

# مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 50: دجنبر 2016

✓ مع مواضيع العدد 50: دجنبر 2016 :

- الاعتراف الدولي والوطني بالحق في البيئة.
- الإفراغ في ضوء قانون الكراء رقم : 67.12.
- التعليق على المادة 25 من النظام الأساسي للقضاة.
- الجهود الدولية في مواجهة الجريمة الجمركية.
- إزالة حطام السفن وتدويره في التشريع الدولي.
- دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة والحرة.
- القضاء الإداري وحماية الحقوق والحريات الفردية.
- فلسفة مدونة الأسرة بمناسبة الذكرى الثانية عشر.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والثانون

صفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الإمتل والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات قديمة

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بفرصية

حوارات علمية

تقارير خاصة

المساهمون بالمجلة

إعداد المجلة

تتبعنا بالمجلة

استغلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30)... المزيد

كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد

إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك منير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد

قراءة في النظام الفريقي للموازين ( قانون 02/15 ) : الأستاذة المتعب الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد

## العدد الخمسون: دجنبر 2016

### ❖ قواعد النشر وشروطه :

- إرسال نبذة من السيرة الذاتية للكاتب.(الصورة اختيارية).
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 3000 كلمة).
- أن تكتب الهوامش لكل صفحة على حدة .
- أن ترفق المساهمة بفهرس المصادر والمراجع.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات في ملف (word) إلى البريد الإلكتروني : sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

### ❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرنسي: أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبى أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615

## بسم الله الرحمن الرحيم

### العدد الخمسون : لشهر دجنبر 2016

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 50 لشهر دجنبر 2016 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03
- ✓ **دراسات وأبحاث بالعربية :**
2. الإفراغ شرط إعادة الإسكان في ضوء قانون الكراء رقم 67.12 : عبد الحكيم حجامي ، باحث في القانون المدني، كلية الحقوق جامعة ابن زهر أكادير-المملكة المغربية.....06
3. التعليق على المادة 25 من النظام الأساسي للقضاة : عبد الصمد عدنان ، دكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة - المملكة المغربية.....17
4. الجهود الدولية والإقليمية والمحلية في مواجهة الجريمة الجمركية : قعموسي هواري ، طالب بالدكتوراه ، جامعة سعيدة الجزائر.....33
5. الاعتراف بالحق في البيئة : بوشامة فائزة ، ماجستير في حقوق الإنسان ، باحثة بصف الدكتوراه في القانون العام أستاذة مؤقتة بكلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة ، الجزائر.....42
6. إزالة حطام السفن وإعادة تدويرها في التشريع الدولي : بوخميس وناسة ، باحثة دكتوراه جامعة الجليلي ليايس - الجزائر.....58
7. تقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المصلحة العامة و الحريات : وديع البقالي ، دكتور في القانون العام ، من جامعة عبد الملك السعدي - المملكة المغربية.....70
8. القضاء الإداري و حماية الحقوق و الحريات الفردية في الجزائر : عمر غول طالب دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تبسة - الجزائر.....79
9. فلسفة مدونة الأسرة على هامش الذكرى الثانية عشر لها : محمد الطيبي، باحث بسلك الدكتوراه ، بجامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي - المملكة المغربية.....95
10. دور المشاركة السياسية في تحقيق الديمقراطية : الدكتورة شريف هنية ، أستاذة محاضرة - أ بكلية الحقوق جامعة البليدة -2- الجزائر.....106

### نرنيب المقالات يخضع لاعنباران فنية

كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

## كلمة العدد الخمسين لشهر دجنبر 2016



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون  
الدكتور: صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، لا تفوتنا الفرصة حتى نشكر العديد من الباحثين المتمكنين الذين يولون حرصا بالغاً لفن كتابة البحوث العلمية الأكاديمية ، والذي تشرفت مجلة الفقه والقانون بنشر دررهم بحسن نظامها و ضبطها ، وتوثيقها وتناسق أفكارها ، وجماليتها لغتها وأسلوبها ، واحترامها لشروط النشر بالمجلة .

لكننا من جهة ثانية ، لا بد أن نسجل بأسف شديد ، تعاونا العديد من الباحثين في الالتزام بشروط النشر بمجلة الفقه والقانون ، وعلى سبيل المثال لا الحصر ، نجد البعض منهم لا يرسلون سيرهم الذاتية ، ولا يعرفون بشخصهم وتخصصهم العلمي وجامعاتهم وكلياتهم ، هذا فضلا عن إهمالهم التدقيق في الهوامش و ضبطها ، ونسيانهم كتابة الصفحات والطبعات ، مع عدم إرفاق الدراسة أو البحث بلائحة المصادر والمراجع ، بالإضافة إلى ارتكاب مجموعة من الأخطاء اللغوية اللامتناهية ، وعدم وضع خاتمة للدراسة تلخص أهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها ، والاكتفاء بنسخ ولصق عشوائي لفقرات من بحوث سابقة !!!!

وفي هذا الإطار تدعو مجلة الفقه والقانون لجميع الباحثين الذين يحترمون البحث العلمي ، إلى الالتزام بالتأني والدقة في كتابة دراساتهم العلمية ، وعدم التسابق مع الزمن من أجل نشر أكبر عدد من المقالات والبحوث ، فمقالات علمية متقنة وجيدة ، خير من عشر لا تحترم أساسيات البحث

العلمي أجاد الرصين ، فكلما كان بحثنا متقنا وبنيت خالصت كخدمت الأمت ، إلا وزدنا قريبا من خالقنا عز وجل ، وكسبنا الأجر والثواب في الدنيا والآخرة .

وحتى لا أطيل عليكم أذكركم بشروط النشر في مجلت الفقه والقانون على الشكل التالي :

- إرسال نبذة من السيرة الذاتية للكاتب.(الصورة اختيارية).
  - ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 3000 كلمة).
  - أن تكتب الهوامش لكل صفحة على حدة : (references+notes de bas de page +inserer)
  - أن ترفق المساهمة بفهرس المصادر والمراجع.
  - ألا يكون المقال مشتركا أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
  - المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
  - ترسل المساهمات في ملفه (word) إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
  - كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلت الفقه والقانون.
- وفي أختام نوكد لكم بأن أي مساهمة لا تحترم هذه الشروط لن يتم نشرها . وفي ما يلي أترككم تتصفحون العدد الجديد لشهر دجنبر 2016 من مجلت الفقه والقانون ، سائلا العلي القدير أن تروقكم مواضيعه وأن تكرمونا دائما بتوجيهاتكم ودرعائكم .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكدك

www.majalah.new.ma

# ✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

## الإفراغ شرط إعادة الإسكان في ضوء قانون الكراء رقم 67.12



**عبد الحكيم حجامي : باحث  
في القانون المدني كلية الحقوق  
جامعة ابن زهر أكادير - المغرب**

مقدمة :

يقوم عقد الكراء بوظيفتين أساسيتين؛ اقتصادية واجتماعية<sup>1</sup>؛ الأولى تتمثل في كونه وسيلة بيد الطبقة المالكة من أجل استثمار أموالها في شكل مساكن موجهة للكراء، والثانية تتجلى في كونه سبيل الطبقة المتوسطة والفقيرة غير القادرة على التملك، من خلال الانتفاع بما لا تملك لضمان استقرارها الذي يتخذ السكن أحد أهم تجلياته.

ولأجل ضمان توازن عادل بين كلتا الوظيفتين، وتحصين الوظيفة الاجتماعية باعتبارها إحدى ضمانات السلم الاجتماعي -خصوصا مع ما يعرفه قطاع السكن الموجه للكراء من أزمات - قررت الدولة التدخل لحماية المكثري من تعسف المكريين باعتباره طرفا ضعيفا في بعض الأحيان، وهشاشة الحماية التي توفرها له القواعد العامة القائمة معظم قواعدنا على مبدأ سلطان الإرادة؛ فتم سن قوانين كرائية خاصة استثنائية تعيد بعض التوازن للعلاقة الكرائية، بضمان حماية أكبر للمكثري، وإن كان ذلك على حساب القوة الملزمة للعقد.

<sup>1</sup> للتفصيل أنظر: - عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء السادس. المجلد الثاني. العقود الواردة على الانتفاع بالشيء. الإيجار والعارية. دار النهضة العربية. القاهرة 1963. ص 23 وما يليها.

فتجلت هذه الحماية بالخصوص على مستوى إنهاء عقد الكراء، حيث لم يعد بالإمكان إنهائه بمجرد انتهاء مدته، بل لابد من أن يوجه المكري للمكثري إشعارا بالإفراغ يعلمه فيه برغبته في وضع حد لعقد الكراء الرابط بينهما<sup>1</sup>، وهو ما قرره المادة 45 من القانون رقم 67.12<sup>2</sup> في فقرتها الأولى التي جاء فيها:

"يجب على المكري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعارا بالإفراغ إلى المكثري يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل..."

ويجب أن يتضمن الإشعار بالإفراغ مجموعة من البيانات حددتها المادة 46 من القانون 67.12، يبقى أهم هذه البيانات هو بيان سبب طلب الإفراغ، وذلك لتمكين المحكمة من بسط رقابتها على مدى جدية ومشروعية السبب الذي بني عليه الإشعار بالإفراغ، وذلك في حالة منازعة المكثري فيه.

وقد حدد المشرع المغربي الأسباب التي يمكن أن يسبب بها هذا الإشعار بموجب المادة 45 السالفة الذكر، وهي

إما:

- الإفراغ بسبب الاحتياج؛
- أو ضرورة هدم المحل المكثري وإعادة البناء أو إدخال إصلاحات ضرورية تستوجب الإفراغ؛
- التماطل في الأداء.

ويبقى أهم هذه الأسباب هو الإفراغ بسبب الاحتياج، نظرا لكثرة الالتجاء إليه على المستوى العملي، كما أنه يشكل نقطة تنافر بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة المالك في استعادة ملكه، ومصلحة المكثري في الاستمرار في شغل المكان الذي يكتريه لضمان استقراره.

ولخظورة هذا السبب على الاستقرار المنشود للمكثري، عمل المشرع على ربط ممارسته بمجموعة من القيود حتى لا يتم التعسف في استعماله؛ هذه القيود حددتها المادة 49 من القانون 67.12 في تملك العقار موضوع طلب

<sup>1</sup> عكس ما عليه الأمر في الفصل 687 من ظهير الالتزامات والعقود الذي يجعل عقد الكراء منتهيا بمجرد انتهاء مدته ودون حاجة لتوجيه أي إشعار بالإفراغ. حيث ينص هذا الفصل على أن:

"كراء الأشياء ينقضي بقوة القانون عند انتهاء المدة التي حددها له المتعاقدان من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره ومع عدم الإخلال بالقواعد الخاصة بكراء الأراضي الزراعية."

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكثري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني. ج.ر عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013)، ص 7328.

الإفراغ لمدة لا تقل عن 18 شهراً<sup>1</sup>، زيادة على ضرورة توفر إحدى حالات الاحتياج المتمثلة إما في حالة الإضرار للسكن، أو حالة الرغبة في التوسع<sup>2</sup>.

غير أن المشرع أعفى المكري من إثبات شروط الاحتياج في حالة ما إذا عرض على المكثري سكناً مماثلاً للمحل المطلوب إفراغه بنفس المواصفات ونفس الوجيبة الكرائية، وذلك بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 49، التي جاء فيها :

"...لا يشترط توفر هذين الشرطين إذا عرض المكري على المكثري سكناً مماثلاً للمحل المطلوب إفراغه بنفس الوجيبة الكرائية."

لذلك فالمشرع من خلال هذه الفقرة قد أسس لسبب آخر للإفراغ يتمثل في المبادلة مع المكثري، عن طريق تمكينه من مسكن آخر بديل للذي يسكنه.

وسنخصص هذه المقالة لتحليل مضامين هذه الفقرة بغية البحث عن مدى تمكن المشرع عند تبنيه لهذه الفقرة من تجاوز الإشكالات التي يطرحها الحكم بالإفراغ، خصوصاً المشاكل الاجتماعية المتمثلة في حرمان المكثري من الاستقرار، وذلك عندما أُلزم المكري أن يضع رهن إشارة المكثري محلاً آخر بديلاً عن المحل الذي يكتريه، في مقابل ضمان حق المكري في التمتع بملكه باعتباره أولى به من غيره كونه صاحب حق الملكية.

لذلك سنسعى لبحث حقيقة الإفراغ شرط إعادة الإسكان، من خلال عرض مدى مشروعية هذا السبب، وتوضيح علاقته بالإفراغ للاحتياج، وفي الأخير نعرض لكيفية ممارسة هذا النوع من الإفراغ، حيث سنقسم الموضوع إلى فقرتين على الشكل التالي :

- الفقرة الأولى : مشروعية الإفراغ شرط إعادة الإسكان وعلاقته بالإفراغ للاحتياج.

- الفقرة الثانية : ممارسة حق المطالبة بالإفراغ شرط إعادة الإسكان.

<sup>1</sup> كان قانون الكراء المنسوخ رقم 6.79 يحدد مدة التملك في ثلاث سنوات.

<sup>2</sup> للتفصيل أكثر يمكن الرجوع إلى:

- عبد الحكيم حجامي. الإفراغ للاحتياج في ضوء القانون 67.12 المتعلق بالكراء السكني أو المهني. رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر أكادير. الموسم الجامعي 2015/2016.



## الفقرة الأولى : مشروعية الإفراغ شرط إعادة الإسكان وعلاقته بالإفراغ للاحتياج :

لاشك أن هاجس تقييد المشرع المغربي لحق المكري في استعادة ملكه، رغم امتياز حق الملكية الذي له على المحل موضوع دعوى الإفراغ، هو تقييد يصب في مصلحة المكثري، فحق الملكية وإن كان حقا جامعا<sup>1</sup> من حيث المبدأ؛ فإنه لأغراض اجتماعية تدخل المشرع من أجل فرض توازن في علاقة المكري بالمكثري، تحقيقا للمصلحة العامة، وإن كان ذلك على حساب عناصر حق الملكية.

يقوم التوازن المنشود في تلك العلاقة بالأساس على تجنب المكثري خطر التشرد ما أمكن، والذي يمكن أن يسقط فيه جراء إفراغه. وبالتالي فالضرر الذي يُخشى أن يصيب المكثري هو سبب ربط المشرع حق المكري في استعادة ملكه عند احتياجه بمجموعة من القيود.

بناء على ذلك حاول المشرع أن يجد مخرجا يحقق به حاجة المكري، ويتفادى من خلاله هاجس الضرر الذي قد يلحق بالمكثري، وبالتالي الجمع بين حقين متناقضين، وهو الأمر الذي أسس إليه المشرع من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 49 من القانون 67.12 السالفة الذكر.

هكذا، ففي حالة عرض المكري على المكثري محلا بديلا ليشغله في مقابل استعادته للمحل المكري، يعفى من الشرطين الذين سبق وأن قيّد بهما المشرع حق المكري في طلب الإفراغ لاحتياجه لمحله؛ وهذين الشرطين هما؛ شرط تملك المحل موضوع طلب الإفراغ لمدة 18 شهرا على الأقل، وكذا اشتراط إثبات واقعة الاحتياج بإحدى حالتها؛ سواء حالة الاضطرار للسكنى أو حالة الرغبة في التوسع المشروع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> يقصد بكون حق الملكية حق جامع، أنه حق يشتمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء، فهي تخول المالك الانتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه، وليس لصاحب حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعا، بل لا يكون له إلا بعضها. ثم إن للمالك أن يصنع بملكه ما يشاء، إلا ما منع منه بنص خاص في القانون، فالأصل في الملكية الإباحة، والتحریم هو الاستثناء، ولا بد للاستثناء من نص، وهذا النص لا يجوز التوسع في تفسيره، ومن ثم فالملكية حقا جامعا.

-محمادي لمعكشاوي. المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء. ط الأولى. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء. 1434هـ-2013م. ص.30.

<sup>2</sup> فقد أكد المجلس الأعلى-محكمة النقض حاليا- على أنه لا فرق بين عدم توفر المكري على سكنى بالمرّة وبين عدم كفاية السكنى التي يوفر عليها بالفعل، فكل منهما يعد سببا قانونا لطلب الإفراغ بناء على الاحتياج.

-أنظر قرار المجلس الأعلى ع 9 الصادر بتاريخ 1982. في الملف الاجتماعي ع 91891. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقبي ع 31 دجنبر 2000. ص.92.

وقد انتقد بعض الفقه هذا التوجه التشريعي، حيث اعتبر أحكام هذه الفقرة تفرغ الفصل 14 من القانون 6.79 المنسوخ — تقابله المادة 49 من القانون 67.12 — من محتواه، ذلك أن المكثري إنما تعاقده على المحل المكثري له ذاته وليس على غيره<sup>1</sup>. وهناك من يرى كذلك أن الأمر يتناقض مع كون المكثري في حالة احتياج<sup>2</sup>.

وأعتقد أن هذا الانتقاد له نصيبه من الصحة؛ ذلك أن الاستقرار الذي يسعى المشرع إلى ضمانه للمكثري، إنما يشكل في معناه أن يبقى المكثري في المحل الذي اكتراه بعينه أقصى مدة ممكنة، وأي إجبار له على الانتقال إلى محل آخر، ولو أن عبئ توفيره يقع على عاتق المكثري، فإن مجرد الانتقال يشكل في حد ذاته مساً بالحق في الاستقرار، فهذا الانتقال لاشك أنه يحتاج إلى بذل مجهود، مادام تغيير المحل يحتاج إلى نقل جميع ما يحتويه المسكن القديم من تجهيزات وأثاث وغيره... وهو في حد ذاته ضرر مؤكد<sup>3</sup>.

وارتباطا بما قيل سابقا، يرى بعض الفقه عن حق أن إعفاء المكثري من الشرطين السابقين إنما يشكل سببا مستقلا بذاته، ولا علاقة له بالإفراغ للاحتياج<sup>4</sup>، وتفصيل ذلك؛ أن للمكثري الحق، في هذه الحالة، إفراغ المكثري ولو لم يكن في حاجة حقيقية إلى السكنى، بل ولو ثبت أنه مالك لمخلات أخرى كافية لحاجياته المعتادة، وهو يستطيع ذلك في أي وقت يريد، ولو مباشرة بعد تملكه للعين المطلوب إفراغها، وبالتالي فالإفراغ هنا لا يستند على الحاجة مطلقا، إنما يعد سببا مستقلا بذاته وغير مرتبط بالإفراغ للاحتياج<sup>5</sup>.

وتجعلنا هذه القراءة الفقهية لهذا السبب نتساءل عن السبب الحقيقي وراء تمتيع المكثري بهذا الإعفاء؟

في معرض البحث عن أسباب تبني المشرع المغربي للفقرة الأخيرة من المادة 49، يرى بعض الفقه، أن الحكمة الخفية وراء إعفاء المالك من شروط الإفراغ للاحتياج، هي فتح المجال أمام المالك في الحالة التي قد يكون فيها في حاجة إلى بيع العقار المكثري محررا من الكراء، في مقابل إجراء مبادلة مع المكثري بمحل آخر مناسب<sup>6</sup>، ويفسر بعض

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بونبات. الجديد في كراء الأماكن المعدة للسكن أو للاستعمال المهني. سلسلة آفاق القانون (5). الطبعة الثانية. المطبعة والوراقة الوطنية. مراكش. سنة 2001. ص 67.

وتدعيما لهذا الموقف يرى جانب آخر من الفقه أن الإعفاء من الشرط الأول إن كان يعتبر مقبولا فإن الإعفاء من شرط إثبات واقعة الاحتياج يهدم التسبب في نطاق القانون، وبالتالي ففي هذه الحالة يستطيع المكثري أن يسترد المحل ولو كان غير محتاج إلى السكنى بالمعنى المنصوص عليه في المادة 49 شريطة أن يعرض على المكثري سكنا مناسباً.

- أحمد عاصم، الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، الطبعة الأولى. مطبعة دار النشر المغربية. 1996. ص 127.

<sup>2</sup> محمد محروك. الثابت والمتغير في ضوء القانون الجديد رقم 67.12 المنظم لكراء المحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني. مقال منشور بأعمال الندوة الوطنية التي نظمتها المحكمة الابتدائية بتيزنيت تحت عنوان "قراءة في مستجدات القانون رقم 67.12 المتعلق بالكراء السكني أو المهني" السبت 12 أبريل 2014 بمقر دار الثقافة بتيزنيت. مطبعة المعارف الجديدة-الرباط 2015. ص 35.

<sup>3</sup> وعلى نقيض هذا الموقف يرى بعض الفقه أن هذه الحالة من الإفراغ لا تلحق أي ضرر بالمكثري.

-أنظر عبد القادر العرعاري. الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة. الكتاب الثاني. عقد الكراء المدني. مكتبة دار الأمان. الرباط. 2002. ص 178.

<sup>4</sup> أحمد عاصم. م.س. ص 127.

-عبد القادر العرعاري. م.س. ص 178.

<sup>5</sup> الحسين بلحساني. الأسباب القانونية لإفراغ المحلات السكنية. ط 2. الأحمدي للنشر. الدار البيضاء. ص 102.

<sup>6</sup> أحمد عاصم. م.س. ص 127.

الباحثين<sup>1</sup> هذا الأمر بكون المشرع المغربي تأثر بنظيره الفرنسي الذي نظم حالة الإفراغ من أجل البيع<sup>2</sup>، وإن كان يصعب في الحقيقة قياس حالة الإفراغ لأجل البيع في القانون الفرنسي، بالحالة المنصوص عليها في المادة 49 من القانون 67.12، فالأولى نظمها المشرع الفرنسي باستقلال تام عن باقي أسباب الإفراغ وأفرد لها شروطها، في حين أن مشرعنا لم يربطها لا بحالة الرغبة في البيع ولا غيرها، والشرط الوحيد المطلوب هو أن يضع المكري محلا بديلا للمحل الذي يستغله المكري.

وقد ربط المشرع المغربي ممارسة هذا النوع من الإفراغ، بضرورة توفر شروط معينة في الحل البديل.

### الفقرة الثانية : ممارسة الإفراغ شرط إعادة الإسكان :

إذا كان المشرع قد قيد حق المكري الراغب في استعادة ملكه المكري لحاجته إليه بضرورة مجموعة من القيود، أهمهما ملكية المحل المطلوب إفراغه لمدة لا تقل عن 18 شهرا، وكذا ضرورة إثبات واقعة الاحتياج التي حلت بأحد المستفيدين من هذا الحق، فإننا نجد قد أعفاه من كل تلك القيود في حالة عرضه محلا بديلا على المكري (ثانيا)، يتوفر على مجموعة من الشروط (أولا).

### أولا : الشروط المتعلقة بالمسكن البديل :

حددت الفقرة الأخيرة من المادة 49 من القانون 67.12 الشروط الواجب توفرها في الحل المعروض في شرطين، أولهما المماثلة بين الحل المعروض والمحل المطلوب إفراغه، وثانيهما، أن يكونا بنفس الوجيبة الكرائية.

### 1) مماثلة الحل البديل للمحل المطلوب إفراغه :

عبر المشرع المغربي عن حالة السكن المعروض على المكري، بكونه يجب أن يكون مماثلا للمحل المطلوب إفراغه وبنفس المواصفات، والمشرع لم يحدد بالضبط حدود المواصفات التي يجب أن تتوفر في هذا الحل، هل يجب فقط

<sup>1</sup> حياة البراق. حق المطالبة بالإفراغ: الضمانات والحدود في ظهير 25 دجنبر 1980 وتطبيقاته القضائية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. وحدة القانون المدني المعمق. جامعة محمد الخامس. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أكادال. الرباط. السنة الجامعية 2005-2006. ص 161.

<sup>2</sup> Art 10 de la loi de quillot 1982:

"A l'expiration du contrat initial ou du contrat renouvelé, le bailleur peut, à la seule fin de vendre le logement, ne pas renouveler le contrat de location. Dans le cas ou le contrat est conclu pour une durée égale ou supérieure à six ans, le bailleur personne physique peut, en cas de circonstances économiques ou familiales graves justifiant la vente du logement, notifier au locataire, à l'issue de chaque période de trois ans, sa décision de résilier le contrat, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent."

-voir aussi l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification à la loi du 23 décembre 1986 prévoit que:

"lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux..."

أن يلبي المحل المعروض حاجيات المستفيد، أم أنه يجب أن يتوفر على كافة الشروط التي كان يتوفر عليها المحل الذي كان يتوفر عليه المكثري، سواء من حيث عدد الغرف أو الموقع إلى غير ذلك من الشروط الأخرى<sup>1</sup>.

لاشك أنه لا يطرح إشكال في الحالة التي يكون فيها المحل المعروض يتوفر على شروط فضلى من التي كان يوفرها المحل الأول، مادام أن ذلك يصب في مصلحة المكثري، وفي غير هذه الحالة فالأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ذلك أن المشرع لم يمدنا بعناصر كافية لتقييم مدى كفاية المحل المعروض ليحل محل العقار موضوع دعوى الإفراغ. وتزداد صعوبة تحديد هذه المعايير لندرة الدعاوى التي ينبنى طلب الإفراغ فيها على أساس عرض محل بديل على المكثري، فالغالب هو طلب الإفراغ للاحتياج في حالته العادية المتمثلة في عدم عرض أي محل بديل على المكثري، لكن على العموم سنحاول التطرق لأهم ما يجب أن يتوفر في نظرنا في المحل المعروض مقارنة بالمحل المطلوب إفراغه سواء من حيث حالته، أو موقعه، وكذا استجابته للشروط الصحية.

