

MÂAREF

معارف

مجلة علمية محكمة *Revue académique*

تصدر عن جامعة ألكلي محند أولحاج بالبويرة (UAMOB)

قسم: العلوم القانونية Sciences Juridiques

Numéro: 15

العدد: الخامس عشر 15

Décembre/ 2013

شهر: ديسمبر/ 2013

7^{eme} Année

السنة السابعة

الرئيس الشرفي: Président d'honneur

Pr BADARI Kamel

أ. د. بداري كمال

المدير مسؤول النشر: Directeur de publication

Pr. SEROUR Mohamed

أ. د. سرور محمد

رئيس التحرير: Rédacteur en chef

CHIHANI Samir

أ. شيهاني سمير

أعضاء هيئة التحرير: Membres de Rédaction

Dr. SI YUCEF Kaci

د. سي يوسف قاسي

Dr. AISSAOUI Mohamed

د. عيساوي محمد

Dr. LOUNICI Ali

د. لونيس علي

Dr. GATTALE Hamza

د. قتال حمزة

Dépôt Légal:

2006-1369

الإيداع القانوني:

ISSN

1112-7007

ر. د. م. د.

جامعة ألكلي محند أولحاج

البويرة – الجزائر

Université Akli Mohand Oulhaj (UAMOB)

BOUIRA- ALGERIE



معايير النشر في المجلة

يشترط في البحوث والمقالات التي تنشر في مجلة معارف ما يأتي:

- 1- أن يكون البحث مبتكراً أو أصيلاً، ويشكل إضافة نوعية في اختصاصه.
 - 2- أن تتوفر فيه الأصالة والعمق وصحة الأسلوب.
 - 3- أن لا يكون قد سبق نشره أو أرسل للنشر في مجلة أخرى.
 - 4- أن يلتزم بالقيم الإنسانية وبمعايير البحث العلمي وبخاصة ما يلي:
أ- الابتعاد عن التجريح والإسفاف في القول، والتعريض بالآخرين.
ب- مراعاة البنية المنهجية.
ج- ترقيم الهوامش والإحالات تكون إما أسفل النص في نفس الصفحة، أو في آخر المقال، مستقلة عن قائمة المصادر والمراجع.
د- إعداد قائمة بمصادر البحث ومراجعته.
 - 5- أن تكون مكملات البحث من خرائط أو جداول في صورتها الأصلية.
 - 6- أن يكون البحث المترجم مصحوباً بأصله المترجم عنه.
 - 7- أن يقدم لإدارة المجلة مسحوباً على ورق، ومخزناً في قرص مدجج/ CD أو وسيلة من وسائل استقباله في جهاز الحاسوب.
 - 8- أن تقدم سيرة ذاتية للباحث في ورقة مستقلة عن البحث.
 - 9- أن لا تقل عدد الكلمات بالمقال عن 3000 كلمة.
 - 10- أن يرفق المقال بملخص وبكلمات مفتاحية باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الإنجليزية).
- مع ملاحظة أن البحوث والمقالات:
- تخضع للتقويم العلمي واللغوي، ويعلم الباحث بالنتيجة، كما أنها تخزن في أرشيف المجلة، ولا ترجع لأصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
 - وهي تعبر عن آراء كتّابها وحدهم، فهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، ولا تتحمل الإدارة أي مسؤولية في ذلك.

الهيئة الاستشارية للمجلة

د/ عمر صدوق	(تيزي وزو)	د/ محمد آيت المكي	(المغرب)
د/ محمد سرور	(البويرة)	د/ محمد الحيدروسي	(الأردن)
د/ عبد القادر كاشير	(تيزي وزو)	د/ برهان النفاثي	(تونس)
د/ محمد تاجر	(تيزي وزو)	د/ قاسي سي يوسف	(البويرة)

اللجنة العلمية/ لجنة القراءة

د/ سي يوسف قاسي (البويرة)	د/ علي لونيبي (البويرة)
د/ محمد عيساوي (البويرة)	د/ اعمر نحري (البويرة)
د/ بوزيان عليان (تيارت)	د/ شاكر المزوغي (تونس)
د/ أحمد سي علي (الشلف)	أ/ ليندة بلحارث (البويرة)
د/ كمال الدين قاري (البويرة)	أ/ فتيحة بشور (البويرة)
د/ ناصر حمودي (البويرة)	أ/ كمال مخلوف (البويرة)
د/ نور الدين الفقيمي (المغرب)	أ/ خدوجة خلوفي (البويرة)
د/ حمزة قتال (البويرة)	أ/ دليلة معزوز (البويرة)
د/ عبد القادر بوراس (تيارت)	أ/ الصادق ضريفي (البويرة)

التدقيق اللغوي

أ/ سمير شيباني

سكرتير تحرير قسم العلوم القانونية: عميروش مزهود.

الإخراج الفني والتجهيز الطباعي: أ/ سمير شيباني.

فهرس الموضوعات

- 4..... فهرس الموضوعات
- 5..... كلمة التحرير.....
الإرادة المنفردة مصدر للالتزام بين الرفض والتأييد
- 1..... بقلم: قتال حمزة.....
تقنين الفقه الإسلامي ما له وما عليه
- 36..... بقلم: ضريفي الصادق.....
الآليات المرنة لحماية البيئة من التغيرات المناخية
- 67..... بقلم: بوثلجة حسين.....
نظرات حول مسؤولية متولي الرقابة وفقا لتعديلات 2005 (الشروط والأحكام)
- 111..... بقلم: دراح سعاد.....
اختصاص السلطة التشريعية في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة في الدول المغربية،
دراسة تحليلية مقارنة
- 134..... بقلم: مرسلي عبد الحق.....
الاعتراف الدستوري بالحقوق المستحدثة في الدساتير المغربية (دراسة مقارنة)
- 156..... بقلم: عوادي فريد.....
دور الشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري
- 200..... بقلم: بريك الطاهر.....

كلمة التحرير

بقلم: أ/ سمير شهباني
رئيس تحرير قسم العلوم القانونية

((... الجواد قد يكبو، والفتى قد يصبو، ولا يعد إلا هفوات العارف... ولا يخفى عليك أن التعقب على الكتب، لا سيما الطويلة، سهل بالنسبة إلى تأليفها ووضعها وترصيفها، كما يشاهد في الأبنية العظيمة، والهياكل القديمة، حيث يعترض على بانها من عري في فنه عن القوى والقدر، بحيث لا يقدر على وضع حجر على حجر)).

حاجي خليفة (كشف الظنون)

ها هو عدد جديد يصدر من أعداد مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، برئاسة تحرير جديدة، خلفا للدكتور الفاضل كمال الدين قاري، الرئيس السابق، صاحب الخبرة الواسعة في مجال التحرير؛ لذا قد يكون في بداية مسيرتنا تقصير، وقد نقع في هفوات، وقد تتخلل عملنا زلات، لكن ذلك - إن وقع - لا يزيدنا إلا تبصرا ومعرفة، بما يبينه لنا الناقدون من قراء هذه المجلة.

فنرجو أن يكون هذا العدد استمرارا للأعداد السابقة من حيث توفره على إضافة جديدة لبحر البحث العلمي الجاد، ومساهمته في تنمية الفكر الإنساني، وترقية العمل البحثي في مجال العلوم القانونية مقارنة بمجالات العلوم الأخرى.

ونسأل الله الدوام لهذه المجلة والمزيد من الرقي، بدوام مساهمات الباحثين بمقالاتهم النافعة، وجهود أعضاء هيئة التحرير، والهيئة الاستشارية، ولجنة التقويم والتحكيم؛ الساهرين على إعطاء أفضل وجه لمجلتنا، شاكرين لهم هذا الجهد والتفاني.

الإرادة المنفردة مصدر للالتزام بين الرفض والتأييد

بقلم: قتال حمزة*

الملخص:

اختلف الفقهاء حول قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات، وقد تأثر المشرع بهذا الاختلاف فكان له موقف متميز وهو أنه جعل الإرادة المنفردة مثل العقد تعتبر مصدرا عاما للالتزام، وتسري عليها أحكام العقد.

الكلمات المفتاحية: الإرادة المنفردة - مصادر الالتزام.

Abstract:

There is no agreement between scholars of law about the power of individual will to create obligations. The legislator was affected by this dispute, and he takes a special position by making the individual will like contract as a general source of obligation and subject to the application of contract's rules.

Words key: unilateral will - Sources of obligations.

* أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة.

مقدمة:

لكي ينشأ الالتزام لا بد من سبب يؤدي إلى ذلك، ويسمى هذا السبب مصدر الالتزام، وقد أقر القانون عدة مصادر، منها تلك التي تلعب فيها الإرادة دوراً جوهرياً في إنشاء الالتزام، وهي التصرفات القانونية، أي العقد والإرادة المنفردة، فالعقد والذي يعتبر مصدراً عاماً للالتزام، هو توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية، أهمها إنشاء الالتزام. أما الإرادة المنفردة فهي العمل القانوني الصادر من جانب واحد⁽¹⁾.

فالتصرف بالإرادة المنفردة تصرف قانوني يقوم به شخص معين بإرادته وحده، دون حاجة إلى إرادة شخص آخر، وهو بهذا الشكل يرتب آثاراً قانونية، ولأن أهم هذه الآثار هو إنشاء الالتزام، ونتيجة لاختلاف الفقه حول ضرورة وجود طرفي الالتزام لنشوئه؛ فقد ثار خلاف فقهي حول قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام، أي هل تعد مصدراً للالتزام أم لا. وإذا سلمنا لها بالقدرة على إنشاء الالتزام، فهل تعتبر مصدراً استثنائياً أم هي مصدر عام؟

وفي هذا الشأن نريد أن نحدد موقف المشرع من ذلك كله، بعد أن نعرض الاتجاهات الفقهية والتشريعية واختلافها في شأن الإرادة المنفردة (المبحث الأول)، ثم مدى تأثر المشرع بهذا الاختلاف بمقارنته بهذه المواقف، بالإضافة إلى عرض أحكام الإرادة المنفردة مقارنة مع أحكام العقد، وإبراز ما يختلفان فيه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإرادة المنفردة في القانون المقارن

لم يختلف الفقه القانوني حول دور الإرادة المنفردة في إحداث الآثار القانونية، فالكل متفق بشأن قدرتها على ترتيب الآثار القانونية⁽²⁾، لكنه اختلف بشأن قدرتها على

(1) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص1445.

(2) - يرتب التصرف بالإرادة المنفردة عدة آثار قانونية، غير إنشاء الالتزام، فقد يكون تأكيد وجود عقد، =

إنشاء الالتزام (المطلب الأول)، وقد انعكس هذا الاختلاف على مختلف التشريعات في القانون المقارن، فتعددت مواقفها بين رافض لها ومعترف بها على سبيل الاستثناء، ومطلق لقدرتها على إنشاء الالتزام (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختلاف الفقه القانوني حول الإرادة المنفردة⁽¹⁾

لقد ثار خلاف فقهي حاد حول قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات، وذلك بين اتجاهين؛ اتجاه أول يمثله فقهاء النظرية التقليدية الذين يرفضون بأن يكون للإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الالتزام (الفرع الأول)، واتجاه ثاني يمثله فقهاء النظرية الحديثة الذين يرون بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإرادة المنفردة ليست مصدرا للالتزام

يرى الفقه الفرنسي التقليدي⁽¹⁾ بأن المصدر الوحيد للالتزام هو العقد، فلا بد

كإجازة عقد قابل للإبطال، وقد يكون إنهاء عقد في حالات معينة، كعزل الوكيل، وقد يكون نفاذ عقد في حق شخص معين، كالإقرار، وقد يكون تثبيت حق شخصي وتأكيد، كرجعة المستفيد في الانتفاع من الاشتراط لمصلحته، وقد يكون انقضاء حق كالإبراء، وقد يكون هذا الأثر إنشاء حق عيني، كالوصية مثلا، أو يكون سببا لإنهائه، كالنزول عن حق الرهن مثلا، راجع، د/ نبيل إبراهيم سعد، د/ محمد حسين قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 226.

(1) - أما الفقه الإسلامي فقد سبق الفقه الغربي والقوانين الحديثة في الاعتداد بالإرادة المنفردة، فبالرغم من أن مصطلح "الإرادة المنفردة" لم يستعمله الفقه الإسلامي إلا في عبارات الفقهاء المعاصرين، فإن مسماه معروف في هذا الفقه منذ بدايته، أما موقفه منها فإن وضعها أفضل حالا منه لدى الفقه القانوني عامة، فبالإضافة إلى اتساع مجالها في المعاملات فهي تستطيع أن تنشئ التزامات، بل أن جمهور الفقهاء يرى بأن الأصل في التصرفات هو الإرادة المنفردة وليس العقد، وقد ذهب الفقه المالكي بعيدا في اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام، حيث يرى مثلا بأن الإيجاب إذا صدر من الموجب فهو ملزم به، فلا يجوز له العدول عنه، وإنما يبطل بإعراض من وجه إليه، إما بصدور ما يدل على إعراضه عنه في مجلس العقد، وإما بانتهاء المجلس دون قبوله، ما لم يتقيد الموجب في إجابته بوقت معين، راجع، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، ج 1، ص 33 وما بعدها؛ د/ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 213، 216؛ د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 84.

لنشوء الالتزام من توافق إرادتين، حيث لا يمكن للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً إلا من خلال ارتباطها بإرادة أخرى، وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم⁽²⁾، فهذا الاتجاه مع تسليمه بأن الإرادة المنفردة يمكن أن تنتج آثاراً قانونية مختلفة، إلا أنه يستثني أثراً واحداً لا يمكنها أن ترتبه وهو إنشاء الالتزام⁽³⁾.

أولاً: حجج الاتجاه التقليدي

يستند هذا الاتجاه في ذلك إلى عدة حجج هي:

- إذا تم التسليم بأن الإرادة المنفردة لها القدرة على إنشاء التزام، فإن هذا الالتزام الناشئ عنها ليس له معنى إذا لم يعتبر حقاً لشخص آخر، ومن المسلم به أن الشخص لكي يصبح دائماً، يجب حصول رضاه، فإذا وقع ذلك فهذا هو توافق الإرادتين، إرادة الملتزم (المدين)، وإرادة صاحب الحق (الدائن)، الذي ينشأ به الحق، وبالتالي نكون بصدد عقد وليس إرادة منفردة⁽⁴⁾.

- إن الاعتراف بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام، يوجب الاعتراف أيضاً بقدرتها على إنهاء هذا الالتزام بعد وجوده، على أساس أن الإرادة اللاحقة تنسخ

(1) - كالفقيين « Aubry et Rau » و « Beudant » و « Demolombe » و « Planiol »، راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1445.

(2) - راجع، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1445؛ د/ جميل الشرقاوي، نظرية التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، 1956، ص18.

(3) - د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر القانون، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، 2009، ص368؛ د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، شتات، القاهرة، ط4، ص684.

وقد استبعدتها بعض الفقه من مصادر الالتزام، وجعلها كالواقعة المادية المحضة، فإن ترتب التزام بسببها فالنص القانوني هو الذي ترتبه، راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1454.

(4) - د/ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص186.

الإرادة السابقة، وبالتالي يصبح الأمر أن ما تستطيع الإرادة وحدها أن تبرمه تستطيع وحدها أن تحله، وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقا على محض إرادته، وبذلك لا يثبت الالتزام⁽¹⁾.

- إن إنشاء العقد للالتزام لا يمكن أن يتم إلا عن طريق امتزاج أو تفاعل الإرادات المشتركة في هذا العقد، أي بتأثير إرادة طرف على إرادة الطرف الآخر حتى تتوافقا على ذلك، وليس أن الإرادة وحدها هي التي وزنت الأمر وبتت فيه بقرار نهائي، ويبقى بعد ذلك قبول الطرف الآخر أو رفضه⁽²⁾.

ثانيا: تقدير الرأي

- إن الاكتفاء بالعقد كمصدر وحيد للالتزامات من شأنه أن يعجز عن مواجهة بعض الحالات الواقعية وتفسير بعض التطبيقات للالتزامات التي منشؤها الإرادة المنفردة.

- إن الالتزام بالإرادة المنفردة ضرورة قانونية، تنسجم مع المنطق القانوني مراعاة اعتبارات الثقة في المعاملات، وللمقتضيات الاجتماعية المختلفة، وعليه فإنه ليس هناك ما يمنع من جعلها مصدرا للالتزام⁽³⁾.

- إن الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام تستند في آخر الأمر إلى حكم القانون شأنها في ذلك شأن العقد، فلا مانع من أن تكون كذلك طالما أن الشخص يلتزم في حدود القانون.

(1) - د/ خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص187؛ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1448؛

Alain Bénabent, Droit civil, Les obligations, Motchresion, 2003, p8.

(2) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1448.

(3) - د/ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص331.

هذا بالإضافة إلى الحجج التي يستند عليها أنصار الإرادة المنفردة التي تدعم وجوب الاعتراف لها بأن تكون مصدرا للالتزام.

الفرع الثاني: الإرادة المنفردة مصدر للالتزام

ظهر هذا الاتجاه في أول أمره في الفقه الألماني⁽¹⁾ ثم انتصر له بعض الفقه الفرنسي⁽²⁾، بدعوى أنه لا ينبغي أن تمنع الإرادة المنفردة من إنشاء الالتزامات، بل يجب التسليم لها بالقدرة على إنتاج هذا الأثر كما هي قادرة على إنتاج غيره من الآثار⁽³⁾.

(1) - وعلى رأسهم الفقيه "Siegel" فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام، فمن يتعاقد إنما يلزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه، راجع، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1446؛ محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، دبيوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977، ص46.

Mazeud(H)et(L) et(J) et François(Ch), Leçon de Droit Civil, Tome2, Volume 1, Les obligations, DELTA, 5ème édition, p350.

(2) - كالفقيين «Colin et Capitant»، و«Tarde»، و«Saeilles» والفقيه «Worms» الذي ذهب إلى أن التطور التاريخي للإرادة، باعتبارها منشئة للالتزام، يدل على أنها تخلصت تدريجيا من الأوضاع التي كانت تحوط بها، حان الوقت لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة، فلا تبقى متوقفة على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكلية لا يزال باقيا، فإذا أزلناه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام، لكن ورغم انتصار هؤلاء الفقهاء للإرادة المنفردة إلا أن عامة الفقه الفرنسي قد رفضها وكتفى بالأخذ ببعض تطبيقاتها، والعلة في ذلك هي تمسكهم الشديد بالقواعد التقليدية للعقد، راجع، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1446؛ د/ جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص20؛

Mazeud(H)et(L) et(J) et François(Ch), op. cit. , p351;Alain Bénabent, op. cit. , p7.

حيث يقول هذا الأخير:

«Aussi conclut-on souvent à l'absence de pouvoir créateur d'engagement de l'acte unilatéral».

(3) - د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص21.

أولاً: حجج الفقه الألماني ومن وافقه

يستند هذا الاتجاه إلى الحجج التالية:

- طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة يستطيع الشخص أن يلزم نفسه بإرادته وحدها، حتى ولو رتب ذلك حقاً للغير، ولو لم يشارك هذا الأخير في إنشاء هذا الحق، ولو لم يرض به، فهو يستطيع أن يردده وبالتالي لا يدخل في ذمته، فإعمال مبدأ سلطان الإرادة لا يكون كاملاً إلا إذا اعترف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الالتزام⁽¹⁾.

- إذا كان الشخص لا يستطيع أن يلزم نفسه بإرادته، فيكون من باب أولى أنه لا يستطيع أن يلتزم بإرادة غيره، وعليه يمكن القول بأنه إذا كان لا يجوز للإرادة المنفردة أن تكون مصدراً للالتزام، فلا يجوز القول بأن ارتباط هذه الإرادة بإرادة أخرى يكون مصدراً للالتزام⁽²⁾.

- نجد من الناحية العملية أن نظرية الإرادة المنفردة تتسع لأنواع من التعامل تضيق بها النظرية التقليدية، الراضية للإرادة المنفردة، بالرغم من الحاجة الملحة لها، كالوعد بجائزة، والتزام الموجب بالبقاء على إيجابه في مدته المحددة مثلاً⁽³⁾، ففي مثل هذه الحالات يعتبر التسليم باعتبار الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام أمراً حتمياً.

ثانياً: تقدير الرأي⁽⁴⁾

اعترض خصوم نظرية الإرادة المنفردة على هذه النظرية، بحجة أن منح الإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الالتزام يستتبع القول بمنحها القدرة على إنهائه والتحلل منه، مما يجعل هذا الالتزام معلقاً على مشيئة هذه الإرادة وحدها، وهو ما يجعل الالتزام غير ثابت، مما يمس باستقرار المعاملات⁽⁵⁾.

(1) - د/ خليل أحمد حسن قنادة، المرجع السابق، ص 186؛ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 686.

(2) - د/ جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 186.

(3) - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 685.

(4) - راجع، محمد تقيية، المرجع السابق، ص 63.

(5) - د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 687.

- يقضي المنطق القانوني السليم في التعامل، الذي يكون أساسه التعارض بين مصالح المتعاملين، بأن تكون هناك مفاوضات ومناقشات بين الأطراف وأخذ ورد، حيث لا تستقل بالأمر إرادة دون الأخرى مراعاة وتحقيقا لهذه المصالح المتعارضة، حيث تؤثر كل منهما على الأخرى لأجل تطابقهما لينعقد العقد⁽¹⁾.

في حين هذه النظرية تقوم على معطيات تخالف ذلك المنطق، حيث تجعل من الالتزامين المتقابلين والناشئين عن العقد عبارة عن التزامين مستقلين كل منهما عن الآخر في نشوئه وفي حياته، بالرغم من الارتباط الوثيق بينهما وهو الذي يربط الفسخ والدفع بعدم التنفيذ، وهو الذي يفسر فكرة السبب الذي يقتضي تعاصر نشأتهما، وهو الذي لا يتحقق إذا اعتبرنا أن كلا منهما قد نشأ من إرادتين منفردتين، بل يتحقق إذا اعتبرناهما قد نشأ من واقعة واحدة وهي توافق الإرادتين⁽²⁾.

- أن الأوضاع القانونية التي يثيرها أنصار نظرية الإرادة المنفردة يمكن تفسيرها دون حاجة إلى الالتجاء إلى هذه النظرية، فالإيجاب الملزم هو عبارة عن عقد يستلزم قبول تقييد الموجب بالميعاد، والتزام المتعهد في الاشتراط لمصلحة الغير إنما ينشأ من تعاقد مع المشتري، والتزام الواعد للجمهور قد نشأ عن وعد منه وقبول من علم به من الجمهور⁽³⁾.

وقد رد أنصار نظرية الإرادة المنفردة بما يلي:

- إن تصور نشوء التزام دون دائن مرجعه إلى النظرة المادية للالتزام، فهو علاقة بين ذمتين ماليتين أكثر من اعتباره رابطة بين شخصين، فلا مانع من غياب شخص الدائن عن نشوئه⁽⁴⁾.

(1) - عبد الحميد عزوز، مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبيين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2003، ص63.

(2) - راجع في المعنى: د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص687.

(3) - د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص688.

(4) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1449.

- أن الإرادة المعلن عنها، وقد اطمئن لها الغير ووثقوا فيها ثقة مشروعة، تكون قد خرجت من مرحلة أثرها في العمل النفسي إلى مرحلة أثرها في الروابط الاجتماعية، وهي بذلك حالة ظاهرة لا يمكن العدول عنها على وجه يخل بهذه الثقة المشروعة⁽¹⁾.

- أن القول بأن الالتزام بالإرادة المنفردة يتعارض مع فكرة العقد الذي يستوجب أن تسبقه مرحلة مفاوضات في أخذ ورد، وهذا ما يتقرر صحيحاً من الناحية النفسية. أما اجتماعياً، فالإيجاب في مرحلة لاحقة يصبح باتاً مع عدم تجاهل تأثيره في إرادة الطرف الآخر وتفاعله معها، لكنه يبقى مع ذلك منسوباً إلى إرادة من صدر منه ورضاؤه على اعتبار أنه يحقق مصالحه الاقتصادية، ولو أنه ليس بنفس الحجم الذي كان يرغب فيه، وفي هذه الصورة تتحقق النظرة الألمانية عندما تظهر الإرادة في صورتها النهائية الباتة والجازمة، وليس للطرف الآخر سوى إقرارها. على أنه في بعض عقود المعاوضة يصدر أحد أطرافها إيجاباً باتاً وجازماً، كما هو الحال في عقدي البيع والإيجار⁽²⁾.

ونخلص في الأخير إلى أن الاعتراضات التي تقدم بها خصوم النظرية لا تؤدي إلى هدمها، ومن ناحية أخرى يرى بعض الفقه⁽³⁾ بأن هذه النظرية بعيدة المدى، فهي لا تقتصر على تقرير أن الإرادة المنفردة قد تنشئ التزاماً، بل تذهب إلى أبعد من ذلك، فتقرر أن كل الالتزامات التي تنشأ من العقد إنما تنشأ في الواقع من الإرادة المنفردة، وبهذا ينهدم العقد كمصدر من مصادر الالتزام، وتحل محله الإرادة المنفردة، وهذا

(1) - عبد الحميد عزوز، المرجع السابق، ص64؛ د/أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص298.

(2) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1449؛ عبد الحميد عزوز، المرجع السابق، ص65.

(3) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص190؛ فتأثير إطلاق الاعتراف بالإرادة المنفردة على القواعد والتصورات التقليدية التي تحكم العقد يصل إلى الحد الذي يرى فيه البعض بأن العقد عبارة عن تصرفين قانونيين مرتبطين، بدلا من توافق إرادتين على ترتيب أثر قانوني، وبالتالي إلغاء العقد كمصدر للالتزام، راجع د/ جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص20، 37.

يعدل تعديلا جوهريا في القواعد الموروثة التي تنظم العلاقات الناشئة عن العقد.

لكن يرى البعض الآخر من الفقه (1) بأنه لا داعي من هذه الخشية فالالتزام بالإرادة المنفردة لن يبتلع العقد ويلغيه، بل إن لكل منهما نطاقا خاصا به، ويبقى للعقد النصيب الأوفى من التنظيم التشريعي، فلا يوجد إذن ما يحول قانونا أو عدالة دون أن تكون الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام.

المطلب الثاني: التشريعات في القانون المقارن (مواقف متباينة)

كان للاختلاف الفقهي الدائر حول الإرادة المنفردة أثره الواضح في مواقف مختلف القوانين المقارنة، حيث نجد بعض القوانين ترفض الاعتراف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الالتزام، وإن وجد عمليا فهو على سبيل الاستثناء (الفرع الأول). أما البعض الآخر فقد اعترف صراحة للإرادة المنفرد بالقدرة على إنشاء الالتزام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رفض الإرادة المنفردة كمبدأ عام

نحاول أن نورد نماذج عن القوانين التي ترفض منح الإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الالتزام، وتكتفي بالعقد مصدرا عاما وأصيلا للالتزام، وهذه القوانين منها التي لم تخصص نصا يتعلق بالإرادة المنفردة، وتكتفي بنصوص تتعلق بتطبيقاتها (أولا)، ومنها التي خصصت نصا يسمح للإرادة المنفردة بإنشاء الالتزام في أحوال استثنائية التي ينص عليها القانون (ثانيا).

أولا: وجود تطبيقات دون نص عام

هناك تشريعات لم تخصص نصا عاما للإرادة المنفردة تجاهلا منها لدور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام، وإن كانت قد أوردت نصوصا متفرقة تتضمن تطبيقات عملية للإرادة المنفردة كلقانون المدني الفرنسي (1)، والقانون المدني المصري (2) مثلا.

(1) - راجع: د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 331؛ د/جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 27.

1- القانون المدني الفرنسي (مظاهر لوجود تطبيقات):

لم يورد القانون المدني الفرنسي نصا خاصا بالإرادة المنفردة يقر لها إنشاء الالتزام ولو استثناءً⁽¹⁾ متجاهلا إياها، فهو لا يعترف بها كمصدر للالتزام مسيرا في ذلك الفقه الفرنسي الغالب، خاصة الفقه التقليدي، الذي يرى بأن الإرادة المنفردة عاجزة تماما عن أن تكون مصدرا للالتزام⁽²⁾.

ورغم ذلك أورد القضاء العديد من تطبيقاتها أفرزها الواقع العملي على سبيل الاستثناء لحل بعض الأوضاع الواقعية، كتحويل التزام طبيعي إلى التزام مدني، وتأسيس لتبرير إلزام مكلفين بالإعلانات تقاعسوا عن تنفيذ وعودهم الوهمية، وهذا ما جعل الفقه يتساءل عما إذا كانت محكمة النقض الفرنسية تسير نحو تكريس نظرية

(1) - هناك بعض التصرفات في القانون المدني الفرنسي قد توحى بأنها تمثل تطبيقاتا للإرادة المنفردة، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي لم يسندها إليها، بل أخذ يسندها إلى مصادر أخرى كالقانون مثلا أو العقد، فالوعد بجائزة (Lapromesse de récompense) مثلا اعتبر إيجاب عقد موجه إلى موجب له مجهول، الذي بمجرد ظهوره (وقد نفذ الالتزام محل الوعد) يكون قد قيل الإيجاب وهو الوعد، ورسائل النوايا (Lettre d'intention) أيضا قد تظهر بأنها التزام بإرادة منفردة، إلا أن محكمة النقض الفرنسية فسرتها بأنها التزام تعاقدي، كما في قرارها الصادر في 1987/12/21 حيث قضت بأنه: رغم الطابع الأحادي الطرف لرسالة النية، فيوسعها أن تنشئ بحسب مضمونها، وعندما يقبلها المرسل إليه واعتدادا بالنية المشتركة للطرفين، التزاما تعاقديا على عاتق من وقعه بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. . . .؛ راجع: p8، Alain Bénabent, op. cit. ، وكذلك الإيجاب المقترن بأجل (L'offre ou pollicitation) الذي أكدت محكمة النقض في أكثر من قرار بأن الموجب لا يستطيع الرجوع فيه خلال هذا الأجل، كقراريها الصادرين في 1968/05/10، وفي 1977/03/15، ورغم الاختلاف حول أساسه القانوني إلا أن الفقه الغالب يرفض إرجاعه إلى الإرادة المنفردة ويسنده إلى المسؤولية التقصيرية، أمثال "Planiol et Ripert"، و" Mazeaud(H)et(L)et(J)"، و"Carbonnier"، راجع: جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، 2008، ص354:306، Mazeud (H) et (L) et (J) et François (Ch), op. cit. ، راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، صص185، 188، وكذلك "Mazeud (H)et(L)et(J)"، و"Carbonnier"، راجع: جاك غاستان، المرجع السابق، ص305.

Mazeud (H) et (L) et (J) et François (Ch), op. cit. ,p356.

متكاملة للإرادة المنفردة، أم أنها تحاول تفسير بعض التطبيقات بإسنادها للإرادة المنفردة على سبيل الاستثناء⁽¹⁾.

2- القانون المدني المصري (تطبيقات تشريعية):

لم يتضمن القانون المدني المصري نصا يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام⁽²⁾، بالرغم من أنه أورد الإرادة المنفردة في فصل مستقل كما فعل بالنسبة لبقية مصادر الالتزام، لذا فإن الفقه المصري الغالب يرى بأنها تعد مصدرا استثنائيا للالتزام، حيث تنشئ التزامات في حالات محددة نص عليها القانون⁽³⁾، كالإيجاب المقترن بأجل في المادة 93 منه، والوعد بجائزة في المادة 162 مثلا.

ثانيا: وجود نص عام بالإضافة إلى التطبيقات

سنورد بعض النماذج لتشريعات خصصت نصا يتضمن المبدأ العام يقر للإرادة المنفردة أن تكون مصدرا للالتزام، ناهيك عن نصوص أخرى تتعلق بتطبيقاتها، كالقانون الألماني⁽¹⁾، وقانون الموجبات والعقود اللبناني⁽²⁾، والقانون المدني

(1) - voir: Alain Bénabent, op. cit. , p8.

(2) - ذلك على خلاف المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الذي اعتبرها مصدرا عاما مثلها مثل العقد وذلك في المادة 228، غير أن المشروع النهائي جاء خاليا من ذلك، لأن لجنة المراجعة اقتضت على أن تكون للإرادة المنفردة تطبيقات محددة بنص القانون، وهو ما تكرر في القانون المدني، راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1454.

(3) - غير أن الأستاذ السنهوري يرى بأن الإرادة المنفردة ليست مصدرا للالتزام، وأما الحالات التي تنشئ فيها التزامات إنما هي التزامات أنشأها القانون بطريق مباشر بمقتضى نصوص خاصة راجع: د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص1455؛ غير أن الفقه الغالب لم يسلم بهذا، حيث يرى بأن القانون لا يعتبر مصدرا مباشرا للالتزام إلا إذا استقل في إنشائه للالتزام عن إرادة المدين، والالتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة يعتبر التزاما إراديا، نشأ عن إرادة المدين بشكل مباشر، حتى وإن استند هذا النشوء إلى نص محدد. راجع مثلا: جلال العدوي، أصول الالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997؛ د/أنور سلطان، المرجع السابق، ص293، 297؛ د/علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص315.

الكويتي (3).

1- القانون المدني الألماني (الإرادة المنفردة لا تنشئ التزاماً إلا بنص القانون):

لقد اعتمد القانون المدني الألماني الإرادة المنفردة كمصدر استثنائي، وذلك بموجب المادة 311 منه⁽¹⁾، حيث أجازت لها أن تنشئ الالتزامات، ولكن في حالات استثنائية، أي عندما ينص القانون على ذلك⁽²⁾.

والملاحظ أنه بالرغم من أن نظرية الإرادة المنفردة كان منشؤها في ألمانيا، إلا أن المشرع الألماني لم يرد أن يجاري الفقه ويأخذ بها كمصدر عام، بل أخذ بها كمصدر استثنائي، وذلك لاعتبارات عملية، تتمثل في الأسباب التي أبداها الفقيه الألماني «Brinz» وهي أنه عندما نكون أمام مظهر للإرادة المنفردة يصعب إثبات وجود التزام جدي من عدم وجوده، إلا قولاً ألقى جرافا دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به⁽³⁾.

2- قانون الالتزامات والعقود اللبناني (الإرادة المنفردة مصدر استثنائي):

أجاز قانون الموجبات والعقود اللبناني للإرادة المنفردة بأن تكون مصدراً للالتزام وذلك في المادة 147⁽⁴⁾ منه.

(1) - تنص المادة 311 من القانون المدني الألماني BGB الصادر بتاريخ 2002/01/02:

"Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions.

1- In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute..."

(2) - أهم الأحوال التي أخذ بها القانون المدني الألماني بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام هي: الإيجاب الملزم، والوعد بجائزة، والاشتراط لمصلحة الغير، والمؤسسات وهي تقابل الوقف عندنا، والسندات لحاملها، راجع: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ص194؛

Mazeaud (H) et (L) et (J) et François (Ch), op. cit., p357

(3) - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ص193.

(4) - تنص المادة 147 منه حيث تنص "إن العمل القانوني هو الذي يعمل لإحداث مفاعيل قانونية وعلى الخصوص لإنشاء الموجبات. وإن العمل القانوني المنشئ للموجبات يجوز أن يكون صادراً عن فريق واحد (كتصريح فريق بمشيئته) أو أن يكون اتفاقاً فيعبر عنه بالعقد".

وقد خصص المشرع اللبناني للإرادة المنفردة فصلاً مستقلاً وهو الفصل الأول تحت عنوان: الأعمال الصادرة عن فريق واحد، الفضول، أي أنه اعترف بها كمصدر للالتزام بشكل صريح.

وبالرغم من ذلك قضت المادة 148⁽¹⁾ بأن المبدأ هو أن الإرادة المنفردة عاجزة عن إنشاء الالتزامات، ووضعت الاستثناء وهو أنها تنشئ الالتزام استثناءً في الأحوال التي ينص عليها القانون، مثل عرض التعاقد المشار إليه في المادة 179 من قانون الموجبات والعقود، والتعاقد لمصلحة الغير المشار إليه في المادة 227 منه، والفضول المشار إليه في المادة 149⁽²⁾.

3- القانون المدني الكويتي (الإرادة المنفردة مصدر استثنائي مع بيان أحكامها):

خصص القانون المدني الكويتي للإرادة المنفردة الفصل الثاني بعنوان: "الإرادة المنفردة"، تضمن سبع مواد. وقد بين موقفه⁽³⁾ في المادة 220 منه⁽⁴⁾، ثم بين أحكام

(1) - نص في المادة 148 "إن المشيئة الواحدة وأن تكن معلنة بوضوح وبشكل رسمي، هي في الأساس عاجزة عن إنشاء علاقات إلزامية مادامت لم تقترن بمشيئة أخرى تتمثل بها مصالح مستقلة أو مخالفة. غير أنه يجوز على وجه استثنائي وفي أحوال محصورة نص عليها القانون أن تتولد الموجبات من مشيئة الفريق الواحد".

(2) - راجع: د/مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص28.

(3) - يشابه هذا الموقف موقف القانون المدني القطري، رقم 22 لسنة 2004 حيث نص في المادة 192 منه على أن الإرادة المنفردة مصدر استثنائي، ثم أن أحكامه هي أحكام العقد إلا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة المنفردة (ما يستوجب تطابق الإرادتين في العقد)، ثم بين أحكام الوعد بجائزة في المواد 193 إلى 198.

(4) - تنص المادة 220 من القانون المدني الكويتي: "1- التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة لا ينشئ التزاماً ولا يعدل في التزام قائم ولا ينهي، إلا في الأحوال الخاصة التي ينص عليها القانون. 2 - فإن قضى القانون بنشوء الالتزام أو بتعديله أو بانقضائه بمقتضى التصرف الصادر بالإرادة المنفردة، سرى على هذا التصرف ما يسري على العقد بوجه عام من أحكام القانون، إلا ما كان منها متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة، وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتي طرفي العقد".

الوعد بجائزة للجمهور في المادة 221 إلى المادة 226.

اتخذ القانون المدني الكويتي الموقف نفسه الذي اعتمده المشرع اللبناني، حيث خصص للإرادة المنفردة فصلاً خاصاً بها، ما يعنى اعترافه بها كمصدر للالتزام، ثم بين بأنه مصدر استثنائي، إلا أن القانون الكويتي أضاف بيان أحكام التصرف الصادر بالإرادة المنفردة بأنها نفسها أحكام العقد، إلا ما تعلق بضرورة توافق إرادتي طرفي العقد.

الفرع الثاني: الإرادة المنفردة مصدر عام للالتزام

نورد نماذج عن القوانين التي تقر منح الإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الالتزام، مثلها مثل العقد، فكلاهما مصدر عام وأصيل للالتزام، كلقانون الأردني (أولاً)، والقانون الإماراتي (ثانياً).

أولاً: القانون الأردني (الإرادة المنفردة مصدر عام طبقاً لما يقضي به القانون)

عالج المشرع الأردني الإرادة المنفردة في قانونه المدني⁽¹⁾ في فصل مستقل تحت عنوان: "التصرف الانفرادي" يتضمن خمسة مواد، نص فيها على المبدأ العام المتعلق بالإرادة المنفردة في المادة 250، ثم بيان الأحكام المتعلقة بالتصرفات بالإرادة المنفردة في المواد 251 إلى 253، ثم الإشارة إلى بعض تطبيقاتها في المادتين 254 و255.

فقد اعتد القانون المدني الأردني بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام متأثراً في ذلك بالفقه الإسلامي، حيث تنص المادة 250 منه: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول ما لم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبقاً لما يقضي به القانون".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني حين التعليق على هذه المادة: "أن هذه المادة تتناول المبدأ العام فتقرر انعقاد التصرف بالإرادة المنفردة ما دام

(1) - القانون رقم 1976/43، ج 1، 1976/2645 - 08 - 01

لا يلزم غير المتصرف"⁽¹⁾.

ووفقا للفقهاء الأردني الغالب، يتبين من هذا النص بأن المشرع الأردني قد اعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام مثلها مثل العقد، وحسب هذا الفقه فإنه لا ينال من هذا التوجه الذي ارتآه المشرع تلك العبارة الواردة في نهاية المادة "طبقا لما يقضي به القانون، فهي لم تأت بجديد؛ ذلك أن الالتزام القانوني مفروض على الكافة، سواء كما بصدد التزام بإرادتين أو التزام بإرادة واحدة"⁽²⁾.

ثانيا: قانون المعاملات الإماراتي (الإرادة المنفردة مصدر عام مع بيان أحكامها)

خصص المشرع الإماراتي في قانونه للمعاملات المدنية⁽³⁾ فصلا مستقلا للتصرف بالإرادة المنفردة يتضمن خمس مواد، نص فيها على المبدأ العام المتعلق بالإرادة والمنفردة، ثم بيان الأحكام المتعلقة بآثار التصرفات بالإرادة المنفردة، ثم الإشارة إلى بعض تطبيقاتها⁽⁴⁾.

فقد نصت المادة 276 منه: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة دون توقف على قبول المتصرف إليه ما لم يكون فيه إلزام الغير بشيء طبقا لما يقضي به القانون كل

(1) - أشار إلى ذلك د/ محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص178.

(2) - د/أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص228؛ د/ عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص170؛ غير أن هناك من الفقه من خالف ذلك ويرى بأن المشرع الأردني لم يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما لإنشاء الالتزامات دون توسط القانون، فهي مصدر لإنشاء الالتزام فيما يقضي به القانون، راجع: د/ محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص178.

(3) - القانون رقم 1976/43، ج.ر 1976/2645 - 08 - 01

(4) - كالوعد في المادة 280، وهو "ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل..."، والجعالة (الوعد بجائزة) في المادة 281، راجع في هذه التطبيقات: د/عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1997، ص381.

ذلك ما لم ينص القانون على خلافه".

يتبين من هذه المادة بأن القانون الإماراتي قد أقر للإرادة المنفردة القدرة على إنشاء الالتزامات (ما لم تلزم الغير)، وجعل ذلك مبدأ عاماً، مثلها مثل العقد. وأوضح في مذكرته الإيضاحية أنه سار في ذلك على نهج الفقه الإسلامي، لكن دون أن يلتزم بمذهب بعينه، واستبعد المسائل الداخلة في نطاق الأحوال الشخصية⁽¹⁾.

وقد بين كيفية انعقاده، حيث تسري على ذلك أحكام العقد عدا ما تعلق بوجود إرادتين، وذلك في المادة 277 منه، والتي تنص: "تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء العقد. ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وبين الأحكام المتعلقة بآثاره، حيث نصت المادة 278: "إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه، ما لم ينص القانون على غير ذلك"، ثم بين آثاراً عديدة تترتب عنه بحسب نوعه، أكان تملكاً أو إسقاطاً أو إبراءً. والملاحظ أن هذه الأحكام تعتبر أحكاماً عامة يعمل بها، ما لم ينص القانون على خلافها بشأن واقعة معينة⁽²⁾.

المبحث الثاني: المشرع الجزائري يأخذ بالإرادة المنفردة

يظهر بأن المشرع قد تأثر بالخلاف حول الإرادة المنفردة، حيث قد عرف موقفه تدرجاً في الاعتراف بها كمصدر للالتزام؛ فمن خلال النصوص المتعلقة بالإرادة المنفردة يتبين أنه اعترف بشكل تدريجي بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام وذلك على مرحلتين (المطلب الأول)، بالإضافة إلى أنه بين بأن قواعد العقد تسري على التصرف بالإرادة المنفردة في تكوينه وترتيبه لآثاره وانقضائه (المطلب الثاني).

لقد عرف موقف المشرع الجزائري من كون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام

(1) - راجع، د/عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص381.

(2) - د/عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص376، 380.

تطورا عبر مرحلتين، مرحلة ما قبل تعديل القانون المدني في 20/06/2005⁽¹⁾ حيث كان ينظر إليها على أنها مصدر استثنائي للالتزام (الفرع الأول)، ومرحلة ما بعد التعديل، حيث أصبحت مصدرا عاما للالتزام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإرادة المنفردة مصدر استثنائي

قبل تعديل 2005 للقانون المدني كان المشرع قد نص على تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة وهو الوعد بجائزة، وذلك في المادة 115 ضمن آثار العقد⁽²⁾، بالإضافة إلى تطبيقات أخرى في نصوص متفرقة⁽³⁾، مما أظهر بأن المشرع قد اعتبرها حين ذاك مصدرا استثنائيا للالتزام في حالات محددة قانونا، ونتيجة لذلك لا تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاما إلا حيث أجاز لها، بنصوص خاصة، وهي لا تلزم صاحبها إلا في أحوال خاصة وهي التي أقرتها هذه النصوص⁽⁴⁾.

وقد انتقد بعض الفقه هذا الموقف حيث يرى البعض⁽⁵⁾ بأنه ليس هناك ما يحول

(1) - التعديل كان بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج 44، ص 18.

(2) - الوعد بجائزة تصرف قانوني بإرادة منفردة هي إرادة الواعد الذي يعلن للجمهور عن جائزة لأي شخص يقوم بعمل، راجع، د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 371، ويعتبر الوعد بجائزة من أهم تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة، وقد نصت عليه بعد التعديل المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني "من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها...".

(3) - مثل الإيجاب المقترن بأجل في المادة 63 من ق.م، والوعد بالتعاقد من جانب واحد في المادة 71 من ق.م، والإقرار في المواد (114 بالنسبة للتعهد عن الغير و152 بالنسبة للفضالة و1/398 بالنسبة لبيع ملك الغير) من ق.م، راجع في هذه التطبيقات، د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 331؛ محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 118 وما بعدها.

(4) - وعلى هذا الأساس يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأن مصدر هذه التطبيقات هو القانون وليس الإرادة المنفردة. غير أن د/ علي علي سليمان يرى بأن القانون يعتبر مصدرا غير مباشر، ما دامت الإرادة المنفردة هي التي أنشأت الالتزام في هذه التطبيقات، راجع في ذلك: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ص 141؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 315.

(5) - د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 331.

قانوناً أو عدالة دون أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام في الحالات التي تدعو الحاجة فيها إلى اعتبار هذه الإرادة التي تستمد قوتها من القانون، وتسري عليها الأحكام التي تنظم العقد إلا ما يخص ضرورة وجود إرادتين؛ لأن هذه الأحكام تعتبر في الحقيقة المبادئ العامة لنظرية التصرف القانوني.

ويرى آخرون⁽¹⁾ بأنه كان من الأفضل للمشرع الجزائري وهو يعطي للالتزام طابعه المادي، ويقر مبدأ سلطان الإرادة، أن يقر بقدرة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزامات، وخاصة أنه نظم الوعد بالجائزة تنظيماً كاملاً، بأن يورد الإرادة المنفردة ضمن تعداد مصادر الالتزام دون حشرها بدون مبرر معقول في قسم لا تمت له بأي صلة، حيث يقول الدكتور خليل أحمد قدامة: "وأملنا أن يتدارك المشرع الجزائري ذلك في وقت قريب، وذلك مسaire منه لما آلت إليه التشريعات التي اعترفت بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزامات كما اعترفت بقدرتها على إنتاج الآثار القانونية"⁽²⁾.

الفرع الثاني: الإرادة المنفردة مصدر عام

تغير موقف المشرع في المرحلة التالية بموجب تعديل القانون المدني في 2005/06/20، حيث أقر للإرادة المنفردة أن تكون مصدراً عاماً للالتزام إلى جانب العقد⁽³⁾، وذلك في المادة 123 مكرر التي نصت على أنه: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير...". وبين أحكامها في الفقرة الثانية من هذه المادة حيث تنص: "ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول".

(1) - د/ خليل أحمد قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 189.

(2) - د/ خليل أحمد قدامة، المرجع السابق، ص 189.

(3) - إن هذا الموقف الذي اتخذته المشرع يشابه موقف المشرع الإماراتي الذي رأيناه سابقاً، إلا أن تنظيم هذا الأخير للتصرف بالإرادة المنفردة كان أكثر تفصيلاً، سواء في بيان أحكامه أو في عرض تطبيقاته، وكذلك الشأن بالنسبة للمشرع الأردني.

بل إن المشرع الجزائري قد خصص للإرادة المنفردة فصلا مستقلا وهو الفصل الثاني مكرر، تحت عنوان: "الالتزام بالإرادة المنفردة"، وأخرج أحكام الوعد بجائزة من المادة 115 من القانون المدني التي هي ضمن آثار العقد إلى المادة 123 مكرر 2 ضمن الفصل المخصص للإرادة المنفردة⁽¹⁾.

وعليه، فالمشرع من خلال جعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام، قد أقر لها أن تنشئ الالتزامات دون حاجة إلى نصوص خاصة، وبهذا يكون المشرع قد خطا خطوة جريئة، حيث خرج عن دوائر التقليد والانغلاق في دائرة القوانين المتأثرة بالمذهب الشخصي، وسائر التطور الحاصل دوليا وما فرضته العوامل الاقتصادية والاجتماعية من معاملات، فاتجه نحو المذهب المادي الذي يرى بالطابع المادي للالتزام واستقلاله عن أشخاص الرابطة القانونية.

المطلب الثاني: تطبيق قواعد العقد على الإرادة المنفردة

بعد أن اعتبر المشرع الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام بين في الفقرة الثانية من المادة 123 مكرر من القانون المدني الأحكام التي تنظم التصرف بالإرادة المنفردة⁽²⁾ حيث تنص: "... ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول"، فالقواعد التي تنظم العقد هي نفسها التي تنظم التصرف بالإرادة المنفردة، باستثناء تلك التي تتعلق بضرورة وجود إرادتين متطابقتين⁽³⁾، وسوف نتناول هذه الأحكام وفقا لمرحلي تكوين التصرف (الفرع

(1) - راجع أيضا د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص370.

(2) - تعتبر هذه الأحكام أحكاما عامة، بحيث يكون لكل تطبيق من التطبيقات التشريعية للإرادة المنفردة أحكامه الخاصة إن وجدت، كالإيجاب المقترن بأجل في المادة 63 من القانون المدني، والوعد بالتعاقد من جانب واحد في المادة 71 من ق م، والإقرار في المواد (114 بالنسبة للتعهد عن الغير والمادة 152 بالنسبة للفضالة و1/398 بالنسبة لبيع ملك الغير)، والوعد بجائزة في المادة 123 مكرر 1 راجع في أحكام هذه التطبيقات، د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص376، 332، 374؛ د/ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص316، 317.

(3) - وقد بين المشرع الإماراتي في قانونه للمعاملات المدنية أحكام الإرادة المنفردة في المادة 277 التي

الأول)، وآثار التصرف وانقضائه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكوين التصرف بالإرادة المنفردة

يتطلب تكوين التصرف بإرادة منفردة أن تتوفر أركانه وشروط صحته وهي: الرضا والمحل والسبب والشكل، في الأحوال التي يتطلبها القانون (أولاً)، وإلا كان جزاءه البطلان (ثانياً).

أولاً: أركان التصرف بالإرادة المنفردة

للتصرف بالإرادة المنفردة أركان لا يقوم بدونها مثل العقد تماماً، والتي تتمثل في الرضا (1)، المحل (2)، السبب (3)، والشكل استثناء في بعض التصرفات (4).

1- الرضا:

يقوم التصرف بالإرادة المنفردة بإرادة واحدة وهي إرادة المتصرف، وعليه تقتصر في الكلام على رضا المتصرف دون رضا المتصرف إليه. وقيام ركن الرضا يتطلب أن يكون موجوداً (1.1)، وصحيحاً (1.2).

1.1 - وجود رضا المتصرف:

يكون الرضا موجوداً بوجود الإرادة التي تعد عنصراً جوهرياً فيه، والتي هي "ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار، يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة"⁽¹⁾، وهذا يتطلب أن تكون إرادة جديّة ترغب في إحداث آثار قانونية، أي أن تصدر عن شخصية قانونية لها الأهلية اللازمة لإبرام التصرف، وأن

تنص "تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء العقد ما لم ينص القانون على غير ذلك"، وأكد ترتيب هذا التصرف لآثاره إذا انعقد صحيحاً في المادة 278 التي تنص "إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك"، وبين أحكاماً أخرى في المادة 179.

(1) - د/ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، 2014، ص83.

متصرف إلى الارتباط بحالة قانونية بحيث تتحمل التزامات تجاه شخص آخر⁽¹⁾؛ فلا يعدت بإرادة الهازل، ولا بالإرادة الصورية، ولا بالإرادة المتعلقة بمحض المشيئة، ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني⁽²⁾.

ويكون التعبير عن هذه الإرادة طبقاً للطرق المنصوص عليها في المادة 60 من القانون المدني، وهي اللفظ والكتابة وبالتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، وقد يكون هذا التعبير صريحاً، وقد يكون ضمنياً. وطبقاً للمادة 61 ينتج هذا التعبير أثره القانوني⁽³⁾ في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه⁽⁴⁾، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، وعند ذلك لا يؤثر موت من صدر منه التعبير أو فقد أهليته على ترتيبه لأثره، ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة المعاملة، وهذا هو مضمون المادة 62 من القانون المدني.

أما ما يتعلق بالمواد 64 إلى 70 من القانون المدني فتستبعد؛ لأنها تخص أحكام القبول، أي تتعلق بضرورة وجود إرادتين متطابقتين.

2. 1- صحة رضا المتصرف:

فيما يتعلق بوجود أن يكون الرضا صحيحاً، نجد أن أحكام الأهلية في التعاقد هي

(1) - يقتصر دور الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام في ذمة صاحبها دون تحميل التزامات للغير، وذلك طبقاً للمادة 123 مكرر من القانون المدني، حيث تستبعد أحكام المادة 59 من نفس القانون.

(2) - راجع، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 185.

(3) - وهنا ينبغي التمييز بين إرادة الالتزام المنفردة ومجرد الإيجاب، فالإيجاب وإن كانت له قوة الإلزام، حيث لا يجوز العدول عنه، إلا أن يحتاج في النهاية إلى قبول ليقترن به، حتى ينعقد العقد وينشأ الالتزام الذي يراد ترتيبه بالعقد، ولذلك عند حدوث شك في التعبير ما إذا كان إرادة منفردة، أم هو مجرد إيجاب، فعلى الدائن عبء إثبات أنه إرادة منفردة، وليس إيجاباً يحتاج إلى قبول، راجع: د/ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 376.

(4) - يتمثل الأثر القانوني للتعبير عن الإرادة في أن الغير الموجه إليه هذا التعبير يستفيد من حماية القانون، فيسأل المعبر عن الإرادة إذا عدل عن إرادته وسبب ضرراً للغير، راجع، د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 100.

نفسها التي تطبق على التصرف بالإرادة المنفردة؛ فناقص الأهلية إذا صدر عنه تصرف بإرادة منفردة يكون موقوفا على إجازة الولي في قانون الأسرة، وقابلا للإبطال وفقا للقانون المدني.

أما عيوب الرضا فهي نفسها التي تخص العقد⁽¹⁾، وهي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فيجب أن تكون الإرادة المنفردة خالية من هذه العيوب.

فيجب أن تكون الإرادة المنفردة غير معيبة بغلط جوهري طبقا للمادة 81 من القانون المدني، أي الغلط الجسمي والمؤثر طبقا للمادة 1/82، على أنه إذا تعلق الغلط بصفة جوهرية طبقا للمادة 2/82 فتقتصر النظرة إلى هذه الصفة بأنها جوهرية على الصادر عنه التصرف دون الغير، ولا يشترط علم هذا الغير بالغلط الجوهري ولا اشتراكه في الغلط⁽²⁾.

ويجب أن تكون الإرادة المنفردة غير معيبة بتدليس طبقا للمادة 86 من القانون المدني، وهنا نجد فروقا بين العقد والإرادة المنفردة⁽³⁾، ففي العقد يغلب صدور التدليس من المتعاقد الآخر، أما في التصرف بالإرادة المنفردة فيندر صدور التدليس من الغير⁽⁴⁾، وفي هذه الحالة أيضا لا نجد الشرط المتطلب في العقد وهو أن يعلم المتعاقد الآخر حقيقة أو حكما بهذا التدليس طبقا لنص المادة 87 من القانون المدني.

(1) - راجع: سعاد دراح، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2012، ص 05 وما بعدها.

(2) - راجع، د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مصادر الالتزام، جامعة دمشق، ص 432؛ د/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 1107.

(3) - راجع: سعاد دراح، المرجع السابق، ص 11، 46.

(4) - وعلى فرض إمكانية حصوله (كأن يصدر التدليس من الموصى له) يكون للمتصرف أن يتمسك بالإبطال، إلا أنه يغنيه عن ذلك حقه في الرجوع عن الوصية راجع، د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 1107.

وفي العقد يمكن أن يحصل التدليس بطريق السكوت من جانب المتعاقد الآخر طبقاً للمادة 86، ولا يحصل هذا في التصرف بالإرادة المنفردة⁽¹⁾.

ويجب أيضاً أن تكون إرادة المتصرف المنفردة غير معيبة بعيب الإكراه طبقاً للمادة 88 من القانون المدني، أي عدم وقوعها تحت سلطان رهبة بينة بُعثت في نفسه دون وجه حق؛ ففي العقد تكون هذه الرهبة صادرة عن المتعاقد الآخر تجاه الطرف الذي يدعيها، كما قد تكون صادرة عن الغير بشرط أن يعلم بها المتعاقد الآخر حقيقة أو حكماً طبقاً للمادة 89 من القانون المدني⁽²⁾، أما في التصرف بالإرادة المنفردة قد تكون الرهبة البينة صادرة عن المستفيد أو عن أي شخص آخر، وفي هذه الحالة الأخيرة سواء علم المستفيد بحصول هذه الرهبة أم لم يعلم⁽³⁾.

ويجب كذلك أن تكون الإرادة المنفردة خالية من الاستغلال طبقاً لنص المادة 90 من القانون المدني وتطلب هذه المادة بشأن العقد أن يكون استغلال الطيش البين أو الهوى الجاح، الذي يعترى المتصرف، صادراً عن المتعاقد المستفيد⁽⁴⁾، أما في التصرف بالإرادة المنفردة فالمستفيد ليس متعاقداً.

وأخيراً يلاحظ بشأن عيوب الرضا أن مبدأ سلطان الإرادة يكون أقوى في التصرف بالإرادة المنفردة منه في العقود، إذ القيود التي ترد على هذا المبدأ والتي تقوم على أساس حماية الثقة واستقرار المعاملات يكون حظها من التطبيق في التصرفات بالإرادة المنفردة أقل منه في العقود⁽⁵⁾.

2- محل التصرف بالإرادة المنفردة:

بغض النظر عن الاختلاف حول المحل ما إذا كان يخص العقد أو الالتزام، فإنه

(1) - د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، صص 1107، 1108.

(2) - سعاد دراج، المرجع السابق، ص 67.

(3) - د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، صص 1107، 1108.

(4) - سعاد دراج، المرجع السابق، ص 69.

(5) - د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 1108.

يتطلب لقيامه ثلاثة شروط نصت عليها المواد 92 إلى 94 من القانون المدني، وهي أن يكون شيئاً موجوداً أو قابلاً للوجود أو أمراً ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون أمراً مشروعاً أو شيئاً مما يجوز التعامل فيه⁽¹⁾، والملاحظ أن هذه الشروط هي نفسها المشترطة في محل التصرف بالإرادة المنفردة.

3- سبب التصرف بالإرادة المنفردة:

إذا أخذنا بالنظرية الحديثة للسبب، أي السبب الباعث أو الدافع للتعاقد، فإنه يتطلب أن يكون مشروعاً، وفي العقد يستوجب زيادة على ذلك أن يكون الغرض غير المشروع مشتركاً بين المتعاقدين، أي أن عدم مشروعية السبب معلومة لدى المتعاقد الآخر حقيقة أوحكاماً⁽²⁾، أما في التصرف بالإرادة المنفردة فلا يشترط ذلك بالنسبة للمستفيد⁽³⁾، وفي كل الأحوال فإن مقتضيات نصي المادتين 97 و98 من القانون المدني هي التي تسري في هذا الشأن.

وقد يكون التصرف بالإرادة المنفردة مجرداً تجريداً موضوعياً، كما في السند الصرفي، كالسفتجة، والسند الإذني، والسند لحامله⁽⁴⁾، والتصرف المجرد هو التصرف الذي لا يعتد فيه بالسبب، أي أنه لا يقيم للسبب وزناً، فالسبب يكون عنصراً خارجاً عن التصرف، فيحرم المتعاقد من الطعن في التصرف بأي دفع كان يتعلق بالسبب⁽⁵⁾.

(1) - راجع في شروط المحل، د/خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص71؛ د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص223 وما بعدها.

(2) - راجع، د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص256، 258.

(3) - راجع، د/ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص1108؛ د/ محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص432.

(4) - حيث تنص المادة 400 من القانون التجاري "لا يمكن للأشخاص المدعى عليهم بمقتضى السفتجة أن يحتجوا على الحامل بالدفع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعدد عند اكتسابه السفتجة الإضرار بالغير"، ونفس الحكم بالنسبة للشيك طبقاً للمادة 494 من نفس القانون.

(5) - راجع، د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص263.

4- الشكل في التصرف بالإرادة المنفردة:

أورد المشرع التصرفات التي تستلزم الشكل لانعقادها على سبيل الحصر، فالقاعدة العامة هي الرضائية طبقاً لنص المادة 59 من القانون المدني، حيث تكتفي لإبرام العقد "أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين"، أما الاستثناء فهو "دون الإخلال بالنصوص القانونية"، أي أن هناك عقوداً شكلية في نصوص محددة ومتفرقة⁽¹⁾، وهذا ما ينطبق أيضاً على التصرفات بالإرادة المنفردة التي تكون القاعدة العامة فيها هي الرضائية، وذلك طبقاً لنص المادة 123 مكرر/2.

ثانياً: بطلان التصرف بالإرادة المنفردة

إذا ما لم يتوافر أحد الأركان سالفة الذكر في التصرف بالإرادة المنفردة، أو تمت مخالفة شروط صحة الرضا، فإن الجزء هو البطلان، والبطلان يكون بطلاناً مطلقاً إذا لم يتوافر أحد أركان التصرف، أو مخالفة شرط المشروعية في المحل أو السبب، ويكون بطلاناً نسبياً إذا كان رضا المتصرف غير سليم، بأن كان ناقص الأهلية، أو كان معيب الرضا⁽²⁾.

