترك مختلف التعريفات للفقهاء وشراح القانون، كان في كل المراحل التي مرت بها الصفقة العمومية بدءاً من الأمر 90/67<sup>5</sup> إلى غاية المرسوم 247/15، مصراً على إعطاء تعريف للصفقة العمومية:

#### 1- تعريف الصفقة العمومية في الأمر 90/67:

عرفت بموجب المادة الأولى منه على أنها: "عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العمالات أو البلديات أو المؤسسات أو المكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات، ستحدد بموجب مرسوم كيفيات تطبيق هذا القانون على الشركات الوطنية والمؤسسات والمكاتب الوطنية ذات الطابع الصناعي والتجاري".

<sup>1</sup> - نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط1، دار القلم، دمشق، 2008، ص 279.

<sup>2</sup> - جميلة حميدة، مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام، 20 ماي 2013، جامعة المدينة ص 03

<sup>3</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1994، ص: (11).

<sup>4</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 1989، ص: (274).

<sup>5</sup> - أمر رقم 90/67 مؤرخ في 09 ربيع الأول عام 1387، الموافق 17 يونيو 1967 يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج. رع 52.

## 2- تعريف الصفقة العمومية في المرسوم 145/82:

تنص المادة 04 منه على أن: "صفقات التعامل العمومي هي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز أشغال أو اقتناء المواد والخدمات".<sup>1</sup>

## 3- تعريف الصفقة العمومية في المرسوم التنفيذي 434/91<sup>2</sup>:

من خلال المادة الثالثة منه فالصفقات العمومية هي: "عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز أشغال أو اقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

## تعريف الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي 250/02<sup>3</sup> والمرسوم الرئاسي 236/10<sup>4</sup>:

عرف كلا المرسومين الصفقات العمومية على أنها: عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في قانون الصفقات العمومية قصد إنجاز أشغال أو اقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.<sup>5</sup>

## 4- تعريف الصفقة العمومية في المرسوم الرئاسي 15-247<sup>6</sup>

عرفها بموجب المادة الثانية منه على أنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع العمول به تتبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات من خلال التعاريف التي أوردها المشرع الجزائري في كل النصوص المتعاقبة والمنظمة للصفقات العمومية نلاحظ:

- تمسك المشرع بمبدأ الكتابة وجعله من العناصر التي تركز عليها الصفقة العمومية.
- اختلاف مواضع الصفقة العمومية زمنياً: 03 مجالات من الأمر 90/67 إلى غاية المرسوم التنفيذي 434/91، و04 مجالات بداية من المرسوم 250/02 وهذا لأسباب اقتصادية وسياسية.

<sup>1</sup> - مرسوم رقم 145/82 مؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1402. الموافق 10 ابريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ج.ر.ع 15.

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 434/91 مؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1412. الموافق 09 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ر.ع 57.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 250/02 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423. الموافق 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ر.ع 52.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431. الموافق 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ر.ع 58.

<sup>5</sup> - المادة 03 من المرسوم الرئاسي 250/02، والمادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10. مرجع سابق.

<sup>6</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 02 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015. يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. ج.ر.ع 50.

- تمسك المشرع بمصطلح **المصلحة المتعاقدة** بدءا من المرسوم التنفيذي 434/91.
- تمسك المشرع بتعريف واحد للصفقة العمومية بدءا من المرسوم الرئاسي 250/02.
- تبني المشرع لمصطلح **المتعامل الاقتصادي** بدءا من المرسوم الرئاسي 247/15.

#### ثانيا: مبادئ إبرام الصفقات العمومية

تنص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 15-247 على انه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم."

يستنتج من نص المادة أن عملية إبرام الصفقات العمومية تقوم على مبادئ ثلاث العمل بالشفافية و حرية الترشح و المساواة بين المرشحين. تعتبر هذه المبادئ حماية و ضمان من قبل الإدارة الراشدة التي تتعامل بمرونة و حكمة و الخضوع للقانون. واشتراكها لجميع المتعاملين الفاعلين لهذه العملية، إلا تتعرض للمسائلة القانونية على أساس نظرية عيب في الإجراءات أو إساءة استعمال السلطة أو الاجراف في استعمال السلطة. ومن ثمة تلغى الصفقة و تعاد من جديد وفقا للقانون.<sup>1</sup>

#### 1- مبدأ حرية المنافسة:

حرية المنافسة هي فتح المجال لكل الأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم وفق مجموعة من الشروط محددة مسبقا من طرف الهيئات المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية. مع بقاء هذه الهيئات في موقف حياديا إزاء المتنافسين غير أن هذا المبدأ لا يعني انعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس المصلحة العامة فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد حيث لها الحق في استخدام هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية. طبقا لشروط أعدتها مسبقا ويكون حق الاستبعاد بنصوص قانونية أو بشروط تضعها المصلحة المتعاقدة

و عرضت محكمة القضاء الإداري المصرية في احد أحكامها لهذا المبدأ و القيود التي ترد عليه و الأساس الذي يستند إليه فتقول " المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه ، بإجراء سواء كان عاما أو خاصا . إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيदान : أولهما يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ، ترى وجوب توافرها في من يتقدم للمناقصة . و ثانيهما يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات و هي بصدد تنظيم أعمال المناقصة

<sup>1</sup> - لطيفة بهي المبادئ التي تحكم تصنيفات و أشكال الصفقات العمومية في القانون الجزائري. الملتقى الوطني حول "إجراءات تحرير الاستشارات والصفقات العمومية في الجزائر". المركز الجامعي تندوف، 2015، ص: (04).

العامّة من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال....<sup>1</sup>

## 2- مبدأ المساواة بين المتنافسين:

ان تطبيق مبدأ المنافسة يحقق مبدأ المساواة بين المترشحين . فالمساواة أمام المرفق العام تقضي على كل تفضيل للمترشحين في إسناد الصفقة و بالتالي يمكن اعتبارها مصدر المنافسة.

لذلك فاحترام المنافسة يفرض إلزامية المعاملة المتماثلة لكل المعنيين . فالمساواة إذا هي في نفس الوقت أساس المنافسة ووسيلة لخدمة المنافسة.

## 3- مبدأ شفافية الإجراءات:

تخضع الصفقة العمومية لمبدأ الإشهار الذي يعتبر وسيلة لضمان المنافسة. وذلك بالدعوة العمومية للمنافسة للمؤسسات والأشخاص للعرض المفتوح من قبل المصلحة المتعاقدة. كما يعتبر الإشهار وسيلة لضمان الشفافية و بالتالي يعمل على احترام القانون.

### ثالثا: أشكال الصفقات العمومية

نصت المادة 39 من المرسوم الرئاسي 15- 247 على أن ترم الصفقات العمومية وجوبا وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي.

#### 1- طلب العروض "L'APPEL D'OFFRES" (المنافسة سابقا) :

طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء.<sup>2</sup>

يمكن أن يكون طلب العروض وطنيا و/أو دوليا ويمكن أن يتم حسب الأشكال التالية:<sup>3</sup>

#### 2- طلب العروض المفتوح "L'APPEL D'OFFRES OUVERT" إجراء يمكن من

خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - سعيدة عيشاوي، نبيلة خير الدين، تنفيذ الصفقات العمومية والمنازعات التي تخللها، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشرة، 2005-2008، ص: (08-09)

<sup>2</sup> - المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - انظر المواد من 41 إلى 48، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - من الواضح جليا أن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 15-247 تلى عن ما يعرف بالمزايدة التي نص عليها في المادة 33 من المرسوم الرئاسي 10-236 الذي اعتبرها . الإجراء الذي تمنح الصفقة بموجبه للمتعهد الذي يقدم العرض الأقل ثمن. وهو ما يتنافى مع تسميتها بالمزايدة لأنها تمنح للمتعهد الذي يقدم العرض الأعلى ثمن وهو ما تداركه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 12-247 الذي يتضح من فحواه انه الغي مصطلح المزايدة وادمجه في الإجراء المتعلق بالمنافسة المفتوحة.

### 3- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

" L'APPEL D'OFFRES OUVERT AVEC L'EXIGENCE DE CAPACITES MINIMALES ":

إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحدها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.

### 4- طلب العروض المحدود " L'APPEL D'OFFRES RESTREINT " : هو إجراء

لاستشارة انتقائية يكون المرشحون الذين تم انتقائهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد. يمكن أن يحدد عددهم من قبل المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط بخمسة (05) منهم.

### 5- المسابقة " LE CONCOUR " : هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار

مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعده صاحب المشروع قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة. بعد الأخذ برأي لجنة التحكيم المنصوص عليها في المادة 48 من المرسوم 15-247 قبل منح الصفقة لأحد الفائزين في المسابقة. كما يمكن أن تكون هذه المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا.

### 6- التراضي " le gré à gré " :

التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة وينقسم إلى نوعين: التراضي بسيط، والتراضي بعد الاستشارة.<sup>1</sup>

• التراضي البسيط " Le gré à gré simple " : هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتادها إلا في الحالات المحددة حصرا بموجب المادة 49 من المرسوم الرئاسي 15-247.

• التراضي بعد الاستشارة " Le gré à gré après consultation " : تنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة. في الحالات المحددة بموجب المادة 51 من المرسوم الرئاسي 15-247.

### المطلب الثاني: معايير تحديد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري

المشرع الجزائري منذ صدور أول أمر للصفقات العمومية سنة 1967 إلى يومنا هذا اعتمد على العديد من المعايير يمكن استنتاجها واستخلاصها من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية عبر كل المراحل التي مرت بها كالاتي:

<sup>1</sup> - انظر المادة 41 من المرسوم الرئاسي 15-247. مرجع سابق.

## الفرع الأول: المعيار الشكلي

عند القيام بإحصاء مختلف النصوص المنظمة للصفقات العمومية من خلال المواد: 01 من الأمر 90/67، والمادة 04 من المرسوم الرئاسي 145/82، والمادة 03 من المرسوم التنفيذي 434/91، والمادة 03 من المرسوم الرئاسي 250/02، والمادة 04 من المرسوم 236/10 المعدل والمتمم، والمادة 02 من المرسوم الرئاسي 247/15 نجد أن المشرع الجزائري أصر على الأخذ بالكتابة في الصفقة العمومية كمعيار شكلي وجعلها من القواعد الآمرة باعتبارها أداة لتنفيذ المشاريع والاستثمارات التنموية الوطنية والمحلية<sup>1</sup> التي لا بد من إلزامية خضوعها للكتابة حتى تسهل عملية الرقابة عليها. كونها تعتمد على أموال الخزينة العمومية، لكن المشرع لم يحدد جزاء عن مخالفة هذه الشكلية وما يزيد النص غموضا عند إضافة عبارة " في مفهوم التشريع المعمول به " فأي تشريع يقصده التنظيم<sup>2</sup> فتبني المشرع لشرط الكتابة لم يأخذ به على إطلاقه بل أورد استثناء في المادة 12 من المرسوم الرئاسي 247/15 وهو البدء في تنفيذ الصفقة دون الكتابة وضبطها بشروط أكثر وضوحا من التي جاء بها المشرع في المادة 07 من المرسوم الرئاسي 236/10 وهي:

1- حالة الاستعجال الملح المعلن بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، أو وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة، أو الأمن العمومي، ولا يسعه التكيف مع أجال إجراءات إبرام الصفقة، (لم ينص المرسوم الرئاسي 236/10 على الاستثمارات المجسدة في الميدان).

2- لم يكن يوسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وان لا يكون نتيجة للمماطلات من طرفها. ولا بد من إعداد صفقة تسوية خلال ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على مقرر بدء تنفيذ الخدمات، بعد أن كانت مقدرة بثلاثة (03) أشهر.

## الفرع الثاني: المعيار العضوي

يركز في الصفقة العمومية على اعتبارها عقد إداري يكون احد أطرافه (المصلحة المتعاقدة) شخص من أشخاص القانون العام، أو مؤسسة معترف لها بالشخصية المعنوية.

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية)، الطبعة الأولى، جسور لنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص: (35).

<sup>2</sup> - بن علي حميد، مفهوم و محتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر سنة 2001، ص: 500.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فيما يخص الصفقة العمومية. نجد انه لم يستقر على تحديد دقيق وموحد لأطراف الصفقة العمومية خاصة من جهة المصلحة المتعاقدة. كون تحديد المتعامل المتعاقد ولو بدقة ليس كمعيار لتحديد ما إذا كانت الصفقة العمومية أم لا. ففي الأمر 90/67 تم تحديد المصلحة المتعاقدة في المادة 01 منه متمثلة في الدولة. أو العمالات، أو البلديات، أو المؤسسات أو المكاتب العمومية. كما أضاف المشرع في نفس المادة انه سيصدر مرسوم يبين كيفية تطبيق هذا الأمر على الشركات العمومية والمؤسسات والمكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. اخذ المشرع بهذه الأشخاص بالرغم من أن بعضها موروث عن الاستعمار الفرنسي (العمالات، المكاتب العمومية). دام العمل بهذا الأمر قرابة 05 سنوات كاملة ليتدارك المشرع ذلك في المرسوم التنفيذي 145/82 والسبب أن هذا التنظيم الموروث عن الاستعمار أصبح لا يتماشى مع الواقع الوطني الجديد. الناتج عن الاستقلال بالرغم من انه غير خاضع لقاعدة توازي الأشكال بإلغاء كل الأشخاص التي جاء بها الأمر 90/67 وجاء بمجموعة أخرى نص عليها في المادة 05 منه واعتبر ان صفقات المتعامل العمومي تكون محل نفقات جميع الإدارات العمومية والمؤسسات والهيئات العمومية. وجميع المؤسسات الاشتراكية والمؤسسات التي يكون جل رأسمالها عموميا. كما أضاف في المادة 20 من نفس المرسوم (145/82) مصطلح جديد وهو: الاستغلال الفلاحية المنظمة والمسيرة في إطار التسيير الذاتي والتعاوني. وطرف آخر وهو: أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

وفي سنة 1988 اصدر المشرع الجزائري القانون التوجيهي للمؤسسة العمومية الاقتصادية 101/88<sup>1</sup>. والذي من خلاله أتى بمجموعة أخرى من الإطراف كمصلحة متعاقدة. وقد أدرجها المشرع

في المرسوم 72/88<sup>2</sup> المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 145/82 وهي:

- مراكز البحث والتنمية
- مؤسسات عمومية خصوصية ذات طابع علمي وتكنولوجي
- مؤسسات عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني
- مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري

**والسؤال المطروح هنا: لماذا خلى المشرع عن البلدية المنظمة بموجب الأمر 24/67 والولاية المنظمة بموجب الأمر 38/69 ولم يعتبرهما كمصلحة متعاقدة مؤهلة لإبرام الصفقات العمومية؟**

<sup>1</sup> - انظر القانون رقم 01/88 مؤرخ في 22 جمادى الأولى عام 1408. الموافق 12 يناير 1988. يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية. ج.ر.ر. 02.

<sup>2</sup> - مرسوم رقم 72/88 مؤرخ في 29 مارس 1988. يتضمن تعديل المرسوم رقم 145/82 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ج.ر.ع. 13.

هذا الإشكال استدعى وبعد مرور 09 سنوات تدخل المشرع بإصدار المرسوم التنفيذي 434/91 الذي الغي من خلاله كل الأشخاص التي جاء بها المرسوم التنفيذي 145/82 وأبقى على الإدارات العمومية وأضاف عليها في نص المادة 01 منه الهيئات الوطنية المستقلة. الولايات والبلديات، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري واصطلح على تسميتها بالمصلحة المتعاقدة.

إن عدم النص على أي مؤسسة اقتصادية أو صناعية وتجارية في المرسوم التنفيذي 434/91 نتيجة التحول الاقتصادي الذي عرفته الجزائر مطلع التسعينيات بتخليها عن نظام الاقتصاد الموجه وتبنيها لنظام اقتصاد السوق، ما استوجب على الدولة إعادة هيكلة مؤسساتها. ولكونها في مرحلة أولية من التوجه نحو اقتصاد السوق كان لزاما عليها التخلي عن كل ما له طابع اشتراكي.

وتمشيا مع تطور المرحلة الاقتصادية الجديدة والقائمة على فتح المجال أمام المتعاملين الاقتصاديين سواء الوطنيين أو الأجانب للمساهمة في بناء الاقتصاد استلزم الأمر إعادة النظر في نظام الصفقات، و في سنة 2002 اصدر المشرع الجزائري المرسوم الرئاسي 250/02 أضاف من خلال المادة 02 منه مجموعة من الأشخاص إلى جانب تلك التي جاء بها المرسوم التنفيذي 434/91 واعتبرها مصلحة متعاقدة شرط أن تكلف بإجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة. وهي في الحقيقة نفس الأطراف التي جاء بها المشرع في المرسوم 72/88 المعدل للمرسوم التنفيذي 145/82.

- مراكز البحث والتنمية
- مؤسسات عمومية خصوصية ذات طابع علمي وتكنولوجي
- مؤسسات عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني
- مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري

إن المشرع يجمع هنا بين معيارين، المعيار العضوي من جهة لأن التصرف تم باسم الدولة و لحسابها، و معيار التمييز بن أعمال السلطة و أعمال التسيير من جهة أخرى لأن المؤسسة هنا تظهر كسلطة عامة و ليس كتاجرة.<sup>1</sup> وتتمتع هذه المؤسسات بنظام قانوني مزدوج، بحيث تخضع للقانون العام في علاقاتها بالدولة، وتخضع للقانون الخاص عند تعاملها مع الخواص. ومثالها وكالة التسيير العقارية ذات الطابع الصناعي والتجاري.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مسعود شيهوب، المبادئ العام للمنازعات الإدارية، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص ص: (370-371).

<sup>2</sup> - برقية محمد البشدي، دراسة حالة الصفقات العمومية، بلدية تقرت ولاية ورقلة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2013، ص: (40).

ومن خلال المرسوم الرئاسي 338/08<sup>1</sup> المعدل والمتمم للمرسوم 250/02 أضاف المشرع بموجب المادة 02 منه شخصين آخرين هما:

- مؤسسات عمومية ذات طابع علمي وتقني
- مؤسسات عمومية اقتصادية.

واستغنى عن الشرط السابق (شرط أن تكلف بإجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة) واكتفى بان تكون هذه العمليات ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة.

استمر العمل بالمرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم إلى غاية سنة 2010 حين حل محله المرسوم الرئاسي 236/10 الذي ابقى على نفس الأشخاص التي جاء بها المرسوم الرئاسي 250/02. وأضاف بان تكون هذه العمليات الممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة. بمساهمة مؤقتة أو نهائية.<sup>2</sup> و اقر لأول مرة بان العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لا تخضع لأحكام قانون الصفقات العمومية.<sup>3</sup>

وفي سنة 2013 عدل المرسوم الرئاسي 236/10 بالمرسوم الرئاسي 03/13<sup>4</sup> والذي من خلاله خلى المشرع عن المؤسسة العمومية الاقتصادية واعتبرها غير خاضعة لأحكام قانون الصفقات العمومية بصريح العبارة بموجب المادة 03 منه. ليستقر المشرع أخيراً في تحديد المصلحة المتعاقدة على أنها:

الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. عندما تكلف بإجاز عملية مولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، هاته الاشخاص خلى عنها المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وحاول إعطاء مفهوم مغاير لها واصطلح عليها

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 338/08 مؤرخ في 26 شوال عام 1429. الموافق 26 اكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250/02 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423. الموافق 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ر.ع 55.

<sup>2</sup> - المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10. مرجع سابق.

<sup>3</sup> - المادة 02. المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - مرسوم رئاسي رقم 03/13 مؤرخ في أول ربيع الأول رجب عام 1434. الموافق 13يناير 2013 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 28 شوال عام 1431. الموافق 07 اكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ر.ع 02.

بالمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإجاز عملية

ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

### ثالثاً: المعيار الموضوعي

وفق هذا المعيار يعرف العقد الإداري بموضوعه إذا كان يخضع لقواعد القانون العام في تنظيم إبرامه وتنفيذه.<sup>1</sup>

في الصفقة العمومية وعلى مدار كل النصوص المشرع الجزائري تباين في الأخذ بهذا المعيار ففي المراحل الأولى وتحديد الأمر 90/67 قام بتحديد موضوع، أو مجالات الصفقة العمومية تحديداً سلبياً، أي استبعد جوازيًا مجموعة من العقود من دائرتها عقود التأمين، عقود النقل، الغاز والكهرباء والماء.....، وما دونها يدخل في أحكامها.<sup>2</sup> ونص صراحة على 03 مجالات وأحاطها بأحكام خاصة وهي: صفقة الأشغال بناءً على المذكرات، والشراء بناءً على الفواتير بموجب نص المادة 72 منه، صفقة الدراسات في نص المادة 74، وأخيراً صفقات التوريد مع المؤسسات الأجنبية في نص المادة 78.

وبعد صدور المرسوم التنفيذي 145/82، والرسوم التنفيذية 434/91 تدارك المشرع ذلك وحدد مجالات الصفقة العمومية صراحة في المادتين 13 و 12 على التوالي من المرسومين التنفيذيين بثلاث مجالات هي:

• **صفقات إجاز الأشغال:** هي الصفقات التي تتضمن القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد منفعة عامة في تغير مقابل متفق عليه في الصفقة، و من ثم يتبين أن صفقات الأشغال يجب أن تنصب على ما يلي:<sup>3</sup>

- أن تبرم الصفقة لحساب شخص معنوي عام و تطبيقاً لذلك لا يشترط أن يكون العقار مملوكاً

لشخص معنوي، فقد يكون مملوكاً لأحد الأفراد حيث أن المهم أن يكون إجاز الأشغال العامة لحسابه.

- أن يكون موضوع الأشغال هو عقار بالبناء أو الترميم أو الغرس و يشمل كذلك الطرق و الجسور و

التشجير و عليه إذا كان العقد منسباً على منقول فلا تكون الصفقة صفقة أشغال إنما صفقة توريد.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص: (544).

<sup>2</sup> - انظر المادة 02 من الأمر 90/67، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - عبد الغاني بيسيوني عبد الله، القانون الإداري (دراسة مقارنة) الدار الجامعية للطباعة والنشر، الكويت، دون سنة نشر، ص: (538).

- يتعين أن يكون الهدف من إبرام الصفقة تحقيق المنفعة العامة.

- **صفقات اقتناء المواد:** هي الصفقات التي تبرم بين أشخاص القانون العام و فرد أو شركة يتعهد بمقتضاها المتعاقد بتوريد منقولات معينة لشخص معنوي تكون لازمة لمرافق عام في مقابل ثمن معين على فترة أو فترات زمنية محددة<sup>1</sup>.
  - **صفقات الخدمات:** تهدف إلى تحقيق خدمات منقولة مادية مثل إجراء تحقيق أو إنجاز قرص مضغوط ,و قد تكون فنية مثل إجراء استشارة فنية تبرم على الخصوص مع مهندس معماري. أو مكتب دراسات متخصص أو متعدد التخصصات.
- احتفظ المشرع بهذه المجالات إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 250/02 الذي أضاف مجالاً رابعاً لم يكن معروفاً في ظل النصين السابقين بنص المادة 14 منه وهو: صفقة الدراسات وبقية المشرع مستقراً على هذه المجالات الأربعة ليومنا هذا.

#### الفرع الرابع: المعيار المالي

ومضمون هذا المعيار هو أن المصلحة المتعاقدة ليس لها حرية مطلقة في إبرام أي صفقة عمومية ما لم تتقيد بحد مالي أدنى إذا تجاوزته توجب عليها الخضوع لأحكام الصفقة العمومية. وذلك لترشيح نفعات العمومية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري منذ صدور الأمر 90/67 إلى غاية المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل والمتمم وهو آخر نص منظم للصفقات العمومية. جُدد أن الحد المالي الأدنى لإبرام أي صفقة عمومية في تزايد مستمر.

ففي الأمر 90/67 المشرع لم ينص على حد مالي أدنى إلا في صفقة الإشراف بناءً على المذكرات. والشراء بناءً على الفواتير والتي نص على أن كل توصية في هذا المجال تزيد عن مبلغ 20,000 دج فهي تتطلب إبرام صفقة<sup>2</sup>. لتعدل المادة 62 منه بالأمر<sup>3</sup> 84/71 لنص على أن كل طلبية يتجاوز مبلغها 50,000 دج تكون موضوع صفقة مبرمة. وتعديل نفس المادة بالأمر<sup>4</sup> 11/76 ليرتفع المبلغ إلى 100,000 دج. أما في المرسوم التنفيذي 145/82 ارتفعت العتبة المالية وحددت بمبلغ 500,000 دج<sup>5</sup>. لترتفع بعد ذلك في ظل المرسوم التنفيذي 434/91 إلى مبلغ

<sup>1</sup> - عمار عوابدي. القانون الإداري (النشاط الإداري). ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2000. ص: (200).

<sup>2</sup> - المادة 72 من الأمر 90/67. مرجع سابق.

<sup>3</sup> - أمر 84/71 مؤرخ في 09 ربيع الأول عام 1387 الموافق 21 يونيو 1971 المتضمن تعديل المواد 62، 87، 89 من الأمر رقم 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية. ج. ر. 107.

<sup>4</sup> - أمر رقم 11/76 مؤرخ في 20 أفريل 1976 المتضمن تعديل الأمر رقم 90/67 المتضمن قانون الصفقات العمومية. ج. ر. 20.

<sup>5</sup> - المادة 09 من المرسوم التنفيذي 145/82. مرجع سابق.

2,000,000 دج في كل المجالات.<sup>1</sup> لترتفع إلى الضعف في المرسوم 250/02 بمبلغ 4,000,000 دج في كل المجالات أيضا.<sup>2</sup>

وبعد صدور المرسوم الرئاسي 301/03<sup>3</sup> المعدل والمتمم للمرسوم 250/02 انتقل المشرع إلى مرحلة ميّز فيها مجالات الصفقة العمومية كل بعثتها المالية. لينص في مادته الثانية على أن صفقة خدمات الأشغال أو التوريدات إذا تجاوز مبلغها 6,000,000 دج. و صفقة الدراسات والخدمات إذا تجاوز مبلغها 4,000,000 دج فإنه يتطلب وجوبا لكليهما اللجوء إلى إبرام صفقة عمومية. وهو نفس الأمر الذي سار عليه المشرع عند إصداره للمرسوم الرئاسي 236/10 إلا أنه زاد في العتبة المالية لصفقة خدمات الأشغال و التوريدات لترتفع إلى مبلغ 8,000,000 دج.<sup>4</sup>

والمشرع الجزائري لم يأخذ بهذه العتبة على إطلاقها بل أورد استثناءا جاء به في نص المادة 05 من المرسوم الرئاسي 301/03. أنه يمكن تخيين المبالغ المذكورة في المادة 02 منه بصفة دورية بموجب قرار عن وزير المالية وفقا لمعدل التضخم المسجل رسميا. وهذا ما يتعارض مع قاعدة توازي الأشكال لكون المادة 02 المتضمنة مبالغ الصفقات العمومية صادرة بموجب مرسوم رئاسي.

وبصدور المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام اعتبر المشرع أن كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار (12.000.000 دج ) أو يقل عنه للأشغال أو اللوازم. وستة ملايين دينار (6.000.000 دج ) للدراسات أو الخدمات لا تقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية.<sup>5</sup> وابقى على آلية تخيين المبالغ والأسعار وضبطها بشروط لعل أهمها هو إذا ما تم النص عليه في الصفقة. واستبعد الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي البسيط واعتبر أسعارها غير قابلة للتخيين بموجب المادة 98 والمادة 100 من نفس المرسوم. وعلى هذا الأساس ذلك فقد ارتفع المبلغ التقديري لحاجيات المصلحة المتعاقدة للأشغال أو اللوازم. الدراسات أو الخدمات بنسبة 50% مقارنة بالمبالغ التي جاء بها المرسوم 236/10.

<sup>1</sup> - المادة 06 من المرسوم التنفيذي 434/91. مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المادة 05 من المرسوم الرئاسي 250/02. مرجع سابق.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 301/03 مؤرخ في 04 رجب عام 1424. الموافق 11 سبتمبر 2003 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 250/02 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1423. الموافق 24 يوليو 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج.ر ع 55.

<sup>4</sup> - المادة 06 من المرسوم الرئاسي 236/10. مرجع سابق.

<sup>5</sup> - المادة 13 من المرسوم الرئاسي 247/15. مرجع سابق.