هكذا يجب أن تكون حالة العقار قادرة على تلبية الحاجيات المشروعة للمكثري بشكل كامل، إذ لا معنى لأن يكون هذا المحل غير مكتمل البناء، أو يحتاج إلى إصلاحات حتى يصبح جاهزا للاستغلال، فهذا الأمر غير مقبول، اللهم إذا ثم ربط تنفيذ الإفراغ بضرورة قيام المكثري بكافة تلك الإصلاحات وتتهيء ذلك المحل، فهنا لا أرى مانعا في قبول المحكمة لذلك المحل، مع تشدها في ضمان تنفيذ تلك الإصلاحات دون تحايل.

كما يجب أن تكون مشتملات المحل البديل كالغرف لا تقل بشكل ظاهر من حيث الجودة أو عددها أو مساحتها عن المحل المرغوب استعادته، وكذا مختلف المرافق من مرآب وحديقة وسطح وغيرها، وكذا جودة المحل أو قدمه، وما إلى ذلك مما يعتبر أساسيا لتلبية الحاجيات المعتادة للمكثري<sup>2</sup>. غير أن التقيد الصارم بضرورة موازنة المحلين وتشابههما، يصعب معه عمليا إيجاد محلين بنفس المواصفات، اللهم إذا افترضنا وجودهما في عمارة واحدة، بل إنه حتى في هذه الحالة، فالاختلاف والتمايز واردة، إذ قد يكون أحدهما في طابق والثاني في غيره، وربما أحدهما دون الآخر في الواجهة المطلة على الشارع، وهذه كلها شروط ومواصفات تؤثر في اختيار الشخص لسكن دون غيره<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون موقع المحل المعروض لا يشكل عبئا إضافيا في ذمة المكثري، وذلك ببعده عن أنشطته المعتادة التي يقوم بها، كالبعد عن مقر العمل، أو المرافق الحيوية، مما قد يرفع تكاليف التنقل بالنسبة للمكثري<sup>4</sup>. والملائمة هنا لا ينظر إليها فقط بالنظر إلى المكثري وحده، بل كذلك إلى أفراد عائلته، فيؤخذ بعين الاعتبار دراسة الأولاد ومكان تواجد العائلة<sup>5</sup>. ومن البديهي، أن يكون العقار في نفس المدينة، وألا تتحقق مشقة

<sup>1</sup> أحمد عاصم.م.س.ص 103.

<sup>2</sup> الحسين بلحساني.م.س.ص 102.

<sup>3</sup> حياة البراق.م.س.ص 163.

<sup>4</sup> وملائمة موقع المحل البديل لا يجب أن تقارن ولا تقاس بموقع المحل موضوع طلب الإفراغ، بل يقاس بحاجيات المستفيد المشروعة أو المعتادة، فقد يكون المحل المعروض بعيدا عن المحل المطلوب إفراغه، لكنه يكون أكثر تلبية لرغبات المستفيد كقربه من مقر عمله مقارنة بالمحل المطلوب إفراغه.

<sup>5</sup> الحسين بلحساني.م.س.ص 102.

كبرى للمكثري، فتنفي ميزة مهمة، وهي الحاجة للسكن في نفس البلد المتواجد به العين المكثرة<sup>1</sup>. والمعيار المعتمد هنا هو معيار موضوعي وليس شخصي<sup>2</sup>؛ حيث يبقى للمحكمة حق تقدير الملاءمة من عدمها، لأن ذلك رهين بتلبية الحاجيات الأساسية والمشروعة، وليس ما يلائم المكثري حسب هواه<sup>3</sup>.

من الشروط المهمة كذلك، والتي ينبغي أن تتحقق في الحل البديل، هي ضرورة أن يكون ملائما صحيا، ففي أحيان كثيرة تكون الملائمة الصحية من المعايير التي تؤخذ بعين الاعتبار في اكتراء شخص محل ما، حيث يكون المكثري يعاني من مرض ما، ويحتاج بتوصية من الطبيب إلى محل يوفر له هواء نقياً ليساعده على الشفاء، وقد أكد القضاء المغربي أهمية توفر هذا الشرط، حيث رفض تصحيح إشعار بالإفراغ لأن المكثري قد اختار المنطقة التي يوجد بها الحل اعتبارا لهوائها الصحي المساعد في شفائه، رغم أن المالك عرض عليه استبدال هذا السكن بسكن آخر بعمارة تحتوي على نفس المساحة لكن في موقع أقل جودة<sup>4</sup>.

وعلى العموم فمسألة تقدير ملائمة الحل البديل من عدمها تبقى من أمور الواقع، والتي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، وله التحقق منها بجميع الوسائل بما فيها الخبرة أو المعاينة، ولا يخضع في ذلك لرقابة المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل<sup>5</sup>.

## (2) الوجيبة الكرائية للمحل المعروض :

لاشك أن قيمة الوجيبة الكرائية تعتبر من أهم العناصر المؤثرة في اختيار شخص كراء محل بدل آخر، وذلك لارتباطه بمدخول المكثري، فلا يتصور أن يكتري شخص عقارا بوجيبة كرائية لا يستطيع أدائها.

<sup>1</sup> بهيجة رشد. فسخ وإنهاء عقود كراء المحلات المخصصة للسكنى. دراسة في قانون الالتزامات والعقود والقانون رقم 79.6. أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص وحدة القانون المدني. جامعة الحسن الثاني. عين الشق كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-الدار البيضاء. السنة الجامعية 2004. ص 297.

<sup>2</sup> حياة البراقى. م.س. ص 163.

<sup>3</sup> قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 4 يناير 1952. المجلة المغربية للقانون 1952. ص 272.

<sup>4</sup> قرار محكمة الاستئناف بالرباط المؤرخ في 8 ماي 1948. إبراهيم زعيم ومحمد فركت. نصوص واجتهادات (1913-1915)، السلسلة الجديدة في التشريع المغربي، الطبعة الأولى، مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر، الدار البيضاء، سنة 1985. ص 73. أشارت إليه حياة البراقى. م.س. ص 164.

<sup>5</sup> أحمد عاصم. م.س. ص 127.

وقد اعتبر المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من المادة 49 من القانون 67.12 أن الحل البديل المقترح على المكثري يجب أن يكون بنفس الوجبة الكرائية، مع العلم أن الوجبة الكرائية تتحكم في تحديدها عدة معايير<sup>1</sup>، من بينها موقع الحل ومساحته، وكذا الوضعية الاقتصادية للبلاد وقت إبرام العقد، والامتيازات التي يوفرها الحل بعينه. ومن هذا المنطلق أقول أنه ليس من الهين على المكثري تحقيق هذه الشروط، خصوصا عند اختلاف ظروف إبرام عقد كراء الحل المطلوب إفراغه وخصوصياته مقارنة بالحل المقترح كبديل، وبالتالي فالالتزام الصارم بشروط هذه المادة بما فيها التساوي من حيث الوجبة الكرائية، سيشكل بدون شك تعطيلا للغايات التي من أجلها أُقرت هذه الحالة من الإفراغ.

و كان المشرع المغربي في ظل القانون رقم 6.79 الملغى يعبر عن هذا الشرط بـ "نفس القيمة الكرائية"، وهو تعبير في نظري كان أكثر دقة ومرونة من تعبير الوجبة الكرائية الذي استعمله مشرع القانون 67.12، فهذه الأخيرة بلا شك تعني التساوي في مبلغها مع وجبة كراء الحل المطلوب إفراغه، أي أن يتساويا حسابيا دون أي اعتبار آخر، أما تعبير القيمة الكرائية الذي كان مستعملا في القانون 6.79 المنسوخ، فيعني في اعتقادي ضرورة تناسب وجبة الكراء الجديدة، مع المزايا التي يحققها الحل المقترح على المكثري، حيث قد تكون أقل من الوجبة الكرائية للمحل المفراغ إذا كان بمواصفات أقل من سابقه، والعكس صحيح.

<sup>1</sup> وبالنسبة لتحديد قيمة الوجبة الكرائية فهو يأخذ على العموم ثلاث مظاهر:

التحديد الاتفاقي: هذا الأخير يتم برضى واتفاق الأطراف أي المكثري والمكثري وهو الأصل، بحيث نصت عليه القواعد العامة التي يمثلها ق.ل.ع في القانون المغربي، والذي نصت على أساسه القانوني بصفة صريحة في الفصل 230 من ق.ل.ع، ثم الفصل 628 من نفس القانون، تم تكريس هذا المبدأ كذلك في قانون الكراء رقم 67.12، وذلك بموجب مادته الثانية التي جاء فيها:

"مع مراعاة مقتضيات هذا القانون تحدد بتراضي الأطراف، شروط ووجبة أكرية المحلات المشار إليها في المادة الأولى أعلاه."

يعتبر مبدأ الحرية التعاقدية أحد مبادئ سلطان الإرادة، بموجبه تحدد الوجبة الكرائية باتفاق بين المكثري والمكثري، لكن هذا المبدأ أصبح فيما بعد وأمام اندلاع أزمة الكراء عاجزا عن تحقيق التوازن في عقد الكراء، مما أدى إلى التدخل بواسطة تشريعات خاصة واستثنائية للحد من هذا العجز، لكن هذه القوانين بدورها لم تستطع التخلص والتنصل من مبدأ الحرية التعاقدية، بحيث كرسته في العديد من نصوصها.

- التحديد القانوني: أمام عجز القواعد العامة عن تحقيق التوازن العقدي تدخل المشرع بواسطة قوانين خاصة واستثنائية لإعادة هذا التوازن إلى عقد الكراء برمته، وهي تهدف في مجملها إلى تقييد الحرية التعاقدية عن طريق وضع قواعد ومعايير لهذا التحديد والتي اختلفت من تشريع إلى آخر، ليضع المشرع في الأخير بمقتضى الباب الخامس من القانون 67.12 معايير لهذا التحديد، والذي يتم خلال مدة لا تقل عن ثلاث سنوات من إبرام العقد.

التحديد القضائي: هذا التحديد يقوم به القضاء بعد أن وضع المشرع أحكاما خاصة به واتخذ اسم المراجعة التي تتخذ بدورها مظهرين أولهما تشريعي عن طريق تحديد المشرع لنسب الزيادة والنقصان، وثانها قضائي يقوم به القاضي مع التقيد بالشروط والمعايير المحددة تشريعا التي ينص عليها في القانون المغربي الباب الخامس من قانون الكراء الجديد، أو المقتضيات المضمنة في الظهير الشريف رقم 1-07-134 الصادر بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 03-07 المتعلق بكيفية مراجعة أثمان كراء المحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي. المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5586 الصادرة يوم الخميس 13 دجنبر 2007.

- للمزيد حول قواعد تحديد الوجبة الكرائية يمكن الرجوع إلى:

- أستاذتنا حليلة لمغاري. النظام القانوني للوجبة الكرائية للمحلات المعدة للاستعمال المهني-دراسة مقارنة-أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق. وحدة التكوين والبحث. القانون المدني. جامعة الحسن الثاني - عين الشق. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء. الموسم الجامعي 2006 - 2007.

- إدريس الفاخوري: الأسس القانونية لتحديد أجره المساكن. رسالة دكتوراه في القانون الخاص. جامعة عين شمس بكلية الحقوق القاهرة 1987.

## ثانيا : عرض الحل البديل :

لاشك أن اقتراح محل على المكثري ليستغله في مقابل إفراغه من المحل موضوع الطلب، يحتاج إلى تعبير عن الإرادة، يطرح من خلاله المكثري عرضه، وهذا ما سنتحدث عنه في هذه النقطة، حيث سنرى كيفية عرض الحل البديل، وكذا تبيان علاقة المكثري بهذا المحل، بمعنى هل من الضروري أن يكون مالكا للمحل المعروض؟

## 1) كيفية عرض الحل البديل :

لم يتطرق المشرع المغربي لكيفية عرض المكثري للمحل البديل. هنا يرى بعض الفقه<sup>1</sup> أن للمكثري خيارين يعرض من خلالهما الحل المقترح كبديل، فإما أن يضمن اقتراحه في الإشعار بالإفراغ نفسه، حيث يسبب في هذه الحالة هذا الإشعار بأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 49، ويشير فيه إلى أن إفراغ المحل يكون في مقابل محل آخر يعينه، وتتم مناقشة هذا الموضوع أمام محكمة تصحيح الإشعار بالإفراغ، ما لم يستجب المكثري للإشعار حيبا.

بالإضافة إلى ذلك يمكن لطالب الإفراغ أن يقدم عرضه في شكل طلب عارض، وتكون هذه الفرضية في الحالة التي يوجه فيها المكثري الإشعار بالإفراغ بناء على الإفراغ للاحتياج، ثم ينازعه المكثري في توفر شروط الإفراغ للاحتياج، سواء من حيث مرور مدة 18 شهرا على تملك المكثري للمحل المطلوب إفراغه، أو عجزه عن إثبات واقعة الاحتياج.

وتجب الإشارة إلى أن ممارسة هذا الحق من الإفراغ- مثله مثل باقي أسباب الإفراغ- لا يمكن أن تتم إلا أثناء فترة الامتداد القانوني لعقد الكراء، لا أثناء سريان مدته الأصلية المتفق عليها في العقد، فهذه الأخيرة تعتبر حقا خالصا للمكثري تطبيقا للفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود<sup>2</sup>، لا يجوز حرمانه منها إلا بإرادته، أو بسلك دعوى الفسخ في حالة إخلاله بالتزاماته القانونية أو الاتفاقية.

## 2) ملكية المحل البديل :

لم يشر المشرع المغربي لا من قريب ولا من بعيد إلى الوضعية القانونية للعقار المقترح كبديل، وعلاقته بالمكثري طالب الإفراغ، بمعنى هل من اللازم أن يكون المكثري هو مالك المحل المعروض أم لا؟

الإجابة عن هذا التساؤل ينبغي أن تنطلق من الغاية من إقرار المشرع لهذه الحالة من الإفراغ، فمادام السبب الظاهر هو ضمان حق كلا طرفي عقد الكراء، حق المكثري في الاستقرار، وهو ما توفره له هذه الحالة مبدئيا، من خلال تمكينه من محل بديل عن المحل الذي سيفرغه، ثم حق المكثري في التصرف في ملكه أو استعماله أو استغلاله؛ وهو ما توفره كذلك هذه الحالة من الإفراغ.

<sup>1</sup> أحمد عاصم.م.س.ص 127.

<sup>2</sup> عبد الحكيم حجامي.م.س.ص 59.

من هنا نرى أنه لا حرج في أن يكون المكري غير مالك للمحل البديل، حيث يجوز أن يكون المحل المعروض ملكا لشخص آخر، مع ضرورة إثبات قبول المحل المعروض بشكل صريح من قبل مالكة ليكون محلا بديلا، وهنا لا يعدو أن يكون دور طالب الإفراغ دور وسيط بين مالك المحل البديل وبين المكري.

كما يمكن أن يكون المحل المعروض ملكا على الشيع للمكري، وهنا يخضع عرض المحل من طرف المكري للقواعد العامة المنظمة لإدارة المال المشاع، المضمنة في قانون الالتزامات والعقود.

#### ❖ لائحة المراجع :

- عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء السادس. المجلد الثاني. العقود الواردة على الانتفاع بالشيء. الإيجار والعارية. دار النهضة العربية. القاهرة 1963.
- محمادي لمعكشاوي. المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء. ط الأولى. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء. 1434هـ - 2013م. ص 30.
- محمد بن أحمد بونبات. الجديد في كراء الأماكن المعدة للسكن أو للاستعمال المهني. سلسلة آفاق القانون (5). الطبعة الثانية. المطبعة والوراقة الوطنية. مراكش. سنة 2001.
- احمد عاصم، الحماية القانونية للكراء السكني والمهني، الطبعة الأولى. مطبعة دار النشر المغربية. 1996.
- عبد القادر العرعاري. الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة. الكتاب الثاني. عقد الكراء المدني. مكتبة دار الأمان. الرباط.
- الحسين بلحساني. الأسباب القانونية لإفراغ المحلات السكنية. ط 2. الأحمدي للنشر. الدار البيضاء.
- إدريس الفاخوري. الأسس القانونية لتحديد أجرة المساكن. رسالة دكتوراه في القانون الخاص. جامعة عين شمس بكلية الحقوق القاهرة 1987.
- حليلة لمغاري. النظام القانوني للوجيبة الكرائية للمحلات المعدة للاستعمال المهني - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق. وحدة التكوين والبحث. القانون المدني. جامعة الحسن الثاني - عين الشق. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء. الموسم الجامعي 2006 - 2007.
- عبد الحكيم حجامي. الإفراغ للاحتياج في ضوء القانون 67.12 المتعلق بالكراء السكني أو المهني. رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر أكادير. الموسم الجامعي 2015/2016.
- بهيجة رشد. فسخ وإنهاء عقود كراء المحلات المخصصة للسكنى. دراسة في قانون الالتزامات والعقود والقانون رقم 79.6. أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص وحدة القانون المدني. جامعة الحسن الثاني. عين الشق كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - الدار البيضاء. السنة الجامعية 2004.
- حياة البراقي. حق المطالبة بالإفراغ: الضمانات والحدود في ظهير 25 دجنبر 1980 وتطبيقاته القضائية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. وحدة القانون المدني المعمق. جامعة محمد الخامس. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. أكادال. الرباط. السنة الجامعية 2005-2006.
- محمد محروك. الثابت والمتغير في ضوء القانون الجديد رقم 67.12 المنظم لكراء المحلات المعدة للسكنى والاستعمال المهني. مقال منشور بأعمال الندوة الوطنية التي نظمتها المحكمة الابتدائية بتيزنيت تحت عنوان " قراءة في مستجدات القانون رقم 67.12 المتعلق بالكراء السكني أو المهني " السبت 12 أبريل 2014 بمقر دار الثقافة بتيزنيت. مطبعة المعارف الجديدة - الرباط 2015.



## التعليق على المادة 25 من النظام الأساسي للقضاة



من إعداد : عبد الصمد عدنان  
شهادة الدكتوراه في القانون الخاص  
جامعة عبد المالك السعدي بطنجة  
email : adnane.samad@gmail.com

أولاً : نص القرار موضوع التعليق :  
الحمد لله وحده،  
المملكة المغربية  
المجلس الدستوري  
ملف عدد : 1474/16  
قرار رقم : 992/16 م. د  
باسم جلالة الملك وطبقا للقانون  
المجلس الدستوري،

بعد اطلاعه على القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة الخال على المجلس الدستوري بمقتضى رسالة السيد رئيس الحكومة المسجلة بالأمانة العامة للمجلس في 18 فبراير 2016، وذلك من أجل البت في مطابقته للدستور؛

وبناء على الدستور، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، لاسيما الفصول 112 و132 و177 منه؛

وبناء على المادة 48 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالحكمة الدستورية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.139 بتاريخ 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014)؛

وبناء على القانون التنظيمي رقم 29.93 المتعلق بالمجلس الدستوري، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.94.124 بتاريخ 14 من رمضان 1414 (25 فبراير 1994)، كما وقع تغييره وتتميمه، لا سيما الفقرة الأولى من المادة 23 والفقرة الثانية من المادة 24 منه؛

وبعد الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف؛

وبعد الاستماع إلى تقرير العضو المقرر والمداولة طبق القانون؛

أولاً- فيما يتعلق بالاختصاص :

حيث إن الفصل 132 من الدستور نص في فقرته الثانية على أن القوانين التنظيمية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، تحال إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور؛

وحيث إن المجلس الدستوري، القائم حالياً، يستمر في ممارسة صلاحياته إلى حين تنصيب المحكمة الدستورية، عملاً بأحكام الفصل 177 من الدستور ومقتضيات المادة 48 من القانون التنظيمي المتعلق بالحكمة الدستورية التي جاءت تطبيقاً له، الأمر الذي بموجبه يكون المجلس الدستوري مختصاً بالبت في مطابقة القوانين التنظيمية للدستور؛

ثانياً- فيما يتعلق بالشكل والإجراءات المتبعة :

حيث إنه، يبين من الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف أن القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة المحال على المجلس الدستوري اتخذ في شكل قانون تنظيمي، جرى التداول في مشروعه بالمجلس الوزاري المنعقد بتاريخ 29 يناير 2015، طبقاً لأحكام الفصل 49 من الدستور، وتم إيداعه بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب بتاريخ 3 أبريل 2015، وأن هذا المجلس لم يشرع في التداول فيه إلا بعد مرور عشرة أيام على إيداعه لدى مكتبه، وذلك خلال جلسته العامة المنعقدة بتاريخ 27 أكتوبر 2015 التي وافق خلالها على المشروع، في قراءة أولى، ثم صادق عليه نهائياً، في قراءة ثانية، في الجلسة العامة المنعقدة بتاريخ 10 فبراير 2016 بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين، بعد أن تداول فيه مجلس المستشارين في الجلسة العامة بتاريخ 9 فبراير 2016، وأدخل تعديلات على بعض مواده، والكل وفقاً لأحكام الفصلين 84 و85 من الدستور؛

ثالثاً- فيما يتعلق بالموضوع :

حيث إن الدستور يسند في فصله 112 إلى قانون تنظيمي تحديد النظام الأساسي للقضاة؛

وحيث إن القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، المعروض على نظر المجلس الدستوري، يتكون من 117 مادة موزعة على باب تمهيدي وستة أقسام، يتضمن الباب التمهيدي أحكاماً عامة (المادتان 1 و2)، ويتعلق القسم الأول بتأليف السلك القضائي (المواد 3-25)، والثاني بحقوق وواجبات القضاة (المواد 26-56)، والثالث بوضعيات القضاة (المواد 57-95)، والرابع بنظام التأديب (المواد 96-102)، والخامس بالانقطاع النهائي عن العمل (المواد 103-107)، والسادس والأخير بأحكام انتقالية ومختلفة (المواد 108-117)؛

وحيث إنه، يبين من فحص هذه المواد مادة أنها تكتسي طابع قانون تنظيمي وفقا لأحكام الفصل 112 من الدستور، وأنها من حيث مطابقتها للدستور تثير الملاحظات التالية؛

### في شأن المادة 25 :

حيث إن هذه المادة تنص على أنه "يوضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة ومراقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ورؤسائهم التسلسليين"؛

وحيث إن الدستور نص في الفقرة الثانية من فصله 110 على أن قضاة النيابة العامة يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن "السلطة التي يتبعون لها"، دون تحديد الدستور لهذه السلطة؛

وحيث إن السلطة التي يعود إليها ترؤس النيابة العامة لا يمكن تحديدها إلا في نطاق أحكام الدستور المتعلقة بالوضع الدستوري لقضاة النيابة العامة، لاسيما ما يهم مسألة انتماء هؤلاء أو عدم انتمائهم للسلطة القضائية؛

وحيث إن الدستور نص في فصله 107 على أن "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية"، وأن "الملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية"؛

وحيث إنه، يبين من الرجوع إلى أحكام الدستور أن هذا الأخير لم يميز بين قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة إلا في بعض الجوانب اللصيقة بطبيعة عمل كل منهما، فقضاة الأحكام، باعتبارهم يتولون الفصل في النزاعات والدعاوى المعروضة عليهم، يتمتعون بعدم القابلية للعزل أو النقل إلا بمقتضى القانون، ولا يلزمون إلا بتطبيق القانون، وتكون الأحكام النهائية الصادرة عنهم ملزمة للجميع، كما هو مقرر على التوالي في الفصول 108 و110 (الفقرة الأولى) و126 (الفقرة الأولى) من الدستور، في حين أن قضاة النيابة العامة، باعتبارهم يتولون إقامة الدعوى العمومية وممارستها والمطالبة بتطبيق القانون، يتعين عليهم، إلى جانب ذلك، الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها، كما هو محدد في الفصل 110 (الفقرة الثانية) من الدستور؛

وحيث إنه، مع مراعاة المقتضيات المذكورة الخاصة إما بقضاة الأحكام أو بقضاة النيابة العامة، فإن الدستور في باقي أحكامه المتعلقة بالقضاء متع القضاة جميعا وبدون تمييز، بنفس الحقوق وألزمهم بنفس الواجبات، كما أخضعهم لنفس الأحكام، سواء تعلق الأمر بالمهمة العامة المنوطة بالقضاة المتجلية في حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحررياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون (الفصل 117)، أو بمنع التدخل في القضايا المعروضة عليهم، أو باعتبار كل إخلال من طرفهم بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنيا جسيما (الفصل 109)، أو بالحق المخول لهم في حرية التعبير وفي الانخراط في الجمعيات وإنشاء جمعيات مهنية ومنع انخراطهم في الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية (الفصل 111)، أو بكون المجلس الأعلى للسلطة القضائية يسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة لهم، لا سيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم (الفصل 113)، أو بمشاركتهم في انتخاب ممثلي القضاة في هذا المجلس (الفصل 115)؛

وحيث إنه، يبين من مجموع الأحكام المذكورة أن الدستور أضفى صفة "قضاة" على قضاة الأحكام وعلى قضاة النيابة العامة معا، مما يجعلهم جميعا منتمين إلى السلطة القضائية - وهي سلطة موحدة - ومشمولين، تبعا لذلك، بصبغة الاستقلال اللصيقة بهذه السلطة؛

وحيث إن الاستقلال عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية شرط جوهري للانتماء إلى السلطة القضائية، الأمر الذي يحول دون إمكان تولي من لا ينتمي إلى السلطة القضائية لمهام قضائية وبالأحرى رئاسة هيئة أساسية فيها تتمثل في النيابة العامة؛

وحيث إن مبدأ تبعية قضاة النيابة العامة الوارد في الفقرة الثانية من الفصل 110 من الدستور، الذي يفرض عليهم "الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها"، يعد تبعية داخلية تتم وفق تراتبية قضاة النيابة العامة ومستويات مسؤولياتهم، ولا يمكن أن تكون - دون الإخلال بمبدأ استقلال السلطة القضائية عن السلطين التشريعية والتنفيذية - تبعية لجهة خارجة عن السلطة القضائية؛

وحيث إن صلاحية وضع السياسة الجنائية، التي تعد جزءا من السياسات العمومية، من خلال سن قواعد وقائية وزجرية لمكافحة الجريمة، حماية للنظام العمومي وصيانة لسلامة الأشخاص وممتلكاتهم وحياتهم، وحيث إنه، تأسيسا على كل ما سبق بيانه، واعتبارا لكون عمل النيابة العامة يعد دستوريا عملا قضائيا، ومع مراعاة الصلاحية المخولة للسلطات الدستورية المختصة في وضع ومراجعة السياسة الجنائية على ضوء الممارسة، فإن رئاسة النيابة العامة - التي يعد قضاتها جزءا من السلطة القضائية - لا يمكن إسنادها إلا لجهة تنتمي إلى هذه السلطة، مما يكون معه ما تضمنته المادة 25 المذكورة من وضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة ومراقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، مطابقا للدستور؛

لهذه الأسباب :

أولا- يصرح :

1- ...