والملاحظ أن أحكام بطلان العقود هي نفسها التي تحكم بطلان التصرف بالإرادة المنفردة، ما عدا ما يتعلق بالحرمان من الاسترداد في حالتها التعامل مع ناقص الأهلية وعدم المشروعية، فهما تخصان العقد وحده، لارتباطهما بضرورة وجود طرفين.

الفرع الثاني: أحكام التصرف بالإرادة المنفردة

إذا أبرم التصرف بالإرادة المنفردة مستوفياً لأركانه وشروط صحته رتب آثاره

(1) - فمثلاً طبقاً لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني يكون كل تصرف يتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها في شكل رسمي.

(2) - راجع في التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص 320 إلى 325.

القانونية (أولاً)، ثم إن له أسباباً تؤدي إلى انقضائه (ثانياً).

أولاً: آثار التصرف بالإرادة المنفردة

- إذا تم إبرام التصرف بالإرادة المنفردة وقد استوفى أركانه وشروط صحته، فإنه سوف يرتب آثاره القانونية؛ ولذلك فإن المتصرف يصبح ملزماً بهذه الآثار⁽¹⁾، فلا يستطيع نقضها ولا تعديلها إلا للأسباب التي يقرها القانون، طبقاً للمادة 106 من القانون المدني.

- ويجوز للقاضي أن يرد التزام المتصرف بالإرادة المنفردة إلى الحد المعقول، إذا توافرت شروط الظروف الطارئة، طبقاً للمادة 107 من القانون المدني، وبالأخص إن كان الالتزام مرهقاً للمتصرف.

- وتنصرف آثار التصرف إلى الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث، طبقاً للمادة 108 من القانون المدني.

- أما ما يتعلق بانصراف آثار التصرف إلى الخلف الخاص فإن القاعدة في ذلك أنه إذا أنشأ التصرف التزامات وحقوقاً تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإنها تنتقل إليه مع هذا الشيء في وقت انتقاله إذا كانت من مستلزماته⁽²⁾ وكان

(1) - أكد ذلك قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة 278 التي تنص: "إذا استوفى التصرف الانفرادي ركنه وشروطه فلا يجوز للمتصرف الرجوع فيه ما لم ينص القانون على غير ذلك".

(2) - يعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان يكمله، أي أن يكون ضروري لحفظ الشيء أو تقويمه أو درأ الخطر عنه، ومثال ذلك حقوق الارتفاق لصالح العقار وضمان العيوب التعرض وضمان الخفية، وإذا أبرم مالك المنزل قبل بيعه عقد تأمين ضد الحريق فإن الحق في التعويض عن حريق شب بالمنزل بعد البيع يستحقه المشتري، ويعتبر الالتزام من مستلزمات الشيء إذا كان محددًا للشيء أي يقيد من استعماله أو يحد من سلطات المالك عليه، ومثاله حقوق الارتفاق السلبية على العقار كالالتزام مالكه بمراعاة قيود معينة في البناء عليه، راجع، د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص345؛ د/عبد الوهيد يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص156.

الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، وهذا ما تقضي به المادة 109 من القانون المدني، فيما يخص العقد، ومثال ذلك: إذا كان محل الوعد بجائزة شيئاً استحقه شخص ثم باعه هذا الأخير إلى شخص آخر.

- أما ما يتعلق بتفسير عبارات التصرف بالإرادة المنفردة فتحكمه المادتين 111 و112 من القانون المدني، فإذا كانت العبارات واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتصرف، وإذا كان هناك محل للتفسير، أي إذا كانت العبارات غامضة فيجب البحث عن نية المتصرف دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بمعايير محددة، وهي طبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة في المتصرف، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، وإذا كان هناك شك فيؤول لمصلحة المدين، وهو دائماً المتصرف.

ثانياً: انقضاء التصرف بالإرادة المنفردة

ينقضي التصرف بالإرادة المنفردة بشكل عادي بانقضاء الالتزامات التي ترتبت عنه بتنفيذها، وقد ينقضي قبل تنفيذ التزاماته بشكل قسري عن طريق استحالة تنفيذ هذه الالتزامات (1)، أو بشكل رضائي عن طريق التنازل (2)، أو قد ينقضي بالرجوع عنه ممن صدر عنه بإرادته المنفردة في حالات استثنائية نص عليها القانون صراحة (3).

1- الانقضاء باستحالة تنفيذ الالتزامات:

ينقضي التصرف بالإرادة المنفردة بسبب استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته استحالة مطلقة.

فإذا كانت استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته بسبب أجنبي، كقوة القاهرة أو فعل الدائن أو فعل الغير، زال التصرف وبرتت ذمة المدين دون أي تعويض، وتحمل الدائن تبعه الهلاك⁽¹⁾ طبقاً للمادة 307 من القانون المدني التي تنص: "ينقضي الالتزام إذا

(1) - يكون التصرف بالإرادة المنفردة ملزماً لجانب واحد مهما كان نوع التصرف، فلا يكون أبداً ملزماً

أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

أما إذا كانت الاستحالة بسبب المدين زال التصرف وتحمل المدين تبعه الهلاك، مع تعويض الدائن عن الأضرار الحاصلة له من جراء ذلك، طبقا للمادة 176 من القانون المدني التي تنص "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

2- الانقضاء بالتقاييل:

بالرغم من كون التصرف بالإرادة المنفردة هو تصرف أحادي، إلا أن نقضه لن يكون مقصورا على طرف واحد، لأنه قد رتب حقوقا للغير، وعليه فلا بد من توافق إرادتي الدائن والمدين على نقضه، وهذا ما يسمى التقاييل.

ويجوز أن يكون التقاييل بأثر رجعي، فتعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل إجراء التصرف الانفرادي، أو يكون بأثر فوري، حيث يقتصر على المستقبل، وفي كل الأحوال ينبغي أن لا يؤثر التقاييل على الحقوق التي كسبها الغير بناء على التصرف⁽¹⁾.

3- العدول بالإرادة المنفردة (حالات خاصة):

رغم كون التصرف بالإرادة المنفردة قد صدر بإرادة واحدة إلا أن هذه الإرادة لا تستطيع أن تعدل عن هذا التصرف وتنتهي وحدها، وهذا هو المبدأ العام، غير أن هناك حالتين يستطيع فيهما المتصرف أن يرجع في تصرفه، كاستثناء بنصوص خاصة⁽²⁾، وهما حالة الوعد بجائزة غير المحدد المدة (1. 3)، والوصية (2. 3).

لجانين، حيث يجوز للشخص أن يلزم نفسه بإرادته المنفردة، ولا يجوز له أن يلزم الغير، طبقا لمادة 113 من القانون المدني، فتكون الأحكام المتعلقة بتبعية الهلاك الخاصة بالعقود الملزمة الجانب واحد هي الواجبة التطبيق في حالتنا هذه، راجع فيما يتعلق بتبعية الهلاك في العقود الملزمة لجانب واحد: د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 361.

(1) - راجع في المعنى: د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 348.

(2) - يتشابه التصرف بالإرادة المنفردة في هذا الحكم مع العقد، حيث لا يجوز نقض العقد بإرادة أحد =

1. 3- الوعد بجائزة غير محدد المدة:

يعتبر الوعد بجائزة من أهم تطبيقات التصرف بالإرادة المنفردة، فهو يتم بإرادة منفردة هي إرادة الواعد الذي يعلن للجمهور عن جائزة لأي شخص يقوم بعمل⁽¹⁾.

ولقد أفادت المادة 123 مكررا في فقرتها الثانية بأن الواعد إذا لم يحدد للعمل المطلوب مدة معينة، فإنه يلتزم بوعده ما دام لم يرجع عن هذا الوعد، فيلتزم بإعطاء الجائزة لمن قام بالعمل قبل رجوعه عن وعده، ويكون لمن قام بالعمل هنا الحق في الجائزة بنفس الأحكام السابقة.

ولأن الواعد لم يحدد مدة معينة، فن العدل أن لا يبقى ملزما بوعده لمدة غير محددة، حيث يجوز له العدول عن وعده، ويكون ذلك بنفس طريقة إعلان الوعد للجمهور، على ألا يسبب ضررا بمصلحة الغير⁽²⁾.

2. 3- الرجوع في الوصية:

نصت عليها المادة 184 من قانون الأسرة بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

المتعاقدين إعمالا للقاعدة العامة «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق المتعاقدين...»، احتراماً للعهد وتحقيقاً لاستقرار المعاملات، إلا أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها لأحد المتعاقدين أن ينقض العقد، بنصوص خاصة تقرر ذلك، حفاظاً على مبادئ لا تقل أهمية عن المبدأ السابق، كاحترام الحرية الشخصية للمتعاقد، أو حماية حقوقه مثلاً، راجع: قسّمى أحلام، نقض العقد، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013، ص 6 إلى 56.

(1) - د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 371.

(2) - تكون أحكام الرجوع بحسب الأحوال التالية:

- إذا قام شخص بالعمل وأتمه قبل إعلان الرجوع عن الوعد، فإنه يكون مستحقاً للجائزة، ولا يؤثر فيه العدول.
- إذا شرع شخص في القيام بالعمل، وصدر العدول عن الواعد، قبل أن يتم هو هذا العمل، فلا يكون مستحقاً للجائزة، ولكنه يستطيع أن يطالب الواعد بالتعويض عن الضرر الحاصل له من التنفيذ على أساس المسؤولية التقصيرية، على ألا يتجاوز هذا التعويض قيمة الجائزة.
- إذا لم يقم أي شخص بالعمل المطلوب يتحلل الواعد من وعده بدون أي إشكال.

فالوصية تصرف قانوني في التركة مضاف إلى ما بعد الموت وتم بإرادة منفردة هي إرادة الموصي وهي تصرف لا يرتب آثاره إلا بعد وفاة الموصي.

وقد أجازت المادة 192 من قانون الأسرة الرجوع فيها، حيث نصت: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً...".

ذلك أن الوصية في حال حياة الموصي تصرف غير لازم، يجوز له الرجوع فيه في أي وقت شاء.

فالوصية تبرع لا تنجز إلا بوفاة الموصي، فيجوز للموصي الرجوع فيها قبل تنجزها، ولأنه يجوز الرجوع في الإيجاب في عقود المعاوضات قبل قبوله، فالأولى الرجوع في الوصية فهي تصرف تبرعي، وهي بمنزلة الوعد، والوعد لا يلزم الوفاء به، وإنما يستحب فقط⁽¹⁾.

خاتمة:

نخلص في الأخير إلى أنه لا خلاف حول إمكانية ترتيب الإرادة المنفردة للآثار القانونية، ما عدا إنشاء الالتزام الذي عرفت بشأنه اختلافاً فقهيًا حاداً بين منكر لقدرة الإرادة المنفردة على إحداثه ومعتزف بقدرتها على ذلك.

ومظاهر التأثير بهذا الخلاف الفقهي واضحة في القانون المقارن، حيث نجد قوانين تنكر على الإرادة المنفردة مقدرتها على إنشاء الالتزام، وقوانين أخرى تعترف لها بذلك استثناء في حالات وبنصوص خاصة تبيح ذلك، وقوانين ساوت بينها وبين العقد وجعلتها مصدراً عاماً للالتزام.

(1) - راجع في المعنى: نايف محمد العجم، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2001، ص482؛ وهذا الموقف يعتبر محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة، إلا ما يتعلق بحالة وجود شرط يقضي بمنع الرجوع عن الوصية، فيرى المالكية بمنع الرجوع، ويبقى الرأي الغالب بجواز الرجوع في الوصية مطلقاً، راجع: أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2007، صص269، 272

وبالرغم من أن الرأي السائد والموقف الغالب هو الاعتراف بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام يكون استثنائي في حالات محددة تقتضيها الضرورات العملية والحاجات الملحة لذلك، إلا أن المشرع ساير بعض القوانين العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي فجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام مثلها مثل العقد، وأحكامه هي أحكامها ما عدا ما تقتضيه ضرورة وجود إرادتين.

وبهذا يكون المشرع بموجب تعديل 2005 قد أراد أن يحدث توازنا في موقفه بين المذهبين الشخصي والمادي، وأن يواجه مستجدات المعاملات المالية، مستندا في ذلك إلى زخم الاجتهادات في الفقه الإسلامي، وأفكار المذهب المادي.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1- الكتب:

- د/أحمد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
- د/أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 201
- د/العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
- د/جلال العدوي، أصول الالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
- د/جميل الشرقاوي، نظرية التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1956.
- د/ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان

- المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1.
- د/ عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 170.
- د/ عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1997.
- د/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- د/ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- د/ علي فيلال، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 2014.
- د/ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر.
- د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر القانون، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- د/ محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

- د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، جامعة دمشق، سورية.
- د/مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- د/ نبيل إبراهيم سعد، د/ محمد حسين قاسم، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- د/سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، شتات، مصر، ط4.
- د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، سورية، 1989.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

- أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2007.
- عبد الحميد عزوز، مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي والموضوعي في مجال الالتزامات، ماجستير، جامعة الجزائر، 2003.
- محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، ديبلوم الدراسات العليا، جامعة الجزائر، 1977.
- نايف محمد العجم ، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2001.
- سعاد دراح، عيوب الرضا بين حماية المتعاقد واستقرار المعاملات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2012.
- قسمي أحلام، نقض العقد، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2013.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

-Alain Bénabent, Droit civil, Les obligations, Motchresion, 2003.

-Mazeaud(H)et(L) et(J) et François(Ch), Leçon de Droit Civil, Tome2, Volume 1, Les obligations, DELTA,5ème édition.

-German Civil Code BGB (Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002).

تقنين الفقه الإسلامي ما له وما عليه

بقلم: ضريفي الصادق *

المخلص:

هذه الدراسة تتناول موضوعا من المواضيع الهامة التي احتدم بشأنها النقاش بين الفقهاء والباحثين قديما وحديثا، تتمثل في مسألة تقنين أحكام الفقه الإسلامي، وهي مرتبطة بإشكالية مدى جواز إلزام القاضي بالحكم طبقا لقول معين لا يجاوزه إلى غيره من الأقوال وإن كان غير مقتنع به، وقد انقسم الفقهاء المسلمون بشأن هذه المسألة إلى فريقين اثنين، الأول: يرى جواز التقنين، والثاني يذهب إلى منعه، واستند كل منهما إلى جملة من الحجج تدعيها لموقفه، وقد رحنا الرأي الأول لقوة أدلته، والحقيقة أنّ التقنين وإن كان له بعض المساوئ كإيقاف حركة الاجتهاد، فضلا عما يتميز به من نقص وجمود، إلا أنّ محاسنه تستغرق عيوبه لاسيما في هذا العصر الذي أصبح أغلب القضاة فيه من المقلدين لا من المجتهدين، ولا يتيسر غالبا لهؤلاء الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي وترجيح القول الراجح في المسائل المختلفة، فضلا عن كثرة القضايا التي توكل إليهم مهمة الفصل فيها، وعدم تفرغهم للبحث، ولعلّ أول محاولة جادة لتقنين الفقه الإسلامي بشكل رسمي كانت مجلة الأحكام العدلية التي صدرت سنة (1876م) في العهد العثماني، والتي تمّ فيها تقنين الأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات المدنية والدعاوى وأصول المحاكمات والإثبات على مذهب الحنفية الذي يعدّ المذهب الرسمي للدولة العثمانية، وقد أقرت للتدريس في كليات الحقوق وتمّ العمل بأحكامها في الكثير من الدول العربية والإسلامية حتى منتصف القرن العشرين تقريبا، لذا آثرنا أن نتخذها نموذجا للتقنين.

الكلمات المفتاحية: التقنين، الفقه الإسلامي، الشريعة الإسلامية، التدوين،

*أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البويرة.

ABSTRACT:**Codification of Islamic Jurisprudences**

This study deals with an important topics created a debate among scholars and researchers, In the past and in the present, it is about the legalization of Islamic jurisprudence provisions, which is linked to the problematic over the passport of compiling the judge with the rule in accordance with a particular saying, although he was not convinced of it, This matter has divided Muslim scholars to the two groups, the first groups allow the codification, the second goes to stop it, and both of them based on a number of arguments. But we support the first opinion due to its evidences, In fact, though codification has some disadvantages like stopping the idgtihad movement, as well as its lack and rigidity, Whereas its merits are more than its drawbacks, especially in an era in which most of the judges become imitators not hardworking. And it is not accessible for them to refer to the books of Islamic jurisprudence and tipping the correct opinion on various issues. In addition to the large number of cases assigned to them, and their ignorance for research. And perhaps the first serious attempt to codify Islamic jurisprudence officially was the judicial verdicts magazine in 1876, during in the Ottoman Empire, which codify jurisprudence related to civil transactions and litigation and due process and proof on the Hanafi doctrine, which is been the official doctrine of the Ottoman Empire, has been approved to teach in law schools has been working with its provisions in many Arab and Islamic countries until the mid-twentieth century, almost, so we chose to take a model of rationing.

Words key: Codification, Islamic jurisprudence, judicial verdicts magazine, Rationing.

مقدمة:

اختلف معنى الفقه في صدر الإسلام عن معناه في العصور اللاحقة عليه، حيث كان يقصد به العلم بالدين لمكاتبته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم، وكان علم الدين في ذلك الزمن هو العلم بالكتاب والسنة، بمعنى أنه كان شاملاً للدين كله، غير مختص بجانب منه، حيث يشمل الأحكام الشرعية المختلفة سواء ما تعلق منها بالعقائد، الأخلاق، أو الأحكام العملية، يقول صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود

في هذا المعنى: ((اسم الفقه في العصر الأول كان مطلقاً على علم الآخرة، ومعرفة دقائق النفوس، والاطلاع على الآخرة وحقارة الدنيا، ولست أقول أن الفقه لم يكن متناولاً أولاً الفتاوى والأحكام الظاهرة))⁽¹⁾. إلا أن الفقهاء المتأخرين عرفوه بأنه: ((العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية))، فأصبح عندهم ذو مدلول ضيق يشمل فقط الأحكام العملية دون سواها.

وتنقسم هذه الأخيرة إلى قسمين اثنين: العبادات والمعاملات، ويقصد بالأولى: الأحكام الشرعية المتعلقة بأمر الآخرة والتي يقصد بها التقرب إلى الله عزّ وجل، من صلاة وزكاة وصوم وحج وغيرها، بينما يراد بالثانية الأحكام الشرعية المتعلقة بأفعال الإنسان وتصرفاته، والتي تهدف إلى تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع، أو تحقيق المصالح الدنيوية: كالبيع، الإجارة، الوكالة، الكفالة، الهبة، الوصية، أحكام الزواج والطلاق والموارث، الجنائيات، تنظيم بيت المال، العلاقات الدولية وغيرها.

ولا بد في هذا الصدد أن نميز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي إذ أنه قد يخلط البعض بينهما، فالمقصود بالشريعة ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم اعتقاديته كانت أو خلقية أو عملية، أما الفقه فهو ما يفقهه الفقهاء من نصوص الشريعة وما يستنبطونه من تلك النصوص، ويؤصلونه ويقررونه، وما يقعدونه من قواعد مستمدة من دلالات نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

الشريعة الإسلامية هي مجموعة من الأحكام الربانية التي لا يعتريها خطأ، ولا يلحقها نقص، ولا تجانب الصواب، وهي خير كلها، ومصالح كلها، وهي طوق النجاة لمن أراد السعادة في الدارين الفانية والباقية، لأنّ واضعها هو الله العليم الخبير، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا وَحَّيْنَا مِنْ خَلْقٍ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾⁽²⁾، أما الفقه فهو من

(1) - صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود: التوضيح على التنقيح (78/1) نقلًا عن د/ عمر سليمان

الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس، مكتبة الفلاح، ط3، عمان، الأردن، 1990، ص15.

(2) - سورة الملك: الآية 14.

عمل الفقهاء من خلال محاولة فهم النصوص وتطبيقها، وفيه يختلف الفهم فيما بينهم، وفهم هؤلاء يحتمل الخطأ والصواب لأنه لا عصمة لهم، والفقهاء حتى وإن اعتمد على النص الشرعي فإن رأيه يكون قابلاً للمناقشة، والتصويب والتخطئة، غير أن هذه الأخيرة إنما تنصرف لفهم الفقيه لا إلى النص الشرعي الذي له قدسية باعتباره ربّاني المصدر، وبناء على ذلك ظهرت المذاهب الفقهية، وكان ثمة اختلاف بين الفقهاء في الآراء حول المسائل المختلفة، حيث خطأ بعضهم بعضاً، وردّ بعضهم على بعض⁽¹⁾.

وقد مرّ الفقه الإسلامي بستة أدوار تتمثل في: عصر الرسالة، عصر الصحابة، عصر التابعين، عصر التدوين والأئمة المجتهدين، عصر التقليد والجمود، وأخيراً عصر النهضة الفقهية الحديثة، وقد امتاز هذا الدور الأخير بإقصاء الشريعة الإسلامية عن الحكم والاستعاضة عنها بقوانين وضعية مستوردة⁽²⁾، وبالمقابل كانت هناك مجهودات طيبة لإحياء الفقه الإسلامي اتخذت سبلاً متعددة منها: طباعة الكتب الفقهية وكتب السنة وشروحها، عقد المؤتمرات الفقهية، إنشاء الكليات والمعاهد والمجمعات التي تعنى بالفقه الإسلامي، وكذا المحاولات الرسمية وغير الرسمية لتقنين أحكام هذا الفقه.

تعدّ مسألة تقنين أحكام الفقه الإسلامي والإلزام به من النوازل التي تتطلب بحثاً واستفراغاً واسعاً، وقد ثار بشأنها نقاش حاد بين العلماء المتقدمين منهم

(1) - انظر الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي ومدارسه، دار القلم (دمشق) سوريا، الدار الشامية (بيروت) لبنان، ط1، 1995، ص17.

(2) - حيث حاول المتفقون ثقافة غربية الإصلاح - كما يزعمون - من أيسر السبل، وهذا بالاعتباس المباشر من القوانين الأوروبية، وهنا اختلطت مفاهيم التحديث بمفهوم النقل، وهي ظاهرة اجتماعية عبر عنها ابن خلدون في مقدمته بقوله: ((المغلوب يتشبه أبداً بالغالب في ملبسه ومركبه وسلاحه...))، انظر ابن خلدون: المقدمة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، ص116، أشارت إليه شانن قاطرجي: كمال الشريعة الإسلامية وصلاحتها لكل زمان ومكان، مجلة الرافدين، المجلد12، العدد44، كلية الحقوق، جامعة الرافدين، العراق، 2010، ص251.

والمتأخرين، فمنهم من أيد هذا المسلك ومنهم من عارضه، وهي ترتبط بصورة مباشرة بموضوع إمكانية إلزام أولياء الأمور للقضاة بالحكم بأقوال محددة وآراء معينة لا يجوز لهم الخروج عنها، والحكم بما يخالفها، حتى وإن كانوا غير مقتنعين بها.

الإشكالية: هل يحق لأولياء الأمور الأمر بتقنين أحكام الفقه الإسلامي على غرار التقنيات الوضعية في شكل مواد متسلسلة ومرقمة، وإلزام القضاة بالحكم بالأحكام الواردة في هذا التقنين دون الخروج عنها؟

المبحث الأول: مفهوم تقنين الفقه الإسلامي

قبل التطرق للسياق التاريخي لتقنين أحكام الفقه الإسلامي (مطلب ثان) ينبغي أن نعرف التقنين من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية (مطلب أول).

مطلب الأول: تعريف التقنين لغة واصطلاحاً

قبل التعرض للتعريف الاصطلاحي لمفردة (تقنين) لا بأس من معرفة المقصود بها عند أهل اللغة.

أولاً: التعريف اللغوي لمصطلح "تقنين"

التقنين لغة مصدر قَنَّ بمعنى (وضع القوانين) وهي كلمة أجمية مفردتها القانون⁽¹⁾ ومعناه مقياس كل شيء وطريقته⁽²⁾، والقنّ تتبع الأخبار واقتننا:

(1) - وقد استخدمت كلمة قانون عند العلماء المتقدمين، منهم الإمام أبو حامد الغزالي في كتابه: قانون التأويل، وابن جزري في كتابه: القوانين الفقهية، وابن سينا في كتابه قانون الطب، والماوردي في كتابه: قوانين الوزارة وسياسة الملك، كما استخدم هذا المصطلح ابن الجوزي، وابن تيمية، والرازي، وابن فرحون، وابن خلدون وغيرهم، د/ محمد الحسن البغا، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25، العدد 2، 2009، ص 747؛ د/ محمد جبر الألفي: محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة " نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة" جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 20 إلى 22 أبريل 1994، ص 96.

(2) - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1995، ص 560.

اتخذنا، والقنّة: القوّة والجبل الصغير.

قال ابن فارس: القاف والنون أصلان يدلّ الأوّل على الملازمة والمخالطة، والآخر على العلو والارتفاع⁽¹⁾.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي لمصطلح "تقنين"⁽²⁾

يعرّف التقنين بوجه عام بأنّه: ((جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال معيّن، وتبويبها وترتيبها وصياغتها بعبارات موجزة واضحة في بنود تسمى مواد ذات أرقام متسلسلة، ثمّ إصدارها عن طريق الهيئة التشريعية في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس، كذا يلتزم بها كافة الأفراد والهيئات والسلطات)⁽³⁾.

أمّا تقنين الفقه الإسلامي فيراد به: ((صياغة أحكام الفقه الإسلامي في صورة قواعد عامّة ومواد قانونية أمرّة، مرتّبة ومبوبة من مدنيّة وجنائيّة وإداريّة، لتكون منهجا سهلا محددًا يمكن أن يتقيّد به القضاة، ويرجع إليه المحامون، ويتعامل الناس

(1) - أبو الحسين أحمد ابن فارس ابن زكريا: معجم مقاييس اللّغة، ج5، دار الفكر، دون بلد ولا سنة نشر، ص29.

(2) - نشير إلى أنّه لا ينبغي الخلط بين "التقنين" و"التدوين" حيث يقصد بهذا الأخير كتابة الأحكام الفقهية بصياغة يعتقدونها المدوّنة مناسبة من حيث الوضوح من جهة، ومن حيث اشتمال ما تم تدوينه على النصوص والأدلة الشرعية من جهة أخرى، كما أنّه قد لا يقتصر فيها على رأي واحد من آراء الفقهاء، ودون أن تتخذ شكل مواد مرقّمة ومتسلسلة. انظر حسام العيسوي إبراهيم: مقال بعنوان (تقنين الشريعة الإسلامية: الأمل المنشود، ص2، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.alukat.net/charia/0/50847>

(3) - د/ بسّام حسن العف: جهود العلماء المعاصرين في تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدّم إلى مؤتمر جمعية القدس للبحوث والدراسات الإسلامية الثاني - العلماء... واقع وآمال - يونيو 2011، ص4؛ وانظر في نفس المعنى د/ رمضان علي السيد الشرنباصي ود/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2005، ص133.

على أساسه))⁽¹⁾.

نستنتج من هذا التعريف أنّ المراد بتقنين الفقه الإسلامي هو ترتيب وتبويب أحكامه على غرار التقنينات الوضعية الحديثة على شكل مواد قانونية مرقمة ومتسلسلة، وتوحيد الأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات حتى يتيسر للقضاة والمحامين معرفتها والرجوع إليها دون مشقة ولا عناء، وهو يطرح إشكالية مدى جواز إلزام الحاكم للقضاة بالقضاء بأحكام معينة لا يجوز لهم تجاوزها أو الخروج عنها، وحملهم على الحكم بها في المنازعات التي يتولون مهمة الفصل فيها حتى وإن كانوا غير مقتنعين بها، وقد أثارت هذه المسألة نقاشاً حاداً بين العلماء، وهي من المسائل الاجتهادية التي يسوغ للعلماء الاختلاف فيها، وهذا الاختلاف يثري المسألة من الناحية الشرعية⁽²⁾، كما أنّه لا يجوز فيها لأحد الفريقين الإنكار على الآخر.

وعند تعدد الأقوال والآراء الفقهية في المسألة الواحدة، ينتقى منها الأصلح بالنظر لقوة الدليل، والتوافق مع مقاصد الشريعة، وسهولة التطبيق، وهذا الاختيار يعدّ عملاً اجتهادياً، يتطلب فضلاً عن الدراية بالمسائل الشرعية اطلاعاً على أحوال الناس وأعرافهم، وغالباً ما توكل هذه المهمة الشاقة لمجموعة من العلماء الثقات، فيكون الاجتهاد هنا جماعياً لا فردياً⁽³⁾.

المطلب الثاني: السياق التاريخي لتقنين الفقه الإسلامي

(1) - د/ عبد الباقي عبد الكبير: تقنين الفقه الإسلامي ما له وما عليه، مجلة الدراسات الإسلامية، الجامعة الإسلامية العالمية، إسلام آباد، باكستان، العدد الثاني، المجلد 44، ص 213، أشار إليه د/ بسّام حسن العف، المرجع نفسه، ص 6.

(2) - انظر د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: تقنين الفقه الإسلامي بين المؤتمرات والتشريعات، بحث مقدم مؤتمر تطور العلوم الفقهية - الفقه الإسلامي - المشترك الإنساني والمصالح، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، مسقط، سلطنة عمان، من 6 إلى 9، أبريل 2014 ص 9.

(3) - انظر الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، ط 1 دمشق، سورية، 1998، ص 314.

فكرة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ليست وليدة العصر الحاضر بل تمتد إلى عهد الخليفة العباسي "أبو جعفر المنصور" الذي طلب من الإمام مالك بن أنس عام 163هـ أن يوطأ للناس كتاباً في المسائل الفقهية مع مراعاة اليسر والسهولة⁽¹⁾، فكتب هذا الأخير كتابه المشهور بـ "الموطأ"، وأراد الخليفة أن يحمل الناس على العمل بما ورد فيه، إلا أن الإمام مالك نفسه رفض ذلك، بحجة أن الموطأ لم يحوي كافة أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم التي كانت متفرقة في الأمصار⁽²⁾، وأجاب الخليفة قائلاً: ((إن لكل قوم سلفاً وأئمة فإن رأى أمير المؤمنين - أعزّه الله ونصره - قرارهم على حالهم فليفعل))⁽³⁾.

كما طلب الخليفة العباسي "هارون الرشيد" من أبي يوسف تلييد أبي حنيفة وضع كتاب متعلق بنظام الأموال وكيفية جبايتها وتحديد مصارفها، ليكون بمثابة قانون تسيير عليه الدولة فيما يتعلق بالمسائل المالية، فألف هذا الأخير كتابه "الخراج"⁽⁴⁾، الذي يعتبره الباحثون الدستور الديني للسياسة العامة، والذي بين فيه

(1) - حيث قال له: ((يا أبا عبد الله ضع هذا العلم ودوته، ودون منه كتاباً، وتجنب تشديدات عبد الله بن عمر، ورخص عبد الله بن عباس، وشواذ ابن مسعود، واقصد إلى أوسط الأمور، وما اجتمع عليه الصحابة والتابعون - رضي الله عنهم - لتحمل الناس ان شاء الله على علمك وكتبك فتنبأها في الأمصار)). نقلاً عن آدم يونس: مقال بعنوان تقنين الفقه الإسلامي ضرورة ملحة أم هوس عابر، ص2، منشور على الموقع الإلكتروني: www.Al-islam.com التاريخ 21/ ربيع الثاني/1431هـ.

(2) - د/ عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص189. قال الإمام الزواوي مُعلقاً على موقف الإمام مالك: (فانظر إنصاف مالك ﷺ وصحة دينه، وحسن نظره للمسلمين، ونصيحته لأمر المؤمنين ولو كان غيره من الأغبياء المقلدين، والعتاة المتعصبين، والحسدة المنتدبين، لظن أن الحق فيما هو عليه، أو مقصوراً على من ينسب إليه، وأجاب أمير المؤمنين إلى ما أراد، وأثار بذلك الفتنة، وأدخل الفساد) كتاب مناقب سيدنا الإمام مالك للشيخ عيسى الزواوي. مضاف هذا الكتاب في أول المدونة 75/1. دار الكتب العلمية ط1 عام 1415، نقلاً عن د/ عبد الرحمان بن سعد الششري، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، ط3، مكتبة الرضوان، البحيرة، مصر، 2009، ص18.

(3) - د/ محمد الحسن البغا: المرجع السابق، ص746.

(4) - يقصد بالخراج: ضريبة تفرض على الأراضي التي تركت تحت تصرف أصحابها بعد الفتح.

موارد وإيرادات الدولة المالية ومصارفها⁽¹⁾.

وقد اقترح عبد الله بن المقفع الذي اتهم بالزندقة على الخليفة المنصور توحيد العمل في المحاكم في رسالة الصحابة ، مشيراً إلى أثر اختلاف الأحكام بين القضاة الذي يتمثل في سفك الدماء، من غير دليل ولا حجة، ومستشهداً ببعض أفعال خلفاء الدولة الأموية، وكان مما قاله: ((... فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأفضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتاج به كل قوم من سنة وقياس، ثم أمر في ذلك أمير المؤمنين وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله، ويعزم عليه عزماً، وينهى عن القضاء بخلافه...))⁽²⁾.

وفي القرن الحادي عشر الهجري كلف السلطان محمد أورنك زيب بهادر عالمكير لجنة من كبار مشاهير علماء الهند، برئاسة الشيخ نظام، لتضع كتاباً جامعاً لظاهر الروايات التي اتفق عليها في المذهب الحنفي، فجمعوا ذلك في كتاب معروف بالفتاوى الهندية أو العالمكيرية غير أن هذا الجمع لم يكن ملزماً للفتين أو القضاة⁽³⁾.

وفي منتصف القرن التاسع عشر ميلادي (الثالث عشر هجري) أنشأت الدولة العثمانية المحاكم النظامية وجعلت من صلاحياتها بعض الدعاوى التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية، ولم يكن بمقدور قضاة تلك المحاكم أن يأخذوا الأحكام من المصادر الفقهية لقلّة تدرّسهم وخبرتهم، فهذا تمّ وضع أول تقنين رسمي للفقه الإسلامي فيما يخص المعاملات والمتمثل في مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾ تلته محاولات أخرى⁽⁵⁾، وقد تولى تحرير المجلة "جودت باشا" ناظر العدلية في الدولة العثمانية،

(1) - د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 8.

(2) - نقلاً عن د/ عمر سليمان الأشقر: المرجع السابق، ص 190.

(3) د/ عبد الرحمان بن سعد الششري: المرجع السابق، ص 19.

(4) - وسميت كذلك لأنها كانت تصدر أبواباً متتابعة، فأشبهت في صدورهما المجلات، انظر مناع بن خليل القطان: تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، ط4، القاهرة، مصر، دون سنة نشر، ص 404.

(5) - حيث صدر قانون العائلة العثماني سنة (1336هـ 1917م)، الذي يعدّ أول تقنين للأحوال الشخصية مستمد من الشريعة الإسلامية، ولم يقتصر على مذهب أبي حنيفة بل أخذت بعض قواعده من المذاهب

وهذا بمعية سبعة من الفقهاء، وصدرت سنة 1293هـ - 1876م، بعد عمل مضمّن دام ما يربو عن سبع سنوات، تمّ خلالها تقنين المعاملات المدنيّة طبقاً للمذهب الحنفي الذي يعدّ المذهب الرّسمي للدولة العثمانية⁽¹⁾، بعيداً عن الاختلافات الفقهيّة، أخذاً بعين الاعتبار تغيير الأحكام المبنيّة على العرف والعادة⁽²⁾.

المبحث الثاني: تقنين أحكام الفقه الإسلامي بين القبول والرفض

قبل التطرق لمزايا تقنين أحكام الفقه الإسلامي ومثالبه (مطلب ثان) لا بد من بيان موقف العلماء منه (مطلب أول).

المطلب الأول: موقف العلماء من مسألة تقنين أحكام الفقه الإسلامي

اختلف العلماء والباحثون بشأن تقنين أحكام الفقه الإسلامي وانقسموا إلى فريقين: رأي منكر لهذا المسلك، ورأي مؤيد له.

أولاً: المنكرون لتقنين أحكام الفقه الإسلامي

ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين - خاصة علماء الحجاز⁽³⁾ - إلى القول بعدم

السنّيّة الأخرى، كما اشتمل على قواعد قانونية خاصة بالطوائف غير المسلمة كاليهود والنصارى. انظر د/ بسّام حسن العف: المرجع السابق، ص19؛ وفي مصر قام العلامة قري باشا بتقنين أحكام المعاملات في كتابه الموسوم ب (مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان) وضمّ هذا الأخير (941) مادة، ثمّ قنّن أحكام الوقف في مجموعة أطلق عليها (كتاب العدل والإنصاف في مشاكل الوقف) في (646 مادة)، ثمّ قنّن بعض أحكام الأحوال الشخصية في (6647 مادة) انظر د/ إبراهيم محمد منصور الشحات: المدخل في الشريعة الإسلامية، مركز التعليم المفتوح بجامعة بنها، مصر، 2007، ص110.

(1) - كان السلطان سليم الأول هو أول من اعتمد المذهب الحنفي مذهباً رسمياً للدولة العثمانية، في القرن السادس عشر ميلادي، حيث أصدر " فرماناً " أي قراراً سلطانياً بذلك، حيث أصبح كل القضاء والمفتون ملزمون بالقضاء وإصدار الفتاوى طبقاً لهذا المذهب، فيما يتعلق بالمعاملات دون العبادات. د/عمر سليمان الأشقر: المرجع نفسه، ص191.

(2) - د/ محمد جبر الألفي: المرجع السابق، ص138.

(3) - ولعل العلة في ذلك أنّ أغلب علماء المملكة السعودية تفقهوا على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، مع العلم أنّ الحنابلة يرون أنه لا يجوز إلزام القاضي بالحكم بمذهب معيّن قولاً واحداً في المذهب، ورغم نجد =

جواز تقنين أحكام الفقه الإسلامي منهم: الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، الشيخ صالح بن فوزان الفوزان، الشيخ عبد الرحمان بن ناصر البراك، الشيخ عبد الله بن عبد الرحمان البسام، والشيخ عبد العزيز بن عبد الله الراجحي وغيرهم.

يقول الشيخ عبد الله بن محمد الغنيمان في هذا الصدد: ((ومعلوم أن معنى التقنين أن يجعل له مواد لا يتجاوز، وهذا فيه قصور عظيم، مع ما يفهم منه من التعديل، أو الاستدراك، وغير ذلك، وقد علم أن نصوص الشرع جوامع تجمع الأحكام الكثيرة التي تتسع لما يقع من الناس من الحوادث إلى آخر الدنيا، وقد فأت الله جلّ وعلا بين فهم الناس، والتقنين يحصر القضاة وغيرهم في شيء معين، وقد علم حكم هذا العمل))⁽¹⁾. كما ردّ الشيخ عبد الله البسام على دعاة التقنين بقوة فقال: (والذي نعتقد أن هذه الدعاية - أي الدعاية للتقنين - إحدى الدعايات التي يكاد بها الإسلام منذ زمن بعيد، وقد جعلت الدرّكة الأولى لتعطيل أحكام ديننا)⁽²⁾ وقد استدلت هؤلاء بذات الحجج التي احتج بها من يمنع إلزام القاضي بالحكم وفق مذهب معين نذكر منها:

- أن المطلوب من القاضي الحكم بالحق - وهو ما يراه محققا للعدل والإنصاف،

أن عدم الإلزام بمذهب معين في السعودية ليس على إطلاقه حيث صدر قرار عن الهيئة القضائية رقم 3، بتاريخ 1327/1/7هـ المقترن بالتصديق العالي بتاريخ 1347/3/24هـ مما جاء فيه: ((أ - أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقا على المفتى به من مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، نظرا لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسأله)). نقلا عن د/ عبد الناصر موسى أبو البصل: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، عمان، الأردن، دون سنة نشر، ص. ص 291-292.

(1) - نقلا عن د/ عبد الرحمان بن سعد الشثري: المرجع السابق، ص 6.

(2) - تقنين الشريعة أضراره ومفاسده للشيخ عبد الله بن عبد الرحمن البسام ~ عضو هيئة كبار العلماء. مطابع دار الثقافة مكة - الزاهر. سنة 1379، ص 8، نقلا عن د/ عبد الرحمان بن سعد الشثري: المرجع نفسه، ص 20.

مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾⁽¹⁾، فإذا تبين للقاضي الحق تعين عليه الحكم به، ذلك أن الحق لا يتعين برأي من آراء الفقهاء، لأنه الراجح في نظر أصحابه دون سواهم، وعليه لا يصح إلزام القضاة به⁽²⁾.

وقد رد أصحاب الرأي المخالف بأن الآية المذكورة عامة ولا تناول موضوع الإلزام، كما أنه يصعب القول بأن ما اتفقت عليه كلمة العلماء من الأقوال الراجحة لا يعدّ حقا، وأنه إذا أخذنا برأيهم نكون قد خالفنا الصواب والحق⁽³⁾.

- قول الله: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾⁽⁴⁾ والقسط والعدل أن يحكم القاضي بما يدين الله به من الحق، لا بما وقع إلزامه به من تقنين وضعه ولي الأمر مع أنه قد يكون الحق بخلافه، قال الشافعي: (فأعلم الله نبيه ﷺ أن فرضاً عليه وعلى من قبله والناس إذا حكموا أن يحكموا بالعدل، والعدل اتباع حكمه المنزل)⁽⁵⁾.

- عن بريدة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (القضاة ثلاثة، واحد في الجنة، واثنان في النار، فأما الذي في الجنة: فرجل عرف الحق ففضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار)⁽⁶⁾. وعليه إذا عمل الحاكم أو القاضي بالتقنين وهو يعتقد أنه مخالف للحق كان داخلا في الوعيد⁽⁷⁾ وقد أجيب على ذلك بأن الحديث عام ولا يخص مسألة الإلزام ويصعب

(1) - سورة ص، جزء من الآية 26.

(2) - انظر د/ محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، المبدأ - المنهج - التطبيق، دون ناشر، ط1، الدوحة، قطر، 1985، ص18.

(3) - انظر د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص10.

(4) - سورة المائدة: من الآية 42.

(5) - د/ عبد الرحمان بن سعد الششري: المرجع السابق، ص22.

(6) - أخرجه أبو داود في السنن، ج5، ح. ر 3573 ص426 (باب في القاضي يخطئ)، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا 2009م

(7) - د/ عبد الرحمان بن سعد الششري: المرجع السابق، ص25.

القول بأن ما يختاره العلماء من الآراء الراجحة فيه خروج عن الحق⁽¹⁾.

- أن إلزام القاضي برأي معين يترتب عليه تعطيل ملكة الاستنباط لديه، من خلال الاطلاع على الآراء الفقهية وترجيح أقربها للصواب حسب اعتقاده، كما يؤدي به إلى الحكم بخلاف ما ترجح عنده من آراء وأقوال، باعتبارها غير متوافقة مع الرأي الذي ألزمه الحاكم بإتباعه، كما أن فيه حجراً على حق القضاة في الاجتهاد⁽²⁾.

- أن التقنين لم يكن معمولاً به في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ولا في عهد خلفائه الراشدين، ومن بعدهم من السلف الصالح، وقد أوجب على ذلك بأن عدم إلزام الناس بقول واحد في زمن الصحابة والتابعين، يرجع لعلمهم وتقواهم وأهليتهم للنظر، وأما في زماننا هذا فالحال قد تبدل، ولا يعن عدم وجود هذه الفكرة عند السلف عدم الجواز⁽³⁾.

- إذا اختلف العلماء في مسألة معينة فليس لأهل التقنين أن يرجحوا حكماً معيناً، وإذا لم يكن لهم أن يلزموا القضاة بأن يحكموا بالأحكام المقتننة باعتبارها هي الراجحة، وأن الأقوال الأخرى مرجوحة، بل نصوص المقتنين فيما اختلف فيه العلماء أو أجمعوا عليه: كقول آحاد العلماء إن كان المقتنون علماء، وإن كانوا مقلدين كانوا بمنزلة العامة المقلدين⁽⁴⁾.

- يفضي التقنين إلى هجر الفقه الشرعي كله، وعدم الرجوع إليه إلا للنصوص المقتننة إن كانت من الفقه الإسلامي⁽⁵⁾.

(1) - د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 11.

(2) - انظر د/ بسام حسن العف: المرجع السابق، ص 10.

(3) - د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص 11.

(4) - د/ عبد الرحمان بن سعد الششري: المرجع السابق، ص 32.

(5) - د/ عبد الرحمان بن سعد الششري: المرجع السابق، ص 42.

ثانياً: المؤيدون لتقنين أحكام الفقه الإسلامي

وذهب الكثير من العلماء إلى القول بجواز تقنين أحكام الفقه الإسلامي ومن هؤلاء نذكر: العلامة أبو الأعلى المودودي، الشيخ محمد عبده، الدكتور يوسف القرضاوي، الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الدكتور فتحي الدريني، الشيخ محمد أبو زهرة، الشيخ علي الخفيف، الدكتور وهبة الزحيلي، الشيخ محمد رشيد رضا، وغيرهم، يقول في هذا الصدد الشيخ محمد أبو زهرة: ((ونحن نرى أنّ استخلاص قانون من الشريعة لم يعد أمراً سائغاً فقط، بل أصبح واجباً محتوماً، لأننا نخشى أن يكون تقاصرنا في هذه الناحية مؤدياً لأن يدخل بلادنا قانون أجنبي لم ينبع عن الإسلام ولم يتفق معه، وبين أيدينا العبر...))⁽¹⁾.

كما قال الشيخ محمد عبده في التقرير الذي وضعه لإصلاح المحاكم الشرعية: ((... يجب أن يوضع بين يدي لجنة من العلماء ليستخرجوا من الأحكام الشرعية ما فيه شفاء لعل الأمة في جميع أبواب المعاملات، خصوصاً ما لا يمكن النظر فيه لغير المحاكم الشرعية، من الأحوال الشخصية والأوقاف، ويكون ما يستخرجونه كتاباً شاملاً لكل ما تمس إليه الحاجة في تلك الأبواب، ويظم إلى ما يستخلص في باب المرافعات الشرعية، ويصدر الأمر بأن يكون عمل القضاة عليه...))⁽²⁾.

واستدل هؤلاء تدعيماً لرأيهم بحجج عدة نذكر منها:

- أن الله سبحانه وتعالى أمر بطاعة أولي الأمر في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَذُكُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽³⁾.

- وجه الدلالة من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أمر بطاعة أولي الأمر في

(1) - نقلا عن د/ محمد زكي عبد البر: المرجع السابق، ص 58.

(2) - نقلا عن د/ عبد الناصر موسى أبو البصل: المرجع السابق، ص 283.

(3) - سورة النساء الآية 59.

وأمرهم الموافقة للشرع، ولذلك فإنه يجوز إلزام القضاة بما بالراجح من الأقوال من باب طاعة ولي الأمر الذي أوجبه الآية السابقة⁽¹⁾.

- كما استدلووا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: ((السمع والطاعة على المرء فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة))⁽²⁾، وعليه يجوز أن يأمر الإمام بتقنين الأحكام، ويلزم القضاة والحكام بالحكم بها، باعتبار أن طاعته واجبة ما لم يأمر بمعصية لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق⁽³⁾، يقول علي حيدر في شرح المادة 1801 من مجلة الأحكام العدلية: ((إذا أمر السلطان قضاة الشرع بالعمل بالمذاهب الأخرى في بعض المسائل فيصح الأمر، وتجب الطاعة له لأنه أمر بما ليس بمعصية ولا مخالف للشرع بيقين، وطاعة ولي الأمر في مثله واجبة))⁽⁴⁾.

- تقنين أحكام الفقه الإسلامي فيه تيسير على القضاة والمتقاضين على حد سواء، لا سيما في عصرنا هذا الذي أصبح فيه القضاة غير مجتهدين⁽⁵⁾، ولا يختلف اثنان في أن التعرف على الحكم الشرعي من خلال الرجوع إلى الكتب الفقهية ليس بالأمر الهين، فضلا عن كونه يأخذ من القاضي جهدا ووقتا طويلا⁽⁶⁾.

- (1) - انظر د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص13؛ د/ بسام حسن العف: المرجع السابق، ص11؛ د/ محمد أحمد مقتي ود/ سامي صالح الوكيل: التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، مركز البحوث، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، المملكة السعودية، 1990، ص26.
- (2) - رواه البخاري: كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، ر. ح 7144، دار ابن كثير، ط1، دمشق، سوريا، 2002، ص1765.
- (3) - انظر د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: نفس المرجع والصفحة.
- (4) - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص603.
- (5) - خلافا لما كان في صدر الإسلام حيث كان القضاة مجتهدين، وكانت هذه الحالة لا مفر منها ولا محيد عنها، قبل أن تستقر قواعد الفقه وأصوله ومذاهبه، إذ كان الصحابة ومن تلقى منهم من التابعين وتابعيهم متفرقين في الأمصار وعند بعضهم من أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم وتفسير القرآن ما ليس عند البعض الآخر. انظر الشيخ مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ص316.
- (6) - د/ محمد زكي عبد البر: المرجع السابق، ص49.

- أنّ القضاة هم بمثابة وكلاء عن الإمام، والوكيل مقيد بشروط موكله، فليس له أن يتعدّها، فإذا أمره بالقضاء وفق مذهب معين، أو ألزمه بالتقنين وجب عليه تنفيذ ما أمره به⁽¹⁾، يقول الشيخ علي الخفيف في هذا الصدد: ((... لهذا يكون لوليّ الأمر أن يختار من المذاهب ما تطمئن إليه نفسه، ويرى المصلحة في اختياره حسب تقديره، ولأنّ ولاية الحكم له ابتداءً، فإنّ الحكم يكون على وفق اختياره، ولأنّ القضاة نوابه وخلفاؤه فله إلزامهم بما اختاره ورجحه وليس لهم مخالفته في ذلك ولو كان رأيهم خلاف ما ألزموا به، لأنّ ولايتهم مستمدة من ولي الأمر فهم وكلاؤه، والوكيل يتقيد بما يقيد موكله...))⁽²⁾.

- باعتبار أنّ مسائل ووقائع الناس غير محدودة ولا متناهية لذا فإنه تجب في كلّ زمن مسائل مستجدة تكون في حاجة إلى بيان حكمها الشرعي، ولا يمكن للقضاة الحكم فيها، وليس من الحكمة في شيء ترك الأمر لهم للاجتهاد فيها لعدم تفرغهم للبحث والاستقصاء عن كل نازلة، لذلك فالحاجة ماسة إلى النصّ عليها في التقنين⁽³⁾.

- لا خلاف بين العلماء في أنّه لا يجوز إلزام القاضي بالحكم برأي معين إذا توفرت فيه شروط الاجتهاد، أما إذا كان القاضي مقلداً، فيجوز إلزام هؤلاء بالحكم بمذهب معين، ومن لا يرى هذا الإلزام من الفقهاء إنّما يمنعونهم لأنهم لا يرون تولية القضاة غير المجتهدين، وهذا فيه كثير من الحرج في العصر الحالي⁽⁴⁾.

وقد ردّ المنكرون للتقنين على هذا الاستدلال بالقول: أنّ من شروط تولي القضاء أن يكون القاضي من المجتهدين، وذلك بأن تكون له دراية بالأصول التي

(1) - د/ بسام حسن العف: المرجع السابق، ص12؛ الشيخ مصطفى الزرقا: المرجع السابق، ص317؛

د/ عبد الناصر موسى أبو البصل: المرجع السابق، ص295.

(2) - نقلا عن د/ محمد زكي عبد البر: المرجع السابق، ص57.

(3) - انظر د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص14.

(4) - د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع نفسه، ص13.

ترجع إليها الأحكام، لا أن يكون على دراية بكل مسألة بعينها⁽¹⁾.

- أن عدم تقنين الأحكام يتعارض مع مبدأ " علنية الشرائع " الذي يوجب أن يكون المكلف في كل مجتمع نظامي على دراية مسبقة بمصير أفعاله وتصرفاته في حكم النظام الذي سيقضي به القاضي له أو عليه، وإلا كان القضاء فوضى بلا ضوابط، والمكلف لا يدري كيف يكون تصرفه موافقا للنظام، وهذا المبدأ مقرر في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى تَبْعَثَ رَسُولًا﴾⁽²⁾، فالمولى عز وجل لا يحاسب الناس إلا بعد أن يرسل إليهم رسلا ليبينوا لهم سبيل الخير ليسلكوه، وسبيل الغي ليتجنبوه، فالإنسان لو عوقب على عمل لم يخبر ابتداء بأنه محظور فسيحتج بعدم العلم⁽³⁾.

الترجيح: من خلال عرض الرأيين السابقين يظهر لنا أن الأدلة التي استدلت بها أصحاب الرأي القائل بعدم جواز التقنين عامة وليست صريحة في مسألة التقنين، وأن رأي المؤيدين لتقنين الفقه الإسلامي أكثر وجاهة لقوة أدلتهم، ولتغير الزمان حيث أصبح أغلب القضاة في زماننا هذا من المقلدين لا من المجتهدين⁽⁴⁾، كما أن مشاغلهم كثيرة والأعباء المنوطة بهم ثقيلة، مع كثرة المنازعات المعروضة عليهم، فيكون في تقنين أحكام الفقه تيسير عليهم وعلى المتقاضين على حدّ السواء، وحتى يمكن تلافي التناقض الحاصل بين الأحكام القضائية في الوقائع المتماثلة، فضلا عن أن التقاعس في تقنين الفقه الإسلامي أدى إلى وضع تقنيات مقتبسة بصورة تكاد

(1) - د/ عبد الرحمان بن سعد الششري: المرجع السابق، ص 48.

(2) - سورة الإسراء، من الآية 15.

(3) - د/ عبد الناصر موسى أبو البصل: المرجع السابق، ص 295.

(4) - وفي هذا المعنى يقول الدكتور محمد نعيم ياسين: ((ولا شك في أن الزمان الذي تقسد فيه قلوب أهله، ويشح فيه العلم، ويندر فيه وجود مجتهد يركن إليه في استنباط الأحكام هو أولى الأزمنة في أخذ الناس بقانون واحد، يجمعه أكبر علماء الأمة في فترة من الفترات، فيختبرون من اجتهادات الأئمة السابقين الأرجح في تقديرهم والأقرب إلى تحقيق مصالح الأمة)). نقلا عن د/ عبد الناصر موسى أبو البصل: المرجع السابق، ص 291.

تكون كلفة من القوانين الأجنبية التي لا تمتّ بصلة إلى تراثنا الفقهي الزاخر، وهذا ما نلاحظه بجلاء في بلادنا حيث نقلنا الكثير من الأحكام عن التشريع الفرنسي نقلا حرفيا كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الجزائري وغيره من التقنيات الأخرى.

المطلب الثاني: مزايا تقنين أحكام الفقه الإسلامي ومحاذيره

لتقنين أحكام الفقه الإسلامي مزايا متعدّدة، كما يؤخذ عليه بعض المثالب والمآخذ.

أولا: المزايا

يرى الكثير من العلماء المعاصرين أنّ إيجابيات التقنين تستغرق عيوبه ومحاذيره ولعلّ من أهمّها:

- يعدّ التقنين وسيلة فعالة لما يمتاز به من يسر وسرعة في وضع القواعد والأحكام الشرعية، أو الكشف عنها في موضعها، وفي تعديلها أو إلغائها- إذا كانت قاعدة اجتهادية- وهذا يدلّ على مرونة التشريع الإسلامي وصلاحيّة الشريعة للتطبيق في كلّ زمان ومكان.

- يترتب على تقنين أحكام الفقه الإسلامي ضبط الأحكام الشرعية، وبيان الرأي الراجح في المسألة، باعتبار أنّ القضاة يجدون أنفسهم أمام آراء متعدّدة، سواء داخل المذهب الواحد أو بين المذاهب المختلفة، فلا يتيهون حينئذ بين الأقوال المختلفة الموجودة بين ثنايا كتب الفقه الإسلامي، والتي لا يتبيّن راجحها من مرجوحها إلا العلماء المتخصصون ذووا الكفاءة والدراية⁽¹⁾. كما أنّ ضيق الوقت من جهة، والكمّ الهائل من المنازعات المعروضة عليهم لا يتيح لهم الترجيح بين

(1) - د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المرجع السابق، ص16.

الآراء المتعارضة⁽¹⁾.

- يؤدي تقنين الأحكام الفقهية إلى اشتغال القضاة والمحامين والباحثين بدراسة الفقه، ويعين هذا على تيسير دراسة وتدرّيس الفقه الإسلامي، ومقارنته مع النظم والتشريعات الأخرى.

- يعدّ التقنين ضرورة ملحة في الدولة المعاصرة، التي تمتاز بكثرة وتشعب الهيئات الإدارية، ولا يخفى أنّ تسيير أعمال هذه الأخيرة يكون من خلال نصوص واضحة المعنى سهلة التطبيق⁽²⁾.

- سرعة الفصل في النزاعات في هذا العصر الذي تزاخت فيه الدعاوى والأقضية.

يقول الدكتور وهبة الزحيلي معددا مزايا التقنين: ((فن المعروف أنّ كتبنا الفقهية معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر، وهي تغصّ باختلاف الآراء في القضية الواحدة، وهذا يجعل غير المتخصص (وهم أكثر الناس) في حرج وحيرة حين يريدون الأخذ بحكم فقهي، فإذا ما قننت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة، وربّبت ترتيبا ميسرا، فعندئذ يسهل على القاضي والفقير والمحامي والمثقف العادي معرفة أحكام الشريعة في العقود والمعاملات... وربما يزهد الكثيرون في مراجعة أحكام الشريعة التطبيقية لصعوبة الرجوع لكتب الفقهاء، مفضّلين الأخذ بالقوانين الوضعية الغربية، المدللة الطريق في مراجعتها وموسوعاتها))⁽³⁾.

ثانيا: المحاذير

- من سلبيات التقنين الجمود والنقص، فهو لا يحيط بكافة المسائل والوقائع،

(1) - انظر محمد الألفي: المرجع السابق، ص115.

(2) - محمد الألفي: المرجع السابق، ص115.

(3) - د/ وهبة الزحيلي: تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، 1987، ص. ص 27، 28. نقلا عن مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص319.

حيث نكون في الكثير من الفروض أمام فراغ تشريعي، ذلك أنّه تجدد الكثير من الحالات التي لم تدر بخلد المقنن لما وضع التقنين، وستتعدد هذه الحالات كلّما بعد العهد بالجماعة مقارنة بالوقت الذي وضع فيه هذا الأخير، وهذا يفضي بالضرورة إلى تحكّم القضاء.

- أنّ التقنين يؤدي إلى إيقاف حركة الاجتهاد، ذلك أنّ القاضي يجد نفسه مقيداً بنصوص قانونية لا يجوز له أن يحيد عنها قيد أنملة، باعتبار أنّه لا اجتهاد في مورد النص، وعندئذ يتوقف الإبداع الفكري والتشريعي في مواجهة الظروف المستجدة والنوازل الطارئة.

- يصيب التقنين القضاة بالتكاسل وانحمول اتكالا على النصوص المقننة، حيث تفتقر عزائمهم فلا يرجعون إلى المصادر الفقهية للتنقيب والبحث عن الأحكام الشرعية.

- أنّ الأخذ برأي واحد مراعاة للمصلحة الآنية ربما أوقع الناس في الضيق والحرج؛ لأنّ الاختلاف في الآراء رحمة للأمة، حيث يقول البعض في هذا الصدد: ((إننا الآن بحاجة إلى استخراج الأحكام لما استجد من الأوضاع أكثر من الأدعاء بتقنين جديد، فإنّ التقنين الجديد لا يفيد شيئاً، بل هو ضرر علينا وعلى أمتنا))⁽¹⁾.

- التقنين يؤدي إلى مفسدة عظيمة تتمثل في تعطيل الشريعة والإخلال بمبدأ الحاكمية، وترك النصوص الشرعية والاستعاضة عنها بالنصوص القانونية، حيث يجعل من هذا النص المقنن مرجعاً للأحكام وليس النص الشرعي⁽²⁾.

(1) - حمزة إبراهيم فودة: هل الشريعة الإسلامية في حاجة إلى تقنين جديد، جريدة البلاد، 11 ربيع الثاني، 1406هـ، 23 ديسمبر 1985، نقل عن د/ محمد جبر الألفي: المرجع السابق، ص 117، هامش 108.

(2) - انظر د/ عبد المهدي محمد سعيد العجلوني: تقنين الأحكام وأثره على مكانة النصّ الشرعي، بحث مقدم لمؤتمر "النصّ الشرعي بين الأصالة والمعاصرة، الجمعية الأردنية للثقافة المجتمعية، عمّان، الأردن

المبحث الثالث: مجلة الأحكام العدلية أنموذجاً لتقنين الفقه الإسلامي

كما أشرنا سابقاً تعدّ مجلة الأحكام العدلية أول تقنين رسمي لأحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالمعاملات المدنية، وأحكام الدعوى، وأصول المحاكمات، وقواعد الإثبات، وفقاً للمذهب الحنفي الذي يعدّ المذهب الرسمي للدولة العثمانية، وقد صيغت بطريقة مماثلة للتقنيات الحديثة، من حيث الترتيب والترقيم على شكل مواد متسلسلة، وطريقة التعبير الأمر، وامتازت بسهولة العبارة مع الاقتصار على قول راجح مختار للعمل به، وليسهل على القضاة والعلماء تطبيق موادها، وقد تضمنت المجلة (1851) مادة، كتبت باللغة التركية ثمّ ترجمت إلى اللغة العربية، وأقرت للتدريس في كليات الحقوق حتى بعد انهيار الخلافة العثمانية سنة 1923م، وظلت هذه الأحكام مطبقة في الكثير من الدول العربية إلى منتصف القرن العشرين تقريباً، وقد جاء في التقرير الذي قدمه أعضاء اللجنة المكلفة بإعداد المجلة للرحوم علي باشا الصدر الأعظم (رئيس الوزراء): ((... وبموجب الإرادة العلية اجتمعنا في دائرة ديوان الأحكام وبإدرانا إلى ترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع، اللازمة جداً من قسم المعاملات الفقهية، مجموعة من أقوال السادة الحنفية الموثوق بها، وقسمت إلى كتب متعددة، وسميت بالأحكام العدلية...))⁽¹⁾، وقد آثرنا أن نتخذ منها أنموذجاً لتقنين الفقه، ببيان مشتملاتها، مع تقديرها وهذا ببيان محاسنها ومثالبها.