ومن هنا نرى أن الارتفاع المستمر للحد المالي الأدنى لإبرام الصفقات العمومية يعود إلى ثلاثة أسباب رئيسية هي:

- نسبة التضخم الموجودة والمسجلة رسميا في الدولة
- التدهور المستمر لقيمة الدينار بسبب انخفاض أسعار البترول.
- الارتفاع المستمر لمواد البناء.

#### خامسا: معيار الشروط الاستثنائية

عند تطبيق قواعد القانون الإداري تعطى للإدارة امتيازات السلطة العامة، وعند الحديث عن الصفقة العمومية باعتبارها عقد يخضع لقواعد القانون الإداري نجد أن هذه الامتيازات مطبقة عليها لصالح المصلحة المتعاقدة لذلك كانت شكلية الكتابة تيسر تضمن العقد الإداري الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص. كتعديل، أو إلغاء الصفقة العمومية بصفة منفردة، ودون تدخل المتعامل المتعاقد، أو توقيع العقوبات المالية، أو إضافة أشغال لموضوع الصفقة الأصلية بواسطة الملحق.

والمشروع الجزائري تبنى مضمون هذا المعيار في كل قوانينه المنظمة للصفقة العمومية فعلى سبيل المثال نجد أن المادة 95 من الأمر 90/67 اعترفت للمصلحة المتعاقدة باقتطاع العقوبات المالية المفروضة على صاحب الصفقة المترتبة عن التأخير تقطع أليا من المبلغ المستحقة.

فالمصلحة المتعاقدة تملك حق توقيع هذه العقوبات دون الحاجة إلى إثبات وقوع الضرر ولها حرية اختيار الجزاء الملائم والوقت المناسب لتوقيعه.<sup>1</sup>

وأقرت كل من المواد 97، 99، 112 من المرسوم التنفيذي 434/91، والمرسوم الرئاسي 250/02، والمرسوم الرئاسي 236/10 على التوالي، إمكانية المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية بعد اعذار المتعامل المتعاقد إذا اخل بالتزاماته التعاقدية ولا يمكنه الاحتجاج والاعتراض عليه، ويعتبر الفسخ سلطة مخولة للمصلحة المتعاقدة تسمح لها بإنهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعامل المخل بالتزاماته إخلالا جسيما وذلك بصفة مباشرة ودون ضرورة اللجوء إلى القضاء.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية (فقهية وقضائية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص: 111

<sup>2</sup> - De laubadère André. 1956. Traité théorique et pratique des contrats administratifs , tome2. Paris, LGDJ, p. 196.

كما أقرت المادة 150 من المرسوم الرئاسي 15-247 على إمكانية المصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية من جانبها فقط، عندما يكون تبريها مقترنا بالمصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد.

#### خاتمة

وأخيرا، وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري أبدى قدرة كبيرة في تبنيه لمجموعة معايير متكاملة ومتراصة غير قابلة للتجزئة لا نرجح منها معيارا على الآخر لأنها تشكل في مجملها تحديدا ومفهوما للصفقة العمومية، وتمييزها عن بقية العقود الأخرى من خلال النصوص المنظمة للصفقات العمومية، وتماشي بوتيرة سريعة في تعديل هذه النصوص، وذلك لاعتبارات فرضتها وحتمتها الظروف السياسية والاقتصادية.

ولعل أحسن ما جاء به المشرع هو استبعاد المؤسسات الاقتصادية واعتبارها غير خاضعة لأحكام قانون الصفقات العمومية، وذلك حتى يضمن مبدأ الثبات التشريعي في القانون الدولي أمام المتعاملين الاقتصاديين الأجانب للمساهمة في بناء الاقتصاد الوطني، واستبعاد الصفقات العمومية المبرمة عن طريق التراضي البسيط واعتبار أسعارها غير قابلة للتحيين حتى يضمن عدم التلاعب بالمال العام، خاصة وأن التراضي البسيط يخضع لقواعد خاصة تحكمه.

## عمليات بناء السلام في هايتي

سوسن درغال  
باحثة دكتوراه  
جامعة بائنة

ملخص:

تهدف هذه الورقة إلى تسليط الضوء على عمليات السلام ( صنع السلام، حفظ السلام، وبناء السلام ) التي وضعتها الأمم المتحدة كمراحل لإحلال السلام في مناطق النزاع . مع التركيز على بناء السلام لكون العمليات السابقة غير كافية لتحديد العنف خاصة في النزاعات المتأصلة التي تمت جذورها لمراحل زمنية سابقة. مع التركيز على منطقة أمريكا الوسطى والكاريبية وتحديد هايتي التي يمكن ان نتبع فيها جميع مراحل السلام التي أقرتها الأمم المتحدة، ومن هنا جاءت الإشكالية كسؤال توسطي بين تلك المراحل لتحاول فحص مدى قدرة الفواعل الدولية والوطنية والمحلية في كل مرحلة على منع العنف المباشر وإحلال سلام مستقر. والبحث في ما إذا كانت الإمكانيات التي سخرتها تلك الفواعل كافية لتغيير مسار النزاع في هايتي وإحلال ثقافة السلام من خلال بناء المؤسسات وبناء الأفراد. واستنادا لعناصر بحثية متسلسلة ننطلق فيها من وضع عدسة التنظير على النزاع في هايتي لتحديد طبيعة هذا الأخير والوقوف على اهم أسبابه كعنصر أول ننتقل إلى فحص نتائج محاولات إرساء السلام في هايتي كعنصر ثاني لنقف بعدها في العنصر الثالث على أهم الإصلاحات التي تم تبنيتها في إطار بناء السلام في هايتي لنحاول في الأخير الكشف عن أهم الإختلالات التي تحتاج إلى تقويم لإرساء السلام الإيجابي الذي تحتاجه هايتي.

**الكلمات المفتاحية:** بناء السلام، حفظ السلام، صنع السلام، الإحباط، التدخل الإنساني.

### Abstract:

This paper aims to highlight peace operations which established by the United Nations,( peacemaking, peacekeeping and peace-building) , with emphasis on the latter because previous operations are not sufficient to neutralize violence especially in the deep conflict that rooted for phases. With a focus on Central America And the Caribbean, specifically Haiti where we can follow all stages of peace process of United Nations. So that we try to examine the ability of international, national and local actors to prevent direct violence and to establish positive peace in each stage, and look into whether the proposes of peace actors s are sufficient to change the course of the conflict , And establish of peace culture through institution and individual-building. According to research items we start putting lens endoscopy on conflict in Haiti to determine the nature of the latter and identify the most important causes of conflict as a first step, next we examine the results of peace processes in Haiti , To stand in the third element on the main reforms that have been adopted in the Haiti, finally we reveal the major imbalances that need to be straightened for positive peace needed by Haiti .

**Keyword:** peace building , peacekeeping, peacemaking, Humanitarian intervention, frustration

## مقدمة

تشكل منطقة أمريكا الوسطى والكاريبى إحدى بؤر التوتر في العالم فقد عرفت معظم دولها نزاعات خارجية أو داخلية، والتي تأججت بفعل الصراع الأيديولوجي والتدخل الخارجي، وبعد إنتهاء الحرب الباردة أصبح ترك هذه الدول التي أنهكها النزاع من دون إصلاح مسألة دولية نظرا للمخاطر العابرة للحدود التي تُصدرها للدول المجاورة من تجارة غير شرعية جريمة منظمة، أوبئة، هجرة ... الخ. لذلك، فإن هذه الدراسة تتناول إحدى النزاعات ذات الطبيعة المتميزة في العالم، فاقتصاديات الحرب تعتبر العامل الثاني بعد الاختلاف الإثني في نزاعات ما بعد الحرب العالمية الثانية إلا أنها تعتبر المسبب الأول للنزاعات في منطقة أمريكا الوسطى والكاريبى على غرار الاختلاف الأيديولوجي، بالإضافة إلى ذلك تعتبر منطقة الأمريكيتين والكاريبى مجالا خصبا لدراسة النزاعات وعمليات بناء السلام واختبار المقاربات النظرية نظرا لديناميكية النزاعات فيها وسرعة تغيرها. ما يميز النزاعات في هذه المنطقة وفي هايتي تحديدا أنها تتأثر بعاملين مزدوجين ، العامل السياسي حيث تحتكر النخب الحاكمة الموارد وترفض تقسيمها بالإضافة إلى العامل الطبيعي (الكوارث الإنسانية) التي تزعزع الإستقرار وتشيع الفوضى. لذلك فإن أي مقارنة لبناء السلام يجب أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الثنائية ، فالنزاع يتغذى من ذهنية التسلط للنخب الحاكمة من جهة ومن الفوضى التي تسببها الطبيعة من جهة أخرى وهو ما يجعل احتدام النزاع من وقت لأخر حتمية سوسيوولوجية في هاته الدول.

تهدف هذه الورقة لإثبات ان سوسيوولوجيا النزاع في هايتي ترتبط بذهنية الأفراد وكذا فعالية المؤسسات، لذلك فوقف العنف المباشر لن يؤدي بالضرورة إلى إحلال السلام في هايتي، فالسلام يعبر عن عملية بناء مستمرة لتحديد بنى العنف التي أدت إلى إنعدام الثقة وسوء الإدراك بين الأطراف المتنازعة واختيار العنف كسبيل للتعبير عن مواقفهم من الحالات التنازعية ومن ثم فعملية بناء السلام في هايتي لا تتطلب وقف العنف المادي ولكن وقف العنف البنيوي.

عرفت هايتي موجات عنف متتالية على إثر النزاع المستمر بين النخب العسكرية الحاكمة ورفضها لإرساء الديمقراطية. مما اضطر المجتمع الدولي للتدخل العسكري فيها لحماية أمن الإنسان و ارساء قيم الديمقراطية في هايتي، إن تدخل الأمم المتحدة لم يكن عاملا حاسما في إنهاء الصراع، فتجدد الصراع مرة أخرى أدى إلى تدخل ثاني ليس من أجل حماية الديمقراطية ولكن من اجل ضمان سلامة الشعب الهايتي ، وبذلك أدرك المجتمع الدولي أن إحلال الديمقراطية وحماية الإنسان يتطلب مجموعة من الإستراتيجيات متعددة الفواعل أين تتساند الفواعل

الوطنية والدولية لإحلال السلام الإيجابي ومنه جاءت إشكالية الدراسة كالتالي: كيف يمكن لاستراتيجيات بناء السلام التي انتهجتها الفواعل الدولية والوطنية في هايتي أن تحقق سلاما مستقرا وتمنع تجدد النزاع؟

للإجابة على هذه الإشكالية نستعين بمقاربة نظرية ومنهجية نعتمد فيها التأريخ كتقنية لربط مراحل النزاع في هايتي ببعضها البعض والتعرف على مصادر تجدد النزاع من جهة، وأسباب نجاح أو فشل عمليات السلام من جهة أخرى. اعتمادا على التسلسل التاريخي للأحداث. كما اعتمدنا على تقنية دراسة الحالة في عرضنا لبعض حالات نجاح بناء السلام وبعض حالات فشلها. ونظرا لارتباط موضوع الدراسة بخصائص النزاع استعملنا إحدى المقاربات ذات البعد الاقتصادي (نظرية الاحتياجات الإنسانية). والتي ترتبط ارتباطا وثيقا بنظرية أخرى (الإحباط) واللذان استعملناهما لفهم المسببات الحقيقية للنزاعات.

### أولا: إيثولوجيا النزاع في هايتي

لكل شخص أو جماعة ضروريات محددة لأمنهم: المشاركة، الحكم الذاتي، الاعتراف بهم، الهوية، وإذا لم تتوفر هذه الأساسيات فإن هؤلاء الأفراد أو الجماعات سيلجؤون إلى العنف، ويذهب بورتون للتأكيد على أن العنف يحدث عندما لا تتوافق الحاجات الأساسية مع المعايير الاجتماعية. ومن ثم فإن السلوك العدواني للمجتمع تحفزه الظروف الاجتماعية وبغض النظر عن الأكل و المأوى فإن الاعتراف بهذه الجماعات هو الهدف الأساسي لها<sup>1</sup>. وبالرجوع إلى هايتي يمكن إرجاع جذور النزاع في هذه الدولة إلى قوى الاستعمار المختلفة التي عرفها التاريخ السياسي لهايتي. فقد كان لجلب العبيد من طرف الإسبان دورا كبيرا في تقسيم المجتمع الهايتي هذا التقسيم رسخته ممارسات التدخل الخارجي المختلفة الفرنسية فالأمريكية. ومع خروج الاستعمار الفرنسي من هايتي توالى موجات العنف والانقلابات حتى احتلالها من طرف الولايات المتحدة الأمريكية 1915 أين عرفت أول انتخابات رئاسية عام 1930. ووصفت الفترة الموالية بفترة استقرار حتى عام 1946<sup>2</sup> بعدها عاد العنف مرة أخرى.

إن المنطق الكولونيالي (الاسباني، الفرنسي، الأمريكي) عمل على تطوير البنى السياسية والاقتصادية في هايتي و إبقاء المجتمع الهايتي متخلفا سياسيا، واقتصاديا، ومنقسما اجتماعيا من خلال تفضيل جماعات على أخرى وهو ما برز جليا في محاولات الانتقال التي شكلت أزمة حقيقية لهايتي نتيجة لانقسام المجتمع الهايتي إلى مجموعات جسدت

<sup>1</sup> Patrick Hiller, *Haiti's Crisis*, (Nova southeastern, department of conflict analysis and resolution, jully,2005), p5.

<sup>2</sup> "A brief background to conflict in Haiti", 12-02-2015, from :

[http://www.cdainc.com/cdawww/pdf/article\\_general/rpp\\_haiti\\_brief\\_background\\_20100203\\_Pdf\\_1\\_1.pdf](http://www.cdainc.com/cdawww/pdf/article_general/rpp_haiti_brief_background_20100203_Pdf_1_1.pdf)

الصراع بين كل ماهو عسكري، مدني وما هو سياسي إجتماعي. ونتيجة للفقر الإجتماعي والإقتصادي الذي عرفته هايتي فقد أصبح الوصول إلى السلطة هدفا لكل المجموعات نظرا لقلّة الموارد التي جعلت من الوصول إلى الحاجات مرادفا للوصول إلى السلطة. فهذه الأخيرة هي الوحيدة القادرة على التحكم في الموارد ومن ثم فإن الحاجات الأساسية للشعب الهايتي هي حاجات إقتصادية بالدرجة الأولى<sup>1</sup>.

وتعد أهم المراحل التاريخية التي شهدتها الأزمة الهايتية تلك التي تلت انتهاء الحكم الدكتاتوري الدوفالي الذي استمر أكثر من ثلاثين سنة والذي تلاه حكم العسكر. حيث إندلعت ثورة شعبية في هايتي عرفت ب"ثورة الجياع". قررت على إثرها الحكومة العسكرية إجراء انتخابات عام 1987 ليقتل بعدها عدد كبير من المواطنين الذين توجهوا للإنتخاب. ليستمر الحكم العسكري حتى عام 1990 الذي انتخب فيه بيرتراند أرستيد رئيسا لهايتي، والذي كان يشكل تهديدا للنخبة العسكرية الحاكمة، وعلى إثر محاولات عزله اندلعت ثورة داخلية أدت إلى مقتل ما يقارب 500 شخص<sup>2</sup> بعدها خرج النزاع عن إطاره المحلي ليصبح دوليا بعد أن قررت الأمم المتحدة أن الوضع في هايتي يهدد السلم والأمن الدوليين<sup>3</sup>.

نظريا يمكن تفسير الصراع من اجل الحاجات بنظرية دوبر الإحباط -العدوان المرتكزة على فرضية "منبه-استجابة"، فالإحباط الناجم عن عدم تحقيق الاحتياجات يؤدي الى عدوان و بالتالي الى النزاع<sup>4</sup> فقد كان الفقر العجز الاقتصادي والاجتماعي والتهميش في هايتي العامل المثير الذي أدى إلى إحباط الشعب الهايتي وعدم ثقته في الحكومات وقد كانت الانتخابات الديمقراطية الاولى التي نجح فيها الرئيس أرستيد بمثابة بادرة الأمل للشعب الهايتي للخروج من الأوضاع المزرية والتهميش، والتخلص من الممارسات التمييزية والعنف البنيوي الذي كان يمارس عليه من طرف الطبقات الحاكمة. إلا أن انقلاب الجيش عليه كان بمثابة عامل معرقل لتحقيق هذه الاحتياجات. لذلك، تحولت مواقف الاحتقان والضعف إلى تحدي. فكانت الاستجابة في هذه الحالة في شكل إندلاع العنف ونشوب حرب أهلية. أدت إلى كارثة إنسانية ذات أبعاد دولية استدعت تدخل دولي استعجالي.

<sup>1</sup>Patrick Hiller, op.cit. p6

<sup>2</sup> Ibid

<sup>3</sup> زياد الصمادي، حل النزاعات: نسخة منقحة للمنظور الأردني، (برنامج دراسات السلام الدولي، جامعة السلام التابعة للأمم المتحدة، 2010)، ص 80.

<sup>4</sup> " نظرية الإحباط والسلوك العدواني"، تم تصفح الموقع يوم: 12-02-2015، نقلا عن:

<http://www.maqalaty.com/%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9D8D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%AF%D9%88%D8%A7%D9%86%D9%8A-11187>

## ثانياً: السلام الهش: محاولات حفظ السلام في هايتي

نتيجة الوضع المتأزم في هايتي تدخلت الأمم المتحدة لإدارة النزاع وإحلال السلام في فترتين متعاقبتين في سياقين مختلفين. وبموجب المادة 32 من ميثاق الأمم المتحدة صنفت هايتي كحالة تهدد الأمن والسلم الدوليين. وعلى إثر وساطة الرئيس جيهمي كارتر وافقت الحكومة العسكرية على تسليم السلطة للرئيس المنتخب أرستيد الذي أطيح به عام 1990. ووقعت الحكومة العسكرية اتفاق "جوفر نورث أيلاند\*" في نيويورك عام 1993 ينص على دخول القوات الدولية تحت رعاية الأمم المتحدة إلى هايتي لضمان تنفيذ الاتفاق. إلا أن الحكومة العسكرية نقضت الاتفاق و أفشلت عملية صنع السلام باعتراضها لقوات حفظ السلام بمليشيات غير نظامية تابعة للحكومة.<sup>1</sup> لذلك أصدر مجلس الأمن قراره رقم 841 بفرض عقوبات عسكرية. ثم القرار 873 والقرار 875 بفرض حصار بحري. ثم القرار \*940 الذي نص على تشكيل قوات متعددة الجنسيات واستخدام كافة الوسائل بهدف إعادة الديمقراطية. وأذنت فيه للدول الأعضاء بالتدخل إعمالاً بالفصل السابع بتشكيل قوات متعددة الجنسيات. وأن تستخدم كافة الوسائل بهدف إعادة الديمقراطية و ضمان عودة الرئيس بما في ذلك التدخل العسكري<sup>2</sup>. وعلى إثر هذا القرار تدخلت الولايات المتحدة الأمريكية عسكرياً كمرحلة أولى حيث تولت عزل العسكر وإعادة الرئيس المنتخب. ثم نشر 6000 جندي لضمان الاستقرار وإجراء الانتخابات التشريعية على أن تنتهي مهمتها في فبراير 1996.<sup>3</sup> استطاعت البعثة إنهاء الحكم العسكري وإعادة الرئيس المنتخب أرستيد وكلفته بإجراء الإصلاحات اللازمة. إلا أن هذا الأخير تأخر في إجراء الإصلاحات. وركز جهده على عزل الجيش وتسريحه وإنشاء جهاز شرطة موالي له يجمع بين وظائف الدفاع والأمن مما خلق فراغاً أمنياً وزرع استقرار عملية السلام في هايتي.<sup>4</sup> بينما اهتمت البعثة التابعة للأمم المتحدة بإعادة الأوضاع إلى نصابها أهملت العديد من المعطيات المتعلقة بالاستقرار في هايتي كالحالة الإنسانية لمواطني هايتي وضعف المؤسسات

\* وقعت هذه الإتفاقية في 3 يوليو برعاية الأمم المتحدة ومنظمة الدول الأمريكية ونصت على قبول أرستيد منح العفو العام عن المتآمرين وتحويل قائد الانقلاب إلى المعاش على أن يعود أرستيد إلى السلطة في موعد أقصاه 30 أكتوبر 1993.

<sup>1</sup> "القيعات الزرق بين تحقيق السلام وتجميد النزاع"، تم تصفح الموقع يوم: 03-03-2015، نقلا عن:

<http://arabic.rt.com/forum/showthread.php/55681-%D8%AA%D8%AC%D9%85%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%B2%D8%A7%D8%B9>

\* لم يحظ القرار بموافقة دول أمريكا اللاتينية حيث امتنعت البرازيل عن التصويت واعتبر ممثل المكسيك أن مجلس الأمن حول الولايات المتحدة الأمريكية صلاحيات خطيرة، وانعكس تحفظ دول أمريكا اللاتينية في عدم مشاركتها في القوة الدولية.

<sup>2</sup> " عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام"، تم تصفح الموقع يوم: 03-03-2015، نقلا عن:

<http://www.un.org/arabic/peace/dpko/yir04/ch2.htm>

<sup>3</sup> عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام"، موقع إلكتروني سابق.

<sup>4</sup> Lotta Hogman, *Lesson learned :Peace building in Haiti*, (New York : International Peace Academy, 2002), p4.

السياسية من جهة وحدثتها من جهة أخرى. كل ذلك كان بمثابة كرة الثلج التي تراكمت على إثرها المشاكل في هايتي والتي أدت إلى تشكيل ميليشيات وعصابات مسلحة أعادت حالة اللإستقرار و العنف إلى هايتي.

نتيجة لذلك أنشأ مجلس الأمن بعثة الأمم المتحدة للاستقرار في هايتي "مينوستا" في 1 حزيران 2004، للحفاظ على بيئة آمنة ومستقرة ومساعدة العملية السياسية ومراقبة حقوق الإنسان. وعلى إثرها تم عزل الرئيس أرستيد ونقله إلى جنوب إفريقيا<sup>1</sup> بعد إنتهاء عملية حفظ السلام باشرت الأمم المتحدة عمليات بناء السلام بإصلاح جهاز الشرطة. القضاء وغيرها.

### الجدول رقم 1: عمليات السلام في هايتي

عمليات السلام	صنع السلام	حفظ السلام	بناء السلام
القضايا	وساطة جيمي كارتر اتفاق: جورث نورلاند الانتشار الوقائي فشلت عمليات صنع السلام.	البعثة الأولى: Micah حصار اقتصادي حصار بحري حضر الأسلحة تدخل عسكري البعثة الثانية: تدخل عسكري	تدريب الشرطة التسريح وإعادة الإدماج بناء القدرات الإشراف على الإنتخابات

المصدر: من إعداد الباحثة بالاعتماد على الأحداث السابقة.

### ثالثاً: تساند الفواعل لبناء السلام في هايتي

لعبت العديد من الفواعل الدولية أدواراً فعالة في هايتي لإعادة الاستقرار ودعم السلام بها إلا أن دور الأمم المتحدة كان الأبرز بالإضافة إلى مجموعة الفواعل الوطنية كالنظام السياسي ومؤسسات المجتمع المدني يمكن التفصيل فيها فيما يلي:

1. الفواعل الدولية: تدخلت منظمة الدول الأمريكية بالتعاون مع المؤسسات الدولية المانحة من خلال إجراء إصلاحات اقتصادية ووضع إستراتيجية لتقليص الفقر فيها. كما عملت المنظمة على تحديث المدن الهايتية من خلال برنامج حمل اسم "تجمع هايتي"<sup>2</sup>. وقد تعاونت الأمم المتحدة ومنظمة دول أمريكا اللاتينية في مسألة حقوق الإنسان ومراقبة الانتخابات وأنشأ

\* تشكل هذه البعثة بعثة حفظ سلام متعددة الأبعاد على عكس سابقتها تتضمن إيلاء الإهتمام بالموضوعات الجنسانية، وحماية الأطفال وزيادة الوعي بين السكان بمخاطر الأمراض والأوبئة وكيفية التعامل أثناء النزاعات.  
<sup>1</sup> زياد الصمادي، مرجع سابق، ص80.

<sup>2</sup> Anne Kirsti Tabro Woen, Peace Building in Haiti, An Actor Oriented Analysis, (Master Thesis, Department of Political Science, University of Oslo, 2007), P27

مجلس الأمن آلية لجمع التبرعات لهايتي لمباشرة الإصلاحات فيها أطلق عليها "آلية الأصدقاء"<sup>1</sup>. وبانضمام هايتي إلى اتحاد الكاريبي فإن هذا الأخير ألزمها بإجراء إصلاحات وتعزيز

الرقابة الجمركية وفق المعايير الدولية للاستفادة من الضرائب الجديدة في عمليات الإصلاح<sup>2</sup>.

2. الحكومة: يعتبر الدستور الهايتي لعام 1986 دستورا غير قابل للتطبيق نظرا للمعايير المثالية الموجودة في مضمونه والتي هدفت إلى منع الاستبداد مرة أخرى (بعد الفترة الدوفالية). إلا أن قوة الدستور قابلها ضعف مؤسساتي وقيادي. فالرئيس في هايتي ينتخب لمدة خمس سنوات يمكن تجديدها مرة واحدة بشرط أن لا تكون متتالية. و يعتبر البرلمان الممثل الأول للشعب أكبر وأقوى سلطة في البلاد. ولا يمكن للرئيس حل البرلمان ولا يملك أي سلطة على الحكومة. كما أن الرئيس ورئيس الوزراء ليسا من نفس الحزب. وهو ما يجعل عمليات الإصلاح مرهونة بثقة البرلمان الذي قد يشل أي قرارات حكومية في حالة الاختلاف بين أعضائه. وقد أدرك الرئيس بريال أن قوة المؤسسات السياسية تكمن في قوة اتخاذ القرارات. لذلك قام بالاتفاق مع رئيس الوزراء ألكسيس بإجراء إصلاحات دستورية تعزز صلاحيات رئيس الجمهورية بحيث يكون ورئيس الوزراء من نفس الحزب ويعين الأخير من طرف الأول<sup>3</sup>.

استطاع الرئيس بريفال من خلال الإصلاحات الدستورية. مباشرة الإصلاحات المؤسساتية بالتعاون مع المؤسسات الوطنية. ولقد كان للغة أثر كبير على عملية البناء في هايتي فقد استطاع الرئيس إعادة بناء الثقة بين الحكومة والشعب الهايتي بالتركيز على اللغة الكريولية\* في خطابه - بذلك يعتبر أول رئيس هايتي يستخدم لغة الشعب الهايتي الأصلية - مما أحدث تغييرا في بنية خطاب الكراهية السائد في المجتمع تجاه الحكومة. من كون ان الرئيس في هايتي هو رئيس للنخبة إلى خطاب جديد وهو أن الشعب الهايتي ككل مشمول بهذا الخطاب وشريك في الحوار المدني<sup>4</sup>.

3. المجتمع المدني: و يتمثل في مجموعة 184\* والتي نشأت كإئتلاف لـ 184 منظمة مدنية وشعبية بالرغم من أن أكثر من 200 منظمة انضمت إلى المجموعة منذ إنشائها عام 2004.

\* ظهرت الاختلافات بين فرنسا والولايات المتحدة بشأن نمط الإصلاحات الواجب اتباعها فكل دولة تريد تطبيق نمطها التسييري في هايتي.

<sup>1</sup> Lotta Hogman, op,cit, p5.

<sup>2</sup> Anne Kirsti, op,cit, p27.

<sup>3</sup> Anne Kirsti, op,cit, p77.

\* أغلب الشعب الهايتي يتحدث اللغة الكريولية وهم من السود ويشكلون 90% من الشعب الهايتي، أما 10% المتبقية فتكلمون اللغة الفرنسية ويمثلون النخبة الهايتية.

<sup>4</sup> Anne Kirsti, Op,Cit, p7

\* نشأت هذه المجموعة كمعارضة لحكم أرسنيد وحركة lavalas وحملت شعار قافلة الأمل " caravane de l'ispoire"، أنشأها رجل أعمال هايتي andre apaid.