2- ...

3- بأن باقي مقتضيات هذا القانون التنظيمي، ليس فيها ما يخالف الدستور؛

4- بأن عبارة "بصفة خاصة" الواردة في الفقرة الثانية، والبند الأول من هذه الفقرة، والمقطع الثاني من البند التاسع من نفس الفقرة من المادة 97 المذكورة أعلاه، المصرح بعدم مطابقتها للدستور، يمكن فصلها عن أحكام هذه المادة، ويجوز بالتالي إصدار الأمر بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة، باستثناء هذه المقتضيات؛

ثانيا- يأمر بتبليغ نسخة من قراره هذا إلى السيد رئيس الحكومة، ونشره في الجريدة الرسمية.

وصدر بمقر المجلس الدستوري بالرباط في يوم الثلاثاء 5 من جمادى الآخرة 1437

(15 مارس 2016)

الإمضاءات :

محمد أشركي      محمد الصديقي      ليلي المريني      أمين الدمناتي  
عبد الرزاق مولاي ارشيد      حمداتي شبيها ماء العينين      محمد أمين بنعبد الله

## ثانيا : التعليق :

بت القرار الصادر عن المجلس الدستوري أعلاه في مدى مطابقة القانون التنظيمي رقم 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة لمقتضيات الدستور الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91.

وبعد أن أقر المجلس الدستوري اختصاصه في مطابقة القانون التنظيمي موضوع الدراسة للدستور، عرج على الجوانب الشكلية الواجب التقيد بها<sup>2</sup>، والمتمثلة في ضرورة تداول المجلس الوزاري في مشروع القانون التنظيمي<sup>3</sup>، وأسبقية إيداعه من طرف رئيس الحكومة لدى مكتب مجلس النواب، ثم التداول في مشروعه من طرف المجلس برمته بعد مضي عشرة أيام من تاريخ إيداعه، ثم المصادقة عليه بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين من المجلس<sup>4</sup>، ليتوقف عند جوهر بعض النصوص التي ارتأى أنها تثير بعض الملاحظات.

وباستثناء بعض المقتضيات الواردة في المادة 97، وتحديدًا عبارة "بصفة خاصة" الواردة في الفقرة الثانية، والبند الأول من هذه الفقرة، والمقطع الثاني من البند التاسع من نفس الفقرة، اعتبر القرار أن مقتضيات القانون التنظيمي المذكور ليس فيها ما يخالف الدستور<sup>5</sup>.

وما يهم من هذه الدراسة هو تحليل الأسانيد القانونية التي أسس عليها المجلس الدستوري قراره، ومعرفة ما إذا كان موفقا في ممارسة وظيفته الرقابية التي من المفترض أن تتمم القواعد القانونية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية<sup>6</sup>، خاصة في ظل تفاعل هذه الوظيفة في سياق الدستور الجديد مع معطيات الحقل السياسي والأفكار والمرجعيات التي تحرك عمله وطريقة تأويله للنصوص، ومدى مراوحتها بين المحافظة على الموروث والرغبة في التغيير، على اعتبار أن عملية التأويل ليست عملية محايدة ولكنها عملية خلاقة تؤدي في العمق إلى تعديل محتوى الدستور دون المرور بالطرق المشروعة لمراجعته أو تعديله؟

1 ينص الفصل 112 من الدستور على أن النظام الأساسي للقضاة يصدر بقانون تنظيمي.

2 وفقا للمسطرة المنصوص عليها في الفصل 84 من الدستور.

3 الفصل 49 من الدستور.

4 الفقرة الأولى من الفصل 85 من الدستور.

5 إذا قضى المجلس الدستوري بأن قانونا يتضمن مادة غير مطابقة للدستور ولكن يمكن فصلها عن مجموعه، يجوز إصدار الأمر بتنفيذ القانون باستثناء المادة المصرح بعدم مطابقتها للدستور، ومثال ذلك ما جاء في القرار 2000/382 بتاريخ 15 مارس 2000 الذي صرح فيه المجلس الدستوري بأن أحكام المادة 142 من القانون رقم 97-15 المعتبر بمثابة مدونة لتحصيل الديون العمومية غير مطابقة للدستور، وصرح بأن المادة 142 المذكورة يمكن فصلها عن باقي أحكام القانون، وبالتالي أمر بتبليغ القرار إلى السيد الوزير الأول ونشره في الجريدة الرسمية.

كما أنه يمكن أن يقتصر التصريح على عبارة فقط داخل نص قانوني في حالة مخالفتها للمقتضيات الدستورية، ومثال ذلك ما جاء في القرار رقم 2004/586 والصادر بتاريخ 10 غشت 2004 الذي جاء فيه أن القانون رقم 01-17 المتعلق برفع الحصانة البرلمانية مطابق للدستور ما عدا عبارة (الذي لا يمكنه رفض الإدلاء به) الواردة في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه، حيث صرح بأن العبارة المقضي بعدم مطابقتها للدستور يمكن فصلها عن باقي الأحكام الواردة فيها، وبالتالي جاز نشر المادة المعنية ضمن مجموع القانون المعروف على المجلس الدستوري بعد حذف العبارة المذكورة.

6 "فالهدف من خلق هذا المجلس هو الزيادة من التمكن في تفسير الدستور ومعطياته ومعانيه وأهدافه. أسس هذا الدستور المجلس الدستوري الذي سيكون بمثابة ذلك المجلس الذي سيقول لنا هذا شيء دستوري، وهذا شيء غير دستوري دون أن يكون فوق السلطات الأخرى، ولا أن ينصب نفسه سلطة فوق السلطة. إلا أن كلمته وقضاه سوف يكونان ملزمين للجميع". مقتطف من نص خطاب جلالة الملك الحسن الثاني بمناسبة ظهور النتائج الرسمية للاستفتاء الدستوري- نص الخطاب الملكي السامي ، وارد في سلسلة خطب وندوات صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني 1992-1993، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى ، ص

لا يخفى على أحد أن دستور فاتح يونيو 2011 لم يعط أجوبة صريحة للعديد من القضايا بالغة الأهمية، ومن ضمنها - وهو الذي يهمننا في هذه الدراسة - الجهة الموكل إليها ترؤس النيابة العامة. فهل احتفظ الدستور بالوضع السابق الذي كان يعهد في إطاره إلى وزير العدل سلطة ترؤسها؟ أم إنه عهد بذلك إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض؟

فالمشرع الدستوري لما وضع الآليات الأساسية لاستقلال السلطة القضائية ترك الباب مفتوحا من أجل استكمال البنية النموذجية للسلطة القضائية، تلك البنية التي لن تتضح معالمها إلا من خلال البحث في مدى ملاءمة المنظومة التشريعية المتعلقة بالسلطة القضائية تنظيما وتأسيسا وتحديدًا للقواعد الدستورية.

وعلى ذلك، فإن الحديث عن المفهوم الدستوري للسلطة القضائية يدو مؤثرا فيما يمكن أن يصدر من قوانين وتشريعات تهتم هذه السلطة التي حظيت بنوع خاص من المعالجة الدستورية.

كما أن الحديث عن مسألة تحديد الجهة التي تتبع لها النيابة العامة هو في جوهره إثارة لإشكالية استقلال السلطة القضائية، مما يقتضي البحث عن الآليات التي تخول لنا الوصول إلى «التركيبة الثلاثية» المنصوص عليها في الدستور، وهي فصل السلط وتوازنها وتعاونها، على اعتبار أن الفصل يتضمن التعاون والتوازن، مما يستتبع وضع الحدود لتجنب الانحراف، وهذه ليست مهمة يسيرة لأنها تتجاوز النصوص القانونية وتتحكم فيها قواعد اللعبة السياسية وأدوات الرقابة المجتمعية ومدى قوتها التأثيرية.

فبقراءة متأنية لحثيات قرار المجلس الدستوري بخصوص المادة 25 من القانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاء يمكن الخروج بعدة استنتاجات مرتبطة بمسألتين اثنتين:

الأولى تتعلق بالأسانيد القانونية التي استند عليها المجلس لتعليل قراره، والثانية تتعلق بالمبادئ التي أرساها وهو بصدد ذلك.

فبخصوص الأسانيد القانونية، يتبين أن السادة قضاة المجلس الدستوري اعتمدوا على تسع مواد من الدستور لتأسيس قرارهم بدستورية المادة 25 من القانون التنظيمي رقم 106.13<sup>1</sup>.

والحقيقة أن المتمعن في حثيات القرار، يتبين له أن المجلس الدستوري - وأمام وضوح المادة 25 - لم يعمل سوى على تميم وتوضيح الفقرة الثانية من الفصل 110 من الدستور، وذلك عن طريق تحديد الوضع الدستوري لقضاة النيابة العامة، لاسيما ما يخص مسألة الانتماء للسلطة القضائية<sup>2</sup>.

ولكي يرى المجلس مدى توفر عمل النيابة العامة على الصبغة القضائية، قام بالبحث في مدى توافر شرطين :

1 لقد حظيت هذه المادة بحوالي الساعتين والنصف من المناقشات داخل مجلس النواب وحده، وهو ما يبرز الأهمية التي أولاها السادة النواب لمقتضياتها، إذ أجمعوا على أهميتها وضرورة إيفائها حقها من النقاش.

وإذا كان كل النواب يجمعون على أهمية استقلالية السلطة القضائية عن باقي السلط، فإنهم قد اختلفوا حول مدى استقلالية النيابة العامة، باعتبارها جزءا من السلطة القضائية.

2 لقد جاء في حديث للسيد وزير العدل والحريات خلال إحدى الندوات المنظمة بشراكة مع جمعية القضاة والنواب الهولنديين قوله: "إن هذا الاستقلال التام يتجسد في مجموعة من المستجدات والضمانات التي أتى بها المشروعان منها الاستقلال التام للنيابة العامة عن السلطة التنفيذية".

الأول يتعلق بمدى تمتع قضاتها بنفس الحقوق والتزامهم بنفس الواجبات، وهو شرط يبقى في نظري مهما لإضفاء الصبغة القضائية على عمل النيابة العامة، على اعتبار أن قضاتها يستفيدون من نفس الحقوق ويخضعون لنفس الالتزامات، إلا إذا تعلق الأمر ببعض الجوانب التي تقتضيها طبيعة عملهم.

فبقراءة بسيطة للفصول الدستورية المتعلقة بالسلطة القضائية، يتبين وبكل وضوح أن الدستور لم يساو في الضمانات الممنوحة للقضاة بين قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة، وأنه خص قضاة الأحكام بعدم قابلية العزل أو النقل إلا بمقتضى القانون، كما أنه خص قضاة النيابة العامة ببعض الحقوق والواجبات التي تفرضها الطبيعة الوظيفية لهذا الجهاز.

وهو أمر ليس الهدف منه التمييز بين المؤسستين، وإنما تفسره طبيعة استقلال قاضي الأحكام وطبيعة وظائفه التي تختلف عن تلك الخاصة بقاضي النيابة العامة.

فمن ناحية الاستقلال، نجد أن قاضي الحكم مسيح بالاستقلالية المطلقة، وهو واجب يفرض عليه أن يحافظ معه على استقلالته، على اعتبار أنه يبت في الخصومات<sup>1</sup>. أما قاضي النيابة العامة، فإن استقلالته تنحصر في مساره المهني<sup>2</sup>.

كما أنه، ونظرا لاختلاف المهام المنوطة بالقضاء الجالس عن المهام المنوطة بقضاة النيابة العامة من حيث طبيعتها، فإنه يصعب القول باستقلال هؤلاء دون السقوط في تناقض بين مع مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 110 من الدستور التي تحملهم واجب تطبيق التعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها، وما يسميه البعض استقلال قاضي النيابة العامة الذي ينحصر في الضمانات التي تحصن مساره المهني بقوة الفصل 109 من الدستور، والتي يشترك فيها مع قضاة الحكم على قدم المساواة.

وبالتالي، فاستقلال قاضي النيابة العامة يختلف إذا من حيث مضمونه وتجلياته عن استقلال قاضي الحكم.

أما من ناحية الطبيعة الوظيفية للجهازين، فالمقتضيات الواردة في الفصلين 109 و110 تفرض التأمل في طبيعة مهام ووظائف النيابة العامة التي تختلف عن مهام ووظائف القضاء الجالس.

فالنيابة العامة تمارس سلطة الاتهام، وتسهر على تنفيذ السياسة الجنائية، ولها من الصلاحيات ما يمس جل المجالات العمومية ويمس بالنظام العام. مما يفرض على المشتغلين بها الخضوع للتعليمات الداخلية التي يوجهها الرؤساء إلى مرؤوسيههم بحكم التبعية.

كما أنها ليست حكما يفصل بين الخصوم، بل إنها تحيل الخصوم على قضاء الحكم، وهي نفسها تحتكم إلى قضاء الحكم وتقدم ملتمساتها إليه<sup>3</sup>.

1 ذ. هاشم العلوي: "مفهوم استقلال القاضي الجنائي"، ورقة عمل مقدمة في أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمدينة مكناس في دجنبر 2004. جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 4، 2005، ص: 440.

2 ذ. فيصل بجي: "النيابة العامة بين الاستقلال والتبعية: أي نموذج يجانب المغامرة؟"، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 31، ماي 2015، ص: 62.

3 ذ. عبد القادر الرفاعي: "من أجل قضاء مستقل"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 92، يناير/فبراير 2002، ص: 29.

وهذه الصلاحيات لا يمكن ممارستها دون هامش كبير من سلطة الملائمة من حيث إجراء البحوث وفتح التحقيقات وتحريك المتابعات وتقديم الطعون، آلية تساهم بقدر كبير في تدبير التوازنات الاجتماعية الأساسية.

وسلطة الملائمة هذه من خاصيات النيابة العامة التي يجب استحضارها في كل نقاش يهم موقع النيابة العامة في المنظومة القضائية.

أما القضاء الجالس، فإن مهمته الأساسية تتجلى في إصدار الأحكام، وهي مهمة لا مجال لسلطة الملائمة فيها، بل تخضع للقواعد المسطرية ولقوانين الموضوع المطبقة على كل نازلة<sup>1</sup>.

أضف إلى ذلك أن التوازن داخل السلطة القضائية نفسها يقتضي ألا يتطابق قضاء الحكم مع قضاء النيابة العامة، ويفرض المراقبة المتبادلة بينهما، لأن قضاء الحكم يسط رقابته على أعمال النيابة العامة ويفحص شرعيتها، كما تراقب النيابة العامة وتتبع عمل قضاء الحكم وتطعن في أحكامه لفائدة القانون، وتسهر على تقييد قضاء الحكم بالقانون، وتبدي اعتراضها على كل ما يخالفه.

وخلاصة القول في هذا الإطار أن ميزان التعامل مع قاضي النيابة لا يجب أن يقارن مع كيفية التعامل مع قاضي الحكم، إذ إن لكل واحد منهما آليات اشتغاله وقواعد العمل خاصة به، كما أن لكل واحد منهما نطاق تدخل محدد سلفا بموجب النصوص التشريعية والممارسة القانونية اليومية.

وهو ما جعل الدستور يمنح قضاة الأحكام وحدهم حصانة ضد العزل والنقل (الفصل 108)، ويخضع قضاة النيابة العامة وحدهم للتعليمات الصادرة عن رؤسائهم (الفصل 110).

وهي نفسها الأسباب التي تفسر إقصاء الفصل 109، والذي يحمي القضاء من كل أشكال التدخل والتأثير والأوامر والتعليمات الخارجية، قضاة النيابة العامة من التمتع بهذه الضمانات.

لكن، وفي المقابل، توجد العديد من المقتضيات الدستورية تمنح كل المتمين لجهاز القضاء ببعض الحقوق المتساوية، كما هو الأمر بالنسبة للفصل 111 الذي يقر لجميع القضاة دون تمييز الحق في الانتماء للجمعيات والحق في التعبير.

وهو ما يؤكد أيضا عدم تمييز الدستور بين قضاة الحكم والنيابة العامة في مجال الطعن في المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية، إذ جاء في الفصل 114 منه: "تكون المقررات المتعلقة بالوضعيات الفردية، الصادرة عن المجلس الأعلى للسلطة القضائية قابلة للطعن بسبب الشطط في استعمال السلطة، أمام أعلى هيئة قضائية إدارية بالملكة". فالمقتضى المنصوص عليه في هذا الفصل جاء عاما ولا يخص فئة دون أخرى.

1 استنادا لما ورد في الباب الثالث من الكتاب التمهيدي من قانون المسطرة الجنائية في الفصول 36 وما يليه، فإن النيابة العامة هي الجهاز القضائي المخول له قانونا حق إقامة الدعوى العمومية ومراقبتها والمطالبة بتطبيق القانون وتنفيذ مقررات هيئة الحكم والتحقيق.

كما أنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة الثالثة من قانون المسطرة الجنائية، فإن النيابة العامة تسهر على إثارة الدعوى العمومية وتمارسها إلى جانب الموظفين المكلفين بذلك قانونا.



ومنه، فإن امتلاك القاضي بصفة عامة لإمكانية الطعن يعد مؤشرا حقيقيا حول إرادة المشرع الدستوري لتمكين أعضاء السلطة القضائية، سواء أكانوا عاملين بقضاء الحكم أو بقضاء النيابة العامة من استقلال حقيقي ينأى بهم عن كل تأثير.

كما أن المشرع لم يقيم أي تمييز بين فئتي القضاة في مسألة اللجوء للمجلس الأعلى للسلطة القضائية باعتباره الضامن لاستقلال القاض، خاصة أن إحساسهم بوجود ضمانات حقيقية أثناء أدائهم لمهامهم، يشكل عامل دفع لتمتعهم بالاستقلال المطلوب.

فلو كانت إرادة المشرع الدستوري تتجه نحو الفصل بين الفئتين لفعل، كما هو الأمر بالنسبة لما جاءت به مقتضيات الفصل 108 من الدستور التي خصت قضاة الأحكام بعدم إمكانية عزلهم أو نقلهم إلا بمقتضى القانون كما أن الفصل 109 من الدستور يلزم جميع القضاة، بما فيهم قضاة النيابة العامة، بعدم الإخلال بواجب الاستقلال والتجرد.

ومما سبق، وخلافا لما ذهب إليه البعض، يتضح أن اعتماد المجلس الدستوري للتدليل على انتماء جهاز النيابة العامة للسلطة القضائية على حقوق والتزامات القضاة لم ينقصه أي تخصيص أو تحديد تقتضيه خصوصية وطبيعة عمل هذه المؤسسة.

فالوثيقة الدستورية هي بنیان متكامل له أربعة عشر بابا، ولا ينبغي أن يخضع الدستور لقراءة تجزئية يدخل فيها الدارس إلى باب واحد من الدستور هو الباب التاسع المتعلق بالسلطة القضائية، ثم يركز دراسته على فصول هذا الباب فقط<sup>1</sup>. وهو ما يجعل أي قراءة من هذا النوع قراءة منغلقة على نفسها ومخالفة للوثيقة الدستورية نصا وروحا<sup>2</sup>.

أما الشرط الثاني الذي اعتمد عليه المجلس الدستوري، فيتعلق بلزوم استقلالها - النيابة العامة - عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهو شرط يتفق في اعتقادي مع روح الدستور ومبادئه. فالسلطة المتبوعة حسب الفصل 110 محصورة في السلطة القضائية، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون السلطة التشريعية أو التنفيذية، وذلك انسجاما مع مبدأ "استقلال القضاء" المنصوص عليه في الفصل 107 من الدستور، مع مراعاة التعاون بينها، والذي ينبغي ألا يعني قط الخضوع أو التبعية<sup>3</sup>.

فبالرجوع لهذه المقتضيات الدستورية نجد أن المشرع الدستوري اتجه إلى جعل السلطة القضائية تشمل كلا من قضاء الحكم والقضاء الواقف.

كما أنه - الدستور - لا يتحدث عن استقلالين، وإنما يتحدث عن استقلال واحد، يتعلق بالقضاء كمؤسسة دستورية دزن تمييز أي بين الأعضاء المنتمين إليه جالسين كانوا أم واقفين.

1 وهذا ما يلقي تساؤلات عديدة حول الحساسية المفرطة التي يتحدث بها البعض اتجاه وزارة العدل كجزء من السلطة التنفيذية ودعوتهم إلى القطيعة معها، لأنها دعوات تبعث إشارات لكل المعنيين حول الغرض من نشر هذه الثقافة التي تروج للقطيعة بين سلطات الدولة الواحدة، وكأن كل سلطة تسعى إلى تأسيس دولة خاصة بها.

2 ذ. وهابي يوسف: "النيابة العامة سلطة خاضعة بطبيعتها ونص الدستور وروحه يؤسسان لخضوع النيابة العامة وليس لاستقلالها"، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 4، فبراير 2013، ص: 5.

3 ذ. كريم لحرش: "الدستور الجديد للملكة المغربية: شرح وتحليل"، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، العدد 3، 2012، ص 156.

ويمكن رصد هذا الاتجاه زيادة على ما ذكر في مؤشرات نصت عليها المقتضيات الدستورية المتعلقة بالسلطة القضائية، ويمكن رصد بعضها فيما يلي:

أن قضاة النيابة العامة أصبحوا ملزمين بتطبيق القانون.

وهو ما تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل 110 الذي جاء فيها: "يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون. كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن الجهة التي يتبعون لها".

وكما هو معلوم في الفكر القانوني، فإن السلطة القضائية هي من تتفرد بمهام تطبيق القانون، وذلك بإصدار أحكامها وقراراتها التي يوكل أمر تنفيذها إلى السلطة التنفيذية؛ فشتانا بين "تطبيق" القانون الذي تختص به السلطة القضائية (قضاء الحكم والنيابة العامة) حصرا، و"تنفيذه" الذي تختص به الإدارة (السلطة التنفيذية). مما يدل على أن قضاة النيابة العامة مشمولون بمقتضيات الفصل 107 المكرس لاستقلال السلطة القضائية عن باقي السلط.

وبالتالي، فالمشرع الدستوري أنط بكل من قاضي الحكم وقاضي النيابة العامة تطبيق القانون، ومسألة تطبيق القانون تتطلب بالضرورة استقلالا عن كل جهة يمكن أن تؤثر بشكل أو بآخر في القرار القضائي.

وبعبارة أخرى، فإن دسترة إلزام قضاة النيابة بتطبيق القانون جعلت المجلس الدستوري ينتصر للفكرة القائلة بأن قرارات النيابة العامة قرارات قضائية وليست إدارية.

أن قضاة النيابة العامة ملزمون بالالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية فقط دون غيرها.

وبالتالي، فإن الدستور الجديد مكن قضاة النيابة العامة من سلطة الرقابة على التعليمات الواردة عليهم من السلطات التي يتبعون لها؛ وفي ذلك تجسيد لاتجاه المشرع الدستوري نحو إقرار فصل تام بين عمل النيابة العامة وما يمكن أن يتأثر به أعضاؤها من تعليمات تصدر عن السلطة التنفيذية في شخص وزير العدل. وبالتالي، شمولها بأحكام المادة 109 من الدستور.

كما أن ذلك يعتبر إشارة إلى كون القرارات الصادرة عن أعضاء النيابة العامة في مجملها تعتبر قرارات قضائية لارتباطها بحقوق وحرريات المواطنين، ولها تأثير مباشر على تلك الحقوق والحريات. وبالتالي، فلا يجوز التدخل فيها بأي وجه كان.

وما يدعم توجه المجلس هذا، هو أن الدستور نفسه والقانون التنظيمي موضوع الدراسة عندما استعملا كلمة "السلطة"، ولم يستعملا كلمة "الجهة" أو ما شابه، قصدا إحدى السلط الثلاث، والتي لا يمكن أن تخرج عن السلطة القضائية.

فكل ذلك يكرس اتجاه المشرع الدستوري إلى إقامة نوع من الفصل التام بين السلطتين التنفيذية والقضائية في كل صوره. وبالتالي، فإنه وفق هذا المنظور، تبدو الحاجة ملحة إلى ضرورة فصل النيابة العامة عن الجهاز التنفيذي ممثلا في وزير العدل.

وإذا ما ثبت أن جهة ما تدخلت بأي شكل من الأشكال، فإن مقتضيات الفصل 109 من الدستور تكون واجبة التطبيق، تلك المقتضيات التي نصت على أنه: "يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء ولا يتلقى

القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات، ولا يخضع لأي ضغط . يجب على القاضي كلما اعتبر أن استقلاله مهدد، أن يجيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية ...".

فعبارة القاضي في المقتضى المذكور عبارة شاملة ما دام أن المشرع ساوى بين قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة في مسألة التقيد بالتطبيق السليم للقانون وفق مقتضيات الفصل 110 من الدستور.

وبالتالي، يكون المجلس الدستوري قد أسس قضاءه كذلك بدستورية المادة 25 على الطبيعة الوظيفية لجهاز النيابة العامة باعتبارها تمارس عملا ذو طبيعة قضائية.