المطلب الأول: مشتملات المجلة

اشتملت المجلة على مقدمة وستة عشر (16) كتاباً، مقسمة إلى أربع وستين (64) باباً، وقسمت الأبواب إلى فصول، كما قسمت بعض هذه الفصول إلى

في الفترة من 28 إلى 29 أبريل 2012، ص 24.

(1) - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، الرياض، العربية السعودية، 1423هـ/2003م، ص 11؛ لياس دردور: تاريخ الفقه الإسلامي، ج 2، دار ابن حزم، ط 2، بيروت، لبنان، 2010، ص 1261.

مباحث، وقد تضمّنت المقدمة مقاليتين: الأولى تعرضت لتعريف علم الفقه وتقسيماته في مادة وحيدة، حيث عرفت الفقه بأنه: ((العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية))، أما الثانية فنحّصت لبيان القواعد الفقهية (تسع وتسعون قاعدة) جلّها قواعد كلية عامة (من المادة 2 إلى المادة 100)، مثل قاعدة: "الأمر بمقاصدها" (المادة 2)، وقاعدة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" (المادة 3)، وقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك" (المادة 4) وقاعدة "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه" (المادة 99) وغيرها من القواعد والضوابط الفقهية.

أما كتب المجلة فتتمثل في:

الكتاب الأول: يتعلق بالبيع (من المادة 101 إلى المادة 403) وقد اشتمل على مقدمة وسبعة أبواب، تخص المسائل المتعلقة بالبيع، المبيع، الثمن، التصرف في الثمن والمثمن بعد العقد، التسليم والتسليم، الخيارات، وأخيراً أنواع البيع وأحكامه.

الكتاب الثاني: يتعلّق بالإيجارات (من المادة 404 إلى المادة 611) وتشتمل على مقدمة، وثمانية أبواب تخص المسائل المتعلقة بالضوابط العمومية، ركن الإجارة، بدل الإيجار، مدّة الإجارة، الخيارات، أنواع المأجور وأحكامه، وظيفة الأجر والمستأجر وصلاحياتهما بعد العقد، وأخيراً الضمانات.

الكتاب الثالث: يتعلق بالكفالة: (من المادة 612 إلى المادة 672) يحتوي على مقدمة، وثلاثة أبواب تتعلّق بعقد الكفالة، الأحكام المنظمة لها، والبراءة من الكفالة.

الكتاب الرابع: يتعلق بالحوالة (من المادة 673 إلى المادة 700) يشتمل على مقدمة، وثلاثة أبواب تتعلّق بالحوالة، وباين اثنين: الأول في بيان عقد الحوالة، والثاني في بيان أحكام الحوالة.

الكتاب الخامس: يتعلق بالرهن (من المادة 701 إلى المادة 761) يشتمل على

مقدمة، وأربعة أبواب تخصّ المسائل المتعلقة بعقد الرهن، أطرافه، المرهون، وأحكام الرهن.

الكتاب السادس: يتعلق بالأمانات (من المادة 762 إلى المادة 832) يشتمل على مقدمة، وثلاثة أبواب تخصّ الأحكام العامة المتعلقة بالأمانات، الوديعة، والعارية.

الكتاب السابع: يتعلق بالهبة (من المادة 833 إلى المادة 880)، يشتمل على مقدمة، وثلاثة أبواب تخصّ المسائل المتعلقة بعقد الهبة، شروطه، وأحكامه.

الكتاب الثامن: يتعلق بالغصب والإتلاف (من المادة 881 إلى المادة 940) يشتمل على مقدمة، وباين متعلّقان ببيان الغصب، والإتلاف.

الكتاب التاسع: يتعلق بالحجر، الإكراه، والشفعة (من المادة 941 إلى المادة 1044) يشتمل على مقدمة، وثلاثة أبواب متعلقة بالمسائل المتعلقة بالحجر، الإكراه، والشفعة.

الكتاب العاشر: يتعلق بأنواع الشركات (من المادة 1045 إلى المادة 1448) يشتمل على مقدمة، وثمانية أبواب تخصّ المسائل المتعلقة بشركة الملك، القسمة، الحيطان والجيران، شركة الإباحة، التفقات المشتركة، شركة العقد، حق المضاربة، والمزارعة والمساقاة.

الكتاب الحادي عشر: يتعلق بالوكالة (من المادة 1449 إلى المادة 1530) يشتمل على مقدمة، وثلاثة أبواب تخصّ المسائل المتعلقة بركن الوكالة وتقسيمها، شروطها وأحكامها.

الكتاب الثاني عشر: يتعلق بالصلح والإبراء (من المادة 1531 إلى المادة 1571) يشتمل على مقدمة، وأربعة أبواب تخصّ من يبرم الصلح والإبراء، أحوال المصالح عليه والمصالح عنه وشروطهما، المصالح عنه، وأخيرا أحكام الصلح والإبراء.

الكتاب الثالث عشر: يتعلق بالإقرار (من المادة 1572 إلى المادة 1612) يشتمل على أربعة أبواب، الأول في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالإقرار، والثاني يخص بيان وجوه صحة الإقرار، والثالث في بيان أحكام الإقرار، والرابع في الإقرار بالكتابة.

الكتاب الرابع عشر: يتعلق بالدعوى (من المادة 1613 إلى المادة 1675) يشتمل على مقدمة، وبابين، الأول في شروط الدعوى وأحكامها ودفعتها، والثاني يخص حق مرور الزمان.

الكتاب الخامس عشر: يتعلق بالبيّنات والتحليف (من المادة 1676 إلى المادة 1783) يشتمل على مقدمة، وأربعة أبواب في الشهادة، الحجج الخطية والقرينة القاطعة، التحليف، التنازع بالأيدي.

الكتاب السادس عشر: يتعلّق بالقضاء (من المادة 1784 إلى المادة 1851) ويشتمل على مقدمة، وأربعة أبواب في الأحكام، الحكم، رؤية الحكم بعد الدعوى، وأخيرا المسائل المتعلقة بالتحكيم.

المطلب الثاني: محاسن المجلة ومثالبها

تعدّ مجلّة الأحكام العدلية كما سبق بيانه أوّل محاولة رسمية لتقنين أحكام الفقه الإسلامي، قام بإعدادها ثلاثة من علماء الشريعة ورجال القانون في الدولة العثمانية في إطار جهود إصلاحية، ولا يمكن إنكار المزايا الكثيرة التي امتازت بها، غير أنّها بالمقابل لم تسلم من سهام النقد، حيث أخذ عليها الكثير من المآخذ والمثالب.

أولا: محاسن المجلّة

– تحويل الفقه الإسلامي من متون وشروح وحواشي وآراء وترجيحات مختلفة في المذهب إلى قول واحد معتمد وفقا للمذهب الحنفي، بمعنى أنّ هذه الخطوة التشريعية تعدّ أوّل بادرة للتحويل في تدوين الفقه الإسلامي، من أسلوب قديم كان يتلاءم معه شكلا ومضمونا، إلى أسلوب جديد يتناسب مع ما يقابله من قوانين

وضعية⁽¹⁾.

- أنها قضت على الاختلاف الفقهي الذي يثير إشكالا حقيقيا من الناحية العملية.
- أن كل كتاب من كتب المجلة يتدئ بمقدمة يشار فيها إلى المصطلحات المعتمدة فيها.
- تحديد المرجع القانوني للقضاة عند الفصل في القضايا المختلفة التي تعرض عليهم.
- أنها تعدّ مظهرا من مظاهر وحدة المسلمين في القوانين ذات الصلة.
- أدت إلى توفير الحماية للقضاة مع حفظ هيبتهم تحت إشراف الدولة.
- أنها أخذت بالقول الأصح من مذهب الأحناف، من غير تقيّد بالراجح أو بظاهر الرواية عن الحنفية⁽²⁾.

ثانيا: مثالب المجلة

من المآخذ التي أخذت على المجلة ما يلي:

- اقتصار المجلة على مذهب واحد وهو المذهب الحنفي، دون سائر المذاهب الفقهية الأخرى، خاصة المذاهب السنية المعروفة، وهو ما يفضي إلى حمل أتباع المذاهب الأخرى على العمل بالأحكام المقررة في مذهب الأحناف، ومع التسليم بصحة حمل الحاكم للناس على إتباع ما يراه أصح لهم، إلا أن الأصح يكون في بعض الأحيان في قول مخالف للمذهب المعتمد في تقنين المجلة، وكان يمكن الاستفادة من المذاهب الأخرى التي تسمح بفسحة في بعض الجوانب التي ضيق فيها الأحناف مثل المشاركات العقدية⁽³⁾.
- طول عبارات المواد وكثرة ما ورد فيها من تفاصيل مما يجعلها أشبه ما يكون بكتاب

(1) - د/ مصطفى سعيد الخن: دراسة تاريخية للفقه وأصوله، الشركة المتحدة للتوزيع، ط1، دمشق، سورية، 1984، ص135.

(2) - د/ محمد الحسن البغا: المرجع السابق، ص764.

(3) - الياس دردور: المرجع السابق، ص1262.

- فقهياً أحياناً.
- الإلزام برأي واحد مما يفرضي إلى تعطيل ملكة الاجتهاد عند من توافرت عنده هذه الملكة.
 - خلو المجلة من الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كأحكام الزواج والطلاق والنفقة والميراث وغيرها.
 - أنّها لم تنطرق بشيء من التفصيل للنظرية العامة للالتزامات باستثناء بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية عن العمل غير المشروع التي حوّاها كتاب الإلتلاف والغصب، مما حتمّ وضع تقنينات مكّمة لها مثل قانون الأراضي، وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة... الخ.
 - أنّها اشترطت لصحة بعض العقود شروطاً تقيّد من حرية التعاقد على خلاف التسهيلات الموجودة في المذاهب الأخرى⁽¹⁾.

خاتمة:

بعد هذه الدراسة المقتضية لموضوع تقنين الفقه الإسلامي ما له وما عليه، والتي لا ندعي أننا أوفيناها حقّها، توصلنا للنتائج الآتية:

- أنّ المقصود بتقنين الفقه الإسلامي هو ترتيب وتبويب أحكامه بشكل مماثل للتقنينات الحديثة على شكل مواد قانونية مرقمة ومتسلسلة، وتوحيد الأحكام الفقهية المتعلقة بالمعاملات حتى يسهل على القضاة والمحامين وأهل الاختصاص معرفتها والرجوع إليها دون عناء، ويرتبط هذا الموضوع مع مسألة مدى جواز إلزام أولي الأمر للقضاة بالقضاء بأحكام معينة وقواعد محددة وحملهم على الحكم بها في المنازعات التي يتولون الفصل فيها، حتى وإن كانوا غير مقتنعين بها، وقد أثارت هذه المسألة نقاشاً حاداً بين العلماء.

(1) - د/ بسّام حسن العف: المرجع السابق، ص 26.

- أن العلماء قد اختلفوا حول هذه المسألة إلى فريقين اثنين، مجيزون ومانعون، ولعلّ حجج الرأي الأول أقوى في اعتقادنا، كما أنّ هذا الفريق لم يقصد أنصاره أن تقنن الأحكام الفقهية من غير ضوابط، بل اشترطوا شروطاً معينة لا ينبغي إهمالها لعلّ من أبرزها أن يعتمد في التقنين على التشريع الإسلامي والآراء الفقهية الراجحة، ولا نعتقد أنّ في هذا خروجاً مبادئ عن الشريعة الإسلامية، بل أنّ إلزام القاضي بقول معين خير مما هو واقع في زماننا الذي صرنا نحكم فيه بتشريعات غريبة مستوردة لا تمتّ لشريعتنا الغراء بصلة، فيكون في تقنين الفقه أخذ بأخف الضررين على فرض التسليم بما يعتوره من مثالب، فضلاً عن أنّ الفريق المجيز يرفض التقليد، وينادي بفكرة الاجتهاد الجماعي، ولا ضير في هذا.

- أنّ فكرة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ليست وليدة العصر الحالي، بل تمتد لعهود موعلة في القدم حيث ترجع إلى العهد العباسي، ثمّ توالى المحاولات عبر التاريخ الإسلامي، وكانت أول محاولة رسمية جادة في هذا المجال صدور مجلة الأحكام العدلية التي كانت بجهود ثلاثة من الفقهاء خلال العهد العثماني، ورغم المآخذ التي أخذت عليها، إلاّ أنّه يمكن عدّها فتحاً جديداً في تاريخ الفقه الإسلامي، لأنّها سدت فراغاً لطلما أرقّ القائمين على القضاء، خاصة في باب المعاملات الشرعية التي كانت أحكامها مبعثرة في بطون الكتب الفقهية، فأصبحت منظمة مرتبة في مواد متسلسلة يمكن الرجوع إليها دون مشقة، لا سيما وأنّ أغلب القضاة أصبحوا مقلّدين لا مجتهدين.

- أنّ التقنين أصبح أمراً واقعاً في مجتمعاتنا العربية الإسلامية، لا يمكن بأي حال غض الطرف عنه، حيث أصدرت الدول العربية والإسلامية بلا استثناء قوانين متعدّدة، نظراً للحاجة الماسة إلى تنظيم الكثير من المسائل الواقعة في المجتمع، ولعلّ التخوف الذي أبداه المانعون للتقنين يتلاشى إذا ما روعيت الشروط الشرعية والضوابط التي تخص مصادره وقواعد تطبيقه، وأهم هذه الضوابط :

- أن يعتمد في التقنين على الرأي الراجح وليس على الآراء المرجوحة، على أن يتم

- الترجيح وفقاً لقواعد علم أصول الفقه، وذلك حتى لا يكون التقنين ذريعة إلى هجر أحكام الفقه الإسلامي بتقنين الآراء الضعيفة أو الأقوال لشاذة.
- أن يتولى عملية التقنين لجنة متخصصة تكون مزيجاً من المختصين بالفقه الإسلامي وكذا من علماء التفسير والحديث واللغة العربية، وأساتذة القانون والمحامين والقضاة.
 - عدم الاقتصار في التقنين على مذهب فقهي واحد، كما كان عليه الأمر بالنسبة لمجلة الأحكام العدلية التي اقتصر فيها على المذهب الحنفي؛ لأن ذلك يمنع من الاستفادة من سعة ورحابة الفقه الإسلامي، ومن الآراء الراجحة في المذاهب الأخرى.
 - النظر في التقنين عند مضي مدة معقولة في إمكانية تعديله، مراعاة لملاحظات القضاة والمحامين لأنهم الأكثر دراية بالتطبيق العملي للأحكام المقننة بحكم الممارسة اليومية.
 - أن توضع مذكرة إيضاحية للتقنين توضح فيها الأقوال المختلفة لكل مادة إن كان هناك خلاف، مع نسبة كل رأى إلى صاحبه، وبيان أدلة كل رأى، والترجيح بينها مع بيان أوجه الترجيح.

قائمة المراجع

أولاً: كتب اللغة

- 1/ أبو الحسين أحمد ابن فارس ابن زكريا: معجم مقاييس اللغة، ج5، دار الفكر، دون بلد ولا سنة نشر.
- 2/ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1995.

ثانياً: كتب الحديث

- 01/ أبو داود (سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني) : سنن أبي داود، ج5، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، سوريا 2009م.

02/ البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل) : صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط1، دمشق، سوريا، ، 2002.

ثالثا: الكتب العامة والمتخصصة

01/ الياس دردور: تاريخ الفقه الإسلامي، ج2، دار ابن حزم، ط2، بيروت، لبنان، 2010.

02/ د- رمضان علي السيد الشرنباصي ود/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2005.

03/ د- عبد الرحمان بن سعد الششري، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، ط3، مكتبة الرضوان، البحيرة، مصر، 2009.

04/ د- عبد الناصر موسى أبو البصل: نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، عمان، الأردن، دون سنة نشر.

05/ علي حيدر: درر الحكم شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، الرياض، العربية السعودية، 1423هـ/2003م

06/ د- عمر سليمان الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس، مكتبة الفلاح، ط3، عمان، الأردن، 1990.

07/ د- محمد أحمد مفتي ود/ سامي صالح الوكيل: التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، مركز البحوث، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، المملكة السعودية، 1990.

08/ د- محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، المبدأ - المنهج - التطبيق، دون ناشر، ط1، ، الدوحة، قطر، 1985.

09/ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي ومدارسه، دار القلم (دمشق) ، الدار الشامية (بيروت) ، ط1، 1995.

10/ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، ط1 دمشق، سورية، 1998.

- 11 / د- مصطفى سعيد الخن: دراسة تاريخية للفقہ وأصوله، الشركة المتحدة للتوزيع، ط1، دمشق، سورية، 1984.
- 12 / مناع بن خليل القطان: تاريخ التشريع الإسلامي، مكتبة وهبة، ط4، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
- 13 / د- وهبة الزحيلي: تقنين الفقہ الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1987.

رابعاً: المقالات والمحاضرات

- 01 / د/ إبراهيم محمد منصور الشحات: المدخل في الشريعة الإسلامية، مركز التعليم المفتوح، جامعة بنها، مصر، 2007.
- 02 / شادن قاطرجي: كمال الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان، مجلة الرافدين، المجلد 12، العدد 44، كلية الحقوق، جامعة الرافدين، العراق، 2010.
- 03 / د- محمد الحسن البغا، التقنين في مجلة الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25، العدد 2، 2009.

خامساً: المؤتمرات والندوات

- 01 / د- بسام حسن العف: جهود العلماء المعاصرين في تقنين أحكام الفقہ الإسلامي، بحث مقدم إلى مؤتمر جمعية القدس للبحوث والدراسات الإسلامية الثاني - العلماء... واقع وآمال- يونيو 2011.
- 02 / د- جابر عبد الهادي سالم الشافعي: تقنين الفقہ الإسلامي بين المؤتمرات والتشريعات، بحث مقدم مؤتمر تطور العلوم الفقهية - الفقہ الإسلامي- المشترك الإنساني والمصالح، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، مسقط، سلطنة عمان، من 6 إلى 9، أبريل 2014.
- 03 / د- عبد المهدي محمد سعيد العجلوني: تقنين الأحكام وأثره على مكانة النصّ الشرعي، بحث مقدم لمؤتمر " النصّ الشرعي بين الأصالة والمعاصرة"، الجمعية الأردنية للثقافة المجتمعية، عمان، الأردن في الفترة من 28 إلى 29 أبريل 2012.

04/ د- محمد جبر الألفي: محاولات تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى ندوة " نحو ثقافة شرعية وقانونية موحدة" جامعة الإمارات العربية الموحدة، الفترة من 20 إلى 22 أبريل 1994.

سادسا: المواقع الإلكترونية

01/ آدم يونس: مقال بعنوان تقنين الفقه الإسلامي ضرورة ملحة أم هوس عابر، ص2، منشور على الموقع الإلكتروني: [www. Al-islam. com](http://www.Al-islam.com) التاريخ 21/ ربيع الثاني/1431هـ.

02/ حسام العيسوي إبراهيم: مقال بعنوان (تقنين الشريعة الإسلامية: الأمل المنشود، ص2، منشور على الموقع الإلكتروني: [http://www. alukat. net/charia/0/50847](http://www.alukat.net/charia/0/50847)

الآليات المرنة لحماية البيئة من التغيرات المناخية

بقلم: بوثلجة حسين*

ملخص:

إن الالتزامات المكرسة لمواجهة التغيرات المناخية من قبل الدول المتقدمة في بروتوكول كيوتو تعتبر طموحة، فالمواد 6، 12، 17 من البروتوكول نصت على ثلاث آليات للهرونة، الهدف منها هو مساعدة الدول المتقدمة للوصول إلى أهداف تخفيض الغازات الدفيئة بكل سهولة، والسماح بنقل التكنولوجيا إلى الدول السائرة في طريق النمو، فيتعلق الأمر بآلية التنفيذ المشترك، آلية التنمية النظيفة، الاتجار بالانبعاثات.

الآليات المرنة تتدخل لحماية البيئة من التغيرات المناخية كوسائل تكميلية للتدابير المتخذة على المستوى الداخلي للدول، والتي تمثل الحصة المهمة للمجهودات المتعلقة بالتخفيض، فاللجوء إلى الآليات المرنة ذات الطابع الاقتصادي لا يأتي إلا لتكملتها.

الكلمات المفتاحية: حماية البيئة - التغيرات المناخية - الاحتباس الحراري

Résumé:

Les mécanismes de flexibilités et la protection de l'environnement des changements climatiques

Les engagements souscrits par les pays développés dans le protocole de Kyoto pour faire face aux changements climatiques sont ambitieux, ainsi les articles 6, 12, 17 du protocole établissent trois mécanismes de flexibilité dont l'objet d'aider ces pays industrialisés à atteindre leurs objectifs de réduction plus facilement et favoriser le transfert de technologie vers les pays en développement, il s'agit respectivement de mécanisme de développement propre, la mise en œuvre conjointe, l'échange de droit d'émission.

*أستاذ بكلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة - بومرداس.

Les mécanismes de flexibilités interviennent en supplément des mécanismes nationaux, les mesures prises à l'intérieur des états constituent une part importante des efforts de réduction, le recours aux mécanismes de flexibilités de nature économique ne venant qu'en supplément.

Mots clés: la protection de l'environnement- le changement climatique- réchauffement climatique

Abstract:

Flexibility mechanisms and environmental protection climate change

The Kyoto commitments by developed countries in the protocol for dealing with climate change are ambitious, and Articles 6, 12, 17 of the Protocol establishes three flexible mechanisms which aims to help these industrialized countries meet their goals reduction easier and promoting the transfer of technology to developing countries, this is the Clean Development Mechanism respectively, joint implementation, the exchange of emission rights.

Flexibility mechanisms involved in addition to the national mechanisms, measures taken within the states are an important part of efforts to reduce the use of the mechanisms of economic benefit from flexibilities that would supplement.

Keywords: protection of the environment-climate change - global warming

مقدمة:

تعتبر عملية التنبؤ بالتغيرات المناخية عملية معقدة جداً، إلا أن الدراسات والبحوث العملية التي أجريت في مختلف الجامعات ومراكز البحث العالمية أثبتت حدوث هذا التغير، كما أكدت أن الانبعاثات من الغازات المختلفة الناتجة عن النشاطات البشرية بالدرجة الأولى، وليس الظواهر الطبيعية، هي التي سببت هذا التغير، وما انجر عنه من أعاصير وتصحر، وارتفاع درجة الحرارة، وندرة المياه، وتصاعد مياه البحر والمحيطات نتيجة ذوبان القطبين الشمالي والجنوبي.

هذه المخاطر لا يمكنها إلا أن تحث على تعاون دولي من أجل الحد من مشكلة

التغيرات المناخية. وبازدياد الدلائل العلمية بحدوثها، والإجماع الدولي على مساهمة النشاطات البشرية في تفاقم الظاهرة، بدأت الاستجابة الدولية للتصدي للظاهرة، بتبني اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ في 09/05/1992، أثناء انعقاد مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية بريو دي جانيرو بالبرازيل. واجتهد المجتمع الدولي بموجب هذه الاتفاقية وبروتوكول كيوتو الملحق بها، بوضعه في يد الدول وسائل مختلفة لمواجهة التغيرات المناخية، من بينها آليات المرونة والمتمثلة في ثلاث آليات هي: آلية الاتجار بالانبعاثات من الغازات الدفيئة، آلية التنمية النظيفة، وكذا آلية التنفيذ المشترك.

وترجع أهمية دراسة هذه الآليات أنها فريدة من نوعها في القانون الدولي بصفة عامة، والقانون الدولي للبيئة بصفة خاصة، كونها تسمح للدول المصنعة بتنفيذ التزاماتها المنبثقة من البروتوكول بأقل تكلفة مالية ممكنة، دون الأخذ بعين الاعتبار مكان إحداث التخفيض في الانبعاثات من الغازات الدفيئة. وعليه، فقد تم التفكير في إعطاء قيمة مالية للغازات الدفيئة والاتجار بها، وذلك بإنشاء سوق دولي للاتجار بالانبعاثات، والذي تساهم فيه الآليات الأخرى للبروتوكول.

فآليات المرونة هي إحدى الوسائل الاقتصادية المستعملة من طرف الدول، تقوم على أساس التعاون من أجل حماية البيئة من أخطار التغيرات المناخية، لذا سنحاول إبراز الطبيعة القانونية للآليات المرنة ودورها في مكافحة التغيرات المناخية ومدى فعاليتها في ذلك؟ وللإجابة على هذه الإشكالية سنتطرق أولاً إلى كيفية استحداث الآليات المرنة، وثانياً إلى طبيعتها الابتكارية وفي الأخير إلى تقييم لعمل هذه الآليات.

أولاً: استحداث الآليات المرنة لمواجهة التغيرات المناخية

إن موضوع التغيرات المناخية استوفى في العشريتين الماضيتين الاهتمام الكبير من قبل المختصين والخبراء في مجال الأرصاد الجوية وعلوم البحار والعلوم الأخرى ذات الصلة، كما أنه أصبح من أبرز الانشغالات التي تثار في الملتقيات والمحافل

الدولية. وعليه، فقبل الخوض في آليات المرونة ارتأينا أن نتناول بعض المعطيات الخاصة بالتغيرات المناخية، ثم نتناول بعدها تبني الآليات المرنة من قبل الدول نختيار وأدوات لمواجهة التغيرات المناخية والحد من آثارها.

1- بعض المعطيات الخاصة بظاهرة التغيرات المناخية:

قبل التطرق للآليات المرنة لا بد من التعرض لبعض المفاهيم المتعلقة بها، كالتغيرات المناخية، وكذا ظاهرة الاحتباس الحراري؛ لأن الهدف من استحداثها حسب المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ لسنة 1992، الوصول إلى تركيزات الغازات الدفيئة في الغلاف الجوي عند مستوى يحول دون تدخل خطير من جانب الإنسان في النظام المناخي، وينبغي بلوغ هذا المستوى في إطار فترة زمنية كافية تتيح للنظم الأيكولوجية أن تتكيف بصورة طبيعية مع تغير المناخ.

أ - الخطوات الأولى للاهتمام بظاهرة التغيرات المناخية:

بدأ الاهتمام الفعلي بظاهرة التغيرات المناخية منذ المؤتمر الدولي الأول للمناخ سنة 1979، أين تم إطلاق برنامج دولي للبحث في المناخ من قبل المنظمة العالمية للأرصاد الجوية، وفي نوفمبر 1988 تم إنشاء الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ بجهود مشتركة، بذلتها كل من المنظمة العالمية للأرصاد الجوية وبرنامج الأمم المتحدة للبيئة، وأنيطت لهما ولاية تقييم المعلومات العلمية المتصلة بتغير المناخ، وتقدير الآثار البيئية والاجتماعية، وكذا الاقتصادية لتغير المناخ، ووضع استراتيجيات واقعية للتعامل مع الظاهرة.

أما اتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ، فتقصد في مادتها الأولى بمصطلح تغير المناخ، أنه تغير في المناخ يعزى بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى النشاط البشري، الذي يفرضي إلى تغير في تكوين الغلاف الجوي العالمي والذي يلاحظ - بالإضافة إلى التقلب الطبيعي للمناخ- على مدى فترات زمنية متماثلة. أما الهيئة الحكومية لتغير المناخ فقد عرّفت تغير المناخ بأنه تغير في حالة المناخ يمكن تحديده من خلال

تغيرات وسطه أو تقلبية خصائصه، ويستمر لفترة متطاولة، عادة ما تكون عقوداً أو فترات أطول، ويشير على أي تغيير في المناخ يحدث على مر الزمن، سواء نتج عن تقلب طبيعي أم عن نشاط بشري.

يختلف هذا الاستخدام للمصطلح عنه في اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغيير المناخ، حيث يشير تغيير المناخ إلى تغيير في المناخ يعزى بشكل مباشر أو غير مباشر إلى نشاط بشري يبدل تكوين الغلاف الجوي العالمي، ويكون عاملاً يضاف إلى تقلبية المناخ الطبيعية المرصودة في فترات زمنية قابلة للمقارنة⁽¹⁾.

ب - الميكانيزم الفيزيائي للاحتباس الحراري:

لقد كان العالم السويدي "سفانتي ارينوس" أول من أطلق لفظة الاحتباس الحراري في عام 1896، على النتائج المترتبة عن ازدياد كميات غاز ثاني أكسيد الكربون في الغلاف الجوي الناتج عن عمليات حرق الوقود، وتتلخص نظرية "ارينوس" في أن بعض الغازات الخاملة في الغلاف الجوي تملك القابلية لامتصاص بعض الطاقة الحرارية المنعكسة من سطح الأرض، ومن ثم تقوم بإرجاعها إلى سطح الأرض مرة أخرى بدلاً من أن تحررها إلى الفضاء، لتسبب ارتفاع معدلات درجات الحرارة⁽²⁾.

وقد أثبتت الدراسات العلمية أن مجموع الطاقة الشمسية التي تصل إلى كوكب الأرض، نصف منها يتم امتصاصه من قبل هذه الأخيرة، والباقي يتم عكسه تجاه الفضاء الخارجي بواسطة السحاب والغيوم وكذا المساحات الأرضية الساطعة، أو يمتص من قبل الهواء. وهكذا تحتل الأرض وتعكس اتجاه السماء جزءاً من الطاقة

(1) - انظر الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، تغير المناخ 2007 التقرير التجميعي للهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، الطبعة الأولى 2008، ص 30.

(2) - توماس كريديل، بأول كرتزن، الغلاف الجوي المتغير، مجلة العلوم، المجلد 7، العدد 3 مارس / آذار 1990، الكويت، ص 16، ورد في سلافة طارق عبد الكريم الشعلان، الحماية الدولية للبيئة من ظاهرة الاحتباس الحراري في بروتوكول كيوتو، منشورات حلبي الحقوقية، طبعة 2010، ص 27.

الشمسية في شكل إشعاعات، تصاعد الحرارة، أو تبخر؛ فطبقة متكونة من بخار الماء والغاز، تمنع جزءاً من هذه الحرارة من الرجوع إلى الفضاء، فينشأ الاحتباس الحراري. إذن فالاحتباس الحراري هو الذي يزيد في احتراق الكوكب، فكلما كانت طبقة الغاز هذه سميكة كان الاحتراق أقوى، وبدون هذه الأخيرة الأرض ستجمد، ولكن ارتفاع سماكة هذه الطبقة، والذي يرجع إلى الانبعاثات المختلفة من الغازات، يؤدي إلى ارتفاع درجة حرارة الأرض⁽¹⁾.

ج - الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ:

إن الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ تم إنشاؤها سنة 1988، وكلفت بدراسة مسألة تغير المناخ والآثار المترتبة عنه، وقد توصلت في أعمالها إلى ما يأتي:

في التقرير الأول لها سنة 1990، تعرضت فيه إلى المعطيات العلمية لظاهرة الاحتباس الحراري، وأكدت وجودها⁽²⁾.

أما في تقريرها الثاني لسنة 1995، أكدت فيه التأثير المحسوس للإنسان على المناخ، فحقيقة التغير المناخي مؤكدة، أما ضخامته فهي المشكلة⁽³⁾.

كما واصلت الهيئة الحكومية المعنية بالمناخ عملها وأصدرت تقريرها الثالث سنة 2001⁽⁴⁾. وأهم ما جاء فيه هو تنبؤ الخبراء بزيادة احتراق الأرض، وأقل تقدير

(1) Jean-Marc Lavieille, droit international de l'environnement, 2ème édition, ellipses, 2004, p. 108.

(2) - premier rapport d'évaluation du GIEC aperçu général et résumés, destinés au décideurs et supplément 1990-1992, OMM, PNUE, juin 1992, p. 6.

(3) - Groupe d'Experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, seconde évaluation du GIEC changement de climat 1995, rapport du groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, OMM, PNUE, 1995, pp. 4-5.

(4) - Groupe d'Experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, troisième rapport d'évaluation du GIEC 2001, résumé à l'intention des décideurs. OMM, PNUE, 2001, pp. 12-14.

لهم هو زيادة درجة حرارتها في سنة 2100 ما بين 1.5 إلى 6 درجات. كما تم التحذير من مختلف انعكاسات هذا الاحترار الذي سيؤدي إلى ذوبان القطبين الشمالي والجنوبي بنسبة 40٪، وارتفاع منسوب البحار بشكل مخيف. أما الجانب الثاني من هذا التقرير، فيتناول آثار الاحترار وكيفية التكيف معه، والجانب الثالث منه يتناول كيفية مواجهة الأضرار الناتجة عن الاحتباس الحراري، حيث أكد الخبراء ضرورة تبني تقنيات جديدة لمواجهة الاحترار، من سياسات في أسعار الطاقة وآليات اقتصادية ملائمة.

وتوصلت الهيئة الحكومية المعنية بتغير المناخ في تقريرها الأخير لسنة 2007، إلى أن احترار النظام المناخي بات جلياً لا لبس فيه، ويبدو ذلك واضحاً من رصد الزيادات المطردة في متوسط درجات حرارة الهواء، حيث أن أدوات قياس الحرارة سجلت في الفترة ما بين 1995 و2006 أعلى درجات الحرارة المسجلة في العالم منذ سنة 1850⁽¹⁾.

2- تبني الآليات المرنة كوسيلة لحماية البيئة من التغيرات المناخية:

رأت الدول أثناء مفاوضات المناخ أن مسألة التغيرات المناخية لا يمكن مواجهتها والتقليل منها إلا باستعمال أدوات اقتصادية فعالة، تتمثل في الآليات المرنة من ضمن الخيارات الأخرى. وعليه، سنتطرق إلى تعريف آليات المرونة وكذا إطارها، والأساس القانوني الذي ينظمها.

أ- تعريف آليات المرونة:

تعتبر آليات المرونة - إلى جانب الضريبة الإيكولوجية - من أنجع الأدوات الاقتصادية لحماية البيئة، ذلك أن الدول بموجب هذه الآليات تفرض على الشركات العامة والخاصة المستثمرة في مختلف القطاعات الاقتصادية تقليص انبعاثات الغازات المسببة للاحتباس الحراري، وذلك بفرض نسب معينة لهذه الشركات من

(1) - انظر الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، المرجع نفسه، ص2.

التلويث، وإذا لم تستطع احترام السقف المحدد لها من الانبعاثات، تلجأ إلى شراء قروض التلويث أو ما يسمى بتراخيص التلويث من الشركات التي حققت نتائج مهمة في خفض الانبعاثات بالنظر إلى السقف المحدد لها، فالفائض يتم بيعه في سوق الاتجار بالانبعاثات أو سوق شراء تراخيص التلويث.

فكرة الاتجار بالانبعاثات يرجع تاريخها إلى سنة 1970 في الولايات المتحدة الأمريكية، فكان ينظر إليها كجهود تكاملية للجهود المبذولة للحد من انبعاثات الغازات الملوثة للمناخ، فبدأ العمل بها في مجال انبعاثات غاز ثاني أكسيد الكبريت ليتطور فيما بعد إلى غازات أخرى ملوثة للهواء⁽¹⁾.

تم تطوير هذه الفكرة وتبنيها في مؤتمر ريو سنة 1992. وتمويل سوق الاتجار بالانبعاثات تم استحداث -إلى جانب آلية السوق- آلية التنمية النظيفة، وكذا آلية التنفيذ المشترك، اللتان ينظر إليهما كوسيلتين اقتصاديتين لتقليص الانبعاثات من الغازات الدفيئة، وتمويل سوق الاتجار بالانبعاثات.

فالجوء للآليات المرنة لمكافحة التغيرات المناخية يعود لعدة اعتبارات؛ فمن المنظور البيئي، هذا خيار ممكن على أساس الطابع الشامل لخطر انتشار الغازات المسببة للتغيرات المناخية، فغاز ثاني أكسيد الكربون ينتشر سريعاً في الهواء، والمهم هو تقليصه بطريقة مستقلة عن مكان انبعاثه. أما من المنظور الاقتصادي، فبفضل الاتجار في الانبعاثات، فإن الجهود الكبرى سترتكز في الدول التي - لأسباب اقتصادية وتكنولوجية - يمكن أن تحقق تقليصاً في الانبعاثات بأقل تكلفة ممكنة، وبذلك الدول الأكثر تنافسية يمكنها أن لا تستعمل كل حقوق التلويث التي تملكها، وتبيع الفائض إلى الدول التي تجد صعوبات اقتصادية في تحقيق تخفيض في الانبعاثات نظراً للتكلفة الهائلة لتحقيق ذلك.

والجدير بالذكر أن هذه الآليات سميت بالآليات المرنة، والبعض الآخر يطلق

(1)- Sandrine Maljean-Dubois, quels droit pour l'environnement, Hachette, 2008, p. 91.

عليها اسم آليات المرونة؛ لأن الهدف منها هو توفير المرونة اللازمة للدول في تنفيذ التزاماتها المنبثقة من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية لتغير المناخ وبروتوكول كيوتو المرفق، لكي لا تؤدي تدابير الاستجابة للتغير المناخي إلى تحميلهم أعباء اقتصادية مكلفة عند تنفيذهم لالتزاماتهم⁽¹⁾.

إذن آليات المرونة هي إحدى الوسائل الاقتصادية المبتكرة والمستخدمة مؤخراً، والتي تهدف إلى إدخال منطق السوق، وذلك بالاتجار بالانبعاثات لحماية البيئة من التغيرات المناخية، فالأستاذ "أوليفي قودار" يرى بشأن تراخيص الانبعاثات بأن الأمر لا يعني خصخصة البيئة، بل يتعلق الأمر بتقليص وتحديد شروط الوصول الحر إلى "ملك مشترك" وهو الهواء، لغرض التوصل إلى المحافظة على شيء آخر، وهو كذلك "ملك مشترك"، هو مناخ كوكب الأرض⁽²⁾. يمكن إذن القول في الأخير إن آليات المرونة يمكن النظر إليها كآليات للضبط في مجال الوصول إلى الهواء والمحافظة على المناخ، وبالتالي حماية البيئة من التغيرات المناخية.

ب- الإطار القانوني لآليات المرونة:

إن الإطار القانوني المنظم لآليات المرونة ثري ومتنوع، وتعتبر ندوة ريو دي جانيرو، المنطلق في تبني أدوات اقتصادية على الصعيد الدولي، واتجاهاً جديداً لاستراتيجيات الحماية الدولية للبيئة، والإطار القانوني الأساسي للآليات المرنة، ولكن ليس الوحيد بل تلتها اتفاقيات دولية أخرى كما سنرى ذلك.

ب-1- اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية للمناخ لسنة 1992:

بدأت الاستجابة للتصدي للظاهرة بتبني اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية للتغير المناخي في مايو 1992، وذلك أثناء مؤتمر الأمم للبيئة والتنمية في البرازيل، أي

(1)- سلافة طارق عبد الكريم الشعلان، مرجع سابق، ص159.

(2)- Olivier Godard, «des permis négociables sont-ils politiquement incorrects?», les cahiers de global chance, n° 09, novembre 1997.

بعد 20 سنة من مؤتمر ستوكهولم للأمم المتحدة حول التنمية والبيئة لسنة 1972، أين شاركت أكثر من 156 دولة في المفاوضات. حيث لا تهدف هذه الاتفاقية إلى القضاء على انبعاثات الغازات الدفيئة بل تثبيت تركيزها إلى مستوى لا يؤثر على المناخ، وذلك بفرض التزامات مختلفة على الدول آخذة بعين الاعتبار وضعية بعض الدول في طريق النمو، وخاصة الحساسية للآثار المدمرة للتغيرات المناخية⁽¹⁾.

وقد تعهدت الدول المتطورة بموجب هذه الاتفاقية باتخاذ المبادرة في تقليص الانبعاثات المضرة بالمناخ، وذلك بتقديم في ظرف ستة أشهر من دخول الاتفاقية حيز النفاذ⁽²⁾ المعلومات المتعلقة بالتدابير المتخذة، ومن جهة أخرى، التسهيل والمساعدة على تمويل ونقل التكنولوجيا للدول الأخرى، إلا أنه لم تكن الالتزامات المحددة بموجب اتفاقية تغير المناخ تكفي لتحقيق أهدافها وإعادة التوازن إلى التركيب الكيميائي للغلاف الجوي، لأنها تضمنت التزامات طوعية وتعهدات عامة تقوم بها الدول اعتمادا على مبدأ حسن النية في تنفيذها⁽³⁾.

فالاتفاقية المتفاوض عليها سنة 1992، للحد من ظاهرة تغير المناخ هي اتفاقية إطارية⁽⁴⁾، تمنح للدول إطارا قانونيا من أجل تسوية أولية ذات محتوى لين بما فيه الكفاية للسماح لكل الدول الأطراف للانضمام حتى ولو كانت توقعاتها تختلف عن القواعد والمعايير ذات الطبيعة العامة التي تقر بها الاتفاقية، إذن الاتفاقية تتجلى

(1) - انظر المادة 4 فقرة 8، وتتمثل في البلدان الجزيرية الصغيرة، البلدان ذات المناطق الساحلية المنخفضة، البلدان ذات المناطق المعرضة لكوارث طبيعية، البلدان ذات المناطق المعرضة للجفاف والتصحر، وبصفة عامة الدول التي تعاني من نظام أيكولوجي هش.

(2) - دخلت اتفاقية الأمم المتحدة للتغيرات المناخية حيز النفاذ في مارس 1994، بعد مصادقة 50 دولة عليها، وحاليا تتضمن 192 دولة طرفا. انظر: موقع الاتفاقية على شبكة الانترنت www.unfccc.int

(3) - سلافة طارف عبد الكريم الشعلان، مرجع سابق، ص 13.

(4) - KISS Alexandre, les traités cadre, une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement, in AFDI 1993, volume 39, n° 1, pp. 792-797.

كبرنامج عمل يقر مبادئ ووسائل تقنية ومؤسسية للاستجابة للهدف العام⁽¹⁾ المعلن عنه في المادة الثانية من الاتفاقية، والمتمثل في تحقيق تركيزات الغازات الدفيئة في الغلاف الجوي عند مستوى يحول دون تدخل خطير من جانب الإنسان في النظام المناخي.

ب-2- بروتوكول كيوتو الملحق لاتفاقية الأمم المتحدة الإطارية للمناخ:

إن استعمال تقنية الاتفاقيات الإطارية له ميزة تتمثل في وضع أسس لنظام يتطور تدريجياً، وذلك بموجب تبني - مستقبلاً - أدوات مختلفة ذات طابع قانوني، ويتعلق الأمر ببروتوكولات إضافية، تعديلات، أو حتى قرارات، تتخذ من قبل أطراف الاتفاقية بطريقة جماعية أو فردية. فبروتوكول كيوتو يدخل في هذا الإطار، وذلك بتحديد استراتيجيات جديدة للحد من التغيرات المناخية، ويتمتع من جهة أخرى بأنه كرس خطوط العمل والالتزامات المنبثقة من الاتفاقية، على المستوى العملي والمؤسسي⁽²⁾.

إذن في سنة 1997 تم تبني بروتوكول كيوتو وبموجبه التزمت 38 دولة صناعية بتخفيض انبعاثاتها من غازات الاحتباس الحراري بنسبة 5 بالمائة أقل من مستوى انبعاثاتها لسنة 1990 خلال الفترة المحددة من 2008 إلى 2012، وعملاً بمبدأ المسؤولية المشتركة والمتباينة تم إلزام الدول المصنعة والتي تعرف بدول المرفق الأول، بتخفيض انبعاثاتها من الغازات الدفيئة⁽³⁾، وذلك بتحديد حصة الانبعاثات

(1)- Boisson de Chazournes Laurence, «La gestion de l'intérêt commun à l'épreuve des enjeux économiques - le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques», AFDI, CNRS Editions, Paris, 1997, p. 702.

(2)- Boisson de Chazournes Laurence, Ibid, P. 702.

(3)- عرفت المادة الأولى الفقرة الخامسة من اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن المناخ الغازات الدفيئة بأنها تلك العناصر المكونة للغلاف الجوي، الطبيعية والبشرية المصدر معاً، والتي تمتص الأشعة دون الحمراء وتعيد بث هذه الأشعة، وقد حددها المرفق الأول من بروتوكول كيوتو بستة غازات وهي، غاز ثاني أكسيد الكربون، الميثان، أكسيد النيتروز، المركبات الكربونية الفلورية الهيدروجينية، المركبات =

لكل دولة مصنعة. وفي المقابل احتلت الدول النامية وضعاً مميزاً، حيث تلتزم الدول الصناعية - والتي لها المسؤولية التاريخية في إحداث الخلل في النظام المناخي بسبب صناعتها- بمساعدة الدول النامية في تحقيق التنمية المستدامة ونقل التكنولوجيا المتطورة إليها، ومساعدة الدول المتأثرة منها بالتغير المناخي.

ولتحقيق هذه الالتزامات منح بروتوكول كيوتو للدول الأطراف عدة آليات لتحقيق ذلك بأقل تكلفة ممكنة عن طريق ما يسمى بآليات المرونة، بواسطة التنفيذ المشترك، والتي نصت عليها المادة 6، وآلية التنمية النظيفة التي جسدها المادة 12. هذه الآليات تسمى بآليات المشاريع، عكس الآلية الثالثة، وهي آلية سوقية، تمثل في إنشاء سوق دولية للتجارة بالانبعاثات وفقاً للمادة 17 من البروتوكول.

ب-3. اتفاقيات بون ومراكش:

اهتم بروتوكول كيوتو بتحديد كميات الانبعاثات المرخصة لدول المرفق الأول، وأقر المبادئ العامة للعمل بالآليات المرنة، وبعد فشل مؤتمر لاهاي سنة 2000 في وضع قواعد دقيقة للعمل بها، تمكنت الدول في مؤتمر بون سنة 2001 من الوصول إلى اتفاق سياسي، تم ترجمته وتبنيه في مؤتمر الأطراف السابع لبروتوكول كيوتو في نفس السنة بمراكش، وبعد انسحاب الولايات المتحدة من مفاوضات بون فصح المجال لدول أخرى لإيجاد اتفاق، وبذلك تمكنت الدول الأوروبية من قيادة المفاوضات الدولية حول المناخ وبقية دول أميريا⁽¹⁾، التي وجدت نفسها في وضعية سمحت لها بالمطالبة بتنازلات، كما أن مشاركة اليابان كانت ضرورية لدخول البروتوكول حيز النفاذ⁽²⁾.

وهكذا تم في مراكش استبعاد - إلى وقت لاحق - المسائل التي أدت إلى فشل

الكربونية الفلورية المشبعة، سادس فلوريد الكبريت.

(1) - مجموعة أميريا تتكون من كل من: الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان، كندا، أستراليا، نيوزيلاندا الجديدة، روسيا، أوكرانيا، النرويج.

(2) - Aicha Ouharoun, Flux n° 48/49, avril septembre 2002, p. 104.

مؤتمر بون، والمتمثلة في: نقل التكنولوجيا، الامتثال، بواليع الكربون، المساعدة المالية للدول النامية. وتم التوصل إلى اتفاق حول القواعد والإجراءات الوطنية الخاصة بتنفيذ بروتوكول كيوتو، وتبني القواعد والمبادئ الخاصة بالعمل بالآليات المرنة.

ج- الأساس القانوني للآليات المرنة:

تجد الآليات المرنة أساسها القانوني في عدة مبادئ للقانون الدولي للبيئة أهمها:

ج-1- مبدأ الملوث الدافع:

من خلال اسم هذا المبدأ يتجلى أنه من الطبيعي على الدول الصناعية أن تمول جزءاً من مجهودات التكيف للتغيرات المناخية في بلدان الجنوب، والتي ترى أنه يجب تمييزها عن مساعدات التنمية التي تقدمها الدول الغنية للدول الفقيرة على أساس المساعدة، ولا تعتبر أن تمويل مجهودات التكيف للتغيرات المناخية مساعدة ولكن ديناً على عاتق دول الشمال تجاه دول الجنوب ومجهوداً إضافياً⁽¹⁾.

ففي الحقيقة عند إنتاج أو استهلاك أي مادة أو خدمات تسبب أضراراً للبيئة، وتولد أثراً سلبية، بمجرد أن ثمنها لم يؤخذ في الحسبان في القيمة النهائية للمنتج، أو الخدمة المقدمة. وفي هذه الحالة سعر السوق أدنى من السعر الحقيقي للمنتج، والمستهلكون يحصلون إذن على امتياز بمجرد أنهم لا يدفعون الثمن الحقيقي، وحسب النظرية المطورة من قبل الاقتصادي الإنجليزي "بيقو"، يجب إدخال هذه الآثار السلبية في القيمة الإجمالية للمنتج أو الخدمة وإسنادها إلى الذين يسببونها⁽²⁾.

فبدأ الملوث الدافع موجه لكل سلطة عمومية، التي يجب عليها أن تدرج في سعر

(1)- Benjamin Garnaud, les enjeux de l'adaptation a Copenhague, synthèses, n° 04/09 novembre 2009, IDDRI, p. 02.

(2)- AC. Pigou, the economics of welfare, londre, mac Millan, 2ème édition, 1929, in Nicolas de Sadeller, les principes du pollueur –payeur, de prévention et de précaution, bruyant, 1999, p. 55.

المنتوج تكاليف التلوث البيئي، وذلك بتصحيح أسعار السوق عن طريق رسوم تعويضية، أو فرض قواعد للضبط موجهة لمنع أو تقليل عمليات الإنتاج التي تولد هذه التكاليف.

يمكن النظر إلى المشاريع التي تدخل في إطار الآليات المرنة على أنها تدخل في إطار الوسائل الاقتصادية التي تهدف إلى تحميل التكاليف الناجمة عن تغير المناخ على عاتق المسؤولين⁽¹⁾.

ج-2- مبدأ المسؤوليات المشتركة ولكن المتباينة:

تجد الآليات المرنة أساسها القانوني - أيضا- في مبدأ المسؤوليات المشتركة ولكن المتباينة، المبدأ السابع لإعلان ريو، والذي تم تكريسه في المادة الثالثة من اتفاقية تغير المناخ، وتجسيده بوضع نظام يعترف بثلاثة أصناف من الدول: الدول الصناعية، دول ذات اقتصاد سوقي في مرحلة انتقالية، ودول سائرة في طريق النمو، لكل منها حقوق والتزامات تختلف عن الأخرى⁽²⁾؛ فالدول الصناعية يجب أن تكون في صدارة مكافحة التغيرات المناخية، وذلك بتوفيرها لمصادر مالية إضافية لتغطية التكاليف التي تسبب فيها للدول السائرة في طريق النمو، بما في ذلك موارد لنقل التكنولوجيا اللازمة للبلدان النامية الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ، لتغطية التكاليف الإضافية المتفق عليها، لتنفيذ التدابير الخاصة بالامتثال لبنود اتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ.

كما تلزم المادة الرابعة الفقرة الرابعة من نفس الاتفاقية الدول المتقدمة بمساعدة الدول النامية المعرضة لمخاطر تغير المناخ في تغطية تكاليف التكيف مع الآثار الضارة لتغير المناخ.

(1)- Raphaél Romi, Droit international et européen de l'environnement, Montchestrien, 2005, pp. 66- 67.

(2)- Olivier Mazaudoux, droit international public et droit international de l'environnement, les cahiers de crideau N° 16, Pulim, 2008, p. 106.

أما فيما يخص الدول ذات الاقتصاد المتحول أو في مرحلة انتقالية، وهي الدول الأوروبية الحديثة التي كانت في أمس القريب اشتراكية، فهي تملك في يدها نوعاً من المرونة لتحسين قدراتها لمواجهة التغيرات المناخية، بينما تستفيد الدول النامية من مساعدات مالية ونقل التكنولوجيا، ومن جهة أخرى تتمتع بنوع من المرونة، وذلك بإعطائها الوقت الكافي للتبليغ بالتدابير المتخذة من قبلها لتنفيذ التزاماتها تجاه الاتفاقية الأممية الإطارية لتغير المناخ، كما أنه ليس لديها أي التزام رقمي بتقليص انبعاثاتها من الغازات الدفيئة.

ج - 3 - مبدأ التنمية المستدامة:

تجد الآليات المرنة أساسها القانوني كذلك في مبدأ التنمية المستدامة، وفي الواقع تعتبر آلية التنمية النظيفة الآلية الوحيدة التي تمس بالعلاقات بين الشمال والجنوب، وتكرس كذلك مبدأ التعاون الدولي لمكافحة تغير المناخ، حيث إن هذه الآلية وضعت من جهة كوسيلة تسمح للدول النامية بمتابعة أهداف التنمية، وذلك بإدراجها استراتيجيات التكيف مع مخاطر التغيرات المناخية وكذا استقبالها للمشاريع، إضافة إلى كونها وسيلة تسمح للدول الصناعية بتنفيذ التزاماتها بشأن مكافحة التغيرات المناخية، وذلك بتمويل تلك المشاريع التي تدخل في إطار آلية⁽¹⁾

فقد كرست المادة 3 الفقرة 4 من إتفاقية تغير المناخ حق الدول في التنمية على أن لا تتعارض التدابير المستخدمة من قبل الدول الأطراف للحد من آثار تغير المناخ من حق الدول في التنمية.

ج - 4 - مبدأ التعاون الدولي:

تعتبر الآليات المرنة من النماذج الأكثر واقعية وفعالية، ومثالا حياً لتجسيد مبدأ التعاون الدولي، المبدأ الرابع والعشرون من إعلان ستوكهولم حول البيئة لسنة 1972 حول البيئة، والذي جسده المادة الثالثة الفقرة الرابعة من إتفاقية تغير

(1)- Laurence Boisson de Chazournes, Op. Cit, p. 709.

المناخ، على التعاون الدولي والمشاركة بين الدول الأطراف في تحمل أعباء المناخ المتغير، حيث أن البيئة تمثل أحد المجالات التي تتحقق فيها مصلحة مشتركة لدول العالم أجمع، فهي تراث مشترك للإنسانية جمعاء يجب حمايته.

ثانياً: الآليات المرنة آليات ابتكارية في القانون الدولي لمكافحة التغيرات المناخية

يرجع الطابع الابتكاري للآليات المرنة إلى أنها تقوم على فكرة لم يسبق التعرض لها من قبل في القانون الدولي، ولا في المواثيق الدولية لحماية البيئة، والمتمثلة في فكرة إعطاء قيمة مالية لمجهودات الدول التي تحقق نجاحات في مكافحة التغيرات المناخية، وذلك بإنتاجها وحدات تقليص الانبعاثات وإعطائها قيمة مالية، ما يسمح بالتجار بها، هذه الفكرة الليبرالية المغربية تجلب اهتمام الشركات الربحية وبالتالي الاستجابة لمتطلبات مكافحة التغيرات المناخية.

وجدير بالذكر أنه يمكن تقسيم الآليات المرنة إلى نوعين: آلية الاتجار بالانبعاثات، وهي آلية سوقية، والنوع الثاني آلية التنفيذ المشترك والتنمية النظيفة، اللتان تقومان على أساس المشاريع الاقتصادية، تشارك في تنفيذها مختلف الدول التي تنتمي إلى بروتوكول كيوتو⁽¹⁾، وفقاً للشروط والقواعد التي ستعرض في هذا الجزء من البحث.

1 - الاتجار بالانبعاثات:

إن الغرض من المتاجرة بالانبعاثات هو تمكين أي طرف مدرج في الملحق الثاني من نقل جزء من الكمية المسندة إليه، إلى طرف آخر مدرج في الملحق الثاني، إذا كان الطرف الناقل قد تمكن من الوفاء بالتزاماته في الحد من انبعاثاته أو خفضها

(1) - القطاعات الاقتصادية المعنية بمشاريع آلية التنمية النظيفة والتنفيذ المشترك تتمثل في: الطاقة، الصناعة المنجمية، معالجة النفايات، معالجة المياه، النقل، البناء، الزراعة.

باتباع سياسات وتدابير محلية وطنية إلى حد يتجاوز التزامه بالكمية المخصصة له⁽¹⁾، الأمر الذي ينتج عنه جزءاً لم يستعمل من الكمية المسندة إليه، يمكن نقله إلى طرف آخر يسعى إلى تغطية عجزه في تنفيذ التزاماته⁽²⁾.

وفي الواقع، المادة 17 من بروتوكول كيوتو جسدت آلية الاتجار بالانبعاثات، ولكنها تركت مسألة تحديد المبادئ وطرق وقواعد العمل بها إلى مؤتمر الأطراف، وحرصت أن تكون هذه الآلية تكميلية للتدابير الوطنية التي تتخذ من قبل دول المرفق "باء" للوفاء بالتزاماتها بشأن خفض الانبعاثات.

وقد تم استكمال البناء القانوني لعمل آلية الاتجار بالانبعاثات بموجب مفاوضات بون ومراكش في سنة 2001، وقد تم اتخاذ قرارات بشأنها في مؤتمر الأطراف لبروتوكول كيوتو بمونتريال؛ الأول يتعلق بالمبادئ ومجال آليات المرونة⁽³⁾، والقرار الثاني خاص بكيفيات وقواعد الاتجار بحقوق الانبعاثات وكذلك الشروط اللازمة للمشاركة فيها والمعروفة بشروط الترشح⁽⁴⁾.

ونشير إلى أن الترشح للاتجار بالانبعاثات مرتبط بمدى الامتثال للالتزامات

(1) - حددت المادة 3 الفقرة 7 من بروتوكول كيوتو أنه في فترة الالتزام الأولى بالحد من الانبعاثات وخفضها كميًا من 2008-2012، تعادل الكمية المسندة إلى كل طرف مدرج في المرفق الأول من الاتفاقية النسبة المئوية التي قيدت له في المرفق "باء" من بروتوكول كيوتو بالنسبة لمجمّل صافي مكافئ ثاني أكسيد الكربون البشري المصدر لانبعاثاته من الغازات الدفيئة المدرجة في المرفق "ألف" في عام 1990، تدرج في سنة أو فترة الأساس المحددة وفقا للفقرة 5 من نفس المادة مضروبة في خمسة.

(2) - سلافة طارق عبد الكريم الشعلان، مرجع سابق، ص 197.

(3) - انظر المقرر 2/م أ-1 - مبادئ الآليات ونطاقها عملاً بالمواد 6 و12 و17 من بروتوكول كيوتو، تقرير مؤتمر الأطراف بوصفه اجتماع الأطراف ببروتوكول كيوتو عن دورته الأولى، المعقودة في مونتريال من 28 نوفمبر إلى 10 ديسمبر 2005، الوثيقة تحت رقم: 1

FCCC/KP/CMP/2005/8/Add. p. 4-5

(4) - انظر المقرر 11/م أ-1، الطرائق والقواعد والمبادئ التوجيهية لتبادل حقوق إطلاق الانبعاثات، بموجب المادة 17 من بروتوكول كيوتو، الوثيقة: 2.

FCCC/KP/CMP/2005/8/Add. p 20-23.

المتعلقة بالإبلاغ عن الانبعاثات الوطنية، النشاطات المتعلقة بتنفيذ أهداف البروتوكول في تخفيض الانبعاثات بنسبة 5% أقل من مستواها في عام 1990، والتدابير والإجراءات الوطنية التي نصت عليها المادة 02 من البروتوكول⁽¹⁾. إذن وحدات الكميات المخصصة، أي حقوق بعث وإصدار الغازات الدفيئة الممنوحة مجاناً من قبل المؤسسات الاتفاقية قبل بداية الفترة الأولى للالتزام 2008-2012، هي موضوع الاتجار الدولي في السوق التي من المفترض أن تبدأ العمل في بداية 2008⁽²⁾.

أ- الأهداف:

تهدف آلية الاتجار بالانبعاثات إلى تشجيع الدول على تخفيض انبعاثاتها داخل إقليمها بأقل تكلفة ممكنة، كما أنها تساعد الدول التي تجد صعوبة في تنفيذ التزاماتها بالاستفادة من مجهودات تخفيض الانبعاثات للدول الأخرى، كما أنها تشجع الدول المتقدمة بالمشاركة في الآلية عن طريق تمكين أشخاص معنوية من القانون الخاص تحت مسؤولية الدولة بالمشاركة في الاتجار بالانبعاثات، وبالتالي تحقيق مكاسب اقتصادية من المشاركة والوصول إلى تحقيق هدف البروتوكول، وهو تحقيق الانبعاثات من الغازات الدفيئة لحماية البيئة.

ب- موقف الدول من الاتجار بالانبعاثات:

اختلفت مواقف الدول أثناء المفاوضات المتعلقة بالتغيرات المناخية فيما يخص آلية الاتجار بالانبعاثات بين مؤيد ومتحفظ، وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من الدول التي دافعت بشدة أثناء مفاوضات كيوتو على تكريس فكرة الاتجار بالانبعاثات بشكل واسع، بدون قيود واسعة أو صارمة للمشاركة فيها، فهي تؤمن بأن المهم هو الوصول إلى نتيجة، ولا تهم الوسيلة. وعليه ترى أنه يجب إشراك جميع

(1) - انظر الوثيقة: FCCC/CP/2001/5

(2) - Mal-Jean Dubois Sandrine, La mise en route du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, AFDI, 2005, p. 443.

الأطراف في هذه الآلية، سواء في فترة الالتزام الأولى 2008 - 2012، أو بعدها بشرط أن تقوم جميع الدول بتنفيذ التزاماتها المتعلقة بتقديم قوائم جرد الغازات الدفيئة والإبلاغ عنها بطرق منهجية قابلة للقياس والإثبات⁽¹⁾. أما موقف دول الاتحاد الأوروبي، فترى هذه الدول في آلية الاتجار بالانبعاثات أنها آلية مساعدة فقط لتحقيق أهداف بروتوكول كيوتو، ويجب الاعتماد والتركيز على الجهود الوطنية لتخفيض الانبعاثات، وفقا لما يراه مؤتمر الأطراف، فيما يخص التدابير والجهود الوطنية، وترى كذلك وعكس الولايات المتحدة الأمريكية ضرورة استبعاد الدول النامية في آلية الاتجار بالانبعاثات ضمن فترة الالتزام الأولى، باعتبار أن هذه الأخيرة تدفع تكاليف التغيرات المناخية بدلا من الدول المتقدمة عند إدخالها في هذه الآلية، على خلاف الدول النامية ومجموعة 77 التي تحفظت عليها. ويتجلى ذلك من حرصها على أهمية تحديد نطاق هذه الآلية، ومبادئها، وقواعدها التوجيهية، قبل بحث المشاريع التي يمكن أن تدخل ضمن نطاقها، كما أرادت أن تكون مشاركتها هذه الآلية طوعية.