تضم 12 قطاع إضافة إلى الحركات النقابية و المهن. القطاع الخاص. القطاع الفلاحي. المعلمين. الصحافة. المثقفين الحركات النسوية. قطاع حقوق الإنسان. الطب وغيرها من القطاعات الأخرى. حددت هذه المجموعة أهدافها في: إنهاء الأزمة السياسية في هايتي. إنشاء عقد اجتماعي جديد بدل عقد الكراهية. وقد تم إنشاء هذا العقد في 13 نوفمبر 2005. وقد عملت المنظمة بالتعاون مع الحكومة ومجموعة الأزمات الدولية على وضع إستراتيجية لبناء السلام على المستويين الكلي والجزئي. بالنسبة للمستوى الأول فقد تعلق بإدارة النزاع أما المستوى الثاني فقد حددت أهدافه كما يلي<sup>1</sup>:

- انتظار نضج الظروف الملائمة لإجراء الانتخابات
- تصميم نظم انتخابية معتدلة
- ترقية المجتمع المدني
- مراقبة خطاب العنف والكراهية
- إعادة بناء مؤسسات الدولة
- الحد من الصراعات الاقتصادية

وقد عملت مجموعة 184 على تنفيذ هذه الإستراتيجية من خلال نشر الوعي بين السكان بضرورة مساعدة الحكومة على نزع سلاح العصابات وإيجاد آليات ضد العصابات. مساعدة الدولة على توسيع السجون. التعاون الدولي في مجال الأمن. عملت كذلك المنظمات المكونة للمجموعة على خلق مناصب عمل في القطاع الفلاحي. الصناعي والخدمات بالتعاون مع المؤسسات المانحة\*<sup>2</sup>. وقد شهدت هايتي الكثير من التحسينات نتيجة للاستقرار الذي عرفته وبهذا الصدد يقول نائب رئيس مجموعة الأزمات الدولية: " زرت العام الفائت هايتي. وكنت أجدول بين بعثات حفظ السلام وأنا أردي سترة وقبعة واقيتين للرصاص ، الأسبوع الماضي كنت في هايتي أجدول في الأحياء الفقيرة أجدول إلى المنتخبين المحليين وعمال الطرق والناس وأنا أردي قميصا عاديا ...لقد وجدت هايتي سلامها"<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Anne Kristi, Tabro Woien, Op,Cit, p40.

\*أطلق صندوق النقد الدولي مبادرة النقد مقابل العمل حيث يمنح 5 دولار للمواطنين للقيام بأعمال إعادة البناء كجمع النفايات وإصلاح الطرق و غيرها من النشاطات ذات الطابع المؤقت.

<sup>2</sup> Anne Kristi, Tabro Woien, Op,Cit, p40.

<sup>3</sup> Ibid., p26.

#### رابعاً: مجالات بناء السلام في هايتي:

لقد استهدفت عمليات بناء السلام في هايتي العديد من المجالات أهمها إصلاح القطاع الأمني والتركيز على قضايا حقوق الإنسان.

1. **حقوق الإنسان:** بالتعاون مع المجتمع المدني الهايتي عملت الحكومة الهايتية على خفض نسبة انتهاكات حقوق الإنسان. حيث عملت على إنشاء خلايا خاصة داخل النيابة العامة. وفي جميع محاكم الدرجة الأولى المكلفة بالبث في قضايا العنف بالتنسيق مع المنظمات النسوية. كما أنشأت هياكل خاصة لاستقبال الأطفال ومنع التحايل عليهم لأغراض تجارية أو الإيجار بهم<sup>1</sup>. كما أنشأ مجلس الشيوخ عام 2012 " مكتب أمين المظالم " بهدف حماية الأفراد من تعسف الإدارة العامة بمساعدة مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان. والتي تضطلع بمراقبة فعلية في مدينة بورتو أوبرانس. كما عملت على إقامة حلقات دراسية بمساعدة هيئة الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين وتمكين المرأة ومثلي المجتمع المدني لتوعية المواطنين بشأن حقوقهم المختلفة<sup>2</sup>. وقد تراجعت الاعتداءات ضد النساء عام 2011 حسب تقرير وحدة مكافحة العنف ضد النساء مقارنة بما كانت عليه من قبل.

2. **إصلاح نظام الشرطة:** عملت بعثة الأمم المتحدة و المانجون بالتعاون مع الحكومة في هايتي على إعداد برنامج تدريبي وفق قواعد الشرطة الدولية ومقاييس حقوق الإنسان. حيث طورت برنامج "درب المدربين" لتدريب أربعة وخمسين مدرباً من الشرطة المحلية. كما شكلت البعثة فريقاً تدريبياً خاصاً لتقويم حاجات ضباط الشرطة الوطنية الهايتية<sup>3</sup>. وتؤكد العديد من الأحداث على تحسن جهاز الشرطة ففي سير لأراء الشعب الهايتي حول أكثر المؤسسات أمناً لهم جاءت أغلبية الأصوات لصالح جهاز الشرطة. وهو ما يدل على فعالية الشرطة وتجدد ثقة المواطنين بهذا الجهاز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> تقرير الخبير الدولي المستقل ميشال فورست المعني بحالة حقوق الإنسان في هايتي، ص 6

<sup>2</sup> عمليات الأمم المتحدة لحفظ السلام، موقع إلكتروني سابق.

<sup>3</sup> زياد الصمادي، مرجع سابق، ص 81.

<sup>4</sup> تأمين الدولة "هايتي قبل الزلزال وبعده"، الفصل الثامن، مسح الأسلحة الصغيرة، تم تصفح الموقع يوم: 03-03-

2015، نقل عن: <<http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/A-Yearbook/2011/ar/Small-Arms-Survey-2011-Chapter-08-summary-AR.pdf>>

2011-Chapter-08-summary-AR.pdf

## الجدول رقم 2: إعادة بناء الثقة في جهاز الشرطة في هايتي

لمن ستلجأ في حالة ما إذا تهدد أمنك أو تعرضت للسرقة؟				
2010		2009		الرد
مهدد	مسروق	مهدد	مسروق	
13,5	38,5	18,1	16	قريب. صديق أوجار
66,7	56,6	38	40,7	شرطة
0	1,0	4,0	7,0	أعضاء سابقون من الجيش هايتي
0	3,0	7,9	9,68	جيش أجنبي
0	0	7,0	3,0	شركة أمنية خاصة أو شبيهة بها
2,9	8,0	5,6	7,3	وجهاء المجتمع المحلي
0	6,0	6,1	4,0	جماعة مسلحة
1,0	6,0	6,6	9,29	لا شيء لاجدوى من القيام بأي شيء

3. إصلاح النظام القضائي والسجون: عملت الحكومة الهايتية على الأخذ بتوصيات الأمم المتحدة وإصلاح النظام القضائي من خلال<sup>1</sup>:

- إنشاء لجنة رئاسية لإصلاح النظام القضائي.
- إنشاء التفتيش القضائي لمراقبة فعالية أداء الهيئات القضائية والإستعانة بمدرسين دائمين حاصلين على تدريب بيداغوجي في مجال القضاء للعمل في هايتي.
- إعادة تأهيل السجن الوطني وحل مشكلة الاكتظاظ وإعادة بناء المرافق.

وقد أدت هذه الإصلاحات حسب تقرير الأمين العام للأمم المتحدة إلى إعتقال 800 فرد من أفراد العصابات، ووضع قاداتهم في السجن كما انخفضت حالات الإختطاف من 100 حالة إلى ست حالات في الشهر<sup>2</sup>. كما تجرى انتخابات تحت رقابة المجتمع في هايتي، وتوجد حكومة مستقرة تحظى بقبول نسبي. واستطاعت أن تحقق نجاح في خفض التضخم من 40% إلى 8% خلال ثلاث سنوات<sup>3</sup>.

4. بناء القدرات: تعمل في هايتي أكثر من 3000 منظمة غير حكومية بالتعاون مع 10000 منظمة محلية لعدد سكان يقارب 9 ملايين نسمة حيث تقدم 70% من الخدمات الأساسية في البلاد: التعليم، الصحة، إعادة بناء البنية التحتية، حيث طورت الوكالة الكندية للتنمية

<sup>1</sup> تقرير ميشال فورست، مرجع سابق، ص-ص، 9-12.

<sup>2</sup> Anne Kristi, tabro woien, op,cit, p25

<sup>3</sup>.ibid, p25

الدولية المركز الهايتي للمبادرات المحلية لدعم المشاريع المجتمعية بالتعاون مع المنظمات الشعبية خصص له 500000 دولار للمشروع الواحد أحد هذه المبادرات "مشروع بناء الحياة" لتقليص الفقر في منطقة شانتي تاون ومدينة قونين اللتين عنتا من العنف السياسي بعد مغادرة أرسنيد للحكم. بالإضافة إلى 13 مشروعاً آخر تم إنشاؤه في الفترة الممتدة ما بين 2008-2009 .

وفي تقرير لإججازات المشروع جاء أن هذه المشاريع زادت من التعاون بين السلطات المحلية على المستوى الوطني و المحلي حيث شارك بعد إنطلاق هذه المشاريع كل من وزير التخطيط ورئيسا بلديتي citie soleil و gonaive, في إدارة وتنفيذ المشاريع. وقد ساعدت هذه المشاريع على تطوير استراتيجيات جديدة في القطاع الفلاحي ومجتمع العمل. أصبحت نسبة المتعلمين في هايتي 63 % كما أصبحت المنظمات المدنية المحلية قادرة على المطالبة بأدوارها كشريك اجتماعي.<sup>1</sup>

#### خامساً: إختلالات بناء السلام في هايتي

بالرغم من الجهود التي بذلتها مختلف الفواعل لبناء المؤسسات وإصلاح الأوضاع في هايتي إلا أن القصور ما زال واضحاً في العديد من المجالات حيث لوحظ مايلي:

1. الأمن الغذائي: عدم تحسن ظروف المعيشة. فحسب تقرير التنمية البشرية لعام 2006 فإن 76% من الشعب الهايتي يعيشون تحت خط الفقر. و 9,1 مليون تضرروا من نقص الأمن الغذائي.<sup>2</sup>
2. إصلاح المؤسسات: استمر القصور في محاكم الأحداث. ولم تكن هناك سوى محكمتين إحداهم في العاصمة والأخرى في رأس هايتي. كما تفتقد للتمثيل القانوني الذي تكفله الدولة للمحتاجين مما جعل 75% يقبعون في السجون دون محاكمتهم. ومع نهاية 2009. كان عدد السجناء الذين تمت محاكمتهم 20 % من مجموع 8833 سجين.
3. حقوق الإنسان: شهدت هايتي خلال الأشهر الأولى من عام 2009 ما يقارب 300 حالة إغتصاب 136 منها متعلقة بإغتصاب أطفال.

<sup>1</sup> Denniel Lessard, "International NGOs and State Building the Case of Haiti : The Fantom State", (Master Thesis, Lund University, Department of Political Science, 2010) P,P.38.39

<sup>2</sup> تقرير التنمية البشرية لعام 2006، ص 92، تم تصفح الموقع يوم: 12-03-2015، نقلا عن: [http://hdr.undp.org/en/media/2455\\_281\\_392-21.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/2455_281_392-21.pdf)

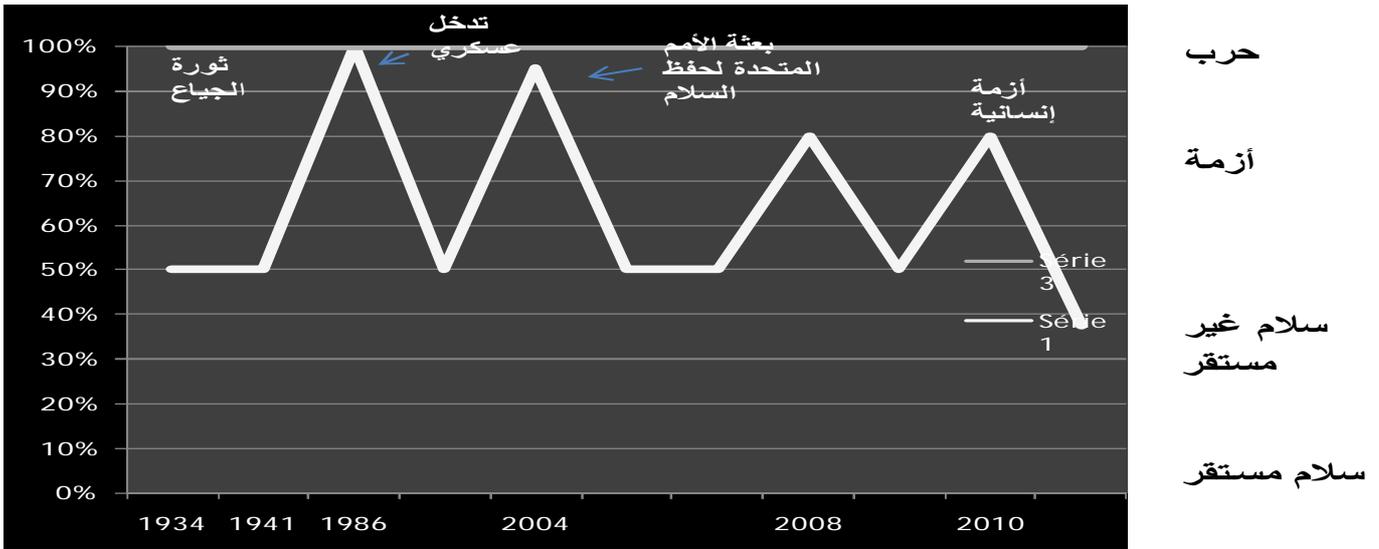
عمليات بناء السلام في هايتي \_\_\_\_\_ سوسن درغال (ب د)

4. انتهاكات الشرطة: استمرت انتهاكات الشرطة لحقوق الإنسان بطرق مباشرة أو غير مباشرة، حيث تعرضت فتاة تبلغ من العمر 16 سنة للإغتصاب في جزيرة gonaïve وألقي القبض على الجناة إلا أنه أفرج عنهم لاحقاً من قبل الشرطة.

5. أزمة التشرد: حيث ظل حوالي 491000 شخص يقيمون في 660 مخيم أي 130791 أسرة، وحوالي 36% منهم يعيشون في مواقع المتشردين منذ أن كانت أزمة التشرد في هايتي في أوجها.1

من خلال ما سبق نجد أن عمليات السلام في هايتي تتسم بالهشاشة لأن الإصلاحات لم تتم بالشكل المطلوب، كذلك أنفقت الكثير من الأموال دون نتائج ملموسة وما أن تتجدد الكوارث الطبيعية حتى تعود مظاهر الأزمة من جديد، وهو دليل على أن العنف في هايتي لم ينتهي بعد.

### الشكل رقم 1: تطور النزاع في هايتي



المصدر: من إعداد الباحثة بالإعتماد على التسلسل التاريخي للأحداث

إذن بالرغم من الجهود المبذولة لبناء السلام والتساند الدولي لدعم السلام إلا أن هايتي مازالت في مرحلة انتقالية، ولن تتحول بعد إلى دولة مؤسسات، ومن مراجعتنا للأحداث وطرق بناء السلام وخصائص الشعب الهايتي يمكن أن نعزو هذا الإخفاق إلى سببين رئيسيين هما:

<sup>1</sup> تقرير ميشال فورست، مرجع سابق، ص6.

- الخصائص الثقافية لبعثات السلام في هايتي: حيث أن كل أفراد بعثات السلام لا يتحدثون اللغة الكريولية والقليل منهم يتحدث اللغة الفرنسية. وهذه الأخيرة تشكل لغة النخبة ما شكل أزمة ثقة بالنسبة للطبقات الأخرى التي تشكل أغلبية الشعب الهايتي.
  - قصور التمثيل المجتمعي للهايتيين: حيث أن مجموعة 184 التي تأسست من طرف رجال الأعمال تشكل النخبة في هايتي. والتي كانت تشكل أحد الأطراف الخفية للنزاع والداعمة للحكومات المتسلطة للحفاظ على مصالحها ومن ثم فهي لا تحظى باعتراف الشعب الهايتي. بالإضافة إلى هذه الأسباب يمكن أن نركز على توزيع الأدوار في عملية بناء السلام في هايتي حيث تتولى الحكومة الهايتية مهام التنفيذ بالرغم من حدوثها. أما المؤسسات الدولية الخبيرة فهي تلاحظ فقط وجمع التبرعات والمساعدات الدولية دون أن يكون لها تدخل مباشر في العملية.
- الخاتمة:**

من خلال ما تطرقنا إليه في هذا المقال نجد انه دون أن تعتمد الفواعل الوطنية و الدولية على مقارنة تشاركية انطلاقا من الاحتياجات الرئيسة والخصائص الاجتماعية والثقافية للمجتمع لن تستطيع إرساء أسس سلام دائم وإنما ما تفعله هو احتواء النزاع خارجيا ، مما يجعل يجد النزاع خيارا متاحا في كل مرة تحدث فيها كارثة إنسانية أو أزمة داخلية. وأنه بالرغم من أن عمليات السلام في هايتي كانت ذات مبادرة دولية فلم تلعب الفواعل الدولية دورا كبيرا فيها. وهو ما انعكس على نمط من السلام الهش. فاستراتيجيات بناء السلام في هايتي لم تتضمن مشاركة فعالة للمكونات الوطنية والمحلية المتضررة من الحرب وإنما اتسمت بالخبوية. وفي ظل قلة الخبرة السياسية والاقتصادية ونقص الوعي الاجتماعي لم تستوعب القوى الوطنية المعايير الدولية لبناء السلام في العديد من المجالات: الإصلاح المؤسساتي و الإصلاح الحقوقي. لذلك فالتركيز على إيجاد بدائل للمؤسسات والاقتصاديات التي تستفيد منها الأطراف المتنازعة غير كاف للانتقال إلى مرحلة السلام الدائم وإنما تحتاج هذه الدول إلى إعادة بناء مجتمعية إنطلاقا من القيم الداخلية وهو ما يحيلنا إلى مجموعة من المتطلبات الذي يحتاجه بناء السلام في هايتي:

- إيجاد بدائل لاقتصاديات الحرب واصلاح المؤسسات من شأنه أن يعزز قدرات الدول في الانتقال إلى مرحلة السلام إذا كانت هذه البدائل والإصلاحات تراعي البناء الاجتماعي لهاته الدول وتضمن مشاركة جميع الأطراف في صنعها وتنفيذها.
- إن الإنطلاق في عملية بناء السلام يحتاج إلى نقل الخبرة الدولية في التسيير وليس فرض أنماط معينة للتسيير والاستغلال الفعال للمساعدات وليس جمع أكبر قدر ممكن من المساعدات.

والمشاركة الفعلية للفئات المتضررة في البناء وفق المقاربات الحديثة أي أنسنة عملية بناء السلام.

- وقف العنف المباشر لا يعني نهاية النزاع، فتحقيق السلام المستقر هي عملية مستمرة تقتضي القضاء على الأسباب الحقيقية للنزاع عبر إجراءات بناء الثقة وإيجاد مناخ للتواصل بين كافة أطراف النزاع . وبناء قدرات مختلف الأطراف للحيلولة دون تجدد النزاع مرة أخرى.

- بناء السلام لا يعني إنهاء النزاع فهذا الأخير شيء أصيل في المجتمع الإنساني وإنما إيجاد طرق إبتكارية للتعامل مع الخلافات بعيدا عن العنف المباشر. لذلك فهدف عمليات بناء السلام هو خلق ثقافة للسلام لدى الشعوب التي انهكتها النزاعات.

## حماية القضاء الدولي لحقوق الإنسان جنائياً

جباري الطاهر  
باحث دكتوراه  
جامعة سطيف

### ملخص:

إن الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان ودور الأجهزة القضائية الدولية في إضافتها من الناحية العملية موضوع حديث النشأة مقارنة بجداثة القانون الدولي لحقوق الإنسان أو القانون الدولي الإنساني . فالقضاء الجنائي الدولي يشهد تطوراً سريعاً ومستمراً وقواعده تعرف مرونة غير متوفرة في منظومة القضاء الجنائي الوطني .

ومن جهة أخرى فإن أهمية البحث تكمن في طبيعة الحماية التي يتناولها الموضوع في ظل بروز قيم إنسانية مشتركة بين كافة شعوب المعمورة تتفق كلها على ضرورة حماية الإنسان وصون كرامته والتأكيد على أمنه وسلامته . واعتبار الانتهاكات التي تظال حقوقه الأساسية وكرامته الإنسانية خطراً يهدد السلم والأمن الدوليين.

### Abstract :

#### **International criminal law's protection of human rights**

The protection offered by the international criminal law to human rights and the role of international judiciaries in implementing this protection on the ground is a newly-created subject if compared with the newness of the creation of human rights international law or the international human law. Thus, the international criminal law is witnessing fast and continuous development, its rules being of a flexibility unfound in the national justice's system.

On the other hand, the importance if the search lays in the nature of protection on which the subject focuses in a time when human values that are common between the world's peoples have emerged and all agree on the necessity of protecting human rights & dignity and insist on human being's security and safety. They also consider the violations of his fundamental rights and his human dignity as a threat to the international peace and security

### Résumé

#### **La protection offerte par le droit pénal international aux droits de l'homme**

La protection offerts par le droit pénal international des droits de l'homme et le rôle des institutions judiciaires internationales dans la mise en œuvre de cette protection sur le terrain est un sujet nouvellement créé si on la compare avec la nouveauté de la création de la loi internationale sur les droits de l'homme ou le droit international humain. Ainsi, le droit pénal international connaît un développement rapide et continu, ses règles étant d'une flexibilité hors de pair dans le système national de justice pénale.

D'autre part, l'importance de la recherche réside dans la nature de la protection à laquelle ledit sujet se concentre, dans un temps où les valeurs humaines communes entre les peuples ont émergé et se conviennent tous sur la nécessité de protéger les droits de l'homme et la dignité, et insistent sur la sécurité et la sûreté de l'homme. Ils considèrent aussi les

violations de ses droits fondamentaux et sa dignité humaine comme une menace pour la paix et la sécurité internationales.

مقدمة

الحماية الجنائية هي أهم أنواع الحماية القانونية وأخطرها أثرا على كيان الإنسان وحرياته ، ووسيلتها تطبيق القانون الجنائي الذي يتولاه القضاء الجنائي<sup>(1)</sup> عن طريق توقيع العقاب على المخالفين حماية للقيم والمصالح والحقوق التي بلغت من الأهمية حدا يبرر عدم الاكتفاء بالحماية المقررة لها في ظل فروع القانون الأخرى<sup>(2)</sup>.

وتظهر أهمية هذه الحماية من خلال طبيعة الجزاء المقرر للمخالفين الذين ينتهكون أحكام القانون الجنائي الدولي وكذا طبيعة المصلحة المحمية ، فالجزاء الجنائي يتسم بالشدة والقسوة<sup>(3)</sup> ، ومن ناحية طبيعة المصلحة المحمية قانونا فإن القانون الجنائي الدولي لا ينشغل سوى بالقيم الجوهرية للجماعة الدولية والمصالح الأساسية التي يشكل الاعتداء عليها اعتداء على النظام العام الدولي. ولذلك عرف بعض الفقهاء الجريمة الدولية بأنها (سلوك إرادي غير مشروع يصدر عن فرد باسم الدولة أو رضاء منها. ويكون منطويا على مساس بمصلحة دولية محمية قانونا)<sup>(4)</sup>

ومن ثمة فإن الإشكالية التي نطرحها في هذا البحث هي : ما هي الحماية الجنائية التي يضيفها القضاء الجنائي الدولي على حقوق الإنسان ، وما هي المبادئ التي تحكم هذه الحماية ؟ إن بحث هذه الإشكالية يدعونا الى تقسيم الموضوع الى مطلبين ، الأول يتعلق بمفهوم الحماية التي يضيفها القضاء الجنائي الدولي على حقوق الإنسان ، والثاني يعنى بالمبادئ التي تحكم هذه الحماية .

### المطلب الأول مفهوم الحماية الجنائية ذات المصدر الدولي

إن الحديث عن مفهوم الحماية الجنائية الدولية يستدعي التطرق الى تعريف هذه الحماية وتحديد الحقوق التي تكون محلا لهذه الحماية ، وهذا من خلال الفرعين التاليين :

<sup>1</sup> - د . خيري احمد الكباش. الحماية الجنائية لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة) . رسالة دكتوراه مقدمة أمام كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية سنة 2001 . ص 7

<sup>2</sup> - د . سليمان عبد المنعم . النظرية العامة لقانون العقوبات . دار الجامعة الجديدة . الإسكندرية 2000 . ص 17

<sup>3</sup> - د . خيري احمد الكباش . المرجع السابق . ص 8

<sup>4</sup> - احمد عبد الحكيم عثمان . الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشريعة الإسلامية . دار الكتب القانونية . مصر . 2009 . ص 18

## الفرع الأول : تعريف الحماية الجنائية .

الحماية الجنائية ذات المصدر الدولي تعني مجموعة القواعد القانونية المتصفة بالعمومية والتجريد التي وضعتها الجماعة الدولية في صورة معاهدات ملزمة و شارعة لحماية حقوق الإنسان<sup>(1)</sup> وأسندت

مهمة إنفاذها للقضاء الجنائي الدولي ، حيث نصت المادة الأولى من نظام روما الأساسي على أن: (المحكمة هيئة دائمة لها السلطة لممارسة اختصاصها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي ) .

ولاشك أن تحقيق العدالة الجنائية هو هدف تسعى إليه كافة الأنظمة القانونية على اختلافها ، حيث يقوم المشرع بصياغة مفرداتها. ويتم تنفيذها بواسطة السلطة القضائية ، ولم يقتصر مجال العدالة الجنائية على النطاق الإقليمي الذي تتولاه المحكم الوطنية بل تعداه إلى النطاق الدولي الذي تتولاه المحكم الجنائية الدولية<sup>(2)</sup> .

ويرى البعض أن العدالة الجنائية الدولية تتفق مع مبدأ عالمية العقاب ، ذلك المبدأ الذي يجعل العالم وحدة واحدة بحيث يمكن ملاحقة مرتكبي الجرائم في أي مكان يفرون إليه وتقديمهم إلى المحاكمة<sup>(3)</sup> ، ومن ثمة فقد كان لزاما على المجتمع الدولي أن يسعى لإيجاد الآليات القضائية التي يمكنها الاضطلاع بمهمة معاقبة الأشخاص الذين يرتكبون الجرائم الخطيرة باعتبار أن هذا الإجراء يشكل عنصرا أساسيا من عناصر شيوع الأمن في المجتمع الدولي<sup>(4)</sup> ، و من اجل ذلك شرع التدخل الإنساني<sup>(5)</sup> باعتباره واجبا على جميع أفراد المجتمع الدولي<sup>(6)</sup> .

ولما كان تاريخ البشرية حافلا على مر العصور بالشواهد التي عصفت بأهم الحقوق الأساسية للإنسان أثناء النزاعات والحروب والصراع البشري على المصالح ، فقد لجأت الجماعة الدولية إلى إنشاء مؤسسات قضائية دولية هدفها قمع الانتهاكات الخطير التي تطل إنسانية الإنسان وهي :

- محكمة العسكرية الدولية لنورمبرغ عام 1945 .

<sup>1</sup> - د . خيري احمد الكباش . المرجع السابق . ص 13

<sup>2</sup> - د . عصام عبد الفتاح مطر . القضاء الجنائي الدولي . مبادئ وقواعده الموضوعية والإجرائية . دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية . 2008 . ص5

<sup>3</sup> - د . علي صادق أبوهيف . القانون الدولي العام . منشأة المعارف . الإسكندرية 1990 . ص299.

<sup>4</sup> - أبو الخير احمد عطية ، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة . دار النهضة العربية 1999 . ص5

<sup>5</sup> - Sandoz , Droit ou devoir d'ingérence, droit à l'assistance : de quoi parle-t- on ? Revue internationale de la croix- rouge, N° 795, Mai-juin 1992, p. 225

<sup>6</sup> - )- Maurice Torrelli , De l'assistance à l'ingérence humanitaires? Revue internationale de la croix- rouge, N° 795, mai-juin 1992, p. 238

ولزيد من التفصيل انظر : بوجلال صلاح الدين . الحق في المساعدة الإنسانية . دار الفكر الجامعي . الإسكندرية . 2011. ص 11-34

- محكمة العسكرية الدولية طوكيو عام 1946 .

- محكمة يوغسلافيا سابقا عام 1993 .

- محكمة رواندا عام 1994 .

- المحكمة الجنائية الدائمة عام 1998 .