وهو ما يفسر حضور مبدأ التكامل المتجانس للقرارات القضائية المتخذة أثناء مناقشة المجلس الدستوري لهذه المادة.

كما يجدر التنويه باعتماد المجلس أيضا - للتدليل على الطبيعة القضائية لعمل النيابة العامة - على عضوية المجلس الأعلى للسلطة القضائية، إذ نجد بهذا المجلس تمثيلية لقضاة الأحكام (الرئيس الأول لمحكمة النقض) وتمثيلية لقضاة النيابة العامة (الوكيل العام لمحكمة النقض). فلو كان هدف واضعي الدستور اعتبار القضاء الواقف تابعا لوزارة العدل، لما تم تمثيل النيابة العامة بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية.

إذ لا يعقل والحالة هاته، أن يكون النص الدستوري الجديد استبعد وزير العدل من تركيبة المجلس الأعلى للسلطة القضائية ليحتفظ به في أعلى هرم النيابة العامة.

والقول بخلاف ذلك، يؤدي برأيي - أي الدعوة إلى جعل النيابة العامة تابعة لوزارة العدل من الناحية الوظيفية، وللمجلس الأعلى للسلطة القضائية من الناحية العضوية - إلى ازدواجية الإطار القانوني لهذه الفئة من القضاة.

ومن خلال ما سبق، ومن خلال التفسير الدستوري لمبدأ الفصل بين السلط وجعل القضاء سلطة مستقلة، يكون جعل النيابة العامة تابعة لوزير العدل أمرا غير دستوريا.

هكذا - وأمام غموض موقف المشرع الدستوري - نجد أن قرار المجلس الدستوري توافق مع روح ومبادئ الدستور حينما حصر الجهة التي يتبعها القضاء الواقفون في السلطة الرئاسية للنيابة العامة وفقا للصيغة الفرنسية التي تتكلم عن "L'autorisation hiérarchique"، إذ إن كلمة "يتبعون لها"، تعني الجهة التي هم مرؤوسون بالنسبة إليها.

ويجدر التنويه في ختام هذه النقطة، أن هذه النتيجة التي خلص إليها المجلس بناء على قراءة متكاملة لمقتضيات الدستور ستضعنا أمام نتيجة واحدة، وهي أنه لا يمكن اعتبار وزير العدل متمتعا بالصفة القضائية كما كان الأمر من قبل، ولا يمكن له الإشراف على مؤسسة النيابة العامة، لأن الجهة التي ستتبع لها هذه الأخيرة يجب أن تتوفر فيها الصفة القضائية. وبالتالي، يجب ألا تكون خارجة عن السلطة القضائية.

وهي النتيجة التي تنسجم مع خيار الأخذ بنظام السلطة القضائية بما لكلمة سلطة من معنى، وتحصن مبدأ استقلال القضاء بشقيه الجالس والواقف.

أما بخصوص النقطة المتعلقة بالمبادئ التي أرساها المجلس الدستوري وهو بصدد تحديده الجهة التي يتبع لها قضاة النيابة العامة، فقد عمل بشكل ضمني على إقرار مشروعية التبعية التي يخضع لها قضاة النيابة العامة.

كما لم تفته الإشارة إلى مصدر وحدود هذه التبعية، إذ ذكر بأن حدودها لا يمكن أن تحيد عن القانون، في حين جعل مصدرها لا يمكن أن يخرج عن السلطة القضائية ذاتها وفق التراتبية والمسؤوليات.

أيضا، يمكن اعتبار تعريف المجلس الدستوري للسياسة الجنائية باعتبارها جزءا من السياسات العمومية، على أنها مجموع القواعد الوقائية والزجرية لمكافحة الجريمة حماية للنظام العمومي وصيانة لسلامة الأشخاص وممتلكاتهم وحررياتهم منعطفًا حاسما في الشأن القانوني ببلادنا.

على أن أهم نقطة في هذا القرار، تتمثل في تلك المتعلقة بإزالة المجلس الدستوري للغموض بخصوص الجهة المؤهلة قانونا بوضع السياسة الجنائية، وهو سؤال يختزل ويخفي في طياته سؤالاً آخر أكثر جذرية ولا يقل عنه أهمية، بل إنه في اعتقادي جوهر الإشكال، إنه السؤال المتعلق بالأدوار المجتمعية والقانونية للنيابة العامة في مرحلة التأسيس التي فرضها الدستور الجديد والقوانين التنظيمية للسلطة القضائية، وهو ما لم يكن بمقدور المجلس الإجابة عنه بدون الإجابة عن السؤال الأعم الذي يعتبر من متطلبات الإصلاح القضائي: من يملك هذه الأداة، أو إلى من هي تابعة؟

فالإجابة على هذا السؤال ليست بالسهولة المتصورة، فالمجتمعات ذات التقاليد الديمقراطية الحية عرفت نقاشا عميقا، وقبل تحديدها للجهة التي تتبعها النيابة العامة حاولت أولا البت في الخلاف حول تحديد الأدوار المجتمعية التي يمكن أن تلعبها النيابة العامة، ومن ثم دورها في تعريف السياسة الجنائية<sup>1</sup>.

فالقضاء لم يعد في وقتنا الراهن جهازا قانونيا مهمته حل النزاعات بين الأفراد فحسب، بل أضحي جهازا للتوجيه والضبط الاجتماعي من خلال ممارسته للوظيفة التحكيمية باسم الدولة، فهي مؤسسة سياسية بالمعنى الواسع لقيامها بوظيفة حفظ الاستقرار والسلم الاجتماعي<sup>2</sup>.

وبالتالي، فالقضاء أصبح مطالبا قبل أي وقت مضى بأن يسهم في تدبير الشأن المجتمعي وتحصين الديمقراطية، وألا يقتصر دوره على معالجة القضايا المعروضة عليه معالجة قانونية صرفة، وهو ما يمكن التذليل عليه بالإشارة إلى استعماله لامتناس الثورات ودوره في حل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية.

وهو ما ينطبق بشكل أدق على النيابة العامة التي أصبحت سلطة داخل السلطة القضائية ودرعا من أدرعها، باعتبارها تتولى استعمال العنف المشروع، ولإسهامها في إدارة العدالة وتوجيه دفتها بغية الوصول إلى المحاكمة العادلة.

إن الوضع الشاذ الذي يجعل من النيابة العامة خاضعة للسلطة التنفيذية ومختصة بلعب أدوار مهمة في رسم معالم سياسة التجريم والعقاب تطرق له المشرع بشكل محتشم، وحسم فيه المجلس الدستوري الذي أقر صلاحية

1 أثار موضوع استقلال النيابة العامة نقاشات بين نواب الأمة في البرلمان. إذ تم ربطه بالسياسة الجنائية وإقرارها من طرف السلطة التنفيذية، حيث لاحظ النواب أن هناك تقاطعا بين المجالين. وقد اختلفت الآراء بين الأخذ بالاستقلالية التامة والقطيعة بين السلط، وبين ضرورة تبعية النيابة العامة لوزارة العدل ضمنا لمحاسبتها السياسية على تنزيل السياسة الجنائية، في حين ذهب فريق ثالث إلى ضرورة إيجاد مسلك يجمع بين الحسنين (مثل إيجاد آلية للتنسيق).

2 د. محمد عبد النبوي: "الدور الاجتماعي للنيابة العامة في ظل قانون المسطرة الجنائية المغربية الجديد"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 37،

السلطة التشريعية في تحديد الكيفيات والشروط القانونية لممارسة القضاة الواقفون لمهامهم، واعترف ولو بشكل ضمني للنيابة العامة بسلطتها في تنفيذ هذه السياسة وهي محكومة بالضوابط القانونية<sup>1</sup>.

فوزير العدل لا يمكنه أن يخل محل النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، دون منازعته في حقه المتعلق بوضع خطوط السياسة الجنائية على اعتبار أنها سياسة قضائية، وتعد بالتالي جزءا من السياسات العمومية، مما يجعل اختصاصها منوطا بالسلطة التشريعية.

فالقراءة المفتوحة للدستور تؤكد، استنادا إلى الفصل 93، أن الوزراء مسؤولون عن تنفيذ السياسة الحكومية كل في القطاع المكلف به وفي إطار التضامن الحكومي، وهو ما يفيد أن وزارة العدل هي المكلفة بوضع السياسة الجنائية، ولكن مبدأ التشاركية والتعاون بين السلطات الوارد في الفصل الأول من الدستور، يفرض ألا تستفرد السلطة التنفيذية ممثلة في وزارة العدل بوضع هذه السياسة، وأن تستشير وتشرك ممثلي السلطة القضائية في ذلك.

وحسنا فعل المجلس حينما اعتمد في تبريره الضمني إسناد سياسة التجريم والعقاب على مصدر الشرعية والسلطة الذي هو الشعب، أي على أساس أن البرلمان هو ممثل الشعب. وبالتالي، فمن المنطقي ومن القانوني أن تتحمل السلطة التنفيذية مسؤوليتها في هذا الخصوص لتحاسب عليها أمام النواب، وهؤلاء بدورهم سيتحملون مسؤوليتهم عن ذلك أمام الشعب مصدر السلط.

هذا التوجه الذي سار عليه المجلس الدستوري هو نفسه الذي سبق وأن تبنته لجنة القوانين، إذ اعتبرت أنه من المشروع، بل ومن الضروري أن تعمل الحكومة تحت مراقبة البرلمان على تحديد المبادئ الموجهة للسياسة الجنائية، وأن وزير العدل يخبر النيابة العامة بهذه التوجيهات قبل العمل على تطبيقها<sup>2</sup>.

أما من الناحية المرتبطة بمسؤولية وضع السياسات العامة، في شقها المرتبط بتحديد الخطوط المؤطرة للسياسة الجنائية، فقد كان المجلس صريحا في إسنادها للسلطة التشريعية الذي يفترض معه أن تكون مسؤولة عن ذلك أمام الشعب.

وتجدر الإشارة إلى أن منطق الغموض الذي تعامل به الدستور المغربي في عدم تحديد الجهة التي تتبعها النيابة العامة، أمر طبيعي لتدبير الوضعية الانتقالية التي يعيشها المغرب عامة والوضعية الحساسة للنيابة العامة خاصة. كما أن منطق الغموض هذا ما يبرره إذا ما استحضرنا أن الأمر يختلط فيه ما هو سياسي بما هو قانوني<sup>3</sup>.

وما يؤكد أن تعامل الدستور المغربي في عدم تحديد الجهة التي تتبعها النيابة العامة يتعلق بغموض متعمد وليس نتيجة لسهو غير مقصود، هو نهجه نفس الأسلوب حينما نص في الفقرة الأخيرة من الفصل 116 على: "يراعي المجلس الأعلى للسلطة القضائية، في القضايا التي تهم قضاة النيابة العامة تقارير التقييم المقدمة من قبل السلطة التي يتبعون لها".

1 "...تظل من الصلاحيات المخولة إلى السلطة التشريعية التي يعود إليها أيضا تقييم هذه السياسة، طبقا لأحكام الدستور."

2 هذا التوجه هو الذي اعتمده الدستور الفرنسي الأخير حين أبقى على وزير العدل ضمن أعضاء محكمة النقض للقضاء.

3 إن السلط التي توكل للنيابة العامة تتسع وتضيق بحسب انغلاق وانفتاح المشهد السياسي والاقتصادي.

وفي اعتقادي، فإن عدم تحديد المشرع الدستوري للجهة الموكل إليها ترؤس النيابة العامة وتركه الباب مفتوحا يوحى كذلك بإيمانه القوي بالمنهجية التشاركية للوصول إلى الأفضل، وهو ما حاول الميثاق الوطني لإصلاح منظومة القضاء تكريسه من خلال توصياته التي حظيت بالرعاية الملكية<sup>1</sup>.

كما أن مرد ذلك يعود أيضا إلى كون مشكل السلطة القضائية يكمن في طبيعتها، فهي لا تسمح بوضع آليات للتفاعل مع السلط الأخرى كما في حال السلطتين الأخرتين، بناء على المبدأ الديمقراطي القاضي بأن السلطة تحد السلطة، والذي يقتضي أن تخضع كل سلطة لرقابة السلط الأخرى.

وأعتقد جازما أن ما فرض كذلك منطوق الغموض هذا، هو تلك التحولات التي يعرفها العالم يوما بعد يوم. وكذا، بروز الجرائم الإرهابية والجرائم العابرة للقارات، كنوع جديد من الإجرام المنظم الذي أثر وسيؤثر في إعادة خلق نسق قانوني ومؤسسي في اتجاه الحد من دور السلطة القضائية لفائدة توسيع مجال تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>2</sup>.

مع وجوب التأكيد أن المغرب وهو يؤسس لمرحلة جديدة، فإن النهج والخيار الملائم لهذه المرحلة هو العمل على وضع ميكانزمات واضحة لا لبس فيها تدعم استقلال السلطة القضائية في مواجهة كافة المؤثرات والشوائب<sup>3</sup>.

هذه المعطيات هي التي فرضت على المجلس الدستوري التدخل لتبيان ماهية الحدود التي يمكن عبرها ضمان استقلال النيابة العامة في إطار الدستور الجديد.

ولحسن الحظ أن ما تفاداه المشرع الدستوري والقانون التنظيمي المتعلق بالنظام الأساسي لرجال القضاء تحت وطأة الاعتبارات سالفة الذكر، تصدى له المجلس الدستوري بشجاعة وجرأة كبيرتين ستساعد لا جرم على الوصول إلى نظام قضائي يضمن الحرية للفرد والجماعة، نظام قادر على إيجاد الحلول الكفيلة لإشاعة الأمن القانوني والقضائي ومواكبة التطور الذي يعرفه المجتمع، وقادر على فرض احترام الضوابط الأخلاقية داخل المجتمع.

1 للتذكير، فإن الأنظمة القانونية، بخصوص الشخصية التي تترأس النيابة العامة، تختلف، فهناك من المدارس من يعهد للسلطة الحكومية بهذه المهمة، ومنها من يعهد للبرلمان بذلك، ومنها من أعطى للمجلس الأعلى للسلطة القضائية سلطة تعيينه.

2 د. محمد زين الدين: "العدالة والديمقراطية بالمغرب الراهن، أية علاقة"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 92، 2004، ص: 88.

3 فيقدر الحرص على شفافية عمل هذه السلطة، يجب الحرص في المقام الأول في المرحلة القادمة من تاريخ المؤسسات بالمغرب على إبقاء هذه السلطة بعيدة بشكل قاطع عن أي وضع يحتمل معه المساس باستقلال مكوناتها وقراراتها وهو ما أكدته تقرير لجنة Venice سنة 2010 حول استقلال القضاء، الذي ميز بين نوعين من الدول، الدول الحديثة العهد بالديمقراطية والتي لم تطور تقاليد قانونية وثقافية تضمن استقلال السلطة القضائية، فإنها تنحوا إلى اعتماد نصوص واضحة خالية من اللبس حاسمة وغير مترددة في مسألة الفصل بين السلط حماية للسلطة القضائية من أي محاولات للتأثير على منهجية عملها. أما في الدول ذات التقاليد الديمقراطية القديمة، فإنها لا تتعامل بالطريقة نفسها، لأن مختلف السلط تحدها هذه التقاليد والموروثات الثقافية والقانونية المتراكمة عبر السنين.

لهذا، يجب أن نجتهد في تجريب هذا الطرح لمدة معينة، تجربة نيابة عامة يترأسها الوكيل العام للملك بمحكمة النقض على أساس أن تتسم بالضمانات القضائية وباستقلال القضاء في إطار التعاون والتوازن وفق نص الدستور وروحه. مع الاجتهاد في مد الجسور وضبط الصلاحيات، مع ما يتطلب ذلك من رصد التجربة ومراقبتها وتقييمها<sup>1</sup>.

في ضوء ما سبق، يمكن القول بأن موضوع استقلالية النيابة العامة عن وزير العدل ليس الهدف منه لمن ستخضع النيابة العامة ومن سيراقبها، بقدر ما أن الهدف منه هو البحث عن الآليات القانونية لضبط علاقة السلطة القضائية بباقي السلط انسجاما مع نص وروح دستور 2011، والفصل الواضح بين المجالين السياسي والقضائي.

✓ لائحة المراجع :

• الكتب :

– ذ. كريم لحرش : "الدستور الجديد للملكة المغربية: شرح وتحليل، سلسلة العمل التشريعي والاجتهادات القضائية، مطبعة فضالة، العدد 3، 2012.

• المقالات :

– ذ. بيجي فيصل : "النيابة العامة بين الاستقلال والتبعية: أي نموذج يجانب المغامرة؟"، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 31، ماي 2015، ص: 60-67.

– ذ. البوفي إدريس: "المحاكمة العادلة ومتطلبات الإصلاح القضائي": مقال منشور بمجلة مسالك، العدد 36/35، 2015، ص: 107-123.

– ذ. وهابي يوسف : "النيابة العامة سلطة خاضعة بطبيعتها ونص الدستور وروحه يؤسسان لخضوع النيابة العامة وليس لاستقلالها"، مقال منشور بمجلة الفقه والقانون، العدد 4، فبراير 2013، ص: 1-5.

– ذ. هاشم العلوي: "مفهوم استقلال القاضي الجنائي"، ورقة عمل مقدمة في أشغال المناظرة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل بمدينة مكناس في دجنبر 2004، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 4، 2005، ص: 431-444.

– ذ. زين الدين محمد : "العدالة والديمقراطية بالمغرب الراهن، أية علاقة"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 2004، 92، ص: 86-93.

– ذ. عبد النبي محمد "الدور الاجتماعي للنيابة العامة في ظل قانون المسطرة الجنائية المغربية الجديد"، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 37، 2004، ص: 84-101.

– ذ. الرافي عبد القادر: "من أجل قضاء مستقل"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 92، يناير/فبراير 2002، ص: 28-35.

• النصوص القانونية :

– الدستور الجديد للملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليو 2011.

1 اعتبر بعض الحقوقيين أن الذين طالبوا ودافعوا عن استقلال النيابة العامة عن وزير العدل لم يعوا خطورة هذا الطرح، مستندين على غياب ضمانات قانونية تتعلق باختيار الوكيل العام وآليات محاسبته بعيدا عن السلطة التنفيذية، وأن إبعاد النيابة العامة عن وزارة العدل في غياب ضمانات دستورية وقانونية يعتبر خطأ تاريخيا ستتحمل تبعاته في المستقبل.

• الخطب الملكية :

– نص خطاب جلالة الملك الحسن الثاني رحمه الله بمناسبة ظهور النتائج الرسمية للاستفتاء الدستوري، وارد في سلسلة خطب وندوات صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني 1992-1993، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1994.

• القرارات والأحكام القضائية :

- قرار المجلس الدستوري رقم: 992/16، بتاريخ 15 مارس 2016.
- قرار المجلس الدستوري رقم 2004/586، بتاريخ 10 غشت 2004.
- قرار المجلس الدستوري رقم 2000/382، بتاريخ 15 مارس 2000.



## الجهود الدولية والإقليمية والمحلية في مواجهة الجريمة الجمركية



إعداد : قعموسي هواري ، طالب  
بالدكتوراه جامعة سعيدة الجزائر

مقدمة :

نظر لطبيعة الجريمة الجمركية وارتباطها الوثيق بتحريك البضائع والأشخاص، خصوصا في المناطق الحدودية فإنّ البحث والتّحري اللّازمين للكشف عنها يقتضيان تضافر الجهود الدوليّة للقضاء على مختلف أشكال الجريمة، لاسيما التّهریب الذي تنتعش حركته من خلال انتقال البضائع من إقليم لآخر دون الخضوع للرّقابة الجمركية، أو للتّنظيمات الواجبة<sup>(1)</sup>، للوثائق التي تصدرها السّلطات الأجنبية أهميّة بالغة في إثبات الجريمة الجمركية وهذا ما نصّت عليه المادة 2/252 من ق ج ج " ... يمكن أن تستغل كذلك بصفة صحيحة المعلومات والشّهادات والمحاضر وغيرها من الوثائق الأخرى التي تسلمها أو تضعها سلطات البلدان الأجنبية كوسيلة إثبات "، وأكدته المادة 38 من الأمر 05-06 المتعلّق بمكافحة التّهریب " ... يمكن للسّلطات المختصة تقديم المساعدة تلقائيا لدولة أجنبية دون أجل في حالات التّهریب ... "

كون ظاهرة التّهریب ظاهرة دولية مضرّة باقتصاديات الدّول أجاز المشرّع الجمركي إثبات الجريمة الجمركية بكافة طرق الإثبات وبجميع وسائل الإثبات المعروفة في قانون الإجراءات الجزائية<sup>(2)</sup>، و بالتّعاون الوثيق بين الدّول المتعاقدة، في مجال المسائل المتعلّقة بتطبيق التّشريع الجمركي لمكافحة التّهریب من خلال المعلومات و الوثائق الواردة (فرع أوّل) أو المراقبة و المتابعة بواسطة أجهزة إدارية مستحدثة بموجب قانون التّهریب 05-06 (فرع ثان).

المطلب الأوّل : دور التّعاون الدولي في البحث عن الجريمة الجمركية :

للتّشريع الجمركي دور هام في ضبط ومراقبة التبادلات التجارية بين الدّول، فجلّ الحكومات تسعى جاهدة من خلال السّياسة الجمركية إلى التّأثير على حركة تبادل السّلع، فتشجع الصّادات وتقلّص الواردات لتحقيق توازن في الميزان التجاري مع العالم الخارجي، لذلك الاتّفاقيات الدوليّة منحت إدارة الجمارك الإمكانات اللاّزمة لمكافحة الغش الجمركي، ومهدت لتطوير التّجارة الدوليّة وبالتالي منح حماية ورفاهية للمستهلك<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - مفتاح العيد، الجرائم الجمركية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابي بكر بالقائد تلمسان، الجزائر، 2012، ص 75.

<sup>2</sup> - المواد من 212 إلى غاية 238 من قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السّابق.

<sup>3</sup> - محمد بودالي، دور التّشريع الجمركي في حماية المستهلك، مقال منشور على الرابط 542 / http://rdoc-vbaodz/123456789، تاريخ الزيارة: 2016/08/28.

مكنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتبادل الإداري الجمركي من ضبط ومراقبة التبادلات التجارية الدولية، لذلك تعتبر التوصيات واللوائح والقرارات التي يصدرها مجلس التعاون الجمركي، بمثابة أدوات قانونية دولية لتنسيق النظم الجمركية التي تحكم حركة السلع والأشخاص ووسائل النقل العابرة للحدود، في إطار تعاون متبادل يهدف إلى تحقيق إستراتيجية موحدة في معالجة التهريب على المستوى المحلي والدولي المتعدد الأطراف فرع أول، و الإقليمي فرع ثان والتعاون الثنائي فرع ثالث.

فرع أول: البحث بواسطة التعاون الدولي المتعدد الأطراف<sup>(1)</sup> :

### 1- الإجراءات الجمركية بموجب اتفاقية نيروبي لعام 1977 :

جاءت الاتفاقية للبحث عن المخالفات الجمركية وقمعها، تم إرساؤها من قبل مجلس التعاون الدولي بتاريخ 1977/07/09م، ودخلت حيز النفاذ في 1980/05/21، وصادقت الجزائر على تعديلاتها وعلى أربعة ملاحق منها الأول والثاني والثالث والتاسع بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-86<sup>(2)</sup>، المؤرخ في 1988/04/19م، تركزت هذه الاتفاقية على مايلي :

- فتح مجال أوسع للتعاون الإداري في إطار مكافحة الغش الجمركي، وذلك بوضع إمكانية الرجوع إلى الإجراءات لقضائية، أو الإدارية و لا يدخل ضمن التبادل طلب القبض على الأشخاص أو عمليات تسديد الرسوم و الإتاوات و الغرامات، ومبلغ آخر لحساب طرف متعاقد آخر عملا بالمادة 2 من الاتفاقية
- ترفض إدارة الجمارك التعاون طبقا لنص المادة 3 من الاتفاقية، إذا اعتبر هذا التعاون يمس سيادتها وأمنها أو مصالحها أو مصالح التجارة المشروعة للمؤسسات العمومية أو الخاصة<sup>(3)</sup>.
- المعلومات والوثائق تستفيد في البلد الذي يستلمها بالسرية ولا يجوز استعمال هذه المعلومات والوثائق وسائل الإعلام الأخرى لأغراض أخرى، إلا إذا سمحت إدارة الجمارك التي سلمتها كتابيا عملا بالمادة 5 من الاتفاقية .
- تسوى الخلافات التي قد تحدث بين الأطراف المتعاقدة عند تفسير هذه الاتفاقية، أو عند تطبيقها عن طريق المفاوضات (المادة 14 من الاتفاقية).

بخصوص آجال تقديم المساعدة فإن الاتفاقية وبموجب المادة 3/6 منها تركت ذلك لتقدير الدول، وهذا لا يخدم التعاون الجمركي الدولي، وذلك بتماطل الدول في طلب المساعدة أو حتى عدم الاستجابة .

- على المجلس و الإدارات الجمركية للأطراف المتعاقدة أن تتخذ كل التدابير لكي تبقى المصالح المكلفة بتدارك المخالفات والبحث عنها على اتصال قصد تسهيل العمل الجمركي (المادة 9 من الاتفاقية).

### 2- الإجراءات الجمركية بموجب اتفاقية اتفاقية كيوتو :

تعد اتفاقية كيوتو المعدلة الاتفاقية الرئيسية لتسيير التجارة، وتتضمن القواعد الأساسية للعلاقات بين الدول الأطراف أعدت منظمة الجمارك الدولية هذه الاتفاقية التي دخلت حيز التنفيذ في 3 فبراير 2006، فهي نسخة محدثة

<sup>1</sup> - منظمة الجمارك العالمية - منظمة عالمية حكومية دولية، مقرها بروكسل تأسست سنة 1952م باسم "مجلس التعاون الجمركي" وهي تضم ما يقارب 178 دولة.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 88-86 مؤرخ في 19 أبريل 1988، يتضمن الانضمام إلى الاتفاقية الدولية للتعاون الإداري المتبادل قصد تدارك المخالفات الجمركية، والبحث عنها وقمعها، المعدلة وإلى ملاحقها 1 و2 و3 و9 المعدلة نيروبي في 09/06/1977م، ج رعدد 16، مؤرخة في 17/04/1988.