ج - السوق الأوروبية للاتجار بالانبعاثات:

تسمح المادة 17 من بروتوكول كيوتو للأطراف المدرجة في المرفق "باء" بالاشتراك في الاتجار بالانبعاثات لأغراض الوفاء بالتزاماتها بموجب المادة الثالثة من البروتوكول، إلى غاية إنشاء سوق دولية للاتجار بالانبعاثات. هذه السوق تدخل ضمن التدابير الداخلية للاتحاد الأوروبي، وتختلف عن تلك الواردة في المادة 17 من البروتوكول، وعليه، فبتاريخ 13 أكتوبر 2003، قام الاتحاد الأوروبي بوضع القواعد الخاصة بالسوق الدولية للاتجار بالانبعاثات⁽²⁾. والهدف المعلن عليه في المادة

(1)- Pierre Berthand, Denise cavard et Patrick criqui, le régime international pour le climat, vers la consolidation ou l'effondrement, revue française d'économie, année 2004, volume 19, N° 02, p. 169.

(2)- انظر التعلية:

DIRECTIVE 2003/87/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 13

=

الأولى من التعلّمة هو إنشاء سوق أوربية لتبادل حصص انبعاثات الغازات الدفيئة، بغرض التحفيز على تقليص انبعاثات الغازات الدفيئة في ظروف اقتصادية فعالة. وهكذا فبتاريخ الفتح من جانفي 2005 افتتحت هذه السوق، التي تغطي المرحلة الأولى من الالتزام (2005 - 2007) غازاً واحداً هو ثاني أوكسيد الكربون، المنبعث من نشاطات اقتصادية في قطاعات معينة، ومحددة في مجالات تكرير البترول، إنتاج الطاقة الكهربائية، التلحيم، إنتاج الإسمنت ومواد البناء، والصناعات الزجاجية.

إذن الاتحاد الأوربي استعمل المادة 04 من البروتوكول، التي تعطي إمكانية لمجموعة من الدول المصنعة الوفاء الجماعي بتنفيذ الالتزامات المحددة التي تقوم على عاتق كل دولة، فالالتزام الجماعي لدول الاتحاد الأوربي يهدف إلى تحقيق مجهود بتقليص نسبة الانبعاثات المحددة لها بموجب بروتوكول كيوتو والمقدرة بـ 0.8% من انبعاثاتها بالنسبة لسنة 1990، على حساب المجهودات الوطنية المشتتة.

إذن للتخضير لهذه السوق، فالمنشآت الصناعية التابعة لدول الاتحاد الأوربي التي تعمل في القطاعات المشار إليها سابقاً، تخضع لزوماً للنظام المنشأ بموجب تعلّمة الاتحاد الأوربي المنشئة لسوق الاتجار بالانبعاثات. وعليه، فكل منشأة تمنح لها رخصة إدارية⁽¹⁾ لإصدار انبعاثات الغازات الدفيئة، وتمنح لها مبدئياً حصة مقدرة من الانبعاثات، وهذه الحصة تمثل الحق للمنشأة الصناعية في إصدار طن من ثاني أوكسيد الكربون للفترة الممتدة من 2005 إلى 2007، فالمنشأة التي تقوم بإصدار أكثر من الحصة الممنوحة لها من الغازات الدفيئة يمكنها شراء حصص من المنشأة التي قامت بإصدار عدد أقل من الغازات الدفيئة والتي أنتجت فائضاً من الحصص.

octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, publiée au JOUE n° L 275/32 du 25/10/2003.

(1) - المادة 04 من التعلّمة 05 و06. من نفس التعلّمة شروط منح ومضمون هذه الرخصة للمنشآت الاقتصادية. 2003/87/CE.

إلى غاية البدء بالعمل بالسجل الدولي للتبادلات الخاص بسوق الاتجار بالانبعاثات سنة 2007، المنشآت التي قامت بالحصول على قروض الكربون من مشاريع التنفيذ المشترك وآلية التنمية النظيفة، تحسب لها في التزاماتها بعد الفترة الأولى لتنفيذ بروتوكول كيوتو 2008-2012.

إذن تعتبر السوق الأوروبية من أهم أسواق العالم في الاتجار بالانبعاثات؛ ففي بداية عملها وصل ثمن الطن الواحد من الكربون تم تداوله بسبعة دولارات ثم إلى أكثر من 34 دولار في سنة 2008⁽¹⁾، ولكن سرعان ما تراجع ثمن الطن في السوق الأوروبية بدخول أسواق أخرى للاتجار بالانبعاثات، مثل سوق طوكيو، كندا وبريطانيا⁽²⁾.

رغم هذه النجاحات التي عرفتها السوق الأوروبية للانبعاثات، إلا أنها في البداية عرفت مشاكل عديدة ترجع بالأخص إلى مسألة تحديد حصص الانبعاثات في المخططات الوطنية للكل، مما دفع باللجنة الأوروبية في البداية إلى الطلب من دول الاتحاد إعادة النظر في هذه المخططات الخاصة بتحديد الانبعاثات، كما أن العديد من دول الاتحاد، والمنشآت الصناعية التابعة، طعنت فيها أمام الاتحاد الأوروبي لأسباب ترى فيها أنها تلقي عليها التزامات تجعل عملها يخلو من التنافسية الاقتصادية⁽³⁾.

(1)- Point Carbon News, le Moniteur du MDP et de la MOC, volume 6 numéro, 11- 28mai 2008, p. 02, www. pointcarbon. com

(2)- للمزيد من المعلومات حول هذه الأسواق انظر:

Me Alain Brophy, Des enjeux juridiques concernant l'efficacité des systèmes d'échange de droits d'émission, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (L. L. M. option recherche, faculté de droit, université de Montréal, 2007 ,pp 102-124.

(3)- Sandrine- Maljean-Dubois, la mise en œuvre du protocole de kyoto a la convention des nations unies , Op. Cit. p. 448.

2 - آليات المشاريع:

من أجل تقليص تكلفة تخفيض الانبعاثات، أعطى بروتوكول كيوتو وسيلتين في يد الدول، بالإضافة إلى آلية الاتجار بالانبعاثات هما: آلية التنمية النظيفة، وآلية التنفيذ المشترك، حيث تسمح هاتين الآليتين بإنجاز مشاريع في الدول المتحولة والدول السائرة في طريق النمو، من أجل الحصول على وحدات تخفيض الانبعاثات، وسنتطرق إلى هاتين الآليتين فيما يأتي:

أ - آلية التنفيذ المشترك:

آلية التنفيذ المشترك نصت عليها المادة السادسة من بروتوكول كيوتو، والتي تسمح للدول المصنعة بالوصول إلى تحقيق الأهداف المسطرة في بروتوكول كيوتو، عن طريق تنفيذ مشاريع مع دول أخرى أطراف في البروتوكول، وتحقيق هذه المشاريع يؤدي في النهاية إلى تخفيض انبعاثات الغازات الدفيئة، ويسمح بالحصول على وحدات خفض الانبعاثات. هذه الوحدات يمكن استعمالها لتنفيذ الالتزامات الوطنية، أو يمكن بيعها، وذلك باللجوء إلى سوق الاتجار بالانبعاثات⁽¹⁾.

وفي الواقع، المشاريع التي تدخل في إطار آلية التنفيذ المشترك بدأ الشروع فيها تحت رقابة مؤتمر الأطراف لبروتوكول كيوتو منذ سنة 2000، ولكن وحدات تخفيض الانبعاثات الناتجة عنها لم يتم اعتمادها إلا بعد 2008.

أ - 1 موقف الدول من آلية التنفيذ المشترك:

ترى الدول المتقدمة ضرورة إدخال آلية التنمية النظيفة ضمن المشاريع المقترحة للتنفيذ المشترك للالتزامات، وذلك دون الأخذ بعين الاعتبار حاجة الأطراف إلى نوعية معينة من المشاريع المنفذة فيها⁽²⁾، ولكن مؤتمر الأطراف في دورته السادسة

(1)- MAL-JEAN DUBOIS Sandrine, La mise en route du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Op. Cit. P. 444.

(2)- انظر: وثيقة التفاوض المقدمة من الهيئة الفرعية المشورة العلمية والتكنولوجية والهيئة الفرعية للتنفيذ =

قرر إعطاء الأولوية إلى المشاريع على أساس حاجة الدول إلى هذا النوع من المشاريع. كما أبدت الدول السائرة في طرق النمو، والمتمثلة أصلاً في مجموعة 77، أثناء المفاوضات عن تخوفاتها من هذه الآلية، على أساس أن ليس لها قدرات وإمكانيات لتقييم أداء هذه المشاريع، والنتائج المترتبة عنها فيما يخص تخفيض الانبعاثات، وذلك لافتقارها إلى القدرة التكنولوجية والخبرة والمعرفة العلمية بذلك، ولهذا رأت هذه المجموعة أن على الدول المستضيفة لهذه المشاريع تقديم تقارير دورية تبين مدى الاستفادة منها، وكذلك اعتماد التوزيع الجغرافي العادل في اختيار مواقع تنفيذ هذه المشاريع.

أ- 2 المبادئ والقواعد التوجيهية لآلية التنفيذ المشترك:

بالإضافة إلى الطابع التكميلي، وإعطاء الأولوية للمشاريع التي تدخل في إطار آلية التنمية النظيفة، حرصت الدول أثناء المفاوضات التي سبقت الدورة السادسة لمؤتمر الأطراف لبروتوكول كيوتو، على أن الدول الأطراف عند اتخاذها تدابير لتنفيذ المادة السادسة من البروتوكول أن تسترشد بالمادة 06 من اتفاقية تغير المناخ، التي تركز مبدأ الإنصاف والمسؤوليات المشتركة والمتباينة، وقدرات كل بلد في مكافحة تغير المناخ كآليتي:

أ - 2 - 1 الإنصاف: ويتصل الإنصاف بالتخصيص المنصف للانبعاثات، ويجب على الدول المتقدمة أن تقلص انبعاثاتها من الغازات الدفيئة إلى مستويات منخفضة، بحيث تساير مستويات الانبعاثات بالنسبة للفرد في الدول المتقدمة والبلدان النامية في اتجاه التلاقي، بغية تجنب دوام إشكال عدم الإنصاف بين الأطراف المدرجة في المرفق الأول، والأطراف غير المدرجة في المرفق الأول⁽¹⁾.

أ-2-2 الشمولية: ويقصد بهذا المبدأ أن تغطي المشاريع التي تدخل في آلية

إلى مؤتمر الأطراف، رقم الوثيقة: FCCC/SB/2000/4، ص 42.

(1) - المرجع نفسه، FCCC/SB/2000/4، ص 9.

التنفيذ المشترك تغطية شاملة للغازات الدفيئة، من مصادر وبواليع وخزانات ذات الصلة، وعمليات التكيف، وأن تشمل جميع القطاعات الاقتصادية.

أ-2- 3 الشفافية: أي أن فعالية تغير المناخ، والنشاطات التي تدخل في آلية التنفيذ المشترك، تتيح خفضاً في الانبعاثات بحسب المصدر، أو تعزيز إزالتها، ويكون إضافياً لما سيحدث بدون ذلك.

أ-2-4 التبادلية: ومعناه أنه يجوز للدول تبادل وحدات خفض الانبعاثات الناتجة من مشاريع التنفيذ المشترك، وفقاً للقواعد والإجراءات التي أقرها مؤتمر الأطراف⁽¹⁾.

أ- 3 الإشراف على مشاريع التنفيذ المشترك:

لقد قام مؤتمر الأطراف لبروتوكول كيوتو في دورته المنعقدة بمونتريال من 28 نوفمبر إلى 01 ديسمبر 2005، بإنشاء لجنة استشرافية تعمل تحت سلطته، وذلك من أجل التحقق من جملة من الأمور، من بينها التحقق من وحدات خفض الانبعاثات المتولدة عن المشاريع المنفذة في إطار المادة السادسة من البروتوكول، وتشكل هذه اللجنة من:

- ثلاثة أعضاء من الأطراف المدرجة في المرفق الأول، والتي تمر بمرحلة انتقال إلى اقتصاد السوق.
- ثلاثة أعضاء من الأطراف المدرجة في المرفق الأول، والتي ليست في مرحلة انتقال إلى اقتصاد السوق
- عضو واحد من الدول النامية الجزيرية الصغيرة.

تجتمع هذه اللجنة مرتين على الأقل كل عام، ويعمل أعضاؤها بصفتهم الشخصية، ويشترط فيهم اختصاص مشهود بشأن قضايا تغير المناخ⁽²⁾، وتعمل على

(1)- المرجع نفسه، ص10.

(2)- انظر الوثيقة FCCC/KP/CMP/2005/8/Add. 2، ص5 و6.

اعتماد الكيانات المستقلة التي تقوم بالتحقق مما إذا كان مشروع ما، وما يترتب عليه من تخفيضات في الانبعاثات البشرية، يفي بالاشتراطات ذات الصلة المنصوص عليها في المادة السادسة من البروتوكول.

كما تقوم باستعراض معايير وإجراءات اعتماد الكيانات المستقلة، مع مراعاة الأعمال ذات الصلة التي يقوم بها المجلس التنفيذي لآلية التنمية النظيفة.

إضافة إلى استعراض وتنقيح المبادئ التوجيهية للإبلاغ، ومعايير الخطوط الأساسية والرصد المتعلقة بمشاريع التنفيذ المشترك، ووضع وثيقة تصميم المشاريع التي تدخل في آلية التنفيذ المشترك.

أ- 4 شروط المشاركة في آلية التنفيذ المشترك:

بالرجوع إلى المادة السادسة من البروتوكول نلاحظ أنها تشترط في الدول الأطراف الراغبة في المشاركة في آلية التنفيذ المشترك مجموعة من الشروط أهمها:

- المصادقة على بروتوكول كيوتو.
- أن يوفر المشروع الذي يدخل في آلية التنفيذ المشترك وحدات خفض الانبعاثات.
- الامتثال لمقتضيات المادتين 5 و7 من البروتوكول، والمتعلقين بإنشاء أنظمة وطنية لتقدير الانبعاثات من الغازات الدفيئة وكيفية إزالتها، والإبلاغ عنها، وكذا وضع قائمة جرد سنوية للانبعاثات.
- أن يكون اختيار وحدات خفض الانبعاثات في إطار مشاريع التنفيذ المشترك مكافئاً للجهود الوطنية.
- كما يمكن للأطراف المدرجة في المرفق الأول، الإذن لكيانات قانونية بالمشاركة في المشاريع تحت مسؤوليته.

وقد أضاف مؤتمر الأطراف في دورته المنعقدة بمونتريال في 2005 شروطاً أخرى للمشاركة في آلية التنفيذ المشترك، تتمثل في وضع مبادئ توجيهية وإجراءات

وطنية للموافقة على تنفيذ المشاريع في إطار المادة السادسة من البروتوكول، بما في ذلك تحديد أصحاب المصلحة، وكذلك عملية الرصد والتحقق من نتائج المشاريع فيما يخص تخفيض الانبعاثات.

ب - آلية التنمية النظيفة:

لقد تم إنشاء هذه الآلية بموجب المادة 12 من بروتوكول كيوتو، والغرض منها هو مساعدة الدول الأطراف غير المدرجة في المرفق الأول أي الدول السائرة في طريق النمو على تحقيق التنمية المستدامة، والإسهام في الهدف النهائي للاتفاقية، ومساعدة الدول الصناعية على الامتثال لالتزاماتها بتخفيض الانبعاثات كما هو محدد في المادة 3 من البروتوكول.

إن التخفيضات في انبعاثات الغازات الدفيئة المتحصل عليها في الدول السائرة في طريق النمو، تولد تراخيص أو قروضاً تستعمل من قبل الدول الصناعية للوفاء بالتزاماتها. فبالنسبة لدول الشمال ميزة آلية التنمية النظيفة هي السماح لها بالوصول إلى تخفيضات للانبعاثات بأقل ثمن ممكن، أما الدول السائرة في طريق النمو فتتربى في هذه الآلية مناسبة للتسريع في نقل التكنولوجيا من الشمال إلى الجنوب، والاستفادة من العوائد الإيجابية للمشاريع، هذا الهدف المزدوج تم تأكيده في المادة 12 من البروتوكول⁽¹⁾.

إذن في إطار هذه الآلية تستفيد الدول النامية من مشاريع تقوم بها الدول الصناعية، ينتج عنها تخفيضات معتمدة للانبعاثات، أي أن التخفيضات المتأتية من هذه المشاريع تستعملها الدول الصناعية للإسهام في تحقيق التزاماتها بموجب بروتوكول كيوتو.

ب - 1 - موقف الدول من آلية التنمية النظيفة:

(1)- Paul-Marie Boulanger, Thierry Brechet et Benoit Lussis, le mécanisme pour le développement propre tiendra-t-il ses promesses, Reflets et Perspectives, XLV, 2005/3, p.8.

أكدت الدول النامية ممثلة في الصين، ومجموعة 77، أهمية وضع آلية التنمية النظيفة ضمن الآليات الملزمة، فلا تكون طوعية أو خاضعة من حيث تنفيذها لإرادة الدول الأطراف، على أن يتم تحديد نطاقها وطبيعتها بدقة، عكس الدول المتقدمة، فقد اقترحت أن تكون مشاريع آلية التنمية النظيفة مكملة للنشاطات الوطنية التي تقوم بها. أما دول الاتحاد الأوروبي فقد رأت أنه يجب وضع سقف لتخفيض الانبعاثات وفقا لآلية التنمية النظيفة، ويتم تحديد هذا السقف من خلال تخصيص نسبة معينة تنفذ الدول بموجبها مشاريع التنمية النظيفة.

ب-2. المبادئ والقواعد التوجيهية في تنفيذ مشاريع آلية التنمية النظيفة:

خلال مفاوضات الدول الأطراف في بروتوكول كيوتو والتي دامت منذ 1997 إلى 2002، تم الاتفاق على العديد من المبادئ والقواعد التوجيهية التي ينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تنفيذ مشاريع آلية التنمية النظيفة وهي:

ب-2-1 الإنصاف: ويشمل هذا المبدأ جميع جوانب آلية التنمية النظيفة، كالتوزيع الجغرافي للمشاريع على نحو منصف بين هذه البلدان، وكذا إلغاء أوجه اللامساواة القائمة بين الدول النامية والدول المتقدمة، بحيث أن مشاريع التنمية النظيفة يجب أن لا تؤدي إلى تقليل التفاوت في مستوى الانبعاثات بالنسبة للفرد في الدول المتقدمة مقارنة بمستواها في الدول النامية، أي على الدول المتقدمة خفض انبعاثاتها التي لا تزال مرتفعة بالمقارنة مع الدول النامية، وبذلك التقليل من هذا التفاوت⁽¹⁾.

ب-2-2 مساعدة الدول النامية بالوفاء بتكاليف التكيف المناخي: فحسب المادة 12 الفقرة 8 من بروتوكول كيوتو، يستخدم نصيب هام من العوائد المتأتية من أنشطة المشاريع المعتمدة في تغطية التكاليف الإدارية لآلية التنمية النظيفة ومساعدة الأطراف من البلدان النامية المعرضة بصفة خاصة لآثار التغير المناخ

(1) - سلافة طارف عبد الكريم الشعلان، مرجع سابق، ص 165.

الضارة على الوفاء بتكاليف التكيف، أي أن الدول المتقدمة ليس لديها الحرية التامة في استعمال العوائد المالية من مشاريع التنمية النظيفة، ولا تؤدي إلى نشوء أي حق أو سند ملكية في إطار البروتوكول، بل تستجيب فقط للوفاء بالتزاماتها المتعلقة بتخفيض الانبعاثات⁽¹⁾.

ب-2-3 الشفافية: يتجسد مبدأ الشفافية في آلية التنمية النظيفة في تمكين دول المرفق الأول من المشاركة في المشاريع بطريقة طوعية، مع تحقيق فوائد حقيقية قابلة للقياس، وطويلة الأمد، تتصل بتغير المناخ، ومن أجل ذلك تم إنشاء المجلس التنفيذي الذي يسهر على آلية التنمية النظيفة عن طريق تحديد الطرائق والإجراءات في ذلك.

ب-2-4 عدم التمييز: وفقا لهذا المبدأ، جميع الدول الأطراف في البروتوكول لديها الحق في المشاركة في آلية التنمية النظيفة، سواء كانت الدول المدرجة في المرفق الأول أو غيرها، وذلك بتفادي وضع أي تدابير تعيق المشاركة في آلية التنمية النظيفة.

ب - 3 - الإشراف على آلية التنمية النظيفة:

قبل التطرق إلى الإشراف على تنفيذ مشاريع آلية التنمية النظيفة، نخرج على مسألة نطاق المشاريع المقامة وفقا لهذه الآلية؛ فقد حرصت الدول النامية على أن تستند هذه المشاريع إلى أفضل ما هو متاح من الخيارات البيئية طويلة الأمد، مع مراعاة الاحتياجات والأولويات المحلية للدول المضيفة أي الدول النامية.

كما يجدر الذكر بأن الطرف المضيف للمشروع هو صاحب الحق في تأكيد ما إذا كان نشاط المشروع يساعده في تحقيق التنمية المستدامة أم لا. وفي الأخير على الدول التي ترغب في المشاركة في مشاريع آلية التنمية النظيفة، المصادقة على البروتوكول، وامثالها للنصوص المتعلقة بالإبلاغ عن الانبعاثات البشرية من

(1) - انظر الوثيقة رقم FCCC/SBSTA/2000/10/Add. 1part p3.

الغازات الدفيئة باختلاف مصادرها والمنصوص عليها في المواد 5 و 7 من البروتوكول⁽¹⁾.

أما مسألة الإشراف على آلية التنمية النظيفة، فحسب المادة 12 من بروتوكول كيوتو، تخضع لسلطة وتوجيه مؤتمر الأطراف، ويشرف عليها مجلس تنفيذي تابع لآلية التنمية النظيفة. حيث تم إنشاء المجلس التنفيذي لآلية التنمية النظيفة في مؤتمر الأطراف السابع المنعقد بمراكش سنة 2001، ويتكون هذا المجلس التنفيذي من عشرة أعضاء من الأطراف في البروتوكول، عضو واحد من كل مجموعة من المجموعات الإقليمية الخمس في الأمم المتحدة، عضوان آخران من الأطراف المدرجة في المرفق الأول، وعضوان آخران من الأطراف غير المدرجة في المرفق الأول، وممثل واحد عن الدول النامية الجزيرية الصغيرة. يتم انتخابهم من قبل مؤتمر الأطراف لبروتوكول كيوتو لمدة عامين ويمكن لهم أن يعملوا لفترتين متعاقبتين كحد أقصى، ويشترط فيهم الخبرة التقنية الملائمة، ويعملون بصفتهم الشخصية.

ويضطلع المجلس التنفيذي لآلية التنمية النظيفة بالمهام الآتية:

أولاً: اعتماد الكيانات التشغيلية، وتعيينها بصورة مؤقتة إلى غاية تعيينها من مؤتمر الأطراف.

ثانياً: وضع طرائق وإجراءات مبسطة لأنشطة المشاريع الصغيرة التي تدخل في إطار آلية التنمية النظيفة.

ثالثاً: يقرر في أهلية أنشطة المشاريع المتعلقة باستخدام الأراضي، وتغيير استخدام الأراضي والحراجة، في إطار آلية التنمية النظيفة.

رابعاً: إتاحة المعلومات المتعلقة بمشاريع آلية التنمية النظيفة للجمهور.

خامساً: معالجة المسائل المتعلقة باحترام طرائق وإجراءات آلية التنمية

(1) - سلافة طارف عبد الكريم الشعلان، مرجع سابق، ص 169.

النظيفة⁽¹⁾.

ب - 4 - شروط قبول مشاريع آلية التنمية النظيفة:

أما عن شروط قبول المشاريع، فيركز المجلس التنفيذي لآلية التنمية النظيفة على نقطتين أساسيتين هما:

- الشرط الأول لقبول أي مشروع هو تحقيق تخفيض في انبعاثات الغازات الدفيئة في الدول النامية في كل المجالات التي يمكن أن تشملها هذه المشاريع، باستثناء المجال النووي؛ فحتى مشاريع التشجير وإعادة التشجير يمكن أن ترشح لأن تكون مشروعاً يدخل في إطار آلية التنمية النظيفة لفترة الالتزام الأولى 2008 - 2012.

- أما الشرط الثاني الذي ينظر إليه المجلس التنفيذي عند الموافقة على المشاريع، فهو مدى مساهمة هذه الأخيرة في التنمية المستدامة للدول المضيفة، فباسم سيادتها الوطنية تمكنت الدول النامية من الحصول على حق تحديد ما كان مشروعاً معيناً يمكن أن يساهم في تميمها المستدامة، على أساس هذه القاعدة يمكن للدولة المضيفة أن تقدم موافقتها أولاً، على المشروع أثناء مرحلة المصادقة⁽²⁾.

مدة حياة المشروع الذي يدخل في آلية التنمية النظيفة هي عشر سنوات غير مجددة، أو سبع سنوات يمكن تجديدها مرتين، فتجديد مدة حياة المشاريع لسبع سنوات أخرى يهدف إلى إعادة النظر في المناهج المستعملة لحساب الانبعاثات المحفظة، هذه الفترات تم إدراجها لغرض السماح للدول المضيفة بالاستفادة من عائدات المشاريع على مستوى زمني طويل نسبياً.

وفي الحقيقة، المراحل المشار إليها أعلاه والمتمثلة في المصادقة، التسجيل،

(1)- تقرير مؤتمر الأطراف لدورته السابعة بمراكش 2001، ووثيقة رقم FCCC/CP/2001/13/ADD. 2، صص 33 - 34.

(2)- Paul-Marie Boulanger, Thierry Brechet et Benoit Lussis, Op. Cit. p. 9.

المراقبة، التحقق أثناء تنفيذ المشاريع، هي مصدر نفقات يمكن أن تكون غير عادية بالنظر إلى قيمة تراخيص الانبعاثات، يضاف إليها نفقات المفاوضات والبحوث المسبقة لكل مشروع. وبغرض عدم إهمال المشاريع الصغيرة، تداركت هذا الوضع اتفاقيات مراکش، وذلك بتحديد فئة خاصة من المشاريع ذات الأثر الصغير، يمكنها أن تستفيد من إجراءات بسيطة لتقليص نفقات التنفيذ.

كما نشير إلى أن آلية التنمية النظيفة المجسدة بموجب المادة 12 من بروتوكول كيوتو، تسمح لدولة تنتمي إلى المرفق الأول أو أي كيان ينتمي إليها، الحصول على قروض الكربون التي تسمى بوحدات تخفيض الانبعاثات المعتمدة⁽¹⁾، بالاستثمار في مشاريع تخفيض الانبعاثات المحققة في الدول النامية الموقعة على بروتوكول كيوتو. أما آلية التنفيذ المشترك المجسدة بموجب المادة 6 من البروتوكول فتسمح بتبادل الانبعاثات بين الدول التي تنتمي إلى المرفق الأول؛ فتمويل المشاريع في إطار هذه الآلية يؤدي إلى الحصول على وحدات خفض الانبعاثات⁽²⁾ التي تضاف إلى حصة الانبعاثات المسماة بوحدات الكمية المخصصة للدولة المستثمرة⁽³⁾، ولكن تطرح من وحدات الدولة المستقبلة للمشروع⁽⁴⁾.

ثالثاً: تقييم الآليات المرنة

استغرقت الدول وقتاً طويلاً نوعاً ما منذ مؤتمر ريو في وضع النظام القانوني

(1)- لقد تم تعريف هذه الوحدات في مؤتمر الأطراف لبروتوكول كيوتو بمنتريال، وهي وحدة تساوي طناً مترياً واحداً من مكافئ ثاني أكسيد الكربون محسوبة باستخدام إمكانيات الاحترار العالمي، انظر الوثيقة: FCCC/KP/CMP/2005/8add. 2.

(2)- وحدات خفض الانبعاثات تحسب بنفس الكيفية التي تحسب بها وحدات خفض الانبعاثات المعتمدة.

(3)- وحدات الكمية المخصصة، تحسب كذلك بنفس الكيفية التي تحسب بها وحدات خفض الانبعاثات المعتمدة.

(4)- Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Mission interministérielle de l'effet de serre, Réaliser un projet MDP ou MOC de réduction des émissions de gaz à effet de serre, 2008, p. 11.

للآليات المرنة، وذلك حرصاً على نجاحها ونجاحها، وبعد دخول هذه الآليات حيز العمل، ارتأينا أن نضع تقييماً أولياً للنتائج المحققة، موضحين النجاحات، ونقاط الضعف في القواعد القانونية التي تنظمها، كما سنتناول بعض أوجه النقص التي يجب تداركها، مركزين في ذلك على مشاركة الدول السائرة في طريق النمو في آلية التنمية النظيفة وكيفية تحسين ذلك.

1 - الآليات المرنة وسيلة لتشجيع الدول على تنفيذ التزاماتها:

إن مصادقة أي دولة على بروتوكول كيوتو يعتبر كضمان على تصميمها على احترام التزاماتها، باعتبار أن هذه الأخيرة ذات طابع إلزامي. فالعديد من الدول أعطت الأهمية للتدابير الواجب اتباعها في حالة عدم الامتثال، فبالإضافة إلى التدابير الواردة في المادة 18 من بروتوكول كيوتو المتعلقة بالتدابير الواجب اتباعها تجاه الدول التي لا تمثل للبروتوكول، توجد وسائل أخرى يمكن إدراجها ضمن القواعد المتعلقة بالمبادلات الدولية لحقوق الانبعاثات، وكذا آلية التنمية النظيفة والتنفيذ المشترك، من أجل دفع الأطراف إلى احترام وتحقيق أهداف البروتوكول منها:

- أن شروط الانضمام وأحكام ضمان نجاح هذه الآليات تمثل تدابير وقائية تشجع مختلف الدول على الوفاء بالتزاماتها.
- إن منح وحدات تخفيض الانبعاثات إلى كيانات تتحرك في إطار الأنظمة الوطنية، يسمح بمساعدة الدول باحترام- بأقل تكلفة ممكنة- الكميات الممنوحة لها، وتمتية احتمال أن الأطراف تحترم التزاماتها الوطنية.
- قواعد المسؤولية المطبقة على تبادل الانبعاثات وتعليق التراخيص بالقيام بصفقات بيع الوحدات، يمكن إدراجها ضمن مجموعة من التدابير المقترحة التي يمكن اعتمادها ضد الأطراف التي لا تحترم الالتزامات المحددة لها بموجب بروتوكول كيوتو.

- ربط وصول الكيانات الوطنية إلى الآليات المرنة باحترام الطرف الذي تنتمي إليه بأحكام البروتوكول، ما يولد تياراً وطنياً يشجع على احترام الالتزامات⁽¹⁾.

وهكذا فقد استجابت الدول للآليات المرنة، وذلك بالمشاركة فيها؛ فقد عرف العالم العديد من أسواق الاتجار بالانبعاثات في كل من أوروبا، أمريكا، كندا وبريطانيا واليابان. بدأ تجربتها إلى غاية افتتاح سوق دولية موحدة للاتجار بالانبعاثات لسنة 2008⁽²⁾.

أما فيما يخص آلية التنمية النظيفة والتنفيذ المشترك، فحسب موقع بوان كربون، فقد تم تسجيل في قاعدة بياناته إلى غاية جوان 2010 حوالي 13885 مشروع لآلية التنمية النظيفة والتنفيذ المشترك. 7180 مشروعاً منها ستولد تحفيضاً للانبعاثات مقدراً بـ 4324 مليون طن من مكافئ غاز ثاني أكسيد الكربون إلى غاية 2012⁽³⁾.

كما قدمت كل من اللجنة الاستشارية للتنفيذ المشترك وكذا اللجنة التنفيذية لآلية التنمية النظيفة تقاريرها الأولية لمؤتمر الأطراف الثامن لبروتوكول كيوتو سنة 2002.

2- نقاط ضعف آليات المرونة:

بدأ العمل بالآليات المرنة ابتداء من سنة 1998 بالنسبة لسوق الاتجار بالانبعاثات، وذلك بفتح أول سوق في أوروبا، ثم تلتها أسواق أخرى. أما بالنسبة

(1)- OCDE, mécanismes de kyoto, modalité de suivi et respect des dispositions, 2001, p. 14.

(2)- للمزيد من المعلومات حول هذه الأسواق انظر:

khalil Hellioui, le choix des permis d'émission négociables dans la lutte contre le réchauffement planétaire, enseignement d'une analyse économique, thèse de doctorat nouveau régime, Ecole Des Hautes Etudes En Sciences Sociales, 2004, pp 30 -53.

(3)- Point carbon news, le Moniteur du MDP et MOC, volume 7, numéro 11-9 juin 2010, p.2.

لآلية التنفيذ المشترك وآلية التنمية النظيفة فقد عرفنا نوعاً من التأخر، وهذا راجع إلى تأخر إعداد القواعد والمبادئ التوجيهية الخاصة بها، ولم يتم ذلك إلى بعد مؤتمر بون ومراكش سنة 2001، وبعد عام بدأت هذه الآليات تسجل مشاريع وتصادق عليها، إلا أنه رغم هذا النجاح، شابها بعض الصعوبات أو العقبات، سنقوم بالتعرض إليها وكيفية إدراج أو إشراك الدول بالمشاركة فيها بطريقة فعالة.

أ- مسألة الطابع التكميلي:

رغم إقرار بروتوكول كيوتو بالطابع التكميلي لآليات المرونة، إلا أنه لم يحدد نسبتها بالمقارنة مع المجهودات الوطنية. كانت هذه المسألة محل خلاف في مفاوضات تبني بروتوكول كيوتو ولم يتم الفصل فيها، فقد رفضت الولايات المتحدة الأمريكية وكندا واليابان وضع سقف لاستعمال آليات المرونة في تحقيق تخفيض في الانبعاثات، بعد أن اقترحت بعض الدول نسبة استخدام آليات المرونة من قبل الدول الأطراف سقفاً أو نسبةً للاستعمال تتراوح بين 25 إلى 30٪ من مجمل كمية تخفيض الانبعاثات المحددة لكل دولة.

أما دول الاتحاد الأوروبي التي أخذت المسألة بجد أثناء المفاوضات، أين ركزت على إعطاء الأولوية للمجهودات الوطنية، وعليه أكدت تحديد نسب محددة لتخفيض الانبعاثات باستخدام آليات المرونة، وجعل مشاركة الدول فيها معلقة على قيامها بالتزاماتها الواردة في المادة 5 الفقرة 7 من بروتوكول كيوتو والمتعلقة بالإبلاغ عن الانبعاثات الوطنية، وتقديم التقارير المتعلقة بمصاريفها وخزاناتها من الغازات الدفيئة⁽¹⁾.

ب- مسألة الإضافية:

إن المشاريع التي تدخل في إطار التنفيذ المشترك وآلية التنمية النظيفة يجب أن تكون مشاريع فعالة، بمعنى أنها تحدث تخفيضاً في الانبعاثات من الغازات الدفيئة.

(1)- FCCC/SB/2000/4. p. 42.

وفي الواقع كل طرف في مشروع يجد مصلحته، فالمستثمر يتلقى مقابل استثماره في المشروع وحدات خفض الانبعاثات، أما الدولة المستقبلية فتتلقى تكنولوجيات صديقة للبيئة، ولكن عندما نتمعن في تنفيذ بعض المشاريع نلاحظ أنه يمكن أن تحدث بعض الانحرافات، فمسألة الطابع الإضافي لمشروع ما تحدد وفق عاملين:

- الأول مالي؛ ويعني الإضافية المالية للمشروع، فطور المشروع يجب أن يبين أن المشروع المرشح لا يمكن أن يتحقق إلا بتكلفة مالية معقولة وليست مرتفعة.

- الثاني يتعلق بالإضافية البيئية للمشروع؛ فطور المشروع يجب أن يثبت أن المشروع يسمح بتحقيق تخفيض في الانبعاثات الإضافية بالمقارنة مع حالة عدم إنجاز المشروع.

وحقيقة الأمر أن معيار الإضافية هو الذي يسمح بتمييز المشاريع التي تدخل في إطار آليات المرونة من المشاريع التجارية، ولكن في غياب معيار محدد ودقيق لتحديد هذه الإضافية يمكن أن يكون هناك إنتاج وحدات خفض الانبعاثات دون أن يكون هناك تراجع فعلي لمجملة انبعاثات الغازات الدفيئة، إذن خطر المصادقة أو إنجاز مشاريع تجارية في إطار آلية التنمية النظيفة أو التنفيذ المشترك أمر وارد، وبذلك يمكن استعمال آليات المرونة في تنفيذ وإنجاز مشاريع قديمة فات عليها الدهر من قبل المستثمرين دون أن تعود بفائدة على الدول المستقبلية من حيث نقل التكنولوجيا والبيئة والاقتصاد⁽¹⁾.

ج - صعوبة تحديد كمية وحدات خفض الانبعاثات:

إن العقبة الأساسية للمستثمرين في المشاريع التي تدخل في إطار آليات المرونة هو تحديد كمية وحدات خفض الانبعاثات المنتجة في أي مشروع، فالمسألة المطروحة هي تحديد الانبعاثات المرجعية التي تأخذ في الحسبان عند حساب

(1)- Christophe Colette, l'action internationale contre les changements climatiques, perspectives de l'après kyoto, études internationales, vol 39, n°2, 2008, p. 245.

القروض، أي وحدات خفض الانبعاثات المنتجة فلا يوجد اليوم- إلا بالنسبة للمشاريع الصغيرة- قواعد كافية وملائمة تسمح للمستثمر بالتحديد المسبق إذا ما كان المشروع يمكن أن يدرج في آليات المرونة، والحساب بكل دقة كمية وحدات خفض الانبعاثات التي ستنتج⁽¹⁾.

فعدم وجود قواعد صارمة في حساب وحدات خفض الانبعاثات في المشاريع التي تدخل في إطار الآليات المرنة خاصة تلك المتعلقة بالتشجير وتدوير النفايات، لا يشجع المستثمرين عليها، ومن جهة أخرى فالمستثمرون في أي مشروع عند تحويل وحدات خفض الانبعاثات لديهم المصلحة في التلاعب في قيمة الصفقة، فالمشتري يبحث عن أقل مجهود لتغطية التكاليف الإضافية، أما البائع فيرى في الصفقة وسيلة للحصول على ربح إضافي، وبدون ضوابط قانونية صارمة، كلا الطرفين يمكنهما عقد صفقة مربحة على حساب البيئة⁽²⁾.

د - العلاقة بين نظام الامتثال والآليات المرنة:

على الرغم من ربط أهلية المشاركة في الآليات المرنة بمدى احترام الالتزامات المنبثقة عن بروتوكول كيوتو التي تسهر لجنة الامتثال على مراقبته، إلا أن فرع الإنفاذ⁽³⁾ لهذه الأخيرة ليست لدية الأهلية الضرورية لمراقبة القرارات المتخذة من قبل الأجهزة التي تسهر على الآليات المرنة، والتي لديها آثار هامة على الأشخاص المعنية الخاصة التي تشارك في آلية التنمية النظيفة والتنفيذ المشترك، مما قد ينجر عنه تحويل هذه الأخيرة عن الأهداف المسطرة لها⁽⁴⁾.

(1)- khalil Hellioui, Op. Cit. p. 67.

(2)- ibid, p. 68.

(3)- تم تبني الإجراءات والآليات المتعلقة بالامتثال لبروتوكول كيوتو بموجب المقرر 24 م / أ - 7، في مؤتمر الأطراف السابع، المنعقد بمراكش في 29 أكتوبر إلى 10 نوفمبر 2001.

(4)- Anne Sophie Tabau «les perspectives, ouvertes par le contrôle du respect des engagements en matière climatique, in le droit de international face aux enjeux =

3 - مدى استجابة آلية التنمية النظيفة إلى أهداف تخفيض الانبعاثات وتحقيق

التنمية:

كما سبق الذكر، هذه الآلية تستجيب في أساسها إلى هدفين، الأول خفض الانبعاثات من الغازات الدفيئة، ومن جهة أخرى تحقيق التنمية بالنسبة للدول النامية، ولكن حالياً قليل من المشاريع يمكن الاعتراف بأنها تساهم في التنمية المستدامة للدول المستضيفة لها، ومن جهة ثالثة، معيار الإضافة الذي يجعل المشروع المرشح في إطار آلية التنمية النظيفة متلاعب به في كثير من الحالات⁽¹⁾؛ فالنتائج الأولية تؤكد أن هذه المشاريع تعاني من التوزيع الجغرافي غير العادل، حيث وصل عدد المشاريع المسجلة في آلية التنمية النظيفة سنة 2008 إلى 1167 مشروعاً موزعة كالتالي:

- إفريقيا: 27 مشروعاً.
- آسيا والمحيط الهادي: 758 مشروعاً.
- أمريكا اللاتينية ومنطقة الكاريبي: 374 مشروعاً.
- مناطق أخرى: 8 مشاريع⁽²⁾.

هذه المشاريع ولدت حوالي 1312.50 مليون وحدة لتخفيض الانبعاثات، تم اعتمادها من قبل المجلس التنفيذي لآلية التنمية النظيفة، وسيتم حسابها في فترة الالتزام الأولى. والملاحظ أيضاً أن أغلب هذه المشاريع استحوذت عليها فقط بعض الدول النامية، مثل الهند التي تأتي في المرتبة الأولى، لتليها الصين في المرتبة الثانية، والبرازيل في المرتبة الثالثة. إذن الدول البارزة هي التي استقطبت المستثمرين

environnementaux, SFDI, colloque D'Aix en provence, éd A Pedone, 2010, p. 304.

(1)- Réseau Action climat France, Dix ans du protocole de kyoto, Bilan et perspectives pour les négociations de l'après -2012، réseau action climat France, p.12.

(2)- تقرير آلية التنمية النظيفة المقدم إلى مؤتمر الأطراف لسنة 2008، الوثيقة رقم: FCCC/CMP/2008/4، ص21.

في مشاريع آلية التنمية النظيفة، فعدد محدود من المشاريع تم إنجازها في إفريقيا يقدر بـ 13، استحوذت إفريقيا الجنوبية على 10 منها⁽¹⁾:

4 - نحو مشاركة فعالة للدول في آلية التنمية النظيفة:

بالإضافة إلى التدابير الوطنية المتخذة من قبل دول المرفق الأول على أقاليمها لتقليص انبعاثاتها من الغازات الدفيئة، فالدول المصنعة يجب أن تلتزم بمساعدة الدول السائرة في طريق النمو لإنشاء اقتصاديات غير ملوثة للمناخ، عن طريق تمويل تدابير وسياسات موجهة لذلك، واستعمال آلية التنمية النظيفة، فالكثير من المنظمات غير الحكومية⁽²⁾ ترى أن نسبة معينة من مجهودات الدول المصنعة لتخفيض الانبعاثات يجب أن تترجم بواسطة آلية التنمية النظيفة، كما أنه سوى المشاريع التي تستجيب لمعايير بيئية صارمة وكذا تنمية الدول المستضيفة هي التي ترخص، فهذه المشاريع يجب أن تلمس الطاقات المتجددة وتكنولوجيات فعالة. فلا يتم ذلك إلا بإدراج تغيرات وتعديلات مؤسسية وقانونية لضمان شفافية آلية التنمية النظيفة، إذ بسبب قلة الإمكانيات اللازمة، الجهاز التنفيذي لآلية التنمية النظيفة لا يستغرق الوقت اللازم في تقييم المشاريع التي تعرض عليه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى الكيانات التشغيلية المعنية والمسؤولة على المصادقة والتحقق من المشاريع تعاني من نقص في القواعد التوجيهية والمعايير الصارمة لإنجاز مهامها، وبالتالي يمكن أن يفلت منها العديد من المشاريع التجارية غير المركزة على اهتمامات تقليص الانبعاثات والتنمية المستدامة، فليس سوى وجود نظام واضح للمسؤوليات والجزاءات يسمح للاستجابة لهذا الانشغال⁽³⁾.

أما بالنسبة لدول العالم الثالث، للمشاركة الفعالة في آلية التنمية النظيفة عليها الإسراع في اتخاذ تدابير وطنية لاستقبال المشاريع، من إطار قانوني ومؤسسي

(1)- Réseau Action climat France, Op. Cit. p. 13.

(2)- <http://www.cdmgoldstandard.org/how-does-it-work.php>

(3)- Réseau Action climat France, Op. Cit. p. 17.

لذلك. فقد أكدت مفاوضات مراكش لسنة 2001 ضرورة تقوية قدرات الدول النامية على استيعاب مشاريع التنمية النظيفة، وعلى الدول النامية أن تقوم:

- بإنشاء مؤسسة وطنية لآلية التنمية النظيفة، مهامها دراسة فرص الاستثمار في مشاريع التنمية النظيفة، وتحديد المجالات المعنية بها، واقتراح المشاريع⁽¹⁾.
- إعداد قواعد قانونية لتقييم المشاريع والمصادقة عليها، والترخيص بإنجازها.
- فرض التزام بإجراء دراسة الأثر البيئي في كل مشروع.
- وضع قواعد قانونية لمسيرة المشاريع عند الإنجاز لمعرفة مخاطر هذه المشاريع على البيئة، كما يجب تطبيق مبدأ الملوث الدافع، وذلك من أجل فرض رسوم على المستثمر على التلوث الذي يمكن أن يحدثه.

خاتمة:

إن ظاهرة التغيرات المناخية ظاهرة قديمة بدأت ببداية الثورة الصناعية في أوروبا في القرن الثامن عشر، وكما أكد العلماء، فهي مستمرة حتى ولو توقفت كل النشاطات الصناعية من إطلاق الغازات الدفيئة في الجو، وليس للإنسان سوى التعايش معها ومحاوله الحد من مخاطرها ومن حدتها، وما من خيار آخر للدول إلا مواجهتها.

وكما بينا فقد ازداد الاهتمام بها في مؤتمر ريو بالبرازيل، أين وضعت الدول

(1)- Helena Olivas, Christiana Figueres, Alil agoumi, Maxime Rivet, Philip Raphals, mettre en place une autorité nationale désignée pour le MDP, pourquoi et comment? agence intergouvernementale de la francophonie, p.14.

في الجزائر بموجب القرار المشترك بين وزارة التهيئة العمرانية والبيئة المؤرخ في 2 فبراير 2006، تم إنشاء هذه المؤسسة تحت اسم السلطة الوطنية المعنية في إطار ميكانيزمات التنمية النظيفة، انظر الجريدة الرسمية- السنة الثالثة والأربعون، العدد 12، الأول من مارس سنة 2006.

عدة وسائل لمكافحة التلوث الجوي، وبذلك تم تبني عدة وسائل، منها الاقتصادية كالضريبة الإيكولوجية والآليات المرنة، هذه الأخيرة تعتبر أهم وسيلة مستخدمة، باعتبارها تمس مباشرة المصدر المسبب في التغيرات المناخية ألا وهو الغازات الدفيئة الناتجة عن النشاطات الصناعية المتزايدة، وذلك بالتقليل منها بفرضه كالتزام على الدول.

ومن جهة أخرى، هذه الآليات تساهم في تحقيق تنمية الدول النامية، بإنجاز مشاريع فيها غير ملوثة للجو، كي لا تصبح هذه الأخيرة في المستقبل بدورها دولاً منتجة للغازات الدفيئة، كما تعتبر فرصة للدول المتقدمة للوفاء بالتزاماتها الدولية من تخفيض الانبعاثات بأقل تكلفة ممكنة.

تبدو الآليات المرنة آليات اقتصادية مغرية بالنسبة للدول، بإعطاء قيمة مالية للكربون، وتحديد سقف لانبعاثات الغازات الدفيئة؛ فالدول المتقدمة بذلك تفرض على الشركات التابعة لها بذل مجهود لتخفيف الانبعاثات بتحفيزها على الاستثمار في هذا المجال.

كما حظيت الآليات المرنة باهتمام كبير من قبل الدول، وذلك بالمشاركة فيها والتعامل معها، وهي في حالة تزايد وتحسين مستمرين من سنة إلى سنة، من حيث القواعد القانونية التي تضبط جميع جوانبها، كما استزداد أكثر فعالية بعد سنة 2012، وذلك بعد التأكيد على دعمها في مؤتمر الأطراف الخامس عشر لاتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ المنعقد بالدايمارك بمدينة كوبنهاجن ما بين 7 إلى 18 ديسمبر 2009، وكذا مؤتمر الأطراف في دورته السابع عشر بجنوب إفريقيا بمدينة دوبلن بين الفترة من 28 نوفمبر إلى 9 ديسمبر 2011.

فالعالم في تطور سريع، والدول المصدرة للغازات الدفيئة اتسعت رقعتها منذ تبني بروتوكول كيوتو سنة 1997، فأصبحت دول كالصين والهند والبرازيل والعربية السعودية، بفضل تطورها الصناعي، تضاهي الدول المصنعة في إصدار الغازات الدفيئة، فمن الضروري إذن في المفاوضات المقبلة حول المناخ إعادة النظر

في قائمة دول المرفق الأول لبروتوكول كيوتو، وفرض التزامات عليها بتقليص انبعاثات من أجل نظام قانوني فعال لحماية البيئة من التغيرات المناخية، وبذلك تصبح أطرافاً فعالة ومنتجة وليست مستهلكة للمشاريع التي تدخل في الآليات المرنة، خاصة آلية التنمية النظيفة، مما يسمح لدول أقل نمواً بالاستفادة منها.

إعادة النظر في قائمة دول المرفق الأول لبروتوكول كيوتو هي نقطة الخلاف الكبرى في المفاوضات ما بعد كيوتو ويتجلى هذا التباين خاصة في الدورة العشرين لمؤتمر الأطراف لاتفاقية الأمم المتحدة لتغير المناخ بعاصمة البيرو لهما بين الفاتح إلى 14 ديسمبر 2014، حيث رغم الشعور المتزايد للدول المصنعة بمخاطر التغيرات المناخية التي أصبحت تهدد أكثر فأكثر البشرية والتنمية التي تسعى من أجلها، إلا أنها لم تنجح في إعادة النظر في مسؤولياتها لفترة ما بعد كيوتو سنة 2012، واكتفت باستصدار بيان ختامي يحتوي على مجموعة من المبادئ التي سيتم التركيز عليها للوصول إلى اتفاق جدي لمواجهة التغيرات المناخية.

أما الدول النامية في الحقيقة، على الرغم من أن آليات المرونة وسيلة تسمح لها بإحداث التنمية، مع احترام البيئة، إلا أنها لم تستطع الاستفادة منها بالشكل الصحيح، وذلك لعدم امتلاكها القدرات البشرية والقانونية والمؤسسية والعلمية الخاصة للتعامل معها، وما عليها إلا الإسراع في ذلك، للمساهمة بدورها في الجهود الدولية للحد من التغيرات المناخية وتحقيق التنمية.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

- 1- الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، تغير المناخ والماء، الورقة الفنية السادسة الصادرة عن للهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، حزيران يونيو 2008.
- 2- الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، تغير المناخ 2007 التقرير

- التجميحي للهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ، الطبعة الأولى 2008.
- 3- توماس كريديل، بأول كرتزن، الغلاف الجوي المتغير، مجلة العلوم، المجلد 7، العدد 3 مارس /آذار 1990، الكويت.
- 4- غسان الجندي، القانون الدولي لحماية البيئة، دار وائل للنشر، 2004.
- محسن أفكيرين، القانون الدولي للبيئة، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الأولى، 2006، ظاهرة الاحتباس الحراري.
- 5- سلافة طارق عبد الكريم الشعلان، الحماية الدولية للبيئة من ظاهرة الاحتباس الحراري في بروتوكول كيوتو، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2010.

الوثائق الرسمية:

- 1) FCCC/KP/CMP/2005/8/Add. 1
- 2) FCCC/KP/CMP/2005/8/Add. 2
- 3) FCCC/KP/CMP/2005/8/Add. 2
- 4) FCCC/CP/2001/5.
- 5) FCCC/CP/2001/13/ADD. 2
- 6) FCCC/SB/2000/4
- 7) FCCC/KP/CMP/2005/8add. 2
- 8) FCCC/SBSTA/2000/10/Add. 1part 3.
- 9) FCCC/SB/2000/4.
- 10) FCCC/CMP/2008/4.

المراجع باللغة الفرنسية:

- 1 - **Aicha Ouharoun**, Flux n° 48/49, avril septembre 2002.
- 2 - **Benjamin Garnaud**, les enjeux de l'adaptation a Copenhague, synthèses, n° 04/09 novembre 2009, IDDRI.
- 3 - **BOISSON DE CHAZOURNES Laurence**, «La gestion de l'intérêt commun à l'épreuve des enjeux économiques – le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques», AFDI, CNRS Editions, Paris, 1997.
- 4 - **Christophe Colette**, l'action internationale contre les changements climatiques, perspectives de l'après kyoto, études internationales, vol 39, n°2, 2008.
- 5 - **Helena Olivas, Christiana Figueres, Alil agoumi, Maxime Rivet, Philip Raphals**, mettre en place une autorité nationale désignée pour le MDP, pourquoi et comment? agence intergouvernementale de la

francophonie.

6 - Jean-Marc Lavieille, droit international de l'environnement, 2ème édition, ellipses, 2004.

7 -khalil Hellioui, le choix des permis d'émission négociables dans la lutte contre le réchauffement planétaire, enseignement d'une analyse économique, thèse de doctorat nouveau régime, Ecole Des Hautes Etudes En Sciences Sociales, 2004.

8 -KISS Alexandre, les traités cadre, une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement, in AFDI 1993, volume 39, n° 1.

9 -Me Alain Brophy, Des enjeux juridiques concernant l'efficacité des systèmes d'échange de droits d'émission, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (L. L. M. option recherche, faculté de droit, université de Montréal, 2007.

10- MOLINER-DUBOST Marianne «Le mécanisme pour un développement propre: une nouvelle voie de coopération et de transferts Nord/Sud ?RGDIP tom 108/2004/04.

11 - Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Mission interministérielle de l'effet de serre, Réaliser un projet MDP ou MOC de réduction des émissions de gaz à effet de serre, 2008.

12 - Nicolas de Sadeller, les principes du pollueur –payeur, de prévention et de précaution, bruylant, 1999.

13 – OCDE, mécanismes de kyoto, modalité de suivi et respect des dispositions, 2001.

14 -Olivier Godard, «les permis négociables sont –ils politiquement incorrects ?», les cahiers de global chance, n° 09, novembre 1997.

15 – Olivier Mazaudoux droit international public et droit international de l'environnement, les cahiers de crideau N° 16, Pulim 2008.

16 -Paul-Marie Boulanger, Thierry Brechet et Benoit Lussis, le mécanisme pour le développement propre tiendra –t-il ses promesses, Reflets et Perspectives, XLV, 2005/3.

17 -Point Carbon News, le Moniteur du MDP et de la MOC, volume 6 numéro, 11- 28mai 2008.

يمكن الاطلاع عليه في موقع الأنترنت:

www. pointcarbon. com

18 - Point carbon news, le Moniteur du MDP et MOC, volume 7, numéro 11-9 juin 2010.

19 – Pierre Berthand, Denise cavard et Patrick criqui, le régime international pour le climat, vers la consolidation ou l'effondrement, revue française d'économie, année 2004, volume 19, N° 02.

- 20 – Raphaél Romi, Droit international et européen de l'environnement, Montchestrien, 2005.
- 21 -Réseau Action climat France, Dix ans du protocole de kyoto, Bilan et perspectives pour les négociations de l'après -2012 'réseau action climat France.
- 22 – Sandrine Maljean-Dubois, quels droit pour l'environnement, Hachette, 2008.
- 23 –Sandrine- Maljean-Dubois, La mise en route du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, AFDI, 2005.

نصوص قانونية:

1 - DIRECTIVE 2003/87/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil 'publiée au JOUE n° L 275/32 du 25/10/2003. http://www.iepf.org/docs_prog05/pol_envir05/ifp-mdp4.htm.

نظرات حول مسؤولية متولي الرقابة وفقا لتعديلات 2005 (الشروط والأحكام)

بقلم: دراح سعاد*

الملخص:

لم يكتف المشرع بالقاعدة العامة وهي المسؤولية عن الفعل الشخصي، بل أضاف عدة مسؤوليات أهمها مسؤولية متولي الرقابة.

هذه المسؤولية تختلف في شروطها وأحكامها عن القاعدة العامة، هذا الاختلاف فرضته طبيعة هذه المسؤولية والغاية من وضعها.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية التقصيرية - مسؤولية متولي الرقابة - المسؤولية عن فعل الغير.

Abstract:

The legislator does not content himself by the general rule concerning the responsibility about the personal pet, but added other responsibilities; between which we can find most importantly the responsibility of...

This responsibility is different from the general rule by it's condition an rules that governs it, and this due ho it's nature and the purpose of it's action.

Words key: Negligence responsibility- responsibility of caregiver- responsibility of third party.

* أستاذة متعاقدة بجامعة البويرة.

مقدمة:

الأصل أن الشخص لا يسأل إلا عن أفعاله التي تضر بالغير ولا يسأل عن أفعال غيره، إلا أن واقع الحياة يفرض عليه أحيانا أن يكون مسؤولا عن أشخاص تحت رعايته، وبالتالي يتحمل مسؤولية تعويض الأضرار التي يسببها هؤلاء بأفعالهم الضارة.

فالشخص قد يسأل عن أفعال من هم تحت رعايته بوصفه مكلفا بالرقابة عليهم، وقد نصت على مسؤولية متولي الرقابة المادة 134 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، وكانت قبل تعديل 2005 منظمة بالمادتين 134 و135 ثم ألغيت هذه الأخيرة، نظرا لاعتبارات عديدة⁽²⁾.

فإن كانت المسؤولية عن الفعل الشخصي تقوم بتوافر أركانها الثلاثة، الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وأساسها هو الخطأ واجب الإثبات من المضرور، ويمكن دفعها بإثبات السبب الأجنبي، فما هو الحال بالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة، من شروط وأساس ووسائل دفع؟

(1) - تنص م 134 من ق. م. ج على أن: " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار .

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

(2) - قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر 44، ص 18، كانت هذه المسؤولية منظمة بالمادتين 134 و135، وهما مستمدتين من قانونين مختلفين، المادة 134 من القانون المدني المصري، أما المادة 135 من القانون المدني الفرنسي. كما قام بإلغاء المادة 135 منه، وبموجب هذا التعديل ألغيت المادة 135 لأنها كانت محل انتقاد لكونها تطبيقات خاصة رغم وجود المبدأ العام في نص المادة 134 الذي يغنيها عن هذه التطبيقات، أضف إلى أن تخصيصها بالذكر يوحي بأنها وردت على سبيل الحصر.

و كذلك نقلت الفقرة الثانية من المادة 135 الملغاة والتي تنص على وسائل نفي مسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الغير، ووضعها كفقرة ثانية في المادة 134.

ولمعرفة ذلك تناول الشروط الواجب توافرها لقيام مسؤولية متولي الرقابة (مبحث أول)، ثم تناول أحكام هذه المسؤولية في (مبحث ثاني).

المبحث الأول: شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة

يتضح من نص المادة 134 من ق. م. ج أن مسؤولية متولي الرقابة تتطلب لقيامها شرطين أولهما أن يلتزم شخص برقابة شخص آخر (مطلب أول)، والثاني أن يرتكب الخاضع للرقابة فعلا يضر بالغير (مطلب ثاني).

المطلب الأول: التزام شخص برقابة شخص آخر

تستند مسؤولية متولي الرقابة إلى واجب الرقابة الذي يتحمله هذا الأخير قانونا أو اتفاقا، وهذا يعني أنه لا مسؤولية إذا انعدم واجب الرقابة⁽¹⁾، ونظرا لهذه الأهمية (الالتزام بالرقابة) سوف نحاول معرفة من هو متولي الرقابة، أي الشخص الذي عليه عبء الالتزام بالرقابة (الفرع الأول) ، ثم نتعرض لهذا الالتزام من حيث مصدره ومضمونه (الفرع الثاني) ، ثم تحديد الخاضع للرقابة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المتزام بالرقابة

لم تحدد المادة 134 من ق. م. ج من هو متولي الرقابة ولا من يخضعون إلى هذه الرقابة، لكنها حددت الحالات التي تدعو إلى نشوء الرقابة وحصرتها في ثلاث حالات، وهي حالة القصر، والحالة العقلية والحالة الجسمية، فلا تقوم مسؤولية متولي الرقابة خارج هذه الحالات المحددة⁽²⁾، ورغم ذلك نستطيع أن نتعرف على متولي الرقابة من خلال هذه الحالات أي الشخص المناسب لكل

(1) - د/علي فيلالي الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، ط2، الرغاية، 2007، ص123.

(2) - د/ محمد صبري السعدي، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، دار الهدى، عين مليلة، 2011، ص182.

حالة⁽¹⁾؛ فحسب القانون الجزائري لا يمكن حصر الأشخاص المكلفين بالالتزام بالرقابة، وكذلك الأشخاص الذين يحتاجون إليها، ولكنه اكتفى بحصر المصادر التي تنشئ هذا الالتزام، وكذا أسبابه⁽²⁾ التي تستدعي قيامه.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالرقابة يقع بحسب الأحوال على الأولياء أو على المعلم في المدرسة أو على رب الحرفة، أو على الشخص المتعاقد مع المصاحب جسميا أو مع ولي المصاحب عقليا، عندما يكون الخاضع للرقابة تحت رقابة أي من هؤلاء الأشخاص، لكن الملاحظ أن رقابة المشرف هي رقابة محددة بزمان ومكان تلقي الخاضع للرقابة للعلم أو الحرفة؛ لذلك فسؤوليتهم محدودة بهذا الزمان وذلك المكان، فإذا ارتكب الخاضع للرقابة خطأ خارج هذا النطاق انتفت مسؤولية المكلف بالرقابة⁽³⁾، ونفس الشيء بالنسبة لمراقب صاحب العاهة الجسمية فإن رقبته تقتصر على الأضرار المترتبة مباشرة عن هذه العاهة محل الرقابة⁽⁴⁾، وذلك على خلاف الأولياء والقائمين على التربية فتكون مسؤوليتهم شاملة ومستمرة خارج النطاق سالف الذكر.

الفرع الثاني: مفهوم الالتزام بالرقابة

لتحديد مفهوم الالتزام بالرقابة يقتضي التعرض إلى مصدره (أولا)، ومضمونه (ثانيا).

(1) - فالمادة 134 من ق.م. ج لم تحدد الأشخاص الذين يقع عليهم الالتزام برقابة غيرهم، واكتفت بنكر مصدر هذا الالتزام وحالاته، ولكن نستطيع أن نرجع إلى المادة 1/135 الملغاة التي ذكرت أشخاصا نوردهم هنا على سبيل المثال؛ فنجد الأب وبعد وفاته الأم، والمعلم والمؤدب أو المربي ورب الحرفة، ونجد أيضا المادة 4/1384 و6 و7 و8 من ق.م. الفرنسي قد حددت أشخاصا معينين على سبيل الحصر وجعلتهم مسؤولين عن أفعال غيرهم، وهم: الآباء والأمهات والمربون ومعلمو الحرف.