**الفرع الثاني: المقصود بحقوق الإنسان محل الحماية الجنائية .**

لما كانت حقوق الإنسان محل الحماية الجنائية الدولية لها خصوصيتها عن غيرها من الحقوق فإنها تحتاج إلى تحديد واضح يميزها عن غيرها. فقد اضطرت الجماعة الدولية إلى تقسيم حقوق الإنسان محل الحماية الدولية إلى حقوق مدنية وسياسية وأخرى اقتصادية واجتماعية وثقافية وأفردت لكل منها معاهدة مستقلة رغم انبثاقها من إعلان عالمي واحد لحقوق الإنسان . غير أن هناك من يرى أن الحماية الجنائية الدولية تتخطى هذا التقسيم لأنها تبني في مضمونها النظر لحقوق الإنسان بمنظور إنسانيته<sup>(1)</sup> .

فإذا كان الإنسان هو هدف الحماية الجنائية وغايتها في النظام القانوني الداخلي أو الدولي بسبب إنسانيته أو بصفته أنسانا. فان حقوقه التي هي له بصفته إنسانا تشكل محلا لهذه الحماية . ويقصد باصطلاح حقوق الإنسان أساسا الإشارة إلى ما ينبغي الاعتراف به للأفراد من حقوق مقدسة خالدة تختمها الطبيعة الإنسانية كحد أدنى وتفرضها فرضا لازما<sup>(2)</sup> . فهي حقوق تنبع من الكرامة المتأصلة في الشخصية الإنسانية . من ثمة فان انتهاكها يشكل حرمانا للشخص من إنسانيته<sup>(3)</sup> . وان الأحكام المتعلقة بحمايتها تمثل القاسم المشترك لبني البشر دون تمييز بينهم لأي سبب من الأسباب . وهي بذلك ملزمة للدول كافة باعتبارها الحد الأدنى الذي لا يجوز النزول عنه مطلقا للحفاظ على إنسانية الإنسان وكرامته .

ومن أهم الحقوق التي تحظى بحماية القضاء الجنائي الدولي ما يلي:

### **أولاً: حق الإنسان في الحياة**

نصت على هذا الحق كل الديانات السماوية<sup>(4)</sup> واغلب المواثيق الدولية المهمة بحقوق الإنسان لان الحياة أهم ما في الوجود . فهي هبة الله الخالق إلى عباده المخلوقين . فقد نصت

<sup>1</sup> - د . خيري احمد الكباش . المرجع السابق ص 57 . 58 .

انظر أيضا: يخايوي نورة بن علي . حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والقانون الداخلي. دار هومة . الجزائر . 2004 . ص 81 - 171  
<sup>2</sup> - Denise Plattner , L'assistance à la population civile dans le droit international humanitaire : évolution et actualité, Revue internationale de la croix -rouge, N° 795, mai -juin 1992, P. 259

<sup>3</sup> - جاك دونللي . حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق . ترجمة مبارك علي عثمان ومراجعة د . محمد نور فرحات .

المكتبة الأكاديمية 1998 ص 29

<sup>4</sup> - محمد الغزالي. حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة . دارالمعرفة.الجزائر.2001.ص174

المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة<sup>(1)</sup> بموجب القرار رقم: 217 ألف(د.3) المؤرخ في 10/12/1948 على أن (لكل فرد الحق في الحياة و الحرية والأمان على شخصه) .

وجاء في المادة 6 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966 على أن: (لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة ، ويحمي القانون هذا الحق ، ولا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي ) . ومن النصوص التي أضفت الحماية الجنائية الدولية على هذا الحق المادة 6 من نظام روما الأساسي التي اعتبرت قتل أفراد الجماعة أو إلحاق الضرر الجسدي أو العقلي الجسيم بهم أو إخضاع الجماعة عمدا لأحوال معيشية بقصد إهلاكها يعد جريمة الإبادة الجماعية ، كما اعتبرت المادة 7 من النظام المذكور فعل القتل العمد و الإبادة من الجرائم ضد الإنسانية ، في حين جعلت المادة 8 من النظام نفسه فعل القتل العمد الذي يقع في إطار انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف 1949 جريمة من جرائم الحرب .

ثانيا: حق الإنسان في حمايته من التعذيب أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو الحاطة بالكرامة

فقد نصت المادة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على انه ( لا يجوز إخضاع احد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو الحاطة بالكرامة ) ، ثم تكرر هذا الحكم في المادتين: 7 ، 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، كما بادرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في: 9/12/1975 إلى اعتماد إعلان خاص بحماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة. ثم تم اعتماد اتفاقية مناهضة التعذيب التي ألزمت الدول الأطراف بموجب مادتها 2 / 2 بعدم التذرع بأي ظرف لممارسة التعذيب ، حيث نصت على انه ( لا يجوز التذرع بأية ظروف استثنائية أيا كانت ، سواء أكانت هذه الظروف حالة حرب أو تهديدا بالحرب أو عدم استقرار سياسي داخلي أو أية حالة من حالات الطوارئ العامة كمبرر للتعذيب )<sup>(2)</sup> . وأكدت المادة 4 من الاتفاقية المذكورة على ضرورة تجريم فعال التعذيب بقولها ( تضمن كل دولة طرف في أن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي ... ) .

وقد اعتبرت المادة 7 من نظام روما الأساسي التعذيب والسجن الحرمان أو الشديدي من الحرية البدنية ، بما يخالف قواعد القانون الدولي والأفعال اللا إنسانية الأخرى التي تتسبب في

<sup>1</sup> - أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان ، منشورات الأمم المتحدة ، نيويورك 1983 ، ص 5-11

<sup>2</sup> - عمر صدوق، محاضرات في القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003 ، ص 103 - 108

معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية من الحالات التي تشكل جرائم ضد الإنسانية<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: حق الإنسان في حمايته من الاسترقاق والعبودية والسخرة

حُرمت المادة 4 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الاسترقاق والاستعباد بقولها: (لا يجوز استرقاق احد أو استعباده ، ويحظر الرق والاتجار بالرق بجمع صورهما ) ، وجاء في المادة 7 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية انه (لا يجوز استرقاق احد ...) و(لا يجوز استعباد احد ) .

وقد عرفت المادة 7 من نظام روما الأساسي الاسترقاق - بعد أن جعلته ضمن الجرائم ضد الإنسانية - بأنه (ممارسة أي من السلطات المترتبة على حق الملكية ، أو هذه السلطات جميعها ، على شخص ما ، بما في ذلك ممارسة هذه السلطات على سبيل الاتجار بالأشخاص لاسيما النساء والأطفال )<sup>(2)</sup>.

رابعاً : حق الإنسان في حماية حريته وأمانه الشخصي وعدم جواز توقيفه أو سجنه أو اعتقاله تعسفاً أو إخفاءه قسرياً.

كرست المادة 9 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الحق في الحرية و السلامة الشخصية وعدم جواز القبض على الأشخاص بشكل تعسفي إلا في الحالات التي يقرها القانون ، كما دعت المادة 10 من العهد المذكور إلى أن (يعامل جميع الأشخاص المحرومين من حرياتهم معاملة إنسانية ، مع احترام الكرامة المتأصلة في الإنسان ) ، وقد اعتبرت المادة 7 من نظام روما الأساسي السجن والحرمان من الحرية المخالف للقواعد الأساسية للقانون الدولي وكذا الإخفاء القسري للأشخاص إذا تم في إطار واسع وبصورة منهجية يشكل جريمة ضد الإنسانية ، ومن المفيد القول أن المادة المنوه عنها عرفت الاختفاء القسري للأشخاص بأنه : ( إلقاء القبض على أي أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية ، أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتها عليه . ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم ، بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة ) .

<sup>1</sup> - د. عبد الفتاح بيومي حجازي. المحكمة الجنائية الدولية. دراسة معمقة في القانون الجنائي الدولي. بدون دار نشر. طبعة 2009. ص 453

<sup>2</sup> - د. عبد الفتاح بيومي حجازي. المرجع السابق. ص 456

خامساً: حق الإنسان في حماية حرته في التنقل واختيار مكان إقامة وعدم جواز إبعاده عن سكنه فيما يسمى بالنقل القسري للسكان .

فقد نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه ( لا يجوز تعريض احد إلى تدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ) . كما جاء في المادة 13 أن ( لكل فرد حق في حرية التنقل وفي اختيار محل إقامته داخل حدود الدولة ) . ونصت المادة 12 / 1 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن ( لكل فرد مقيم بصفة قانونية ضمن إقليم دولة ما الحق في حرية الانتقال وفي أن يختار مكان إقامته ضمن ذلك الإقليم ) . وأضافت الفقرة الرابعة من المادة نفسها ( لا يجوز حرمان احد بشكل تعسفي من حق الدخول إلى بلاده ) .

وقد جرمت المادة 7 من نظام روما الأساسي إبعاد السكان أو نقلهم قسراً إذا في إطار واسع وبصورة منهجية ضد مجموعة من السكان المدنيين واعتبرت ذلك من قبيل الجرائم ضد الإنسانية . . كما اعتبرت المادة 8 من النظام المذكور قيام دولة الاحتلال بإبعاد أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو أجزاء منهم داخل هذه الأرض أو خارجها من جرائم الحرب .

سادساً: حق الإنسان في حماية حرته في فكره ووجدانه ودينه .

ورد هذا الحق في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان . حيث نصت مادته 18 على أن ( لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين ) . وتكرس أيضاً في المادة: 18 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي نصت على أن : ( لكل فرد الحق في حرية الفكر والضمير والديانة ... ولا يجوز إخضاع احد لإكراه من شأنه أن يعطل حرته في الانتماء إلى احد الأديان أو العقائد التي يختارها ) . كما أكدت المادة 19 على حق الإنسان في التمتع بحرية الرأي والتعبير واعتناق الآراء وتلقي الأفكار ونقلها إلى الآخرين دونما اعتبار للحدود .

وحماية للحق في المعتقد و الانتماء إلى هوية دينية أو فكرية أو ثقافية معينة فقد اعتبرت المادة 6 من نظام روما الاضطهاد الموجه ضد جماعة معينة من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو أثنية أو ثقافية أو دينية وذلك بجرمانها بصورة متعمدة وشديدة من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي من قبيل الجرائم ضد الإنسانية

سابعاً: حق الإنسان في المساواة مع غيره في الواجبات والحقوق .

لقد استهل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مبادئه بالمادة الأولى التي نصت على : ( يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق ... وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح

الإخاء) . كما أكدت مادته 7 على أن (الناس جميعا سواء أمام القانون . وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز).

وهو الحق الذي نصت عليه المادة 26 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بقولها: (الناس جميعا سواء أمام القانون ويتمتعون دون أي تمييز بحق متساو في التمتع بحمايته . وفي هذا الصدد يجب أن يحظر القانون أي تمييز . و أن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة ...).

ومن الوثائق الدولية الهامة في هذا الشأن الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق بقرارها رقم 2106 ألف(د. 20) المؤرخ في 1965/12/21 والتي دخلت حيز النفاذ في 1969/01/04 . وقد تعهدت الدول الأطراف بموجب المادة 5 بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله وبضمان حق كل إنسان دون تمييز... في المساواة أمام القانون . كما أنشأت بموجب مادتها 8 لجنة القضاء على التمييز العنصري والتي تكون مهمتها تقديم تقرير سنوي إلى الجمعية العامة عن نشاطها . ولها أن تبدي اقتراحات وتوصيات وملاحظات استنادا إلى تقارير الدول الأعضاء.

وتجلى صورة الحماية الجنائية لهذا الحق حينما يقع فعل من أفعال التمييز القائم على أساس اللون أو الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين الذي يؤدي إلى حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرمانا متعمدا من الحقوق الأساسية المكرسة بموجب القانون الدولي . حيث اعتبرت المادة 7 من نظام روما الاضطهاد والفصل العنصري من الجرائم ضد الإنسانية .

ثامنا: الحق في الحماية من الاغتصاب والاستعباد الجنسي والإكراه على البغاء .

لقد تكفلت التشريعات الوطنية بالنص على هذه الجريمة للحفاظ على الأمن الاجتماعي وحماية للكرامة الإنسانية . ذلك أن احترام حقوق الإنسان صارت أداة لمشروعية الدولة الوطنية وغاية للنظام الدولي الحديث<sup>(1)</sup> . فقد تضمنت بعض المواثيق الدولية تجريم العنف الجنسي<sup>(2)</sup> . ونصت على حظرها أيضا لائحتي محكمتي نورمبرغ وطوكيو. كما ورد الحكم نفسه في نظام محكمة يوغسلافيا<sup>(3)</sup> .

<sup>1</sup> - د. قادري عبد العزيز. حقوق الإنسان في القانون الدولي و العلاقات الدولية ( المحتويات و الآليات ). دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع . الجزائر 2003 . ص 59 - 68 .

<sup>2</sup> - د. عبد الفتاح بيومي حجازي . المرجع السابق . ص 582-610 .

<sup>3</sup> - احمد عبد الحكيم عثمان . المرجع السابق . ص 193 .

وتكرس تجريم هذا الفعل في نظام روما الأساسي بمقتضى المادة 7 التي اعتبرت الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي الذي يقع بشكل منهجي ضد مجموعة من السكان المدنيين جريمة ضد الإنسانية . واعتبرته المادة 8 من جرائم الحرب إذا أثناء النزاعات المسلحة لكونه يشكل خرقاً جسيماً لاتفاقيات جنيف . ذلك أن السيطرة على مجموعة من السكان وإخضاعهم لممارسات جنسية وعلاقات لا أخلاقية واستباحة أجسادهم يعد فعلاً منافياً للكرامة الإنسانية<sup>(1)</sup> .

### المطلب الثاني : مبادئ الحماية الجنائية الدولية.

يقوم القضاء الجنائي الدولي على مجموعة من المبادئ من شأنها حماية المجتمع من الجرائم الأكثر خطورة . كما تكفل أيضاً حقوق الإنسان من خلال الالتزام بمبدأ الشرعية الجنائية وصون حقوق المتهم خلال مراحل الدعوى الجنائية . والملاحظ أن هذه المبادئ تغيرت ملامحها وتطورت واختلف مفهومها خلال المراحل الزمنية المتعاقبة بدءاً من محاكمات نورمبرغ إلى غاية الآن<sup>(2)</sup> . مما يدعونا إلى تناولها بالتفصيل في الفروع التالية :

### الفرع الأول : مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

يعني مبدأ الشرعية أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . فلا يمكن اعتبار فعل ما جريمة إلا إذا كانت هناك قاعدة قانونية تجرم هذا الفعل وتحدد العقوبة الملائمة له . ويعد هذا المبدأ الركيزة الأساسية في ميدان العدالة الجنائية لكونه يوفر الحماية القانونية لحقوق وحرية الأفراد من خلال بيانه للأعمال المجرمة غير المشروعة . ومن ثم يعتبر ما عداها عملاً مباحاً

يستطيع جميع الأفراد القيام به دون خوف من الوقوع تحت طائلة القانون<sup>(3)</sup> .

وقد ثار جدل واسع حول هذا المبدأ أثناء وبعد محاكمات نورمبرغ وطوكيو . حيث تمسكت هيئة الدفاع عن المتهمين بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات . ودفعت بعدم شرعية تلك المحاكمات على أساس أن النظام الأساسي للمحكمة تم وضعه بعد ارتكاب الأفعال<sup>(4)</sup> . ويذهب البعض إلى أن حجة الدفاع هذه ليست عديمة الأهمية . فإذا كان القانون الدولي العام لا يتضمن نصاً مماثلاً فإن هذه القاعدة مسلم بها في جميع القوانين الداخلية . بحيث لا يمكن

1 - نفس المرجع . ص 194 .

2 - د . عصام عبد الفتاح مطر . المرجع سابق . ص 70 .

3 - د . محمد عبد المنعم عبد الخالق . النظرية العامة للجريمة الدولية . رسالة دكتوراه كلية الحقوق . جامعة عين شمس سنة 1988 . ص : 121 ، 122 .

4 - د . عصام عبد الفتاح مطر . المرجع سابق . ص 72 .

لأحد أن يشك في أنها تعد من المبادئ الأساسية للقانون، ومن ثمة فهي واجبة الاحترام في القانون الدولي العام<sup>(1)</sup>.

ورفعا لكل التباس جاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية متضمنا نصا صريحا يكرس مبدأ الشرعية، حيث نصت مادته 1/22 على: ( لا يسأل الشخص جنائيا بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة )، كما نصت المادة 23 على انه ( لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلا وفقا لهذا النظام الأساسي ) .

ويترتب على الأخذ بمبدأ الشرعية تكريس مبدئين هامين في القانون الجنائي هما: مبدأ عدم رجعية نصوص التجريم والعقاب، ومبدأ رجعية القواعد القانونية الأصلح للمتهم .  
1 - مبدأ عدم رجعية أحكام القانون الدولي الجنائي .

يعد هذا المبدأ من المسائل المستقر عليها في كافة التشريعات الجنائية الداخلية، حيث لا يجوز سريان القانون الجديد بما يحتويه من جرائم وعقوبات على أفعال سابقة على وجوده أو دخوله حيز النفاذ وإنما يسري أثره على الوقائع اللاحقة<sup>(2)</sup>.

إلا أن واقع الحال في القانون الجنائي الدولي لم يكن بنفس السهولة التي عرفها القانون الجنائي الداخلي. فقد انقسم الفقه بشأن سريان هذا المبدأ الى اتجاهين :

**الاتجاه الأول :** يرى أن مبدأ عدم الرجعية لا مجال له في القانون الجنائي الدولي، ومبرره في ذلك أن النصوص التجريبية لا تنشأ واقعا جديدا ولكنها تكشف عن أفعال إجرامية موجودة سلفا، واكتسبت هذه الصفة من القواعد العرفية المستقر عليها، وان النص المكتوب هو تدوين لعرف سابق مستقر.

**الاتجاه الثاني :** يقول باعتراف القانون الجنائي الدولي لمبدأ عدم الرجعية كنتيجة حتمية لتبنيه مبدأ الشرعية، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قاعدة قانونية دولية أيا كان مصدرها، و نظرا لأهمية هذه القاعدة بوصفها ضمانا أساسية لتحقيق العدالة الجنائية وحماية حقوق الإنسان فقد حرصت الوثائق الدولية على تقريرها<sup>(3)</sup>.

فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 11 على أنه ( لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل ما لم يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون

1 - د.عبد العزيز سرحان. الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية. دار النهضة 1996. ص 306

2 - د. عصام عبد الفتاح مطر. القضاء الجنائي الدولي. مرجع سابق. ص 76

3 - د. عصام عبد الفتاح مطر. القضاء الجنائي الدولي. المرجع سابق. ص 77

الوطني أو الدولي ، كما لا توقع عليه أية عقوبة اشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه العمل الإجرامي )<sup>(1)</sup> .

و تم تأييد هذا الموقف من طرف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، حيث نصت مادته 24 على أنه ( لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي عن سلوك سابق لبدء نفاذ النظام ) .

## 2 - مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم .

مؤدى هذا المبدأ انه إذا صدر قانون جديد بعد ارتكاب واقعة ، ونص على عقوبة اخف ، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف . وقد تضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الإشارة إلى هذا المبدأ في المادة 15 التي نصت على انه ( إذا حدث ، بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة اخف ، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف )<sup>(2)</sup> .

وقد تبنى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدائمة هذا المبدأ في الفقرة الثانية من المادة 24 بنصها على انه ( في حالة حدوث تغيير في القانون المعمول به في قضية معينة قبل صدور الحكم النهائي ، يطبق القانون الأصلح للشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة )<sup>(3)</sup>

## الفرع الثاني : مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية على المستوى الدولي .

أثناء المحاكمات التي شهدتها محكمة نورمبرغ دفع بعض المتهمين بأن القانون الدولي يحكم العلاقات بين الدول وأن الفرد ليس محلاً لهذه العلاقة ، وانه لا يمكن تحميله المسؤولية الجنائية لأن الأعمال الإجرامية التي تم ارتكابها تعتبر من أعمال الدولة ، وأن الدولة التي ينتمون إليها تحميلهم من هذه المسؤولية . غير أن المحكمة رفضت هذا الدفع بحجة أن نظامها الأساسي نص على أن ( تختص المحكمة بمحاكمة وعقاب كل الأشخاص الذين ارتكبوا شخصياً أو بصفتهم أعضاء في منظمات أثناء عملهم لحساب دول المحور الأوروبي الجرائم الآتية... )<sup>(4)</sup> .

وهذا يعني أن الفرد الذي ارتكب فعلاً أو عملاً مخالفاً لأحكام القانون الدولي يعتبر مسؤولاً مسؤولية شخصية وبصورة مباشرة أمام القضاء الجنائي الدولي طالما أن هذا الفعل

<sup>1</sup> - وقد أخذت بهذا الحكم المادة 15 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة 9 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان و المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و المادة 7 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

<sup>2</sup> - د . عصام عبد الفتاح مطر ، المرجع سابق ، ص 78

<sup>3</sup> - د . سوسن تمر خان بكة ، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 138 - 140

<sup>4</sup> - د . احمد بشارة موسى ، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص 17-25

يمثل جريمة وفقا للقانون الدولي<sup>(1)</sup>، وقد كرس النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية هذا المبدأ في مادته 25<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: مبدأ مسؤولية رئيس الدولة وتابعيه عن الجرائم الدولية :

ظل الفقه الدولي لمدة طويلة يرفض مسؤولية رئيس الدولة عن الأعمال التي يرتكبها وذلك استنادا إلى انه يمثل شعبه أمام الغير. وان هذا الشعب هو وحده من يملك حق مسأئلته ، ولا يجوز لأي جهة أخرى أن تقوم بحسابه<sup>(3)</sup>، إلا انه بعد الحرب العالمية الأولى بدأ الحديث عن المسؤولية الجنائية للرؤساء والقادة عن جرائم الدولية التي يقترفونها ، وبعد نهاية الحرب العالمية الثانية وقيام محكمة نورمبرغ تم تكريس مسؤولية رئيس الدولة في لائحته ، حيث تضمنت المادة السابعة من لائحة المحكمة النص على أن (المركز الرسمي للمتهمين سواء باعتبارهم رؤساء دول أو باعتبارهم من كبار الموظفين لا يعتبر عذرا معفيا من المسؤولية أو سببا من أسباب تخفيف العقوبة)<sup>(4)</sup>.

فليس من العدل والمنطق أن يعاقب الرؤوسين الذين ينفذون أوامر غير مشروعة يصدرها رئيس الدولة أو أعوانه ، ويعفى الرئيس الذي دبر وأمر بارتكاب هذه الجرائم<sup>(5)</sup>.

وقد بررت محكمة نورمبرغ استبعادها للدفع بالحصانة الدولية المقررة لرئيس الدولة بقولها ( إن قواعد القانون الدولي التي تحمي ممثلي الدولة في ظروف معينة ، لا يمكن أن تنطبق على الأفعال التي تعتبر جنائية في القانون الدولي ، ولا يستطيع مرتكبو هذه الأفعال التمسك بصفته الرسمية لتجنب المحاكمة والعقاب . فمن يخالف قوانين الحرب لا يستطيع في سبيل تبرير هذه المخالفة أن يحتج بتفويضه من جانب الدولة ، لأن الدولة في الوقت التي تمنحه فيه مثل هذا التفويض تكون متجاوزة حدود السلطات المعترف بها من القانون الدولي )<sup>(6)</sup> . وهو ما به نظام محكمة يوغسلافيا السابقة في مادته 07 ، و تبناه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في مادته 27 بالإضافة إلى تكريسه المسؤولية الجنائية للقادة العسكريين عن الأفعال الجرمية التي تدخل في اختصاص المحكمة سواء وقعت منهم أو من رؤوسهم بموجب المادة 28 .

<sup>1</sup> - د . عصام عبد الفتاح مطر. القضاء الجنائي الدولي . مرجع سابق . ص 80

<sup>2</sup> - بن سيدهم حورية . المسؤولية الجنائية الفردية عن الجرائم الدولية . مذكرة ماجستير في القانون الجنائي الدولي . مقدمة أمام جامعة سعد دحلب بالبيدة . الجزائر سنة 2006 . ص 20 - 56

<sup>3</sup> - د . عصام عبد الفتاح مطر. القضاء الجنائي الدولي مرجع سابق . ص 82

<sup>4</sup> - منترى مسعود . المحكمة الجنائية الدولية ومسؤولية رئيس الجمهورية . مجلة ( التواصل ) . تصدر عن جامعة باجي مختار بعنابة . الجزائر . العدد 13 . ديسمبر 2004 . ص 43-66

<sup>5</sup> - د . محمد محي الدين عوض. دراسات في القانون الدولي الجنائي . دار الفكر العربي القاهرة 1972 ص 554

<sup>6</sup> - بلخيري حسينة . المسؤولية الدولية الجنائية لرئيس الدولة . دار هومة . الجزائر . 2006 . ص 37

### الفرع الرابع : مبدأ سيادة الضمير على واجب الطاعة لأوامر الرؤساء .

تقرر أغلب التشريعات الجنائية الداخلية عدم مسؤولية الرؤوس عن الأعمال التي يرتكبها تنفيذاً لأوامر

صادرة عن رؤساء تجب طاعتهم<sup>(1)</sup> . غير أن الكثير من الفقهاء يربط هذه الطاعة بمشروعية الأمر المراد تنفيذه . فلا مجال لطاعة الرئيس إذا كان مخالفاً مخالفة صريحة للقانون . إذ من المقرر في الشريعة الإسلامية أن (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق) .

أما على المستوى الدولي فقد نصت المادة 8 من لائحة نورمبرج على أن الاحتجاج بطاعة أوامر الرؤساء لا يعد سبباً معفياً من المسؤولية . وإن كون المتهم كان يعمل بناءً على تعليمات حكومته أو بناءً على أوامر رئيس أعلى و إنما قد يعتبر هذا سبباً مخففاً للعقوبة إذا رأت المحكمة أن العدالة تقتضي ذلك .

وقد طبقت محكمة نورمبرج هذا المبدأ عندما تمسك أحد الجنود المتهمين ويدعى (كيتل) في دفاعه أمام

المحكمة بأنه جندي . وأنه يجب عليه إطاعة أوامر رئيسه . ومن ثم فهو غير مسؤول عن الأفعال التي وقعت . حيث أجابت المحكمة على ذلك بقولها : ( بأن الأمر الذي يتلقاه عسكري بالقتل أو الإرهاب بالمخالفة للقانون الدولي الخاص بالحرب لا يمكن أبداً أن ينظر إليه كمبرر لفعل المخالفة وإنما يمكن الانتفاع به في الحصول على تخفيف العقوبة طبقاً لنصوص اللائحة )<sup>(2)</sup> . كما تبنت هذا المبدأ المادة 4 من مشروع التقنين الخاص بالجرائم ضد سلام وأمن البشرية بقولها: أن ( ارتكاب المتهم جريمة من الجرائم المنصوص عليها في التقنين بناءً على أمر حكومته أو رئيسه الأعلى لا يعفه من المسؤولية الدولية متى كان في إمكانه في الظروف القائمة وقت الارتكاب عدم الامتثال لذلك الأمر )<sup>(3)</sup> . وهو ما كرسته المادة 33 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

<sup>1</sup> - د . عصام عبد الفتاح مطر المرجع السابق . ص 86

<sup>2</sup> - د . عصام عبد الفتاح مطر المرجع السابق . ص 87

<sup>3</sup> - احمد بشارة موسى . المرجع السابق . ص 177-246

### الفرع الخامس : مبدأ المحاكمة العادلة.

ينصرف مدلول هذا المبدأ إلى مجموعة القواعد القانونية التي تشكل قيماً تكفل للمتهم الحد الأدنى من الحماية التي لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها ، فتضمن له المعاملة الإنسانية القائمة على تحقيق روح العدالة بعيداً عن فكرة الثأر والانتقام<sup>(1)</sup> .

ويلاحظ أن هذه القواعد بحسب طبيعتها ذات صبغة إجرائية ، إلا أن تطبيقها في مجال الدعوى الجنائية يؤثر بالضرورة على محصلتها النهائية لأن هذه القواعد هي التي تحدد مسار الدعوى أثناء التحريات الأولية وجمع الأدلة وأثناء التحقيق والمحاكمة وعند الطعن في الأحكام أو تنفيذ العقوبة<sup>(2)</sup> .

وقد أشار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى مبدأ المحاكمة العادلة في مادته 10 التي نصت على أن ( لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين ، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحيدة ، نظراً منصفاً وعلنياً. للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه ) .