<sup>3</sup> - إذ تنص المادة 41 من الأمر 06-05 الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005، يتعلق بمكافحة التهريب، ج رعدد 59، مؤرخة في 28 أوت 2005، معدل ومتمّم بالأمر رقم 06-09 المؤرخ في 15 يوليو 2006، ج رعدد 47، مؤرخة في 19 يوليو 2006.

"يمكن للمصالح المختصة أن ترفض تقديم المساعدة المطلوبة في إطار هذا الأمر، أو أن تقدمها مع مراعاة تحقيق شروط معينة، إذا اتضح أنها قد تمس بكلّ سيادة الوطنية أو القوانين أو الالتزامات المترتبة عن اتفاقيات دولية... أو تلحق ضررا بالمصالح التجارية والمهنية المشروعة".

معدّلة للاتفاقية الدولية لتبسيط وتنسيق الإجراءات الجمركية التي أقرت في 1973م/1974م، صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 00-447<sup>(1)</sup>، المؤرخ في 23 ديسمبر 2000م، وهي تهدف إلى الانصياع للمبادئ التالية :

يجب تسوية أي نزاع بين الطرفين المتعاقدين، أو أكثر حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية بالتفاوض بينها (المادة 14 من الاتفاقية).

تعدّ الاتفاقيات المذكورة من أهم الوسائل القانونية لتطبيق الإجراءات الجمركية، لكن هذا لا يمنع من صياغة حلول على المستوى الإقليمي والثنائي .

فرع ثاني : البحث بواسطة التعاون الإقليمي بين الدول :

إنّ حساسية مجال العمل الجمركي وخطورة المهام المسندة إليه، جعلت المشرع لا يكتفي بالطرق الوارد بيانه في قانون الجمارك لمكافحة الجريمة الجمركية، بل يتعدى ذلك ليشمل إمكانية إثبات الجرائم الجمركية بجميع الطرق القانونية<sup>(2)</sup>، ومنها البحث عن هذه الجريمة على المستوى الإقليمي باتفاقيات شراكة ومنها اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوروبي.

**1- تعززت اتفاقيات التبادل الحر على المستوى الجهوي باتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوروبي :** الذي دخل حيز التنفيذ في 2005/09/01، هذا الاتفاق جاء لتمتين العلاقات القائمة بين الطرفين وكذا تعزيز التعاون بينهما، بما فيها مكافحة الغش والتهرب الجمركيين، صادقت الجزائر عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159، المؤرخ في 27 أبريل 2005<sup>(3)</sup>، والذي جاء فيه ما يلي :

- يهدف التعاون الجمركي إلى ضمان احترام نظام التبادل الحر وتبادل خصوصا ما يلي :
- تبسيط عمليات المراقبة والإجراءات الجمركية
- تطبيق وثيقة إدارية وحيدة ماثلة لوثيقة المجموعة مع إمكانية الربط بين أنظمة العبور التابعة لكل من المجموعة والعبور.
- تمكين تقديم مساعدة تقنية عند الضرورة .
- دون الإخلال بأشكال التعاون الأخرى المنصوص عليها في هذا الاتفاق، لاسيما من أجل مكافحة المخدرات، وتبييض الأموال، تقدم السلطات الإدارية للطرفين المتعاقدين مساعدة متبادلة وذلك وفقا لأحكام البروتوكول رقم 7 عملا بنص المادة 65 من الاتفاقية .
- يهدف التعاون إلى تقريب التشريع الجزائري، وتشريع المجموعة في المجالات التي تشملها الاتفاقية، يلتزم كل طرف من أجل تحرير التبادل للصفقات العمومية، واتخاذ التدابير لحماية المعطيات قصد إزالة الحواجز التي تعيق التداول الحر<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 2000-447 مؤرخ في 23 ديسمبر 2000، يتضمن التصديق، بتحفظ على بروتوكول تعديل الاتفاقية الدولية لتبسيط وتنسيق الأنظمة الجمركية (كيوتو 18 ماي 1973) المحرر ببروكسل، يوم 26 جوان 1999، ج رعدد 02، صادرة في 7 جانفي 2001.

<sup>2</sup> - مفتاح العيد، المرجع السابق، ص 78.

<sup>3</sup> - مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005م، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكول من 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة له، ج رعدد 31، صادرة بتاريخ 30 أبريل 2005م.

<sup>4</sup> - المادة 46 من اتفاقية المجموعة الأوروبية، المرجع السابق .

- في المواد الزراعية التزم الأطراف بإلغاء الحقوق الجمركية، والرّسوم ذات الأثر المماثل المطبقة على المنتوجات التي يكون منشؤها المجموعة عند استيرادها من الجزائر، و المنتوجات التي يكون منشؤها الجزائر عند تصديرها<sup>(1)</sup>.  
حدّدت المادة 2/21 من الاتفاقية مهام لجنة الشراكة التي تسند لها مهمة التشاور حول مسائل الاتفاقات المتضمنة إنشاء اتحاد جمركي أو مناطق التبادل الحر، وبصفة عامة حول كل المسائل الهامة المتعلقة بسياسة حجم المبادلات بين الجزائر والمجموعة الأوروبية.

## 2- اتفاقية التبادل التجاري من العربية الدّول :

انضمت الجزائر إلى اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدّول العربية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-223<sup>(2)</sup>، المؤرخ في 03 أوت 2004.

- يشرف على تنفيذ الاتفاقية طبقا لنص المادة 11 مجلس، وله على الأخص ما يلي :

أ- وضع وإصدار القوائم الجماعية للسلع المعفاة من الرّسوم والضرائب ذات الأثر المماثل والقيود الجمركية .  
ب- وضع وإصدار القوائم الجماعية للسلع التي تتمتع بتخفيض في الرّسوم والضرائب ذات الأثر المماثل والقيود الجمركية .

ج- وضع وإصدار قوائم السلع غير العربية المنافسة أو البديلة للسلع العربية .

د- تحديد القوائم والأوضاع التي يتم بموجبها التخفيض التدريجي للرّسوم، والضرائب ذات الأثر المماثل والقيود الجمركية .

ه- تحديد الدّول الأطراف الأقل نموا لأغراض هذه الاتفاقية .

و- دراسة شكاوى الدّول الأطراف الخاصة بمواجهته من مشاكل التمييز في معادلاتها التجارية مع الدّول الأخرى .

يمكن للمجلس أن يفوض لجانا ويمنحها بعض اختصاصاته، ويصدر قراراته فيما يتعلّق بأحكام هذه الاتفاقية بموافقة ثلثي الدّول الأعضاء، تبقى جهود مكافحة الغش والتّهرب الجمركي تحتاج إلى تثمين على المستوى الثنائي .

<sup>1</sup> - المادة 8 والمادة 9 من اتفاقية المجموعة الأوروبية، المرجع السابق .

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 04-223 مؤرخ في 3 أوت 2004 يتضمن التصديق على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدّول العربية المحررة بتونس يوم 27 فبراير 1981، ج 1، عدد 49، صادرة في 8 أوت 2004م.

1- على المستوى الثنائي<sup>(1)</sup>:

التعاون الوثيق بين الدول المتعاقدة، في مجال المسائل المتعلقة بتطبيق التشريع الجمركي، ومكافحة مخالفاته، لا يتأتى إلا بتضافر الجهود، والرفع من قدرات المؤسسات الجمركية بتحديث الممارسات، والإجراءات الجمركية لذا سنحاول تسليط الضوء على البحث عن المخالفات الجمركية على المستوى الثنائي ابرز سمات الاتفاقيات الثنائية، أنها تؤكد على توصيات مجلس التعاون الجمركي والاتفاقية الدولية الجمركية المنبثقة عنه لاسيما فيما تعلق بمجال تطبيق التعاون، وذلك بتبادل إدارتا الجمارك للطرفين تلقائيا، أو بناء على طلب جميع المعلومات والمستندات التي تحوزها، التي توشك بأنها تشكل تهريبا أو تشكل تجارة غير مشروعة، أو تتعلق بالأشخاص الذين يشك بأنهم يقومون بالتهريب وتحركاتهم بالوسائل والأساليب المستعملة والمستحدثة للتهريب من مركبات، وسفن، طائرات المشتبه فيها ارتكابها أو لاستعمالها لارتكاب المخالفات الجمركية، وسماع الأشخاص والشهود عن طريق السلطات المختصة مع مراعاة التشريع الخاص بكل بلد، والتبليغ بدون تأخير نتائج هذه التحريات إلى الإدارة الطالبة<sup>(2)</sup>.

تحاول الأطراف المتعاقدة للاتفاقية تحت رعاية مجلس التعاون الجمركي، الشفافية وإزالة كل العقبات بين الإجراءات، والممارسات الجمركية والعمل على تحديثها، والاستعانة بإجراءات المراجعة الإدارية والقضائية<sup>(3)</sup>، للأطراف المعنية للمساهمة في تنمية التجارة والمبادلات.

- استعمال الأساليب الحديثة فيما تعلق بالرقابة والمراجعة والاستخدام الأمثل للمعلومات والتدخلات المحكمة مع المصالح الحدودية الأخرى.

يجب أن لا يتعارض أحكام هذه الاتفاقية دون تطبيق التشريع الوطني فيما تعلق بأحكام المنع أو القيود المفروضة على البضائع الخاضعة للرقابة<sup>(4)</sup>.

تنشأ لجنة إدارة بموجب المادة 6 من الاتفاقية في تنفيذ هذه الاتفاقية، وأية إجراءات تضمن توحيد تفسيرها وتطبيقها وأية تعديلات عليها بحيث تكون الأطراف المتعاقدة أعضاء في لجنة الإدارة.

<sup>1</sup> - المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 96 - 161 مؤرخ في 8 ماي 1996، يتضمن التصديق على اتفاقية تعاون إداري متبادل للوقاية من المخالفات الجمركية والبحث عنها وردعها بين دول الاتحاد المغرب العربي الموقعة في تونس بتاريخ 02/04/1994، ج ر عدد 29، مؤرخة في 12/05/1996 م.

: المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 92- 83 مؤرخ في 29 فبراير 1992، يتضمن المصادقة على الاتفاقية التجارية والتعريفية بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة بمدينة راس لانوف (ليبيا) بتاريخ 9 و10 مارس 1991، ج ر عدد 17، صادرة في 04 مارس 1992 م.

المرسوم الرئاسي رقم 92-107 مؤرخ في 7 مارس 1992، يتضمن المصادقة على اتفاق التعاون الإداري المتبادل بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والجمهورية الإسلامية الموريتانية من أجل تداول المخالفات الجمركية والبحث عنها وقمعها، الموقع بنواكشوط في 14 فبراير سنة 1991، ج ر، عدد 19، صادرة في 8 مارس 1992 م.

: المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 98-340، مؤرخ في 4 نوفمبر 1998، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون الإداري المتبادل من أجل التطبيق الصحيح للتشريع وتدارك المخالفات الجمركية والبحث عنها وقمعها بين ج ج د ش والمملكة الأردنية الهاشمية، الموقعة في عمان يوم 16 سبتمبر 1997، ج ر عدد 83، صادرة في 08/11/1998 م.

<sup>2</sup> - المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 03-60، مؤرخ 08 فبراير 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة ج ج د ش وحكومة جنوب إفريقيا المتعلقة بالمساعدة الإدارية المتبادلة بين إدارتها الجمركية، الموقعة بالجزائر 28 أبريل 1998، وتبادل الرسائل المؤرخة في 10/07/2000 و17 سبتمبر سنة 2001، ج ر، عدد 09 مؤرخة 09/02/2003 م.

<sup>3</sup> - نصت المادة 35 من الأمر 05-06 على مايلي: "مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل، وفي حدود ماتسمح به المعاهدات والاتفاقات والترتيبات ذات الصلة والقوانين، تقام علاقات تعاون قضائي على أوسع نطاق ممكن مع الدول بهدف الوقاية والبحث ومحاربة جرائم التهريب..."

<sup>4</sup> - المادة 3 من الاتفاقية وتنص المادة 21 فقرة أولى: لتطبيق القانون /تعد بضائع محظورة كل البضائع التي منع استيرادها أو تصديرها بأية صفة كانت.."

## المطلب الثاني: البحث بواسطة أجهزة إدارية مستحدثة بموجب قانون التهريب 05-06 :

إن اجتماع بعض عناصر التهريب تكفي الحكم على المخالف، كتجوال البضائع المهربة داخل النطاق الجمركي يؤلف مخالفة لا يستطيع مرتكبها التخلص منها، كما أن مجرد إحراز بعض أنواع من هذه البضائع المحددة بنصوص هو مجرد ذاته تهريب لا يمكن للمخالف التخلص منها<sup>(1)</sup>، لذلك كرس المشرع إلى وضع قانون مكافحة التهريب 05-06، المعدل والمتم، الذي تنوعت أحكامه بين الوقائية والقمعية، هذا القانون الذي استحدثت بموجبه هيكل إدارية جديدة تضاف إلى تلك المنصوص عليها في المادة 241 من قانون الجمارك، تختص بالبحث والرقابة ومتابعة وقمع الجرائم الجمركية، تنوعت بين هيكل مركزية و أخرى محلية.

## أولا: رقابة الديوان الوطني لمكافحة التهريب :

خشية الإفلات من بعض التصرفات الاحتيالية من العقاب نظرا لصعوبة إثباتها بسبب تفنن المهربين واستخدامهم لطرق ووسائل جد متطورة يصعب على رجال الجمارك اكتشافها<sup>(2)</sup>، استحدثت بموجب المادة 6 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب، ونصت على أنه: " ينشأ ديوان وطني لمكافحة التهريب ..3 يخضع في تسييره إلى التنظيم المرسوم التنفيذي رقم 06-286<sup>(3)</sup>، المؤرخ في 26 أوت 2006، يقوم الديوان الوطني لمكافحة التهريب بمهام حددتها المادة 7 من الأمر 05-06 وهي:

- إعداد برنامج وطني لمكافحة التهريب والوقاية منه، تنظيم وجمع المعلومات والمعطيات والدراسات ذات الصلة بظاهرة التهريب، خاصة تلك الواردة من اللجنة المحلية لمكافحة التهريب، ضمان تنسيق ومتابعة نشاطات مختلف المتدخلين في مجال الوقاية من التهريب ومكافحته

- اقتراح تدابير ترمي إلى ترقية وتطوير التعاون الدولي في مجال مكافحة التهريب، وتقديم مساعدة تلقائيا لدولة أجنبية دون اجل في حالات التهريب التي قد تهدد بشكل خطير الاقتصاد، أو بناء على معلومات متعلقة بنشاطات مدبره أو الجارية أو المنجزة والتي تشكل قرينة مقبولة تحمل على الاعتقاد بارتكاب أو احتمال ارتكاب جريمة تهريب في إقليم المعني<sup>(4)</sup>.

- وضع نظام إعلامي مركزي آلي مؤمن يهدف توقع وتقييم الأخطار للوقاية من التهريب ومكافحته وكذا المساهمة في ضمان أمن الشبكة اللوجيستكية الدولية.

- التقييم الدوري للأدوات والآليات القانونية وكذا الإجراءات الإدارية المعمول بها في مجال مكافحة التهريب، ما تعلق بالمخطط الوطني للوقاية من التهريب وتجنيب الخبرة الضرورية ودراسة نشاط اللجان المحلية لمكافحة التهريب وتبادل الخبرات بين الدول في مجال الوقاية والتكوين وتحديث أساليب الرقابة<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - د. غسان رايح، قانون العقوبات الاقتصادي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة السادسة، بيروت، لبنان، 2012، ص 235.

<sup>2</sup> - بوطالب براهي، مقارنة اقتصادية للتهريب في الجزائر، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 68.

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 06-286 مؤرخ في 26 أوت 2006، يحدد تنظيم الديوان الوطني لمكافحة التهريب وسييره، ج رعد 53، المؤرخة في 30 أوت 2006م.

<sup>4</sup> - المادة 38 من الأمر 05-06 المرجع السابق.

<sup>5</sup> - تنص المادة 30 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك على ما يلي: " تتم الرقابة رقابة مطابقة المنتوجات المستوردة عند الحدود، قبل جمركتها ..."

- تقديم أي توصيات من شأنها المساهمة في مكافحة التهريب لتنمية العلاقات الاقتصادية والتجارية بين الدول - إعداد برامج إعلامية<sup>(1)</sup> و تحسيسه حول الآثار الناجمة عن التهريب التي تهدد الأمن الوطني والاقتصاد الوطني أو الصحة العمومية .

ثانيا : مراقبة اللجان المحلية لمكافحة التهريب :

مخاربة أفعال التهريب ومواجهة خطورتها المتزايدة، أصبح لزاما على الدولة أن تكثف جهودها من خلال سن التشريعات والأنظمة التي تحكم أفعال التهريب الجمركي، وأن تسعى إلى وضع السياسات والاستراتيجيات لمكافحة هذه الأفعال بكل الوسائل الممكنة والأساليب<sup>(2)</sup>، إن كان الديوان الوطني لمكافحة التهريب يمارس مهامه على المستوى المركزي تدعيمه بلجان وطنية لتنسيق الجهود، إذ نصت المادة 9 من الأمر 05-06 " تنشأ على مستوى الولايات، عند الاقتضاء لجان محلية لمكافحة التهريب تعمل تحت سلطة الولاية، تتولى هذه اللجان تنسيق نشاطات مختلف المصالح المكلفة بمصالح التهريب ..."

تتولى اللجنة، حسب المرسوم التنفيذي رقم 06-287<sup>(3)</sup>، المؤرخ في 26 أوت 2006 ما يلي: جمع المعلومات المتعلقة بنشاطات مكافحة التهريب وإرسالها إلى الديوان ومتابعة نشاطات مكافحة على المستوى الولائي، يتولى تطوير شبكات الاتصال بين مختلف المصالح المكلفة بمكافحة التهريب، تبلغ جميع المتدخلين بالإجراءات المتخذة، تقرر وجهة البضائع المحجوزة، أو المصادرة عملا بالمادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي، تجتمع اللجنة بناء على استدعاء من رئيسها كلما دعت الضرورة، تتلقى جمع الوسائل المحجوزة ونسخة من محضر جرد البضاعة المحجوزة من المصلحة التي عاينت البضائع في أجل أقصاه 8 أيام من تاريخ الحجز، وتقلص هذه المدة إلى النصف إن كانت هذه البضاعة سريعة التلف مدة أربعة أيام بالنسبة للمواد المحجوزة سريعة التلف، التي نصت عليها المادة 7 من المرسوم التنفيذي 06-287 تبدو مدة طويلة، حتى تسلم المصلحة التي عاينت الوقائع المحجوزات، للجنة المحلية لمكافحة التهريب، الأجر بالمرشع الإبقاء على نص المادة 704 ق إ م إ فقرة الثانية على مايلي: " غير أنه إذا كانت الأموال المحجوزة بضائع قابلة للتلف أو بضائع عرضة لتقلب الأسعار أو بضائع وشك انقضاء مدة صلاحية استهلاكها، فلرئيس المحكمة أن يأمر بإجراء البيع بمجرد الانتهاء من الحجز والجرد وفي المكان الذي يراه مناسبا، إذا أن يضمن أحسن عرض، وذلك بأمر على العريضة تقدم من الحاجز أو المحجوز عليه، أو المحضر القضائي أو الحارس " و حسن فعل المرشع بنص المادة 41 من القانون 09-03 المتعلق بالاستهلاك و قمع الغش " إذا كان المنتج سريع التلف أو بالنظر إلى طبيعته أو وزنه أو كميته أو حجمه أو قيمته تقتطع عينة واحدة و تشمّع، ثم ترسل فورا إلى المختبر المؤهل لإجراء التحاليل " .

- تصدر اللجنة المحلية لمكافحة التهريب بموجب المادة 8 من المرسوم مقرر بعد المعاينة، أو بعد الخبرة التي تصدرها المصالح المختصة بإتلاف البضائع المهربة المقلدة، أو الغير صالحة للاستهلاك أو التي تشكل خطر على الصحة العمومية<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - نصت المادة 17 من قانون الاستهلاك رقم 09-03 على أنه " يجب على المتدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة ..."

<sup>2</sup> - عبد الحميد صالح، التهريب الجمركي بين النظرية والتطبيق، دراسة في قانون الجمارك الموحد لمجلس التعاون، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 23، العدد 2، سوريا، 2007، ص 8.

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 06-287 مؤرخ في 26 أوت 2006، يحدد تشكيله اللجنة المحلية لمكافحة التهريب ومهامها، ج ر عدد 53، مؤرخة 30 أوت 2006م.

<sup>4</sup> - وهذا ما أكدته المادة 63 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، إذ نصت "...أو يوجه للإتلاف إذا كان مقلدا غير صالح للاستهلاك، ويعلم وكيل الجمهورية بذلك فورا "

- يمكن للجنة في إطار الصلاحيات المخولة لها بموجب المادة 9 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر أن تتصرف في وسائل النقل المحجوزة بتخصيصها للهيئات العمومية التي تعينها، أما البضاعة المحجوزة قابلة للتلف فإنه يمكن تسليمها بمقرر من قبل اللجنة لمؤسسات الدولة والجمعيات ذات المنفعة العامة<sup>(1)</sup>.
- ترسل محاضر التخصص تطبيقا لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 06-287 من قبل اللجنة المحلية لمكافحة التهريب إلى النائب العام المختص، وتوضع كذلك في ملف الإجراءات.
- يخطر قابض الجمارك اللجنة المحلية لمكافحة التهريب، خلال الشهر الذي يلي القرار القاضي بالمصادرة نهائيا لتتخذ هذه الأخيرة قرارات بشأن تخصيصها.

#### ملخص:

أولى المشرع الجزائري أهمية خاصة لطرق البحث عن الجريمة الجمركية، للحد منها، ووسع من دائرة الأشخاص المكلفين بمعاينتها لحرصه على ضبط إجراءات الكشف عنها، ووضع بين أيديهم مجموعة الإجراءات التحفظية لحماية الاقتصاد الوطني، بعد أن حُسم الأمر بجملة من التدابير العيينة الممثلة في الحجز، و الأخرى ماسة بالحرية كتفتيش الأشخاص و المنازل ووسائل النقل و توقيف المخالفين.

- ❖ المراجع:
- ✓ الكتب:

- د. غسان رايح، قانون العقوبات الاقتصادي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة السادسة، بيروت، لبنان، 2012.

#### ✓ الرسائل و المجلات

- بوطالب براهمي، مقاربة اقتصادية للتهريب في الجزائر، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

#### المجلات

- مفتاح العيد، الجرائم الجمركية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2012.

- عبد الحميد صالح، التهريب الجمركي بين النظرية والتطبيق، دراسة في قانون الجمارك الموحد لمجلس التعاون، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 23، العدد 2، سوريا، 2007.

#### ✓ قوانين:

- أمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الاجراءات الجزائية، ج ر عدد 48 الصادرة في 10 يونيو 1966، معطل و متمم.

- الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005، يتعلق بمكافحة التهريب، ج ر عدد 59، مؤرخة في 28 أوت 2005، معطل و متمم بالأمر رقم 06-09 المؤرخ في 15 يوليو 2006، ج ر عدد 47، مؤرخة في 19 يوليو 2006

- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر عدد 15، المؤرخة في 08/03/2009.

#### ✓ مراسيم رئاسية و تنفيذية:

- مرسوم رئاسي رقم 88-86 مؤرخ في 19 أبريل 1988، يتضمن الانضمام إلى الاتفاقية الدولية للتعاون الاداري المتبادل قصد تدارك المخالفات الجمركية، والبحث عنها وقمعها، المعدلة وإلى ملاحقتها 1 و 2 و 3 و 9 المعدلة نيروبي في 09/06/1977 م، ج ر عدد 16، مؤرخة في 17/04/1988.

<sup>1</sup> - حالات أخرى يتم فيها تغيير المقصد، إذا رفض المتدخل المعني إجراء عملية ضبط مطابقة المنتج المشتبه فيه، يتم حجزه بغرض تغيير اتجاهه، أو إعادة توجيهه، أو إتلافه، دون الإخلال بالمتابعة الجزائية، عملا بالمادة 57 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، نصت على: "إذا ثبت عدم إمكانية ضبط مطابقة المنتج المشتبه فيه، يتم حجزه بغرض تغيير اتجاهه، أو إعادة توجيهه، أو إتلافه دون الإخلال بالمتابعة الجزائية المنصوص عليها في أحكام هذا القانون.."