(2) - د/ بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج02 الواقعة القانونية، د.م. ج، الجزائر، 2001، ص287.

(3) - د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص299.

(4) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص118.

أولا: مصدر الالتزام بالرقابة

بناءً على المادة 134 من ق.م.ج فإن للالتزام بالرقابة مصدرين؛ فإما أن يكون بموجب القانون، أو يكون بموجب العقد. أما الرقابة القائمة بفعل الواقع من غير أن تكون واجبة قانونا أو اتفاقا فلا يعتد بها.

1- الالتزام بالرقابة بموجب القانون:

يكون الشخص في هذه الحالة ملتزما برقابة من هو محتاج إلى الرقابة بمقتضى القانون، فالقانون هو الذي يرتب على هذا الشخص واجب الرقابة⁽¹⁾، فالأب يتولى رقابة أولاده القصر، وكذلك الأم⁽²⁾ بموجب القانون وبالأخص نص المادتين 36 و62 من قانون الأسرة⁽³⁾، ونجد أيضا الوصي والكافل والمعلم والمؤدب⁽⁴⁾ ورب الحرفة⁽⁵⁾... فكل هؤلاء يتولون الرقابة على من هم في رعايتهم بحكم القانون.

(1) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص101.

(2) كانت المادة 135 قبل إلغائها بموجب تعديل 2005 لا تقضي بمسؤولية الأم على الأبناء طالما أن الأب لازال على قيد الحياة، ولو كان لا يستطيع القيام بواجب الرقابة، كأن يكون مصابا بمرض عقلي أو كان غائبا، أو كان هناك طلاق مع زوجته الحاضنة للأولاد، فالظاهر أن المشرع اقتصر على الوضع العادي للأسرة واهتم بانحلال الزواج بوفاة الزوج فقط، إلا أنه كان من المفروض أن تسأل الأم كلما أسندت لها السلطة الأبوية، ويعتبر هذا من العيوب التي كانت في المادة سالفة الذكر، والتي عالجها المشرع بإلغائه لهذه المادة، راجع: د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص102،99.

(3) - تنص المادة 36 من قانون الأسرة على أنه "يجب على الزوجين: . . . 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم. . ."، وتنص المادة 62 من نفس القانون على أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، فيكون أحد الأبوين ملتزما برقابة من هم في حضنته بموجب هذه المادة عند انحلال الزواج بالطلاق.

(4) - معنى المعلم والمؤدب ينصرف إلى كل شخص يتولى مهنة التربية والتعليم في شتى أنواعه ومستوياته، إلا فيما يتعلق بالتعليم العالي؛ لكون الغالب على طلابه أنهم راشدون فلا يخضعون للرقابة، ويشمل أيضا نظار المدارس ومراقبوها ومدراؤها، ومعلمو مراكز التكوين المهني والمدارس القرآنية، وحتى مدراء المخيمات الصيفية، راجع: د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص104.

(5) - عرفته المادة 10 من الأمر 96-01 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالقواعد التي تحكم

2 - الالتزام بالرقابة بموجب الاتفاق:

يكون واجب الرقابة بموجب الاتفاق كلما كان اتفاق الأطراف هو المنشئ لهذا الواجب، ومثال ذلك الكفيل⁽¹⁾، وكأن تلتزم مؤسسة مختصة برعاية مريض أو تلتزم سيدة أو دار للحضانة أو روضة برعاية الأطفال الصغار⁽²⁾؛ فهنا يتفق الولي مع المكلف بالرقابة، على القيام برقابة الشخص محل الرقابة وتحمل المسؤولية تبعاً لهذا الاتفاق⁽³⁾.

ثانياً: مضمون الالتزام بالرقابة

المشعر الجزائري ومن خلال المادة 134 من ق. م لم يحدد مضمون الالتزام بالرقابة، وأمام اختلاف الحالات المنصوص عليها في هذه المادة، أي دواعي هذا الالتزام، واختلاف وتفاوت الخطر المحتمل عن كل حالة، إذ لا مجال

الصناعة التقليدية والحرفية، ج. ر 03، على أنه: "كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف، يمارس نشاطاً تقليدياً، كما هو محدد في المادة 5 من هذا الأمر، يثبت تأهلاً، ويتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته"، وقد نصت المادة 4/19 من القانون 07/81 المؤرخ في 27 يونيو 1981، المتعلق بالتمهين على أنه: "تكون مسؤولة مدنياً على المتمهن خلال وجوده في المؤسسة لممارسة التمهين".

(1) - المادة 116 من قانون الأسرة تنص: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، فالكفالة كونها رقابة اتفاقية ناتجة عن عقد، فهي ترتب عليه التزاماً بالقيام بشؤون الولد القاصر، والكفيل يكون مسؤولاً على أساس م 134 من القانون المدني.

(2) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص 106.

(3) - جاء في قرار عن المجلس الأعلى مؤرخ في 16/07/1988 ملف رقم 52862 أنه: "من المقرر قانوناً أن متولي الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها للغير الأشخاص الموضوعين تحت الرقابة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير صحيح.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي حمل المستشفى مسؤولية وفاة الضحية نتيجة اعتداء وقع عليها من أحد المرضى المصابين عقلياً، واعتبر ذلك إخلالاً منها بواجب الرقابة الواقع على عاتقها مما يشكل خطأ مرفقياً يستوجب التعويض طبقاً للمادة 134 من ق. م وبقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقاً صحيحاً. . . م. ق لسنة 1991، ع 01، ص 120.

لمقارنة الخطر الذي يمثله الشخص المجنون مع ذلك الذي يمثله صغير السن أو الشخص الأعمى؛ يثار التساؤل حول المقصود من الالتزام بالرقابة، أي يحمل نفس الدلالة ونفس المضمون في كل الحالات أم هو يختلف في كل حالة؟

وعند الرجوع إلى الفقه نجد اختلافا في تحديد مضمونه، فهو بالنسبة لبعض الفقه العمل على حسن التربية والتهديب⁽¹⁾ بوجه عام أي أنه يشمل واجب الرقابة، وهو بالنسبة لرأي آخر واجب التربية والرقابة⁽²⁾ كلا منهما متميز على الآخر، في حين أخذ آخرون بالمفهوم الواسع، فهو الإشراف على شخص وتوجيهه وحسن تربيته، ومنعه بالإضرار بالناس باتخاذ الاحتياطات اللازمة⁽³⁾، وهناك من يرى بأنها رقابة مادية، أي مراقبة سلوك وتصرفات الخاضع للرقابة ومنعه من الإضرار بالغير.

والحقيقة أنه لما كانت دواعي حاجة القاصر إلى الرقابة تختلف من حالة إلى أخرى فإن مضمون واجب الرقابة يختلف على حسب هذه الحالات، فرقابة الصبي دون الخامسة من عمره سوف تمثل حتما في الرقابة المادية، ورقابة الولد المميز الأقرب إلى سن الرشد سوف تكون رقابة معنوية، والولد المميز ذو العاهة البدنية

(1) - يرى بذلك الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، حيث يقول: "على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية، وبخاصة إذا كان متولي الرقابة أباً أو أمّاً، وبينني على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت الأب بأنه قام بواجب الرقابة واتخذ الاحتياطات المعقولة، فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائماً في جانبه. . . بل الأب هو الذي يثبت أنه لم يسيء تربية ولده"، ويقول أيضاً: "وجملة القول أن متولي الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً في الرقابة في خصوص الخطأ الذي صدر ممن هو في رقابته، وأنه بوجه عام لم يسيء تربيته"، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 01، المجلد 02، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 1138.

(2) - يرى بهذا الرأي د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 185.

(3) - يرى به د/ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 163، ود/ العربي بلحاج، وتبينته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1986/11/18 ملف رقم 42297 الذي جاء فيه ". . . الرقابة التي تعنيها المادة 134 هي الإشراف على شخص وتوجيهه وحسن تربيته، ومنعه من الإضرار بالغير، باتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك. . ."، أشار إليه د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 286.

سوف يحتاج إلى رعاية معنوية ومادية، والمجنون سوف تكون رقابته مادية والتي سوف تكون حتماً أوسع من رقابة شخص أعمى. . . وهكذا. وعليه فإن واجب الرقابة يحدد على ضوء حاجة الشخص إلى الرقابة، أي على اعتبار الخطر الذي يمثله على الآخرين⁽¹⁾، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد مضمون الالتزام بالرقابة مراعيًا ما سلف ذكره⁽²⁾.

الفرع الثالث: الخاضع للرقابة

بناءً على نص المادة 134 من ق.م فإن الشخص يكون بحاجة إلى الرقابة إذا كان قاصراً، سواء كان مميزاً أو غير مميز، أو أن تكون به عاهة عقلية أو عاهة جسمية، أي أن الرقابة سببها هو الحالة التي يكون عليها هذا الشخص وهي إما القصر أو الحالة العقلية أو الجسمية.

أولاً: حالة القصر

القاصر هو كل شخص لم يبلغ سن 19، بناءً على المواد 40 و42 و43 من ق.م. ج، والمادتين 81 إلى 86 من ق الأسرة، وهو إما أن يكون مميزاً إذا بلغ سن 13، أو غير مميزاً إذا كان دون هذه السن⁽³⁾.

والأصل في الرقابة أن تقوم على القاصر، فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه، إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ⁽⁴⁾. والرقابة القانونية على القاصر

(1) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص109.

(2) - يقول د/سليمان مرقس بخصوص المادة 175 مدني مصري، التي تقابل المادة 134 مدني جزائري". . . وظاهر هذا النص أنه كان يراد به جعل مسؤولية متولي الرقابة على القاصر منوطة بحاجة القاصر إلى الرقابة بسبب قصره، وترك تقدير هذه الحاجة إلى الرقابة إلى القاضي بعيداً عن كل قرينة قانونية. . . ، راجع: مؤلفه، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، ج 2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، دار الكتاب الحديث، 1988، ص750.

(3) - نصت المادة 2/42 على أنه: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة".

(4) - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1127.

أساسها الولاية على نفس القاصر، والتي تنظم أحكامها الشريعة الإسلامية، لكن لما كان حكم هذه المادة عامًا، فيمكن الرجوع إلى أحكام القانون المدني أو قانون الأسرة، وإذ نجد حينئذ أن الرقابة على القاصر تكون للولي أبا أو أما⁽¹⁾ ثم إلى الوصي ثم إلى القيم، وهكذا. . .

فبالنسبة للقاصر غير المميز حاجته إلى الرقابة واضحة ولا أحد ينازع في ذلك، كما أن مسؤوليته الشخصية مستبعدة تماما، وذلك لاستحالة وقوع خطأ من جانبه⁽²⁾.

وأما القاصر المميز، ورغم كونه كذلك إلا أنه لا خلاف في أن مداركه العقلية غير تامة، فهو لازال به نقص من حيث الإدراك والتدبير، أي التمييز بين الضار والنافع، وعليه يبقى محتاجا إلى الرقابة إلى أن يبلغ سن الرشد⁽³⁾، وهو الأمر الذي قرره المادة 134 سالفه الذكر.

وقد اختلف الفقه فيما يتعلق بمسؤولية متولي الرقابة على القاصر المميز، فمن الفقه من يرى أنه لا تنشأ مسؤولية متولي الرقابة إلا إذا كان القاصر غير مميز، أما إذا كان مميزا فيسأل شخصيا استنادا إلى المادة 125 من ق. م. ج⁽⁴⁾.

ويرى البعض الآخر خلاف ذلك، أي أن مسؤولية القاصر المميز عن أفعاله الضارة مسؤولية شخصية لا تمتنع من مسؤولية الرقيب عليه، ولهذا الأخير حق الرجوع عليه، وأن الرقيب لا يسأل إلا إذا ثبت أن القاصر المميز قد ارتكب فعلا

(1) - كانت المادة 135 من ق. م. ج قبل إلغائها تشترط لقيام مسؤولية الوالدين على أبنائهما القصر السكن معهما؛ لأن ذلك يعتبر الوسيلة الأمثل التي تمكن الوالدين من القيام بحسن تربية الأولاد ومن ممارسة الرقابة الفعلية من خلال السلطة الأبوية، لكن بعد إلغائها ألغي معها هذا الشرط، لعموم نص 134.

(2) - د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص95

(3) - د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص116.

(4) - يقول بهذا الأستاذ نور الدين تركي، نقلا عن د/ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، د. م. ج، ط3، الجزائر، 1994، ص32.

ضارا، أي أنه لا بد من إثبات مسؤولية القاصر المميز أولا حتى يرجع المضرور على الرقيب؛ لأن الأول هو المسؤول الأصلي والثاني مسؤول مسؤولية تبعية⁽¹⁾.

وأمام هذا الخلاف الفقهي، وعند النظر في عمومية نص 134، نجد أنها تشمل القاصر المميز وغير المميز ما دام في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره، فلا حاجة للتمييز بين القاصر المميز والقاصر غير المميز⁽²⁾، وعليه فمسؤولية متولي الرقابة في كلتا الحالتين مسؤولية أصلية تستند إلى خطأ الرقيب في واجب الرقابة، الذي هو خطأ مفترض ويجوز نفيه للتخلص من المسؤولية بأنه قام بواجب الرقابة كما ينبغي، وبالتالي يجوز للمضرور اللجوء إلى مسؤولية القاصر المميز الشخصية بموجب المادة 125 من ق.م.ج⁽³⁾.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن مسؤولية متولي الرقابة القائمة بسبب قصر الخاضع للرقابة تنتهي قانونا ببلوغ هذا الأخير سن الرشد، ولو كان لا يزال في حاجة إلى رعاية لعلة أخرى كعاهة عقلية أو جسمانية⁽⁴⁾.

(1) - د/علي علي سليمان، المرجع السابق ص32.

(2) - تجدر الإشارة إلى أن الجملة الأخيرة من المادة 134 من ق.م.ج التي ألغيت من النص الجديد والمتمثلة في: "ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز" هي تأكيد على قيام واجب الرقابة على الشخص الخاضع لها بسبب القصر بغض النظر عما إذا كان مميزا أو غير مميز، فكان الغرض منها هو التأكيد فقط على أنه لا يشترط في مسؤولية متولي الرقابة خطأ الخاضع للرقابة، راجع: د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص97.

د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص109.

(3) - فالمادة 134 من ق.م.ج رتبت مسؤولية متولي رقابة القاصر المميز عن الأفعال الضارة لهذا الأخير رغم أنه يعتبر مسؤولا شخصيا طبقا لأحكام المادتين 124 و125 من ق.م.ج، إذ تنص هذه الأخيرة على أنه: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه وبإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا"، والتي كانت تنص في فقرتها الأولى قبل التعديل على ما يلي: "يكون فاقد الأهلية مسؤولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه وهو مميز".

(4) - د/بلحاج العربي، المرجع السابق، ص299.

ثانيا: الحالة العقلية

نصت المادة 134 من ق.م.ج على هذه الحالة بقولها: ". . . أو بسبب حالته العقلية. . ."، والمقصود بها أنها حالة مرضية تصيب عقل الشخص فتؤثر على قواه العقلية، أي على إدراكه أو تديره⁽¹⁾، فتتال من سلامة من العقل لدرجة تفقد الإدراك أو تنقص منه بشكل يصبح فيه الشخص لا يميز بين النافع والضار، وعليه يكون خطرا على نفسه وعلى غيره، مثل الجنون أو العته أو الغفلة أو السفه، فيكون بذلك في حاجة ماسة إلى الرعاية والعناية اللازمين لتدبير أموره ومنعه من إيقاع الضرر بالغير⁽²⁾، فيتولى من تجب عليه هذه الرقابة قانونا، أو اتفاقا⁽³⁾.

ثالثا: الحالة الجسمية

قد يصاب الشخص الراشد بمرض يؤثر على حالته الجسمية فيصبح في حاجة إلى الرقابة كالمصاب بالشلل أو الصرع أو العمى⁽⁴⁾، فيتولى الرقابة عليه اتفاقا من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية، من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى، أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك، ويكون هذا مسؤولا عنه ما بقي في رقبته⁽⁵⁾.

(1) - وبناءً على المواد 40 و42 و43 من ق.م.ج والمادتين 81 إلى 86 من ق الأسرة، ويأخذ من بلغ سن البلوغ وبه عاهة عقلية حكم القاصر في تصرفاته.

(2) - د/محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، د.م.ج، الجزائر، 1986، ص169.

(3) - يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: ". . . ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد رجلا كان أو امرأة، فلو أصيب البالغ لسن الرشد بجنون أو بعته أو كان ذا غفلة، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظرا لحالته العقلية، ويتولى الرقابة في هذه الحالة ولي النفس أو الزوج أو الزوجة (إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة) وتنقل الرقابة إليه اتفاقا كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير الأقرباء. . ."، المرجع السابق، ص1132.

(4) - د/محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص169.

(5) - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص1132.

ويكون صاحب العاهة في حاجة إلى رقابة عندما تصبح حالته الجسمية تمثل خطراً على نفسه وعلى غيره، فالأعمى مثلاً قد يرتطم بشجرة فيلحق ضرراً بنفسه، أو يصطدم بالغير فيلحق بهم الضرر، والمصاب بالشلل قد يضر بالغير نتيجة عدم تحكمه في حركاته⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية متولي رقابة ذوي العاهة الجسمية مقصورة على الأضرار المترتبة مباشرة على هذه العاهة دون الأضرار التي لا علاقة لها بهذه العاهة، كأن يقوم الأعرج أو الأعمى بشتم الغير، فيسأل عنها الفاعل نفسه باعتباره ليس بحاجة إلى رقابة بالنسبة لهذا الفعل⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن الرقابة الفعلية كرقابة من يقود أعمى أو مُتَعَدِّاً دون قانون أو اتفاق فإنها لا تدخل في مفهوم الرقابة الواردة في نص المادة 134 من ق.م⁽³⁾.

المطلب الثاني: أن يرتكب الخاضع للرقابة فعلاً يضر بالغير

هذا الشرط تنص عليه المادة 134 من القانون المدني بقولها: "يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار".

وعليه، كي تقوم مسؤولية متولي الرقابة يجب أن يصدر عن الخاضع للرقابة فعل ضار (الفرع الأول)، وأن يسبب هذا الفعل الضار ضرراً للغير.

الفرع الأول: مفهوم الفعل الضار

الفعل الضار هو كل فعل مخالف للقانون بوجه عام ويسبب ضرراً للغير، أي هو كل إخلال بواجب قانوني، وهذا هو الخطأ الموضوعي الذي يكتفي بركن

(1) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص118.

(2) - د/علي فيلالي، المرجع والموضع نفسه.

(3) - د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص300.

التعدي دون الإدراك⁽¹⁾، فالعبرة بالتعدي الذي ألحق ضررا بالغير بغض النظر عما إذا كان السلوك الذي سلكه الخاضع للرقابة سلوكا عاديا أم غير عادي⁽²⁾.

والفعل الضار الذي يأتيه الخاضع للرقابة لا يقتصر على فعله الشخصي بل يشمل أيضا فعل الشيء أو فعل الحيوان اللذين هما في حراسته، وكذلك العيب في المنتج، فلا حرج في مطالبة متولي الرقابة بكل فعل يصدر من قاصر بما في ذلك الأضرار سالفة الذكر، طالما يستطيع متولي الرقابة دفع المسؤولية طبقا للمادة 2/134 من ق.م.ج⁽³⁾.

الفرع الثاني: أن يسبب الفعل الضار ضررا بالغير

لا يكفي لقيام مسؤولية متولي الرقابة صدور لفعل ضار من الخاضع للرقابة بل أن يسبب هذا الفعل ضررا بالغير، فلا مسؤولية إلا بحصول الضرر من جراء هذا الفعل.

ويجب أن يقع من الخاضع للرقابة، لا أن يقع عليه، أما إذا وقع عليه فليست هناك مسؤولية متولي الرقابة⁽⁴⁾، ومثال ذلك التلهيد الذي يصاب من أجنبي

(1) - ترى به النظرية الموضوعية والتي تقصر الخطأ (فعل الخاضع للرقابة) على الركن المادي ولا يشترطون لحدوثه وجود تمييز، أي أنهم يشترطون لتحقيق مسؤولية متولي الرقابة أن يرتكب القاصر عملة غير المشروع، د/محمود جلال حموة، المرجع السابق، ص180.

(2) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص119.

(3) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص120.

(4) - وجاء في قرار عن المحكمة العليا مؤرخ في 1992/05/11 ملف رقم 77237 تأكيداً لذلك وهو كما يلي " لكن حيث أنه بمراجعة أوراق ملف القضية والحكم المستأنف فيه والقرار المطعون فيه، تبين أن قضاة الموضوع التزموا صحيح القانون، ولم يخرقوا مقتضيات المادة 124 إذ اتضح لهم - في إطار سلطتهم التقديرية لوقائع الدعوى - أن مسيري فريق كرة القدم الذي انخرط فيه الهالك قصروا في ممارسة رقابتهم على هذا الأخير باعتباره قاصرا لم يبلغ سن الرشد قد عرض حياته للخطر عندما غادر أرضية الملعب ليبحث عن الكرة بعد خروجها من الميدان خلال المقابلة التي كان يشارك فيها الضحية في صفوف فريق الطاعة الشيء الذي أدى إلى سقوطه من أعلى سقف مصنع مجاور على

بالأذى في وقت يكون فيه تحت رقابة مدير المدرسة، فلا يكون هنا المدير مسؤولاً عن خطأ هذا الشخص الأجنبي إلا في حدود القواعد العامة للمسؤولية، فيجب إذن إثبات الخطأ في جانب المدير حتى يكون مسؤولاً⁽¹⁾.

المبحث الثاني: أحكام مسؤولية متولي الرقابة

إذا ما توافرت الشروط سالفة الذكر فإن مسؤولية متولي الرقابة تقوم، وتترتب عنها آثارها وهي تعويض الضحية، لذلك سوف نتناول طبيعة مسؤولية متولي الرقابة وأساسها القانوني (مطلب أول) ، ثم وسائل دفعها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: طبيعة مسؤولية متولي الرقابة وأساسها القانوني

نظراً لكون مسؤولية متولي الرقابة قامت نتيجة أفعال صادرة من غير المسؤول وهو الخاضع للرقابة سببت ضرراً للغير، فقد عرفت طبيعتها اختلافاً فقهيًا يقتضي بيانه (الفرع الأول) ، ثم بيان أساسها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة مسؤولية متولي الرقابة

لقد اختلف الفقه حول طبيعة مسؤولية متولي الرقابة بين من يرى بأنها مسؤولية ذات طبيعة مزدوجة (أولاً) ، ومن يرى بأنها مسؤولية أصلية ومستقلة (ثانياً).

أولاً: مسؤولية ذات طبيعة مزدوجة

يرى جانب من الفقه بأن مسؤولية متولي الرقابة هي مسؤولية ذات طبيعة مزدوجة، فهي مسؤولية تبعية إذا كان الخاضع للرقابة مميزاً، وأصلية إذا كان غير

الأرض مما أدى بحياته. . . ولهذا فإن الوجه المثار غير وجيه ويتعين رفض الطعن".

(1) - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1130؛ د/خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، د. م. ج، ط02، الجزائر، ص271.

مميز⁽¹⁾.

فإذا كان الخاضع للرقابة مميزا فمسؤولية متولي الرقابة مسؤولية تبعية، فعندما يسبب الخاضع للرقابة بفعله ضررا للغير، فلا تتحقق مسؤولية متولي الرقابة إلا إذا أثبت المضرور الخطأ في جانب الخاضع للرقابة، وأعتبر هذا الأخير أنه مسؤولا أصليا ويسأل متولي الرقابة باعتباره مسؤولا تبعيا، وللمضرور أن يرفع دعواه في مواجهة أي منهما⁽²⁾.

أما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز فمسؤولية متولي الرقابة تعتبر مسؤولية أصلية؛ لأن عديم التمييز لا تقوم في جانبه المسؤولية لغياب الركن المعنوي للخطأ وهو التمييز، وعليه فالقول بأن مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية تبعية لمسؤولية الخاضع للرقابة يتنافى مع كون الخاضع للرقابة لا مسؤولية عليه⁽³⁾.

ولأن عديم التمييز يكون في أشد الحاجة إلى الرعاية والرقابة من المميز، لذا يجب أن يتحمل عنه متولي الرقابة المسؤولية، وتكون هذه المسؤولية مسؤولية أصلية مستقلة، وأساسها الخطأ المفترض في جانب المسؤول وهو متولي الرقابة⁽⁴⁾.

(1) - يرى بهذا الرأي كل من د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص184، ود/علي علي سليمان حيث يقول: " . . . فقد نصت المادة 134 من ق.م. ج على مسؤولية الرقيب عن الأضرار التي يسببها الموضوع تحت الرقابة، ولو كان غير مميز، وعلى ذلك فإذا كان الموضوع تحت الرقابة قد أحدث ضررا وهو مميزا، وأثبت المضرور خطأه فإن الرقيب يكون مسؤولا عنه مسؤولية تبعية، وأما إذا أحدث الضرر وهو غير مميز فإن مسؤولية الرقيب تكون أصلية"، المرجع السابق، ص20.

(2) - د/محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص171.

(3) - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص184.

(4) - ولذلك نصت المادة 134 من القانون المدني قبل التعديل " . . . ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز"، وهو ما نصت عليه المادة 173 من القانون المدني المصري، فقد استعمل المشرع مصطلح "عمل ضار" ليندل على أنه يكفي بركن التعدي في فعل عديم التمييز، فلا مسؤولية عليه، فتبقى مسؤولية متولي الرقابة، وهي أصلية ومستقلة في هذه الحالة، راجع في المعنى: د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1134. د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص185.

إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد، من حيث أن مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية أصلية تتعلق بسلوك متولي الرقابة المتمثل في تقصيره في واجب الرقابة، وهي مستقلة عن وضعية الخاضع للرقابة وسلوكه، بغض النظر عن كونه مميزاً أو غير مميز، فكلاهما مشمول بالرقابة، وسواء كان الفعل الصادر عن أي منهما يعتبر خطأً أو لا يعتبر كذلك⁽¹⁾.

ثانياً: مسؤولية متولي الرقابة أصلية مستقلة

يرى جانب آخر من الفقه بأن مسؤولية متولي الرقابة هي مسؤولية أصلية وليست مسؤولية تبعية⁽²⁾، أي أنها مسؤولية ذاتية تستند إلى خطأ متولي الرقابة في واجب الرقابة الذي حمله إياه القانون أو الاتفاق، وعليه فالعبرة بخطأ متولي الرقابة الشخصي وليس بخطأ الفاعل، أي الخاضع للرقابة⁽³⁾.

ونرى في هذه المسألة أن مسؤولية المكلف بالرقابة هي مسؤولية أصلية أساسها خطأ مفترض، وهو الخطأ في الرقابة، وهي بهذا مسؤولية ذاتية⁽⁴⁾، سواء كان

(1) - ويؤكد الدكتور علي فيلالي ذلك بأن الحجة التي يدفع بها بعض الفقهاء والمتمثلة في العبارة الأخيرة من المادة 134 قبل التعديل "ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز"، والتي تم حذفها بعد التعديل فهي باطلة، لأن الغرض من هذه العبارة هو التأكيد فقط على أنه لا يشترط في هذه المسؤولية خطأ الخاضع للرقابة، وهذا أمر منطقي وطبيعي طالما أن مسؤولية متولي الرقابة هي مسؤولية شخصية تستند إلى خطئه في واجب الرقابة، فالعبرة إذن هي بخطئه الشخصي، المرجع السابق، ص113.

(2) - راجع: د/ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص304؛ د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص113.

(3) - ويضيف د/علي فيلالي قائلاً "مسؤولية المكلف بالرقابة هي مسؤولية شخصية تستند إلى خطأ الرقيب في واجب الرقابة. . . فالعبرة هي إذن بخطئه الشخصي، ويكفي الرقيب بمقتضى م2/134 أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية حتى يتخلص من المسؤولية المفترضة عليه، ومن ثم لا يمكن اعتبار مسؤوليته هذه مسؤولية تبعية ومسؤولية القاصر المميز أصلية"، راجع: د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص114، 113، 122.

(4) - وما يعزز هذا أن م 137 من ق.م. ج كانت قبل تعديلها تجيز للمكلف بالرقابة الرجوع على الخاضع للرقابة محدث الضرر في الحدود التي يكون فيها هذا الأخير مسؤولاً عن تعويض الضرر، أما بعد تعديلها أصبح مؤكداً أن مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية أساسية ومستقلة عن مسؤولية الخاضع للرقابة =

المتسبب في الضرر مميزاً أو غير مميز، قد أوجدت حماية لمصلحة الضحية على حساب المسؤول المدني، وذلك بإعفاءها من إثبات بعض أركان المسؤولية وهي خطأ متولي الرقابة وعلاقة السببية⁽¹⁾

وللاشارة أنه عند اجتماع مسؤولية متولي الرقابة مع مسؤولية الخاضع للرقابة بوقوع الفعل الضار منه، فيمكن للمضرور أن يختار في أن يطالب بمسؤولية متولي الرقابة أو يطالب بمسؤولية الخاضع للرقابة عند قيامها، وفي الواقع سوف يكون اختياره على ضوء الوضعية المالية لكلا المسؤولين⁽²⁾.

وإذا تحصل على التعويض ممن رفع ضده الدعوى فلا يجوز له إن يتحصل من الآخر على تعويض ثان، فإذا رفعها ضد متولي الرقابة مثلاً فلا يجوز له أن يطالب الخاضع للرقابة بالتعويض، إذ لا يجوز له الحصول على تعويضين عن ضرر واحد⁽³⁾.

الفرع الثاني: الخطأ المفترض أساس مسؤولية متولي الرقابة

إن الجمع عليه فقها وقضاء هو أن أساس مسؤولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة، وهو قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس⁽⁴⁾.

فالقانون يفترض أن وقوع الفعل الضار من طرف الخاضع للرقابة كان نتيجة

المميز، لأنه لا مجال للرجوع عليه.

(1) - د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص122.

(2) - لمزيد من التفصيل راجع: د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص121.

(3) - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1142.

(4) - د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص304؛ د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص123؛ د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص185؛ د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1134؛ وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1983/03/02 تحت رقم 30064 من أن مسؤولية الأب عن أفعال ولده القاصر تقوم على أساس خطأ مفترض فيه، أنه أهمل مراقبته وتربيته، ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه، ومن ثم فإن ارتكاب هتك عرض من قبل ولد مميز يثبت إهمال الأب في تربية ابنه بصفة قطعية، أشار إليه د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص306.

تقصير من متولي الرقابة في القيام بواجب الرقابة، إخلالا بالتزامه ومن ثم أقام قرينة الخطأ على عاتقه، فإذا قصر متولي الرقابة في أداء هذا الواجب كان مخطئاً خطأ شخصياً يوجب مسؤوليته، وهذا يعني أنه لا مسؤولية إذا انعدم واجب الرقابة.

فالغرض من واجب الرقابة هو منع الخاضع للرقابة من الإضرار بالغير بسبب حالة القصر أو حالته العقلية أو الجسمية، وعليه فكلاهما سبب هذا الأخير ضرراً للغير اعتبر متولي الرقابة قد أخل بواجب الرقابة، فلولا هذا الخطأ من متولي الرقابة لما استطاع الخاضع للرقابة أن يضر بالغير، فهذا الإضرار قرينة على ذلك الإخلال⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى افتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة فعلاقة السببية بين الفعل الذي صدر من الخاضع للرقابة والضرر الذي أصاب المضرور أيضاً مفترضة، فلا يكلف المضرور بإثباتها لأنها مفترضة⁽²⁾.

فاقتراض خطأ متولي الرقابة يؤدي حتماً إلى افتراض علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الفعل الضار؛ لأن إزام الضحية بإثبات علاقة السببية معناه إزامها بإثبات الخطأ الذي ينسب إلى متولي الرقابة، وهذا ما يتناقض مع كون مسؤولية متولي الرقابة مبنية على أساس خطأ مفترض⁽³⁾.

والافتراض القانوني بأن متولي الرقابة قد قصر في رقابته، يكون بمعيار الرجل العادي، أي انحراف عن مسلك الرجل المعتاد إذا وجد في نفس الظروف التي يوجد فيها متولي الرقابة⁽⁴⁾، وقرينة الخطأ في الرقابة هذه لا يحتج بها إلا المضرور في علاقته بمتولي الرقابة، فلا يجوز التمسك بها في مواجهة الخاضع للرقابة، بل يتعين إثبات الخطأ من جانبه⁽⁵⁾.

(1) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص123.

(2) - د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص185.

(3) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص125.

(4) - د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص304.

(5) - هذا ما قضى به المجلس الأعلى في 1969/02/25، أشار إليه د/العربي بلحاج، المرجع السابق،

المطلب الثاني: وسائل نفي مسؤولية متولي الرقابة

لقد أقام المشرع مسؤولية متولي الرقابة على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، وهو تفصيله في واجب الرقابة⁽¹⁾، إلا أن هذا الخطأ هو قابل لإثبات عكسه، عن طريق تمكين القانون المكلف بالرقابة من وسيلتين لنفي المسؤولية عنه: الأولى هي إثبات واجب الرقابة (الفرع الأول)، والثانية هي إثبات أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية (الفرع الثاني)، وبقي لنا أن نشير إلى أنه كان بإمكان متولي الرقابة عند قيام مسؤوليته أن يرجع على الخاضع للرقابة في حالة مسؤولية هذا الأخير، لكنه قد ألغى بموجب تعديل 2005 (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إثبات القيام بواجب الرقابة

تنص المادة 2/134 من القانون المدني على ما يلي: "ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

وعليه يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، الذي يعتبر التزاماً ببذل عناية، فيكون من الواجب على متولي الرقابة أن يثبت أنه قام بما عليه من جهد في رقابة الخاضع للرقابة.

وإثبات هذا الواجب يكون عن طريق نفي الخطأ المفترض الذي يعتبر قرينة

ص305.

(1) - فهي مسؤولية مفترضة وذاتية، أي أن العبرة تكون بخطأ متولي الرقابة وليس بخطأ الفاعل، كما تكون العبرة أيضاً بعلاقة السببية بين خطأ متولي الرقابة والضرر الذي لحق الضحية، وأحكام المادة 134 من ق م تعفي الضحية من إثبات الأمرين، فجعلت عبء الإثبات على من أنكر وليس من ادعى قيام المسؤولية، وهنا تكمن حماية الضحية على حساب المسؤول، كون إثبات خطأ هذا الأخير وعلاقة السببية أمرين عسيرين، خاصة وأن المتسبب في الضرر شخص آخر غير الشخص المسؤول مدنياً من جهة، وقد يكون غير مميز من جهة أخرى، راجع: د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص123.

بسيطة قابلة لإثبات العكس كأن يثبت قيامه بهذا الواجب بما يكفي من العناية، وأنه اتخذ كل الاحتياطات اللازمة والمعقولة لمنح الخاضع للرقابة من الإضرار بالغير.

ويقوم القاضي بتقدير كل الظروف المحيطة التي حصل فيها الضرر، ومدى نجاعة التدابير المتخذة من طرف المكلف بالرقابة من أجل منع وقوع هذا الضرر، وعلى وجه الخصوص سن الخاضع للرقابة، والظروف الزمانية والمكانية، والبيئية، وخطورة النشاط أو الألعاب إذا وقع الضرر أثناء ممارسة نشاطات رياضية مثلاً⁽¹⁾، ويتحدد مضمون الالتزام بالرقابة الذي ترتفع المسؤولية بموجبه بإثبات القيام به وفقاً للقاعدة العامة ببذل عناية الرجل العادي في الملاحظة والرقابة⁽²⁾.

الفرع الثاني: نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر

نصت المادة 2/134 ق. م: "ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية. . . أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

فبناءً على هذه الفقرة إذا لم يستطع متولي الرقابة نفي الخطأ المفترض، أجاز له القانون أن ينفي علاقة السببية المفترضة بين هذا الخطأ والضرر، ويكفي في ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أي علاقة بالخطأ المفترض في جانبه، فوقوعه بالنسبة إلى متولي الرقابة لا بالنسبة إلى الخاضع للرقابة كان بسبب أجنبي، أي يقوم بإثبات استحالة دفع الضرر الصادر من الخاضع للرقابة، ولو قام بكل الاحتياطات المعقولة لمنعه، ويكون ذلك نتيجة لسبب أجنبي ككادح مفاجئ أو قوة قاهرة لا قبل له بردها، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير⁽³⁾.

(1) - د/علي فيلالي، المرجع السابق ص126.

(2) - د/العربي بلحاج، المرجع السابق، ص305.

(3) - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1139.

فقد يدفع المكلف بالرقابة بالحادثة المفاجئ مثلاً، وذلك بأن يكون الحادث غير متوقع وحدث فجأة، فلم يستطع منعه ولو قام بواجب الرقابة كما يجب عليه، وبناءً عليه انقطعت علاقة السببية إذا أثبت أن الضرر كان لا بد من وقوعه ولو قام بواجبه.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي في أي حالة من الحالات المذكورة هو من يتولى تقدير ظروف وملابسات توافرها، وتقدير ما إذا كان الظرف المفاجئ أمراً غير متوقع يترتب عنه نفي المسؤولية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: إلغاء حق رجوع متولي الرقابة

نصت المادة 137 قبل تعديلها بموجب القانون 10/05: "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر".

فهذا النص كان يقضي بإمكانية رجوع كل من متولي الرقابة والمتبوع على الخاضعين للرقابة والتابعين على التوالي، في الحدود التي تقوم فيها مسؤولية هؤلاء.

فبخصوص متولي الرقابة، عندما يكون الخاضع للرقابة عديم التمييز فإن متولي الرقابة لا يمكنه الرجوع عليه؛ لأن هذا الأخير لا تقوم في جانبه المسؤولية عن أعماله⁽²⁾. أما عندما يكون مميزاً فتقوم مسؤوليته عندما يصدر عنه خطأ، وتقوم إلى جانبها مسؤولية متولي الرقابة عليه، وهنا أجازت المادة 137 سالف الذكر لهذا الأخير أن يرجع على الخاضع للرقابة بما دفعه للمضروب⁽³⁾.

ولا يجوز للخاضع للرقابة المميز أن يمتنع عن رد ما دفعه عنه متولي الرقابة، وذلك لسببين: الأول هو أنه مميز، فينسب إليه الخطأ ويحمل نتيجته، والثاني أن

(1) - د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص119.

(2) - د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص1142.

(3) - د/محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص170.

مسؤولية متولي الرقابة تقررت لمصلحة الغير وليس لمصلحة الخاضع للرقابة، وبالتالي لا يصح أن يتمسك بوجوب إلزام متولي الرقابة بتعويض الضرر⁽¹⁾.

أما بعد تعديل 2005 فقد ألغى المشرع حق رجوع متولي الرقابة على الخاضع للرقابة، حتى ولو قامت مسؤولية هذا الأخير في حالة ما إذا كان مميزاً، وهذا إنما يدل على أن المشرع الجزائري يؤكد أن مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية مستقلة تماماً عن مسؤولية الخاضع للرقابة، فلا علاقة بين خطأ متولي الرقابة وخطأ الخاضع للرقابة⁽²⁾.

الختام:

إن القاعدة العامة المتمثلة في المسؤولية عن الفعل الشخصي غير كافية، لقصورها عن استيعاب تعويض جميع الأضرار؛ لذلك أضاف المشرع عدة مسؤوليات خاصة، فنجد من أهمها مسؤولية متولي الرقابة.

هذه الأخيرة تتميز بشروط وأحكام جعلها المشرع أكثر حماية للمضروب، فقد أعفاه من إثبات خطأ متولي الرقابة، وعلاقة السببية بين خطأ هذا الأخير والضرر الذي أصاب المضروب، فافترض هذا الخطأ افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، وفي مقابل هذه الحماية منح متولي الرقابة إمكانية دفع المسؤولية عن طريق إثبات أنه لم يخطئ، أي لم يقصر في واجب الرقابة، أو بقطع علاقة السببية بين خطئه والضرر.

وقد أبقى المشرع بموجب تعديل 2005 على المبدأ العام: "كل من تولى رقابة شخص في حاجة إلى رقابة..."، الذي يطبق على كل الحالات، وألغى التطبيقات الواردة في المادة 135؛ لكونها تزيد لا مسوغ له، فهي لا تعدو أن تكون مجرد صور لمسؤولية متولي الرقابة.

كما أنه ألغى حق الرجوع الذي كان مقرراً لمتولي الرقابة على الخاضع للرقابة،

(1) - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 187.

(2) - راجع: د/علي فيلاي، المرجع السابق، ص 114.

وذلك تأكيدا من المشرع أن مسؤولية متولي الرقابة مستقلة تماما عن مسؤولية الخاضع للرقابة المميز، وأساسها انخراط المفترض، وهو الإخلال بواجب الرقابة.

وفي الأخير نرى بأن الغرض من هذه التعديلات إنما هو لتوضيح مختلف النصوص المتعلقة بالمسؤولية عموما ومسؤولية متولي الرقابة خصوصا، وتحقيق الانسجام بينها.

قائمة المراجع:

- د/العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 02 الواقعة القانونية، د. م. ج، 2001.
- د/خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، د. م. ج، ط 02، الجزائر.
- د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، ج 2، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، دار الكتاب الحديث، 1988.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 01، المجلد 02، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- د/ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، د. م. ج، ط 3، الجزائر، 1994.
- د/ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، ط 2، الرغبة، الجزائر، 2007.
- د/محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، د. م. ج، الجزائر، 1986.
- د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، دار الهدى، 2011.

اختصاص السلطة التشريعية في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة في الدول المغربية، دراسة تحليلية مقارنة

بقلم: مرسلي عبد الحق*

ملخص:

تتمحور هذه الدراسة التحليلية المقارنة حول اختصاصات السلطة التشريعية في مجال حقوق الإنسان في دساتير الدول المغربية، من حيث دورها في التشريع في كل المسائل ذات الصلة بالحقوق والحريات، سواء تعلق الأمر من جهة بالتشريع عن طريق القوانين الداخلية وهنا ثور مسألة مزاحمة السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية في هذا المجال، لاسيما عند ممارسة سلطتها التنظيمية، أو من جهة أخرى كان التشريع عن طريق التصديق على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، التي كغيرها من المعاهدات الدولية تسمو على القوانين الوطنية حسب مبادئ القانون الدولي العام وما نصت عليه كل الدساتير المغربية، بحيث نجد أن هذه النصوص الملزمة قد تفلت من رقابة وموافقة البرلمان عليها في الدول المغربية.

Résumé:

La présente étude examine les compétences du pouvoir législatif dans le domaine des droits de l'homme dans les constitutions des Etats Maghrébins, en ce qui concerne son rôle dans la législation relative aux matières des droits de l'homme et des libertés publiques. D'une part sur le plan de droit interne où on évoque la question de la concurrence voire le conflit entre le pouvoir législatif et exécutif notamment lorsque ce dernier fait recours à son pouvoir réglementaire. De l'autre part, sur le plan de droit international à travers la ratification des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme qui prime sur le droit national conformément au principe du droit international public ainsi que toutes les constitutions maghrébines ; un tel instrument peut s'évader au contrôle et aval du parlement des Etats Maghrébin.

* أستاذ محاضر بمعهد الحقوق، المركز الجامعي تمناست.

Abstract:

This paper treats the parliament powers in the field of human rights in Maghreb States constitutions, relating to their role in law making about public freedoms and human rights. On one hand, in terms of internal law, there is a conflict between legislative and executive powers, notably when this last practices its exceptional legislative power. On the other hand, in terms of international law through the ratification of international treaties on human rights which over the internal law according to public international law and constitutions principles of Maghreb States. Such rules can avoid the parliaments control in the Maghreb constitutions.

مقدمة:

تعتبر السلطة التشريعية في مختلف النظم السياسية المكلفة باعتماد القوانين وسنها سواء كانت مقترحة من طرفها أو مقدمة من قبل السلطة التنفيذية، وتنقسم السلطة التشريعية في أغلب الدساتير العالمية إلى سلطة تشريعية أصلية تمثل أساسا في البرلمان وسلطة تشريعية استثنائية تقوم ببعض مهام التشريع بصفة ثانوية وهي السلطة التنفيذية. وباعتبار أن مجالات التشريع تختلف بحسب أهميتها في النظام السياسي ومدى ارتباطها بالمصالح العليا للدولة والمبادئ العامة للمجتمع نجد من بين أبرز المواضيع ذات الصلة بمجال الاختصاص التشريعي المواد المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات العامة.

وتعد حقوق الانسان والحريات العامة من بين المسائل التي أدرجتها الدساتير المغاربية في نطاق اختصاص السلطة التشريعية بحيث أدرجت جميعها الحقوق والحريات من بين مجالات التشريع الموكلة للبرلمان، إلا أنها تختلف من حيث حدود مهام السلطة التشريعية الاصلية فيما يتعلق بالاختصاص التشريعي في الموافقة على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الانسان، فمنها ما ينص على وجوب عرضه على البرلمان ومنها ما تمنح لرئيس الدولة فقط الحق في المصادقة عليها. وتندرج حقوق الانسان والحريات العامة، كونها من بين أهم معايير دولة

القانون وديمقراطية الحكم ومدنية النظام، في إطار المواضيع ذات الأهمية البالغة التي تختص بها السلطة التشريعية في أغلب الدساتير المغاربية من حيث التنظيم، إلا أن الغالب أن هناك صراع قديم حديث من حيث الصلاحيات والاختصاصات بين السلطة التشريعية من جهة والسلطة التنفيذية من جهة أخرى، ونظرا لأهمية موضوع حقوق الانسان والحريات العامة فقد يثور تنازع ايجابي بين هذه السلطتين حول من الأحق بالاختصاص التشريعي في هذا المجال، خاصة وأن حقوق الانسان والحريات العامة في أغلب صورته هو صراع بين السلطة والمواطن⁽¹⁾، وفي هذا السياق تطرح إشكالية الدراسة كما يلي: ما هي حدود اختصاصات السلطة التشريعية في مجال حقوق الانسان في تشريعات الدول المغاربية؟

المحور الأول: دور السلطة التشريعية في الدول المغاربية في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة

المقصود بالدول المغاربية مجموع الدول المشكّلة لاتحاد دول المغرب العربي الكبير وبالتالي هي الجزائر والمغرب وتونس وليبيا وموريتانيا، والواقع أن بعض الدول المغاربية قد عاشت في السنوات الأخيرة تحولات سياسية وقانونية واجتماعية جذرية وكبيرة إلى درجة اعتبارها ثورة من طرف روادها، الأمر الذي أدى إلى التفكير والنظر في عدة مسائل ذات صلة بالوعي الحقوقي والسياسي لدى شعوب المنطقة، لذا سوف ندرس في هذا البحث المسائل المتعلقة بالسلطة التشريعية وحقوق الانسان بالنظر إلى دستور كل دولة باعتبار أن القانون الأساسي هو الذي يحدد تشكيل وصلاحيات كل السلطات السياسية في الدول.

(1) - Patrick Wachsmann, Libertés Publiques, 2édition, DALLOZ , Paris, 1998, p11.

1- التكريس المتفاوت على حقوق الإنسان وحرياته في الدساتير والتشريعات

المغربية:

بالنسبة للمملكة المغربية فنظامها السياسي يقوم على الملكية الدستورية، بحيث اعتنى دستورها الصادر بتاريخ 29 يوليو 2011 أكثر من غيرها من الدساتير المغربية بموضوع حقوق الإنسان⁽¹⁾، فنص في التصدير على التزام المملكة المغربية بحماية منظومتي حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والنهوض بهما، والإسهام في تطويرهما، مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق، وعدم قابليتها للتجزئة وحظر ومكافحة كل أشكال التمييز بسبب الجنس أو اللون أو المعتقد أو الثقافة أو الانتماء الاجتماعي أو الجهوي أو اللغة أو الإعاقة أو أي وضع شخصي مهما كان⁽²⁾.

ونص الدستور المغربي على تكريس مجموعة من الحريات الأساسية والحقوق التي تندرج في إطار حقوق الإنسان بحيث ورد ذلك في أكثر من واحد وعشرون فصل، ومنها حق المساواة بين الرجال والنساء والتي شكّل لها الدستور "هيئة المناصفة" لتسهر على تطبيق واحترام المساواة بين الجنسين⁽³⁾، وكذلك اعترف الدستور المغربي للجميع بالحق في سلامة شخصه وأقربائه وممتلكاته، وفي قرينة البراءة والحق في المحاكمة العادلة، والحق في حماية الحياة الخاصة، وحرية الفكر والرأي والتعبير، وحرية الصحافة، وحريات الاجتماع والتجمع والتظاهر السلمي، وتأسيس الجمعيات، والانتماء النقابي والسياسي مضمونة⁽⁴⁾.

ومن جهة أخرى كرس القانون الأساسي المغربي "الحقوق المبرجة" من حقوق الإنسان التي لا تلتزم الدولة باحترامها فعليا وفوريا إلاّ بقدر تمتعها

(1) - دستور المملكة المغربية الصادر في تاريخ 29 يوليو 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر لتاريخ 29 يوليو 2011، ص 3600.

(2) - الدستور المغربي، التصدير الفقرة 4.

(3) - بموجب الفصل 164 من الدستور المغربي.

(4) - انظر الفصول من 19 إلى 32 من الدستور المغربي.

بالإمكانات الضرورية لذلك⁽¹⁾، لذا نصت الوثيقة المغربية على أن التزام الدولة ببذل كل مجهوداتها وامكانياتها من أجل تمتع كل المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، بهذه الحقوق منها الحق في العناية الصحية والعلاج والحق في التعليم العصري والتكوين المهني والسكن والشغل والولوج للوظائف العامة بحسب الاستحقاق، والحق في الماء والبيئة السليمة، ولعل هذا الحق الأخير "الحق في البيئة" هو من بين ما يميز الدستور المغربي عن بقية الدساتير المغاربية التي لم تنص عليه من بين حقوق الإنسان.

زيادة على ذلك اهتم الدستور المغربي بحقوق الانسان المتعلقة بفئات معينة من المجتمع عندما نص على أن: "تقوم السلطات العمومية بوضع وتنفيذ سياسات موجهة إلى الأشخاص والفئات من ذوي الاحتياجات الخاصة. ولهذا الغرض، تسهر خصوصاً على ما يلي: - معالجة الأوضاع الهشة لفئات من النساء والأمهات، وللأطفال والأشخاص المسنين والوقاية منها؛ - إعادة تأهيل الأشخاص الذين يعانون من إعاقة جسدية، أو حسية حركية، أو عقلية، وإدماجهم في الحياة الاجتماعية والمدنية، وتيسير تمتعهم بالحقوق والحريات المعترف بها للجميع. ومن جهة أخرى عني الدستور المغربي بفئة الشباب بحيث ورد فيه: "على السلطات العمومية اتخاذ التدابير الملائمة لتحقيق ما يلي: - توسيع وتعميم مشاركة الشباب في التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية للبلاد؛ - مساعدة الشباب على الاندماج في الحياة النشيطة والجمعية، وتقديم المساعدة لأولئك الذين تعترضهم صعوبة في التكيف المدرسي أو الاجتماعي أو المهني؛ - تيسير ولوج الشباب للثقافة والعلم والتكنولوجيا، والفن والرياضة والأنشطة الترفيهية، مع توفير الظروف المواتية لتفتق طاقاتهم الخلاقة والإبداعية في كل هذه المجالات.

(1) - Emmanuel Decaux, la promotion à la protection des droits de l'homme, droit déclaratoire et droit programmatore - in- La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Société Française pour le Droit International, EDITION A. PEDONE, Paris, p 81.

أما اختصاص السلطة التشريعية في المملكة المغربية فإنها تتحدد بموجب الدستور بحيث تدخل في الاختصاص الأصلي للبرلمان المغربي وفي هذا الإطار ورد في الدستور المغربي أنه: " يختص القانون، بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية: الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من هذا الدستور..."⁽¹⁾.

وفيما يخص الجمهورية الإسلامية الموريتانية فقد كرس دستورها الصادر بموجب أمر قانوني رقم 91-022 لسنة 1991 العديد من الحقوق والحريات أكدها في البداية في الديباجة عندما اعترف بضمنان الشعب الموريتاني لعدة حقوق منها حقوق الإنسان والحريات العامة والحق في المساواة. كما ورد في المادة 10 من الدستور الاعتراف بمجموعة من الحقوق والحريات العامة منها الحق في حرية التنقل وحرية الفكر وحرية التعبير والاجتماع والتجارة والصناعة والإبداع وحرية إنشاء الجمعيات والأحزاب، كما اعترفت المادة 14 من الدستور بالحق في الاضراب والملكية والإرث وغيرها من الحقوق.

وفيما يتعلق بالدستور التونسي فبالنسبة للدستور الذي تم إلغاءه عقب أحداث 2011 والصادر في 01 جوان 1959 المعدل والمتمم⁽²⁾، فقد كرس احترام حقوق الإنسان عندما نصت ديباجته على أن النظام الجمهوري التونسي خير كفيل لحقوق الإنسان وإقرار المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات ونص في الفصل الخامس على التزام الجمهورية التونسية بالحريات الأساسية وحقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها، والملاحظ أن الدستور التونسي على خلاف بقية الدساتير المغاربية تطرق إلى حقوق الإنسان بخصائصها المختلفة من العالمية والترابط والشمولية والتنوعية. كما ورد في الدستور التونسي على أن الجمهورية التونسية

(1) - انظر الفصل 71 من الدستور المغربي.

(2) - الدستور التونسي الملغى الصادر في 01 جوان 1959، الرائد الرسمي 01 جوان 1959، العدد

تعد ضامن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام. ثم كرّس الفصل الثامن الحق في حرية الفكر والتعبير والصحافة والنشر والاجتماع والجمعيات والأحزاب السياسية والحق النقابي والحق في حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية وحرية التنقل، إلا أنه أغفل هذا الدستور التنصيص على الحق في العمل والضمان الاجتماعي والحق في التعليم⁽¹⁾.

وقد صدر الدستور التونسي الجديد في 26 جانفي 2014 الذي ألغى الدستور السابق⁽²⁾، وأعطى أهمية كبيرة لحقوق الإنسان في ديباجته التي نصت على ضماناتها كعلوية القانون واستقلالية القضاء والمساواة بين المواطنين، كما أكدت ولو بشكل غير مباشر الأهمية البالغة لبعض الحقوق كالحق في تقرير المصير والحق في البيئة السليمة والتضامن والسلم، أما متن الدستور التونسي الجديد فقد تضمن الباب الثاني منه الحقوق والحريات ابتداء من الفصل 21 إلى غاية الفصل 49 بحيث نص على بعض الحقوق التي انفرد بها وإن كان ذلك راجع إلى كونه أكثره حداثة زمنيا كالحق في البيئة، حقوق المعوقين، حقوق الطفولة، الحق في الماء، الحق في الرياضة، الحق في الثقافة، والحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي⁽³⁾.

أما الجزائر فقد كرس دستورها احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية من خلال الفصل الرابع في حوالي ثلاثين مادة اعترف فيها بالعديد من الحقوق والحريات منها الحق في المساواة وحقوق المرأة والحق في حرمة الإنسان وحرية الرأي والمعتقد وحق ممارسة التجارة والصناعة والحق في الابتكار والابداع والحق في

(1) - يحيواوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والداخلي، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2008، ص43.

(2) - الدستور التونسي الجديد الصادر في 26-01-2014، الصادر 12-02-2014، العدد 2296.

(3) - هذا يضاف إلى الحقوق الواردة في أغلب الدساتير المغاربية كالحق في الحياة، السلامة الجسدية، الصحة... الخ

الحياة وحرمة المسكن وحرية التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع وحق إنشاء الأحزاب السياسية والحق في حرية الإقامة والتنقل وغيرها من الحقوق والحريات.

2- اختصاص التشريع في مجال حقوق الانسان في الدساتير المغاربية:

على صعيد آخر، عندما نعالج مسألة اختصاص السلطة التشريعية بمجال حقوق الانسان والحريات الأساسية، نجد أن كل الدساتير المغاربية منحها صلاحية تنظيم هذا المجال لكن ليس على إطلاقها، فنجد أن الدستور المغربي ينص على اختصاص البرلمان بوضع قوانين للتشريع في ميدان الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير وفي فصول أخرى من الدستور⁽¹⁾.

وفي نفس السياق ورد في الدستور الموريتاني على أن البرلمان الذي يتشكل من غرفتين الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ يختص بالتشريع بموجب قانون في مجال حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية لاسيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية والتبعات التي يفرضها الدفاع على المواطنين في أنفسهم وأموالهم⁽²⁾.

أما في تونس في ظل الدستور القديم الملقى حيث يمارس مجلس النواب ومجلس المستشارين السلطة التشريعية فجاء في دستورهما نوع من الإبهام والغموض في اختصاص السلطة التشريعية بوضع القوانين المتعلقة بحقوق الانسان والحريات الأساسية، بحيث نص على أن تتخذ شكل قوانين النصوص المتعلقة بالأساليب العامة لتطبيق الدستور ما عدا ما يتعلق منها بالقوانين الأساسية وبالجنسية والحالة الشخصية والالتزامات، وبالتالي يعتبر الدستور التونسي استثناء على بقية الدساتير المغاربية التي نصت في أول فقرة لها باختصاص البرلمان بوضع قوانين تخص حقوق وحريات

(1) - بموجب المادة 71 من الدستور المغربي.

(2) - بحسب المادة 57 من الدستور الموريتاني، الأمر القانوني رقم 91-022 المؤرخ في 12 يوليو 1991.

الأشخاص⁽¹⁾.

لكن الدستور التونسي الجديد الذي تخلى عن الغرفة الثانية وأبقى على غرفة واحدة لمجلس نواب الشعب، وفتح مسألة اختصاص السلطة التشريعية في مجال حقوق الإنسان بحيث نص صراحة على أن تتخذ شكل قوانين أساسية المسائل المتعلقة بالحريات وحقوق الإنسان، والمقصود بالقوانين الأساسية تلك القوانين التي تتطلب موافقة الأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس نواب الشعب⁽²⁾.

أما الدستور الجزائري فقد نص على اختصاص السلطة التشريعية بوضع قوانين في مجال الحريات العامة وحقوق الإنسان بحيث نص بصراحة: " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات الأتية: - حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين..."⁽³⁾، والملاحظ على أن القانون الأساسي الجزائري في بعض الأحيان يصطاح على حقوق الإنسان بحقوق المواطنين وفي أحيانا أخرى بحقوق الأشخاص وفي كل الحالات يجمع الحقوق بالواجبات.

وفي نفس الإطار منح المشرع الدستوري الجزائري لحقوق الإنسان والحريات الأساسية مكانة خاصة، بحيث منع تعديل الدستور في حالة ما إذا كان يمس بالحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن إلى جانب مبادئ الدولة كالنظام الجمهوري والإسلام واللغة العربية والنظام الديمقراطي التعددي وسلامة التراب الوطني⁽⁴⁾.

(1) - في الفصل 34 من الدستور التونسي.

(2) - انظر الفصل 65، الفقرة 17 من الدستور التونسي الجديد لسنة 2014.

(3) - حسب المادة 122 من الدستور الجزائري، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

(4) - حسب المادة 178 من الدستور الجزائري.

المحور الثاني: التشريع في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة بين اختصاص السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في الدول المغاربية

الملاحظ على اختصاص السلطة التشريعية في الدول المغاربية أنها تنحصر في بعض الحالات لصالح السلطة التنفيذية ويبدو ذلك من خلال مسألتين جوهريتين الأولى: الاختصاص الواسع للسلطة التنفيذية في مجال وضع الاتفاقيات الدولية التي تسموا على القوانين، بما في ذلك تلك المتعلقة باحترام حقوق الانسان، والثانية: المجال غير المحدود للسلطة التنظيمية أو الترتيبية للسلطة التنفيذية في مقابل تحديد مجالات التشريع بالنسبة للبرلمان، ومما لا شك فيه أن تجاوز السلطة التنفيذية لصلاحيات السلطة التشريعية يعد بشكل أو بآخر مساساً وتهديداً لحقوق الانسان وضماناتها⁽¹⁾.

1- الاختصاص الواسع للسلطة التنفيذية في مجال وضع الاتفاقيات الدولية التي تسمو على القوانين:

في ما يخص الجمهورية التونسية فقد نص دستورها السابق الملغى في باب الأحكام المتعلقة بالاتفاقيات الدولية، بشكل يختلف على ما تم التنصيص عليه في الدستور المغربي وغيره من الدساتير المغاربية، بحيث نص على أن رئيس الجمهورية يملك صلاحية المصادقة على الاتفاقيات الدولية أو المعاهدات الدولية بصفة عامة إلا أنه استثنى منها بعض المجالات التي قد تتعلق بها الاتفاقية الدولية بإجراءات خاصة ويتعلق الأمر ب: - حدود الدولة، - المعاهدات التجارية، - المعاهدات الخاصة بالتنظيم الدولي، - المعاهدات المتعلقة بالتعهدات المالية للدولة، - المعاهدات المتضمنة لأحكام ذات صبغة تشريعية، - المعاهدات المتعلقة بحالة الأشخاص⁽²⁾.

وإذا تعلق الأمر بموضوع من هذه المواضيع - وفقاً للدستور التونسي السابق - يشترط أساساً الموافقة عليها من قبل مجلس النواب، كما يشترط كذلك لتطبيقها

(1) - سعدي محمد الخطيب، الدولة القانونية وحقوق الانسان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012، ص48.

(2) - حسب الفصل 32 من الدستور التونسي الملغى.

تطبيق "مبدأ المعاملة بالمثل"، وبالتالي فإن مجال الحريات العامة وحقوق الإنسان لا يندرج بصورة واضحة في إطار هذه المواضيع إلا إذا دخل في إطار المعاهدات المتعلقة بحالة الأشخاص التي قد تعد قاسماً مشتركاً بين موضوع الحالة المدنية أو الشخصية من جهة وحقوق الإنسان من جهة أخرى، مثلها هو الحال بالنسبة للحق في الجنسية أو الأهلية أو الشخصية القانونية أو حقوق الأجنبي، ولقد احتفظ الدستور التونسي الجديد بهذا النص إلا أنه وسع من اختصاصات مجلس نواب الشعب في موضوع الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان بحيث اعتبر تنظيم المصادقة على المعاهدات الدولية من طرف رئيس الجمهورية يصدر بموجب قانون عادي أما الموافقة على المعاهدات فتكون بمقتضى قانون أساسي، وبالتالي تكون الاتفاقيات الدولية تحت رقابة السلطة التشريعية⁽¹⁾. وفي هذا الإطار تسموا الاتفاقيات الدولية على القانون العادي في حين يعلو عليها الدستور كما هو مستوحى من الدستور الفرنسي لسنة 1958 شأن أغلب الدساتير المغاربية وعلى عكس الدستور المصري الذي اعتبر المعاهدات الدولية لها نفس قوة القانون⁽²⁾.