كما نصت عليه المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950 بقولها : لكل شخص - عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته ، أو في اتهام جنائي موجه إليه - الحق في مرافعة علنية عادلة من خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون ) .

وجاء في المادة 1/8 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان سنة 1969 أن ( لكل شخص الحق في محاكمة تتوفر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة ، مستقلة ، غير متحيزة كانت قد أسست سابقاً وفقاً للقانون ، وذلك لإثبات أية تهمة ذات طبيعة جزائية موجهة إليه أو لبيت في حقوقه أو واجباته ذات الصفة المدنية أو المتعلقة بالعمل أو أية صفة أخرى ) .

وقد أشارت إلى بعض هذه القواعد والإجراءات لائحة محكمة نورمبرج مثل حق المتهم في أن يتسلم ورقة الاتهام مشتملة على العناصر الكاملة والمبينة تفصيلاً لنوع التهم الموجهة إليه وكافة صور المستندات الملحقة بها مترجمة إلى اللغة التي يفهمها على أن يتم ذلك قبل المحاكمة بوقت مناسب، وحقه المتهم في إعطاء أية تبريرات أو تفسيرات تتعلق بالتهم

<sup>1</sup> - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي ، حق المتهم في محاكمة عادلة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، سنة 2005 ، ص 83

<sup>2</sup> - نفس المرجع ، ص 95

الموجهة إليه ، و حقه في الاستعانة بمحام ، و حق توجيه الأسئلة إلى كل الشهود ، و حقه في تقديم المستندات والأدلة التي تؤكد دفاعه .

ويعد الحق في المحاكمة دون تأخير لا مبرر له من قواعد المحاكمة المنصفة ، ومؤدى هذا الحق أن تبدأ الإجراءات وتنتهي في غضون مدة معقولة ، والعلة من ذلك تحقيق التوازن بين حق المتهم في مساحة زمنية تتيح له إعداد دفاعه ، وضرورة البدء في نظر الدعوى والحكم دون تأخير<sup>(1)</sup> .

وقد تبنى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مبدأ المحاكمة العادلة فنصت مادته 55 على الضمانات القانونية للأشخاص أثناء التحقيق وتعرضت مادته 67 للضمانات الواجب احترامها عند المحاكمة.

#### الفرع السادس : مبدأ افتراض البراءة .

يعتبر مبدأ افتراض البراءة من أهم الضمانات القانونية التي تحمي حقوق الإنسان أمام القضاء الجنائي ، ويعني أن الأصل في المتهم براءته إلى غاية ثبوت إدانته بحكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به<sup>(2)</sup> .

ونظرا لأهمية هذا المبدأ فقد حرصت المواثيق الدولية على تكريسها ، حيث نصت المادة 1/11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن : ( كل شخص متهم بجرمة يعتبر بريئا إلى أن يثبت ارتكابه لها قانونا في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه )<sup>(3)</sup> .

كما نصت المادة 2/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه ( من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يعتبر بريئا إلى أن يثبت عليه الجرم قانونا ) .

ونصت على هذا المبدأ المواثيق الإقليمية<sup>(4)</sup> ، كالمادة 2/8 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969 ، والمادة 7 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان ، والمادة 7/ب من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان .

<sup>1</sup> - نفس المرجع ، ص 132

<sup>2</sup> - انظر: - عبد المجيد زعلاني ، قرينة البراءة في القانون الدولي ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر ، العدد 3 ، سنة 2001 ، ص 9-30.

- مروان محمد ، قرينة البراءة و إشكالية عبء الإثبات ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، تصدر جامعة الجزائر ، العدد 3 ، سنة 2001 ، 51-64

- عمر فخري عبد الرزاق الحديثي ، المرجع السابق ص 15-43

<sup>3</sup> - عبد المجيد زعلاني ، المرجع السابق ، ص 12 .

<sup>4</sup> - عبد المجيد زعلاني ، المرجع السابق ، ص 12 ، 13 .

وقد اخذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة بهذا المبدأ في مادته 66 التي نصت على :

- 1 - الإنسان بريء إلى أن تثبت إدانته أمام المحكمة وفقا للقانون الواجب التطبيق .
- 2 - يقع على المدعي العام عبء إثبات أن المتهم مذنب .
- 3 - يجب على المحكمة أن تقتنع بان المتهم مذنب دون شك معقول قبل إصدار حكمها بإدانته .

**الفرع السابع : مبدأ عدم جواز المحاكمة أو العقاب عن الجريمة مرتين .**

من المبادئ المستقرة في القانون الجنائي الداخلي عدم جواز تقديم الشخص للمحاكمة أو العقاب عن

جريمة سبق أن أدين فيها أو بريء منها بحكم نهائي وفقا لأحكام القانون<sup>(1)</sup> .

وقد تبني القضاء الجنائي الدولي هذا المبدأ واعتبره من الركائز الرئيسية التي تقوم عليها حماية حقوق

الإنسان ، و ثمة فإن مختلفة الوثائق الدولية حرصت على النص عليه<sup>(2)</sup> .

فقد نصت المادة 7/14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه ( لا يجوز تعريض أحد مجددا للمحاكمة أو العقاب على جريمة سبق أن أدين بها أو بريء منها بحكم قضائي وفقا للقانون والإجراءات الجنائية في كل بلد ) . وأشارت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الى أحد أبعاد هذه الضمانة بقولها : ( إذا بريء المتهم بحكم غير قابل للاستئناف، فلا يجوز أن يخضع لمحاكمة جديدة للسبب عينه ) . وقد ورد النص على هذا المبدأ في مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها الذي أعدته لجنة القانون الدولي<sup>(3)</sup> ، كما تم تكريسها في المادة 16 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان سنة 1997 التي نصت على انه ( لا تجوز محاكمة شخص عن جرم واحد مرتين ، ولن تتخذ ضده هذه الإجراءات أن يطعن في شرعيتها ويطلب الإفراج عنه ) .

وأوردت المادة 20 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بيانا واضحا للمبدأ المذكور وفصلت الحالات المتعلقة به على نحو يرفع اللبس في الفقرات الثلاث التالية :

<sup>1</sup> - د . عصام عبد الفتاح مطر. المرجع سابق . ص 94

<sup>2</sup> - د . محمد صافي يوسف . الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. دار النهضة العربية . سنة 2002 . 37

<sup>3</sup> - انظر :- د . عصام عبد الفتاح مطر. المرجع سابق . ص 95- عمر فخري عبد الرزاق الحديثي . المرجع السابق. ص 11- 18

1 - لا يجوز ، إلا كما هو منصوص عليه في هذا النظام الأساسي ، محاكمة أي شخص أمام المحكمة عن سلوك شكل الأساس لجرائم كانت المحكمة قد أدانت الشخص بها أو برأته منها.

2 - لا تجوز محاكمة أي شخص أمام محكمة أخرى عن جريمة من تلك المشار إليها في المادة 5 كان قد سبق لذلك الشخص أن أدانته بها المحكمة أو برأته منها .

3 - الشخص الذي يكون قد حوكم أمام محكمة أخرى عن سلوك يكون محظورا أيضا بموجب المواد 6 ، 7 ، 8 لا يجوز محاكمته أمام المحكمة فيما يتعلق بنفس السلوك إلا إذا كانت الإجراءات في المحكمة الأخرى :

أ- قد اتخذت لغرض حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن جرائم تدخل في اختصاص المحكمة أو.

ب- لم تجر بصورة تتسم بالاستقلال أو النزاهة ، وفقا لأصول المحاكمات المعترف بها بموجب القانون الدولي، أو جرت في هذه الظروف ، على نحو لا يتسق مع النية الى تقديم الشخص المعني للعدالة.

ويرى بعض الفقهاء أن نص المادة 20 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يكشف عن وجود قاعدة مستقرة في القانون الجنائي الداخلي وفي القانون الدولي الجنائي مؤداها عدم جواز المحاكمة أو العقاب عن ذات الجريمة مرتين<sup>(1)</sup>.

#### الفرع الثامن : مبدأ الحق في الدفاع .

يعتبر حق الدفاع عن الحقوق الأساسية التي تحرس عليها كافة الشرائع ، لأنه مستمد من حق الإنسان الطبيعي في الدفاع عن نفسه ضد كل خطر يقع عدوانا على ماله أو صحته أو حريته أو حياته<sup>(2)</sup>.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ في مجال الإثبات الجنائي وحماية حقوق الإنسان<sup>(3)</sup> فقد حرصت المواثيق الدولية على التأكيد عليه و تكريسه في أغلب الوثائق ذات الصلة بحقوق الإنسان<sup>(4)</sup>.

كما نصت المادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن لكل متهم بجريمة الحق في أن يحاكم بحضوره وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره ، وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه ، وأن تزوده المحكمة كلما

1 - د . محمد صافي يوسف . الإطار العام للقانون الدولي الجنائي . دار الثقافة . عمان 2001 . ص 37

2 - د . عصام عبد الفتاح مطر. المرجع سابق . ص 98

3 - نصر الدين مروك . عبء الإثبات في المسائل الجنائية . المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية . جامعة الجزائر. العدد 3 . سنة 2001 . ص 47،48

4 - د . عصام عبد الفتاح مطر. القضاء الجنائي الدولي . مرجع سابق . ص 99 . 100

كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك، بحام يدافع عنه . إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لهذا الغرض .

وقد تضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الإشارة الى حق الدفاع في المادة 67 التي كفلت ما يلي للمتهم الحق في محاكمة علنية ، عادلة ونزيهة وان يكون له الحق في الضمانات الدنيا التي تضمن له المساواة التامة و ذلك بأن يبلغ فوراً وتفصيلاً بطبيعة التهمة الموجهة إليه و سببها ومضمونها ، وأن يتاح له ما يكفي من الوقت والتسهيلات لتحضير دفاعه ، وللتشاور بحرية مع محام من اختياره وذلك في جو من السرية ...  
والجدير بالذكر أن الدفاع هو عبارة عن قاعدة تقع في إطارها مجموعة من الضمانات الأساسية تكفل

بتكاملها الحق في المحاكمة العادلة التي تتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها في الدول المتحضرة ، حيث تنصرف هذه الضمانات الى حق المتهم في الإيلاج بالتهمة الموجهة إليه وبأدلتها و الحق في الاتصال بمن يسرى الاتصال بهم وإبلاغهم ، وحق الاستعانة بمحام أثناء الاستجواب ، وعدم جواز الفصل بين المتهم ومحاميه ، و الحق في الاطلاع على الأوراق والإجراءات و الحق في الصمت و الحق في الاستعانة بمرجم، و الحق في تدوين الإجراءات ، الحق في حضور الجلسات ، الحق في استدعاء الشهود ومناقشتهم، الحق في منح فترة زمنية وتسهيلات كافية لإعداد الدفاع<sup>(1)</sup> .

ومن المهم القول أن إنكار ضمانات الدفاع أو فرض قيود تحد منها يخل بالقواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة<sup>(2)</sup> والتي تعكس نظاماً متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية<sup>(3)</sup> ويجول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها<sup>(4)</sup> .

<sup>1</sup> - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي . المرجع السابق . ص 157- 159

<sup>2</sup> - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي . المرجع السابق 169

<sup>3</sup> - انظر :

- Politi Mauro, Le statut de Rome de la cour pénale internationale, le point de vue d'un négociateur , Revue de droit internationale public , N° 2, 1999,P.96.

- Mohamed Bedjaoui, redacteur général, ed A .Pedone, Paris, 1991, P.234

<sup>4</sup> - د . محمد صافي يوسف . المرجع السابق . ص 38

## خاتمة

تسعى العدالة الجنائية الدولية الى قمع الانتهاكات التي تطال حقوق الإنسان الأساسية عن طريق إرساء مبدأ عالمية العقاب، الذي يجعل العالم وحدة واحدة بحيث يمكن ملاحقة مرتكبي الجرائم في أي مكان يفرون إليه وتقديمهم إلى المحاكمة . ومن ثمة فقد كان لزاماً على المجتمع الدولي أن يسعى لإيجاد الآليات القضائية التي يمكنها الاضطلاع بمهمة معاقبة الأشخاص الذين يرتكبون الجرائم الخطيرة باعتبار أن هذا الإجراء يشكل عنصراً أساسياً لشيوع الأمن والسلم في المجتمع الدولي . حيث يمكن أن تخلص من خلال هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج من أهمها :

أولاً: أن الحماية الجنائية الدولية صارت اليوم من أهم المسائل التي تعتنى بها المجموعة الدولية في سعيها الدائم لإضفاء حماية فعالة وحقيقية على حقوق الإنسان .

ثانياً: أن النظام القانوني للعدالة الجنائية الدولية يقدم الضمانات الكافية لإضفاء المصدقية والفاعلية على نشاط المؤسسات القضائية الدولية ذات الطابع الجنائي من خلال الالتزام بالمبادئ الأساسية التي كرستها الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان . وما استقر عليه القضاء الجنائي الدولي من معايير تحمي كل أطراف الدعوى الجنائية المنظورة أمامه .

ثالثاً: أن مستقبل الإنسانية مرهون بمدى احترامها لحقوق الإنسان الأساسية و بما تقدمه من ضمانات وآليات

تحمي من الجرائم الأشد خطورة . كالجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية وجرائم

الحرب .

## تأثير الإدارة الإلكترونية على الحقوق والحريات العامة

عطوي وداد  
باحثة دكتوراه  
جامعة عنابة.

### ملخص:

إن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في عالم الإدارة تهدف إلى تحويل العمل الإداري من إدارة تقليدية إلى إدارة باستخدام الحاسوب. وذلك بالاعتماد على نظم معلوماتية قوية تساعد في اتخاذ القرار الإداري بأسرع وقت وبأقل التكاليف. وعليه فإن الإدارة الإلكترونية تؤدي ذات المهام التي تؤديها الإدارة اليدوية لكنها تعيش في الشبكات الإلكترونية وأنظمة المعلوماتية. فهي تتميز بكثرة الأوراق والروتين والتعقيدات البيروقراطية.

فالانتقال التدريجي من الإدارة الورقية إلى الإدارة الإلكترونية والرقمية يتطلب: توفير الأمن الإلكتروني والسرية الإلكترونية على مستوى عال، حيث يعد كل من الأمن والأمان والهدوء والسكينة والحرية والحق من بين النقاط والعناصر التي من الضروري أن يشعر بها الفرد وهو يعيش داخل المجتمع.

وعليه وتأسيساً على ما سبق تتطلب الدراسة طرح الإشكالية التالية: ما مظاهر تأثير تكنولوجيا الإعلام والاتصال على الحقوق والحريات العامة؟ كما تتطلب دراسة الموضوع طرح تساؤلات فرعية على النحو التالي: ما المقصود بتكنولوجيا الإعلام والاتصال؟ ما المقصود بالحقوق والحريات العامة؟.

**الكلمات المفتاحية:** تكنولوجيا الإعلام والاتصال، الحقوق والحريات العامة الإدارة الإلكترونية، المظاهر الإيجابية لتكنولوجيا الإعلام والاتصال، المظاهر السلبية لتكنولوجيا الإعلام والاتصال.

### Résumé :

La technologie de l'information et de la communication dans le monde de la gestion vise à transformer le travail administratif de la gestion traditionnelle de la gestion en utilisant l'ordinateur, en se fondant sur les systèmes d'information puissants aident à prendre la décision administrative dès que possible et au moindre coût, et donc la tête de la gestion électronique des fonctions exercées par l'administration manuelle, mais vivent dans réseaux et systèmes d'information électroniques, ils sont caractérisés par la paperasserie abondante et la paperasserie et les tracasseries administratives

La transition progressive de l'administration à base de papier à la gestion électronique et numérique exige: la prestation de haut niveau de e-sécurité et, le cas est tout de la sécurité, la sûreté et la tranquillité, la liberté et le droit de les points et les éléments qui doivent être ressenti par l'individu qui vit au sein de la communauté.

En conséquence Basé sur l'étude ci-dessus, requérir le problème suivant: ? Quels sont les aspects de l'impact de l'information et de la technologie de communication sur les droits et les libertés publiques, exige également l'étude de l'objet mis sous-questions comme suit: ? Qu'est-ce qu'on entend par information et des technologies de communication, Qu'est-ce que les droits et les libertés publiques ?.

**Mots clés:** information et de technologie de la communication, droits et libertés publiques, gestion électronique, les aspects positifs de l'information et de technologie de la communication, les aspects négatifs de l'information et de la technologie de communication

#### مقدمة:

إن تراجع أشكال الخدمة العامة التقليدية إلى نمط جديد يرتكز على البعد التكنولوجي والمعلومات لإعادة صياغة الخدمات العمومية وجعلها قائمة على الإمكانيات المتميزة للانترنت وشبكات الأعمال كانت نتيجة عن التقدم العلمي والتقني وانتشار شبكة الانترنت. هذا الأخير الذي أدى إلى ظهور تأثيرات عديدة على طبيعة وشكل عمل النظم الإدارية. فالتحول نحو الإدارة الإلكترونية كمفهوم يعبر عن السرعة التفاعل واختراق الحدود.

إن تحويل الأعمال والخدمات الإدارية التقليدية إلى أعمال وخدمات إلكترونية وظهور إدارة إلكترونية تعمل على حماية الكيان الإداري والارتقاء بآدائه وتحقيق الاستخدام الأمثل للخدمات بسرعة ودقة متناهية كان نتيجة ادخال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في عالم الإدارة.

حيث يعود الفضل في نشأة الإدارة الإلكترونية إلى تفاعل القوى الثلاث المتمثلة في تكنولوجيا المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات والمفاهيم الإدارية. ولعل استفادة الدول من تلك المعطيات (ثورة المعلومات وثورة الاتصالات) أدى بالدول إلى أن تسلك ذلك السبيل الأمثل بعدما تأكدت جدارته وجدواه عالميا ودوليا. هذا من جهة.

ومن جهة ثانية تعد الحريات العامة جزءا لا يتجزأ من حقوق الإنسان. والتي تركزت له عبر العصور ونظمتها الكثير من القوانين. وكذلك الشرائع السماوية وعلى رأسها الإسلام حيث تمثل الحقوق والحريات العامة موضوعا بالغ الأهمية فهي القضية التي طالما سعى إليها الإنسان وطالبت بها الشعوب وتغنى بها الفقهاء.

حيث تعد الحقوق والحريات العامة حجر الزاوية في إقامة المجتمع المتحضر الحر فاحترام تلك الحقوق والحريات العامة ورعايتها هو عمود الحكم العادل في المجتمعات الحديثة والسبيل الوحيد لخلق العالم الحر الآمن والمستقر. كما أصبحت الحقوق والحريات العامة اليوم المعيار الأساسي للحكم العادل ومؤشر لقياس مدى شرعية السلطة وممارستها. وعليه يستلزم على الحكام أثناء التعامل مع مواطنيهم احترام المعايير الدولية لتلك الحقوق والحريات العامة.

وعليه وتأسيسا على ما سبق نطرح الإشكالية التالية: ما مظاهر تأثير تكنولوجيا الإعلام والاتصال على الحقوق والحريات العامة؟، كما تتطلب دراسة الموضوع طرح تساؤلات

فرعية على النحو التالي: ما المقصود بتكنولوجيا الإعلام والاتصال؟ ما المقصود بالحقوق والحريات العامة؟.

وعليه ولدراسة مسألة تكنولوجيا الإعلام والاتصال وتأثيرها على الحقوق والحريات العامة يستوجب المنطق المنهجي التطرق إلى المقصود بتكنولوجيا الإعلام والاتصال والحقوق والحريات العامة ثم الحديث عن مظاهر تأثير الحكومة الإلكترونية على الحقوق والحريات العامة.

### الفرع الأول: المقصود بتكنولوجيا الإعلام والاتصال والحقوق والحريات العامة:

يستوجب المنطق المنهجي التطرق إلى المقصود بالإدارة الإلكترونية ثم المقصود بالحقوق والحريات العامة.

### أولاً: المقصود بتكنولوجيا الإعلام والاتصال:

إن المفهوم الشائع لإدارة الإدارة الإلكترونية يقتضي الاستغناء عن المعاملات الورقية وإحلال المكتب الإلكتروني. وقد بدأت الإدارة الإلكترونية منذ عام 1960 عند ابتكار شركة "IBM" مصطلح معالج الكلمات على فعاليات طابعتها الكهربائية. وزادت الأهمية عام 1964 عندما انتجت جهاز أطلق عليه اسم "MT/ST" الشريط الممنغط / وجهاز الطابعة المختار".

ويمكن تعريف الإدارة الإلكترونية على أنها: استخدام وسائل الاتصال التكنولوجية المتنوعة والمعلومات في تيسير سبل أداء الإدارة الحكومية لخدماتها العامة الإلكترونية ذات القيمة، والتواصل مع طالبي الانتفاع مع خدمات المرفق العام بمزيد من الديمقراطية من خلال تمكينهم من استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية عبر بوابة واحدة".<sup>1</sup>

وفي نفس المعنى يصفها البعض الآخر بكونها: "العملية الإدارية القائمة على الإمكانيات المتميزة للأنترنت وشبكات الأعمال في تخطيط وتنظيم وتوجيه الرقابة على الموارد والقدرات الجوهرية للإدارة والآخرين بدون حدود من أجل تحقيق أهداف الإدارة".<sup>2</sup>

والتعريف المنتشر للإدارة الإلكترونية أو الرقمية يتمثل في: "استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لمساندة فعالية الخدمات الحكومية وتعاملها مع المواطنين بطريقة أحسن أسهل، والسماح بالوصول إلى قدر أعظم من المعلومات، وجعل الحكومة ذاتها أكثر استجابة لرغبات المواطنين".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - هيم الفلكاوي. (الحكومة الإلكترونية). مجلة الجرس الوطني الكويتي. العدد 19، 2002، ص: 50.

<sup>2</sup> - محمد سمير أحمد. الإدارة الإلكترونية، عمان، دار المسيرة للنشر والتوزيع، 2009، ص: 43.

<sup>3</sup> - فارس رشيد البياتي. الفساد المالي والإداري في المؤسسات الإنتاجية والخدماتية (معالجات نظرية وتطبيقية بطريقة الأنظمة التكاملية). عمان

للتنشر والتوزيع، 2009، ص: 180.

## ثانياً: المقصود بالحقوق والحريات العامة:

تعد الحقوق والحريات العامة من بين أهم المبادئ العامة التي كرستها القوانين الدولية والداخلية لاسيما منها الدساتير. كما أوليت عناية من جانب الفقه، وقبل التطرق للحديث عن الحقوق والحريات العامة في القوانين سواء كانت دولية أو داخلية تستوجب الإشارة إلى أن أو وثيقة إسلامية تناولت مبادئ وأحكام لها صلة بالحقوق والحريات العامة حسب مفهومنا المعاصر هي وثيقة المدينة أو ما يطلق عليها صحيفة المدينة في السنة الأولى هجرية.<sup>1</sup>

كما تضمنت المواثيق الدولية والإقليمية مختلف الحقوق والحريات العامة، وعليه فالسؤال الذي يطرح نفسه ما المقصود بالحقوق والحريات العامة؟<sup>2</sup>

فعلى المستوى الفقهي قدمت العديد من التعاريف الفقيهة لمصطلح الحقوق والحريات العامة، فحسب الفقيه "هوريو" يقصد بالحرية: "مجموعة الحقوق المعترف بها والتي تعتبر أساسية عند مستوى حضاري معين، بما يلقي على الدولة واجب حمايتها حماية قانونية خاصة، وضمنان عدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها".<sup>3</sup>

ويعرفها عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد على أنها: "الحقوق والحريات الأساسية المعترف بها دستوريا وتشريعيا، والتي لا يستغني عنها الإنسان في حياته وتكفلها الدولة وحميها وتنظيمها".<sup>4</sup>

كما عرفت الحرية على أنها إمكانية القيام بكل ما لا يسيء إلى الآخرين.<sup>5</sup>

## الفرع الثاني: مظاهر تأثير الإدارة الإلكترونية على الحقوق والحريات العامة:

انطلاقاً من التعريف السابق للإدارة الإلكترونية يتبين لنا أن نظام الإدارة الإلكترونية سوف يوفر العديد من المزايا، كما ينطوي عليها بعض السلبيات لاسيما في بداية التطبيق وعليه يتطلب المنطق المنهجي التطرق إلى المظاهر الإيجابية للإدارة الإلكترونية على الحريات العامة ثم المظاهر السلبية للإدارة الإلكترونية على الحريات العامة.

<sup>1</sup> - حيث أبرم سيدنا محمد هذه الوثيقة عند وصوله إلى المدينة المنورة (يثرب آنذاك) عقب هجرته إليها، وقد أبرمت بين المهاجرين إلى المدينة من أهل قريش من جهة وأهل المدينة من أوس وخزرج من جهة ثانية واليهود المقيمين في المدينة من جهة ثالثة: أنظر: محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الثاني، القاهرة، دار الشروق، 2005، ص: 23.

<sup>2</sup> - بالرجوع للمواثيق الدولية والقوانين الداخلية نجدها قد نصت في بنودها على الحقوق والحريات العامة لكن دون إعطاء تعريفات لها وهذا أمر طبيعي ومنطقي فعادة ما تحجم القوانين عن إعطاء تعريفات لمصطلحات قانونية عادة ما يثور بشأنها الجدل وتوجه لها أسهم الانتقاد، ما يفتح الباب على مصراعيه لتعريفات القضاء والفقه.

<sup>3</sup> - أميرة خباية، ضمانات حقوق الإنسان في ظل الدساتير الجزائرية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2004-2005، ص: 16.

<sup>4</sup> - أميرة خباية، المرجع نفسه، ص: 16.

<sup>5</sup> - جان مورانج، الحريات العامة، منشورات عويدات، بيروت، باريس، 1989، ص: 64.

## أولا- المظاهر الإيجابية لتكنولوجيا الإعلام والاتصال على الحقوق والحريات العامة:

من المظاهر الإيجابية لتكنولوجيا الإعلام والاتصال على الحريات العامة، يمكن ذكر النقاط

التالية:

### 1- سرعة أداء الخدمات:

إن حلول الحاسوب الآلي محل النظام اليدوي التقليدي أحدث تطورا في تقديم الخدمة للجمهور، حيث قلت الفترة الزمنية اللازمة لأداء الخدمة ويعود ذلك إلى سرعة تدفق المعلومات والبيانات من الحاسب الآلي بخصوص الخدمة المطلوبة، ومن ثمة يتم القيام بها في وقت محدد قصير جدا.<sup>1</sup>

حيث يحتاج كل مواطن لمستوى أفضل من الخدمات، وكلما انتشر استخدام التقنية ازدادت التوقعات والآمال بأن على الحكومات استخدام تلك التقنية لتقديم خدمات أفضل وبطريقة مرحة أكثر.<sup>2</sup>

ويقصد بالخدمة العامة: " تلك الرابطة التي تجمع بين الإدارة العامة الحكومية والمواطنين على مستوى تلبية الرغبات وإشباع الحاجات المختلفة للأفراد من طرف الجهات الإدارية والمنظمات العامة".<sup>3</sup>

ولا يتوقف الأمر على سرعة أداء الخدمات العمومية، بل تتطلب المسألة تقديم أحسن الخدمات للمواطنين فالاهتمام بخدمة المواطن يتطلب خلق بيئة عمل فيها تنوع من المهارات والكفاءات المهياة مهنيا لاستخدام التكنولوجيا الحديثة.

وتأكيدا على تحسين الخدمة العمومية صدرا المرسوم التنفيذي يتعلق الأول بالمرسوم التنفيذي رقم 13-381 المؤرخ في 19 نوفمبر 2013 الذي يحدد صلاحيات الوزير لدى الوزير الأول المكلف بإصلاح الخدمة العمومية، والمرسوم التنفيذي رقم 13-382 المؤرخ في 19 نوفمبر 2013 يحدد تنظيم الإدارة المركزية للوزارة لدى الوزير الأول المكلفة بإصلاح الخدمة العمومية، حيث وبالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 13-381 السالف الذكر نجد أن المادة 2 تؤكد على مسألة التشجيع على تطوير الإدارة الإلكترونية، حيث تنص المادة أعلاه على أنه: " يتولى الوزير الأول المكلف بإصلاح الخدمة العمومية وتسييرها بالتشاور مع الوزراء المعنيين لتكييفها مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية وتلبية حاجيات مستعملي المرفق العام.

<sup>1</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص: 56.

<sup>2</sup> - فهد بن ناصر العبود، الحكومة الإلكترونية بين التخطيط والتنفيذ، طبعة ثالثة، الرياض، 2005، ص: 26-27.