- المرسوم الرئاسي رقم 92-83 مؤرخ في 29 فبراير 1992، يتضمن المصادقة على الاتفاقية التجارية والتعريفية بين دول إتحاد المغرب العربي، الموقع بمدينة راس لانوف (ليبيا) بتاريخ 9 و10 مارس 1991، ج ر عدد 17، صادرة في 04 مارس 1992 م.
- المرسوم الرئاسي رقم 92-107 مؤرخ في 7 مارس 1992، يتضمن المصادقة على اتفاق التعاون الإداري المتبادل بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والجمهورية الإسلامية الموريتانية من أجل تداول المخالفات الجمركية والبحث عنها وقمعها، الموقع بنواكشوط في 14 فبراير سنة 1991، ج ر عدد 19، صادرة في 8 مارس 1992 م.
- المرسوم الرئاسي رقم 96-161 مؤرخ في 8 ماي 1996، يتضمن التصديق على اتفاقية تعاون إداري متبادل للوقاية من المخالفات الجمركية والبحث عنها وردعها بين دول الاتحاد المغرب العربي الموقع في تونس بتاريخ 02/04/1994، ج ر عدد 29، مؤرخة في 12/05/1996 م.
- المرسوم الرئاسي رقم 98-340 مؤرخ في 4 نوفمبر 1998، يتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون الإداري المتبادل من أجل التطبيق الصحيح للتشريع وتدارك المخالفات الجمركية والبحث عنها وقمعها بين ج ج د ش والمملكة الأردنية الهاشمية، الموقع في عمان يوم 16 سبتمبر 1997، ج ر عدد 83، صادرة في 08/11/1998 م.
- مرسوم رئاسي رقم 2000-447 مؤرخ في 23 ديسمبر 2000، يتضمن التصديق، بتحفظ على بروتوكول تعديل الاتفاقية الدولية لتبسيط، وتنسيق الأنظمة الجمركية (كيوتو 18 ماي 1973) المحرر ببروكسل، يوم 26 جوان 1999، ج ر عدد 02، صادرة في 7 جانفي 2001.
- مرسوم رئاسي رقم 04-223 مؤرخ في 3 أوت 2004 يتضمن التصديق على اتفاقية تسيير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية المحررة بتونس يوم 27 فبراير 1981، ج 1، عدد 49، صادرة في 8 أوت 2004 م.
- المرسوم الرئاسي رقم 03-60 مؤرخ 08 فبراير 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة ج ج د ش وحكومة جنوب إفريقيا المتعلقة بالمساعدة الإدارية المتبادلة بين إدارتها الجمركية، الموقع بالجزائر 28 أبريل 1998، وتبادل الرسائل المؤرخة في 10/07/2000 سنة 17 سبتمبر سنة 2001، ج ر عدد 09 مؤرخة 09/02/2003 م.
- مرسوم رئاسي رقم 05-159 مؤرخ في 27 أبريل 2005 م، يتضمن التصديق على الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع ببالونسيا يوم 22 أبريل 2002، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكول من 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة له، ج ر عدد 10، صادرة بتاريخ 30 أبريل 2005 م.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-286 مؤرخ في 26 أوت 2006، يحدد تنظيم الديوان الوطني لمكافحة التهريب وسيره، ج ر عدد 53، المؤرخة في 30 أوت 2006 م.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-287 مؤرخ في 26 أوت 2006، يحدد تشكيله اللجنة المحلية لمكافحة التهريب ومهامها، ج ر عدد 53، مؤرخة 30 أوت 2006 م.
- محمد بودالي، دور التشريع الجمركي في حماية المستهلك، مقال منشور على الرابط :

## الاعتراف بالحق في البيئة



بوشامة فائزة ، ماجستير في حقوق الإنسان  
باحثة بصف الدكتوراه في القانون العام  
أستاذة مؤقتة بكلية الحقوق والعلوم السياسية  
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة ، الجزائر  
email : faizabouchama@gmail.com

الملخص :

لقد تم الإعتراف بالحق في البيئة على عدة مستويات؛ المستوى العالمي، المستوى الإقليمي والمستوى الوطني، حيث نصّت العديد من الإعلانات والإتفاقيات الدولية على الحق في البيئة، كما تضمنت العديد من قرارات وتعليقات هيئات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان الإعتراف بالحق في البيئة، أمّا على المستوى الإقليمي فإن معظم المواثيق الإقليمية لحقوق الإنسان تناولت الإعتراف به، في حين كان الإعتراف بالحق في البيئة على المستوى الوطني ضمن الدساتير الوطنية والتشريعات الداخلية لكل دولة. وما يُميز الإعتراف بالحق في البيئة عن غيره من حقوق الإنسان الأخرى، أنه تم النص عليه من خلال وثائق خاصة بحقوق الإنسان وأخرى خاصة بحماية البيئة.

### Résumé :

la reconnaissance du droit à l'environnement, c'était sur plusieurs niveaux, au niveau mondial, au niveau régional, au niveau national, par nombreuses déclarations et conventions internationales sur le droit de l'homme; et décisions et commentaires des organes de droits de l'homme des Nations Unies ; Pour sa part, les chartes régionales pour les droits de l'homme a adressé la reconnaissance du droit à l'environnement, Les constitutions nationales et la législation nationale de chaque pays, consacré à la reconnaissance nationale du droit à l'environnement : la reconnaissance du droit à l'environnement, Il a été stipulé par des documents relatifs à droit de l'homme, et à la protection de l'environnement.

**Abstract :**

The recognition of the right of the environment includes various levels; universal, regional, and national. the unions nation organization sets different declaration and conventions witch is a part of human rights to have the right to live in a safe environment on the regional level, most of the charts and the convention level most of the constitutions of each country sets the right for the environment for all people.

**مقدمة :**

تعتبر مسألة حقوق الإنسان من أهم المسائل على المستوى الوطني والدولي، فاحترامها، وضمانيها للجميع دون تمييز يمثل مجموع الاحتياجات الأساسية التي يلزم توافرها دون تمييز بينهم لأي سبب حيث تتعدد حقوق الإنسان وتختلف فتصنف إلى أجيال مختلفة، يتضمن الجيل الأول الحقوق المدنية والسياسية، أما الجيل الثاني فهو جيل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أما الجيل الثالث فيتضمن الحقوق الجماعية أو حقوق التضامن كالحق في السلام الحق في التنمية والحق في البيئة هذا الأخير الذي ظهر نتيجة انتشار مصادر التلوث وتأثير التدهور البيئي على الحياة الإنسانية.

إن الاتفاق على المستوى الداخلي والدولي على أن تدهور البيئة، يؤثر على حياة الإنسان ومختلف حقوقه، فالحياة في بيئة نظيفة متوازنة تمثل القاعدة الأساسية للتمتع بمختلف حقوق الإنسان كالحق في الحياة الحق في الصحة، والحق في العيش اللائق.

فتصنيف الحق في البيئة ضمن الجيل الثالث راجع إلى طبيعته التضامنية التي تفرض على الجميع حماية البيئة ذاتها خاصة أن البيئة تعتبر عالمية ولا تعرف حدود سياسية.

ولقد تم الاتفاق على تعريف الحق في البيئة على أنه "الحق في تأمين وسط ملائم لحياة الإنسان والعيش بكرامة وفي ظروف تسمح بتنمية متناسقة لشخصيته"<sup>1</sup>.

وكذلك يعرف بأنه: "الحق في العيش في وسط صحي، متوازن إيكولوجيا، ومناسب لتطوير الحياة بحفظ المناظر الطبيعية"<sup>2</sup>.

إن أي حق من حقوق الإنسان لا يمكن التمتع به أو حتى معرفة مضمونه وأبعاده وكيفية حمايته إلا من خلال الاعتراف به، وذلك من خلال النص عليه، كما هو الحال في الشرعة الدولية لحقوق الإنسان.

وهنا يثور التساؤل حول أهم الوثائق التي تم من خلالها الاعتراف بالحق في البيئة والاشكالية المطروحة: على أي مستوى تم الاعتراف بالحق في البيئة؟

وعليه يمكن طرح سؤالين : - كيف تم الاعتراف بالحق في البيئة؟

- وهل تم الاعتراف بالحق في البيئة من خلال المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية وكذا الدساتير والقوانين الوطنية؟

1- عطا سعد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2009 - 2010، ص 69.

2- Alesandre Kiss, Le droit à la conservation de l'environnement. (Revue Universelle Des Droits De l'homme), Strasbourg Vol 2, 31 Décembre 1990, No12, page 447.

## المبحث الأول: الإعراف الدولي (العالمي) للحق في البيئة.

إن اختلال التوازن البيئي وزيادة مصادر التلوث كان له الأثر الواضح على البشرية من خلال التأثير على الحياة الإنسانية ومختلف الممارسات ما دفع للتوجه للاعتراف بالحق في البيئة، حيث تكاثفت الجهود على المستوى العالمي لتُظهر مدى العلاقة بين حماية البيئة وضمنان مختلف حقوق الإنسان، وذلك خلال الاعتراف بالحق في البيئة، في الاتفاقيات والاعلانات وكذا من خلال أعمال أجهزة حماية حقوق الإنسان.

## المطلب الأول: الاعتراف من خلال الاعلانات والاتفاقيات.

إن الاعتراف العالمي بحق للإنسان في بيئة نظيفة متوازنة كان بصورة مباشرة وصورة غير مباشرة وذلك عن طريق العديد من الإعلانات والاتفاقيات، سواء كانت خاصة بحماية حقوق الإنسان (فرع أول)، أو من خلال الإعلانات والاتفاقيات الخاصة بحماية البيئة (فرع ثاني).

## الفرع الأول: من خلال إعلانات واتفاقيات حماية حقوق الإنسان.

هناك العديد من الإعلانات والاتفاقيات العالمية الخاصة بحماية حقوق الإنسان، التي تناولت الاعتراف بالحق في البيئة. فقد نصت المادة 12 من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966<sup>1</sup> على أنه: "1- تُقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه. 2- تشمل التدابير التي يتعين على الدول الأطراف في هذا العهد اتخاذها لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق تلك التدابير اللازمة من أجل: ... ب - تحسين جميع جوانب الصحة البيئية والصناعية"، وبالتالي حماية وتحسين البيئة وضمائها للجميع.

كما نصت المادة 13 من إعلان الجمعية العامة حول التقدم والإنماء في الميدان الاجتماعي لسنة 1969 على أنه: "يجب أن يستهدف التقدم والإنماء في الميدان الاجتماعي تحقيق الارتقاء المتواصل للمستويين المادي والروحي لحياة جميع أفراد المجتمع، مع احترام ومراعاة حقوق الانسان والحريات الأساسية وذلك بتحقيق الأهداف الرئيسية التالية: ... ج - حماية البيئة البشرية وتحسينها"<sup>2</sup>.

أما ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية 1974<sup>3</sup>، فقد نصت المادة 30 منه على: "حماية البيئة وحفظها والارتقاء بها من أجل الأجيال الحاضرة والمقبلة ومسؤولية واقعة على جميع الدول، وعلى جميع الدول العمل على وضع سياساتها البيئية والإنمائية التي تتماشى مع هذه المسؤولية".

كما نصت المادة 24 من اتفاقية حقوق الطفل 1989 التي نصت على أنه: "1- تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه، وبحقه في مرافق علاج الأمراض وإعادة التأهيل الصحي، وتبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لتضمن ألا يُحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية هذه.

2 - تتابع الدول الأطراف أعمال هذا الحق كاملا وتتخذ بوجه خاص التدابير المناسبة من أجل:

1- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2200 ألف (د - 21)، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، والذي دخل حيز النفاذ في 03 جانفي 1976.

2- إعلان الجمعية العامة حول التقدم والإنماء في الميدان الاجتماعي. اعتمد ونُشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2542 (د - 24) المؤرخ في 11 ديسمبر 1969.

3- ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية. أُقر ضمن الجلسة العامة رقم 2315 للجمعية العامة للأمم المتحدة في 12 ديسمبر 1974.

... ج - مكافحة الأمراض وسوء التغذية حتى في إطار الرعاية الصحية الأولية، عن طريق أمور منها تطبيق التكنولوجيا المتاحة بسهولة وعن طريق توفير الأغذية المغذية الكافية ومياه الشرب النقية آخذة في اعتبارها أخطار التلوث ومخاطره"<sup>1</sup>.

إن اتفاقية حقوق الطفل 1989 كرّست ما يُقصد به ضمان حقوق الأجيال القادمة في البيئة وبالتالي الاعتراف للطفل بالحق في البيئة في الوقت الحاضر، كما أن حمايتها في الوقت نفسه يوفر له البيئة النظيفة في المستقبل.

### الفرع الثاني: الإعراف من خلال إتفاقيات حماية البيئة.

لقد تم الاعتراف بالحق في البيئة كذلك من خلال الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية البيئة، وذلك من خلال التأكيد على حماية البيئة لضمان هذا الحق، وقد كانت نقطة الإنطلاق الحقيقية للإعراف الصريح المباشر للحق في البيئة من خلال إعلان استوكهولم الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة الإنسانية في استوكهولم 1972.<sup>2</sup> حيث جاء في الإعلان أن: " للإنسان حقا أساسيا في الحرية والمساواة، وظروف حياة ملائمة في بيئة يسمح له مستواها بالعيش في كرامة ورفاهية، وأن على الإنسان واجبا مقدسا لحماية وتحسين بيئته من أجل أجيال الحاضر والمستقبل."<sup>3</sup>

فالمبدأ الأول من الإعلان ساوى بين حق الإنسان في الحرية والمساواة وحقه في العيش في البيئة التي توفر له حياة الرفاهية ما بين الاعتراف بالحق في البيئة كحق أساسي كغيره من حقوق الإنسان الأخرى. كما أن المادة 04 من اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي لسنة 1972،<sup>4</sup> نصت على ضرورة حماية البيئة والمرافق الطبيعية والمحافظة عليها للأجيال المقبلة.

إن الهدف من هذه الإتفاقية هو وضع لائحة بالمرافق الطبيعية والثقافية ذات قيمة لا يمكن تعويضها والتي ينبغي الحفاظ عليها، ومن هنا نتبين أهمية حق الإنسان بالتمتع بحقوق متساوية لجهة العالم الطبيعية وضرورة المحافظة عليها.<sup>5</sup> كما تمّ الإعراف بالحق في البيئة في الإعلان المقدم من اللجنة العالمية للبيئة والتنمية 1987<sup>6</sup> أو ما يُسمى بتقرير برونديتلاند ضمن المبدأ الأول منه تحت عنوان المبادئ العامة لحقوق ومسؤوليات<sup>7</sup> والتي جاء فيها: " لكل انسان حق أساسي في بيئة ملائمة تهيأ لضمان صحته ورفاهيته"، وبالتالي أعتبر الحق في البيئة من الحقوق الأساسية التي تضمن الصحة والرفاهية لجميع الأفراد والشعوب من أجيال الحاضر والمستقبل.

كما تضمن إعلان ريو دي جانيرو 1992 الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة والتنمية النص على العلاقة بين حقوق الانسان والبيئة التي يعيش فيها، وأن يحيا بانسجام مع الطبيعة. حيث جاء فيه: "يدخل الجنس البشري في

1- اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، المراجع الأساسية في مجال حقوق الإنسان. الجزائر، جانفي 2012، ص 347.

2- Philippe MALINGREY, Introduction Au Droit De L'environnement. Lavoisier, Paris, 2008, 4eme Edition, P 03.

3 - Le Premier Principe De La Déclaration De Stockholm De La Nation Unies Sur L'environnement Humain 1972.

4- اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي 1972. أقرها المؤتمر العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، الدورة السابعة عشر، باريس، 16 نوفمبر 1972.

5- كارلا حنا، الحق في بيئة سليمة الخطة الوطنية لحقوق الانسان. سلسلة الدراسات الخلفية، لجنة حقوق الانسان النيابية، بيروت 2008، ص 12.

6- أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة اللجنة العالمية المعنية بالبيئة والتنمية سنة 1983، وعُينت السيدة "غوالم برونديتلاند" رئيسا لها. وقد أنشأت هذه اللجنة كهيئة مستقلة ترتبط بالحكومات ومنظومة الأمم المتحدة. أنظر في هذا المعنى: الحق في البيئة الصحية. الوحدة رقم 15، مقال منشور على الموقع: [www.umn.edu/humanrts/arb/m15](http://www.umn.edu/humanrts/arb/m15) نظريوم 24 ديسمبر 2012، الساعة 55h 20.

7- تقرير برونديتلاند. موجود في الموقع [www.diplomatie.gouv.fr](http://www.diplomatie.gouv.fr) le 06/06/2013 à 19h50.

صميم الاهتمامات المتعلقة بالتنمية المستدامة وله الحق في أن يحيا حياة صحية ومنتجة بما ينسجم مع الطبيعة".<sup>1</sup> فالبدء أقر أن للفرد الحق في الحياة الصحية المنتجة، والتي تكون ضمن بيئة نظيفة متوازنة والعيش بانسجام مع كل ما يحيط به من مظاهر بيئية طبيعية.

إن الاعتراف العالمي لوجود الحق في البيئة من خلال النص في الاتفاقيات والمعاهدات جاء بطريقة مبسطة، ربط فيها بين ضرورة حماية البيئة على اختلافها وبين حماية حقوق الإنسان من أجل إظهار حق جديد هو الحق في البيئة.

### المطلب الثاني: الإقرار بالحق في البيئة من خلال أجهزة حماية حقوق الإنسان.

لم يقتصر الإقرار على المستوى الدولي بالحق في البيئة على الإعلانات والاتفاقيات، بل امتد ليشمل مختلف القرارات والتعليقات التي صدرت عن مختلف الهيئات واللجان الخاصة بحماية حقوق الإنسان والتابعة لمنظومة الأمم المتحدة، وذلك سواء من خلال قرارات هيئات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان (فرع أول)، أو من خلال تعليقات هيئات معاهدات حقوق الإنسان (فرع ثاني).

### الفرع الأول: الإقرار من خلال قرارات هيئات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان.

إن الإقرار بالحق في البيئة من خلال هيئات الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان كان من خلال القرارات والدراسات التي أكدت من خلالها على مدى العلاقة بين حماية البيئة واحترام حقوق الإنسان وضمانيها للأفراد والشعوب وكان ذلك خاصة من طرف لجنة حقوق الإنسان ومن بعدها مجلس حقوق الإنسان.

1- لجنة حقوق الإنسان: صدر عن لجنة حقوق الإنسان<sup>2</sup> العديد من القرارات والتقارير وكذا الدراسات والتي من أهمها تسجيل اللجنة سنة 1988 ضمن برنامجها دراسة الحق في البيئة كحق جديد للإنسان وضرورة اعتماده ضمن المبادئ القادمة في مجال حقوق الإنسان والبيئة.<sup>3</sup>

وتجدر الإشارة أن الجمعية العامة للأمم المتحدة ومن خلال قرارها 94/45<sup>4</sup> أكدت على قرار لجنة حقوق الإنسان 41/1990 وأقرت بأن لكل فرد الحق في العيش في بيئة تفي بمتطلبات صحته ورفاهيته.

وقد طلبت اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات،<sup>5</sup> في مقررها 108/1989 المؤرخ في 31 أوت 1989 من السيدة فاطمة زهرة قسنطيني أن تقوم بإعداد مذكرة موجزة تحدد الطرائق التي يمكن بها الإضطلاع بدراسة حول مشكلة البيئة في سياق حقوق الإنسان.<sup>6</sup>

1- المبدأ الأول من إعلان ربودي جانيرو 1992.

2- تتألف لجنة حقوق الإنسان من 53 عضوا يختارهم المجلس الإقتصادي والإجتماعي التابع للأمم المتحدة لمدة 03 سنوات ومهمتها الأساسية تحددت في قراري إنشائها ( الصادرين في 1946/2/1 و 1946/6/21 عن المجلس الإقتصادي والإجتماعي). أنظر في هذا المعنى: محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر ووسائل الرقابة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2005، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ص 66.

3 - Michel PRIEUR, Environnement Et Droits De L'homme La Charte De L'environnement De 2004: In Droit Et Politique De L'environnement. Documentation Française, Paris, 2009, P 51.

4- القرار 94/45 ضرورة ضمان وجود بيئة صحية من أجل رفاه الأفراد. الجمعية العامة، الجلسة العامة الثامنة والستون، 14 ديسمبر 1990.

5- في عام 1946، أنشئت اللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات كجهاز فرعي تابع للمجلس الاقتصادي والاجتماعي ولجنة حقوق الإنسان، وفي عام 1999 أقر المجلس الاقتصادي والاجتماعي تبديل اسمها ليصبح " اللجنة الفرعية لتشجيع وحماية حقوق الإنسان ". أنظر: محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص 70.

6- فاطمة زهرة قسنطيني، حقوق الإنسان والبيئة. تقرير نهائي للجنة حقوق الإنسان، الدورة 26، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، منشورات الأمم المتحدة، جويلية 1994، ص 05.

وقد أصدرت المقررة الخاصة تقريرها النهائي والذي أكدت فيه على عالمية جميع حقوق الإنسان وعدم قابليتها للتجزئة وترابطها وكذلك تضمن مشروع مبادئ بشأن حقوق الإنسان والبيئة والذي من أبرز مبادئه :

- أن حقوق الإنسان ، والبيئة السليمة أيكولوجيا ، والتنمية المستدامة والسلم، أمور مترابطة وغير قابلة للتجزئة ( المبدأ الأول ).

- للناس جميعا الحق في بيئة مأمونة وصحية وسليمة أيكولوجيا، وهذا الحق وسائر حقوق الإنسان بما في ذلك الحقوق المدنية والثقافية والإقتصادية والسياسية والاجتماعية، حقوق عالمية مترابطة وغير قابلة للتجزئة ( المبدأ الثاني ).

وقد خلص التقرير إلى أن الحق في البيئة المعترف به على الأصعدة الوطنية والإقليمية والدولية هو حق مجسد عالميا سواء على المستوى الوطني أو الإقليمي والعالمي، كما أكد على العلاقة بين البيئة وحقوق الإنسان وآثارها على التمتع بهذه الحقوق.

أن لجنة حقوق الإنسان السابقة المنشأة في ظل المجلس الإقتصادي والاجتماعي التابع لمنظمة الأمم المتحدة، كان لها دور فعال في الاعتراف بالحق في البيئة حيث صدر عنها وعن لجنتها الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات العديد من القرارات التي أكدت أن لكل فرد الحق في العيش في بيئة نظيفة تضمن حقوقه وتوفر مختلف متطلباته.

2- مجلس حقوق الإنسان : من جهته اعترف مجلس حقوق الإنسان<sup>1</sup> بالحق في البيئة، وذلك من خلال مجموعة من القرارات التي تركز على العلاقة بين البيئة وحقوق الإنسان، منها القرار 23/7 الصادر في 28 مارس 2008 حول حقوق الإنسان وتغيير المناخ،<sup>2</sup> والذي يؤكد المجلس من خلاله أن تغير المناخ ومختلف المظاهر البيئية تؤثر على التمتع بحقوق الإنسان.

وفي سنة 2011 إعتد المجلس القرار 11/16<sup>3</sup> حول حقوق الإنسان والبيئة والذي أشار فيه إلى مختلف القرارات الصادرة عن لجنة حقوق الإنسان والصادرة عنه كذلك، وإلى مختلف الإعلانات والمبادئ الخاصة بالبيئة. وعملا بالقرار 11/16 الصادر عن المفوضية خلال الدورة التاسعة عشر لمجلس حقوق الإنسان، صدرت دراسة تحليلية تبحث في العناصر الرئيسية للعلاقة بين حقوق الإنسان والبيئة،<sup>4</sup> وقد تناول التقرير مسألتين محوريتين من خلال المناقشات النظرية بشأن العلاقة بين البيئة وحقوق الإنسان هما : ماهي طبيعة العلاقة بين البيئة وحقوق الإنسان؟، وهل ينبغي للمجتمع الدولي أن يعترف بوجود حق جديد من حقوق الإنسان هو الحق في التمتع ببيئة صحية ؟

1- في 15 مارس 2006، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 10449 القاضي بإنشاء مجلس حقوق الإنسان بديلا للجنة حقوق الإنسان. وهو عبارة عن هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة، مقره جنيف يتكون من 47 دولة عضو، يهدف إلى تعزيز الإحترام العالمي لكافة حقوق الإنسان وإلى معالجة حالات إنتهاك حقوق الإنسان الجسيمة والمنهجية وتقديم توصيات بشأنها. أنظر في هذا المعنى: أحمد سليم سعيفان، الحريات العامة وحقوق الإنسان. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ج1، ط1، ص- ص 358 - 359.

2- القرار 23/07. قرار إعتدده مجلس حقوق الإنسان، الجلسة الحادية والأربعون، الجمعية العامة، منشورات الأمم المتحدة، مارس 2008.

3- القرار 11/16 قرار إعتدده مجلس حقوق الإنسان، الدورة السادسة عشر، الجمعية العامة، منشورات الأمم المتحدة، أبريل 2011 .

4- تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، دراسة تحليلية بشأن العلاقة بين حقوق الإنسان والبيئة. تقرير ضمن مجلس حقوق الإنسان، الدورة التاسعة عشر، الجمعية العامة، منشورات الأمم المتحدة، ديسمبر 2011، ص 03 .

## الفرع الثاني: الاعتراف من خلال تعليقات هيئات معاهدات حقوق الانسان.

إن معظم إتفاقيات حقوق الإنسان تحتوي على لجان خاصة بها أو مايسمى بهيئات معاهدات حقوق الإنسان قد تناولت الاعتراف بالحق في البيئة من خلال الربط بين حماية البيئة ومختلف الحقوق التي تحميها هذه الهيئات كالحق في الحياة الحق في الصحة الحق في الغذاء، والحق في المسكن اللائق ومن اهم هذه اللجان :

1- اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية : إن اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية،<sup>1</sup> أصدرت العديد من التعليقات العامة، والتي تناولت فيها مجموعة من الحقوق خاصة منها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي لا تُمارس إلا بتوفير البيئة النظيفة ومن هذه التعليقات؛ التعليق العام رقم 04 (1991)<sup>2</sup> الخاص بالحق في السكن اللائق، حيث بين أنه مرتبط بالعديد من حقوق الإنسان والتي لا تقوم إلا بتوفير الوسط البيئي اللائم، ما يؤكد ضرورة ضمان التمتع بحق البيئة كأساس يوفر التمتع بباقي الحقوق الأخرى.