أما بالنسبة للجمهورية الموريتانية فقد نحت منحى شبيه بالجمهورية التونسية، بحيث ورد في الباب الخامس من القانون الأساسي الموريتاني التخصيص على المعاهدات الدولية ونصت فيها على أن المعاهدات التي يكون موضوعها ذو صلة ب: - السلم والاتحاد، - معاهدات التجارة، - معاهدات واتفاقيات التنظيم الدولي، - المعاهدات التي تلزم مالية الدولة، - المعاهدات التي تنسخ أحكام ذات طابع تشريعي، - المعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، لا يمكن التصديق على هذه المعاهدات

(1) - انظر الفصل 67 والفصل 65 من الدستور التونسي الجديد لسنة 2014.

(2)- Rahim Kherad, Quelques observations sur la place des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions tunisienne et égyptienne, la revue des droits de l'homme «en ligne» 6-2014, mis en ligne le 07-11-2014, consulté le 05-02-2014 URL: <http://revdh.revues.org>, p.06.

من طرف رئيس الجمهورية إلا بعد صدورها بموجب قانون أي مصادقة البرلمان عليها كما هو الحال بالنسبة لكل النصوص القانونية⁽¹⁾.

وإذا تعلق الأمر باتفاقية دولية تتعارض تماماً مع الدستور لا يجوز لرئيس الجمهورية التصديق عليها إلا إذا تم تعديل الدستور ويكون ذلك بناء على طلب مطابقة الاتفاقية للدستور من قبل رئيس الجمهورية أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ثلث النواب أو الشيوخ⁽²⁾.

وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى أن الدستور الموريتاني منح السلطة التشريعية الحق في مراجعة الاتفاقيات الدولية التي قد تتعارض مع الدستور عندما سمح لثلث النواب أو أعضاء مجلس الشيوخ بأن يتقدموا بطلب إلى المجلس الدستوري، هذا الاختصاص الذي لا نجده لدى الدساتير الأخرى كما هو الحال في الجزائر التي تحصر هذا الحق في يد رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني.

ومهما يكن فإن الدستور الموريتاني قد نص كغيره من الدساتير المغاربية على أن الاتفاقيات الدولية التي تمت المصادقة عليها وفقاً للأشكال السابقة تحوز سلطة أسمى من تلك التي تحوزها القوانين، لكن اشترطت من جهة أخرى لذلك تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل⁽³⁾، والجدير بالتنبيه في هذا الإطار أنه من المعروف والمستقر في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة أن مبدأ الموضوعية يطبق بدل مبدأ المعاملة بالمثل⁽⁴⁾، بحيث لا يجوز لأي دولة أن تستند إلى هذا المبدأ للتحلل من التزاماتها

(1) - حسب المادة 78 من الدستور الموريتاني.

(2) - انظر المادة 79 من الدستور الموريتاني.

(3) - بموجب المادة 80 من الدستور الموريتاني.

(4) - Jean François Flauss, La protection des droits de l'homme et les sources du droit international- in- La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, =

المتعلقة بحقوق الإنسان، حتى لو أن الدولة الطرف في الاتفاقية الدولية خرقت التزاماتها الدولية في مواجهة الدولة فلا يحق لها أن تتحجج بذلك لتنتهك التزاماتها المتعلقة بحقوق الإنسان، لذا فالطابع الموضوعي لقواعد حقوق الإنسان جدير بأن يستثنى من هذا النص الدستوري.

وفيما يتعلق بالجمهورية الجزائرية فنص دستورها على التمييز كغيرها من دساتير الدول المغاربية الأخرى بين المعاهدات الدولية بحسب مواضيعها ونصت على أن الاتفاقيات الدولية التي يكون موضوعها إحدى المسائل التالية:- الهدنة،- السلم،- التحالف،- الاتحاد،- حدود الدولة،- قانون الأشخاص،- المعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة،⁽¹⁾ ويبقى المقصود بقانون الأشخاص غامض نوعاً ما، بحيث لا ندرى هل يقصد به مواضيع كالجنسية والأهلية والحالة المدنية أم يتسع ليشمل كذلك حقوق الإنسان، فلا بد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة.

لكن المؤسس الدستوري الجزائري لم يحدد هنا الأغلبية المطلوبة للموافقة على هذا النوع من الاتفاقيات ولا المقصود بمصطلح " صراحة " هل يقصد به أنها تصدر وفقاً لإجراءات إصدار القانون أم ماذا؟ ولقد انفرد المؤسس الدستوري الجزائري بهذه العبارة على خلاف الدساتير المغاربية الأخرى دون توضيح مدلولها، أما بقية الاتفاقيات الدولية فيوقع عليها رئيس الجمهورية دون الالتزام بأخذ رأي البرلمان، والجدير بالذكر أن دستور الجزائر لسنة 1976 كان يشترط موافقة المجلس الشعبي الوطني على المعاهدات الدولية قبل مصادقة رئيس الجمهورية عليها لكن تم إلغاء هذا التنصيص في الدساتير اللاحقة،⁽²⁾ بحيث تنص المادة 158 من دستور 1976 على

Société Française pour le Droit International, EDITION A. PEDONE, Paris, p 24.

(1) - بموجب المادة 131 من الدستور الجزائري.

(2) - صالح بلحاج، السلطة التشريعية ومكانتها في النظام السياسي الجزائري، الطبعة الثانية، مخبر =

أن تم مصادقة رئيس الجمهورية على المعاهدات السياسية والمعاهدات التي تعدل محتوى القانون بعد الموافقة الصريحة عليها من المجلس الشعبي الوطني.⁽¹⁾ والجدير بالذكر أن ذلك يرجع في الجزائر إلى دولة الأمير عبد القادر الذي منح السلطة التشريعية في دولته ممثلة في "المجلس الاستشاري" الكثير من الصلاحيات منها المصادقة على المعاهدات كمعاهدة الهدنة المسماة بمعاهدة "التافنة" مع فرنسا الاستعمارية⁽²⁾.

ومن جهة أخرى لم يعالج الدستور الجزائري مسألة المعاهدات الدولية على منوال بقية الدساتير المغاربية، بحيث وافقهم في التنصيص على سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي إلا أنه لم ينص على مبدأ المعاملة بالمثل التي نصت عليها أغلب الدساتير المغاربية الأخرى، فجاء النص كما يلي: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون"⁽³⁾.

وفي السياق التاريخي، نجد أن أول دستور جزائري نص في المادة 11 منه على أن: "تمنح الجمهورية موافقتها للإعلان العالمي لحقوق الإنسان كما تمنح اقتناعاً منها بضرورة التعاون الدولي موافقتها لكل منظمة دولية تلي مطامح الشعب الجزائري"، ثم أورد دستور 1976 في المادة 159 منه أن: "المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في الدستور تكتسب قوة القانون"، وفي حالة التعارض نصت المادة 60 على: "إذا حصل تناقض بين أحكام المعاهدة

دراسات وتحليل السياسات العامة في الجزائر، الجزائر، جوان، 2012، ص 61.

(1) - بوكرا إدريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 117.

(2) - أوصديق فوزي، النظام الدستوري الجزائري: دولة الأمير عبد القادر، دراسة تحليلية مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2003، ص 82.

(3) - حسب المادة 132 من الدستور الجزائري.

أو جزء منها والدستور لا يؤذن بالمصادقة عليها إلا بعد تعديل الدستور".
 الملاحظ أن الدستور الجزائري إلى غاية دستور 1976 قد أخذ بمساواة القانون الداخلي مع الاتفاقيات الدولية بما فيها تلك المتعلقة بحقوق الانسان، ولقد عدل دستور 1989 هذا الوضع ونص صراحة في المادة 123 على أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون، ولقد نحا دستور 1996 نفس النحو في المادة 132⁽¹⁾.

أما المملكة المغربية فقد نظم دستورها أحكام الاتفاقيات الدولية ومنح الملك حق توقيع المعاهدات الدولية والمصادقة عليها، وعلى منوال بقية الدساتير المغربية حدد مجموعة من المواضيع تشترط الموافقة عليها بقانون أي المصادقة عليها من طرف البرلمان المغربي وتعلق دائماً بمعاهدات السلم والاتحاد ورسم الحدود والتجارة وتلك التي تترتب عليها تكاليف تلزم ميزانية الدولة أو يستلزم تطبيقها اتخاذ تدابير تشريعية أو تعلق بحقوق وحرريات المواطنين العامة والخاصة.

الملاحظ على الدستور المغربي أنه صرح بأنه يشترط عند المصادقة على اتفاقيات دولية يكون موضوعها حقوق الانسان والحريات الأساسية بأن يوافق البرلمان عليها وأن يصدرها بموجب قانون⁽²⁾، على العكس من الدساتير المغربية الأخرى التي تجاوزت إلى حد بعيد في هذه المسألة مساهمة وتدخّل اختصاص السلطة التشريعية ولحّت فقط لكي يفتح باب التأويل والتفسير الذي في غالب الأحيان تستفيد منه السلطة التنفيذية القوية على حساب السلطة التشريعية، فعبر عنها الدستور التونسي بالمعاهدات "المتعلقة بحالة الأشخاص" وفي الجزائر عبر عنها المشرع الدستوري "المعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص"؟ أما الدستور الموريتاني فلم يذكرها إطلاقاً.

(1) - دغوش نعمان، معاهدات دولية لحقوق الانسان تعلق القانون، دار الهدى، 2008، الجزائر، ص 34.

(2) - Abdelhamid Benkhatab, le parlement marocain: régulation politique et incertitude transitionnelle, REMALD, 2012, p 17.

وزيادة على ذلك يسمح الدستور المغربي للملك بأن يعرض أي اتفاقية دولية تخرج عن نطاق المواضيع السابقة الذكر على البرلمان قبل المصادقة عليها⁽¹⁾، ولا شك أن هذا النص يكتسي أهمية بالغة بحيث يوسع من مجال تدخل السلطة التشريعية في هذا المصدر التشريعي الأساسي في القانون الدولي والملاحظ أن هذا النص يغيب في الدساتير المغاربية الأخرى والجدير بأن يكرس نظراً لأهمية الموضوع من جهة وتمثيلية السلطة التشريعية وضرورة مضاعفة الاستشارة لاسيما عندما يتعلق الأمر بمواضيع خلافية تتعارض فيها الاتفاقيات الدولية مع مبادئ وعقائد وتقاليد المجتمع. وفضلاً عن هذا فسح الدستور المغربي المجال أمام أعضاء البرلمان على غرار سلطة الملك ورئيس الحكومة أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين بأن يحيلوا أي اتفاقية دولية أو التزام دولي يعارض الدستور على المحكمة الدستورية وإذا صرحت المحكمة الدستورية بتعارضه مع الدستور فلا يمكن المصادقة عليه إلا بعد تعديل الدستور، ويشترط فقط في عددهم أن يكون سدس أعضاء المجلس الأول أو ربع المجلس الثاني⁽²⁾. وفي مقابل هذا نجد الدستور الجزائري يمنح حق إخطار المجلس الدستوري فقط لرئيس الجمهورية ولرئيس مجلس الأمة ولرئيس المجلس الشعبي الوطني⁽³⁾، وأما الدستور التونسي السابق فقد منح حق إشعار المجلس الدستوري فقط لرئيس الجمهورية⁽⁴⁾، أما الدستور الجديد فقد منح حق اللجوء إلى المحكمة الدستورية إلى رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو ثلاثين عضواً من أعضاء مجلس نواب الشعب هذا باعتبار المعاهدات تتم الموافقة عليها بموجب قوانين عادية، هذا بالإضافة إلى أنه نص على أنه لرئيس الجمهورية أن يحيل أية

(1)- انظر الفصل 55 / 3 من الدستور المغربي.

(2)- حسب الفصل 4/55 من الدستور المغربي.

(3)- بموجب المادة 166 من الدستور الجزائري.

(4)- بمقتضى الفصل 72 من الدستور التونسي.

معاهدة على المحكمة الدستورية قبل ختم مشروع قانون الموافقة عليها⁽¹⁾.

ومن جانب آخر نص الدستور المغربي على القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية أو المعاهدات في التصدير- أي ما هو معروف بالديباجة- فورد فيه تأكيد والتزام المملكة المغربية بعدة مبادئ منها من جهة حماية منظومتي حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والنهوض بهما والإسهام في تطويرهما مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق وعدم قابليتها للتجزئة، ومن جهة أخرى جعل الاتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة، مع الإشارة إلى أن الدستور المغربي نص صراحة على أن التصدير هو جزء لا يتجزأ من الدستور⁽²⁾.

2- المجال غير المحدود للسلطة التنظيمية أو الترتيبية للسلطة التنفيذية في مقابل تحديد مجالات التشريع بالنسبة للبرلمان:

في ظل الدستور التونسي السابق تطاولت السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية فيما يتعلق بالسلطة الترتيبية أو التنظيمية كما تسمى في بقية الدول المغاربية⁽³⁾، فنجد أن الدستور التونسي لم ينص على إدراج حقوق الإنسان والحريات العامة من بين المواضيع التي تدخل في نطاق القانون والتشريع الذي يدخل في صلاحية البرلمان وبالتالي يرجع إلى نطاق السلطة الترتيبية للسلطة التنفيذية فورد فيه أنه "ترجع إلى السلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون ويمكن تنقيح النصوص المتعلقة بهذه المواد بأمر بناء على رأي المجلس

(1)- انظر الفصل 120 من الدستور التونسي الجديد لسنة 2014.

(2)- تصدير الدستور المغربي / الفقرة ما قبل الأخيرة والأخيرة.

(3)- بموجب الفصل 35 من الدستور التونسي.

الدستوري"⁽¹⁾، وهذا ما يميز الدستور التونسي السابق عن غيره من الدساتير المغاربية، لذا فليس من المنطقي أن تنفرد السلطة التنفيذية بوضع النصوص المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات العامة باعتبارها من اختصاصات السلطة الترتيبية لكون هذه الحقوق غالباً هي المادة الأولية لصراع المواطن مع السلطة التنفيذية بمختلف هياكلها.

بينما في إطار الدستور التونسي الجديد بقيت مواضع الحريات وحقوق الإنسان من صميم اختصاص مجلس نواب الشعب بل أكثر من ذلك زاد من أهميتها عندما وضعها في اعتبارها من القوانين الأساسية. وفي نفس السياق فبعد أن كان في ظل الدستور القديم يحق لرئيس الجمهورية في تونس أن يدفع بعدم قبول أي مشروع قانون أو أي تعديل يتضمن تدخلاً في مجال السلطة الترتيبية العامة ويقوم في ذلك رئيس الجمهورية بعرض المسألة على المجلس الدستوري ليفصل فيها في أجل أقصاه عشرة أيام من تاريخ تبليغها إليه، مما يشكل تهديداً آخر لسلطات واختصاصات السلطة التشريعية لصالح دعم وتقوية صلاحيات السلطة التنفيذية⁽²⁾، منح الدستور التونسي الجديد السلطة الترتيبية إلى رئيس الحكومة ولم يمنح له من الصلاحيات ما كان عليها الدستور القديم⁽³⁾.

وأما ما يتعلق بالسلطة التنظيمية في الدستور الموريتاني فبالرغم من أن المادة السابعة والخمسون منه قد أدرجت المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات العامة في مجال القانون إلا أنها نصت على أن المواد الخارجة عن مجال القانون من اختصاص السلطة التنظيمية⁽⁴⁾، وأكثر من ذلك فإنه نص على إمكانية تعديل

(1) - وفقاً للفصل 35 من الدستور التونسي.

(2) - حسب الفصل 35 من الدستور التونسي.

(3) - انظر الفصل 94 من الدستور التونسي الجديد لسنة 2014.

(4) - وفقاً للمادة 59 من الدستور الموريتاني.

القوانين بمرسوم عندما يعتبرها المجلس الدستوري ذات طابع تنظيمي، هذه المسألة قد تسمح للسلطة التنفيذية من تجاوز مجال السلطة التشريعية وتعديل نصوص قانونية بما فيها تلك التي تمس بالحريات العامة وحقوق الانسان⁽¹⁾.

ومن جانب آخر منح الدستور الجزائري رئيس الجمهورية مجال السلطة التنظيمية بحيث نص على أنه "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون..."⁽²⁾ والملاحظ على الدستور الجزائري أنه حصر السلطة التنظيمية في يد رئيس الجمهورية في حين أن أغلب الدول تركها للحكومة أو للسلطة التنفيذية بصفة عامة.

وفيما يخص المجال التنظيمي في الدستور المغربي فقد نص على أنه يختص المجال التنظيمي بالمواد التي لا يشملها اختصاص القانون⁽³⁾. ومن جهة أخرى منح الدستور المغربي حق ممارسة السلطة التنظيمية لرئيس الحكومة مع امكانية تفويض بعض سلطاته إلى الوزراء⁽⁴⁾.

الختام:

في خلاصة الدراسة يمكن لنا القول بأن الأنظمة السياسية في الدول المغاربية تشترك في عدة مسائل دستورية أهمها تضيق مجال السلطة التشريعية لصالح السلطة التنفيذية لاسيما في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة، بحيث تنص دساتيرها على احترام قيم حقوق الإنسان وتجعلها من أبرز ما تقوم عليها فلسفة دساتيرها من جهة ومن جهة أخرى لا تفسح المجال أمام السلطة التشريعية وتمثيلتها في هذه

(1)- بحسب المادة 59 من الدستور الموريتاني.

(2)- انظر المادة 125 من الدستور الجزائري.

(3)- بموجب الفصل 72 من الدستور المغربي.

(4)- حسب الفصل 90 من الدستور المغربي.

المسائل. ويظهر تجاوز السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية في مسائل عدة منها أن الاتفاقيات الدولية التي تتعلق بحقوق الإنسان والحريات العامة لا يشترط فيها حسب أغلب الدساتير المغاربية بأن تتم المصادقة عليها من طرف البرلمان قبل التصديق عليها من طرف رئيس الجمهورية ما عدا المملكة المغربية التي فصلت في الأمر بشكل صريح.

ومن جهة أخرى تنحصر اختصاصات السلطة التشريعية في الدول المغاربية في مجالات محددة لتفصح المجال أمام السلطة التنفيذية لممارسة السلطة التنظيمية أو الترتيبية التي قد تتجاوز حدودها، بحيث سمحت بعض الدساتير المغاربية للسلطة التنفيذية بالتدخل في مجال التشريع بقانون والذي يندرج في إطار السلطة التشريعية عن طريق تعديل القوانين إذا لم يعترض المجلس الدستوري في ذلك كما هو الحال بالنسبة للدستور الموريتاني، في حين أن السلطة التشريعية ليس لها مساهمة مباشرة ومعتبرة في مجال التصديق على الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان. هذا بالرغم من أن هذا الموضوع هو الأرض الخصبة التي تتصادم فيه غالباً الخصوصيات الثقافية والإيديولوجية والعقائدية للمجتمع، لذا فمن الأصوب أن تشترط كل الدساتير المغاربية أن توافق وجوباً السلطة التشريعية على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان قبل مصادقة رئيس الدولة عليها.

لذا نرى ضرورة إعادة النظر في الدساتير المغاربية بشكل يسهم فيه ممثلي الشعب في وضع الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وإلغاء شرط المعاملة بالمثل في الاتفاقيات الدولية التي ترتبط بحقوق الإنسان والحريات العامة ذات الطابع الموضوعي والعالمي والفرداني، كما لا بد من فسح المجال أمام أغلبية مقبولة من البرلمان في الدول المغاربية لإخطار المجلس الدستوري في حالة التعارض المفترض بين الاتفاقية الدولية والأحكام الدستورية الذي يتضمن في الغالب المبادئ العامة التي تحكم المجتمع، كما هو عليه الحال بالنسبة لدستور المملكة المغربية والجمهورية

الموريتانية.

وتجدر الإشارة إلى ضرورة توسيع مجال اختصاصات السلطة التشريعية باعتبارها السلطة المكلفة بسن القواعد القانونية الداخلية والدولية لاسيما في مجال الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان؛ لأن موضوع حقوق الإنسان والحريات الأساسية يرتبط ارتباطا وثيقا بعقيدة وثقافة وتقاليد المجتمع، ومن جهة أخرى وعلى غرار الدستور المغربي من الأجدد بالدول المغاربية فتح المجال أمام رئيس الدولة لاستغلال تمثيلية السلطة التشريعية في استشارتها فيما يتعلق بوضع الاتفاقيات الدولية سواء كان موضوعها حقوق الإنسان أو غيرها بل من الضروري موافقة البرلمان عليها قبل التصديق عليها من طرف رئيس الدولة.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

أ- النصوص القانونية:

- الدستور التونسي الملغى الصادر في 01 جوان 1959، الرائد الرسمي، 01 جوان 1959، العدد 746.
- الدستور التونسي الجديد الصادر في 26-01-2014، الصادر 12-02-2014، العدد 2296.
- الدستور الجزائري الصادر في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.
- دستور المملكة المغربية الصادر في تاريخ 29 يوليو 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر لتاريخ 29 يوليو 2011.
- الدستور الموريتاني، الأمر القانوني رقم 91-022 المؤرخ في 12 يوليو 1991.

الكتب:

- أوصديق فوزي، النظام الدستوري الجزائري: دولة الأمير عبد القادر، دراسة تحليلية مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2003.
- بوكرا إدريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق

- والنصوص الرسمية، الجزء 01، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- دغبوش نعمان، معاهدات دولية لحقوق الإنسان تعلق القانون، دار الهدى، 2008، الجزائر.
- سعدي محمد الخطيب، الدولة القانونية وحقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.
- صالح بلحاج، السلطة التشريعية ومكانتها في النظام السياسي الجزائري، الطبعة الثانية، مخبر دراسات وتحليل السياسات العامة في الجزائر، الجزائر، جوان، 2012.
- يحياوي نورة بن علي، حماية حقوق الإنسان في القانون الدولي والداخلي، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2008.

باللغة الفرنسية:

- Abdelhamid Benkhatab, le parlement marocain: régulation politique et incertitude transitionnelle, REMALD, 2012.
- Emmanuel Decaux, la promotion à la protection des droits de l'homme, droit déclaratoire et droit programmatore - in- La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Société Française pour le Droit International, EDITION A. PEDONE, Paris.
- Jean François Flauss, La protection des droits de l'homme et les sources du droit international- in- La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, Société Française pour le Droit International, EDITION A. PEDONE, Paris.
- Patrick Wachsmann, Libertés Publiques, 2édition, DALLOZ, Paris, 1998.
- Rahim Kherad, Quelques observations sur la place des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions tunisienne et égyptienne, la revue des droits de l'homme « en ligne » 6-2014, mis en ligne le 07-11-2014, consulté le 05-02-2014URL : <http://revdh.revue.org>.

الاعتراف الدستوري بالحقوق المستحدثة في الدساتير المغربية (دراسة مقارنة)

بقلم: عوادي فريد*

ملخص:

تمثل الحقوق المستحدثة الجيل الثالث لحقوق الإنسان، تتمثل أساسا في : حق تقرير المصير، الحق في السلم، الحق في التنمية، الحق في بيئة نظيفة سليمة وصحية، اعترفت الدساتير المغربية بهذه الطائفة الجديدة من حقوق الإنسان في مضمون دساتيرها، إلا أن اعترافها جاء بصورة متباينة ومتقاربة في آن واحد، و مرجع هذا التأرجح في الاعتراف يرجع بالدرجة الأولى إلى طبيعة وخصوصية كل دستور، وكذا درجة الاهتمام الذي يوليه كل دستور مغربي لتلك الحقوق مقارنة بنظرائه من الدساتير المغربية.

الكلمات المفتاحية: - الحقوق المستحدثة- الدساتير المغربية - الاعتراف الدستوري- حق تقرير المصير- الحق في السلم- الحق في التنمية- الحق في البيئة.

Résumé:

Les nouveaux droits sont la troisième génération de droits de l'homme, ils se présentant principalement: le droit à l'autodétermination, le droit à la paix, le droit au développement, le droit à un environnement sain, paisible et propre, les constitutions maghrébines ont reconnurent cette nouvelle catégorie dans le contenu de ces textes, mais leur reconnaissance est intervenu de façon différencie et à proximité au même temps, et cela au regard de la divergence de la nature et la spécificité de chaque constitution, et selon les différents degré de l'importance constitutionnel.

Abstract:

The new rights are the third génération of human rights, they

* أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البويرة.

mainly with: the right to self-determination, the right to peace, the right to développement, the right to an environment a healthy, peaceful and clean, the constitutions magrébines have recognized this new category in the content of these texts, but their recognition intervned so different and close at the same time, and that in view of the divergence of nature and the specificity of each constitution and according to the different degree of constitutional importance.

مقدمة

يطلق على هذا الصنف من الحقوق أيضا بالجيل الثالث لحقوق الإنسان، كما أضعفي عليها تسميات عديدة منها: الحقوق الجديدة، حقوق التضامن المشتركة، وهي ليست إلا نتاجا لشروط التحول الحضاري والفكري المرافق له، وتشمل هذه الحقوق مختلف الحقوق التي يمكن اعتبارها تراثا مشتركا للإنسانية جمعاء، وتمثل عموما في: حق تقرير المصير، الحق في بيئة نظيفة سليمة وصحية، الحق في التنمية، الحق في السلم أو السلام العادل.

والغرض من إقرار هذه الحقوق هو تحقيق سمات التضامن المشتركة التي تجعل الفرد يحدد مصيره بنفسه، نابذا للتدخل الأجنبي، والعيش في السلم والسلام العادل الذي يوفر مناخا واسعا للتنمية والازدهار، وتتحقق معه كذلك سمات وجود بيئة سليمة نظيفة صحية ولائقة به وبجميع أفراد مجتمعه، زيادة على ذلك، فحقوق التضامن المشتركة لم تظهر مرة واحدة، بل ظهرت بشكل منفصل عن بعضها البعض، ولكل منها أسباب لظهورها من الناحية القانونية.

حيث ظهرت حقوق التضامن المشتركة في بداية الأمر من خلال الإعلانات الدولية الصادرة في عقب المؤتمرات الدولية، لتستقر كمبادئ قانونية لا غنى عنها في صلب الاتفاقيات الدولية، وكجزء من القانون الدولي لحقوق الإنسان، ثم بدأت تشق طريقها إلى القوانين الداخلية العادية لتستقر فيما بعد في نصوص دساتير بعض الدول، منها الدول المغربية.

أما عن إشكالية الموضوع، فإن موضوع الاعتراف الدستوري بالحقوق، الحقوق المستحدثة في الدساتير المغاربية، يثير إشكالات كثيرة وي طرح تساؤلات عديدة، لعل من أهمها: فيم تمثل مختلف الحقوق المستحدثة التي اعترفت بها الدول المغاربية في مضمون دساتيرها؟ وهل تختلف تلك الدساتير في مضامينها من خلال اعترافها بالحقوق المستحدثة؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا أن نقسم الموضوع إلى مبحثين: في المبحث الأول نتعرض إلى الاعتراف الدستوري بحق تقرير المصير والحق في السلم في الدساتير المغاربية من خلال مطلبين: في المطلب الأول نتطرق إلى موضوع الاعتراف الدستوري بحق تقرير المصير، وفي المطلب الثاني إلى الاعتراف الدستوري بالحق في السلم. أما المبحث الثاني فنخصصه للاعتراف الدستوري بالحق في التنمية والحق في البيئة في الدساتير المغاربية من خلال مطلبين: المطلب الأول نتطرق فيه إلى الاعتراف الدستوري بالحق في التنمية، أما المطلب الثاني منه فنتعرض فيه للاعتراف الدستوري بالحق في البيئة، لنهي البحث بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال الدراسة.

عن المنهج المتبع في البحث، فإن طبيعة الموضوع المعالج في هذه الدراسة يستوجب علينا الاعتماد على مجموعة من المناهج التي تساعد على جعل دراستنا أكثر اتزاناً وتكاملاً؛ ولذلك سنعتمد على ثلاثة مناهج هي: المنهج التاريخي، المنهج التحليلي الوصفي والمنهج المقارن.

المبحث الأول: حق تقرير المصير والحق في السلم

إذا كانت المجتمعات المغاربية تصبو إلى تكريس حقوق التضامن المشتركة، فإنها تجد الرغبة الملحة كذلك في أن تقرر مصيرها بنفسها، فيضحى فيها الفرد حراً؛ معزاً بحريته، مكرماً بثقافته، ممارساً لكامل مسؤولياته دون وسيط. وحتى تكون الصورة متكاملة يجب أن يشعر الإنسان المغاربي أيضاً بأحقية في السلم والسلام؛ لأن مفهوم هذا الأخير لا يعني بتاتا القضاء على كافة الصراعات والنزاعات والحروب

وغيرها، بل يتعداه إلى ضرورة إيجاد وسائل لتحقيق التفاهم والانسجام والتعاون بين الأفراد وحتى بين الأمم والشعوب، كما أن السلم كمفهوم حديث لا يقتصر مفهومه على المجال الأمني فحسب، وإنما مفهومه يتعداه بكثير ليصل مداه وأشكاله إلى مجالات عديدة، منها المجال الاقتصادي، الاجتماعي، الثقافي... الخ؛ لأن المفهوم الحقيقي لهذا الموضوع واسع وشاسع يتعدى كل الحدود والمجالات والمواضيع، ومن هذا الأساس سوف تنصب دراستنا لهذا المبحث على الحق في تقرير المصير (المطلب الأول)، الحق في السلم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حق تقرير المصير

بقي حق تقرير المصير مكرسا أساسا في المواثيق والقرارات الدولية لمدة طويلة، فقد كان من مقاصد الأمم المتميزة المعلن عنها في بنود الميثاق تنمية العلاقات الودية بين الأمم على أساس الاحترام الذي يقضي بالمساواة في الحقوق بين الشعوب، وبأن يكون لكل منها حق تقرير مصيرها⁽¹⁾، ثم تم التأكيد على المبدأ في بنود أخرى من الميثاق، مع تكليف الأمم المتحدة بتعزيز حماية هذا الصنف الجديد من حقوق الإنسان⁽²⁾.

فند 1952 أقرت الجمعية العامة حق الشعوب والأمم في تقرير مصيرها، باعتباره حقا أساسيا من حقوق الإنسان، ثم اعتبرته شرطا أساسيا ولازما للتمتع بجميع حقوق الإنسان الأخرى، وفي سنة 1960 أعلنت الجمعية العامة رسميا عن ضرورة القيام سريعا ودون أي شرط، بوضع حد للاستعمار بجميع صوره ومظاهره، ثم في إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقا لميثاق الأمم المتحدة، كما أعلنت الجمعية العامة أن لجميع الشعوب بمقتضى مبدأ تساوي الشعوب في حقوقها وحقها في تقرير مصيرها بنفسها المكرس في ميثاق الأمم المتحدة الحق في أن تحدد بحرية ودون تدخل خارجي مركزها السياسي، وفي

(1) - انظر نص المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة الصادر سنة 1945.

(2) - انظر المادتان 55 و73 من ميثاق الأمم المتحدة.

أن تسعى إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وعلى كل دولة واجب احترام هذا الحق وفقاً لأحكام الميثاق، واتخذت الجمعية العامة وكذلك مجلس الأمن عدة تدابير لمنح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة، بما فيها على الخصوص حق الشعب الفلسطيني في ممارسة حقوقه عنه القابلة للتصرف⁽¹⁾، كما أن الجمعية العامة للأمم المتحدة منذ قرارها 523 تحت رقم المؤرخ في 12/01/1952 ما انفكت تعرب عن حق البلدان النامية في أن تحدد بحرية استخدام مواردها الطبيعية، وأن تستخدم هذه الموارد للتنمية الاقتصادية طبقاً لمصالحها الوطنية، وقد قررت الجمعية العامة هذين المفهومين في عدد من القرارات منها: القرار رقم 3016 المؤرخ في 18/12/1972 بشأن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية للبلدان النامية، وكذلك الإعلان الخاص بميثاق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي اعتمده الجمعية العامة في القرار رقم 2281 المؤرخ في 12/12/1976.

من المبادئ التي نص عليها هذا الميثاق أن لكل دولة حق السيادة غير قابل للتصرف في اختيار نظامها الاقتصادي، وكذلك نظامها السياسي والاجتماعي والثقافي وفقاً لإرادة شعبها، دونما تدخل أو إكراه أو تهديد خارجي بأي شكل من الأشكال، وأن لكل دولة سيادة كاملة دائمة، تمارس بحرية على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية بما في ذلك حق التملك والاستعمال والتصرف⁽²⁾.

تضمن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة 1966، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر لنفس السنة، أنه لجميع الشعوب حق تقرير مصيرها بنفسها، والسعي وراء أهدافها

(1) - محمد فتحي عثمان، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، دار الشروق، بيروت، لبنان، 2002، ص138.

(2) - عبد الوهاب عبد العزيز الشيشاني، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة، مطابع الجمعية العلمية الفكرية، بيروت، لبنان، 2000، ص115.

الخاصة، التصرف الحر في ثرواتها ومواردها الطبيعية، مع التأكيد على أن هذا التصرف يجب أن لا يخل بأي التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الاقتصادي الدولي القائم على مبدأ المنفعة المتبادلة وعن مقتضيات القانون الدولي، كما لا يجوز في أية حال حرمان أي شعب من أسباب عيشه الخاصة⁽¹⁾.

الدساتير المغاربية الأربعة لم تتضمن بصورة خاصة أحكاما بشأن هذا الصنف من الحقوق المستحدثة ما عدا بعض التلميحات العامة والإقرارات الضمنية؛ ففي الدستور الجزائري، ومن خلال التعديل الدستوري لسنة 1996، أقر المشرع الدستوري بهذا النوع من الحقوق المستحدثة، هذا ما تأكد بوضوح وصراحة في النص الدستوري الذي جاء فيه أن: "الجزائر متضامنة مع جميع الشعوب التي تكافح من أجل التحرر السياسي والاقتصادي، والحق في تقرير المصير، وضد كل تمييز عنصري"⁽²⁾.

(1) انظر المادة الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ 20 ديسمبر 1966، دخل حيز النفاذ بتاريخ 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، وأيضا المادة الأولى من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعرضته للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 2200- ألف (د/21) بتاريخ 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 03 كانون الثاني/ جانفي 1976، طبقا للمادة 27، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993، ولتفاصيل أكثر انظر الصادق شعبان، حقوق الإنسان المدنية في الدساتير العربية، الجزء الأول، شؤون عربية، العدد 49 مارس 1997، ص44.

(2) نص المادة 27 من التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج. د. ش، العدد 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 03/02، المؤرخ في 10 أفريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج. د. ش، العدد 25، الصادرة بتاريخ 14 أفريل 2002، والمعدل أيضا بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج. د. ش، العدد 63، الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

والدستور الجزائري اعترف بهذا الصنف من الحقوق مستندا في ذلك إلى ما جاء به ميثاق الأمم المتحدة من أحكام ومبادئ والتزامات ومقتضيات من شأنها أن تعمل على تكريس دعم التعاون وتنمية العلاقات بين الدول، وكذا تحقيق أسس المساواة وتبادل المصالح المشتركة، وهذا كله من أجل تبني مبدأ هام يتمثل في عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، هذا ما أقره المشرع الدستوري في المادة الدستورية التي جاء فيها: "تعمل الجزائر من أجل دعم التعاون الدولي، وتنمية العلاقات الودية بين الدول، على أساس المساواة، والمصلحة المتبادلة، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية، وتبني مبادئ ميثاق الأمم المتحدة وأهدافه"⁽¹⁾.

ومن ثمة يكون المشرع الدستوري الجزائري من خلال المادتين الدستورييتين السابق ذكرهما قد اعترف بمبادئ السياسة الخارجية لحق الشعوب في تقرير مصيرها، مميزا بين التحرر السياسي والتحرر الاقتصادي وتقرير المصير، زيادة على ذلك نجده أيضا قد أقر بحق تقرير المصير في العديد من الفقرات الدستورية التي تضمنتها الديباجة، من أهمها: "لقد عرفت الجزائر في أعز اللحظات الحاسمة التي عاشها البحر الأبيض المتوسط، كيف تجد أبناءها منذ العهد النوميدي، والفتح الإسلامي، حتى الحروب التحريرية من الاستعمار، روادا للحرية، والوحدة والرقى، وبناء دول ديمقراطية مزدهرة، طوال فترات المجد والسلام"⁽²⁾، "وكان أول نوفمبر 1954 نقطة تحول فاصلة في تقرير مصيرها وتبويجا عظيما لمقاومة ضروس، واجهت بها مختلف الاعتداءات على ثقافتها، وقيمها، والمكونات الأساسية لهويتها، وهي الإسلام والعروبة والأمازيغية، وتمتد جذور نضالها اليوم في شتى الميادين في ماضي أمتها المجيد"⁽³⁾، "وقد توجت جبهة التحرير الوطني ما بذله خيرة أبناء الجزائر من تضحيات في الحرب التحريرية الشعبية بالاستقلال، وشيدت دولة عصرية كاملة

(1) - نص المادة 28 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(2) - نص الفقرة الثالثة من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(3) - نص الفقرة الرابعة من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

السيادة"⁽¹⁾، "إن إيمان الشعب بالاختيارات الجماعية يمكنه من تحقيق انتصارات كبرى، طبعها استعادة الثروات الوطنية بطابعها، وجعلتها دولة في خدمة الشعب وحده، تمارس سلطاتها بكل استقلالية، بعيدة عن أي ضغط خارجي"⁽²⁾.

كما يجد حق تقرير المصير من خلال الإقرار الدستوري الجزائري أساسه التاريخي من خلال تجربة الجزائر التاريخية والسياسية في القضاء على الاستعمار الفرنسي العاشم، ومن خلال تلك التجربة الميرة فرضت الجزائر حينها حقها في تقرير مصيرها بعد تخلصها من المستعمر الفرنسي، كما عملت الدولة الجزائرية جاهدة على حكم نفسها بنفسها دون الاستناد إلى حكم أجنبي، إضافة إلى منحها يد العون في تقرير مصير الدول التي كانت ولا تزال تفتقد إلى حق تقرير المصير كالصحراء الغربية، فلسطين والعراق، وحاليا ليبيا، ومن المتوقع سوريا ومصر وغيرهم من الدول التي هي اليوم تحت وطأة الاستعمار الأجنبي، أو سوف تكون حتما تحت وطأته.

وبخصوص الدستور التونسي، اعترف المشرع الدستوري بحق تقرير المصير معتبرا إياه حقا جديدا في الحيز الحقوقي، هذا ما أكدته المشرع الدستوري في توطئة (ديباجة) الدستور، بحيث تضمنت بأن الشعب التونسي يعتز بنضاله من أجل الاستقلال وبناء الدولة والتخلص من الاستبداد استجابة لإرادته الحرة، وتحقيقا لأهداف ثورة الحرية والكرامة، ثورة 17 ديسمبر - 14 جانفي 2011، ووفاء لدماء شهدائنا الأبرار ولتضحيات التونسيين والتونسيات على مر الأجيال، وقطعا مع الظلم والحيف والفساد⁽³⁾، كما نص المشرع الدستوري على هذا الحق في فقرات دستورية

(1) - نص الفقرة السادسة من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(2) - نص الفقرة السابعة من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(3) - انظر الفقرة الثانية من توطئة (ديباجة) دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014، وهو الدستور الصادر عن المجلس الوطني التأسيسي، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية يوم الاثنين 10 فيفري 2014، عدد خاص، يتضمن النص الكامل للدستور التونسي الجديد، دخل حيز النفاذ يوم 10 فيفري 2014.

أخرى، هذا ما تأكد صراحة وبكل وضوح في الفقرة الدستورية التي جاء فيها: "وبناء على... ولحق الشعوب في تقرير مصيرها، ولحركات التحرر العادلة وفي مقدمتها حركة التحرر الفلسطيني، ومناهضة لكل أشكال الاحتلال والعنصرية"⁽¹⁾.

فيما يتعلق بالدستور المغربي، نجد المشرع الدستوري يعتبر حق الشعب في تقرير المصير مبدأً واسعاً وموضوعاً شائكاً، له علاقة بكل من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والحقوق المدنية والسياسية، أي يجمع بين سمات بعض الحقوق الفردية، ومميزات الحقوق الجماعية.

كما ينبغي أن نؤكد أنه إذا كان المغرب قد حصل على استقلاله منذ ما يزيد عن نصف قرن من الزمن، فإن الضغوط التي تمارسها المؤسسات المالية الدولية، وفي مقدمتها صندوق النقد الدولي والبنك العالمي، ليس فقط على المغرب وإنما أغلب دول العالم الثالث، تطرح في بعدها إشكاليات كثيرة منها:

- التصرف بحرية في الثروات والموارد الطبيعية، حرية الدول في الاختيار السياسي، الحرية في اختيار المناهج المناسبة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتباراً من أن تلك المؤسسات هي المتحكم الرئيسي في التوجهات والقرارات الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾.

نجد الأساس الدستوري الذي أكد ضمان حق الشعوب في تقرير المصير، هو ما تضمنه تصدير (ديباجة) الدستور، الذي يعد خير مثال نستدل به في هذا الشأن، حيث أشار المشرع الدستوري إلى هذا الحق ضمناً، وذلك من خلال الفقرة الدستورية التي جاء فيها: "وإدراكاً منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به على

(1) - نص الفقرة الخامسة من توطئة (ديباجة) دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014.

(2) - عبد الحميد أمين، حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب، منشور في عدد خاص تحت عنوان "حقوق الإنسان المعايير وآليات الحماية"، صادر عن كل من الجمعية المغربية لحقوق الإنسان ومعهد حقوق الإنسان بليون، أشغال الجامعة الصيفية الثانية، سبتمبر 1996، منشورات التضامن، صص 135-140.

الصعيد الدولي فإن المملكة المغربية العضو العامل النشط في المنظمات الدولية يتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات وتؤكد تشبهاً بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالمياً، كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلام والأمن في العالم"⁽¹⁾.

وبشأن الدستور الموريتاني، فالمشرع الدستوري لم ينص صراحة على هذا الحق، بل أشار إليه ضمناً من خلال ديباجة الدستور، هذا ما تأكد بوضوح في الفقرة الدستورية التي نصت على أنه: "يعلن الشعب الموريتاني اتكالاً منه على العلي القدير، تصميمه على ضمان حوزة أراضيه واستقلاله ووحدته الوطنية والسهرة على تقدمه السياسي والاقتصادي والاجتماعي"⁽²⁾.

استناداً لمضمون هذه الفقرة الدستورية ومن العبارات المتضمنة حوزة أراضيه، استقلاله ووحدته الوطنية، التقدم السياسي والاقتصادي والاجتماعي، فالمشرع الدستوري الموريتاني كان يقصد من وراء هذه العبارة حق الشعب الموريتاني في تقرير مصيره، وعدم السماح للتدخل الأجنبي في موريتانيا على المستوى السياسي وكذلك المستوى الاقتصادي.

(1) - نص الفقرة الرابعة من تصدير (ديباجة) الدستور المغربي لسنة 2011، وهو الدستور الصادر بموجب الاستفتاء 13 سبتمبر 1996 المعلن عنه بالقرار الدستوري رقم 96.117 المؤرخ في الفاتح أكتوبر 1996، والمنفذ بالظهير الشريف رقم 1.96.157 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1996، ج.ر. العدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 08 أكتوبر 1996، المراجع بموجب استفتاء الفاتح جويلية سنة 2011، ج.ر. العدد 5952 مكرر، الصادرة بتاريخ 17 جويلية 2011.

(2) - نص الفقرة الأولى من ديباجة دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية لـ 20 جويلية 1991، الصادر بموجب استفتاء 12 جويلية 1991، المعلن عنه من اللجنة العسكرية للخلاص الوطني، ج.ر. لسنة 1991، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 1991، وبدأ العمل به بموجب الأمر القانوني رقم 91/22 المؤرخ في 20 جويلية 1991، ج.ر. لسنة 1991، المعدل بموجب تعديلات 25 جويلية 2006، التي أدخلها عليه مجلس الحكم العسكري الانتقالي الموريتاني، والتي عرضت على الاستفتاء بتاريخ 25 جويلية 2006، ج.ر. 2006، الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2006.

إذا كان حق الشعوب في تقرير المصير قد أقرته الدساتير المغاربية الأربعة، إلا أننا نسجل اختلافا فيما بينها، مرجعه التباين في خصوصية هذا الإقرار الدستوري، ففي الدستور الجزائري ومن خلال التعديل الدستوري لسنة 1996 اعترف المشرع الدستوري بالحق في تقرير المصير بنوعيه السياسي والاقتصادي، فورد هذا الاعتراف في شكل واضح وصريح وبصفة خاصة لا عامة، كون المشرع الدستوري انفرد بمادة دستورية كاملة للتخصيص على هذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة.

كما أن حق تقرير المصير هو حق محمي، ومرجع ذلك هو إحاطة هذا الصنف من الحقوق بالعناية الدستورية الفائقة والاهتمام الدستوري الوافر، إلا أن هذا الحق مقيد وغير مطلق، ومرجعية تقييده هو وضع الدستور الجزائري العديد من المبادئ والالتزامات التي يجب احترامها والعمل على تطبيقها من أجل تنمية هذا الحق واستقراره من الناحيتين الدستورية والدولية.

يتفق الدستور التونسي مع الدستور الجزائري في جهة إقراره بالحق في تقرير المصير، فقد ورد إقراره بشكل واضح، وبصورة صريحة ومباشرة من خلال تضمينته توطئة (ديباجة) الدستور، أي نص المشرع الدستوري عليه بصفة خاصة لا عامة، ولكن الدستور التونسي نجده لم يوفر الحماية الدستورية الكافية لحماية هذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة، وبذلك نجده يتفق مع الدستور المغربي، ويختلف عن الدستورين الجزائري والموريتاني.

زيادة على ذلك فحق تقرير المصير هو حق مقيد وغير مطلق، ومرجعية تقييده هو فرض المشرع الدستوري التونسي العديد من القيود الدستورية والدولية المتضمنة الالتزام بمبادئ الصداقة والتعاون التي تبناها ميثاق الأمم المتحدة، وفي هذه النقطة بالذات نجد اتفاقا بين الدساتير المغاربية الأربعة.

من جانب آخر نجد أن الدستور المغربي يختلف كثيرا عن الدستورين الجزائري والتونسي، ولكنه يتفق مع الدستور الموريتاني، فهو كذلك اعترف بالحق في تقرير

المصير، فجاء اعترافه ضمنا غير صريح وبصورة غير مباشرة، هذا ما تضمنه تصدير (ديباجة) الدستور المغربي.

زيادة على ذلك فقد ورد إقراره بهذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة بصفة عامة لا خاصة، كون المشرع الدستوري لم يخصص لهذا الحق نصوصا دستورية خاصة ومستقلة، إضافة إلى ذلك فالدستور المغربي لم يوفر الحماية اللازمة التي تعمل على تميته حق تقرير المصير واستقراره، فيكون في هذه النقطة قد اتفق الدستور المغربي مع الدستور التونسي، ولكنه اختلف عن الدستورين الجزائري والموريتاني، والحق في تقرير المصير وفقا للدستور المغربي هو حق غير مطلق، نظرا لتقييده بالعديد من القيود الدستورية والدولية، وفي هذه النقطة يكون الدستور المغربي قد اتفق مع باقي الدساتير المغربية الأخرى.

يتفق الدستور الموريتاني مع الدستورين المغربي من جهة طبيعة إقراره، فقد نص هو الآخر على حق تقرير المصير، فورد إقراره بصورة ضمنية غير صريحة وغير مباشرة، هذا ما أكدته ديباجة الدستور، مما يعني أن المشرع الدستوري قد أقر بهذا الصنف من حقوق التضامن بصفة عامة لا خاصة، كون المشرع الدستوري لم يخصص فصولا دستورية خاصة ومستقلة للتصميم على هذا الحق، بالإضافة إلى ذلك فقد تم إحاطة هذا الصنف من الحقوق المستحدثة بالعديد من ضمانات الحماية التي تهدف إلى تميته وتقدمه، فيكون الدستور الموريتاني في هذه النقطة قد اتفق مع الدستور الجزائري، ولكنه اختلف عن الدستورين التونسي والمغربي.

كما أن حق تقرير المصير هو حق مقيد غير مطلق، ومرجع تقييده هي مختلف المبادئ الدستورية والالتزامات الدولية، ويكون في هذه النقطة قد اتفق الدستور الموريتاني مع كل من الدستور الجزائري والتونسي والمغربي.

يجدر بنا القول بأن الدستور الجزائري جاء أكثر صراحة ووضوحا في اعترافه بحق تقرير المصير، كما كان أكثر شمولا أيضا، بحيث شمل تصميده على الحق في تقرير المصير بنوعيه السياسي والاقتصادي.

وخلاصة القول إن مفهوم حق الشعوب في تقرير مصيرها حسب دساتير الدول السابقة، كان يقصد منه حق تحرر جميع الشعوب المغاربية من كل أشكال الهيمنة الاستعمارية مهما كانت طبيعتها الاقتصادية أو السياسية أو الثقافية أو الاجتماعية أو العلمية وحتى العسكرية، وحرية تحمل الالتزامات الدولية بما يخدم صالح المجتمع الدولي وهذا كله في إطار تعزيز حقوق الإنسان وحياته الأساسية.

المطلب الثاني: الحق في السلم

يعد السلم من الموضوعات الحديثة التي استغرقت جل اهتمام الباحثين المعاصرين سواء على المستوى القانوني أو على المستوى الدستوري وحتى على المستوى الدولي، ومن ثمة أضحت هذا الموضوع من أهم الحقوق الأساسية التي ناضلت كافة الشعوب والأمم من أجل تحقيقه ومن ثمة تكريسه في دساتيرها ومختلف قوانينها الداخلية، كما أن السلم لا يمكن تصوره كموضوع قائم بحد ذاته، بل هو موضوع يتصل اتصالاً وثيقاً بموضوعات أخرى منها: التنمية، عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، المساواة بين الشعوب والأمم... الخ.

قد عرف السلم بتعاريف عديدة ومختلفة، ولكن نجد أن هذه التعاريف تنفق جميعها على اعتباره قاعدة دولية تتمتع بالقبول العام، تكفل انتفاء النزاعات العلنية والمستمرة بين الشعوب، وتخلق الانسجام بين الإنسان وأخيه من جهة، وبين الإنسان وبيئته الاجتماعية والثقافية والطبيعية من جهة أخرى⁽¹⁾.

ونظراً لكون هذا الموضوع من الموضوعات الهامة التي تقررت بصفة أساسية في أذهان الأفراد والشعوب وكافة المجتمعات في العالم، مما يستفاد منه وجود الحاجة الملحة إلى الاعتراف به كحق مكرس على المستوى الدولي وحتى على المستوى الداخلي، فأقرته أغلب الدول في بنود دساتيرها فأصبح حقاً دستورياً لا غنى عنه في

(1) - د. عمر سعد الله، مدخل إلى القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1993، صص 137-138.

ضرورة ضمانه والعمل على إحاطته بالرعاية والحماية.

فعلى مستوى الاعتراف الدولي، نجد أن الحق في السلم أقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 من خلال مضمون ديباجته التي تضمنت ما يلي: "لما كان الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصلية فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل أساس الحرية والعدل والسلام في العالم"،⁽¹⁾ وتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أيضا أنه: "كما يجب أن يعزز التفاهم والتسامح والصداقة بين جميع الأمم وجميع الفئات العنصرية أو الدينية، وأن يؤيد الأنشطة التي تضطلع بها الأمم المتحدة لحفظ السلام"⁽²⁾.

كما اعترف بهذا الصنف من الحقوق المستحدثة العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية الصادر سنة 1966، الذي نص في ديباجته: "...إذ نرى أن الإقرار بما لجميع أعضاء الأسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة، يشكل وفقا للبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، أساس الحرية، والعدل والسلام في العالم"⁽³⁾.

الحق في السلم باعتباره حجر الزاوية في طائفة حقوق الإنسان المستحدثة التي تمنح لكل الأفراد التمتع بها، فهو كذلك التزام يقع على جميع الدول التي يستوجب منها القيام بجميع الإجراءات اللازمة لإقراره دستوريا كاملا على المستوى الداخلي، واتخاذها كافة التدابير الضرورية لإعماله وكفالاته بصورة أشمل وأوسع على المستوى الدولي⁽⁴⁾.

(1) - نص الفقرة الأولى من ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 1948.

(2) - نص الشق الثاني من الفقرة الثانية من المادة 26 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 1948.

(3) - نص الفقرة الثانية من ديباجة العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية، 1966.

(4) - انظر الإعلان الخاص بشأن حقوق الشعوب في السلم، الذي اعتمد وعرض للتصديق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 39-11 الصادر بتاريخ 12-11-1984، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993.

الدساتير المغاربية الأربعة اعترفت بالحق في السلم في مضمون موادها الدستورية، معتبرة هذا الصنف من الحقوق المستحدثة من الحقوق التي يجب أن تعنى بها المجتمعات من أجل تكريس مبدأ هام يتمثل في ضرورة توفير السلم حتى يتسنى للجميع العيش في أمان وحرية.

كما أن الحق في السلم وفق نظر الدساتير المغاربية هو مبدأ مقدس والتزام جوهري يقع على عاتق هاته الدول لكفالاته واتخاذ جميع التدابير والإجراءات اللازمة على المستوى الداخلي (الدستوري) مع ضرورة إعماله ميدانيا⁽¹⁾، ففي الدستور الجزائري ومن خلال التعديل الدستوري لسنة 1996 أقر المشرع الدستوري بالحق في السلم، معتبرا إياه عماد حقوق الإنسان المستحدثة، هذا ما تأكد بوضوح من خلال ديباجة الدستور التي نصت على أنه: "لقد عرفت الجزائر في أعز اللحظات الحاسمة التي عاشها البحر الأبيض المتوسط، كيف تجددت في أبنائها، منذ العهد النوميدي، والفتح الإسلامي حتى الحروب التحريرية من الاستعمار، روادا للحرية، والوحدة والرقى، وبناء دول ديمقراطية مزدهرة، طوال فترات المجد والسلام"⁽²⁾.

كما اعترف المشرع الدستوري الجزائري بهذا الصنف من الحقوق المستحدثة في نصوص دستورية أخرى. هذا ما ورد في الفقرة الدستورية التي جاء فيها: "ولا يمكن التدرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية، والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد، وسيادة الشعب، وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة"⁽³⁾.

(1) - د. عمر سعد الله، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص 215.

(2) - نص الفقرة الثالثة من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(3) - نص الفقرة الثانية من المادة 42 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

نص المشرع الدستوري أيضا على أنه: "يجب على كل مواطن أن يحمي ويصون استقلال البلاد وسيادتها وسلامة ترابها الوطني وجميع رموز الدولة"⁽¹⁾.

وبخصوص الدستور التونسي، فقد أقر هو الآخر بالحق في السلم، هذا ما نص عليه المشرع الدستوري بجلاء من خلال توطئة (ديباجة) الدستور في الفقرة الدستورية التي جاء فيها: "ووعيا بضرورة... وتحقيقا لإرادة الشعب في أن يكون صانعا لتاريخه، مؤمنا بأن العلم والعمل والإبداع قيم إنسانية سامية، ساعيا إلى الريادة، متطلعا إلى الإضافة الحضارية، وذلك على أساس استقرار القرار الوطني، والسلم العالمية، والتضامن الإنساني..."⁽²⁾.

الحق في السلم حسب رجال الفكر القانوني في تونس لا يقتصر مدلوله ومداه في السلم والسلام والأمن، بل هو مفهوم أوسع من ذلك بكثير، بحيث نجده يرتبط ارتباطا وثيقا بحقوق أخرى معترف بها في المجتمع الدولي، وهو محدد في نطاق: حق الشعوب في تقرير مصيرها، حق العيش في أمان وسلام، حق الشعوب في التعايش السلمي، حق الشعوب في المساهمة على أساس المساواة في منهج اتخاذ القرارات المتعلقة بالاقتصاد الدولي والتنمية والسلم، حق كل دولة في ممارسة السيادة الدائمة على ثرواتها ومواردها الطبيعية ونشاطها الاقتصادي، وحق اختيار نوع التنمية والنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي⁽³⁾.

وبشأن الدستور المغربي المراجع سنة 2011، فقد اعترف المشرع الدستوري بالحق في السلم معتبرا إياه ركيزة الجيل الثالث لحقوق الإنسان، هذا ما أقره المشرع الدستوري صراحة وبكل وضوح من خلال تصدير (ديباجة) الدستور وذلك في الفقرة الدستورية التي جاء فيها: "وإدراكا منها لضرورة تقوية الدور الذي تضطلع به

(1) - نص الفقرة الأولى من المادة 61 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(2) - نص الفقرة الأخيرة من توطئة (ديباجة) دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014.

(3) - د. عبد الله الولادي، العلاقة العضوية بين حق التنمية وحقوق الإنسان، المؤتمر الخامس عشر لاتحاد المحامين العرب المنعقد ما بين 02 و05 من نوفمبر سنة 1994، بجامعة سوسة، الجمهورية التونسية.

على الصعيد الدولي، فإن المملكة المغربية، العضو العامل النشط في المنظمات الدولية، نتعهد بالتزام ما تقتضيه مواثيقها، من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبهاً بحقوق الإنسان، كما هي متعارف عليها عالمياً، كما تؤكد عزمها على مواصلة العمل للمحافظة على السلام والأمن في العالم⁽¹⁾.

وعن الدستور الموريتاني، فقد اعترف المشرع الدستوري أيضاً بالحق في السلم، بالنظر للمكانة الدستورية التي يحتلها هذا الصنف من الحقوق المستحدثة في مضمون الدستور الموريتاني، ولعل الأساس الدستوري لهذا الحق هو الفقرة الدستورية التي نصت أنه: "ووعياً منه بضرورة توثيق الروابط مع الشعوب الشقيقة، فإن الشعب الموريتاني كشعب مسلم عربي إفريقي، يعلن تصميمه على السعي من أجل تحقيق وحدة المغرب العربي الكبير والأمة العربية وإفريقيا، ومن أجل السلم في العالم"⁽²⁾.

كما أقر المشرع الدستوري بهذا الصنف من الحقوق المستحدثة بصورة ضمنية في نصوص دستورية أخرى، هذا ما يمكن استخلاصه في الفقرة الدستورية التي جاء فيها: "تتكون الأحزاب والتجمعات السياسية، وتمارس نشاطها بحرية، شرط احترام المبادئ الديمقراطية، وشرط أن لا تمس من خلال غرضها ونشاطها بالسيادة الوطنية والحوزة الترابية ووحدة الأمة والجمهورية"⁽³⁾.

يفهم من مضمون الفقرة الدستورية السابقة بأن المشرع الدستوري كان يقصد بالسيادة الوطنية والحوزة الترابية ووحدة الأمة والجمهورية هو الحفاظ على السلم والأمن في جميع أنحاء الجمهورية الموريتانية.

إذا كانت الدساتير المغاربية الأربعة قد اتفقت جميعها في الاعتراف بالحق في السلم، إلا أننا نسجل اختلافاً فيما بينها، نظراً لخصوصية ومميزات الاهتمام الدستوري بهذا الصنف من الحقوق المستحدثة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى

(1) - نص الفقرة الثالثة من تصدير (ديباجة) الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

(2) - نص الفقرة الرابعة من ديباجة دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

(3) - نص الفقرة الثانية من المادة الحادية عشر من دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

نجد أن كل دستور أقر به على الوجه الذي يحقق الغاية الدستورية من خلال التنصيص عليه؛ ففي الدستور الجزائري ومن خلال التعديل الدستوري لسنة 1996 أقر المشرع الدستوري بالحق في السلم، مسيرا في ذلك أغلب الدساتير العالمية وجميع الدساتير المغاربية الأخرى، فورد هذا الاعتراف في شكل واضح وصریح وبصفة خاصة لا عامة، كون المشرع الدستوري قد خصص العديد من النصوص الدستورية للتنصيص على هذا الصنف من حقوق المستحدثة، كما أن المشرع الدستوري الجزائري قد وفر الحماية الواسعة لهذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة.

زيادة على ذلك فالحق في السلم هو حق غير مطلق كون المشرع الدستوري قد قيده بالعديد من المبادئ والالتزامات الدستورية التي تقتضيها صيانة أمن التراب الجزائري وسلامته، المحافظة على سيادة الدولة وطابعها الديمقراطي الجمهوري، حماية جميع رموز الدولة، بالإضافة إلى القيود الدولية التي توجب احترام هذا الحق والعمل على تجسيده وتحقيق ثمائه وكذا المحافظة على ديمومته واستقراره.

لم يختلف الدستور التونسي عن الدساتير المغاربية الأخرى من جهة إقراره بالحق في السلم، فقد ورد إقراره بشكل واضح وصریح وبصورة مباشرة من خلال ما تضمنته توطئة (ديباجة) الدستور، فنجدته قد نص على هذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة بصفة عامة لا خاصة، لكونه قد نص عليه إلى جانب حقوق أخرى، وهذا هو وجه التفرقة بين الدستور التونسي والجزائري، ووجه الاتفاق مع الدستورين المغربي والموريتاني.

والحق في السلم من خلال الدستور التونسي هو حق محمي، كون المشرع الدستوري وفر له الحماية الدستورية المطلقة، وفي هذه النقطة نجد يتفق مع كافة الدساتير المغاربية الأخرى، كما أن هذا الصنف من الحقوق المستحدثة هو حق مقيد؛ لأن المشرع الدستوري قيده بالكثير من القيود الدستورية التي تفرضها مبادئ السيادة الوطنية وحماية تراب الجمهورية التونسية، وأيضا القيود الدولية التي

تقتضي الالتزام بمبادئ السلم والأمن الدوليين الذي تضمنه ميثاق الأمم المتحدة، وفي هذه النقطة بالذات يتفق الدستور التونسي مع بقية الدساتير المغاربية الأخرى.