<sup>3</sup> - عبد الكريم عشور، دور الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية في الولايات المتحدة الأمريكية والجزائر، مذكرة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص الديمقراطية والرشادة كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009-2010، ص: 40.

وبهذه الصفة يكلف بالخصوص بما يلي:

- دراسة وتقييم تنظيم الخدمة العمومية وسيرها.
  - اقتراح كل تدبير يهدف إلى تسهيل الاستفادة من الخدمة العمومية.
  - ترقية الأعمال الموجهة لتحسين نوعية الخدمة العمومية.
  - تنسيق أعمال تبسيط الإجراءات الإدارية وتخفيفها.
  - مساعدة الإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية في إعداد برامجها الخاصة بعصرنة الخدمة العمومية وتنفيذها.
  - التشجيع على تطوير الإدارة الإلكترونية بإدخال التكنولوجيا الحديثة للإعلام والاتصال وتعميمها.
  - تحسين ظروف عمل أعوان المرفق العام وضمان حماية حقوقهم.
  - العمل على تحقيق المهنية وأخلاقيات المرفق العام.
  - ترقية حقوق مستعملي الخدمة العمومية وحمايتهم.
  - وضع أنظمة وإجراءات فعالة في مجال الاتصال لإعلام المواطنين حول خدمات المرفق العام.
  - وتحسين حصول المستعملين على المعلومات وجمع آرائهم واقتراحاتهم والرد على شكاويهم.
  - وضع آليات ملائمة للمتابعة والتقييم الدوري لخدمات المرفق العام.
  - اتخاذ التدابير الضرورية لبعث الثقة والحفاظ عليها بين أعوان المرفق العام ومستعمليه.
  - ترقية القيم الأخلاقية المرتبطة بنشاطات أعوان المرفق العام.
  - تحفيز وتشجيع مشاركة مستعملي المرفق العام والمجتمع المدني في تحسين الخدمة العمومية.
- حيث تمثل تكنولوجيا المعلومات والاتصال حلقة جديدة ضمن أساليب التطوير الإداري الحديث، حيث يؤدي الاعتماد على هذا البديل إلى إحداث سلسلة من التغيرات المتلاحقة بغية زيادة مردودية الخدمة العمومية وتحسين أنشطة المؤسسات العمومية التي تضطلع بالأنشطة والمهام الخدمية، ولقد أصبح استخدام التكنولوجيا الحديثة من وسائل اتصالات وشبكات الكترونية في مجال الخدمات العامة، يحقق مزايا عديدة، إذ تحقق درجة عالية من الراحة والملائمة مقارنة بتسليم الخدمة وجها لوجه، أو الاتصال المباشر مع تسجيل السرعة في إنجاز المهام وأداء الخدمات والحصول عليها أو طلبها والسهر على إشباع رغبة المواطن. كما تؤدي إلى محدودية وقلّة نسبة الأخطاء في أداء وتسليم الخدمة بشكل ينهي مشاكل التعقيد الإداري والمرض البيروقراطي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الكريم عشور. مرجع سابق. ص: 65.

## 2- تخفيض التكاليف:

ما لا شك فيه أن أداء الأعمال الإدارية بالطريق التقليدي القديم يتطلب كميات كبيرة من الأوراق والمستندات والأدوات الكتابية من جهة، ومن جهة ثانية أنه يتطلب ويحتاج ذلك الأداء إلى عرضه على أكثر من موظف عمومي للإطلاع عليه والتوقيع عليه، ومن ثمة إحالته إلى موظف آخر، مما يترتب عليه ارتفاع تكاليف أداء ذلك العمل الإداري وتقديم الخدمة نظراً لارتفاع أسعار المواد اللازمة لأداء الخدمة.<sup>1</sup>

فمن المظاهر الإيجابية للإدارة الإلكترونية تخفيف العبء عن المواطنين من حيث الجهد والوقت والمال، وتوفير خدمة مستمرة على مدار الساعة، فبدلاً من تنقل المواطنين إلى مراكز الهاتف والغاز لتسديد الرسوم والقوانين المطلوبة، فإنه وفي إطار الإدارة الإلكترونية يتم دفع الفواتير عن طريق بطاقات الائتمان.

لكن هذه المسألة تتطلب إتاحة تقنيات الإدارة الإلكترونية للجميع في المنازل والعمل والمدارس والمكتبات حتى يتمكن كل مواطن من التواصل، ومن ثمة يستوجب تغطية مناطق الظل التي لا تصلها تغطية الشبكة العنكبوتية في الجزائر، ولا يتوقف الأمر عند تغطية المناطق الريفية والصحراوية والجبلية والنائية... إلخ بالشبكة العنكبوتية، بل تتطلب القضية إتقان المواطن استعمال التكنولوجيا الحديثة في استخراج وثائق إدارية، كما يستوجب العمل على تحسين وتهيئة المواطنين بفوائد ومزايا هذه التقنيات وتقديم التسهيلات الضرورية لهم بخصوص تكاليف اقتناء العتاد اللازم.

## 3- اختصار الإجراءات الإدارية:

من المظاهر الإيجابية للإدارة الإلكترونية القضاء على البيروقراطية، ومن ثمة تبسيط الإجراءات وأجازها بسرعة وسهولة توفير الوقت والجهد والنفقات، وذلك خاصة فيما يتعلق بأماكن الإدارات وإعداد العاملين.

فبالرجوع للعمل الإداري التقليدي فإنه يتميز بجملة من التعقيدات الإدارية، كونه يحتاج إلى موافقة أكثر من جهة إدارية على العمل المطلوب، وكأن يكون الموظف الإداري غائب ولا يتواجد في مكان عمله مما يتعطل معه أداء الخدمة من يوم لآخر.

ففي الإدارة الإلكترونية وإنهاء العمل المطلوب يمكن لموظف واحد أن يتولى تقديم الخدمة العامة قبل الجمهور دون الرجوع إلى الرؤساء، حيث يرجع إلى قاعدة البيانات الموجودة في جهة عمله، وتعتبر قاعدة البيانات بمثابة تفويض مسبق للموظف باتخاذ قراره في شأن الخدمة العامة التي تتعلق بالجمهور، فضلاً عن التسهيل على الجمهور ذاته، هذا الأخير الذي أصبح في غير

<sup>1</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص: 57.

حاجة لمراجعة جميع الموظفين حسب مراحل إنهاء المستند أو المعاملة الخاصة بأي منهم، فالموظف الواحد يمكنه إنهاء المعاملة دون مشاركة الآخرين.<sup>1</sup> وعليه فتقنية المعلومات والاتصالات في إطار الإدارة الإلكترونية كافية لتوفير المعلومة بسهولة وبسرعة وفي مدة زمنية قصيرة. كونها تتم أمام موظف واحد عوض مراجعة عدة مكاتب، ومرورها على عدة موظفين.

كما يظهر عنصر اختصار الإجراءات الإدارية وعلى سبيل المثال في تخفيف إجراءات منح جواز السفر. حيث تضمن القانون المتعلق بمستندات ووثائق السفر أحكاماً جديدة من شأنها ترقية الخدمة العمومية. حيث وبمقتضى هذا القانون تم نقل مدة صلاحية جواز السفر إلى 10 سنوات بالنسبة للمواطنين الذين تجاوزوا 19 سنة.

ومن أجل تخفيف بعض الإجراءات الإدارية التي اعتبرها المواطنين في الغالب مجحفة، تضمن القانون تقليص الوثائق المطلوبة من أجل الحصول على وثيقة السفر هذه. كما أن التحقيق الإداري المسبق وبقصد التسريع في إجراءاته وحسب ما أدلى به المدير العام للحريات العامة والشؤون القانونية بوزارة الداخلية محمد طالبي على ربط المستندات والوثائق المؤمنة بنظام آلي متصل بالبطاقيّة الوطنية لصحيفة السوابق العدلية على مستوى أجهزة العدالة.

وتدعيماً لما سبق قوله، قام رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة وفي إطار التعديل الوزاري إلى استحداث ولأول مرة في تاريخ البلاد منصب الوزير المنتدب بإصلاح القطاع العمومي، والذي تم إسناده إلى محمد الغازي الوالي السابق لعنابة كما تمت الإشارة إلى استحداث هذه الوزارة الجديدة يعكس إرادة رئيس الدولة في إصلاح هذه الخدمة، وتكييفها مع المتطلبات الحديثة، فمنذ إنشاء هذه الدائرة الوزارية نصبت لجنة وزارية مشتركة وهي تعكف حالياً على تحديد الاختلافات التي تعرفها الخدمة العمومية من بينها الإجراءات الإدارية، حيث تتلقى هذه اللجنة الاقتراحات الصادرة عن مختلف الدوائر الوزارية من أجل تخفيف الإجراءات الإدارية التي تعد المشكل الحقيقي الذي يعاني منه المواطن.

#### 4- دقة وجودة الخدمة المقدمة:

إن نظام الإدارة الإلكترونية يعتمد على الحاسب الآلي، هذا الأخير الذي يتم إمداده بالمعلومات والبيانات المتعلقة بجميع الخدمات، ومن ثمة لا مجال للخطأ في العمل المقدم عن طريق الأجهزة الإلكترونية.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص: 57.

<sup>2</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص: 58.

## 5- القضاء على الفساد الإداري:

من المتفق عليه أن نظام الإدارة الإلكترونية يتضمن إتمام المعاملات بطريقة إلكترونية، حيث يمكن لصاحب الخدمة تحديد الخدمة المطلوبة انطلاقاً من دخوله للموقع الإلكتروني الخاص بجهة الإدارة، ومن ثمة إلغاء العلاقة المباشرة التي كانت سائدة بين الموظف وطالب الخدمة، ففي مجال الإدارة الإلكترونية تقل فرص انتشار جرائم الفساد<sup>1</sup>، ولا يختلف اثنان على كون الفساد ظاهرة مرفوضة من قبل الجميع، وهي حالة موجودة في جميع دول العالم، وتصيب جميع المؤسسات مهما كانت طبيعتها.

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه لا يوجد تعريف موحد للفساد الإداري ويرجع ذلك لعدة أسباب من بينها تعقد ظاهرة الفساد وتشعب معالمها وأسبابها، وتعرف منظمة الشفافية الدولية الفساد على أنه: "استغلال السلطة من أجل المنفعة الخاصة"، وعرفه البنك الدولي على أنه: "إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص"<sup>2</sup>.

ففي إطار الإدارة الإلكترونية يتم تكريس مبدأ العدالة ومبدأ المساواة في تقديم الخدمة وفي المعاملة والتقدير والإحترام، فلا مجال للفرقة بين الأشخاص مهما كانت طبيعة التفرقة. ويعد مبدأ المساواة أساسه في النصوص الدستورية للدول المختلفة والتي تطبق مبدأ المساواة أمام المواطنين في الحقوق والواجبات دون تمييز أو تفرقة، كما يعد أساسه في المبادئ القانونية العامة التي استخرجها القضاء الإداري.

ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة لا يعني المساواة المطلقة وإنما المساواة النسبية بمعنى المساواة القانونية بين من تتماثل مراكزهم القانونية وتتوافر فيهم الشروط القانونية المطلوبة للاستفادة من خدمات المرافق العامة لتحمل أعباء وتكاليف هذا الانتفاع.

كما تجدر الإشارة إلى أن الشيء الذي يجعل الإنجاز الإلكتروني أيسر تحقيقاً للهدف هو أنه لا يتم أمام الجمهور، وذلك لتجنبه المواجهة المباشرة مع طالبي الخدمة.

وتأسيساً على ما سبق فإن نظام الإدارة الإلكترونية يعمل على القضاء على التأخير والبطء الذي كانت تتسم به الإدارة التقليدية، كما يعتبر بمثابة وسيلة فعالة لإعمال الرقابة انطلاقاً من النظم التقنية التي تتمتع بها من حيث إمكانيات التحليل والمراجعة آلياً.

<sup>1</sup>- عصام محمد مطر، مرجع سابق، ص: 58.

<sup>2</sup>- عز الدين بن تركي، منصف شرقي، الفساد الإداري، أسبابه، وطرق مكافحته، إشارة لتجارب بعض الدول، الملتقى الوطني حول حوكمة الشركات كآلية للحد من الفساد، مخبر مالية، بنوك وإدارة أعمال، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، يومي 06-07، ماي 2012، ص: 02.

## ثانياً: المظاهر السلبية لتكنولوجيا الإعلام والاتصال على الحقوق والحريات العامة:

وتزداد هذه المظاهر السلبية مع زيادة تفعيل تطبيق الإدارة الإلكترونية، ومن بين المظاهر السلبية لهذه الأخيرة على الحقوق والحريات العامة يمكن ذكر:

### 1- البطالة:

إن تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية سيؤدي إلى الحد من حق الشخص في العمل الذي يعد بمثابة حق مكفول دستورياً. والسبب في انتشار البطالة نتيجة تطبيق الإدارة الإلكترونية إنما يكمن في حلول الآلة محل المواطن.

### 2- المساس بالصحة العامة:

مما لا شك فيه أن الجلوس أمام الكمبيوتر يؤثر على حاسة البصر كما يؤثر على التفكير، وعليه ونظراً لأن نظام الإدارة الإلكترونية يتطلب استخدام الإنترنت في الحصول على كافة الخدمات المختلفة في مناحي الحياة، فإنه هو الآخر سيؤثر على صحة الفرد لاسيما ما يتعلق بحاسة البصر نتيجة الجلوس والاستخدام المطول لذلك النظام.

كما أن المداومة على استخدام هذه الشبكات تفقد الفرد فرصة التكيف مع المجتمع المحيط به، فهي تحقق ما يسمى بالعزلة التي تفرض نتيجة استخدام الأشخاص لشبكة الانترنت لفترات زمنية طويلة حيث لا يمكننا نفي مبدأ أن الإنسان اجتماعي بطبعه.

### 3- المساس بالحق في الخصوصية:

من أهم الحقوق التي حرصت أغلب التشريعات على تنظيمها وكفالة حمايتها وأفردت لها العديد من النصوص الحق في الخصوصية، إلا أن التعامل الإلكتروني قد يمكن بعض الأفراد من معرفة خصوصيات الآخرين كالتعرف على استهلاك فواتير الكهرباء أو التلفون.....<sup>1</sup> فالإنترنت لم تعد أداة إيجابية للحصول على المعلومات، بل أضحت تشكل خطورة كبيرة على المستخدمين كونها تمس بأمن الأشخاص من خلال اختراق البريد الإلكتروني للأشخاص ولأكبر الشركات الكبرى، وهذا يشكل ما يسمى بالجرائم الإلكترونية.

فالتطور الإلكتروني صاحبه العديد من الأضرار نذكر من بينها القرصنة الإلكترونية وتبادل المعلومات انطلاقاً من تقمص شخصية أحد الأطراف أثناء الدردشة، والقرصنة التي تمس واقع الأشخاص التي تعبر عن مواقفهم ومواقع المؤسسات المالية والبنوك، وهذا النوع من القرصنة تشكل خطورة كبيرة، حيث بالإمكان الاطلاع على أرصدة الأشخاص والاستيلاء عليها ومن ثمة تحويل أموالهم، وعليه فالسؤال الذي يطرح نفسه: ما هو الحل الأنجع لوضع حد لمثل هذه الظاهرة؟

<sup>1</sup>- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص: 61.

إن الحل الأنجح للتصدي لظاهرة القرصنة الإلكترونية يتطلب قانون التشفير لتحسين المواقع وتأمينها.

وقد ثمن وزير التكنولوجيا والإعلام والاتصال على إنشاء المركز الوطني لمراقبة تدفق المعلومات. حيث يتولى هذا المركز ضبط أكثر لتبادل المعلومات ويتولى حماية المشتركين من أي قرصنة. ويبرز دوره انطلاقاً من وضعه لنقطة البقاء بين مختلف الممولين لمراقبة المحتويات.

حيث صرحت باحثة في مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني (سيريسست) أن القرصنة منتشرة بصفة واسعة. وقالت أن معظم البرامج الإلكترونية المستعملة في الجزائر هي برامج مقرصنة ابتداء من أنظمة التشغيل منها نظام " الوندوس". كون أن البرامج المقرصنة تباع في الأماكن العمومية دون حسيب ولا رقيب. ويتم اقتنائها بسهولة. حيث صار الإقبال عليها واسع مقارنة بتلك الأصلية والسبب في ذلك يكمن في أن ثمنها زهيد.

ذلك ما تطلب وضع مشروعين قانونيين لضبط العملية أكثر. ويتعلق الأمر بمشروع حماية المعلومات وحماية المعاملات الإلكترونية. وحتى ينجح هذان المشروعان في حماية تبادل المعلومات وتأمينها يستوجب سن قانون التشفير.

#### 4- فقدان الأمان:

يؤدي التعامل الإلكتروني إلى فقدان الأمان تماماً في الكثير من التعاملات عن طريق بطاقات الائتمان.<sup>1</sup> فمن المخاطر المحتملة تعرض أمن المعلومات على كافة المستويات للخطر مثل السطو على المعلومات والأرصدة في البنوك والإضرار بالغير من خلال فيروسات الحاسب.

إن المساس بالحقوق في الخصوصية يترتب عليه التخوف من التقنية وعدم الاقتناع بالتعاملات الإلكترونية نظراً لما تؤديه من تهديد لعنصر الأمن في الخدمات الحكومية. فعلى سبيل المثال نجد أن فئات واسعة من الأشخاص سواء كانوا متعاملين اقتصاديين أو مواطنين يتخوفون من استعمال البطاقة المغناطيسية في سحب أموالهم بسبب كثرة الأخطاء الناجمة عن جهاز السحب الإلكتروني والتأخير الكبير في تحسين حساباته.

فالقرصنة الإلكترونية تعد من بين المعوقات الأمنية التي تواجه تطبيق الإدارة الإلكترونية وعليه فالسؤال الذي يطرح نفسه، ما هو العامل الذي يساعد في تحقيق الأمن أثناء المعاملات الإلكترونية؟

إن تحقيق الأمن الإلكتروني يتطلب أولاً توفير الحماية المادية لنظم المعلومات بالإضافة إلى العمل على رفع القدرات والخبرات ومن ثمة تنمية المهارات وفي الأخير استخدام التقنيات الحديثة في حماية أمن المعلومات.

<sup>1</sup> - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص: 61.

#### الخاتمة:

وفي الأخير فإنه بات من الضروري تطبيق الإدارة الإلكترونية كأداة لترقية مهام مؤسسات الخدمة العمومية. ومن ثمة المساهمة وبطريقة واضحة في تجسيد إصلاحات الخدمات المقدمة للمواطنين. إلا أن التحول والانتقال من الإدارة الورقية إلى الإدارة الإلكترونية ينجر عليه مشاكل وفي مقدمتها مخاطر الأمن الإلكتروني كما يعترض الخدمة الإلكترونية مشكل الأمية الإلكترونية التي تكاد تمس جل فئات المجتمع الأمر الذي يهدد واقع الجاهزية الإلكترونية. وعلى الرغم من وجود السلبيات إلا أن الإيجابيات التي تحقها الإدارة الإلكترونية تفوقها بكثير. كما أنه يمكن مواجهة هذه السلبيات وذلك عن طريق تفعيل دور الإدارة الإلكترونية في توفير الرخاء لجميع الأفراد. تنظيم تواجد الأفراد على شبكة الانترنت. دعم برامج التعليم الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات على مختلف المستويات بهدف خلق مجتمع قادر على التواصل مع التقنية الحديثة ترسيخ مبدأ الخصوصية الفردية عن طريق استخدام التوقيعات الرقمية والأرقام السرية. وكلمات المرور. بهدف تقليص التعديات التي يمكن أن تؤثر بفعالية على تطبيق الحكومة الإلكترونية. كما يتطلب الأمر ترسانة قانونية لتأمين المعاملات الإلكترونية.

نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الدولة عن أنشطتها النووية السلمية

(بين النظرية والممارسة الدولية)

د. زرقان وليد جامعة سطيف-2

ملخص:

جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على نظرية المخاطر و مدى إعمالها كأساس لمسؤولية الدولة عن أنشطتها النووية السلمية وذلك لسد الفراغ الذي تركته نظرية العمل غير المشروع. خصوصا مع تزايد المخاوف من كوارث نووية على غرار حادثتي Tchernobyl 1986 و Fukushima الأخيرة. وقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى وجود تيارين فقهيين أحدهما مؤيد و الآخر معارض في حين تردد القضاء الدولي في تطبيقها بشكل مكثف في الوقت الذي لم تتجاهل فيه الاتفاقيات الدولية المتخصصة في هذا المجال النص صراحة أو ضمنا على الأخذ بهذه النظرية. إلا أن ذلك في نظرنا غير كاف إذ لا بد من اتفاقية دولية موحدة تحمل الدولة صراحة المسؤولية المطلقة عن جميع أنشطتها النووية السلمية.

الكلمات المفتاحية:

الطاقة نووية / المسؤولية الدولية / نظرية المخاطر/النشاطات النووية

Résumé

Cette étude a pour objectif de faire la lumière sur la théorie du risque et dans qu'elle mesure cette théorie pourra être le fondement de la responsabilité de l'Etat pour ses activités nucléaires pacifiques et ceci pour combler le vide laissé par la théorie de l'acte illicite, surtout avec des craintes de plus en plus de catastrophes nucléaires comme les deux incidents Tchernobyl 1986 et Fukushima 2011 récemment. nous avons appris à travers cette étude , la présence de deux tendances doctrinales la première est pour cette théorie mais l'autre est contre.tandis que la justice internationale hésite a l'appliqué largement, en même moment les conventions internationales spécialisées dans ce domaine , n'ont pas ignorés explicitement ou implicitement l'application de cette théorie , mais elle reste à notre avis insuffisante car il faut chercher une convention internationale unifiée qui porte explicitement la responsabilité ultime de toutes les activités nucléaires pacifiques a l'état concerné.

Mots clés

Energie atomique / responsabilité international / la théorie de risque / activités nucléaires

مقدمة

أدى التطور العلمي والتكنولوجي والاقتصادي إلى زيادة الارتباط بين الدول. وأصبح من المستحيل أن تبقى العلاقات بينها دون روابط تنظمها. فارتضت فيما بينها مجموعة من القواعد التعاقدية والعرفية تحكم تصرفاتها فيما يقوم بينها من علاقات. على أساس يكفل سلامة هذه الدول. وينمي ما بينها من روابط تعود بالفائدة على الأسرة الدولية. هذه القواعد

هي قواعد القانون الدولي العام الذي ازدادت أهميته بتطور العوامل التي أوجدته وبلغت ذروتها في عصر التفجيرات الحرارية النووية التي تعددت وعمت أضرارها، وإذا كانت الأضرار الناجمة من تفجيرات أو امتلاك الأسلحة النووية قد أكدتها أحداث وقعت، فإن استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية - باعتباره حق مكفول دوليا - قد يؤدي إلى حدوث مثل هذه الأضرار نتيجة لحوادث طارئة، سواء بعد اتخاذ احتياطات الأمن اللازمة أو دون اتخاذها، أو نتيجة التخلص غير السليم من البقايا النووية، غير أن واقع الحال أثبت أن أعمال قواعد المسؤولية التقليدية القائمة على الخطأ غير مجدية، نظرا لصعوبة إثبات الخطأ أو أنه غير متوافر أصلا خاصة في مجال استخدام الطاقة النووية، فجاءت نظرية المخاطر لسد الفراغ في المسؤولية و تعويض المضرور، ومن هنا ارتأينا دراسة إشكالية نظرية المخاطر وتطبيقاتها الحديثة كأساس للمسؤولية الدولية في مجال استخدام الطاقة النووية السلمية ؟ ، وذلك نظرا لتزايد استخدامها و المخاطر الكبرى التي تحدثها على غرار حادثة<sup>1</sup> Tchernobyl و Fukushima<sup>2</sup> التي لا تزال تثير المخاوف حتى اليوم، وسنحاول من خلال هذه الدراسة أن نتطرق أولا لبحث مفهوم نظرية المخاطر وكيف دخلت نطاق المسؤولية الدولية، ثم نعرض ثانيا على مكانة نظرية المخاطر في الممارسة الدولية خاصة من خلال القضاء الدولي و مشروع لجنة القانون الدولي و أخيرا الاتفاقات الدولية المنظمة للمسؤولية عن الأضرار النووية.

### أولا مفهوم نظرية المخاطر

بعد أن خطى الإنسان إلى عصر الثورة الصناعية، فأبدع و اخترع تكنولوجيا لم يكن يعرفها من قبل، تعاضمت الحاجة لبلورة قواعد قانونية تلائم الأنشطة الصناعية الحديثة والتي لا تنطوي على خطأ، و بالرغم من ذلك تنتج عنها أضرار جسيمة لا تقرها النظريات التقليدية في المسؤولية عن تلك الأضرار<sup>3</sup>، وهو ما أدى إلى ظهور نظرية المخاطر أو ما يطلق عليه أيضا المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية دون خطأ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -Linda A.Malone, The Chernobyl accident : Acase study in International Law Regulating State Responsibility for Transboundary nuclear pollution, Columbia Journal of Environmental law, vol 12/1987,pp :203-241.

<sup>2</sup> -Sonja Sutter, Corporate Social Responsibility and Extreme Events : Example of Fukushima, Certificate of Advanced Studies on Corporate Social Responsibility, University of Geneva, 2011, pp :1-12.

<sup>3</sup> - voir James CRWFORD. Les articles de la C.D.I sur la responsabilité de l'état , pedone, paris, 2003,pp :93-107.

<sup>4</sup> - تناولها الفقه بمسميات عديدة منها: نظرية المخاطر The theory of risk, المسؤولية المطلقة Absolut liability, المسؤولية المشددة Strrict liability المسؤولية دون خطأ. Liability without fault.

## 1/ مضمون نظرية المخاطر

هي المسؤولية التي تترتب على عاتق الدولة بسبب الأضرار الناشئة عن أنشطة مشروعة و لكنها تنطوي على مخاطر جمة بصرف النظر عن وجود تقصير أو إهمال أو خطأ في جانب الدولة أو مستغل الجهاز الخطر.

فهي المسؤولية التي يكتفى فيها بوجود الضرر *Dommage* الذي أصاب دولة أو رعايا دولة أخرى من ممارسة الأنشطة المشروعة في مجال الطاقة النووية. وترتب مسؤولية الدولة القائمة بهذه الأنشطة متى نجم عنها ضرر أصاب الآخرين. فهي تطبق لبدأ (الغرم بالغرم) فكل من يستعمل جهازاً أو آلة خطيرة يستفيد منها عليه تحمل نتائج الحوادث و الأضرار التي تصيب الآخرين من جراء هذا الاستعمال.

فهذه النظرية تستبعد العنصر الأول من عناصر المسؤولية الدولية وهو الفعل غير المشروع. فالنشاط في ذاته مشروع ولكنه يحمل خطورة عالية. فلو نتج عنه ضرر فإننا لا نبحت عن وجود خطأ أو إهمال من جانب الدولة القائمة بالنشاط و لكننا نطالبها فوراً بإصلاح الضرر. على أساس أن مسؤوليتها مطلقة أو موضوعية قائمة منذ وقوع الضرر. ولا يطالب المضرور بإثبات أي تقصير من جانبها<sup>1</sup>. هذا ونلاحظ أن الفقه لأجلو سكسوني أضحى يميز بين مصطلحين: الأول وهو: *responsibility* و الذي يعني المسؤولية عن العمل غير المشروع (*responsabilité pour fait international illicite*). و الثاني هو: *liability*. و الذي يعني المسؤولية دون خطأ أو المطلقة (*responsabilité sans manquement*). وهو ما يوحي بأن هذا الفقه قد عرف تطوراً كبيراً في مجال المسؤولية.<sup>2</sup>

## 2/ نشأة نظرية المخاطر:

ظهرت نظرية المسؤولية عن المخاطر أو نظرية تحمل التبعة في القوانين الداخلية منذ وقت طويل. وذلك لإقامة المسؤولية المدنية عن الأضرار التي تحدثها الأشياء. إذ يستند القانون الداخلي تاريخياً إلى نشوء هذه النظرية في كنف القانون الروماني. و الذي أقام المسؤولية في قانون أكيليا *Lex Aquilia* على الضرر فقط دون أن يعول على سبب الضرر.<sup>3</sup>

إن نشأة النظرية في القانون الداخلي في غالبية الدول الحديثة ترجع في المقام الأول إلى التطور الاقتصادي الذي صاحبه التطور الصناعي و التكنولوجي الحديث. و ما ترتب عنه من حوادث و

<sup>1</sup> - معمر رتيب محمد عبد الحافظ. المسؤولية الدولية عن نقل وتخزين النفايات الخطرة. دار الكتب القانونية. مصر. 2008. ص: 350.