كما جاء التعليق العام رقم 14 (2000)<sup>3</sup> ليبيّن أن الممارسة الكاملة للحق في الصحة يتوقف على تحسين جوانب الصحة البيئية ومختلف ما يحيط بالفرد، لأن من مقوماته الأساسية الحصول على مياه الشرب المأمونة، والعمل في بيئة وظروف آمنة وصحية، وبالتالي فإن الاعتراف بالحق في البيئة يضمن التمتع بجميع هذه الحقوق. وفي سنة 2002 صدر عن اللجنة التعليق العام رقم 15 حول الحق في الماء،<sup>4</sup> والذي تضمن أن حق الإنسان في الماء هو حق لا يمكن الإستغناء عنه وهو شرط مسبق لإعمال حقوق الإنسان الأخرى وبما أن الماء مورد طبيعي بيئي فإن ضمانه وتوفير التمتع به كحق يضمن الحق في البيئة، لأن الحق في البيئة حق شامل يحتوي كل ما يحيط بالإنسان من عناصر طبيعية واصطناعية.

2- اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية : إن اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية<sup>5</sup> قد أسهمت كذلك في الاعتراف بالحق في البيئة، من خلال توضيح أبعاد العلاقة بين حقوق الإنسان والبيئة، حيث تشمل الحقوق البيئية، الحق في الحصول على المعلومات بشأن البيئة، وحق التثقيف في شؤون البيئة وحقوق الإنسان. حيث اعترفت في تعليقها العام رقم 34 (2011) بشأن المادة 19، اعترافا صريحا بالحق في الحصول على المعلومات وهو حق أساسي لتمكين المجتمعات المحلية من التعرف على المخاطر البيئية التي هي معرضة لها، ومن التدابير الوقائية الضرورية.<sup>6</sup>

1- ترتبط لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، وقد نشأت بناء على قرار صادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة سنة 1985، ثم بعد ذلك أصبحت هيئة مستقلة عن هذا المجلس. أنظر في هذا المعنى : عصام محمد أحمد زناتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة الأساس القاعدي - الإطار المؤسسي - آليات المتابعة والمراقبة. دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص ص 142- 145، 146.

2- التعليق العام رقم 04، الحق في السكن اللائم. ( المادة 1/11 من العهد )، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة السادسة، سنة 1991.

3- التعليق العام رقم 14، الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه. (المادة 12 من العهد)، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة 22، سنة 2000.

4- التعليق العام رقم 15، الحق في الماء. ( المادتين 11 و12 من العهد )، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة التاسعة والعشرون، سنة 2002.

5- نشأت اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسة طبقا للمادة 28 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، الموقع بتاريخ 16 ديسمبر 1966 والذي دخل حيز النفاذ في 23 مارس 1976. أنظر في هذا المعنى : عصام محمد أحمد زناتي، المرجع السابق، ص ص 149 - 150.

6- تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان، المرجع السابق، ص 17



3- لجنة حقوق الطفل: إن لجنة حقوق الطفل<sup>1</sup> الخاصة باتفاقية حقوق الطفل قد إهتمت كذلك بموضوع حماية البيئة وضمائها للمحافظة على الوسط الذي يعيش فيه الطفل، فممارسة الحقوق والحريات يتطلب وجود البيئة النظيفة الصحية التي تُهيأ وتُصان لتكون عبارة عن أساس يسهل تمتع الجميع بحقوق الإنسان على اختلافها، فضمن الحق في البيئة يُسهل التمتع بالحق في الحياة، والحق في الصحة، والحق في مستوى معيشي لائق. فقد صدر التعليق العام رقم 04 (2003) عن لجنة حقوق الطفل،<sup>2</sup> والذي تناول تأثير العوامل البيئية على صحة المراهقين ونموهم، وضرورة كفالة حقوق المراهقين في الصحة والنمو بزيادة القدرة على ممارسة السلوكيات الصحيحة، ويتوفر ذلك بالاعتراف بالحق في البيئة وضمائها للطفل. إن الإعراف العالمي بالحق في البيئة جسده مختلف الإتفاقيات والإعلانات الخاصة بحماية حقوق الإنسان أو حماية البيئة كما تجسدت من خلال القرارات والدراسات التي تصدر عن مختلف اللجان والهيئات التابعة لمنظمة الأمم المتحدة والمتخصصة في حماية حقوق الإنسان على اختلافها.

### المبحث الثاني: الإعراف الإقليمي والوطني للحق في البيئة.

إن الإعراف بالحق في البيئة لم يكن على المستوى الدولي فقط، بل تعدى ذلك إلى المستوى الإقليمي والمستوى الوطني كون أن أهمية هذا الحق تفرض ضرورة الإعراف به على نطاق واسع وذلك من خلال مختلف المواثيق الإقليمية وذلك بالإعراف به ضمن محتوى وثائق حقوق الإنسان. أما الإعراف الوطني للحق في البيئة كان على مستوى كل دولة حسب اهتمامها بموضوع حماية البيئة وضمائها للأفراد نظيفة وسليمة خاصة أن التلوث البيئي يمسُّ العالم كله نتيجة وحدة البيئة.

### المطلب الأول: الإعراف الإقليمي للحق في البيئة.

لقد جاء الإعراف الإقليمي للحق في البيئة كذلك عن طريق مواثيق وإتفاقيات في أغلبها خاصة بحماية حقوق الإنسان حيث تنضوي هذه الإتفاقيات ضمن منظمات إقليمية، ومن أهمها الإعراف الإفريقي والعربي للحق في البيئة (فرع أول) الإعراف الأمريكي والأوروبي للحق في البيئة (فرع ثاني).

### الفرع الأول: الإعراف الإفريقي والعربي للحق في البيئة.

هناك العديد من المواثيق الإفريقية وكذلك العربية التي تناولت الإعراف بالحق في البيئة.

1- الإعراف الإفريقي للحق في البيئة: لقد نصت المادة 24 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على أنه: "لكل الشعوب الحق في بيئة مرضية وشاملة وملائمة لتنميتها".<sup>3</sup>

1- تم إنشاء لجنة حقوق الطفل سنة 1992، إعمالا للمادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدها الجمعية العامة في 20/11/1989 وتتكون من 10 خبراء من ذوى المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة المعترف بها في المجالات التي تتعلق بها الاتفاقية. أنظر في هذا المعنى: عصام محمد أحمد زناتي، المرجع السابق، ص 169-170.

2- التعليق العام رقم 04، صحة المراهقين ونموهم في إطار اتفاقية حقوق الطفل. لجنة حقوق الطفل، الدورة الثالثة والثلاثون، سنة 2003.

3- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. تمت إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة، منظمة الوحدة الإفريقية (الإتحاد الإفريقي حاليا)، في الدورة العادية رقم 18، نيروبي (كينيا)، جوان 1981.

حيث يتبين من نص المادة 24 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب أنها تناولت الاعتراف بلحق في البيئة صراحة وبصورة مباشرة، كما أكدت على جماعية الحق في البيئة والذي يثبت للأفراد والشعوب كافة.

كما نص بروتوكول حقوق المرأة في إفريقيا لسنة 2003 ضمن المادة 18 منه على: " يكون للمرأة الحق في العيش في بيئة صحية مستدامة"<sup>1</sup>.

كما توجد العديد من الإتفاقيات الإفريقية الخاصة بحماية البيئة، والتي أكدت على ضرورة توفير بيئة نظيفة خالية من التلوث، لتنمية شخصية الفرد وضمان صحته وتمتعه بمختلف حقوق الإنسان.

2- الاعتراف العربي للحق في البيئة: إن المواثيق العربية الخاصة بحقوق الإنسان، كان لها دور كذلك في الاعتراف بلحق في البيئة، حيث نص مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي لسنة 1986 في المادة 18 منه على: " لكل إنسان الحق في أن يُقيم في بيئة ملائمة خالية من مصادر التلوث"<sup>2</sup>.

كما نصت المادة 38 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي أعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشر سنة 2004 على أنه: " لكل شخص الحق في مستوى معيشي كاف له ولأسرته ويوفر الرفاهية والعيش الكريم من غذاء وكساء ومسكن وخدمات، وله الحق في بيئة سليمة وعلى الدول الأطراف إتخاذ التدابير اللازمة وفقا لإمكاناتها لإنقاذ هذه الحقوق"<sup>3</sup>.

يتضح من خلال هذه المواد أن الإتفاقيات العربية قد اعترفت اعترافا صريحا بلحق في البيئة المناسبة الخالية من التلوث للجميع، كما أن الميثاق العربي لحقوق الإنسان قد ربط بين حق الإنسان في العيش في مستوى لائق يوفر الكرامة الإنسانية والرفاهية، وبين حقه في الحياة في بيئة سليمة.

### الفرع الثاني: الاعتراف الأمريكي والأوروبي للحق في البيئة.

من جهتها تناولت المواثيق الإقليمية الأمريكية والأوروبية الاعتراف بلحق في البيئة سواء من خلال إتفاقيات حماية حقوق الإنسان أو العديد من الإتفاقيات الخاصة بحماية البيئة وصيانتها.

1- الاعتراف الأمريكي للحق في البيئة: لقد تضمن البروتوكول الإضافي الملحق بالإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1988، الاعتراف بلحق في البيئة من خلال المادة 11 التي جاء فيها ما يلي: " أ\_ لكل شخص الحق في أن يعيش في بيئة صحية، والحصول على الخدمات العامة الأساسية ب\_ تعمل الدول الاطراف على تشجيع حماية والحفاظة على وتحسين البيئة"<sup>4</sup>.

1- بروتوكول حقوق المرأة في إفريقيا. بروتوكول ملحق بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، إعتدته الجمعية العامة لرؤساء دول وحكومات الإتحاد الإفريقي، القمة العادية الثانية، مابوتو (المزمبيق)، 11 جولية 2003.

2- مشروع حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي. صادر في مدينة سيراكوزا بإيطاليا في الفترة الممتدة ما بين 5 و12 ديسمبر 1986 بدعوة من المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية.

3- اللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، المراجع الأساسية في مجال حقوق الإنسان. الجزائر، جانفي 2012.

4- بروتوكول سان سلفادور. بروتوكول إضافي ملحق بالإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1988، صادر عن منظمة الدول الأمريكية، دخل حيز التنفيذ في 16 نوفمبر 1999.

وقد نص البروتوكول الإضافي الملحق بالإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على الحق في البيئة واعتباره من الحقوق الأساسية للإنسان بعد أن جاءت الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة 1969 خالية من ذكر هذا الحق، حيث اقتصر على حقوق الجيل الأول من حقوق مدنية وسياسية.

2- الإعتراف الأوروبي للحق في البيئة : نصت المادة الأولى من إتفاقية آرهوس ( La convention d'Arhus ) للحصول على المعلومات البيئية لسنة 1998 على أنه : " للمساعدة في حماية حقوق الجميع من أجيال الحاضر والمستقبل في العيش في بيئة نظيفة تضمن لهم الصحة والعيش برفاهية على كل طرف أن يضمن حقوق الوصول إلى المعلومات البيئية والمشاركة العامة في صنع القرار والوصول إلى العدالة في المسائل البيئية وفقا لأحكام هذه الإتفاقية".<sup>1</sup>

وقد أقرّ المؤتمر الأوروبي للمحافظة على الطبيعة المنعقد في مدينة ستراسبورغ في الفترة الممتدة ما بين 9 و12 فيفري 1970، صراحة الإعتراف بحق الإنسان في الإنتفاع ببيئة سليمة.<sup>2</sup>

ويلاحظ أن الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950<sup>3</sup> لم تتناول النص على الحق في البيئة وكذلك مختلف البروتوكولات الملحقة بهذه الإتفاقية، التي تضمنت تعديلات مختلفة لهذه الإتفاقية كما أن الميثاق الإجتماعي الأوروبي 1996 لم يتناول موضوع الحق في البيئة.

غير أن هناك العديد من الإتفاقيات الأوروبية الخاصة بحماية البيئة والتي ربطت بين ضرورة توفير بيئة صحية والتمتع بمختلف حقوق الانسان.

إن الإعتراف الإقليمي للحق في البيئة، كالإعتراف العالمي تجسّد من خلال إتفاقيات ومواثيق سواء متعلقة بحماية حقوق الإنسان أو بحماية البيئة، حيث تمّ الإعتراف به من خلال النصوص الإفريقية والنصوص العربية وكذلك من خلال النص على المستوى الأمريكي وكذا الأوروبي.

### المطلب الثاني : الإعتراف الوطني للحق في البيئة.

إن الإعتراف الوطني للحق في البيئة لم يقتصر على المستوى العالمي والإقليمي فقط، بل كذلك على المستوى الوطني فمسألة الإعتراف بحقوق الإنسان وحماتها غير محصورة على المستوى الدولي فقط فعلى كل دولة الإعتراف بهذه الحقوق وحماتها وضمن التمتع بها، وأن الإعتراف الوطني للحق في البيئة جاء عن طريق النص عليها في الدساتير الوطنية (فرع أول) أو عن طريق التشريعات الداخلية (فرع ثاني).

1- La Convontion d'Aarhus. Adoptée Le 25 Juin 1998 Par La Commission Economique Pour L'europe , A Aarhus Au Danemark, La Convention Est Entrée En Vigueur Le 30 octobre 2001.

2- السيد مصطفى أبو الخير، الحماية القانونية للبيئة البحرية في القانون الدولي للبحار. ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة 2012، الطبعة الأولى، ص 47.  
3- إن المادة الثامنة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الخاصة باحترام الحياة الخاصة، تم تفسيرها على ضوء شروط الحياة الحالية فلم تعد تخص الحق في الحياة الخاصة فقط، حيث أصبح الحق في البيئة جزء منها، فالحق في البيئة يتصل بالعديد من العناصر المضمونة بواسطة أحكام المادة الثامنة، وهذا الإجهاد ساهمت فيه كل من الأجنحة الأوروبية لحقوق الإنسان سابقا والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث فسرت العديد من القضايا والقرارات بناء على ضمان الحق في بيئة صحية تخدم وتحترم الحياة الخاصة للأفراد. أنظر: بوحملة كوثر، دور المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تطوير القانون الأوروبي لحقوق الإنسان. مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009\_2010، ص ص 27\_31.

## الفرع الاول: الاعتراف بالحق في البيئة من خلال الدساتير الوطنية.

إن التهديد المتواصل على الحياة والصحة الإنسانية، الناتج عن انتشار التدهور البيئي، سمح بزيادة الوعي البيئي لدى مختلف الدول ما جعلها تهتم بالحث على ضمان وجود بيئة نظيفة ملائمة تساهم في تنمية شخصية الأفراد وحفظ كرامتهم حيث نصت العديد من الدول في دساتيرها الوطنية ضمن فصول خاصة بالحقوق والحريات، على حق الأفراد في البيئة.

ويلاحظ أنّ الاعتراف الوطني بالحق في البيئة تم إقراره في حوالي 44 دولة من خلال دساتيرها الوطنية.<sup>1</sup>

ومن هذه الدساتير نجد دستور جنوب إفريقيا، حيث نص على: " لكل شخص الحق في:

أ- بيئة لا تضر صحته او سلامته،

ب- في حماية البيئة لمصلحة الأجيال الحالية والقادمة من خلال تدابير تشريعية...".<sup>2</sup>

كما نصت المادة 45 من الدستور الإسباني لسنة 1978 على الاعتراف بالحق في البيئة حيث جاء فيها: " للإنسان الحق في التمتع ببيئة مناسبة من أجل تنمية شخصيته".<sup>3</sup>

والاعتراف بالحق في البيئة جاء كذلك من خلال دستور كوريا الجنوبية، الذي تضمن: " لكل المواطنين الحق في بيئة صحية طيبة".<sup>4</sup>

أيضا نصت المادة 123 من دستور البيرو على: " للجميع الحق في العيش في وسط صحي، متوازن أيكولوجيا، ومناسب لتطوير الحياة بحفظ المناظر الطبيعية".<sup>5</sup>

ومن جهته اعترف الدستور العراقي لسنة 2005 بالحق في البيئة من خلال المادة 33 منه التي تنص على: " أولا: لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة، ثانيا: تكفل الدولة حماية البيئة والتنوع الأحيائي والحفاظ عليهما".<sup>6</sup>

وكذلك تم الاعتراف بالحق في البيئة من خلال الدستور البرتغالي لسنة 1976 في المادة 66 منه التي جاء فيها " لكل إنسان الحق في البيئة الإنسانية الصحية المتوازنة أيكولوجيا".<sup>7</sup>

إن كل هذه الدساتير تناولت الاعتراف بالحق في البيئة اعترافا صريحا وواضحا من خلال النص على حق الجميع في بيئة نظيفة سليمة وملائمة، غير أن هناك العديد من الدساتير ما ينص بصورة غير مباشرة عن الحق في البيئة، من خلال النص على ضرورة حماية البيئة والعيش في حياة صحية ملائمة.

1- حيث نجد دستور ألمانيا في 26 ديسمبر 1976، دستور الإكوادور في 01 سبتمبر 1983، دستور إسبانيا في 29 ديسمبر 1978 دستور البرتغال في 2 أبريل 1976. أنظر: alixandre kiss, op, cit, P 445

2- الحق في البيئة الصحية. الوحدة رقم 15، المرجع السابق، ص 300.

3- Nadia BELAIDI, la lutte contre les atteintes global à l'environnement vers un ordre public écologique. bruyant, Bruxelles, 2008, P 159.

4- الحق في البيئة الصحية. الوحدة رقم 15، المرجع السابق، ص 300.

5- Nadia BELAIDI, op, cit, P 159.

6- دستور العراق هو القانون الفيدرالي الذي يتم حكم العراق به حاليا، وقد تمت الموافقة عليه في استفتاء يوم 15 أكتوبر 2005، ودخل حيز التنفيذ عام 2006.

7- دستور البرتغال، أعتد في 2 أبريل 1976، وبدأ تاريخ نفاذه في 25 أبريل 1976، وقد طرأت عليه مجموعة من التعديلات آخرها كان سنة 2005.

يُلاحظ أن هناك عددا هائلا من الدول التي اعترفت بالحق في البيئة اعترافا صريحا ضمن دساتيرها وقد بدأ هذا الاعتراف بعد صدور إعلان استوكهولم 1972، فهذه الدساتير لم تكن تتضمن الاعتراف بوجود الحق في البيئة.

### الفرع الثاني: الإقرار بالحق في البيئة من خلال التشريعات الداخلية.

لم تكتف الدول بالاعتراف بالحق في البيئة ضمن دساتيرها فقط، بل تعدى ذلك إلى التشريعات الداخلية، حيث نصت على ضرورة حماية البيئة على اختلافها سواء البيئة البحرية أو الجوية أو البرية غير أن التشريعات الداخلية للدول تتميز بعدم اعترافها الواضح بالحق في البيئة فإن معظمها ينص على حماية البيئة ذاتها، من خلال مجموعة من الآليات والوسائل التي تضمن حماية البيئة في ظل التنمية المستدامة والتطورات التي يفرضها العصر.

حيث توجد على مستوى كل دولة قانون خاص بحماية البيئة الذي يدعو إلى حمايتها وصيانتها والعمل على محاربة التلوث لضمانها نظيفة وصحية كقاعدة ضرورية لحماية حقوق الإنسان كالحق في الحياة والحق في الصحة والحق في العمل.

ومن بين هذه القوانين، نجد القانون المغربي رقم 11/03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة، حيث نصت المادة الأولى منه على: " يهدف هذا القانون إلى وضع القواعد الأساسية والمبادئ العامة للسياسة الوطنية في مجال حماية البيئة واستصلاحها. وترمي هذه القواعد والمبادئ إلى الأهداف التالية :

- حماية البيئة من كل أشكال التلوث والتدهور أيا كان مصدره؛

- تحسين إطار وظروف عيش الإنسان <sup>1</sup>.

- كما نصت المادة 02 من القانون الجزائري رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية

المستدامة على: " تهدف حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، على الخصوص إلى مايلي: - تحديد المبادئ

الأساسية والقواعد لتسيير البيئة، - ترقية تنمية وطنية مستدامة بتحسين شروط المعيشة، والعمل على ضمان

إطار معيشي سليم <sup>2</sup>.

كما نصت المادة 03 من القانون اللبناني رقم 444 المتعلق بحماية البيئة لسنة 2002، على: " لكل إنسان الحق

ببيئة سليمة ومستقرة، ومن واجب كل المواطنين السهر على حماية البيئة وتأمين حاجات الأجيال الحالية من دون

المساس بحقوق الأجيال المقبلة <sup>3</sup>. وعليه؛ يُلاحظ أن هذه المادة قد اعترفت بالحق في البيئة للجميع، وجعلت منه حق

للأجيال الحالية والمقبلة.

كما نصت المادة 01 من القانون العراقي لحماية وتحسين البيئة لسنة 2009 على: " يهدف القانون إلى حماية وتحسين

البيئة من خلال إزالة ومعالجة الضرر الموجود فيها أو الذي يطرأ عليها والحفاظ على الصحة العامة والموارد الطبيعية

1- القانون رقم 11/03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة، صادر في 12 ماي 2003، الجريدة الرسمية عدد 5118\_19 جوان 2003.

2- القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، صادر في 19 جولية 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، السنة الإربعون، ص 09.

3- القانون رقم 444، المتعلق بحماية البيئة، موجود في الموقع: www.moe.gov.lb، نظريوم 2015/02/22، الساعة 1430h.

والتنوع الإحيائي والتراث الثقافي والطبيعي بالتعاون مع الجهات المختصة بما يضمن التنمية المستدامة وتحقيق التعاون الدولي والإقليمي في هذا المجال".<sup>1</sup>

تتميز التشريعات الداخلية للدول بعدم تصريحها الواضح بوجود حق للإنسان في البيئة، فهي تناولت النص على كيفية حماية البيئة الإنسانية بطرق مختلفة، لضمان حياة صحية سليمة خالية من مخاطر التلوث والدعوة للعمل على المحافظة على الموارد الطبيعية وحفظ التنوع البيولوجي.

غير أن لهذه التشريعات أهمية كبيرة، حيث تمثل إلى جانب الدساتير، تكامل تشريعي وطني، يُجسد الوعي البيئي لدى الجميع من أفراد وحكومات ما يدفع إلى الاعتراف الصريح الواضح بالحق في البيئة.

الخاتمة :

إن الاعتراف بالحق في البيئة، جاء كغيره من حقوق الإنسان الأخرى وذلك من خلال النص عليه في العديد من الإعلانات والاتفاقيات الخاصة بحماية حقوق الإنسان أو كذلك من خلال تلك المتعلقة بحماية البيئة.

وقد تمّ الاعتراف به كحق أساسي يثبت لجميع الأفراد والشعوب من خلال العيش في وسط صحي ملائم يضمن تنمية الشخصية وحفظ الكرامة.

وكان هذا الاعتراف على عدة مستويات، المستوى العالمي من خلال اتفاقيات إعلانات كإعلان استوكهولم 1972 أو عن طريق قرارات وتعليقات لجان وهيئات حقوق الإنسان، كأعمال مجلس حقوق الإنسان، أو على المستوى الإقليمي من خلال المواثيق العربية والإفريقية وكذا الأمريكية والأوروبية وتمّ الاعتراف به كذلك على المستوى الوطني في ظل الدساتير الوطنية والتشريعات الداخلية لأي دولة.

حيث يُعتبر الاعتراف بالحق في البيئة متكاملًا بل اجتماع المستويات الثلاثة العالمية، الإقليمية والوطنية. والذي تكرر أول مرة في إعلان استوكهولم 1972 حيث جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 خالي من النص عن الحق في البيئة، ذلك أن موضوع البيئة في تلك الفترة لم يحظى باهتمام دولي لكن مع تزايد التلوث البيئي بدأ الاهتمام بحماية البيئة وضمانها للأفراد.

إن الاعتراف بالحق في البيئة يجب أن يتجسد من خلال إعلان عالمي خاص بحقوق الإنسان يكون ذو طابع إلزامي مع النص على آليات واضحة وملزمة تنص على كيفية التمتع بالحق في البيئة وحمايته كغيره من الحقوق الأخرى المنظمة وفق اتفاقيات ملزمة، وتعميم النص عليه في جميع الدساتير في الفصول الخاصة بالحقوق والحريات، ليكون ضمن الحقوق المحمية.

1- قانون حماية وتحسين البيئة رقم 27 لسنة 2009، صدر في ديسمبر 2009، أصبح ساري المفعول في جانفي 2010.

✓ قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية.

أ - الكتب :

- أحمد سليم سعيفان، الحريات العامة وحقوق الإنسان. منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت، 2010.
- السيد مصطفى أبو الخير، الحماية القانونية للبيئة البحرية في القانون الدولي للبحار. ايتراك للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة، 2012.
- عصام محمد أحمد زناتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة الأساس القاعدي - الإطار المؤسسي - آليات المتابعة والمراقبة. دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- كارلا حنا، الحق في بيئة سليمة الخطة الوطنية لحقوق الانسان. سلسلة الدراسات الخلفية، لجنة حقوق الانسان النيابية، بيروت، 2008.
- محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر ووسائل الرقابة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الأردن، 2005.
- اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، المراجع الأساسية في مجال حقوق الإنسان. الجزائر، جانفي 2012.

ب - المذكرات :

- بوحملة كوثر، دور المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تطوير القانون الأوروبي لحقوق الإنسان. مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009\_2010.
- عطا سعد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2009 - 2010.

ت - الدساتير والقوانين :

- دستور العراق هو القانون الفيدرالي الذي يتم حكم العراق به حاليا، وقد تمّت الموافقة عليه في استفتاء يوم 15 أكتوبر 2005، ودخل حيز التنفيذ عام 2006.
- دستور البرتغال، أعتد في 2 أبريل 1976، وبدأ تاريخ نفاذه في 25 أبريل 1976، وقد طرأت عليه مجموعة من التعديلات آخرها كان سنة 2005.
- القانون رقم 11/03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة، صادر في 12 ماي 2003، الجريدة الرسمية عدد 5118 ، 19 جوان 2003.
- القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، صادر في 19 جولية 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، السنة الاربعون.
- قانون حماية وتحسين البيئة رقم 27 لسنة 2009، صدر في ديسمبر 2009، أصبح سارى المفعول في جانفي 2010.