كما يتفق الدستور المغربي مع الدساتير المغاربية الأخرى في إقراره بالحق في السلم، فهو كذلك أقر بالحق في السلم، فجاء إقراره به صريحا وبصورة مباشرة. هذا ما تضمنه تصدير (ديباجة) الدستور المغربي، كما نص على هذا الصنف من الحقوق المستحدثة بصفة عامة لا خاصة، كون المشرع الدستوري المغربي لم يخصص لهذا الحق نصوصا دستورية خاصة ومستقلة. وهنا نجد اتفاق للدستور المغربي مع الدستوريين التونسي والموريتاني.

زد على ذلك فالدستور المغربي قد وفر الحماية اللازمة التي للحق في السلم، ويكون في هذه النقطة بالذات قد اتفق مع باقي الدساتير المغاربية الأخرى. كما أن الحق في السلم غير مطلق، ومرجع عدم إطلاقه هو القيود العديدة التي يفرضها المشرع الدستوري كمبادئ احترام السيادة المغربية وحماية الحوزة الترابية، وكذا مختلف القيود الدولية التي تقتضي المحافظة على السلم والأمن في العالم، وفي هذه النقطة يكون الدستور المغربي قد اتفق مع نظرائه من الدساتير المغاربية.

والدستور الموريتاني هو الآخر لا يختلف عن الدساتير المغاربية الأخرى من جهة إقراره بالحق في السلم، فقد اعترف به المشرع الدستوري الموريتاني، فورد اعترافه بصورة صريحة ومباشرة. هذا ما أكدته ديباجة الدستور الموريتاني، كما نص عليه أيضا بصفة عامة لا خاصة؛ لأن المشرع الدستوري الموريتاني لم يفرد نصوصا دستورية خاصة للتصنيف على هذا الصنف من الحقوق المستحدثة، وفي هذه النقطة نجد الدستور الموريتاني يتفق مع الدستوريين التونسي والمغربي، وبالإضافة إلى ذلك فقد وفر المشرع الدستوري كل أشكال الحماية لهذا الحق، ويتفق الدستور الموريتاني في هذه النقطة مع جميع الدساتير المغاربية الأخرى.

والحق في السلم وفقا للدستور الموريتاني هو حق مقيد، نظرا لفرض المشرع الدستوري العديد من القيود عليه، منها قيود دستورية تستلزم عدم المساس بالسيادة

الوطنية والحوزة الترابية ووحدة الأمة والجمهورية، وقيود دولية تستوجب السعي من أجل تحقيق السلم في المغرب العربي الكبير والأمة العربية وإفريقيا والعالم، وفي هذه النقطة بالذات يتفق الدستور الموريتاني مع كل من الدستور الجزائري والتونسي والمغربي.

جملة القول هي أن الدستور الجزائري جاء أكثر صراحة ووضوحا وشمولا في اعترافه بالحق في السلم مقارنة بالدساتير المغربية الأخرى.

وما يجدر بنا قوله تخلصا للحق في السلم، بأن الدول المغربية تعمل دوما للحفاظ على السلم والأمن؛ لأنه بدون سلم وأمن لا تتقدم الدول ولا تتطور علاقاتها الخارجية على المستوى الدولي، وعلى أساس ذلك توجه هذه الدول سياستها نحو القضاء على مخاطر الحروب ومنع استعمال السلاح، وضرورة اللجوء إلى فض النزاعات بالطرق السلمية ونبد اللجوء إلى استعمال القوة كأداة لاستعادة السيادة وتوسيع مجال النفوذ.

كما يجب على الدول المغربية كنموذج أن تسعى إلى ممارسات منفردة أو متجمعة، للقضاء على جميع العقبات التي تعيق إعمال الحق في السلم، سواء على المستوى الوطني وحتى على المستوى الدولي.

لعل التطور العلمي والتكنولوجي للدول المغربية كان الدافع الرئيسي الذي من شأنه العمل على توفير السلم والأمن، خاصة مع ظهور الأسلحة الفتاكة وتطور تكنولوجيا السلاح النووي والذري، الذي تهدد بقاء الجنس البشري في العالم.

المبحث الثاني: الحق في التنمية والحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية

يعتبر الحق في التنمية من حقوق الإنسان الأكثر ارتباطا بحقوق أخرى منها الحق في السلم وحق تقرير المصير، هذه الحقوق جميعها كانت من المقاصد التي سعت ولا تزال تسعى الشعوب لتوفيرها، ومن ثمة العمل على ضرورة تكريسها في بنود دساتيرها ونصوص قوانينها الداخلية، كما أن الحق في العيش في بيئة نظيفة،

سليمة وصحية، خالية من صورة التلوث والضجيج والأشعة الضارة، هو أيضا حق مطلق لكل فرد مغربي، لذا لا بد أن يشترط في هذا الصدد ضرورة إيجاد محيط بيئي هادئ وملائم حتى يستطيع الفرد تنمية عطائه والحفاظ على استقراره وديمومة حقوقه، وكذا المحافظة على هذا التراث البيئي وتنميته المستدامة من الأجيال الحاضرة للأجيال القادمة، فيبقى حقا متوارثا ما بين الأجيال،

ومن المنطق السالف سوف تنصب دراستنا لهذا المبحث على الحق التنمية (المطلب الأول)، والحق في بيئة، نظيفة، سليمة وصحية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحق في التنمية

تعتبر جميع الدول في العالم أن الحق في التنمية من الحقوق التي تمكن الشعوب من ممارسة حقها غير القابل للتصرف في السيادة الدائمة على جميع ثروتها ومواردها، ولا يتحقق هذا الحق إلا بتحقيق التضامن الدولي الذي تمثل غايته النهائية في كرامة الإنسان عن طريق التحسين الدائم لرفاهية كافة أفراد المجتمع، على أساس المشاركة الفعالة الحرة والمهادفة إلى تحقيق التنمية، وضمان التوزيع العادل والمتساوي لجميع الثروات⁽¹⁾.

الحق في التنمية هو من الحقوق المستحدثة الذي لا يمكن إعماله إلا في إطار تحقق فكري السلم والأمن الدوليين؛ لأنه من الحقوق التي تتطلب المشاركة الدؤوبة والمستمرة من العديد من الأطراف منها نشاط الأفراد، دور الدولة والمنظمات العاملة في ذات المجال من أجل تحقيقه وإقراره ثم تكريسه فيما بعد⁽²⁾.

نظرا لأهمية هذا الصنف من الحقوق المستحدثة اعترفت به أغلب الإعلانات

(1) - انظر الإعلان الخاص بالحق في التنمية، الذي اعتمد وعرض للتصديق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 41-128 الصادر بتاريخ 04-02-1986، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993.

(2) - د. عمر سعد الله، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، مرجع سابق، ص 217.

والمواثيق الدولية منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948⁽¹⁾، كما تبناه العهد الدولي لحقوق الاقتصاد والاجتماعية والثقافية بحيث نص على أنه: "يقع على الدولة واجب تشجيع وتحسين ظروف العيش لسكانها، بل يفرض عليها التزاما بتقديم تقارير دورية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي حول التدابير التي اتخذتها والإنجازات التي حققتها"⁽²⁾، وتم الاعتراف به على الصعيد الدولي عام 1979 واعتمده الجمعية العامة بموجب القرار رقم 36-134.

كما أقر بالحق في التنمية الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر سنة 1981، بحيث نص على أنه: "لكل الشعوب الحق في تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية مع الاحترام التام لحريةها وذاتيتها وتمتع المتساوي بالتراث المشترك للجنس البشري".

من واجب الدول بصورة منفردة أو بالتعاون مع الآخرين ضمان ممارسة حق التنمية"⁽³⁾.

الدساتير المغربية لم تختلف عن باقي دساتير العالم في اعترافها بالحق في التنمية وإقراره في مضمون المواد الدستورية، معتبرين إياه حقا أساسيا؛ لأنه يتوقف عليه تكريس باقي الحقوق الأخرى كالحق في السلم والحق في تقرير المصير... الخ.

ففي الدستور الجزائري، ومن خلال التعديل الدستوري لسنة 1996، اعترف المشرع الدستوري بهذا الصنف من الجيل الثالث لحقوق الإنسان، ولعل الأساس الدستوري الذي يؤكد هذا الاعتراف هو ما تضمنته الفقرة الدستورية التي نصت على أنه: "...فالشعب المتحصن بقيمه الروحية الراسخة، والمحافظ على تقاليد في

(1) - انظر الفقرة الرابعة من ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان-1948.

(2) - نص الفقرة الأولى من المادة 16 من العهد الدولي لحقوق الاقتصاد والاجتماعية والثقافية، 1966.

(3) - نص المادة 22 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بتاريخ 28 جويلية 1981.

التضامن والعدل، واثق في قدرته على المساهمة الفعالة في التقدم الثقافي، والاجتماعي، والاقتصادي، في عالم اليوم والغد"⁽¹⁾.

كما نص المشرع على الحق في التنمية في نصوص دستورية أخرى نذكر من أهمها: "إن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية والديمقراطية، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات دستورية، أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية، والمساواة، وضمان الحرية لكل الأفراد"⁽²⁾.

"لقد تجمع الشعب الجزائري في ظل الحركة الوطنية، ثم انضوى تحت لواء جبهة التحرير الوطني، وقدم تضحيات جساما من أجل أن يتكفل بمصيره الجماعي في كنف الحرية والهوية الثقافية الوطنية المستعادتين، ويشيد مؤسساته الدستورية الشعبية الأصيلة"⁽³⁾.

ونص المشرع الدستوري أيضا: "يختار الشعب لنفسه مؤسسات، غايتها ما يأتي:

- المحافظة على الاستقلال الوطني ودعمه.
 - المحافظة على الهوية، والوحدة الوطنية، ودعمها.
 - حماية الحريات الأساسية للمواطن، والازدهار الاجتماعي والثقافي للأمة.
 - القضاء على استغلال الإنسان للإنسان.
 - حماية الاقتصاد الوطني من أي شكل من أشكال التلاعب، أو الاختلاس، أو الاستحواذ، أو المصادرة غير المشروعة"⁽⁴⁾.
- بخصوص الدستور التونسي نجده هو الآخر قد اعترف بالحق في التنمية، هذا ما نص عليه المشرع الدستوري بوضوح في النص الدستوري الذي جاء فيه: "تسعى

(1) - نص الفقرة الحادية عشر من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(2) - نص الفقرة الثامنة من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(3) - نص الفقرة الخامسة من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(4) - نص المادة الثامنة من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

الدولة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية المستدامة، والتوازن بين الجهات، استنادا إلى مؤشرات التنمية، واعتمادا على مبدأ التمييز الإيجابي، كما تعمل على الاستغلال الرشيد للثروات الوطنية"⁽¹⁾.

وبشأن الدستور المغربي المراجع سنة 2011، فالمشروع الدستوري أقر بالحق في التنمية، هذا ما تم التنصيص عليه بوضوح في الفقرة الدستورية التي جاء فيها: "وتأسيسا على هذه القيم والمبادئ الثابتة، وعلى إرادتها القوية في ترسيخ روابط الإخاء والصدقة والتعاون والتضامن والشراكة البناءة، وتحقيق التقدم المشترك، فإن المملكة المغربية، الدولة الموحدة، ذات السيادة الكاملة، المنتمية إلى المغرب العربي الكبير، تؤكد وتلتزم بما يلي:

- العمل على بناء الاتحاد المغربي نخبيا استراتيجيا.
- تعميق أواصر الانتماء إلى الأمة العربية الإسلامية، وتوطيد وشائج الأخوة والتضامن مع شعوبها الشقيقة.
- تقوية علاقات التعاون والتضامن مع الشعوب والبلدان الإفريقية، ولاسيما مع بلدان الساحل والصحراء.
- تعزيز روابط التعاون والتقارب والشراكة مع بلدان الجوار الأورو متوسطي.
- توسيع وتنويع علاقات الصداقة، والمبادلات الإنسانية والاقتصادية والعلمية والتقنية والثقافية مع كل بلدان العالم"⁽²⁾.

كما أقر المشروع الدستوري بالحق في التنمية في الفقرة الدستورية التي نصت على أنه: "تسهر الدولة على تقوية مساهمتهم في تنمية وطنهم المغرب، وكذا على تمتين أواصر الصداقة والتعاون مع حكومات ومجتمعات البلدان المقيمين بها أو التي يعتبرون من

(1) - نص الفصل 12 من دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014.

(2) - نص الفقرات: من الفقرة الرابعة إلى الفقرة التاسعة من تصدير (ديباجة) الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

مواطنيها"⁽¹⁾، وعلى حق التنمية المستدامة في الفقرة الدستورية التي جاء فيها: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في:-التنمية المستدامة"⁽²⁾.

عن الدستور الموريتاني، فقد أعمل المشرع الدستوري الحق في التنمية إعمالاً دستورياً، هذا ما ترجمه النصوص الدستورية التي أقرت بهذا الصنف من الحقوق المستحدثة والتي نصت على أنه: "يعلن الشعب الموريتاني، اتكالا منه على الله العلي القدير، تصميمه على حوزة أراضيه واستقلاله، ووحدته الوطنية، والسهر على حرية تقدمه السياسي والاقتصادي والاجتماعي"⁽³⁾.

كما نص المشرع الدستوري أيضاً: "وحرصاً على خلق الظروف الثابتة لنمو اجتماعي منسجم، يحترم أحكام الدين الإسلامي، المصدر الوحيد للقانون، ويتلاءم ومتطلبات العالم الحديث"⁽⁴⁾.

إذا كان الحق في التنمية يحتل مكانة مركزية هامة في طائفة حقوق التضامن المشتركة، فإن دساتير الدول المغاربية الأربعة اتفقت على إحاطة هذا الصنف من الحقوق المستحدثة بالاهتمام الوافر والعناية الفائقة، ولكن في حقيقة الأمر نجد أنها قد اختلفت على العموم، ويعود هذا التباين إلى الخصوصيات والمميزات التي تميزه عن نظرائه من الدساتير المغاربية الأخرى.

فالدستور الجزائري لم يختلف عن الدساتير المغاربية الأخرى من جهة اعترافه بالحق في التنمية، فق أقر المشرع الدستوري بهذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة، فورد إقراره به في شكل ضمني غير مباشر وفي صورة غير صريحة وبصفة عامة لا

(1) - نص الفقرة الثانية من الفصل 16 من الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

(2) - انظر الفقرة الأولى والعاشر والحادية عشر من الفصل 31 من الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

(3) - نص الفقرة الأولى من ديباجة دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

(4) - نص الفقرة الرابعة من ديباجة دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

خاصة، زيادة على ذلك أن المشرع الدستوري قد أحاط هذا الصنف من الحقوق المستحدثة بالحماية الشاملة والاهتمام الواسع، غير أن هذا الحق يبقى حقا غير مطلق، ويعود ذلك لتقييده بالعديد من القيود المختلفة، خاصة القيود الدستورية التي تقتضي حماية الاقتصاد الوطني وازدهاره، وضرورة بناء مؤسسات دستورية قادرة على تحقيق التنمية الشاملة والعادلة.

لم يختلف الدستور التونسي هو الآخر عن نظرائه من الدساتير المغاربية الأخرى من جهة إقراره بالحق في التنمية، فقد أقر به المشرع الدستوري التونسي فجاء إقراره بشكل صريح وواضح، وبصورة غير مباشرة وضمنية، كما نص عليه كذلك بصفة خاصة لا عامة، ويكون في هذه النقطة قد اتفق مع الدستورين الجزائري والموريتاني.

علاوة على ذلك فالدستور التونسي نجده لم يوفر الحماية الدستورية الكافية لحماية هذا الصنف من الحقوق المستحدثة، وفي هذه النقطة نجده يختلف عن الدستور الجزائري والمغربي والموريتاني، بالإضافة إلى ذلك فالحق في التنمية هو حق غير مطلق، لكون المشرع الدستوري التونسي قد وضع العديد من القيود الدستورية المتضمنة ضرورة العمل لتوفير أسباب الرفاهية لتنمية الاقتصاد الوطني، وكذا استخدام ثروة البلاد لفائدة الشعب، وفي هذه النقطة بالذات نجد الدستور التونسي يتفق مع باقي الدساتير المغاربية الأخرى.

كما يتفق الدستور المغربي مع الدساتير المغاربية الأخرى بشأن إعماله الدستوري للحق في التنمية، فقد أقر به بشكل صريح ومباشر، وبصورة خاصة، كون المشرع قد خصص لهذا الصنف من الحقوق نصوصا دستورية خاصة للتخصيص عليه، وفي هذه النقطة يكون الدستور المغربي قد اختلف عن باقي الدساتير المغاربية الأخرى، زيادة على ذلك فالدستور المغربي وفر الحماية الشاملة للحق في التنمية، وذلك عن طريق تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير استفادة جميع المواطنين بهذا الحق وعلى قدم المساواة، فيكون في هذه النقطة قد اتفق الدستور المغربي مع الدستور الجزائري.

والحق في التنمية هو حق غير مطلق؛ لكون المشرع فرض عليه قيودا دستورية كثيرة تملخص مجملها في ضرورة قيام الأفراد بالعمل وسعيهم الدؤوب من أجل تنمية وطنهم المغرب، زيادة على القيود الدولية المتضمنة وجوب العمل على تمتين أواصر التنمية مع البلدان المجاورة والدول الإفريقية وسائر بلدان العالم، وفي هذه النقطة يكون الدستور المغربي قد اتفق مع كافة الدساتير المغاربية.

لم يختلف الدستور الموريتاني كثيرا عن الدساتير الأخرى لجهة وطبيعة إقراره بالحق في التنمية، فقد نص هو الآخر على الصنف من الحقوق المستحدثة، فجاء إقراره ضمنيا وبشكل غير صريح، بصورة عامة لا خاصة، متفقا في ذلك مع الدستورين الجزائري والتونسي، كما وفر المشرع الدستوري الموريتاني لهذا الحق العديد من الضمانات ووفر له الحماية الضرورية، ويكون في هذه النقطة قد اتفق مع باقي الدساتير المغاربية الأخرى، كما أن الحق في التنمية هو حق مقيد كون المشرع الدستوري قد قيده بالعديد من القيود الدستورية التي تتطلب ضرورة المحافظة على الحوزة الترابية للجمهورية الموريتانية، وعدم الخروج عن أحكام الدين الإسلامي، وفي هذه النقطة قد اتفق الدستور الموريتاني مع الدساتير المغاربية الأخرى.

يجدر بنا إذن القول بأن الدستور المغربي جاء أكثر صراحة ووضوحا وشمولا في اعترافه بالحق في التنمية، مقارنة بالدساتير المغاربية الأخرى.

ما يمكن بنا قوله تخلصا للحق في التنمية، أنه يجب على الدول المغاربية أن تجعل من الحق في التنمية التزاما على عاتقها، مع ضرورة النهوض به خدمة لأهدافها ومصالح شعوبها، وذلك عن طريق العمل الانفرادي أو بالتعاون مع بعضها البعض؛ نظرا للمصير المشترك الذي يجمعها، بحيث تتحمل كل دولة مسؤولية تعزيز وتطور شعبها وشعوب الدول المجاورة لها، وذلك باختيار وسائل التنمية الضرورية له، وتعبئتها واستخدام مواردها، وتنفيذ الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية واستئصال كل العراقيل التي تعرقل هذه التعبئة.

المطلب الثاني: الحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية

يعتبر الحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية ومحمية من جميع أشكال التدمير، حقا فرديا وجماعيا نشأ كرد فعل على مخاطر النفايات السامة والإشعاعات النووية... الخ، التي تهدد الإنسان، والتي فجرها التقدم العلمي في ظل نظام دولي شامل متمم بالعصر الذري والنووي وتعدد الأقطاب، كما ظهر هذا الصنف من الحقوق نتيجة الاهتمام الدولي بالبيئة وبالقضايا والمشاكل المتمخضة عنها، وظهور هيئات جندت نشاطها لمحاربة التلوث.

وقد ظهر لأول مرة على المستوى الدولي في إعلان ستوكهولم حول البيئة الإنسانية سنة 1972، الذي تضمن حق الإنسان في بيئة سليمة ومسؤولية الدولة والإنسان معا على حماية البيئة لصالح الأجيال القادمة، ومن بعده إعلان ريو دي جانيرو عن البيئة والتنمية سنة 1992، المسمى بمؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالبيئة والتنمية، والذي تضمن حماية البيئة البحرية والبرية والجوية من التلوث، والحفاظ على البيئة الطبيعية بعناصرها المتوازنة والحق في التمتع بالثروات الموجودة في أعماق البحار والحق في بيئة صحية ومتوازنة.

علاوة على ذلك يعد الحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية، أحد أهم حقوق التضامن المشتركة، وأصبح اليوم من أبرز حقوق الإنسان الأساسية، خاصة وأن موضوعات البيئة ومشكلاتها والمسائل الخاصة بها لم تكن وليدة اليوم بل بدأت مع ظهور الثورة الصناعية والزراعية، فتهاقت الدول على تحقيق أسرع وأكبر معدل لنموها الاقتصادي والاجتماعي، حينها صارت البيئة أكثر عرضة للاستغلال غير الرشيد لمواردها، وعندئذ أصبحت الحاجة ملحة لقواعد تضبط سلوك الإنسان في تعامله مع البيئة على نحو يحافظ على توازنها الإيكولوجي⁽¹⁾.

(1)- Arlette Hymann DOAT, libertés publiques et droits de l'homme, 5ème édition, L. G. D. J, Paris, FRANCE, 1998, p192-200 .

كما جاء ميلاد قانون البيئة جد متأخر، باعتبار أن الاهتمام المعاصر بها لم يبرز إلا في السبعينيات من هذا القرن، عندما بدأت الموارد في النضوب والزوال⁽¹⁾، ومنذ ذلك الوقت عرفت البيئة عدة مسائل مست بها بصورة كلية أو جزئية، كالتلوث الذي هو إفساد مباشر للخصائص العضوية أو الحرارية أو البيولوجية أو الإشعاعية لأي جزء من البيئة، كتفريغ وإطلاق النفايات، التي تسبب أضرارا وخيمة على الصحة العامة وسلامة الحيوانات والموارد الحية والثروة النباتية.

من مشاكل البيئة أيضا الإسراف الذي يعد تجاوز الحد المعقول للموارد البيئية، كما ظهرت صورة أخرى تمس بالبيئة وعناصرها أطلق عليها بظاهرة الاستنزاف البيئي الذي يعد هو الآخر مظهرا من مظاهر إتلاف عناصر البيئة والإنقاص من مواردها وثرواتها، سواء الحيوانية أو النباتية أو المائية أو الأرضية⁽²⁾.

نظرا لأهمية الحق في البيئة والعناية الفائقة به؛ تم إقراره كحق من حقوق الجيل الثالث لحقوق الإنسان. هذا ما أقره الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر سنة 1981: "لكل الشعب حق في بيئة مرضية وشاملة وملائمة لتنميتها"⁽³⁾.

من الأساس السالف وجد هذا النوع من حقوق التضامن المشتركة صدى كبيرا وإعمالا واسعا في الدساتير المغاربية الأربعة، فإذا ألقينا نظرة على الدستور الجزائري من خلال مضمون التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996، نجد ديباجة التعديل قد أشارت إلى ضرورة تمتع الإنسان ببيئة نظيفة وسليمة⁽⁴⁾.

كما أقر المشرع الدستوري الجزائري كذلك بهذا الصنف من الجيل الثالث

(1) - عبد المقصود الغنيمي، البيئة والإنسان، دراسة في مشكلات الإنسان مع البيئة، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 115.

(2) - مصطفى كراجي، حماية البيئة، نظرات حول الالتزامات والحقوق في التشريع الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 07، العدد 02، سنة 1997، صص 49-59.

(3) - نص المادة 24 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر سنة 1981.

(4) - انظر الفقرة الحادية عشر من ديباجة التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

لحقوق الإنسان بصفة عامة في نصوص دستورية أخرى، من أهمها ما تم النص عليه في المادة الدستورية التي جاء فيها: "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة".

وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته، وعدم انتهاك حرمة⁽¹⁾.

زيادة على ذلك اعترف المشرع الدستوري بحق السلطة التشريعية بالتشريع في القواعد المتعلقة بالبيئة والتهيئة العمرانية، القواعد المتعلقة بحماية الثروة الحيوانية والنباتية، النظام العام للغابات والأراضي الرعوية، النظام العام للمياه، النظام العقاري⁽²⁾.

يمكن استخلاص الإقرار الدستوري للحق في البيئة أيضا من مضمون المادة الدستورية التي جاء فيها: "الملكية العامة هي ملك للمجموعة الوطنية".

وتشمل باطن الأرض، والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية، في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، والمياه، والغابات.

كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، والنقل البحري والجوي، والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وأملاكا أخرى في القانون⁽³⁾.

لم يبق الاعتراف بالحق في بيئة نظيفة وسليمة محصورا في مجال الإقرار الدستوري له، بل وجد إعمالا واسعا في النطاق التشريعي، وهذا كله راجع لتفاقم المشكلات الماسة بالبيئة، فوضع مشرع البيئة أدوات تكفل الحماية من الأخطار

(1) - نص المادة 32 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(2) - انظر الفقرات 20-21-23-24-26 من المادة 122 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

(3) - نص المادة 17 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996.

البيئية، منها أداتي الحظر والإلزام، سواء تعلق الأمر بمشكلة التلوث البيئي أو الإسراف البيئي أو الإهمال البيئي⁽¹⁾.

كما صدرت العديد من القوانين التي تسعى إلى حماية البيئة من جميع المخاطر المهددة لها⁽²⁾، والتي تركزت من خلالها أنظمة تهدف في مجملها إلى ضمان أكثر للحق في البيئة.

ولو رجعنا إلى القانون رقم 83-03 المتعلق بحماية البيئة نجد أنه قد رتب التزامات ضرورية يجب مراعاتها منها: ضرورة القيام بدراسات قصد المحافظة على التوازن البيئي لتقدير الانعكاسات المباشرة وغير المباشرة لجميع الأشغال وأعمال التهيئة والمنشآت الكبرى بحكم أبعادها وآثارها على النظام البيئي وتوازنه، وحتى على الجانب الجمالي للبيئة، وكذا ضرورة إجراء التحقيق العمومي لمدى التأثير على البيئة، باعتباره وسيلة لمساهمة المواطنين أو ذوي المصلحة في حماية البيئة⁽³⁾، إضافة إلى ضرورة الحصول على الترخيص الإداري، وهنا للسلطة الإدارية حق الموافقة على بعض التصرفات التي يطلبها الأفراد، كما قد ترفض ذلك مع تسبب رفضها؛ لأن لها سلطة تقديرية واسعة للموازنة بين حماية المصالح العامة والخاصة.

زيادة على ذلك فهي تسعى دوماً لحماية المصلحة العامة على حساب كل

(1) - عوادي فريد، الإسلام والبيئة، مذكرة لنيل درجة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، الموسم الجامعي 2004-2005، صص 72-88.

(2) - منها: المرسوم رقم 92-354 الصادر بتاريخ 23/09/1992 المتضمن الانضمام إلى اتفاقية فيينا لحماية البيئة وطبقة الأوزون المبرمة في فيينا في 22/03/1985، ج.ر.ج.د.ش، العدد 69 الصادرة بتاريخ 23/03/1985، المعدل والمتمم؛ المرسوم التنفيذي رقم 90-78 الصادر بتاريخ 27/02/1990 المتعلق بدراسة التأثير في البيئة، ج.ر.ج.د.ش، العدد 10 الصادرة بتاريخ 28/02/1990، المعدل.

(3) - مصطفى كراجي، كفاءات تطبيق التشريع المتعلق بتسيير المحيط وحماية البيئة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد الأول، سنة 1996، صص 15-20.

الاعتبارات الخاصة، وهذا كله في سبيل تحقيق فكرة المرفق العام⁽¹⁾، إضافة إلى ضرورة التصريح من صاحب العمل أو النشاط، والهدف منه إعلام السلطة الإدارية عن إرادتها في القيام بعمل يتصل بالبيئة⁽²⁾.

بخصوص المشرع الدستوري التونسي، فشأنه شأن المشرع الدستوري الجزائري، اعترف هو الآخر بالحق في البيئة، سواء من حيث الاعتراف الدستوري⁽³⁾، أو التنصيص التشريعي، خاصة وأن تونس من الدول المغاربية السبّاقة إلى المصادقة على معظم الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية المتعلقة بحماية البيئة، زيادة على إرسالها العديد من الهياكل والأجهزة المختصة بالبيئة منها: وزارة البيئة والتهيئة الترابية، الوكالة الوطنية للمحافظة على المحيط، وكالة حماية وتهيئة الشريط الساحلي، المركز الدولي لتكنولوجيا البيئة.

كما أن تونس قد وضعت التشريعات الخصوصية ومختلف مخططات وبرامج العمل الوطنية المتعلقة بالبيئة من أهمها: الملك العمومي البحري، مقاومة التلوث البحري، التصرف في النفايات وبرامج التطهير في الأرياف والمدن، حماية الشريط الساحلي، المحافظة على التنوع البيئي، مقاومة التصحر، مقاومة التلوث الصناعي.

ومن وسائل التحفيز وآليات التمويل التي سنتها تونس من أجل المحافظة على البيئة وجعلها دائما محيطا نظيفا وسليما: الجائزة الكبرى لرئيس الجمهورية لحماية الطبيعة والمحيط، صندوق مقاومة التلوث الصناعي، امتيازات جبائية في إطار المجلة

(1) - انظر المواد: 8-9-10 من المرسوم رقم 90-79 الصادر بتاريخ 1990/02/27 المتضمن تنظيم نقل المواد الخطرة، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 10، الصادرة بتاريخ 1990/02/28، المعدل.

(2) - انظر المرسوم التنفيذي رقم 94-20 المؤرخ في 1994/10/17 المتعلق بالمناطق الحرة، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 67، الصادرة بتاريخ 1994/10/18، المعدل.

(3) - حيث نص المشرع الدستوري التونسي في الفقرة الأخيرة من توطئة (ديباجة) الدستور لسنة 2014 على أنه: "ووعيا بضرورة المساهمة في سلامة المناخ والحفاظ على البيئة سليمة بما يضمن استدامة مواردنا الطبيعية واستمرارية الحياة الآمنة للأجيال القادمة...".

الجديدة للبحث على الاستثمار⁽¹⁾.

كما وضعت تونس أيضا آليات جديدة للملاحظة والمراقبة البيئية نذكر منها: أجندة تونس 21 ومؤشرات للتنمية المستدامة، التقرير الوطني السنوي حول وضع المحيط⁽²⁾.

لكن إذا ألقينا نظرة دستورية معمقة في مضمون الدستور التونسي نجد أن المشرع الدستوري لم ينص على الحق في بيئة نظيفة وسليمة بصفة خاصة بل بصفة عامة، بدليل أن المشرع لم يخصص لهذا الحق مادة دستورية مستقلة بل أقر به بصورة ضمنية، وهذا ما يستخلص من فحوى فصول الدستور، خاصة مضمون النصين الدستوريين اللذين ورد فيهما أنه: "تسعى الدولة إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، والتنمية المستدامة، والتوازن بين الجهات، استنادا إلى مؤشرات التنمية واعتمادا على مبدأ التمييز الإيجابي، كما تعمل على الاستغلال الرشيد للثروات الوطنية"⁽³⁾، "الثروات الطبيعية ملك للشعب التونسي، تمارس الدولة السيادة عليها باسمه.

تعرض عقود الاستثمار المتعلقة بها على اللجنة المختصة بمجلس نواب الشعب، وتعرض الاتفاقيات التي تبرم في شأنها على المجلس للموافقة"⁽⁴⁾.

زيادة على ذلك فقد نص المشرع الدستوري التونسي على أنه تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة بالمبادئ الخاصة بالبيئة والتهيئة الترابية والعمرانية

(1) - د. نادر فرجاني، نحو ميثاق عربي لحقوق الإنسان، محاضرة ألقاها بمناسبة الدورة الأولى لمنذر العنيتاوي المنعقدة بالمعهد العربي لحقوق الإنسان من 12 إلى 18 مارس 1990، سلسلة دراسات المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، صص 24-26.

(2) - حقوق الإنسان في تونس، خيارات وإنجازات، منشورات الهيئة العليا لحقوق الإنسان، تونس، 1998، صص 26-27.

(3) - نص الفصل 12 من دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014.

(4) - نص الفصل 13 من دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014.

والطاقة⁽¹⁾.

ما يستفاد من التنصيص الدستوري التونسي أن المشرع الدستوري قد أقر بالحق في البيئة بصورة ضمنية كما كرسه تكريسا غير مباشر، ومع ذلك تبقى الدولة التونسية من أهم الدول الحديثة التي اهتمت ولا تزال تصب كامل اهتماماتها في مجال حماية البيئة حتى تظل البيئة فعلا بيئة صحية، نظيفة وسليمة.

أما بخصوص الدستور المغربي الجديد فقد انفرد عن نظرائه من الدساتير المغربية بالتنصيص على حق العيش في بيئة نظيفة، سليمة وصحية، فالمشرع الدستوري أولى اهتماما فائقا بهذا الصنف من الحقوق المستحدثة معتبرا إياه أحد أهم أعمدة الجيل الثالث لحقوق الإنسان، ومرجع ذلك تداخل هذا النوع من الحقوق وتكامله مع باقي الحقوق الأخرى للجيل الأول والثاني.

ومن النصوص الدستورية التي أقرت صراحة بكفالة المشرع الدستوري المغربي لهذا الحق بصورة جلية واضحة هو ما تم التنصيص عليه في الفصل الدستوري الذي جاء فيه: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في: - الحصول على الماء والعيش في بيئة سليمة"⁽²⁾.

لهذا الغرض تم إحداث المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي كهيئة استشارية في جميع القضايا التي لها طابع بيئي⁽³⁾، زيادة على ذلك فقد أناط المشرع الدستوري للقانون المغربي صلاحية التشريع في الميادين المتعلقة بالتعمير وإعداد التراب⁽⁴⁾، القواعد المتعلقة بتدبير البيئة وحماية الموارد الطبيعية والتنمية

(1) - انظر الفقرتين الأولى و16 من الفصل 65 من دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014.

(2) - انظر الفقرة الأولى والحادية عشر من الفصل 31 من الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

(3) - انظر الفصول: 151-152-153 من الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

(4) - انظر الفقرة 26 من الفصل 71 من الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

المستدامة⁽¹⁾، نظام المياه والغابات والصيد⁽²⁾.

على الصعيد التشريعي المغربي نجد هناك أيضا اعتراف القوانين المغربية بالحق في البيئة، هذا ما تأكد بوضوح في مضمون بعض النصوص القانونية التي تشير إلى الحفاظ على البيئة، والتي ترجع إلى المرحلة الكولنيالية (الاستعمارية)، كما تم خلق - في الفترة الأخيرة ومنذ سنوات فقط - وزارة البيئة، ولكنها لا تزال ضعيفة وتابعة للوزارات الكبرى، كما تم إنشاء المجلس الوطني للبيئة الذي يبقى مجرد مجلس فني وهش لم ينطلق في سن الآليات والجهود من أجل حماية البيئة والمحافظة عليها⁽³⁾.

بشأن الدستور الموريتاني فقد أقر بحق الإنسان في بيئة نظيفة وسليمة، ولكن هذا الإقرار جاء في شكل ضمني غير صريح، باعتبار أن المشرع الدستوري لم يخصص لهذا النوع من الحقوق المستحدثة مادة دستورية مستقلة وخاصة تركز هذا الحق وتعترف به، إلا ما يمكننا أن نستنبطه من خلال ما تضمنته ديباجة الدستور، والتي تضمنت ضرورة احترام الإشعاع الحضاري والاقتصادي والتمسك بهما تكريساً لمبادئ الديمقراطية الحقيقية⁽⁴⁾.

بالرجوع إلى مواد دستورية أخرى نجد المشرع الدستوري يعترف بالتنظيم القانوني للحق في البيئة، هذا ما تم النص عليه في النصوص الدستورية التي جاء فيها: "تدخل في مجال القانون: -النظام العام للمياه والمعادن والمحروقات والصيد والتجارة البحرية والثروة الحيوانية والنباتية والبيئة"⁽⁵⁾.

(1) - انظر الفقرة 27 من الفصل 71 من الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

(2) - انظر الفقرة 28 من الفصل 71 من الدستور المغربي المراجع سنة 2011.

(3) - حورية التازي صادق، الجيل الثالث لحقوق الإنسان -الحق في بيئة سليمة نموذجاً -، مداخلة بمناسبة أشغال الجامعة الصيفية الثانية، من 06 إلى 10 سبتمبر 1996، بمعهد التكنولوجيا الفندقية والسياحية بسلا، منشورات الجمعية المغربية، الرباط، المغرب، صص 155-156.

(4) - انظر ديباجة دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

(5) - نص الفقرات: الأولى والعاشرة والحادية عشر من المادة 57 من دستور الجمهورية الإسلامية

إن الدساتير المغاربية الأربعة قد اعترفت بحق الفرد في بيئة نظيفة وسليمة، إلا أننا نلاحظ وجود فوارق وأوجه اختلاف عديدة فيما بينها، ترجع إلى تباين خصوصيات كل دستور عن نظرائه من الدساتير الأخرى.

فالدستور الجزائري ومن خلال التعديل الدستوري لسنة 1996، لم يختلف كثيرا عن باقي الدساتير المغاربية الأخرى من جهة إقراره بالحق في البيئة، فقد أقر المشرع الدستوري بالحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية من خلال ما تضمنته ديباجة الدستور ومختلف النصوص الدستورية الأخرى، فجاء هذا الإقرار بشكل ضمني وغير صريح، كما ورد بصفة عامة وغير مباشرة، ويكون الدستور الجزائري قد اتفق في هذه النقطة مع الدستورين التونسي والموريتاني.

كما أن المشرع الدستوري قد وفر لهذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة الحماية القانونية اللازمة عند أي مساس أو انتهاك للبيئة أو عناصرها، وفي هذه النقطة قد اتفق الدستور الجزائري مع الدستور المغربي، زيادة على ذلك فالحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية هو حق مقيد وغير مطلق ومرجع ذلك هو تقييده بالعديد من القيود القانونية، وفي هذه النقطة بالذات نجد الدستور الجزائري قد اتفق مع الدساتير المغاربية الأخرى.

لم يختلف الدستور التونسي عن الدستور الجزائري والموريتاني في إقراره بالحق في البيئة، فقد نص عليه بصورة ضمنية غير صريحة في توطئة (ديباجة) الدستور، مما يعني أنه نص على الحق في البيئة بصفة عامة لا خاصة، كما لم يضع المشرع الدستوري الضمانات الكفيلة بحماية هذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة عند أي مساس أو انتهاك، إضافة إلى ذلك فالمشرع الدستوري التونسي لم يقيد ممارسة هذا الحق بقيود قانونية أو ضوابط أخرى، مما يعني أن التمتع به هو مطلق غير مقيد، فيكون في هذه النقطة قد اتفق مع الدستورين المغربي والموريتاني.

الموريتانية.

يختلف الدستور المغربي عن الدساتير الجزائرية والتونسي والموريتاني في اعترافه بالحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية، بشكل صريح وبصفة مباشرة، وبذلك يكون المشرع الدستوري قد اعترف بالحق في البيئة بصفة خاصة لا عامة، لكونه قد خصص فصولا خاصة ومستقلة للتخصيص على هذا الصنف من حقوق التضامن المشتركة.

زيادة على ذلك فقد أحاطه المشرع الدستوري بالحماية الفائقة حتى لا يكون عرضة للانتهاك أو المصادرة، ويكون في هذه النقطة قد اتفق الدستور المغربي مع الدستور الجزائري، كما يعد هذا الصنف من الحقوق حقا مطلقا غير مقيد؛ كون المشرع لم يقيد ممارسته بضوابط قانونية أو استيفاء شروط أو إجراءات معينة، ويتفق الدستور المغربي في هذه النقطة مع الدستورين التونسي والموريتاني.

يتفق الدستور الموريتاني مع الدستورين الجزائري والتونسي من جهة إقراره بالحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية، فقد نص عليه بصورة ضمنية غير مباشرة من خلال مضمون ديباجة الدستور، ومختلف النصوص الأخرى مما يعني أنه نص على هذا النوع من حقوق التضامن المشتركة بصفة عامة لا خاصة، كما أن المشرع لم يوفر الضمانات الكفيلة لحماية هذا الحق من مختلف أشكال الانتهاك والتجاوز الذي قد يمس بالبيئة ويهددها، وفي هذه النقطة نجد الدستور الموريتاني يتفق كثيرا مع الدستور التونسي ويختلف عن الدستورين الجزائري والمغربي، زيادة على ذلك فهذا الصنف من الحقوق هو حق مطلق، ومرجع ذلك أن المشرع الدستوري لم يقيد ممارسته بأية قيود أو ضوابط أو شروط، فيكون الدستور الموريتاني قد اتفق كثيرا مع الدستورين التونسي والمغربي واختلف عن الدستور الجزائري في هذه النقطة الأخيرة.

على أساس ذلك يمكن لنا القول بأن المشرع الدستوري المغربي كان أكثر صراحة ووضوحا في إقراره بالحق في البيئة مقارنة بما جاء به كل من الدستور الجزائري، التونسي والموريتاني.

تخلاصة للحق في بيئة نظيفة، سليمة وصحية يمكننا القول بأن هذا الحق من الحقوق الأساسية للجيل الثالث أو ما يصطلح عليها بحقوق التضامن المشتركة، حيث أخذ القسط الوافر من الاهتمام ونصيبها لا بأس به في دساتيرنا المغربية على العموم، كما أصبح يشكل هذا الصنف من الحقوق المستحدثة حجر الأساس من البحث والعناية، هذا ما يستفاد من اللقاءات والندوات والمحاضرات والمؤتمرات التي يعقدها رجال الفكر القانوني بجميع هيئاته وأشخاصه، وكذلك مختلف البحوث والاستبيانات والإحصائيات التي يقوم الباحثون في علم الإيكولوجيا، وحماة الغابات، وعلماء الأرض والبحر والطقس، والبيولوجيون، وغيرهم من الأشخاص الذين يدافعون عن البيئة، وعلى وجه الخصوص الاقتصاديون وعلماء الآثار⁽¹⁾.

وكما قالت الأستاذة حورية التازي صادق: "بدون ديمقراطية ومواطنة حقيقية لا يمكن أن ينمو هذا الحق ويتطور، كما أن الديمقراطية لا يمكن أن تتحقق فعلا بدون حقوق الإنسان ومن بينها الحق في بيئة سليمة ونظيفة"⁽²⁾.

لكن تجدر الإشارة إلى أن التشريعات الداخلية للدول المغربية الخاصة بحماية البيئة تشهد قصوراً من حيث حجم النصوص القانونية وإجراءات تطبيقها وتنفيذها على أرض الواقع، ناهيك عن تلك الأدوات القانونية التي لم تر النور لعدم صقلها في الميزان العملي، والدلائل كثيرة، منها ما نقرأه يوميا في الصحف والمجلات من مقالات يشكو أصحابها جسامه الأخطار البيئية كالتلوث والتصحر وقطع الغابات وحرقتها ورمي النفايات والقمامات في الأحياء السكنية... الخ.

خاتمة

ما يمكن لنا أن نقوله بالنسبة للجيل الثالث من حقوق الإنسان من خلال ما اعترفت به الدساتير المغربية الأربعة، أن هذا الشق الجديد من حقوق الإنسان

(1) - عوادي فريد، الإسلام والبيئة، مرجع سابق، ص115.

(2) - حورية التازي صادق، الجيل الثالث لحقوق الإنسان، الحق في بيئة سليمة نموذجاً، مرجع سابق، ص155.

يواجه العديد من النقائص والمعوقات سواء ما تعلق بالجانب الدستوري أو الجانب القانوني. وحتى يتم إبرازه بصورة أوفر وأكثر دلالة، يجب إعادة النظر فيه ومراجعة تلك النقائص الواردة فيه لتفاديها والعمل على استدراكها ومن ثمة القضاء عليها أو الحد منها كما يأتي:

على مستوى التنصيص الدستوري، فعموما نجد أن هذه الحقوق تم إقرارها بصورة عامة لا خاصة، بحيث لم يخصص لها مشرعو الدساتير نصوصا دستورية منفردة إلا ما ورد في فقرات المواد أو إقرار ضمني وفقا لما احتوت عليه مقدمات الدساتير هذا من جهة، ومن جهة ثانية لم تحدد الضمانات ومختلف الأدوات الكفيلة والناجعة لمواجهة أوجه الانتهاكات التي تمس هذا الشق من الحقوق بصورة أشمل وأدق.

أما على المستوى التشريعي فنسجل ضعفا كبيرا وفادحا في حجم القوانين التي تنص على الحقوق المستحدثة، فمثلا بشأن الحق في البيئة لم تحدد القوانين كيفية التعامل معها كمحيط سليم، صحي ونظيف، أو إجراءات ووسائل حماية هذا الوسط الذي يكسب للفرد حقوقا ويحمله واجبات، حتى يوفر له في آخر المطاف عوامل البقاء والاستمرار والتطور.

وبالنسبة للحقوق الأخرى كالحق في السلم والحق في التنمية، فلا نجد أية تشريعات داخلية تعمل على التكريس الداخلي لهذين الحقين بصفة فعلية، وعن الحق في تقرير المصير، يعد من الناحية القانونية والدستورية موجودا، وفي الواقع العملي هو حق غير موجود مطلقا.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع بالعربية

1- الكتب:

- عبد المقصود الغنيمي، البيئة والإنسان، دراسة في مشكلات الإنسان مع البيئة، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.
- عبد الوهاب عبد العزيز الشيشاني، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة، مطابع الجمعية العلمية الفكرية، بيروت، لبنان، 2000.
- عمر سعد الله، مدخل إلى القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1993.
- _____، حقوق الإنسان وحقوق الشعوب، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000.
- محمد فتحي عثمان، حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانوني الغربي، دار الشروق، بيروت، لبنان، 2002.

2- الرسائل والمذكرات:

- عوادي فريد، الإسلام والبيئة، مذكرة لنيل درجة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، الموسم الجامعي 2004-2005.

3- المقالات:

- الصادق شعبان، حقوق الإنسان المدنية في الدساتير العربية، الجزء الأول، شؤون عربية، العدد 49 مارس 1997.
- مصطفى كراجي، كفاءات تطبيق التشريع المتعلق بتسيير المحيط وحماية البيئة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد الأول، سنة 1996.

_____، حماية البيئة، نظرات حول الالتزامات والحقوق في التشريع الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 07، العدد 02، سنة 1997.

4- المؤتمرات:

- عبد الله الولادي، العلاقة العضوية بين حق التنمية وحقوق الإنسان، المؤتمر الخامس عشر لاتحاد المحامين العرب المنعقد ما بين 02 و05 من نوفمبر سنة 1994، بجامعة سوسة، الجمهورية التونسية.

5- المحاضرات:

- نادر فرجاني، نحو ميثاق عربي لحقوق الإنسان، محاضرة ألقاها بمناسبة الدورة الأولى لمنذر العنتباوي المنعقدة بالمعهد العربي لحقوق الإنسان من 12 إلى 18 مارس 1990، سلسلة دراسات المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس.

6- المداخلات:

- حورية التازي صادق، الجيل الثالث لحقوق الإنسان، الحق في بيئة سليمة نموذجاً، مداخلة بمناسبة أشغال الجامعة الصيفية الثانية، من 06 إلى 10 سبتمبر 1996، بمعهد التكنولوجيا الفندقية والسياحية بسلا، منشورات الجمعية المغربية، الرباط، المغرب.

7- المنشورات:

- حقوق الإنسان في تونس، خيارات وإنجازات، منشورات الهيئة العليا لحقوق الإنسان، تونس، 1998.

- عبد الحميد أمين، حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية بالمغرب، منشور في عدد خاص تحت عنوان: "حقوق الإنسان المعايير وآليات الحماية"، صادر عن كل من الجمعية المغربية لحقوق الإنسان ومعهد حقوق الإنسان بليون، أشغال الجامعة الصيفية الثانية، سبتمبر 1996.

8- النصوص القانونية:

أ- الإعلانات العالمية:

-الإعلان الخاص بشأن حقوق الشعوب في السلم، الذي اعتمد وعرض للتصديق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 11-39 الصادر بتاريخ 12-11-1984، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993.

-الإعلان الخاص بالحق في التنمية، الذي اعتمد وعرض للتصديق بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 41-128 الصادر بتاريخ 04-02-1986، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993.

ب-المواثيق الدولية:

-ميثاق الأمم المتحدة الصادر سنة 1945.

-الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الصادر بتاريخ 28 جويلية 1981.

ج-الاتفاقيات الدولية:

-العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية، اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ 20 ديسمبر 1966، دخل حيز النفاذ بتاريخ 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993.

- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعرضته للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 2200-ألف (د/21) بتاريخ 16 كانون الأول/ ديسمبر 1966، ودخل حيز النفاذ في 03 كانون الثاني/ جانفي 1976، طبقا للمادة 27، حقوق الإنسان، مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول، الأمم المتحدة، نيويورك، 1993.

د-الدساتير:

- التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.د.ش، العدد 76. الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 03/02، المؤرخ في 10 أبريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج.د.ش، العدد 25، الصادرة بتاريخ 14 أبريل 2002، والمعدل أيضا بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج.د.ش، العدد 63، الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

- دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014، وهو الدستور الصادر عن المجلس الوطني التأسيسي، والمنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية يوم الاثنين 10 فيفري 2014، عدد خاص، يتضمن النص الكامل للدستور التونسي الجديد، دخل حيز النفاذ يوم 10 فيفري 2014.

- الدستور المغربي لسنة 2011، وهو الدستور الصادر بموجب الاستفتاء 13 سبتمبر 1996 المعلن عنه بالقرار الدستوري رقم 117. 96 المؤرخ في الفاتح أكتوبر 1996، والمنفذ بالظهير الشريف رقم 1. 96. 157 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 1996، ج.ر. العدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 08 أكتوبر 1996، المراجع بموجب استفتاء الفاتح جويلية سنة 2011، ج.ر، العدد 5952 مكرر، الصادرة بتاريخ 17 جويلية 2011.

- دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية لـ 20 جويلية 1991، الصادر بموجب استفتاء 12 جويلية 1991، المعلن عنه من اللجنة العسكرية للخلاص الوطني ج.ر. لسنة 1991، الصادرة بتاريخ 13 جويلية 1991، وبدأ العمل به بموجب الأمر القانوني رقم 91/22 المؤرخ في 20 جويلية 1991، ج.ر لسنة 1991، المعدل بموجب تعديلات 25 جويلية 2006، التي أدخلها عليه مجلس الحكم العسكري الانتقالي الموريتاني، المعدل بموجب تعديلات 25 جويلية 2006، التي أدخلها عليه

مجلس الحكم العسكري الانتقالي الموريتاني، والتي عرضت على الاستفتاء بتاريخ 25 جويلية 2006، ج. ر 2006، الصادرة بتاريخ 26 جويلية 2006.

ه- المراسيم:

- المرسوم رقم 92-354 الصادر بتاريخ 23/09/1992، المتضمن الانضمام إلى اتفاقية فينا لحماية البيئة وطبقة الأوزون المبرمة في فينا في 22/03/1985، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 69، الصادرة بتاريخ 23/03/1985، المعدل.

- المرسوم التنفيذي رقم 90-78 الصادر بتاريخ 27/02/1990 المتعلق بدراسة التأثير في البيئة، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 10، الصادرة بتاريخ 28/02/1990، المعدل.

- المرسوم رقم 90-79 الصادر بتاريخ 27/02/1990 المتضمن تنظيم نقل المواد الخطرة، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 10، الصادرة بتاريخ 28/02/1990، المعدل.

- المرسوم التنفيذي رقم 94-20 المؤرخ في 17/10/1994 المتعلق بالمناطق الحرة، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 67، الصادرة بتاريخ 18/10/1994، المعدل.

ثانيا: المراجع بالفرنسية.

- Arlette Hymann DOAT, libertés publiques et droits de l'homme, 5ème édition, L. G. D. J, PARIS, FRANCE, 1998.

دور الشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري

بقلم: بريك الطاهر*

ملخص:

إن ضبط وتطهير الأملاك العقارية يقتضى شهر التصرفات الواقعة بشأنها، وباعتبار أنظمة الشهر نوعان شهر شخصي وشهر عيني، اعتمد المشرع النظامين نظرا لعدة أسباب تاريخية وواقعية، وبعد سنة 1975 طبق نظام الشهر العيني الذي يعتمد أساسا على المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، ويقتضى تطبيقه احترام قاعدتين هما: قاعدة الرسمية والشهر المسبق، مع مراعاة جملة من الشروط القانونية. ونظرا لأهمية هذا الإجراء وخصوصيته؛ يجب أن يكون تحت إشراف المحافظ العقاري، بالتنسيق مع العديد من الجهات خاصة إدارة المسح. وفي الأخير إذا تجسد نظام الشهر المعتمد واحترمت أحكامه، يحقق آثاره أي تسلم الوثائق والسندات التي تشهد بحقوق الأشخاص على العقارات المسوحة والمثبتة للملكية العقارية.

الكلمات المفتاحية: الشهر العقاري، المحافظ العقاري، تسليم سندات الملكية،

الدقة العقاري.

Résumé:

Afin de contrôler et purifier les propriétés immobilières le législateur algérien a requis la publicité des actes immobilières, par ailleurs on a deux types de publicité, personnelle et réelle, le législateur a adopté les deux systèmes pour plusieurs raisons historiques et réalistes, dès l'année 1975 le système de publicité réelle a été appliqué, il se base essentiellement sur le cadastre général d'immeubles, ainsi que l'établissement du livret foncier.

* أستاذ مساعد قسم "أ" بقسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة. مسجل في الدكتوراه بجامعة باجي مختار، عنابة.

Pour une application adéquate deux règles sont indispensables officialité et la publicité anticipée, et il a prévu un certain nombre de conditions, étant donné l'importance de cette procédure et sa spécificité il doit être supervisé par le conservateur foncier, et ce en coordination avec plusieurs corps, notamment le cadastre, enfin si le système de publicité foncière adopté a été bien incarné, et ses formalités ont été aussi respectées, le dit système mène à de bons résultats, et conséquemment les documents et titres seront remis aux personnes, justifiant leurs propriétés immobilières.

Mots clés: publicité foncière, le conservateur foncier, livraison de titres de propriété, livret foncier.

Abstract:

in order to control and cleanse the real property condition behaviors the Algerian legislature ordered to register properties in the real estate. There are two systems one personal and the other is real. The legislature adopted the two systems due to several historical and realistic reasons. After 1975, the legislator applied the real system which is basically a general survey of the land and the establishment of record real estate. In order to apply it, there must be two rules that are the availability of the official base and prior declaration of the estate with a number of conditions. Due to the importance of this procedure and its specificity it is under the supervision of real estate portfolios, in coordination with several private entities especially the survey management. Finally; if we adopt the real system and respect its provisions; it will achieve its aims. Owners of the estate will receive the documentation and the bonds which are witnessing the rights of the property which is installed on the scanned Property real estate property.

Key words: Real Estate, the real estate portfolios, delivery of title deeds, land book.

مقدمة :

إن العقار له أهمية بالغة من الجانب الاجتماعي والاقتصادي والسياسي؛ لذا صدرت في بلادنا العديد من القوانين بهدف تطهير وضبط الأملاك العقارية، وهذا بتسليم السندات والوثائق التي تشهد بحقوق الملاك، ومن جهة أخرى تمكن الدولة من فرض رقابةها للسوق العقارية، لتجنب الفوضى والتقليل من الإشكالات

والمنازعات؛ لأن التصرفات الواردة على العقار لها خصوصية، لذا المشرع الجزائري أوجب الرسمية والشهر حتى تنتقل الملكية، واشترط توافر شروط شكلية وموضوعية، وهذا ما يبينه الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، والأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسومان التطبيقيان له 62/76 و63/76؛ ولهذا يعد السبب الأساسي الذي دفعني لاختيار موضوع دور الشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية هو التعريف بأنظمة الشهر وموقف المشرع الجزائري والأحكام والآثار المترتبة عن الشهر.

وعليه دراسة وتحليل هذا الموضوع لا تكون إلا بالإجابة عن الإشكالية الآتية:

* ما هي أنظمة الشهر المتبعة وما مدى إلزامية الشهر؟

وللإجابة عن الإشكالية السابق ذكرها نتبع المنهج المركب نظرا لطبيعة الموضوع، وهذا من خلال الخطة الآتية:

- المبحث الأول: ماهية الشهر العقاري.
- المبحث الثاني: أحكام الشهر العقاري بالجزائر.

المبحث الأول: ماهية الشهر العقاري

بالرجوع إلى كافة التشريعات يتضح أنها أعطت أهمية بالغة لموضوع الشهر العقاري، حيث اشترطت شهر بعض التصرفات والعقود خاصة إذا انصبت على عقار؛ لأن الشهر له العديد من الأهداف، فهو يعطي ضمانات أكثر للتصرفات المبرمة بين الأشخاص، ويحافظ على استقرارها حتى تكون حجة على الكافة بمجرد تسجيلها وشهرها، إلا أن تحقيق ذلك يتفاوت من حيث نوع الشهر أي نظام الشهر الشخصي أو نظام الشهر العيني؛ لأن لكل نظام أحكام تتعلق به. وعليه يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الشهر، والمطلب الثاني إلى نظامي الشهر العقاري.

المطلب الأول: مفهوم الشهر**الفرع الأول: التعريف بنظام الشهر العقاري**

إن الشهر العقاري إجراء أساسي، نظرا للآثار التي يترتبها سواء بين الأطراف المتعاقدة أو الغير، إلا أن الكثير من الأشخاص يجهلونه ويخلطون بين المفاهيم والمصطلحات ولا يعرفون الجهة المشرفة عليه؛ لذا سنتطرق من خلال النقاط الآتية إلى تعريف الشهر العقاري وتمييزه عن الأنظمة المشابهة.

01- تعريف الشهر العقاري:

إن الشهر العقاري يستمد أساسه القانوني من القوانين والأوامر والمراسيم، وهذا ما أشارت إليه المادة 793 من الأمر 58/75⁽¹⁾، والمواد 13، 14، 15 من الأمر 74/75⁽²⁾، وأيضا المرسوم 63/76⁽³⁾. وعليه، يعرف الشهر العقاري بأنه نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية، وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى، وبصفة عامة جميع العمليات القانونية الواردة على العقارات، وهو نوعان: شهر شخصي وشهر عيني⁽⁴⁾.

02- تمييز الشهر العقاري عن الأنظمة المشابهة:

بعد التطرق لتعريف الشهر العقاري يستوجب تمييزه عن الأنظمة المشابهة وذلك نظرا للخلط الواقع بين الشهر وبعض المفاهيم كالتسجيل والقيود والتأشير

- (1) - الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر العدد 78.
- (2) - الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج.ر العدد 92.
- (3) - المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج.ر العدد 30.
- (4) - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 118.

والشكلية ويتم هذا من خلال النقاط الآتية :

- **الشكلية:** وهي ركن في التصرف حيث يقتضي القانون إفراغ الإرادة في ثوب الشكلية لأنه يتخلف هذا الركن يكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا، فالشكل يعتبر عنصرا جوهريا من العناصر المكونة للتصرف القانوني في بعض التصرفات⁽¹⁾، ويطلق عليها بعض الفقه بالشكلية المباشرة على أساس أنها تمس التصرف في حد ذاته في حين الشهر يعتبر شكلية غير مباشرة لأنه ليس ركن بل يقتصر دوره على نقل الملكية ويرتب آثار التصرفات القانونية.

- **التأشير:** يعد إجراء يتطلبه القانون بالنسبة لبعض الدعاوى القضائية العقارية التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي تضمنه المحرر المشهر⁽²⁾، أي الدعاوى الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها⁽³⁾.

- **القيود:** إن إجراء الشهر يختلف من تصرف إلى آخر حسب موضوعه، وعليه إن كان حقا عيذيا أصليا (حق الملكية، حق الانتفاع، حق الارتفاق، وحق الاستعمال والسكن)، هنا يتم الشهر بالتسجيل، أما الحقوق العينية التبعية مثل الرهن الرسمي والحيازي، فهي تشر بالشهر بالقيود.

وبصفة عامة يمكن القول إن التسجيل يكون بالنسبة للحقوق العينية الأصلية، أما القيد فيكون بالنسبة لشهر الحقوق العينية التبعية⁽⁴⁾.

- **التسجيل:** بالرجوع إلى كافة النصوص القانونية المتعلقة بالعقار يتضح أن

(1) - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2004، ص 238.

(2) - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص125.

(3) - القانون 09/08 المؤرخ في 02/25/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر 21 لسنة 2008.

(4) - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، السديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص31.

المشروع يخلط بين المصطلحات والمفاهيم حيث يستعمل تارة مصطلح التسجيل وفي بعض الحالات يستعمل مصطلح القيد، إلا أن التسجيل في المحافظة العقارية يختلف عن التسجيل بمصلحة التسجيل والطابع⁽¹⁾؛ لأن هذا الأخير يهدف إلى تحصيل موارد مالية لفائدة الخزينة العمومية، أما الشهر كما سبق الذكر فهو مجموعة من الإجراءات القانونية فرضها المشروع بغرض تحقيق جملة من الأهداف والتي منها تحقيق التصرف لآثاره القانونية تجاه المتعاقدين والغير، أي إعلام الغير ونقل الملكية.

الفرع الثاني: أهداف الشهر العقاري

لشهر العقاري العديد من الأهداف، وقد اختلف الفقه حول تحديدها إلا أن الأهداف المتفق بشأنها والتي نستشفها من النصوص القانونية تتمثل في النقاط الآتية⁽²⁾:

- تحديد الرصيد العقاري وبالتالي تسهيل تحصيل موارد مالية لفائدة الخزينة العمومية.
- إعلام الغير بكافة التصرفات الواردة على العقار، وهذا يدعم الاستقرار والأتمتة العقاري.
- تحديد كافة العقارات، وبالتالي تنظيم وضبط طبيعتها القانونية، وهذا يساعد في حل الإشكالات والمنازعات المنشورة أمام المحاكم؛ لأن ذلك يسهل عمل الفاعلين في هذا المجال كالخبراء والمحامين والقضاة.
- ترتيب الأثر العيني والمتمثل في نقل الملكية العقارية، وبالتالي تسهيل تداول

(1) - مجيد خلفوني، المرجع نفسه، ص31.

(2) - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص87.