<sup>2</sup> - Patrick DALILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, Droit International Public, LGDJ, 8ed, Paris, 2009, p :912.

<sup>3</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل. المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق. دار النهضة العربية. القاهرة. 1980. ص: 18.

أضرار. يستحيل على ضحايا تلك الحوادث إثبات خطأ معين من جانب محدث الضرر لأن الأجهزة والآلات الصناعية غاية في التعقيد مثل المفاعلات النووية. وعلى هذا الأساس وجدت نظرية المخاطر صدى قويا لدى رجال القانون. فقد ذكر العميد Ripert في تقريره عن مشروع القانون الجوي الفرنسي الصادر في 21 ماي 1924 " أنه من يخلق مخاطر استثنائية للبشرية عليه تحمل نتائجها". كذلك ذكر الفقيه الإنجليزي Pollock أن " من مبادئ القانون المقبولة في النظام لأجلو أمريكي وجوب عدم إحداث ضرر للغير دون مبرر شرعي. وإنه من الضرورة قبول فكرة المسؤولية المطلقة باعتبارها أمرا تتطلبه ظروف الحياة في المجتمعات الصناعية.<sup>1</sup>

كذلك سارعت الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية الحديثة للأخذ بنظرية المسؤولية المطلقة. ومنها التشريع الفرنسي الصادر في 1946، وكذا التشريع الأمريكي و التشريع الإنجليزي بنظرية المسؤولية المطلقة عن النشاط شديد الخطورة<sup>2</sup> كذلك فعل المشرع المصري في القانون المدني رقم 131 لعام 1948 في المادة 178. هذا ويرجع الفضل إلى القضاء الإنجليزي الذي كرسه في قضية<sup>3</sup> Rylands against fletcher والتي سار على هديها القضاء الأمريكي. ويتضح من خلال النماذج السابقة أن نظرية المسؤولية المطلقة أصبحت تعتبر أحد مبادئ العامة المعترف بها من الأمم المتمدينة. وبالتالي تعتبر أحد مصادر القانون الدولي العام التي طبقتها محكمة العدل الدولية وفقا للمادة 38 من نظامها الأساسي.

### 3/ عناصر المسؤولية على أساس المخاطر

كما سبق و أشرنا لا تشترط المسؤولية على أساس المخاطر توافر عنصر الخطأ في نشاط الشخص القانوني الدولي. ولا يشترط أن يكون الضرر قد نتج عن عمل غير مشروع دوليا. فهي مسؤولية تقوم على ثلاث عناصر هي:

#### أ: / الضرر العابر للحدود Dommage transfrontière

يعتبر الضرر شرطا أساسيا في قيام المسؤولية على أساس المخاطر فالمسؤولية في هذه الحالة تنشأ بمجرد حدوث الفعل المسبب للضرر. بحيث يجب أن يكون الضرر ملموسا وعلى قدر من الأهمية. ويشمل الضرر كل من الأضرار التي تصيب الأشخاص أو الممتلكات أو البيئة. و مما لا شك فيه أن النشاطات النووية للدول داخل حدود إقليمها للأغراض السلمية هي نشاطات

<sup>1</sup> - معمر رتيب محمد عبد الحافظ. المرجع السابق، ص: 351.

<sup>2</sup> - جاء في هذا القانون " الشخص الذي يقوم بنشاط شديد الخطورة يكون مسئولا قبل الشخص الذي يتعرض جسمه أو أرضه أو منقولاته للضرر نتيجة لهذا النشاط دون حاجة لإثبات خطأ المسؤول".

<sup>3</sup> - تتعلق القضية بالسيد فلتشر الذي أقام خزان كبير لإمداد الطاحونة بالمياه فتسبب هذا الخزان في إغراق منجم للسيد ريلاند. و قد وضعت المحكمة في هذه القضية المبدأ التالي: " إن أي شخص يستغل مشروعات تشكل خطرا بالنسبة للغير يعتبر مسئولا عن الأضرار المحتملة حتى في حالة عدم إسناد أي خطأ إليه".

مشروعة دولياً- وتحمل مسؤوليتها بنفسها في حدود إقليمها - ما لم يكن في أسلوب ممارستها أي تعارض مع قواعد القانون الدولي. لذا يجب أن يكون الضرر عابراً للحدود أي أن الضرر يصيب إقليم دولة غير الدولة التي صدر منها النشاط الخطر. ولا يمكن في هذه الحالة إعمال القواعد التقليدية التي تركز أساساً على الخطأ لأن الخطأ في الضرر النووي صعب الإثبات نظراً لكثرة الأجهزة وتداخل عملها و تعقيدات تشغيلها. وقد أصبح مبدأ منع الضرر العابر للحدود جزء من قواعد القانون الدولي وهو ما أقره القضاء الدولي<sup>1</sup> و الاتفاقيات الدولية<sup>2</sup> وكذا لجنة القانون الدولي<sup>3</sup>.

### ب: الخطر

لا يرجع اللجوء إلى نظرية المخاطر في مجال الأضرار التي تحدثها النشاطات النووية السلمية إلى الأضرار النووية فقط وإنما يرتبط أساساً بخطورة النشاط النووي السلمي. فهي نشاطات تنطوي على مخاطر تنذر باحتمال حدوث أضرار. بحيث تكون هذه الأنشطة خطيرة في مجملها وليست فعلاً ضاراً بعينه.<sup>4</sup>

و قد اختلف الفقه في تحديد مفهوم الخطر. فالبعض يرى أن الخطر يعني احتمال وقوع حادث ضار دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى حدوث ضرر. في حين يرى آخرون أن الخطر يتمثل في الأنشطة التي من المرجح أن تسبب أضراراً جسيمة. و يرى البعض الآخر أن النشاط الخطر هو الذي تنبئ طبيعته أو المواد المستخدمة فيه باحتمال إحداث أضرار جسيمة مهما كانت ضآلة هذه الاحتمالات كاستخدام المواد النووية. ويرى الفقيه "Baxter" أن التنبؤ بالخطر شرط و معيار تستند عليه المسؤولية على أساس المخاطر<sup>5</sup>. في حين يرى الفقيه "Brboza" أنه من الضروري الأخذ بمفهوم احتمال الخطر وإمكانية التنبؤ به من أجل الحد من نطاق الموضوع لأنه

<sup>1</sup> - الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن مشروعية استخدام أو التهديد باستخدام الأسلحة النووية بتاريخ 07/08/1996.

<sup>2</sup> - تضمنت الاتفاقيات الدولية المنظمة للمسؤولية الدولية عن الأضرار النووية الضرر لكنها لم تفرق بين الضرر الجسيم وغير الجسيم كما أنها اعتدت بالأضرار غير النووية إذا نتجت عن حادث نووي.

<sup>3</sup> - جاء في مشروع مواد المسؤولية للجنة القانون الدولي تعريف الضرر العابر للحدود: "بالإضافة للنشاط الذي يتم داخل دولة ما و يحدث أثراً ضاراً في دولة أخرى أنشطة تمارس تحت ولاية الدولة أو تحت سيطرتها كأن تتم في أعالي البحار و يكون لها آثار في إقليم دولة أخرى أو في أماكن تحت ولايتها أو سيطرتها". أنظر في هذا الموضوع: نص مشروع المسؤولية الدولية عن النتائج الضارة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي. حولية لجنة القانون الدولي. الدورة الخمسين 1998. المجلد الثاني. الجزء الثاني.

<sup>4</sup> - خوليو باربوزا، التقرير الأول حول المسؤولية الدولية (عن النتائج الضارة التي تنتج عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي). حولية لجنة القانون الدولي. الدورة 37. 1985. المجلد الثاني. الجزء الأول. ص: 142.

<sup>5</sup> - كوينتن باكستر، التقرير الثالث حول المسؤولية الدولية (عن النتائج الضارة الناتجة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي). حولية لجنة القانون الدولي. الدورة 41. 1989. المجلد الثاني. الجزء الأول. ص: 371.

إذا لم يؤخذ بهذه المعايير فإن المسؤولية ستكون مطلقة عن أي ضرر عابر للحدود وقد لا يكون ذلك مقبولاً.

كما يشترط في الخطر أن يكون ملموساً بحيث يمكن تمييزه من الخصائص المادية للنشاط. ويرى الفقيه Brboza في هذا الصدد أن الخطر الملموس الذي يمكن التنبؤ به مسبقاً يكفي في حد ذاته لإقامة المسؤولية الدولية على أساس المخاطر.<sup>1</sup>

### ج: إسناد الضرر إلى الدولة مصدر النشاط الخطر

يعتبر إسناد الضرر إلى الدولة التي ارتكب النشاط الخطر على إقليمها شرط جوهري للحصول على التعويض في نظرية المخاطر<sup>2</sup>، ويتم هذا الإسناد وفقاً لمعيار إقليمي على حد كبير حيث لا يشترط بشأنه إثبات الصلة الوظيفية لمرتكب الفعل. حيث يمكن نسبة الأنشطة الضارة التي تحدثها كيانات خاصة إلى الشخص القانوني الدولي الذي نشأ النشاط الخطر على إقليمه.

و على هذا الأساس يرى الفقيه Barboza " أن مبدأ السيادة الإقليمية هو أساس قانوني دولي رسمي لممارسة الولاية و إسناد المسؤولية عن الآثار الضارة العابرة للحدود"<sup>3</sup>، أما بالنسبة للمناطق التي تخرج عن ولاية الدولة مثل أعالي البحار أو الفضاء الخارجي فيحق لكل دولة استخدامها مع عدم الإخلال بقواعد القانون الدولي و حقوق الدول الأخرى و بالتالي فالطرف المتسبب في الضرر ينبغي أن يظل مسئولاً و كذلك الأمر بالنسبة للمنطقة الاقتصادية الخالصة للدولة التي تمارس حقوقها تتحمل مسؤولية نشاطاتها التي ترتب ضرراً للغير.

هذا ويشترط كذلك علم الدولة التي وقع النشاط الخطر على إقليمها أو مناطق تحت سيطرتها بهذا النشاط أو على الأقل من المفترض أن تعلم بذلك. فإذا لم يكن في وسع الدولة أن تعلم ومن ثم لم تستطع أن تعلم بالنشاط فإن اشتراط إمكانية التوقع سيجتنب عليه أثر الإعفاء من المسؤولية و هو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية مضيق كورفو.<sup>4</sup> و على هذا الأساس هناك اختلاف فقهي في مدى مسؤولية الدولة عن الأنشطة التي تمارسها الهيئات الخاصة- التي لا تخضع لسلطة الدولة عادة- إلا أن غالبية الاتفاقيات المنظمة للمسؤولية عن الأضرار النووية قد اعتبرت الدولة مسؤولة عن الأضرار باعتبارها المخولة بمنح التراخيص<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - خوليو باربوزا، التقرير الأول، المرجع السابق، ص: 143.

<sup>2</sup> - Bernard DUBUISSON, La responsabilité environnementale, ( sous direction de Centre d'Etude de droit de l'Environnement), facultés universitaires Saint-Louis, Anthemis, 2009, pp :167-168.

<sup>3</sup> - خوليو باربوزا، المرجع نفسه، ص: 145.

<sup>4</sup> Voir - jan-marc LAVIEILLE, Droit International de l'Environnement, Ellipses, 3ed, paris, 2010, p :95.

<sup>5</sup> Voir : Moret Jean-René, Droit Spécifique au domaine nucléaire, Master, Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne, 2008, pp : 3-9.

لممارسة مثل هذه النشاطات ويقع عليها واجب الرقابة،<sup>1</sup> لذا نجد بعض التشريعات الوطنية وصلت إل حد التجريم (مسؤولية جنائية) في مجال استخدام الطاقة النووية دون رخصة مثلاً.<sup>2</sup>

### ثانياً: نظرية المخاطر في الممارسة الدولية

اختلف الفقه الدولي في إعمال نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الدولية فمنهم من أيدھا على غرار كل من: فوشي، شارل روسو، Higgins، كلسن، محمد حافظ غانم، بينما عارضھا فقه آخر مثل: كريلوف<sup>3</sup>، Dupuy، عبد الحميد بدوي، حامد سلطان و الغنيمي، لذا سنحاول معرفة موقف كل من القضاء الدولي و لجنة القانون الدولي من نظرية المخاطر، لنسلط الضوء أخيراً على الاتفاقيات الدولية المعنية.

### 1/ نظرية المخاطر في أحكام القضاء الدولي

سبقت الإشارة إلى بعض المواقف للقضاء الدولي إلا أننا سنتناول أهم القضايا التي فصل فيها القضاء الدولي أين أسس حكمه فيها على أساس المخاطر دون البحث في وجود الخطأ أو العمل غير المشروع.

### أ: قضية مصهر ترايل Trail smelter case

أقيم في عام 1896 بمدينة ترايل الكندية مصنع لصهر النحاس و الرصاص. وكان هذا المصهر على بعد سبعة أميال من الحدود الأمريكية، و قد أدى تطاير الأبخرة المنبعثة من المصهر إلى تلويث البيئة في الأراضي المتاخمة للحدود مع ولاية واشنطن الأمريكية، مما ألحق الضرر بالزروعات فيها وهو ما أدى لتضرر الأهالي و تبنت الحكومة الأمريكية مطالبهم واحتجت لدى حكومة كندا فعرض النزاع على لجنة دولية مختلطة شكلت بناء على اتفاق مسبق بين الطرفين في 11/01/1909 للنظر في تلوث المناطق الحدودية، و قد انتهت اللجنة بتاريخ 28/02/1931 إلى تقرير تعويض للحكومة الأمريكية بلغ 350 ألف دولار أمريكي حتى تاريخ 01/01/1932، ودعت إلى اتخاذ تدابير للحد من هذه الأبخرة مستقبلاً، إلا أن الأبخرة ظلت تنبعث من المصهر مما أدى إلى اتفاق الطرفين على إحالة النزاع إلى محكمة التحكيم للنظر فيه.

<sup>1</sup> - سوزان معوض غنيم، النظم القانونية الدولية لضمان استخدام الطاقة النووية في الأغراض السلمية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص: 619.

<sup>2</sup> - مرفت محمد البارودي، المسؤولية الجنائية للاستخدامات السلمية للطاقة النووية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1993، ص ص: 534-545.

<sup>3</sup> - محمد عادل عسكر، القانون الدولي البيئي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص: 801 و ما بعدها.

ورغم أن المحكمة انتهت على مشروعية تشغيل المصهر إلا أنها ألزمت الحكومة الكندية بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن هذا النشاط. و هو اعتراف من المحكمة بتأسيس المسؤولية على أساس نظرية المخاطر<sup>1</sup>.

### ب: قضية مضيق كورفو Corfu channel case

ثار نزاع بين المملكة المتحدة و ألبانيا بسبب الأضرار التي أحدثها حقل الألغام بالسفن البحرية البريطانية التي كانت تمر بالمضيق. و قد رفضت المحكمة أن تنظر في أية مسؤولية تجاه ألبانيا على أساس الإهمال. وقضت المحكمة بأنه يقع على عاتق كل دولة التزام بالأذى باستخدام إقليمها للقيام بأعمال تتنافى مع حقوق الدول الأخرى. و أكدت المحكمة أنه رغم الرقابة التي تمارسها السلطات المحلية في ألبانيا إلا أنها ملزمة بدفع التعويض عن الضرر الذي نتج عن زراعة الألغام في هذه القناة.

### ج: قضية التجارب النووية الفرنسية في المحيط الهادي

رفعت استراليا دعوى قضائية أمام محكمة العدل الدولية ضد فرنسا سنة 1973 بسبب الأضرار التي أصابت السكان المقيمين بالقرب من مناطق التجارب الفرنسية و التي أدت إلى إصابتهم بالضغط العصبي جراء هذه التجارب وذلك على أساس المسؤولية المطلقة (نظرية المخاطر).

ورغم أن المحكمة قد أوقفت النظر في الدعوى ورأت أنه لا جدوى من الفصل في النزاع بسبب إعلان فرنسا وقف تجاربها النووية في المستقبل. إلا أن البعض استند إلى هذه القضية بالقول بإقرار المحكمة بنظرية المسؤولية على أساس المخاطر (المسؤولية المطلقة) في مجال التجارب النووية خصوصا و أن فرنسا في ذلك الوقت لم تكن طرفا في المعاهدات التي تحظر إجراء التجارب النووية. إلا أننا نرى أن المحكمة لم تفصل في هذا النزاع أين تمكنت فرنسا من الإفلات من المسؤولية و بالتالي لا يمكن التكهن بموقف المحكمة دون قرار فاصل<sup>2</sup>.

هذا ونشير إلى وجود قضايا أخرى فصل فيها القضاء الدولي تبين أن هناك اتجاه قوي نحو الأخذ بنظرية المخاطر في القضاء الدولي<sup>3</sup>. وذلك لتقرير المسؤولية الدولية عن الأنشطة

<sup>1</sup> - أحمد خالد ناصر. المسؤولية الدولية عن تلوث البيئة البحرية. دار الثقافة للنشر و التوزيع. الأردن. 2010. ص: 114.

<sup>2</sup> - معلم يوسف. المسؤولية الدولية دون ضرر (حالة الضرر البيئي). رسالة دكتوراه في القانون العام. جامعة منتوري قسنطينة. ص: 15.

<sup>3</sup> - جاء في الحكم الثامن عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي. الصادر في 1927/7/26. في النزاع القائم بين ألمانيا و بولندا حول مصنع Chorzów. " أن من المبادئ العامة للقانون الدولي أن كل إخلال يقع من دولة بأحد تعهداتها. يستتبع التزامها بالتعويض الملائم. وأن هذا التعويض أمر متلازم مع عدم القيام بالتعهد. و الالتزام قائم من نفسه دون حاجة إلى أن يكون منصوصا عليه في الاتفاق الذي يحصل الإخلال به " ومن الواضح أن هذا الحكم استند على مبدأ راسخ على أية حالة مرتبة للضرر. أنظر: عمر بن عبد الله بن سعيد البلوشي. مشروعية أسلحة الدمار الشامل. منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان. 2007. ص: 174.

المشروعة. كنوع من أنواع جبر الضرر لضحايا هذه الأنشطة دون حاجة لإثبات الخطأ أو الفعل غير المشروع لأن العبرة هنا بالضرر فقط.<sup>1</sup>

## 2/ موقف لجنة القانون الدولي (CDI) من نظرية المخاطر

اهتم الفقه الدولي بالمسؤولية على أساس المخاطر وهو ما انعكس بدوره على لجنة القانون الدولي التي قامت في دورتها الثلاثين المنعقدة عام 1978 بإدراج موضوع المسؤولية على أساس المخاطر تحت عنوان "المسؤولية عن النتائج الضارة الناجمة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي". وقد اهتم بعض أعضاء اللجنة بهذا الموضوع اهتماماً بالغاً<sup>2</sup>، وقد شكك بعض أعضاء اللجنة في وجود أساس للموضوع في القانون الدولي، إلا في بع المعاهدات الثنائية أو متعددة الأطراف التي تنظم أنشطة معينة تستتبع نشوء المسؤولية. و رأى البعض أن وضع نظام عام للمسؤولية عن الأفعال المشروعة سيكون بمثابة تقرير مسؤولية مطلقة عن أي نشاط وأشاروا إلى أن ذلك لن يكون مقبولاً من جانب الدول. بينما أكد البعض الآخر أنهم يوافقون على أن الموضوع ليس تقليدياً في القانون الدولي إلا أن له أسس متينة تبرر وضع مشروع معاهدة عامة بشأن الموضوع.

وقد أحالت اللجنة في دورتها الأربعين عام 1988 مشروعاً بعشرة مواد إلى لجنة الصياغة وكان المقرر الخاص السيد J.Brboza قد اقترح هذه المواد. وفي عام 1996 نشأ فريق عمل برئاسة المقرر الخاص J.Brboza بغرض وضع نص جديد عن المسؤولية على أساس المخاطر وإحالاته على الجمعية العامة للأمم المتحدة. وانتهى الفريق إلى مشروع ورد فيه "إن المسؤولية تطبق على الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي التي تنطوي على مخاطر إيقاع ضرر جسيم عابر للحدود أو الأنشطة التي لا يحظرها القانون الدولي التي لا تنطوي على هذه المخاطر ولكنها تسبب مع ذلك مثل هذا الضرر بسبب نتائجها المادية. ويجب على الدول اتخاذ جميع التدابير المناسبة للوقاية من مخاطر ضرر جسيم عابر للحدود أو التقليل منها إلى أدنى حد. وتتعاون الدول بحسن نية و تسعى عند الاقتضاء للحصول على المساعدة من أية منظمة دولية للوقاية من مخاطر ضرر جسيم عابر للحدود أو التقليل منها.<sup>3</sup>

وفي عام 1998 أوصى المقرر الخاص للجنة السيد P.S. Rao بأن تقوم اللجنة باستعراض مشروعات المواد التي اعتمدها الفريق في الدورة الثامنة والأربعين عام 1996. وبعد

<sup>1</sup> - محمد رتيب محمد عبد الحافظ. المرجع السابق. ص: 378.

<sup>2</sup> - R. Quentin Baxter et J. Brboza et P.S. Rao.

<sup>3</sup> - حولية لجنة القانون الدولي. الدورة الثامنة والأربعين. ص: 212-218.

المناقشات قررت اللجنة في الدورة التالية لها وفقا لنظامها الأساسي أن تحيل مشروعات المواد (17 مادة) عن طريق الأمين العام إلى الحكومات من أجل التعليق و إبداء الملاحظات.<sup>1</sup>

### 3/ نظرية المخاطر في الاتفاقيات المنظمة للمسؤولية عن الأضرار النووية

أدركت الدول أهمية المخاطر التي تنجم عن استخدام الطاقة النووية نظرا لاتساع وانتشار استخدامها لدى العديد من الدول حتى النامية منها. و هو ما أدى إلى تزايد المخاوف من احتمال حدوث كوارث نووية سواء تلك الناتجة عن المفاعلات أو السفن النووية أو جراء نقل المواد النووية أو حتى عند التخلص منها. لذا سارعت الدول فيما بينها أو في كنف الوكالة الدولية للطاقة الذرية لإبرام معاهدات في هذا الشأن. وقد تم النص في بعض هذه الاتفاقيات صراحة على إعمال نظرية المخاطر. في حين يفهم ذلك من مضمون النصوص بالنسبة لاتفاقيات أخرى.

### أ/ اتفاقية باريس 1960 المتعلقة بالمسؤولية في مجال الطاقة النووية

وقعت هذه الاتفاقية في 29 جويلية 1960 من قبل 16 دولة من دول أوروبا الغربية.<sup>2</sup> ودخلت حيز النفاذ في أبريل 1968. وقد عقدت اتفاقية مكملة لها في بروكسل في 31 جانفي 1963. ووقعها نفس الأطراف في اتفاقية باريس<sup>3</sup>، و تم تعديلها بموجب بروتوكول ملحق لتلافي أي تعارض مع اتفاقية فيينا. وتم في 16 نوفمبر 1982 توقيع بروتوكول آخر لتعديل الاتفاقية استهدف رفع الحد الأقصى لمقدار التعويض. ثم تم توقيع بروتوكول مشترك بين كل من أطراف اتفاقية باريس وأطراف اتفاقية فيينا في 29 سبتمبر 1997 بهدف امتداد المسؤولية والتعويض عن أي أضرار تلحق بأطراف كل من الاتفاقيتين.<sup>4</sup>

وقد نصت الاتفاقية على أن يكون مشغل المنشأة النووية مسئولا عن أي أضرار أو فقد حياة أي شخص أو أي ضرر أو فقد أية ممتلكات طالما ثبت أن هذه الخسارة أو الضرر قد نتج عن حادث نووي أحدثه الوقود النووي أو المنتجات أو النفايات المشعة أو المواد المنبعثة من المنشأة. كما يكون مشغل المنشأة النووية مسئولا عن الأضرار التي تنتج عن الحادث النووي الذي يقع خارج المنشأة و الذي تسببه مواد نووية أثناء نقلها أو تحميل المواد النووية من أراضي دولة غير طرف إلى منشأة نووية في أراضي دولة طرف في الاتفاقية. أما إذا نتج عن المواد النووية حادث

<sup>1</sup> - سوزان معوض غنيم، المرجع السابق، ص: 589.

<sup>2</sup> - هذه الدول هي: ألمانيا، اليونان، البرتغال، النمسا، إيطاليا، المملكة المتحدة، بلجيكا، فرنسا، لوكسمبورج، السويد، الدنمرك.

النرويج، سويسرا، اسبانيا، هولندا، تركيا.

<sup>3</sup> - Michel VICINEAU, La responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, RBDI, 1/1969, p : 234.

<sup>4</sup> - Patrick DALILLIER, Mathias FORTEAU, Alain PELLET, op cit, p : 915.

نووي فإن المسؤولية تقع على القائم على تشغيل آخر منشأة نووية كانت المواد فيها وقت الحادث.

و على الرغم من عدم النص صراحة في الاتفاقية على مبدأ المسؤولية المطلقة إلا أن استقراء نصوص الاتفاقية يدل على اعتماد المسؤولية على أساس المخاطر. لأنها لم تشترط إثبات الخطأ أو إهمال المشغل بل حملته المسؤولية في كل الظروف و بالتالي فهي مسؤولية مطلقة.<sup>1</sup>

### ب/ اتفاقية بروكسل 1962 المتعلقة بمسؤولية مشغلي السفن النووية

وقعت هذه الاتفاقية في 25 ماي في بروكسل بين أكثر من 15 دولة<sup>2</sup>، وكانت الاتفاقية ثمرة جهد كبير مشترك بين الوكالة الدولية للطاقة الذرية و الجمعية البحرية الدولية، وهي تضع قواعد المسؤولية الناشئة عن تشغيل السفن النووية.<sup>3</sup>

ووفقا للاتفاقية يعتبر مشغل السفينة النووية مسئولا مسؤولية مطلقة عن أي أضرار تنتج عن حادث نووي يشمل الوقود النووي لهذه السفينة أو المنتجات أو النفايات المشعة الناتجة من هذه السفينة، ولا يعتبر أي شخص آخر مسئولا عن هذه الأضرار النووية غير مشغل السفينة، ولا يسأل المشغل عن الأضرار التي تصيب السفينة ذاتها أو أجهزتها أو وقودها أو مخزونها، كما أنه لا يسأل عن الحوادث النووية التي تقع قبل أن يتولى مسؤولية الوقود النووي أو بعد انتقال مسؤولية هذا الوقود أو المنتجات أو الفضلات المشعة إلى شخص آخر قابل لتحمل المسؤولية عن أي ضرر نووي ينتج عن هذا الوقود و هذه المخلفات النووية، و يجوز للمشغل الخاص الرجوع على من ارتكب أو قصر في أداء فعل بقصد إحداث الضرر النووي إذا اتضح أن الحادث النووي قد نتج عن هذا الفعل أو التقصير.<sup>4</sup>

وبذلك فإن الاتفاقية قد أخذت بالمسؤولية المطلقة كأساس لتعويض المضرورين بصورة صريحة وذلك لحماية خاصة و أنه قد يصعب عليهم إقامة الدليل على توافر الخطأ أو الإخلال بالتزام دولي، و بالتالي لا يجوز للمشغل أن يتحلل من المسؤولية حتى ولو أثبت عدم وقوع الخطأ من جانبه.

<sup>1</sup> - سوزان معوض غنيم، المرجع السابق، ص: 592.

<sup>2</sup> - هذه الدول هي: بلجيكا، أيرلندا، الفيليبين، الصين، ليبيريا، البرتغال، كوريا، ماليزيا، الهند، موناكو، يوغسلافيا، اندونيسيا، بنما، مصر، هولندا، لبنان، وقد انظم تاليها دول أخرى إلا أنها لم تدخل حيز النفاذ.

<sup>3</sup> - أحمد خالد ناصر، المرجع السابق، ص: 115.

<sup>4</sup> - سوزان معوض غنيم، المرجع السابق، ص: 592.