العقارات وضمن سلامة التصرفات العقارية.

المطلب الثاني: نظام الشهر العقاري

لشهر بصفة عامة كما سبق الذكر جملة من الأهداف، وعليه من أجل ضبط الملكية العقارية، يجب الأخذ بنظام مستقر للشهر العقاري وهو ما ترمي إليه جل التشريعات، خاصة أمام التطور المستمر في كافة المجالات الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية، المرتبطة جميعها بالعقار؛ لذا ظهر نظامان أساسيان للشهر العقاري نتطرق إليهما من خلال الفرعين الآتيين، ثم نتطرق في فرع ثالث إلى موقف المشرع الجزائري من نظامي الشهر العقاري.

الفرع الأول: نظام الشهر الشخصي

إن نظام الشهر الشخصي يعتمد على المالك أساسا في عملية الشهر وهو من أقدم الأنظمة باعتباره نظاما بسيطا لا يتطلب وسائل مادية وبشرية ضخمة مقارنة بغيره من الأنظمة؛ لذا سنتطرق إلى تعريفه، خصائصه، عيوبه ومزاياه من خلال النقاط الآتي بيانها.

01- تعريف نظام الشهر الشخصي:

يعتبر "نظام الشهر الشخصي من أقدم أنظمة الشهر العقاري بعد إقرار مبدأ شكلية العقود حيث ينشئ في البلد إدارة للشهر تمسك سجلا عاما يرصد به كل التصرفات الواردة على العقارات وتتم عملية الجرد لهذه التصرفات باسم الشخص المتصرف في العقار"⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن نظام الشهر الشخصي يعتمد على سجلات ترتب حسب أسماء مالكي العقارات أو الأشخاص، وقد طبق في الجزائر منذ العهد الاستعماري؛ لأن فرنسا عملت به، حيث يعتبر اسم كل شخص محل اعتبار؛ لذا لا يعتد بمواصفات

(1) - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص13.

العقار محل التعامل من موقع وحدود ومساحة، وإنما يتم التركيز على الهوية الكاملة للأشخاص المالكين أو الذين تعاملوا فيه، وعليه يمكن التعرف على هذا النظام من العبارة نفسها التي تفيد بأن الشخص محل اعتبار عند الشهر. وقد اعتمدت الجزائر بعد الاستقلال هذا النظام إلى غاية تبني نظام الشهر العيني المؤسس بالأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسومان التطبيقيان له 62/76 و63/76 السابق ذكرهما.

02- خصائص نظام الشهر الشخصي:

يتبين لنا من خلال تعريف نظام الشهر الشخصي أنه يتميز بالخصائص التالية:

- تعتبر أسماء الأشخاص أساسا للشهر.
- إجراءاته بسيطة؛ لذا لا يجد الأطراف ولا الإدارة صعوبة في تطبيقه.
- لا يتطلب وسائل مادية وقانونية مقارنة بغيره، مما يجعل تجسيده بأرض الواقع سهلا.
- التصرفات التي تسجل يجوز الطعن فيها، وبالتالي نظام الشهر الشخصي دون قوة ثبوت.

- تسجيل التصرف في ظل نظام الشهر الشخصي لا يضيف شيئا في الحق ولا في التصرف، وعليه ينتقل الحق كما هو بكل العيوب دون أن يكون للتسجيل أثر مطهر لهذه العيوب؛ لذا يسمى نظام الشهر الشخصي بنظام تسجيل العقود، لأنها تسجل كما هي دون البحث في مدى صحتها، ويبقى عبارة عن وسيلة إعلام للغير.

03- عيوب نظام الشهر الشخصي:

يعاب على نظام الشهر الشخصي من زاويتين: فهو معيب من حيث الترتيب ومن حيث الحجية؛ ولهذا تنطرق إلى مساوئ هذا النظام في النقاط التالية⁽¹⁾:

(1) - عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2004، ص 44 و45؛ خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع

- نظام الشهر الشخصي لا يحقق أهدافه؛ لأنه يعد وسيلة إعلام فقط وإجراء التسجيل لا يغير شيئاً، حيث يتم تسجيل التصرف دون البحث في صحته من عدمها مما يؤثر سلباً على الأطراف المعنية.

- صعوبة معرفة مالك العقار الحقيقي؛ لأن معرفته تستوجب البحث والرجوع إلى نوعين من السجلات: سجل رتبت فيه التصرفات الواردة على العقارات حسب الترتيب الزمني، وسجل رتبت فيه التصرفات المذكورة حسب الترتيب الهجائي لكل اسم متصرف.

- نظام الشهر الشخصي حسب كافة التشريعات التي طبقت يتضح أنه يجيز اكتساب الملكية عن طريق التقادم، وهذا يعتبر خطراً يهدد ويمس بحق مقدس ألا وهو حق الملكية، مما جعل الفقه ينتقد هذا النظام ويعتبره خطراً لضياع الملكية بالتقادم.

- خطر تعارض سندات الملكية لعقار واحد، وهذا راجع إلى صعوبة البحث لمعرفة المالك الحقيقي لعقار معين، مما يترتب عنه نتائج سلبية تتمثل في إزالة الثقة بين المتعاملين وحتى الغير.

ومما سبق يمكن القول إن العيوب السابق ذكرها ناتجة عن المبادئ والقواعد التي يقوم عليها نظام الشهر الشخصي، باعتبار الموظف المكلف بتسجيل العقود أو التصرفات الواردة على العقارات لا يتحرى ولا يتحقق من صحة أو عدم صحة التصرفات لأنه ليست له صلاحيات وسلطات وبالتالي يمكن أن تكون التصرفات محلاً للطعن وكما يقول الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: "الشهر في هذا النظام لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً"⁽¹⁾.

الجزائري، نشر وتوزيع قصر الكتاب بالبيدة، ط2001، ص18 و19.
(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مصر، ط1973، ص436.

04- مزايا نظام الشهر الشخصي:

رغم المساوئ والانتقادات التي تعرض لها نظام الشهر الشخصي إلا أنه يبقى نظام قائم ومطبق بالعديد من الدول نظرا لمزاياه والتمثلة فيما يلي⁽¹⁾:

- تحقيق العلانية؛ حيث يتم الرجوع إلى السجلات، وهذا عندما تقع تصرفات على عقارات معينة ويطلب الأشخاص معرفة هذه التصرفات، في هذه الحالة يتم الرجوع إلى السجلات لمعرفة وضعية العقارات، وبالتالي فهو يحقق العلانية والشفافية بخصوص التصرفات العقارية.

- نظام الشهر الشخصي إجراءاته واضحة ولا يتطلب وسائل مادية وقانونية ضخمة مقارنة بنظام الشهر العيني.

- يقلل من الطعون والمنازعات العقارية؛ لأنه عندما يكون التسجيل صحيحا ينتج آثاره وبالتالي يكون استقرار في المعاملات.

- نظام الشهر الشخصي كان سابقا آلية مهمة؛ لأنه سد فراغا كبيرا قبل ظهور نظام الشهر العيني الذي يتطلب إمكانات كبيرة ووقت طويل كي يحقق آثاره، والدليل على ذلك النظام الجزائري المطبق حاليا.

الفرع الثاني: نظام الشهر العيني

يعد نظام الشهر العيني نظاما حديثا تسعى كافة التشريعات إلى تطبيقه، نظرا للمبادئ والخصائص التي يقوم عليها وهذا بهدف ضبط الأملاك العقارية؛ لأنه يعتمد أساسا على المسح العام للأراضي، وعليه لشرح هذا النظام نتطرق إلى تعريفه، مبادئه، مزاياه وعيوبه، من خلال النقاط الآتية:

01- التعريف بنظام الشهر العيني:

إن أول دولة عرفت نظام الشهر العيني هي دولة أستراليا، ويعود الفضل في

(1) - خالد رمول، المرجع السابق، ص18.

نشأة هذا النظام إلى برنامج السيد: (طورا نيس) المتعلق بتنظيم الملكية العقارية، حيث انتهى بالتصويت على مشروع القانون المقدم إلى البرلمان، أطلق عليه اسم قانون طورا نيس وذلك عام 1858⁽¹⁾.

ونظام الشهر العيني عكس نظام الشهر الشخصي، حيث يمكن التعرف على نظام الشهر العيني من العبارة نفسها التي تفيد بأن العقار محل اعتبار عند الشهر، وبالتالي السجل العقاري يكون مقسما على أساس العقارات والوحدات العقارية حسب موقعها، فتكون لكل عقار صفحة خاصة به تسجل فيها المعلومات المتعلقة بالحقوق التي ترد عليه⁽²⁾.

وبصفة عامة يقصد بالشهر العيني تلك التقنية، التي يتم بواسطتها شهر الحقوق العقارية، إلا أن تطبيقه على أرض الواقع يستوجب توافر العديد من الوسائل المادية والقانونية؛ لأنه يعتمد أساسا على عملية المسح العام للأراضي، وينتهي بتسليم السندات التي تشهد بحقوق الملاك على العقارات المسوحة، وهذا يتمشى حسب نوع الترقيم أي إما تسلم شهادة الترقيم المؤقتة إذا كان الترقيم مؤقتا، أو يسلم الدفتر العقاري إذا أصبح الترقيم نهائيا⁽³⁾.

02- مبادئ نظام الشهر العيني:

نظام الشهر العيني له خصائص جعلته يختلف عن نظام الشهر الشخصي وتجسد هذه الخصائص في جملة من المبادئ يمكن التطرق إليها على النحو الآتي⁽⁴⁾:

(1) - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 16.

(2) - خالد رمول، المرجع السابق، ص 22.

(3) - علي فيلاي، مقال بعنوان "الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري"، ملحق وطني حول القانون العقاري 16 و 17 أبريل 2001 المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد خاص، الجزء 42 رقم 02، سنة 2001، ص 116 إلى 1334.

(4) - عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 45 و 46.

- **مبدأ التخصيص:** هذا المبدأ أساسي باعتباره يميز نظام الشهر الشخصي عن نظام الشهر العيني؛ لأنه يسهل تقديم المعلومات ومعرفة المالك الحقيقي للعقار أو صاحب الحق العيني باعتبارها تخصص لكل وحدة عقارية بطاقة عقارية تفيد فيها جميع التصرفات الواردة على العقار⁽¹⁾.

- **مبدأ قوة الثبوت المطلقة:** لقد توصل الفقه إلى القول إنه يقصد بهذا المبدأ جعل إثبات الملكية غير ممكن إلا إذا تم الشهر؛ لأن هذا النظام يعمل على تطهير التصرفات من كل العيوب، نظرا للصلاحيات والسلطات الممنوحة للقائم على هذا النظام وأيضا المسؤولية التي يتحملها⁽²⁾، وعليه كل التصرفات المشهورة في ظل نظام الشهر العيني تعتبر حجة مطلقة.

- **مبدأ الشرعية:** حيث يطلق عليه بعض الفقه اسم مبدأ المراقبة المسبقة؛ لأن الموظف المكلف بالشهر يتحقق عند شهر التصرفات والعقود من توافر جميع الأركان والشروط المطلوبة والمنصوص عليها قانونا وفي حالة ما إذا تبين له وجود نقص أو أخطاء يجب عليه رفض إجراء الإشهار العقاري⁽³⁾.

- **مبدأ القيد المطلق:** هذا المبدأ له مفهوم واسع، ويقصد به اتخاذ إجراءات من خلالها تدوين كافة التصرفات القانونية وسندات إثبات وانتقال وتعديل وزوال كافة الحقوق العينية العقارية التي نص عليها المشرع⁽⁴⁾، وبصفة عامة الشهر يعد مصدر كل الحقوق العينية العقارية؛ لأنه هو الذي يُنشئ الحق ويغيره ويعدله

(1) - ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار بغداد للكتاب والنشر والتوزيع الروبية، الجزائر، ط2009، ص85 و86.

(2) - الطاهر بريك، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013، ص 52 و127 و128.

(3) - انظر المادة 101 من المرسوم 63/76 السابق الذكر.

(4) - حسن عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، ط1999، ص 75.

ويزيله، حيث أن كل حق غير مشهر لا وجود له بالنسبة لأطراف التصرف ولا الغير.

- الشهر العقاري ناقل للملكية العقارية: إن الهدف الجوهرى من الشهر هو نقل الملكية وتحقيق آثاره بين الأطراف والغير؛ لذا كان المشرع حريصاً فاعتبر العقود والتصرفات غير المشهرة ليست ذات أثر وإنما ترتب التزامات شخصية فقط.

03- مزايا نظام الشهر العيني:

انطلاقاً من تعريف نظام الشهر العيني والمبادئ التي يقوم عليها يتضح أن هذا النظام له جملة من المزايا تتطرق إليها كما يلي⁽¹⁾:

- صفة العقار أو الوحدة العقارية تعد أساساً في عملية الشهر، مما يجعل له الحجية الكاملة.

- عدم تعارض سندات الملكية العقارية؛ لأن هذا النظام يعتمد على المراجعة الدقيقة قبل الشهر، كما أن سندات الملكية أساساً تستخرج من البطاقة العقارية، وعليه تكون السندات مطابقة للبيانات المدونة بالبطاقة العقارية.

- لا يمكن الادعاء بوجود الحق العيني العقاري إلا منذ تاريخ إظهاره⁽²⁾.

- عدم سريان التقادم في مواجهة صاحب الحق؛ لأن الحقوق المشهورة في ظل نظام الشهر العيني لا يمكن الاحتجاج في مواجهتها بالتقادم؛ لأنها توجد سندات مشهورة مسبقاً.

- الشهر يصحح عيوب التصرف ويوفر الحماية للمتعاملين؛ لأن جوهر وأساس الشهر العيني هو القوة المطلقة؛ لذا كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير؛ لأنه ينقل الملكية ويرتب كافة الآثار القانونية.

(1) - على حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة مصر، 1987، ص 70-72.

(2) - جمال بوشناقفة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الدار الخلدونية للطباعة والنشر القبة الجزائر، 2006، ص 34 و35.

وعليه كان المشرع حريصا، حيث وضع ضمانات يقتضيها نظام الشهر العيني الذي يستوجب إجراءات سابقة تتمثل في الفحص الدقيق للسندات والعقود محل الشهر، وأيضا أعطي صلاحيات و سلطات له يحافظ العقاري باعتباره مسيرا للمحافظة العقارية⁽¹⁾. وعليه يعد هذا النظام فعالا ويوفر الحماية للمتعاملين.

- تحمل الدولة مسؤولية الحقوق المشهرة؛ لأن الدولة مسؤولة عن أخطاء موظفيها، وعليه في حالة ارتكاب القائمين بهذا النظام أخطاء أو تجاوزات، يتحملون المسؤولية. وفي هذه الحالة المسؤولية تتمشى حسب نوع ودرجة الخطأ المرتكب؛ فقد تكون جزائية أو مدنية أو إدارية أو تأديبية، وفي كل الحالات يمكن للدولة تعويض المتضررين عن الأخطاء والأضرار المترتبة عن الحفظ العقاري، ثم بعد ذلك يتم الرجوع على موظفيها⁽²⁾.

- الإحاطة بالرصيد العقاري وسهولة تحديد الوعاء الجبائي بطريقة منظمة.
- ضمان استقرار الملكية والحقوق العينية وبعث الثقة ودعم الائتمان العقاري.

04- عيوب نظام الشهر العيني:

إن سلبيات نظام الشهر العيني قليلة جدا مقارنة بالنتائج الإيجابية التي ترتبت على تجسيده بأرض الواقع، وهذه السلبيات هي⁽³⁾:

- كثرة النفقات: لأن تجسيد نظام الشهر العيني يتطلب وسائل مادية وقانونية خاصة، فأساسه هو عملية المسح العام للأراضي وهي عملية معقدة، ومن جهة أخرى لا بد من إمكانات ضخمة كي تحقق نتائجها وتسلم السندات المثبتة للملكية العقارية والمتمثلة في دفتر العقاري⁽⁴⁾؛ لذا جل الدول التي اعتمدت نظام الشهر

(1) - الطاهر بريك، المرجع السابق الذكر، ص 52.

(2) - انظر المادة 23 من الأمر 74/75، السابق الذكر.

(3) - جمال بوشناقفة، المرجع السابق الذكر، ص 36 و 37.

(4) - نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر

العيني استغرقت عقوداً من أجل تعميمه على كافة مناطقها.

- إهدار مصلحة أصحاب الحقوق الأصليين : إن تحقيق الأثر المطهر للقيد أو حجية الثبوت المطلقة يؤدي إلى إهدار واغتصاب حقوق المالك الحقيقي والأصلي، وهذا يتعارض مع مبادئ العدالة، إلا أن هذه الحالة قليلة الوقوع؛ لأن نظام الشهر العيني كما سبق الذكر يقوم على جملة من المبادئ من ضمنها مبدأ الشرعية والذي يستوجب البحث والتحقيق من توافر كافة الشروط الشكلية والموضوعية، ورغم ذلك نلاحظ أن بعض الدول وجدت حلاً لهذا الإشكال يتمثل في تعويض المتضررين من قبل صندوق مخصص لهذا الغرض⁽¹⁾، إلا أن المشرع الجزائري يطبق المبادئ العامة في التعويض ولم يعتمد نظاماً خاصاً بالتعويض في هذا الشأن.

- نظام الشهر العيني يتطلب أموالاً كثيرة ومتخصصين في هذا الميدان: وهذا الأمر جعله يسير ببطء، مما دفع بالعديد من الدول إلى انتهاز آليات موازية لتطهير الأملاك العقارية.

- تفتيت الملكية والتأثير على استغلالها: باعتبار نظام الشهر العيني تتم من خلاله تخصيص بطاقة عقارية لكل وحدة عقارية، قد يؤدي هذا الإجراء إلى تفتيت الملكية إلى أجزاء كثيرة، خاصة عندما نكون بصدد القسمة أو الميراث، حيث يصبح كل شخص أو أشخاص يملكون أجزاء صغيرة جداً من العقار مما يترتب عنه عجز نظام الشهر العيني على تلبية متطلبات تخصيص صحيفة لكل وحدة عقارية. ومن جهة أخرى التأثير سلباً على استغلال العقار خاصة العقار الفلاحي؛ لذا الفقه في العديد من المحطات يوصي بوضع حد أدنى للمساحة تعتبر كوحدة عقارية لا يمكن النزول عنها، وهذا ما طبقه المشرع الجزائري بالنسبة للعقار الفلاحي، حيث حدد المساحة المرجعية التي لا يمكن النزول عنها.

والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 104.

(1) - معوض عبد التواب، السجل العيني علماً وعملاً، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1989، ص 46.

ورغم السلبات والانتقادات التي وجهت إلى نظام الشهر العيني إلا أنه يبقى نظاما مميزا وله خصوصية، والدليل على ذلك أن غالبية التشريعات طبقتة إما لأول مرة وإما عن طريق إحلاله محل نظام الشهر الشخصي، فيا ترى ما موقف المشرع الجزائري من النظامين؟

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظامي الشهر العقاري

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تنظم العقار يتبين أن المشرع الجزائري أوجب احترام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري، وباعتبار أن الجزائر مرت بعدة مراحل نظرا للاحتلال الفرنسي والآثار السلبية التي خلفها⁽¹⁾، ومن جهة أخرى اختلاف العقارات من حيث الطبيعة والمساحة، ومرحلة انتقالها كان على الجزائر أن تنتهج نظام الشهر الشخصي، في انتظار تعميم مسح الأراضي حتى توسع دائرة تطبيق نظام الشهر العيني؛ لهذه الاعتبارات يمكن أن نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العقاري من خلال مرحلتين: قبل 1975 وبعد 1975.

01- الشهر العقاري في الجزائر قبل 1975:

في هذه المرحلة كان النظام المطبق نظام الشهر الشخصي باعتبار المشرع الفرنسي كان يطبقه، ومن جهة أخرى أن عملية مسح الأراضي لم تتم بعد، كما أن هذه المرحلة وبالرجوع تاريخيا يتبين أن المشرع الفرنسي أصدرت رسالة من النصوص القانونية لضبط العقار⁽²⁾، أهمها المرسوم 1190/59 المؤرخ في 1959/10/21 المتضمن التغيير الجذري لنظام الشهر العقاري في الجزائر، حيث حددت مدة تطبيق هذا المرسوم ابتداء من الفاتح مارس 1961 وهذا بموجب المرسوم رقم 53/61 المؤرخ في 1961/01/18.

(1) - نعيمة حاجي، المرجع السابق الذكر، ص 12 و13.

(2) - مجيد خلفوني، المرجع السابق الذكر، ص 60 و61.

والملاحظ أن المرسوم رقم 1190/59 السابق الذكر، طبق على العقارات والحقوق العينية التي نظمها القانون المدني الفرنسي؛ لذلك جاء هذا المرسوم متمشيا مع الأحكام التي أشار إليها المرسوم 22/55 المؤرخ في 04/01/1955 المتضمن نظام الشهر العقاري في فرنسا⁽¹⁾.

ونظرا لمساوئ نظام الشهر الشخصي ونتيجة عدم استقرار المعاملات العقارية وعدم تطبيق المرسوم 1190/59 على كامل التصرفات العقارية، لأن بعضها كانت تطبق بشأنها أحكام الشريعة الإسلامية؛ قام المشرع الفرنسي بمراجعة قوانينه⁽²⁾، حيث ألغى المرسوم 1190/59، وأصدر قانونا بتاريخ 03/11/1959 هدفه تأسيس ومعاينة حقوق الملكية وضبط وتحديد الأملاك العقارية، وإنجاز مخططات وإنشاء محاكم تنظر في المنازعات العقارية، وعليه من أجل تجسيد وتطبيق القانون السابق أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 185/61 المتضمن تنظيم الإدارة العمومية المكلفة باحترام وتطبيق هذا القانون الذي جاء بجملة من المبادئ تمثل في: منع المعاملات العرفية، ووجوب احترام الشهر العقاري.

وتجدر الإشارة أنه بالرجوع إلى أحكام القانون الصادر بتاريخ 03/11/1959 السابق الذكر يتضح أنه تضمن أحكام الشهر العيني؛ لأنه تم الشروع في عملية مسح الأراضي كتجربة في بعض المناطق ثم جمدت، وعليه يمكن القول إن نظام الشهر المطبق في هذه المرحلة هو نظام الشهر الشخصي، ونتيجة التعديلات السابق ذكرها والتطورات تحول إلى نظام الشهر العيني، إلا أنه تحول نظريا لأن المسح لم يتم.

وبعد أن تحصلت الجزائر على سيادتها تمت مراجعة كافة القوانين، حيث صدر الأمر رقم 157/62 المؤرخ في 31/12/1962، والذي يقضي باستمرار العمل بالتشريعات الفرنسية ما عدا تلك التي تمس بالسيادة الوطنية في الجزائر، وذلك نتيجة

(1) - خالد رمول، المرجع السابق، ص 26 و27؛ عمر حمدي بانشاء، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق للذكر، ص 70 و71.

(2) - جمال بوشناقفة، المرجع السابق للذكر، ص 45 و46.

الوضع الصعب الذي عرفته الجزائر خلال هذه الفترة⁽¹⁾.

وعليه، الجزائر ومن خلال سلطاتها، اتبعت عدة طرق لحماية الأملاك العقارية، حيث توصل المجلس الوطني للثورة الجزائرية بالاجتماع المنعقد بطرابلس في جوان 1962 إلى جملة من المبادئ والقواعد أهمها الحصر الفوري لكل الصفقات العقارية، ونزع ملكية الأراضي التي تتجاوز مساحتها الحد الأقصى المسموح به. وتجدر الإشارة أن نفس هذه المبادئ تم تأكيدها في ميثاق الجزائر لسنة 1962 وما صدر بعده من أوامر ومراسيم تهدف إلى تسيير الأملاك الشاغرة التي تركها المستعمر الفرنسي⁽²⁾ لعل من أهمها:

- الأمر رقم 20/62 المؤرخ في 22/10/1962، المتضمن تأسيس لجان التسيير لضمان تسيير الأملاك المهملة.
- المرسوم رقم 18/63 المؤرخ في 18/03/1963، المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة الصناعية والتجارية وجميع الحقوق العقارية.
- الأمر رقم 102/66 المؤرخ في 06/05/1966، المتضمن نقل ملكية الأملاك الشاغرة إلى الدولة.

والملاحظ أن ضبط وحماية العقار تعزز أكثر بصدور الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، حيث وضع مفاهيم مستقرة للعقار وحق الملكية، وحدد شروط التعامل في الأملاك العقارية وطرق اكتسابها مما جعل الفقه يقول إن القانون المدني يعد قانوناً عقارياً.

وانطلاقاً مما سبق يمكن القول إن الجزائر قبل 1975 طبقت نظام الشهر الشخصي؛ نظراً لاعتبارات عديدة منها: تأثير النظام الفرنسي الذي كان مطبقاً

(1) - صباح رشاش، مقال بعنوان، "قوضى التشريع العقاري"، مجلة القسطاس، مجلة فصلية تصدر عن مجلس قضاء تبسه، العدد الثاني، جوان 1998، ص 10 و 11.

(2) - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق الذكر، ص 74 و 75.

خلال هذه الفترة، إضافة إلى ذلك، عدم تجسيد عملية المسح العام للأراضي؛ لأنها تتطلب وسائل مادية وقانونية ضخمة، هذا ما جعل الجزائر تعتمد نظام الشهر الشخصي؛ لأنه نظام بسيط وسهل التطبيق وفي نفس الوقت هدفه حماية الملكية العقارية رغم عيوبه.

02- الشهر العقاري في الجزائر بعد 1975:

نظرا لأهمية الملكية العقارية المشرع الجزائري، وكما سبق الذكر؛ اعتمد على نظام الشهر الشخصي، إلا أنه خلال هذه المرحلة كان يهدف إلى تطبيق نظام جديد ألا وهو نظام الشهر العيني، حيث بدأت تظهر بوادر هذا النظام من خلال عملية المسح العام للأراضي الزراعية على المستوى الوطني، والذي تم تجسيده بإنشاء الصندوق الوطني للثورة الزراعية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن نظام الشهر العيني قد تأكد بصدور الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسومين التطبيقية يمين له: 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.

ولهذا تبني المشرع الجزائري نظاما جديدا للشهر العقاري يعرف بنظام الشهر العيني، إلى جانب تطبيق نظام الشهر الشخصي في انتظار الانتهاء من عملية المسح لكل الأراضي، ورغم ذلك لم يتم ضبط الأملاك العقارية؛ نظرا لتخلف عمليات المسح، لذا استحدثت آليات موازية وبديلة للتسريع في عمليات ضبط وتطهير الأملاك العقارية وتسليم السندات المثبتة لها، ومن ضمنها إجراء التحقيق العقاري المؤسس بالقانون 02/07، والقانون 15/08 المتعلق بإتمام البناءات ومطابقتها. ومن أجل تطبيق أمثل لنظام الشهر العيني الذي يتطلب وسائل مادية وقانونية،

(1) - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2002، ص 18 و 19.

وضع المشرع الجزائري قواعد وشروطا، وأسند مهمة الحفظ العقاري للعديد من الهيئات والجهات بهدف تنظيم الشهر العقاري وتحقيق آثاره المتمثلة في تسليم السندات المثبتة للأموال العقارية.

وعليه سنتطرق إلي كيفية تطبيق نظام الشهر العيني في ضوء المنظومة القانونية المعقدة التي تناولته وبصفة عامة معرفة أحكامه.

المبحث الثاني: أحكام الشهر العقاري بالجزائر

المشرع الجزائري اعتمد نظام الشهر العيني، وعليه صدرت بشأنه مجموعة من الأحكام من أبرزها الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، و63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري. وقد حدد المشرع جهات تشرف على تطبيق هذا النظام، وخول لها صلاحيات تمارسها وفق قواعد وإجراءات محددة من أجل تحقيق أهدافه ومزاياه، ولهذا نتطرق إلى أحكام الشهر العقاري على النحو الآتي.

المطلب الأول: الجهة المختصة بالشهر العقاري

كما سبق الذكر الشهر العقاري إجراء معقد يتطلب توافر إمكانات وإتباع إجراءات لتطبيقه؛ لذا اختلفت تشريعات العالم في تحديد الجهة المكلفة بعملية الإشهار العقاري. أما المشرع الجزائري فقد اعتبر المحافظة العقارية آلية مهمة للحفاظ العقاري، وهذا بهدف ضبط واستقرار الملكية العقارية⁽¹⁾؛ لهذا سنتطرق إلى تعريف المحافظة العقارية ومهامها، وكذلك علاقتها بالهيئات الأخرى.

الفرع الأول: التعريف بالمحافظة العقارية

إن المشرع الجزائري تبني قبل 1975 نظام الشهر الشخصي، وفي نفس الوقت

(1) - مجيد خلفوني، المرجع السابق الذكر، ص 69.

كان يمهّد لنظام الشهر العيني، وهذا ما نستشفه من قانون الثورة الزراعية الصادر بالأمر 73/71 ومرسومه التطبيقي 32/73 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة، إلا أنه لم يتطرق إلى الهيئة المكلفة بهذا النظام. وبمجرد صدور الأمر 74/75 والمرسومين التطبيقيين له: 62/76 و63/76، تمت الإشارة صراحة إلى الهيئة والموظف المكلف بمسك السجل العقاري حيث نصت المادة 20 من الأمر 74/75: "تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر".

كما تنص المادة 01 من المرسوم 63/76 على أنه: "تحدث لدى المديرية الفرعية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية محافظة عقارية يسيرها محافظ عقاري".

فبالرجوع إلى الأحكام السابقة يتضح أن المشرع الجزائري قد أشار إلى هيئة إدارية تسمى المحافظة العقارية إلا أنه لم يتم تعريفها، وباعتبار التعاريف من صنع الفقه، نتطرق إلى التعاريف الآتية:

- عرفها مجيد خلفوني بأنها: "هيئة إدارية عمومية تزاوّل مهامها تحت وصاية وزير المالية، يسيرها محافظ عقاري" (1).

- وعرفها الأستاذ رمول خالد بأنها: "مصلحة عمومية وظيفتها الأصلية تتمثل في حفظ العقود ومختلف المحررات الخاضعة للشهر المتضمنة نقل أو إنشاء أو تعديل حق من حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى سواء كانت أصلية أو تبعية وذلك بعد شهرها وقيدتها في مجموعة البطاقات العقارية وتعرف كذلك باسم محافظة الرهون" (2).

(1) - المرجع نفسه، ص 70.

(2) - خالد رمول، المرجع السابق الذكر، ص 77.

- وعرفتها الأستاذة ريم مراحي أنها: "هيئة إدارية خاضعة لوزارة المالية يديرها موظف تسند لها شهر التصرفات العقارية ووثائق المسح العقاري لإنشاء السجل العقاري"⁽¹⁾.

وانطلاقاً من النصوص القانونية والتعاريف السابقة، نعرف المحافظة العقارية بأنها: "مصلحة إدارية يديرها المحافظ العقاري مهمتها الأساسية شهر التصرفات العقارية وتقديم المعلومات للجمهور".

وبصفة عامة، المشرع الجزائري أنشأ هيئة تسمى "المحافظة العقارية" يديرها محافظ عقاري، ويساعده في ذلك رؤساء الأقسام، وتتكون من ثلاثة أقسام⁽²⁾، يسير كل قسم من طرف موظف يعين وفقاً للمادة 08 من المرسوم 116/92⁽³⁾، يعمل تحت رئاسة المحافظ العقاري، وهذه الأقسام هي⁽⁴⁾:

01- قسم الإيداع وعمليات المحاسبة:

يعد من أهم الأقسام داخل المحافظة العقارية، حيث يتم من خلاله مباشرة الإجراءات الأولية الخاصة بالشهر، كما يقرر بهذا القسم قبول أو رفض الإيداع، بالإضافة إلى ذلك يتم من خلال هذا القسم تحصيل الحقوق والرسوم المترتبة عن الإشهار العقاري، ويسير من طرف رئيس يختار من بين الموظفين الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية الواجبة.

(1) - ريم مراحي، المرجع السابق الذكر، ص 92.

(2) - المادة 4 من القرار المؤرخ في 1991/06/4، المتضمن التنظيم الداخلي لمفتشيات أملاك الدولة والمحافظات العقارية، ج 38، العدد 38.

(3) - انظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي 116/92، المؤرخ في 1992/03/14 الذي يحدد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري وشروط التعيين فيها وتصنيفها، المعدل والمتمم، ج 21، العدد 21.

(4) - الطاهر بريك، المرجع السابق الذكر، ص 81 و 82.

02- قسم مسك السجل العقاري وتسليم المعلومات:

من خلال هذا القسم يتم ترتيب وضبط الوثائق المودعة بقسم الإيداع وتسجيلها بالسجل العقاري⁽¹⁾.

03- قسم ترقيم العقارات المسوحة:

وهو قسم مهم مرتبط بتجسيد نظام الشهر العيني، حيث يقوم بمتابعة إيداع الوثائق بعد عملية المسح ومتابعته المنازعات الناتجة عن عمليات الترقيم العقاري، ويشرف على هذا القسم موظف مؤهل قانونا نظرا لخصوصيته.

وخلاصة ما سبق ذكره يتبين أن المحافظ العقاري، وبالتنسيق مع رؤساء الأقسام، يعمل على تسيير المحافظة العقارية عن طريق متابعة وتنظيم عمل الأقسام الثلاثة⁽²⁾ وحفظ العقود والمخططات المتعلقة بعمليات الشهر العقاري، بالإضافة إلى ذلك إعطاء المعلومات للجمهور وتحصيل الحقوق والرسوم⁽³⁾.

الفرع الثاني: مهام المحافظة العقارية وعلاقتها بغيرها من الجهات

إن المشرع الجزائري وضع مهام المحافظة العقارية من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالحفظ العقاري، حيث بين من خلال الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، بعض المهام، لأنه يعد النواة الأولى لنظام الشهر العيني بعد الاستقلال، ثم أشار إلى مهام أخرى للمحافظة العقارية بالمرسومين: 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، و63/76 المتعلق بالسجل العقاري. وفي نفس الوقت أشار إلى مهام

(1) - خالد رمول، المرجع السابق الذكر، ص 94.

(2) - مجيد خلفوني، مقال بعنوان "المحافظة العقارية"، مجلة المحضر القضائي، صادرة عن الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين فيفري 2006، ص 16 و17.

(3) - انظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي 65/91 المؤرخ في 1991/03/02، المتضمن المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري، ج ر، العدد 10.

وسلطات المحافظ العقاري باعتباره محورا أساسيا لقيام نظام الشهر العيني ومسيرا للمحافظة العقارية، مما سبب تداخلا وخلطا في المهام؛ لأن المشرع ركز على بعض المهام وأهمل البعض الآخر، إضافة إلى ذلك المهام لم تذكر وفق مراحل وإجراءات الحفظ العقاري.

وعليه من أجل حصر وتوضيح هذه المهام يجب التطرق إلى الخطوات التي تتطلبها نظام الشهر العيني ومراحل شهر التصرفات العقارية؛ لأن مهام المحافظة العقارية تختلف من مرحلة إلى أخرى، وهذا ما نتطرق إليه بالتفصيل على النحو الآتي:

01- مهام المحافظة العقارية عند البدء في عملية المسح:

إن نظام الشهر العيني المؤسس بموجب الأمر 74/75 يتطلب وسائل مادية وقانونية، وعليه نصت المادة 02 من نفس الأمر على أن: "مسح الأراضي العام يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساسا ماديا للسجل العقاري".

ومن ثم فنظام الشهر العيني مرتبط بإنشاء السجل العقاري الذي لا يمكن التحدث عنه دون القيام بعملية المسح العام للأراضي⁽¹⁾ التي تقوم بها الجهات المختصة بهدف التأكد من وضعية وطبيعة العقارات⁽²⁾، وهذا وفقا لمرحلة وإجراءات تبدأ بالإعلان عن عملية المسح العام للأراضي⁽³⁾ والتي تكون بقرار صادر من الوالي، وبعد ذلك تنشأ لجنة المسح⁽⁴⁾، ومن ضمنها المحافظ العقاري

(1) - أنيسة بسكري، "تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري"، منكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة 2000 و 2001، ص 03.

(2) - عمار بوضياف، مقال بعنوان "المسح العقاري وإشكالاته القانونية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسه، العدد التجريبي، أفريل 2006، ص 41.

(3) - انظر المادتين 2، 3 من المرسوم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام المعدل والمتمم، ج ر، العدد 30.

(4) - انظر المادة 07 من نفس المرسوم.

باعتباره يسير المحافظة العقارية ويعمل على تأسيس السجل العقاري الذي لا يمكن التحدث عنه دون قيام عملية المسح. وبصفة عامة يمكن القول إن مهام المحافظة العقارية تبدأ بمجرد الانطلاق في عملية المسح، باعتبار المحافظ العقاري عضواً مهماً وفعالاً بلجنة المسح العام للأراضي.

02- مهام المحافظة العقارية خلال القيد الأول:

بمجرد الانتهاء من عملية المسح تنطلق الأعمال القانونية لتأسيس السجل العقاري، حيث تعد ثلاث نسخ من وثائق المسح؛ نسخة تودع بمقر البلدية المعنية، ونسخة تحفظ بمصلحة المسح، والنسخة الثالثة تودع بالمحافظة العقارية لتأسيس السجل العقاري⁽¹⁾. وتعتبر عملية الإيداع الأخيرة همزة وصل بين إدارة المسح والمحافظة العقارية. وفي هذه المرحلة يبرز أكثر دور المحافظة العقارية باعتبار أن مسيرها - المحافظ العقاري - أسندت له جملة من المهام، فهو مكلف بمهمتين أساسيتين في هذه المرحلة:

- **مسك السجل العقاري:** ويقصد بذلك إعداد ومسك مجموعة البطاقات العقارية؛ لأن المحافظ العقاري بعد استلامه لوثائق المسح وفحصها وقبولها، يثبت هذا الإيداع عن طريق محضر تسليم ويقوم بإشهاره، وبعد هذه المرحلة يقوم بترقيم العقارات المسووحة. والترقيم يتمشى حسب نوع وطبيعة العقارات والسندات المقدمة. وعليه قد يكون ترقيم مؤقتاً إذا لم تكن هناك سندات إثبات أو كانت غير كافية، أو ترقيماً نهائياً إذا وجدت سندات إثبات الملكية⁽²⁾؛ لأن نظام الشهر العيني له مبادئ وخصائص، حيث يعتمد على تخصيص بطاقة لكل عقار تدون بها كافة البيانات والمعلومات الخاصة بالعقار.

(1) - انظر المادة 10 من الأمر 74/75، السابق الذكر.

(2) - التعلية رقم 16، المؤرخة في 1998/05/24، المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، ص 29.

وعليه، المحافظ العقاري عند تسلمه وثائق المسح وترقيم العقارات كما سبق الذكر، يقوم بتطبيق هذه التقييمات؛ لأنه ينتج عنها أساسا تأسيس السجل العقاري أي مجموعة البطاقات العقارية التي توضح النطاق الطبيعي والوضعية القانونية للعقار، لذا حدد المشرع نموذج هذه البطاقات التي من مجموعها يتكون السجل العقاري؛ لأنه ما هو إلا مجموعة بطاقات عقارية أعدت ومسكت من طرف المحافظ العقاري⁽¹⁾.

- تسليم الوثائق التي تشهد بحقوق الملاك على العقارات المسوحة: إن الهدف

الأساسي من نظام الشهر العيني هو إعداد وتسليم السندات التي تشهد بحقوق الملاك على العقارات المسوحة والمثبتة للملكية العقارية، إلا أن المحافظ العقاري مقيد بنوع التقييم، فإذا كان التقييم مؤقتا لمدة أربعة أشهر أو سنتين، هنا تسلم شهادة التقييم المؤقتة، أما إذا كان التقييم نهائيا يسلم للطرف المعني أو وكيله الدقتر العقاري، وهذا ما نتطرق إليه على النحو الآتي:

• تسليم شهادة التقييم المؤقتة: حيث تسلم من قبل المحافظ العقاري بناءً على

طلب أصحاب الحقوق إذا توافرت جملة من الشروط وتم اتباع الإجراءات المقررة لذلك والمتمثلة فيما يلي:

- يجب أن يكون التقييم مؤقتا لمدة أربعة أشهر أو سنتين طبقا للمادتين 13 و14 من المرسوم 63/76 السابق الذكر.
- يقدم طلب الحصول على شهادة التقييم المؤقتة من الطرف المعني أي صاحب المصلحة.
- تسجل شهادة التقييم المؤقتة بسجل الإيداع نظرا لأهميتها، ويكون هذا مقابل دفع رسم ثابت يسلم بشأنه وصل⁽²⁾.

(1) - قرار وزير المالية المؤرخ في 27/05/1976، المتعلق بالبطاقات العقارية المستعملة من قبل المحافظات العقارية، ج ر، العدد 20.

(2) - انظر المادة 39 من الأمر 39/97 المؤرخ في 30/12/1997، المتضمن قانون المالية، لسنة 1998.

- يؤشر المحافظ العقاري على البطاقات العقارية المعنية، وتدون عبارة شهادة ترقيم مؤقتة.

- يجب الإمضاء والتأشير على شهادة الترخيم المؤقتة من طرف المحافظ العقاري، وبعد ذلك تسلم للطرف المعني لاستعمالها في حدود القانون.

• **إعداد وتسليم الدفتر العقاري:** بالرجوع إلى المرحلة ما قبل 1975 السابق دراستها يتضح أن المشرع الجزائري أشار إلى الدفتر العقاري بنص المادة 32 من المرسوم 32/73، الذي جاء تنفيذا للأمر 73/71، وفي سياق المادة السابقة جاء الأمر 74/75 والمرسومان التطبيقيان له: 62/76 و63/76 بأحكام تقضي أنه في الأراضي المسوحة يقدم إلى مالك العقار بمناسبة الإجراء الأول دفتر عقاري تدون به البيانات الموجودة بمجموعة البطاقات العقارية، وتطبيقا لهذا بينت المادة 45 من المرسوم 63/76 مواصفات الدفتر العقاري وبياناته؛ لذا يجب على المحافظ العقاري أن يعد الدفتر العقاري وفقا للقانون⁽¹⁾.

وبعد الانتهاء من إعدادة وضبطه يحفظ بالمحافظة العقارية إلى غاية حضور أصحابه لاستلامه، وهنا الأمر يختلف باختلاف أصحاب الحقوق على العقار، إذا كان شخصا واحدا لا يطرح أي إشكال، أما إذا كان هناك شخصان أو أكثر يملكون على الشيوع، يجب على هؤلاء أن يعينوا وكلا من بينهم ليتسلم الدفتر العقاري، ويتم ذلك عن طريق وكالة قانونية صادرة عن الموثق والإحفظ بالمحافظة العقارية. وعند التسليم الفعلي للدفتر العقاري يؤشر على البطاقة العقارية بعبارة دفتر مسلم، وإذا تعدد أصحاب الحقوق تتم الإشارة إلى الجهة أو الشخص الذي استلمه⁽²⁾؛ لأن الدفتر العقاري يعتبر مرآة تعكس حالة العقار المسوح المادية والقانونية، وهو بذلك السند

(1) - انظر المادة 18 من الأمر 74/75، السابق الذكر.

(2) - انظر المادتين 46 و47 من المرسوم 63/76، السابق الذكر.

القوى في إثبات الملكية العقارية⁽¹⁾.

03- مهام المحافظة العقارية بعد القيد الأول:

بعد الانتهاء من القيد الأول وتسليم السندات المثبتة لحقوق الملاك (الدفاتر العقارية)، يكون نظام الشهر العيني قد تأسس فعلا وحقق أهدافه؛ لذا يجب على المحافظ العقاري أن يحترم مبادئ وخصائص نظام الشهر العيني، وهذا لا يتحقق إلا بالقيام بالمهام المسندة له قانونا⁽²⁾.

وعليه مهام المحافظة العقارية بعد القيد الأول تنحصر عموما فيما يلي:

- حفظ العقود والمخططات وجميع الوثائق المتعلقة بعملية الشهر العقاري.
- يجب على المحافظ العقاري مسك سجل الإيداع وقفله كل يوم لأنه يرقم ويوقع من قبل قاضي تابعة لاختصاصه المحافظة العقارية ويودع كل سنة بالمجلس القضائي المختص.
- إعداد تقارير من طرف المحافظ العقاري مفصلة حول كافة الإجراءات التي تم اتخاذها، وهذا بهدف تقييم وتقديم إحصاءات للجهات المعنية؛ لأن المحافظة العقارية تعتبر آلية أساسية لقيام نظام الشهر العيني ولها علاقة وطيدة بالعديد من الهيئات.
- إعطاء المعلومات وتحصيل الحقوق والرسوم، حيث أن دور المحافظة العقارية يظهر من خلال مهام المحافظ العقاري باعتباره مسيرها، وعليه لا يمكن تصور وجود استقلال بين المحافظ العقاري والمحافظة العقارية؛ لأن المفهومين يشكلان هيئة إدارية دورها الأساسي تأسيس ومسك السجل العقاري، وعليه كلف المحافظ العقاري بإعطاء وتقديم المعلومات للجمهور عند طلبها وتحصيل الحقوق

(1) - جمال عبد الناصر مانع، مقال بعنوان "الاختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسه، العدد التجريبي، أبريل 2006، ص 10.

(2) - انظر المادة 03 من المرسوم 63/76، السابق الذكر.

والرسوم المتعلقة بالشهر العقاري⁽¹⁾ حتى قيل إنه موظف محاسب؛ لأنه يناط به تحصيل مستحقات الخزينة العمومية المتمثلة في نسبة من الرسوم الواجبة الدفع عن بعض التصرفات⁽²⁾.

- حيث يتم بالمحافظة العقارية شهر التصرفات العقارية، وهذا باتباع إجراءات محددة قانونا كي ينتج الشهر آثاره؛ لأن بالشهر يتمكن الغير من الاطلاع والإحاطة بحالة العقار على أساس أنه هو الذي ينشئ وينقل ويعدل أو يسقط الحق⁽³⁾ خاصة وأن التصرفات العقارية كثيرة ومتنوعة⁽⁴⁾ حسب ما أشار إليه المشرع بالقانون المدني والقوانين المنظمة للعقار، وبصفة عامة التصرفات الواجبة الشهر بالمحافظة العقارية قد تكون تصرفات قانونية أو وقائع مادية، وقد تكون عقودا وقرارات إدارية، كما تكون أحكاما قضائية.

وبعد التطرق إلى مهام المحافظة العقارية يتبين أن لها علاقة بالعديد من الهيئات والأشخاص نوضحها على النحو الآتي:

- علاقة المحافظة العقارية بإدارة المسح: كما سبق الذكر، نشاط المحافظة العقارية يتوقف على عملية المسح مما يجعل العلاقة بين الجهتين حتمية، فبعد انتهاء عملية المسح مباشرة يتم إيداع الوثائق وترقم العقارات وبعد ذلك تسلم الدفاتر العقارية لأصحابها.
- علاقة المحافظة العقارية بالجهات القضائية ومساعدتي القضاء: المحافظة العقارية وحسب المهام المسندة لها، يتضح أن لها علاقة بالمحاكم والمجالس القضائية المتواجدة بدائرة اختصاصها؛ لأن لجنة المسح يرأسها قاضٍ، كما أنها توجد سجلات

(1)- انظر المادة 03 من المرسوم 63/76 السابق الذكر.

(2)- الطاهر بريك، المرجع السابق، ص85.

(3)- عبد العلي بن محمد العبودي، نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية بالمملكة المغربية، المركز الثقافي العربي الطبعة الثانية، الدار البيضاء المغرب، 2003، ص89.

(4)- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص18.

توقع وتؤثر بالمحكمة وتودع نهاية السنة بالمجلس القضائي، وأيضا شهر الدعاوى والأحكام القضائية؛ كل هذا يدل أنها توجد علاقة فعلية بين الجهتين، كما أن علاقة المحافظة العقارية تكون مع الموثقين والخبراء والمحامين والمحضرين القضائيين، وأيضا الجماعات المحلية.

وبصفة عامة المحافظة العقارية ونظرا لمهامها، ومن جهة أخرى نظرا لأهمية العقار الاجتماعية والاقتصادية والسياسية؛ أصبحت لها علاقة مع العديد من الجهات والأشخاص. والمشروع الجزائري كان حريصا فنظم هذه العلاقة بالعديد من القوانين والتعليمات والمذكرات بهدف ضبط وتطهير الأملاك العقارية وحمايتها.

المطلب الثاني: قواعد وشروط الشهر العقاري

إن العمل بنظام الشهر العيني يعني وجود ضمانات وحماية قانونية للتصرفات العقارية، ويضمن أيضا استمراريتها على أسس متينة، والملاحظ أن العديد من الدول كلفت قاضيا لإدارة مصلحة الشهر العقاري نظرا لأهمية هذا النظام. أما المشروع الجزائري فقد كلف به موظفا عموميا يسمى المحافظ العقاري لإدارة وتسيير المحافظة العقارية، ووضع قواعد وأسساً لتنظيم الشهر العقاري، تتمثل القاعدة الأولى في إخضاع كافة المحررات المراد شهرها إلى قاعدة الرسمية، والثانية تتمثل في الأثر النسبي للشهر أو ما يسمى بقاعدة الشهر المسبق. بالإضافة إلى هاتين القاعدتين يجب توافر جملة من الشروط القانونية بالوثائق الخاضعة للشهر العقاري، وهذا ما تناوله ضمن النقاط التالية⁽¹⁾.

الفرع الأول: قواعد الشهر العقاري

إن قواعد الشهر المتفق بشأنها عبر كامل التشريعات هما قاعدتان: (قاعدة الرسمية وقاعدة الشهر المسبق)، وهذا ما نتطرق إليه بالتفصيل من خلال النقاط

(1) نصت المادة 59 من الأمر رقم 58/75 السابق الذكر على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

الآتية:

01- **قاعدة الرسمية:** المشرع الجزائري أكد هذه القاعدة بالمادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بالقول: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي؛ لذا يجب توافر قاعدة الرسمية في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو التصريح بحق من الحقوق العينية العقارية، وبصفة عامة كل ما يرد على الملكية العقارية من تصرفات⁽¹⁾ .

والملاحظ أن الرسمية تتجسد عن طريق إثبات العقود والتصرفات بحجر ينجزه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري.

إضافة إلى ما سبق نلاحظ أن اشتراط المشرع لقاعدة الرسمية له العديد من الأهداف والمزايا، فهو يساعد المحافظ العقاري في القيام بعمله، ومن جهة أخرى تأكيد احترام ركن الشكلية⁽²⁾؛ لأنه يشترط بالعقد الشكلي إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ركن رابع هو ركن الشكلية وهذه حماية للأطراف المتعاقدة وزيادة من قانونية المحرر وحجيته، إذ يعطيها المشرع حجية كاملة على ما تضمنته إلا إذا تم الطعن فيها بالتزوير، كما أن قاعدة الرسمية تسهل مراقبة السوق العقارية، والتدخل للتقليل من المضاربة غير المشروعة في المعاملات العقارية، وبالتالي تحصيل مستحقات الخزينة العمومية.

02- قاعدة الأثر النسبي (الشهر المسبق):

نص المشرع الجزائري بالمادة 88 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري على ما يلي: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية

(1)- مجيد خلفوني، المرجع السابق الذكر، ص 83.

(2)- على فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق الذكر، ص 232 و233.

في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف صاحب الحق الأخير...".

يتبين من النص السابق الذكر أن قاعدة الشهر المسبق يقصد بها أن المحافظ العقاري لا يمكنه شهر أي سند ناقل للملكية ما لم يكن لها أصل ثابت في مجموعة البطاقات العقارية يثبت حق المتصرف الأخير في العقار، بحيث تنتقل الملكية من المتصرف إلى المتصرف إليه بطريقة قانونية يمكن من خلالها معرفة الملاك السابقين الذين تداولوا على ملكية العقار، والملاحظ أن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث ترد عليها استثناءات؛ لأنه في بعض الحالات يستعصي على المحافظ العقاري مراقبة قاعدة الشهر المسبق، وذلك باعتبارها أول إجراء أو أنها حالات تطلبها عملية التحول من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني.

وبصفة عامة إن هذه القاعدة تهدف إلى ضمان الاستمرارية في سلسلة البيانات بمجموعة البطاقات العقارية، وبالتالي تنتقل الملكية من المتصرف إلى المتصرف إليه بطريقة قانونية واضحة، يمكن عن طريقها معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على ملكية هذا العقار، ومنه يمكن التصدي لظاهرة التصرفات المزدوجة التي كثيرا ما تحدث في الحياة العملية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشروط القانونية الواجب توافرها في الوثائق الخاضعة للشهر

هناك جملة من الشروط يجب مراعاتها وتوافرها بالوثائق والعقود الخاضعة للشهر، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالأطراف ومنها ما يتعلق بالعقار محل الشهر، وهذا ما نتطرق إليه على النحو الآتي:

01- الشروط الخاصة بتعيين الأطراف:

إن التصرفات العقارية التي تكون محل شهر تختلف وتتنوع، وقد يكون أطرافها

(1) - خالد رمول، المرجع السابق الذكر، ص 48.

أشخاص طبيعيين أو معنويين، وعليه المشرع اشترط جملة من الشروط والبيانات لا بد من توافرها بالوثائق محل الشهر، وهي تختلف باختلاف طبيعة الشخص؛ لذا نجد عناصر التعيين بالنسبة للأشخاص الطبيعيين هي الاسم واللقب، تاريخ ومكان الميلاد، الجنسية والموطن والمهنة.

أما عناصر التعيين بالنسبة للأشخاص المعنويين فهي تختلف حسب شكل وطبيعة الشخص المعنوي؛ لذا كل عقد أو حكم يكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية يجب أن يشتمل على عناصر التعيين الآتية⁽¹⁾:

- الشركات المدنية يجب ذكر تسميتها، شكلها القانوني، مقرها.
 - الشركات التجارية لا بد من ذكر تسميتها، شكلها القانوني ومقرها، رقم تسجيلها بالسجل التجاري.
 - بالنسبة للجمعيات يتم ذكر تسميتها، مقرها، ومكان إيداع قوانينها الرسمية.
 - أملاك الدولة يجب تثبيت اسم الدولة.
- إضافة إلى البيانات السابق ذكرها لا بد من التصديق على هوية الأطراف⁽²⁾.

02- الشروط الخاصة بتعيين العقارات:

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للعقار، خاصة أحكام القانون المدني⁽³⁾ والأمر 74/75، والمرسومين التطبيقيين له: 62/76 و63/76؛ يتبين أنه يجب على الضابط العمومي المكلف بتحرير العقود المنصبة على حقوق عينية عقارية الالتزام بتعيين العقار تعييناً دقيقاً من حيث الطبيعة القانونية، المساحة، الحدود، ووضعيته القانونية الحالية، حتى تعطى حجية للعقود والتصرفات المشهورة؛ لأن هذا يمكن المحافظ العقاري من متابعة العقار وفحصه وتقديم معلومات صحيحة إذا تم

(1)- انظر المادة 63 من المرسوم 63/76، السابق الذكر.

(2) - انظر المادة 64 من نفس المرسوم.

(3) - انظر المادة 324 مكرر 4 من الأمر 58/75، السابق الذكر.

طلبها من الأطراف المعنية.

وتجدر الإشارة أن البيانات الخاصة بتعيين العقارات تختلف من عقار إلى آخر، وهذا حسب طبيعته، أي هل هو عقار فلاحى أو حضري، وإن كانت ملكية فردية أو شائعة أو مشتركة. وفي كل الحالات يجب تحديد موقع العقار لمعرفة إن كان العقار ممسوحاً أو غير ممسوح.

الخاتمة

مما سبق يتبين أن المشرع الجزائري اشترط شهر التصرفات العقارية بمختلف أنواعها، وهذا ما توضحه أحكام القانون المدني الصادر بالأمر 58/75، والمواد 15، 16، 17 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح، وكذا المرسومان التطبيقيان له 62/76 و63/76، إلا أنه لشهر التصرفات العقارية يوجد في العالم نظامان أساسيان (نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني)، وقد طبقتهما الجزائر في انتظار تعميم الشهر العيني الذي يتمشى وعملية المسح، التي تعتبر وسيلة مادية لتجسيد نظام الشهر العيني؛ لأن الجزائر رغم البدء في عملية المسح سنة 1971 إلا أنه لم يكتمل بعد، مما جعل المشرع الجزائري يطبق النظامين معاً، وفي نفس الوقت اعتمد آليات جديدة وموازية من ضمنها صدور المرسوم 352/83 المتضمن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، والقانون 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري، وهذا بهدف التسريع في عملية التطهير وتسليم السندات المثبتة للملكية.

وبما أن الدراسة التي قمنا بها ترمى إلى توضيح دور الشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية فقد توصلنا إلى النتائج الآتية:

- الشهر رغم إيجابياته إلا أنه قد يهدد حقوق وملكية بعض الأشخاص، خاصة أمام وجود العديد من النصوص القانونية، وفي بعض الحالات وقوع تناقض بين القوانين مما أثر سلباً على ضبط الملكية العقارية.
- إلزامية الشهر والآثار المترتبة عليه تشكل خطورة بالنسبة لبعض الفئات

خاصة الذين يجهلون الآثار المترتبة عن الشهر.

- المشرع الجزائري وقع في تناقض؛ لأنه من جهة اعتبر الشهر وجوبياً وله قوة ثبوت، ومن جهة أخرى أجاز الطعن في التصرفات المشهورة.

- الشهر أحكامه معقدة، وهو مرتبط بمواعيد خاصة المتعلقة بالترقيم، وهذا قد يؤثر على ملكية الأشخاص الذين يخالفون هذه الأحكام؛ لأنه عملياً نلاحظ أن العديد من الأملاك العقارية مستغلة من أصحابها (المالكين الأصليين)، إلا أنها إدارياً آلت إلى الدولة على أساس أنها مجهولة، أو إلى أشخاص آخرين على أساس الحياة، خاصة بعد تطبيق عقد الشهرة والذي أثار العديد من الإشكالات.

- قواعد وشروط الشهر العقاري أصبحت لا تتماشى والوضع الحالي، خاصة أمام وجود آليات موازية تتناقض في بعض الحالات مع المبادئ والقواعد التي تقوم عليها الأملاك العقارية كالأملك الوقفية وأملك الدولة.

ولذا هناك العديد من الملاحظات نقدمها كتوصيات تمثل فيما يلي:

- ضرورة تعديل وإلغاء بعض المواد القانونية المنصوص عليها بالقانون المدني، والأمر 74/75 المتعلق بالمسح وتأسيس السجل العقاري، والمرسومين التطبيقيين له.
- ضرورة ضبط بعض النصوص القانونية التي جاءت بالآليات الموازية، كالتحقيق العقاري، والقانون الخاص بإتمام البناءات ومطابقتها؛ لأنها تضمنت أحكاماً تمس بحق الملكية والمبادئ التي تقوم عليها الأملاك الوطنية.
- يجب توضيح بدقة قواعد الشهر وشروطه.
- إعادة النظر في الصلاحيات الممنوحة للمحافظ العقاري باعتباره مسيراً للمحافظة العقارية، وجعل كافة أعماله تحت رقابة القضاء حتى لا يتعسف.
- إعادة النظر في منصب المحافظ العقاري وترقيته نظراً لحساسيته؛ لأن بعض التشريعات أوكلت به قاضياً.

- تحديد وضبط مسؤولية المحافظ العقاري وهذا بحصر وتحديد مهامه؛ لأن المسؤولية تتمشى مع المهام والأخطاء المرتكبة.
- يجب تطبيق القانون وتسليم سندات الملكية وعدم التعسف؛ لأن الجهات المشرفة على ضبط العقار نلاحظ أنها عمليا تتعسف وتحيل الأطراف للقضاء، رغم وضوح القانون ووجود التعليمات والمذكرات.

قائمة المراجع

1- المؤلفات:

- أنيسة بسكري، "تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البلدة، سنة 2000 و2001.
- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الدار الخلدونية للطباعة والنشر القبة، الجزائر، 2006.
- جمال عبد الناصر مانع، مقال بعنوان "الاختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسه، العدد التجريبي، أبريل 2006.
- حسن عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 1999.
- خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، نشر وتوزيع قصر الكتاب بالبلدة، 2001.
- ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع الروبية، الجزائر، 2009.
- صباح رشاش، مقال بعنوان، "فوضى التشريع العقاري"، مجلة القسطاس، مجلة فصلية تصدر عن مجلس قضاء تبسه، العدد الثاني، جوان 1998.
- الطاهر بريك، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013.

- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، 2002.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، المجلد الأول، البيع والمقايضة، مصر، 1973.
- عبد العلي بن محمد العبودي، نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية بالمملكة المغربية، المركز الثقافي العربي الطبعة الثانية، الدار البيضاء المغرب، 2003.
- علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة مصر، 1987.
- علي فيلاي، مقال بعنوان "الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري"، ملتقى وطني حول القانون العقاري 16 و17 أبريل 2001، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد خاص، الجزء 42 رقم 02، سنة 2001.
- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- عمار بوضياف، مقال بعنوان، " المسح العقاري وإشكالاته القانونية"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسه، العدد التجريبي، أبريل 2006.
- عمر حمدي باشا ويلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2004.
- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- مجيد خلفوني، مقال بعنوان "المحافظة العقارية"، مجلة المحضر القضائي، صادرة عن الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين فيفري 2006.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.

- معوض عبد التواب، السجل العيني علما وعملا، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1989.
- نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- 2- النصوص القانونية:
- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر العدد 78.
- الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج.ر العدد 92.
- المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج.ر العدد 30.
- قرار وزير المالية المؤرخ في 1976/05/27، المتعلق بالبطاقات العقارية المستعملة من قبل المحافظات العقارية، ج.ر، العدد 20.
- المرسوم التنفيذي 65/91 المؤرخ في 1991/03/02، المتضمن المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري، ج.ر، العدد 10.
- القرار المؤرخ في 1991/06/4، المتضمن التنظيم الداخلي لمفتشيات أملاك الدولة والمحافظات العقارية، ج.ر، العدد 38.
- المرسوم التنفيذي 116/92، المؤرخ في 1992/03/14 الذي يحدد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري وشروط التعيين فيها وتصنيفها، المعدل والمتمم، ج.ر، العدد 21.
- التعليم رقم 16، المؤرخة في 1998/05/24، المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، وزارة المالية، ص 29.
- القانون 09/08 المؤرخ في 2008/ 02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر 21 لسنة 2008.