### ج/ اتفاقية فيينا 1963 المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية

وقعت هذه الاتفاقية في 21 ماي 1963 بمقر الوكالة الدولية للطاقة الذرية في فيينا و دخلت حيز النفاذ في 12 نوفمبر 1977. وقد هدفت غلى وضع قواعد للمسؤولية عن أضرار الطاقة النووية تفوق نظام اتفاقية باريس التي اقتصررت على الدول الأوروبية. وقد تم إعداد بروتوكول لتعديل الاتفاقية وفتح باب التوقيع في مقر الوكالة الدولية للطاقة الذرية في فيينا في 29 سبتمبر 1997. ودخل حيز النفاذ في 22 جويلية 1998. وهدف البروتوكول إلى إيجاد مجال أوسع للمسؤولية عن الأضرار النووية وتعزيز الثقة الكاملة في تعويض متوازن للمضررين<sup>1</sup>. وقد نصت الاتفاقية على أن يكون مشغل أية منشأة نووية مسئولا عن الأضرار التي يثبت أنها ناجمة عن حادث نووي وقع في منشأته النووية أو متعلقة بالمواد النووية الآتية من منشأته أو المنتجة فيها<sup>2</sup>. أو إذا كان الحادث يتعلق بالمواد المرسله إلى منشأته النووية. و لا يكون أي شخص آخر خلاف مشغل المنشأة مسئولا عن الأضرار النووية إلا إذا ورد في هذه الاتفاقية ما يخالف ذلك<sup>3</sup>.

ويتضح من خلال ذلك أن المسؤولية وفقا للاتفاقية تقع بصفة أساسية على الدولة المرخصة للمنشأة النووية بأن تضمن وجود مبلغ محدد يغطي قيمة التعويضات التي يستحقها المضرور قبل الترخيص. وفي حال عدم كفايته أو عدم وجوده تقوم مسؤولية الدولة على أساس المخاطر حيث تتضمن المشغل في أدائه للتعويض. كما أنها طرف في الاتفاقية و تلتزم بأداء التعويض في حالة وقوع أي حادث نووي نتج عنه أضرار نووية.

### د/ اتفاقية بروكسل 1963 المتعلقة بمسؤولية مشغلي السفن النووية

تم التوقيع على هذه الاتفاقية في 25 ماي 1963 من قبل 17 دولة. وقد تناولت المسؤولية المطلقة عن الحوادث الناجمة عن الوقود النووي أو الفضلات المشعة المتخلفة عن السفينة. حيث نصت المادة 1/2 من الاتفاقية على أنه " يتحمل مشغل السفينة المسؤولية المطلقة عن أية أضرار نووية رهنا بإثبات وقوع هذه الأضرار عن حادثة نووية وتشمل الوقود النووي لهذه السفينة أو المنتجات و الفضلات المشعة الناجمة عن هذه السفينة"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - جاءت العديد من المبادرات ابتداء من حادثة Chernobyl 1986. خصوصا بعد عجز الدول المتضررة في رفع دعوى قضائية ضد الاتحاد السوفيتي سابقا (الذي لم يكن طرفا في اتفاقية فيينا لعام 1963). وهو ما أبدى قصور النظام القانوني الحالي في مجال المسؤولية عن الأضرار النووية. لذا تعد حادثة Chernobyl. منعرجا حاسما في تطوير قواعد المسؤولية عن الأضرار النووية. أنظر: سهير إبراهيم حاجم الهيبي. المسؤولية الدولية عن الضرر البيئي. دار رسلان. سوريا. 2008. ص ص: 226-233.

<sup>2</sup> - محمد عادل عسكر. المرجع السابق. ص: 811.

<sup>3</sup> - المادة الرابعة من الاتفاقية.

<sup>4</sup> - محمد رتيب محمد عبد الحافظ. المرجع السابق. ص: 368.

## هـ / اتفاقية بروكسل 1971 المتعلقة بالمسؤولية في مجال النقل البحري للمواد النووية

وقعت هذه الاتفاقية في بروكسل في 18 ديسمبر 1971 من قبل 12 دولة<sup>1</sup>، ودخلت حيز النفاذ في 1975، وتحمل هذه الاتفاقية المشغل الخاص في مجال النقل البحري للمواد النووية المسؤولية عن الأضرار النووية. وقد ورد في ديباجة الاتفاقية أن يكون مشغل المنشأة النووية مسئولاً مسؤولية مطلقة دون غيره في حالة الضرر الناتج عن حادث نووي يقع أثناء النقل البحري للمواد النووية.<sup>2</sup>

### خاتمة

ما تقدم يتضح أنه وعلى الرغم من استقرار الفقه والعمل الدوليين على الأخذ في أغلب الحالات بنظرية العمل غير المشروع دولياً، إلا أن التطورات العلمية والتكنولوجية والاقتصادية التي شهدتها المجتمعات المعاصرة، وبخاصة في مجال الاستخدامات السلمية للطاقة النووية والفضاء الخارجي وكذا في استكشاف المحيطات البحرية ونقل المحروقات والمواد الملوثة عبر القارات جعلت الفقه الدولي يلجأ إلى المطالبة بنقل نظرية المخاطر أو نظرية المسؤولية اللاخطئية أو المطلقة في مجال الأنظمة القانونية الداخلية إلى مجال العلاقات الدولية كأساس لتفسير مسؤولية الدول عن الأنشطة الخطرة التي لا يحضرها القانون الدولي. وهذا ما تم بناء على توصية من الجمعية العامة للأمم المتحدة (قرار رقم 3071 لعام 1973) والتي كلفت لجنة القانون الدولي بدراسة وإعداد مشروع متعلق بمسؤولية الدول عن النتائج الضارة الناجمة عن الأفعال والنشاطات التي لا يحضرها القانون الدولي.

و منه كانت نتائج هذه الدراسة كالتالي:

- أن قوام المسؤولية في إطار هذه النظرية هو وجود علاقة سببية بين الضرر الحادث وأحد أشخاص القانون الدولي، حيث يباشر نشاطاً مشروعاً يتسم بالخطورة، فنسبة الضرر إلى شخص القانون الدولي يكفي لإقامة التبعية عليه، دونما حاجة إلى إثبات الخطأ من جانبه أو أنه ارتكب عملاً غير مشروع دولياً. كما يرى الفقيه جورج سل، فإن المسؤولية تبدأ بضرر وتنتهي بتعويض.
- أن مسألة الإثبات أو إلحاق المسؤولية لن تكون عسيرة.

<sup>1</sup> - هذه الدول هي: ألمانيا، بلجيكا، البرازيل، الدنمرك، فنلندا، فرنسا، إيطاليا، النرويج، البرتغال، المملكة المتحدة، السويد و يوغسلافيا.

<sup>2</sup> - سوزان معوض غنيم، المرجع السابق، ص: 601.

- تتعلق هذه النظرية بالأنشطة التي تعد خطيرة لاسيما الأنشطة النووية السلمية التي لم يجادل احد في كونها أنشطة تتسم بالخطورة على عكس بعض الأنشطة التي لا تزال محل جدل و خلاف في تصنيفها.
- أنه وبالرغم من أهمية واتساع مجال تطبيق هذه النظرية. إلا أن الفقهاء محل إجماع على أن هذه النظرية لا تكون مقبولة إلا إذا أجهت إرادة الدول صراحة إلى العمل بها في اتفاقيات تتناول كل نشاط على حدة.
- وهذا ما أشارت إليه بشكل صريح لجنة القانون الدولي بقولها ضمن أشغالها: "...إن فرض هذه النظرية دون اتفاق مسبق يعد تدخلا لا مبرر له في حرية الدول ذات السيادة".
- احتوت العديد من الاتفاقيات الدولية على بنود أساسية لإعمال هذه النظرية بشكل لا لبس فيه- كما سبق و أشرنا- إلا أن الممارسة القضائية الدولية قليلة و هذا ليس إنكارا لهذه النظرية و إنما يرجع أساسا لقلّة القضايا في هذا الشأن.
- و في نفس السياق يؤدي إعمال هذه النظرية إلى نتائج حاسمة على نطاق دولي لاسيما في مجال القانون الدولي للبيئة و حماية البيئة الدولية. فهذه النظرية ستبقى الأساس القانوني الأكثر نجاعة لتحمل المسؤولية بالتزام الطرف الذي يلوث البيئة حتى في غياب طرف متضرر من التلوث.

**A Political Bloodbath in the Western Hemisphere:  
How Bolivarianism is Sentencing the Monroe Doctrine to Death**

Hachemi Aboubou, Professor, University of Batna  
Walid Kefali , MAB , University of Khenchela

**Abstract**

The present paper discusses the general political and diplomatic conduct in the Western Hemisphere. Starting from the Monroe Doctrine which stipulated that the Western Hemisphere is US sphere of influence and control and laid the ground for several other policies including expansionism, interventionism, isolationism and territorialism. However, this doctrine has come toe to toe with another rising ideology, Bolivarianism. This ideology was resurrected from the ideals and thoughts of Simon Bolivar, the liberator of Latin America, to confront the longstanding Monroe Doctrine using different policies mainly populism. Over the course of the last two decades a battle of political domination and hegemony has been undergoing between the Bolivarianism and the US with the involvement of extra-hemispheric actors who were elicited by the weakening doctrine. Eventually, the US had to change its foreign policy rhetoric vis-à-vis Latin America.

**ملخص**

يناقش هذا المقال الوضع السياسي و الدبلوماسي في نصف الكرة الغربي. بدأ من مبدأ مونرو الذي يقتضي أن نصف الكرة الغربي يخضع فقط لسلطة و تأثير الولايات المتحدة الأمريكية. هذا المبدأ مهد لسياسات أخرى نذكر منها سياسة التوسعية، التدخلية، سياسة العزلة و سياسة التبعية. لكن هذا المبدأ دخل في مواجهة سياسية مع إيديولوجية صاعدة، البوليفارية. هذه الإيديولوجية التي بعثت من مبادئ و أفكار سيمون بوليفار، محرر أمريكا اللاتينية، بدأت بمواجهة مبدأ مونرو بسياسات مختلفة أهمها الشعبوية. خلال العشرينيتين، نشبت معركة سيطرة و هيمنة سياسية بين الولايات المتحدة و البوليفاريين واشترك في هذا الصراع قوى من خارج نصف الكرة الغربي الذين أغواهم ضعف مبدأ مونرو وسقوطه. في نهاية المطاف اضطرت الولايات المتحدة لتغيير خطابها السياسي فيما يتعلق بأمريكا اللاتينية.

**Introduction**

For over 5000 years, thinkers, kings and even average men have been desperately trying to ponder a suitable method or mechanism to govern other humans. Although all of them share the same goal and answer the same question of how to rule humans? Their footsteps on the slippery floor of political struggles have left very unique patternson the parchments of human political thought and reserved an everlasting dwelling in history'shall of fame. Their tremendous impact on human life is undeniably still blatant until our present day. Yet, although nobody ever succeeded to uncork thisHoly Grailof entirely subduing humans

and constructing the perfect system of rule and control, many of them managed to build milestones in the history of man. And though, history has not judged these great thinkers and will not; men across the ages and cultures simply refer to them as liberators and incarcerators.

The narrative of the main incarcerator in this paper is astonishing. James Monroe, the fifth President of the United States and the last of the founding fathers, ultimately upheld the Declaration of Independence of 1776 which means he strongly believed in the Immortal Declaration which stated that “all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.” To some, this was a solemn pride to have so bravely defended the precious idea of liberty and self-rule. Indeed, although his bravery earned him a musket bullet in the shoulder during the American Revolution, he kept pace with his ideals of liberty and patriotism. All these facts makes us contemplate the question of how such an ideal of liberty and self-determination issued a doctrine that turned the entire Western Hemisphere into a blindfolded hostage which was kept in infancy with regard to international political, cultural and economic arenas?

On the other hand, the narrative of the liberator in this paper share many traits with James Monroe. Simon Bolivar the Liberator, or as Latin American people hailed him El Libertador, was a political and military genius. He guided five countries to independence from Spanish rule. But unlike James Monroe, who grew up as an orphan living the ordeals of poverty, Simon Bolivar was born to a wealthy family and was sent to Europe for education. His revolutionary ideas were greatly inspired by the French Revolution of 1789. Like Monroe, though, he was a strong advocate of liberty and self-determination. And even though Bolivar and Monroe lived almost in the same era and endured similar upheavals and beheld the changing world around them, they never crossed each other's path. However, that is not applicable to their legacies which were and still are changing the conduct of diplomacy, economy and democracy in the Western Hemisphere. For while Monroe left the Western Hemisphere enchained with a rusty iron chain in the depths of US prisons, Bolivar's heritage, which was transformed into an ideology in recent decades, is breaking the loops of that chain one by one and exiling the oldest milestone of US foreign policy to oblivion.

### **The road to the Monroe Doctrine**

It is indeed worth noting that America was once a country built upon moral ideals by people who escaped misery, oppression and persecution. However, in this dog-eat-dog world one can only imagine what it takes for such a common man to survive and even if he did survive, his ideals and idealism would not. That is exactly the case of James Monroe. He was a decedent of a Scottish immigrant, orphan at the age of fifteen, rallied to the cause of revolution at the age of seventeen (Levy, 2014). Throughout his political career, Monroe's value was never unduly estimated, not only for his fervor in living up to his ideals of freedom and nationalism, but also for his brilliance in politics. By the age of fifty nine he became the fifth president of the United States serving two consecutive terms from 1817 to 1825. His era was called the Era of Good Feelings and it was labeled as such because during this era the American Nation developed a sense of national purpose and unity. This label captured the good spirit of political harmony forged by the decline of sectionalism and the rise of the roaring pride of American Nationalism among the people (Goldfield, Abbott, & Anderson, 2011).

Despite Monroe's inexorable meteoric rise to power, he never lost sight of his core politics that without secure borders and friendly relationships with neighboring countries, America and the Americans could never truly be safe. But storms then shook the ocean of his friendly politics and it was time for him to ride the tide of conflict with European traditional colonial powers who were desperately exerting their power and influence in a hemisphere where the U.S. should have been the only puppeteer. Monroe's battles were not fought only with guns, barricades and frigates but also with diplomacy. Monroe, the last of the founding fathers and a vivid supporter of liberty and self-determination, was aware of the revolutionary battles south the borders, mainly in Latin America. The idea of liberty has stirred Latin American people to reclaim liberty of Spanish colonizers at the barrel of a gun. Their inspirational battle of freedom led by the military genius Simon Bolivar, hailed as El Libertador or the Liberator, earned them independence from European powers and formal recognition from the United States (Robertson, 1995).

The United States' diplomacy during post-revolution years was still infantile. It has not matured until James Monroe and his Secretary of State John Quincy Adams shifted it to a more prominently engaging level, especially in the Western Hemisphere. James Monroe, who for years amassed a wealth of diplomatic and political experiences and unleashed the spirit of American expansionism westward, had now to pour all his efforts to oust Europeans from the Western Hemisphere and refute all their claims vis-à-vis territories therein. Thus, the independence of Latin American countries while it was met by recognition, it was also met by an amphibious ideological trend in US foreign policy; the Monroe Doctrine.

The Monroe Doctrine was first established by President Monroe in an annual address to the Congress. He stated that "...the occasion has been judged proper for asserting, as a principle in which the rights and interests of the United States are involved, that the American continents, by the free and independent condition which they have assumed and maintain, are henceforth not to be considered as subjects for future colonization by any European powers..." (Chaffin, 2014, p. 13). Monroe wanted to assert that European powers' territorial claims in the Western Hemisphere are now past, now there is a new map of power and hegemony in the hemisphere. The United States is thus painting the legends of that map with red, blue and white. The Monroe Doctrine did not only assert US influence and control on the Western Hemisphere but also stipulated that any further efforts by European nations to colonize land or interfere with states in North or South would be regarded as an act of aggression against the United States itself (Kaufman, 2014).

At first, Latin American people viewed this policy as a blessing or more as a glimpse of hope, that they finally will have a partner in region who is strong enough to counter balance and prevent the belligerent European colonizers from entering the Western Hemisphere. Nevertheless, the Doctrine had a more sinister threat up its sleeves. It actually marked the era of continental American Expansionism. It made it clear that the United States wanted to expand on its own continent, and the only real hindrance which is now cleared of the way was the European powers (p. 40). Moreover, the Doctrine had another imperialistic invasive interpretation that Latin American country must respect: these principles laid down by Monroe and must not in any way attempt to elicit the presence of extra-hemispheric actors in the Western Hemisphere. This meant that political, diplomatic, economic and cultural

conducts of Latin American countries were subject to scrutiny and filtration by the United States.

Simon Bolivar had already warned of this doctrine that it was an evil in disguise and indeed his grim warning proved prescient. In his famous Letter from Jamaica he described the atmosphere in Latin America and stressed the need of uniting Latin American countries, not only to counterbalance European powers but also to counterbalance unpredictable hegemonic leviathan. He wrote “How different is our situation! We have been harassed by a conduct which has not only deprived us of our rights but has kept us in a sort of permanent infancy with regard to public affairs.”(Fitzgerald, 1971, p. 34). Simon Bolivar’s mistrust of the American foreign policy was not exaggerated. The proof for Latin Americans that the Monroe Doctrine was not there to protect them from European colonizers but to protect US interests and open the gate for American continental expansion came crawling in 1902 during the Venezuela crisis.

The incident of 1902 ensued when President of Venezuela Cipriano Castro refused to pay foreign debts and damages to European Powers. The Venezuelan President assumed that the longstanding Monroe Doctrine will protect his country from aggression and prevent any probable military intervention to enforce European claims. However, that was not the case at all, for while the United States refused any military intervention or use of force, it backed European claims and meddled in the crisis and pressured the Venezuelan Government settle European claims and pay its debts off(Rose, Newton, Dodwell, & Benians, 1967). In time, this action of the American Government, carried out by its President Theodore Roosevelt came to be known as the Roosevelt Corollary to the Monroe Doctrine. This corollary stipulated that even if the dispute between Europeans and Latin American countries is not of territorial nature but rather economic; the use of power is not and will not be permitted. Moreover, such dispute can only be resolved through the proper channels which the United States deem fit.

Throughout the past two hundred years, US troops have been mobile and restless in the Western Hemisphere in the name of the Monroe Doctrine. The doctrine has been interpreted differently each time to suit the circumstances and to salvage US interests. In some situations, the doctrine was used to refute European claims and oust them off the Western Hemisphere which gives it the sense of Territorialism; such is the case of the Cuban Missile Crisis. In other situations, the doctrine was merely a tool of asserting US Continental Expansionism, meaning it was used to annex new territories like Texas and Hawaii. The doctrine also have dictated an isolationism trend to Latin American countries, that is they cannot host military bases or engage in any activity with extra-hemispheric actors that might constitute a threat to US interest, especially military or cultural exchange with states that are in odds with the US. However, in its broader explicit senses, the doctrine manifested the proper sense of interventionism, prevention and national interest, as it was used to justify the military interventions in Latin American countries to simply overthrow governments that do not have the interest of the US in heart and setup puppet governments which is the case of Mexico in 1865, Guatemala in 1954, Chile in 1973, Venezuela in 2002 and the list goes on(Sulichin, 2009).

Therefore, any careful examination of US foreign policy and diplomacy must be done in the light of the Monroe doctrine because it has been the cornerstone of all proceeding

foreign policies. All US presidents have invoked the Monroe Doctrine whether to ensure the continuous safety of US interests in the Western Hemisphere or to remove a potential threat. And although, James Monroe contemplated the idea that his annual message to the Congress in 1823 will ensure the Americans' safety and freedom by the banishing the European colonizers and opportunists from the Western Hemisphere, he probably never anticipated that this message will actually deprive the Latin American people who were fighting the same battle of freedom from their life, liberty and pursuit of happiness. And like the former Nicaraguan President Violeta Chamorro put it "Washington politicians could always find money for wars in Latin America - but rarely for peace" (Analysis: How the US 'lost' Latin America, 2006).

### **The Rise of Bolivarianism: Colliding legacies?**

The term Bolivarianism brings us back to the narrative of the liberator in this paper, Simon Bolivar. In its immediate definition, it simply connotes the legacy and ideals of El Libertador Simon Bolivar, and that is why it was named after him. But Bolivarianism is more than that actually. Its broader definition means the set of political doctrines that encompasses political and economic sovereignty of Latin America, economic self-sufficiency, participative democracy, patriotism and the unification of Latin America (Angosto-Ferrández, 2015, pp. 2-3). The roots of Bolivarianism or the Bolivarian ideals which is the legacy of Simon Bolivar are a reflection of the ideals of the French Revolution "Liberty! Equality! Fraternity!" but forged in Latin American context and flavored with condiments of Anti-imperialism.

Nevertheless, Simon Bolivar did not live to see his dreams of a unified free Latin America come true. He died in exile choking off on his idealism and ideals of liberty. But nothing was meant to disappear forever. After almost two centuries of his death, his legacy was resurrected by the late Venezuelan President Hugo Chavez who proclaimed the Bolivarian Revolution. Chavez a national hero who had already attempted a *coup d'état* against the pro-US government of Carlos Andrés Pérez who, according to Chavez, proved by the deteriorating economic atmosphere of Venezuela, was dismantling the country and impoverishing the people of Venezuela with his neoliberal approaches (Gott, 2011). Though Chavez failed in his attempt to overthrow Pérez's government, he was portrayed as a national hero who has a heart for the people of Venezuela. Suddenly, Chavez shifted from that unknown military officer to a prominent figure in Venezuelan politics. His name has become synonymous with his ideal: Bolivar.

The recourse of Chavez's election and re-election as president of Venezuela and his success as a rising meteor in the world of politics was not merely due to his Bolivarian ideals but also from his populist background. He knew that populism in Latin America would be of unprecedented triumph. Thus in his first inaugural address as president of Venezuela he said "this power which you all have given me doesn't belong to me, this is your power, you elected a government that will not be a government of Chavez because Chavez is the people, it will be a government of the people." (Sulichin, 2009). This idea is not new for the sphere of politics of Latin America. Che Guevara the Argentine Marxist revolutionary, guerrilla leader, diplomat, and military theorist stated in revolution context that "Liberators do not exist. The people liberate themselves." He simply meant that the forces of the people can put in place the conditions that make revolution and those called liberators are just a tool for the mobilization of the dispersed power of the people (Kelly, 2013, pp. 312-313).

This model of populist resurgence molded with a Bolivarian forefront of Venezuela became very popular and appealing among Latin Americans. Therefore, similar figures from other Latin American Countries decided that it was time to keep pace with Chavez's anti-imperialistic revolution and join the tide of Bolivarianism. And so, Bolivarianism spread across Latin America and in the first decade of the 21<sup>st</sup> century, Chavez managed not only to diffuse his motto of Bolivarian revolution but also to establish consensus among the leaders of Latin American Countries and convince them with the necessity of breaking out from the hegemony of the United States. The list of Bolivarians who came to power in Latin America comprises Evo Morales of Bolivia, Nestor Kirchner and his Wife Cristina Kirchner of Argentina, Luis Lula Da Silva of Brazil, Fernando Lugo of Paraguay, Rafael Correa of Ecuador, Daniel Ortega of Nicaragua, and the list goes on. Yet, while they refer to themselves as Bolivarians, the media refer to them as "the pink tide" as a reference of describing the perception of leftist ideology in general, and left-wing politics in particular in Latin American context.

The pink tide did not always remain a tide, it has turned into a raging stream of anti-imperialism views and policies. Chavez has started a new era in Latin America and now, the longstanding status of US prestigious stand in Latin America, or its backyard as the US politicians call it, is at stake. In 2009, during the Fifth Summit of the Americas, the Venezuelan President Hugo Chavez offered the United States President Barack Obama a copy of a book "*Open Veins of Latin America: Five Centuries of the Pillage of a Continent*," written by the Uruguayan Author Eduardo Galeano. The book discusses the history of Latin America, from the European settlements of the New World to contemporary Latin America, arguing against the exploitation and political hegemony imposed on Latin America from the era of discovery to the era of superpowers. While the torrents of riches and gold, extracted from Latin America, were flowing into Europe and the United States, Latin America sank more and more in poverty and economic disparity. It was a candid statement that US pillage of Latin America has come to an end, and the Bolivarians are hammering the last nails into the coffin of the Monroe Doctrine.

Bolivarian hostilities towards the United States are very much comprehensible. After years of Washington dictates and choosing for Latin American even persecuting them it was time to vanquish US death grip on Latin American governments and institutions. And what helped the process is that US was busy fighting wars outside the Western Hemisphere under the cloak of anti-terrorism. Simon Bolivar's dream is now turning to reality and Latin America is being unified not only politically speaking but also economically. They have reached a high degree of collaboration to build a shared market, use common currency and even sign mutual defense treaties (USA International Business Publications, 2009).

However, the United States attempted to halt this liberation process and again invoking the interventionist side of the Monroe Doctrine in Venezuela in 2002. Nevertheless, this time the United States did not dispatch or stage an assassination because Latin America of 1954 and 1973 is no longer the same as in 2002, because populism was in play and in favor of President Chavez, not to mention the public awareness of US tactics. So the United States used another important tool to overthrow the democratically elected government of Chavez and stage a successful coup d'état and this tool was the Media. It was the first media coup d'état in history. Private media manipulated footage of shootings at an unarmed anti-Chavez

protest claiming it was Chavistas, Chavez supporters who are killing innocent people in the name of Bolivarianism and in the same time broadcasting an army general, Nestor Gonzales demanding Chavez to step down or otherwise he will be removed by force. The US staged coup was executed as planned and Chavez was taken prisoner to a remote place where he was being forced to sign a resignation to fulfill Washington urges (Golinger, 2007). Nevertheless, the overwhelming power of populism restored Chavez and the story of the coup was thoroughly reported on a documentary entitled *The Revolution Will Not Be Televised*, with particular focus on the subversive role played by the private media which at the time was controlled by pro-US interests and corporate elite.

The process of loosening Latin America from the rusty iron chain of the Monroe Doctrine was long and laborious and its more evolved proceeding was hosting and welcoming with open arms extra-hemispheric actors mainly China and Iran which was the straw that broke the camel's back. For almost two centuries, no power from outside the Western Hemisphere had the distinct privilege to conduct its affairs therein freely, especially those countries labelled by the United States as rogue states or part of the Axis of Evil. And what encouraged these extra-hemispheric actors, who were seeking to reduce the isolationism imposed on them by the US especially Iran, was US preoccupation of protecting its interests outside the Western Hemisphere and focusing its attention and power to fight on several fronts in the Middle East and Asia. Besides, that the acquiescence of Latin American countries to involve extra-hemispheric actors in Western Hemisphere affairs was mainly to dismantle the Monroe Doctrine, counterbalance US power and hegemony in the region, repaint the legends of the power map in the Hemisphere and construct solid partnerships with strong allies as alternative to the US.

The Ex-Nicaraguan President Daniel Ortega stated officially during a forum of the Community of Latin American and Caribbean, that "We [Latin American leaders] are sentencing the Monroe Doctrine to death." (Stone & Kuznick, 2013, p. 603). Indeed, in the last decade, Bolivarians did not only break free from US control but also provided economic, technological and military substitutes. From the US perspective, China and Iran's breach of the Monroe Doctrine and their attempt to undermine the US influence in the Western hemisphere is seen not as a mere annoyance but it is considered to be an imminent threat; "enemy at the backyard." More importantly, the increasing presence of both China and Iran is being bolstered by the open arms of Latin American leaders, the strengthened economic and diplomatic ties and the military cooperation.

The changing relation between the United States and Latin American countries could only get better. In recent years, there has been a remarkable change in US foreign policy rhetoric towards Latin America. It is no longer considered as America's Backyard but rather worthy partner. This sentiment was manifested by President Barack Obama during the seventh Summit of the Americas in Panama City in April 2015, where he stated that "the days in which our agenda in this hemisphere presumed that the United States could meddle with impunity, those days are past." (The Telegraph, 2015).

### **Conclusion**

The narrative of both the incarcerator and the liberator in this paper is almost mythical depicting a model of contemporary struggle between Chimera and Bellerophon. Though, both were avid supporters of freedom and fought for it as soldiers and thinkers, no

one ever could have imagined that while the legacy of James Monroe, one of the founding father of the US, will hold in captivity a whole continent, the legacy of Simon Bolivar will actually liberate it. Now, it is a matter of fact that the Monroe Doctrine, the oldest milestone in US foreign policy has been sentenced to death. Subsequently, the legends of the power map in the Western Hemisphere are no longer red blue and white but more of a rainbow colors depicting power and political diversity in the Hemisphere and mainly in Latin America.



# 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*

(N°: 06) / JUIN 2016

Numéro International : ISSN 2352-9806

Dépôt Légal : N R :2014-3506