ث - المواثيق الدولية والإقليمية :

1 - الدولية :

- اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي 1972.

- إعلان الجمعية العامة حول التقدم والإلغاء في الميدان الاجتماعي. اعتمد ونُشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2542 (د - 24) المؤرخ في 11 ديسمبر 1969.
- إعلان ريو دي جانيرو 1992.
- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. اعتمد وعُرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، (د - 21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، والذي دخل حيز النفاذ في 03 جانفي 1976.
- ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية. أقر ضمن الجلسة العامة رقم 2315 للجمعية العامة للأمم المتحدة في 12 ديسمبر 1974.

## 2- الإقليمية :

- بروتوكول حقوق المرأة في إفريقيا. بروتوكول ملحق بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، إعتدته الجمعية العامة لرؤساء دول وحكومات الإتحاد الإفريقي، القمة العادية الثانية، مابوتو (المزمبيق)، 11 جولية 2003.
- بروتوكول سان سلفادور. بروتوكول إضافي ملحق بالإنفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1988، صادر عن منظمة الدول الأمريكية، دخل حيز التنفيذ في 16 نوفمبر 1999.
- مشروع حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي. صادر في مدينة سيراكوزا بإيطاليا في الفترة الممتدة ما بين 5 و12 ديسمبر 1986 بدعوة من المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية.
- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. تمت إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة، منظمة الوحدة الإفريقية ( الإتحاد الإفريقي حاليا)، في الدورة العادية رقم 18 نيروبي (كينيا)، جوان 1981.

## ج - القرارات والتقارير :

### 2-القرارات :

- القرار 94/45. ضرورة ضمان وجود بيئة صحية من أجل رفاه الأفراد. الجمعية العامة، الجلسة العامة الثامنة والستون، 14 ديسمبر 1990.
- القرار 23/07. قرار إعتدله مجلس حقوق الإنسان، الجلسة الحادية والأربعون، الجمعية العامة، منشورات الأمم المتحدة، مارس 2008.
- القرار 11/16. قرار إعتدله مجلس حقوق الإنسان، الدورة السادسة عشر، الجمعية العامة، منشورات الأمم المتحدة، أبريل 2011.

### 3-التقارير :

- تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، دراسة تحليلية بشأن العلاقة بين حقوق الإنسان والبيئة. تقرير ضمن مجلس حقوق الإنسان، الدورة التاسعة عشر الجمعية العامة، منشورات الأمم المتحدة، ديسمبر 2011.
- فاطمة زهرة قسنطيني، حقوق الإنسان والبيئة. تقرير نهائي للجنة حقوق الإنسان، الدورة السادسة والأربعون، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، منشورات الأمم المتحدة جوبلية 1994.

## ح - التعليقات العامة :

- التعليق العام رقم 04، الحق في السكن الملائم. ( المادة 1/11 من العهد )، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة السادسة، سنة 1991.



- التعليق العام رقم 04، صحة المراهقين ونموهم في إطار اتفاقية حقوق الطفل. لجنة حقوق الطفل، الدورة الثالثة والثلاثون، سنة 2003.
  - التعليق العام رقم 14، الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه. ( المادة 12 من العهد)، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة الثانية والعشرون، سنة 2000.
  - التعليق العام رقم 15، الحق في الماء. ( المادتين 11 و 12 من العهد)، لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة التاسعة والعشرون، سنة 2002.
- ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية :

#### **A- Les Ouvrages :**

- Michel PRIEUR, Environnement Et Droits De L'homme La Charte De L'environnement De 2004: In Droit Et Politique De L'environnement. Documentation Française, Paris, 2009.
- Nadia BELAIDI, la lutte contre les atteintes global à l'environnement vers un ordre publique écologique . bruyant, Bruxelles, 2008.
- Philippe MALINGREY, Introduction Au Droit De L'environnement. Lavoisier, 4<sup>eme</sup> Edition, Paris, 2008.

#### **B- Revue :**

- Alexandre KISS, Le droit à la conservation de l'environnement. (Revue Universelle Des Droits De l'homme), Strasbourg, Vol 2, 31 Décembre 1990, No12.

#### **C- Declaration :**

- La Déclaration De Stockholm De La Nation Unies Sur L'environnement Humain 1972.

#### **D- Convention :**

- La Convontion d'Aarhus. Adoptée Le 25 Juin 1998 Par La Commission Economique Pour L'europe, A Aarhus Au Danemark, La Convention Est Entrée En Vigeur Le 30 octobre2001.

#### **E- Les Cites web :**

- [www.diplomatie.gouv.fr](http://www.diplomatie.gouv.fr)
- [www.umn.edu/humanrts/arb/m15](http://www.umn.edu/humanrts/arb/m15)
- [www.moe.gov.lb](http://www.moe.gov.lb)

## إزالة حطام السفن وإعادة تدويرها في التشريع الدولي



بوخميس وناسة : باحثة دكتوراة  
جامعة الجيلالي لياابس-الجزائر

الملخص :

تعتبر السفن المستهلكة والمنتھية صلاحيتها، أو تلك التي تعرضت لحادث بحري حال دون صلاحيتها للملاحة البحرية، عبئا على حسن سير حركة الملاحة البحرية مما كان يتسبب في إغراقها وإلحاق ضرر بالبيئة البحرية. ونظرا لتراكم عدد السفن المغرقة وازدياد المخاوف من تأثيرها سلبا على الملاحة والبيئة البحرية على حد السواء، دفع هذا الوضع للتفكير في وضع تنظيم لنهاية حياة السفينة. تجسد هذا التنظيم في اتفاقيات دولية تخص إزالة حطام السفن من جهة، ومن جهة أخرى إعادة تدوير السفن بطريقة آمنة بيئيا وذلك لضمان ملاحة بحرية سليمة وبيئة بحرية نظيفة.

الكلمات المفتاحية : حطام السفينة - إعادة تدوير السفن - المنظمة البحرية الدولية - الاتفاقيات الدولية.

### Résumé :

Les navires consommés et expirés, ou ceux qui ont subi un abordage maritime lui affectant leurs état de navigabilité ; forment un obstacle au bon déroulement et à la bonne circulation de la navigation maritime. Pour cela il été procédé à son submergement en affectant l'environnement marin. Vu le cumul du nombre des navires submergés et l'augmentation des craintes de son impact néfaste sur la navigation et l'environnement marin, des reflexions ont été afin d'organiser la fin de vie du navire. Ces reflexions se sont concrétisées par la mise en place des conventions internationales à propos d'enlèvement d'épave des navires d'un part ; et du démantèlement des navires en fin de vie d'autre part.

### Mots clés :

Epave des navires - démantèlement des navires – Organisation maritime internationale – conventions internationales.

## المقدمة :

لم يكتفِ المشرع الدولي بالاهتمام بنشأة السفينة من حيث معايير تصميمها وبناءها وتجهيزها ووجوب توفرها على مقاييس السلامة، بل تعدى ذلك إلى اهتمامه بوضعية نهاية الكيان المادي للسفينة لكونها ثروة اقتصادية، وذلك بأنّ نظم أحكاما ضمن اتفاقيات دولية تضمن نهاية مرضية ضمن شروط تحفظ حقوق الأطراف المعنية بالسفينة كما تحافظ على البيئة البحرية.

يُمكن تصور نهاية السفينة من خلال حالتين، أولا عن طريق حادث بحري يلحق أعطابا بالسفينة لا يمكن إصلاحها أو يتسبب في غرق السفينة مما يُكسب السفينة مفهوم الحطام البحري. ثانيا قد تكون نهاية السفينة من خلال اهترائها وعدم صلاحيتها للإبحار مما يجعلها موضوع إعادة التدوير.

في القديم كان التخلي عن السفن الغير صالحة للملاحة من طرف المشغلين في النقل البحري بإهمالها فيما يُسمى "بمقابر السفن"، وهي مساحات مخصصة لتلك السفن خصوصا سفن الصيد أو السفن الحربية، وإما بإغراق السفينة في عرض البحر. الممارسة الأخيرة أي الإغراق تم تنظيم الأحكام المتعلقة بها ضمن اتفاقية حماية البيئة البحرية لشمال شرق الأطلسي لسنة 1992م المعروفة باتفاقية <sup>1</sup>OSPAR.

مع تطور صناعة السفن، لم تعد السفن القديمة غير صالحة للاستعمال بصفة مطلقة إنّما صار من الممكن استغلال الأجزاء الصالحة منها، والإستفادة من مواد بناءها كمواد أولية سواء لبناء سفن جديدة أو تجهيزات أخرى من خلال عملية إعادة التدوير.

في السنوات الأخيرة ارتفع عدد السفن في الحالتين سواء بالغمر أو بإعادة التدوير نتيجة عدة عوامل منها اشتراطات السلامة، والمحافظة على البيئة البحرية من التلوث المفروضة بموجب اتفاقيات دولية مختلفة. في كلتا الحالتين نظم المشرع الدولي عملية رفع حطام السفينة (أولا) أو إعادة تدوير السفن (ثانيا) من خلال اتفاقيات وضعتها المنظمة البحرية الدولية لضمان توحيد الأحكام بهذا الخصوص لتحقيق سلامة النشاط البحري والبيئة البحرية.

## أولا : رفع حطام السفينة :

إنّ مفهوم حطام السفينة في حقيقة الأمر يدخل ضمن مفهوم أوسع يشمل الحطام البحري ككل، سواء تعلق بالسفن أو غير السفن<sup>2</sup>. الحطام البحري بصفة عامة لم يكن لمدة طويلة محل اتفاقية خاصة به، إلا أنّ عددا معتبرا من

<sup>1</sup> - اتبعت الاتفاقية بروتوكول 1995 م بشأن منع والقضاء على التلوث في البحر الأبيض المتوسط من عمليات الإغراق، ويسمى أيضا بروتوكول "الغمر" لاتفاقية برشلونة لعام 1976. بالنسبة للمناطق البحرية الأخرى، ينطبق بروتوكول عام 1996 لاتفاقية لندن عام 1972 لمنع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات.

هذه الاتفاقية تنظم بشكل صارم إخضاع غمر السفن لرخصة أولا، ولإذن مسبق ثانيا. <http://www.ospar.org/convention>.

<sup>2</sup> - Antoine VIALARD : « Droit maritime », Ed PUF, Paris 1997. P 244.

الاتفاقيات الدولية ذات الصلة أشارت في مضمونها للحطام البحري سواءً صراحةً أو ضمناً<sup>1</sup>. ونتيجة تأخر المجتمع الدولي في إيلاء أهمية لموضوع الحطام البحري ومعالجة المشاكل الناجمة عنه على صعيد دولي، وردت تقارير تُفيد بزيادة عدد حطام السفن المهجور في العالم، مع ما يُصاحبه من مشاكل تُواجه الدول الساحلية والنقل البحري بصفة عامة.

في كل سنة، يتسبب الحطام البحري في تكبّد تكاليف وخسائر اقتصادية كبيرة للأفراد والمجتمعات في جميع أنحاء العالم. وتشمل الآثار المحتملة عرقلة النقل البحري، تهديد صحة البشر وسلامتهم، التأثيرات على جمال المناظر والسياحة والآثار على الحياة البرية. وتُعدّ كتل القمامة أيضاً ناقلات محتملة لأنواع الدخيلة المتغلغلة بين البحار.

يُثير حطام السفينة مشاكل قانونية تتعلق أولاً بملكية السفينة والحقوق الواردة عليها، ففي السابق كانت ملكية السفينة تزول باختفاء السفينة، في الوقت الحالي غرق السفينة لا يُزيل الملكية، هذا ما تُؤكدُه أحكام الإنقاذ البحري<sup>2</sup>.

فيما يتعلق بالاختصاص في حال تحطمت السفينة أو غرقت في غير المياه الإقليمية لدولة العلم أو أعالي البحار. ارتباط عمليات رفع الحطام بالقانون الواجب التطبيق دفع المنظمة البحرية الدولية لوضع اتفاقية تُنظم رفع الحطام البحري في المياه الخاضعة لولاية دولة غير دولة العلم.

ففي خطوة أولى لتنظيم عملية إزالة حطام السفن اعتمدت بتاريخ 18 ماي 2007م، بمبادرة المنظمة البحرية الدولية من خلال المؤتمر الدبلوماسي سنة 2007م اتفاقية نيروبي الدولية بشأن إزالة الحطام لسنة 2007م التي دخلت حيز النفاذ في 14 أبريل 2015م. نطاق تطبيق هذه الاتفاقية وفق نص المادة 01 (1) ينحصر في المنطقة الاقتصادية الخالصة للدول الأطراف، أو إذا لم تُنشئ دولة طرف المنطقة المنصوص عليها، تنطبق أحكام الاتفاقية على المنطقة التي تتجاوز وتلاصق البحر الإقليمي لتلك الدولة والتي تحددها بموجب القانون الدولي وتمتد إلى مسافة لا تزيد على 200 ميل بحري من خطوط الأساس التي يُقاس عرض بحرها الإقليمي انطلاقاً منها، بما في ذلك البحر الإقليمي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - من بين الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى الحطام البحري على سبيل المثال: الاتفاقية حول الوقاية من تلوث البحار الناتج عن إغراق النفايات (بما في ذلك حطام السفن)، اتفاقية السلام بلوزان التي وضعت حدا للعداء بين تركيا والحلفاء بتاريخ 24 جويلية 1923م، حيث حثت الاتفاقية الأطراف على احترام ورعاية مقابر ومدافن وتوابيت الجنود والبحارة الذين قضوا في ميدان المعركة، هذا النص يخص جزئياً حطام السفن.

Louis BALMOND: «L'épave du navire», In «Le navire en droit international». Colloque de la Société Française pour le Droit International, Université de Toulon et du Var. 30, 31 mai et 01<sup>er</sup> juin 1991. Ed A. PEDONE. P72.

<sup>2</sup> - Louis BALMOND : op.cit, P 74. Antoine VIALARD : op.cit. P 249.

<sup>3</sup> - المادة 03 (3).

عرّفت الاتفاقية الحطام في مادتها 01 (4) على النحو التالي :  
 " الحطام": هو، على أثر وقوع حادثة بحرية، ما يلي:  
 (أ) سفينة غارقة أو جانحة،

(ب) أو أي جزء من سفينة غارقة أو جانحة، بما في ذلك أي شيء موجود أو كان موجودا على متن هذه السفينة،  
 (ج) أو أي شيء مفقود من سفينة في البحر يكون جانحا أو غارقا أو طافيا على سطح الماء،  
 (د) أو سفينة على وشك، أو يتوقع بصورة معقولة، أن تغرق أو تنجح، ولم تتخذ أي تدابير فعلية لتقديم المساعدة للسفينة أو لأي أملاك معرضة للخطر، أو كانت في طور الاتخاذ.

تُوفر الاتفاقية الأساس القانوني للدول لكي تزيل بعيدا عن مناطقها الاقتصادية الخالصة الحطام الذي قد يُشكل خطرا على الملاحة أو على البيئة البحرية. حيث يُمكن للدول الأطراف المتضررة جراء حطام سفينة يُشكل خطرا وفق معايير الخطر المنصوص عليها بالمادة 06 من الاتفاقية، أن تُطالب أو تُباشر إزالة حطام السفن باستثناء السفن الحربية أو المستغلة لأغراض حكومية. يتم إزالة الحطام بعد إستيفاء إجراءات الإخطار المنصوص عليها، أي إخطار مالك السفينة ودولة التسجيل.

تُحمّل الاتفاقية مالك السفينة مسؤولية تكاليف تحديد موقع الحطام، توسيمه وإزالته مع مراعاة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمسؤولية مالك السفينة<sup>1</sup>. ويُعفى من هذه المسؤولية إذا أثبت أن الحادثة البحرية التي نتج عنها الحطام:

- (أ) نجمت عن عمل حربي أو اقتتال أو حرب أهلية أو عصيان، أو عن ظاهرة طبيعية غير مألوفة ولا مفر منها ولا سبيل لمقاومتها.  
 (ب) أو نجمت بأكملها عن تصرف طرف ثالث عمدا، أو امتناعه عمدا عن التصرف، بقصد التسبب بأضرار.  
 (ج) أو نجمت بأكملها عن إهمال أو فعل خطأ من جانب أي حكومة أو سلطة أخرى مسؤولة عن صيانة الأضواء أو المعينات الملاحية الأخرى في ممارسة تلك الوظيفة.

اعتمدت الاتفاقية نظام التأمين الإجباري أو الضمان المالي الآخر، فأوجب في مادتها 12 على المالك المسجل لسفينة تبلغ حمولتها الإجمالية 300 طن فأكثر وترفع علم دولة طرف أن يكون مكتتبا بتأمين، أو بضمان مالي آخر،

<sup>1</sup> - (أ) اتفاقية تحديد المسؤولية عن المطالبات البحرية لعام 1976 م، في صيغتها المعدلة.

(ب) الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث الزيتي لعام 1969 م، في صيغتها المعدلة.

(ج) الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية والتعويض في ما يتعلق بالأضرار الناجمة عن نقل المواد الخطرة والضرارة بحرا لعام 1996 م، في صيغتها المعدلة.

(د) الاتفاقية المتعلقة بمسؤولية الغير في ميدان الطاقة النووية لعام 1960 م، في صيغتها المعدلة، وأتفاقية فيينا المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية لعام 1963 م، في صيغتها المعدلة، أو القانون الوطني الذي ينظم أو يحظر تحديد المسؤولية عن الأضرار النووية.

(هـ) الاتفاقية الدولية بشأن المسؤولية والتعويض عن أضرار التلوث بوقود السفن الزيتي لعام 2001 م، في صيغتها المعدلة.

كالضمان الذى يقدمه مصرف أو مؤسسة مماثلة، لتغطية المسؤولية عملا بهذه الاتفاقية بمبلغ يوازي حدود المسؤولية بموجب النظام الوطنى أو النظام الدولى المنطبق لحدود المسؤولية، على ألا يتجاوز فى جميع الحالات مبلغا يحسب بموجب المادة 6 (1) (ب) من اتفاقية تحديد المسؤولية عن المطالبات البحرية لعام 1976م، فى صيغتها المعدلة .

فى المقابل ألزمت الاتفاقية السلطة المختصة التابعة لدولة تسجيل السفينة أن تُصدر شهادة تفيد بأن التأمين أو الضمان المالى الآخر نافذ المفعول لكل سفينة تبلغ حمولتها الإجمالية 300 طن فأكثر. ويجب أن تكون شهادة التأمين الإلزامية هذه وفقا للنموذج المدرج فى مرفق بالاتفاقية.

من جهتها طلبت جمعية الأمم المتحدة من الدول اتخاذ التدابير المناسبة فيما يتعلق بالسفن التى ترفع علمها أو المسجلة لديها وذلك للتصدي للأخطار التى تكون ناجمة عن حطام السفن والشحنات الطافية أو الغارقة على الملاحه أو البيئة البحريتين<sup>1</sup>.

فى أبريل سنة 2009م نظرت اللجنة القانونية للمنظمة البحرية الدولية فى وضع نموذج وحيد لشهادة التأمين الإلزامي بمقتضى الاتفاقيات الحالية المتعلقة بالمسؤولية البحرية، حسب ما طلبه المؤتمر الدولى المعنى بإزالة الحطام فى سنة 2007م، وأنشأت فريقا للمراسلات للقيام بمهام تتصل بالموضوع منها تحليل العيوب و المزايا القانونية والعملية لنموذج الشهادة الإلزامي مقابل النموذج الغير إلزامي<sup>2</sup>.

فى مادتها 12 فقرة (10) مكنت الاتفاقية دولة العلم تقديم أي مطالبة بالتكاليف التى تنشأ بموجب تطبيق الاتفاقية مباشرة ضد المؤمن أو أي شخص آخر يوفر الضمان المالى لتغطية مسؤولية المالك المسجل. وفى هذه الحالة ، يحق للمدعى عليه أن يتمسك بالدفعات ( بخلاف الإفلاس أو تصفية المالك المسجل) التى يحق للمالك المسجل أن يتمسك بها، بما فى ذلك تحديد المسؤولية وفقا لأي نظام قانونى وطنى أو دولى. وعلاوة على ذلك، يحق للمدعى عليه، حتى وإن كان لا يجوز للمالك المسجل أن يحدد المسؤولية، أن يحدد المسؤولية بمبلغ يوازي قيمة التأمين أو أي ضمان مالى آخر. فضلا عن ذلك، يحق للمدعى عليه أن يدفع بأن الحادثة البحرية ناجمة عن خطأ عمد من جانب المالك المسجل، ولكن لا يحق له أن يتمسك بأي دفاع آخر يجوز له أن يتمسك به فى دعوى يقيمها المالك المسجل عليه. وفى أي حال من الأحوال، يحق للمدعى عليه أن يقتضي أن يكون المالك المسجل طرفا فى الدعوى.

فى الأخير فيما يتعلق بالتقادم، تسقط الحقوق فى استرداد التكاليف التى تنص عليها هذه الاتفاقية ما لم تتم إقامة دعوى تطبيقا لأحكامها خلال ثلاث سنوات من تاريخ تحديد الخطر بموجب الاتفاقية. غير أنه لا يمكن فى أي حال من الأحوال إقامة أي دعوى بعد انقضاء ست سنوات على تاريخ وقوع الحادثة البحرية التى تسببت بالحطام. وإذا تضمنت هذه الحادثة سلسلة من الأحداث، تبدأ فترة السنوات الست اعتبارا من تاريخ الحدث الأول .

رغم الجهود المبذولة يبقى هناك الكثير لبذله بخصوص موضوع الحطام البحري، ذلك أن الحطام البحري لا يشمل السفينة فقط مما يستوجب اتخاذ إجراءات معالجة هذه الظاهرة تتناسب مع طبيعة كل حطام. ففي أغلب الأحيان، يتكون الحطام البحري من مواد تتحلل ببطء، وبالتالي يمكن أن تتراكم مع مرور الزمن. وقد أشار برنامج

<sup>1</sup> - تقرير الأمين العام للأمم المتحدة\* A/64/66/add.1 المؤرخ فى 25 نوفمبر 2009م.

<sup>2</sup> - تقرير اللجنة القانونية للمنظمة البحرية الدولية، عن أعمال دورتها الخامسة والتسعين، LEG 95/10.

الأمم المتحدة للبيئة في الآونة الأخيرة إلى الحطام البلاستيكي على وجه الخصوص بوصفه إحدى القضايا البيئية الناشئة بسبب قدرته الكامنة على التسريب المستمر لمركبات تتراكم في الكائنات الحية والمواد السامة، وببطء معدل تحلله في البيئة البحرية، الذي قُدِّر في حدود مئات السنين<sup>1</sup>. وما زال الاهتمام موجهاً بوجه خاص أيضاً إلى الآثار الناجمة عن معدات صيد الأسماك المتروكة أو المفقودة أو المتخلص منها على نحو آخر، وخصوصاً بسبب عدم قدرتها على مواصلة صيد الأسماك، التي تُسبب ضرراً على الأسماك وهو ما يسمى غالباً "بالصيد الشبحي"، فضلاً عن احتمال أن تُشكل تلك المعدات خطراً ملاحياً في البحر<sup>2</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنّ حطام السفينة لا يُشكل في كل الأحوال خطراً على سلامة الملاحة البحرية، أحياناً يُشكل حطام السفينة تراثاً تاريخياً<sup>3</sup>، في هذه الحالة يخضع الحطام لأحكام الاتفاقيات المتعلقة بحماية التراث الإنساني<sup>4</sup>.

أشارت النصوص البحرية لهذه الحالة في نص اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار من خلال المادتين 149 و303، فنصت المادة 149 منها على أنه:

"تُحفظ جميع الأشياء ذات الطابع الأثري أو التاريخي التي يُعثر عليها في المنطقة<sup>5</sup> أو يجري التصرف بها لصالح الإنسانية جمعاء، مع إيلاء اعتبار خاص للحقوق التفضيلية للدولة أو بلد المنشأ أو لدولة المنشأ الثقافي أو لدولة المنشأ التاريخي والأثري".

في حين نصت المادة 303 على مايلي:

"1- على الدول واجب حماية الأشياء ذات الطابع الأثري والتاريخي التي يُعثر عليها في البحر، وعليها أن تتعاون تحقيقاً لهذه الغاية.

2- بُغية السيطرة على الاتجار بهذه الأشياء، يجوز للدولة الساحلية، في تطبيقها للمادة 33<sup>6</sup>، أن تفترض أنّ من شأن انتشار هذه الأشياء من قاع البحر في المنطقة المشار إليها في تلك المادة دون موافقتها أن يُسفر عن خرق للقوانين والأنظمة المشار إليها في تلك المادة داخل إقليمها أو بحرهما الإقليمي.

3- ليس في هذه المادة ما يمس حقوق المالكين الذين يُمكن معرفتهم، أو قانون الإنقاذ، أو غير ذلك من قواعد القانون البحري، أو القوانين والممارسات المتعلقة بالمبادلات الثقافية.

<sup>1</sup> - حولية برنامج الأمم المتحدة للبيئة لعام 2011م، متاحة على الموقع التالي: [www.unep.org/yearbook/](http://www.unep.org/yearbook/) 2011

<sup>2</sup> - تقرير الأمين العام للأمم المتحدة 1.A/66/70/add.1 المؤرخ في 25 نوفمبر 2009م، ص 108.

<sup>3</sup> - صلاح محمد سليمان: "التنظيم القانوني للإنقاذ البحري للأشخاص والأموال والبيئة". الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد. الرياض، 2014م. ص 82.

Jean-Pierre BEURIER : « Droits Maritimes », Ed Dalloz Action, 2006. P 236.

<sup>4</sup> - Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

Convention de Paris du 16 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel.

Convention de La Haye de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite des biens culturels.

<sup>5</sup> - المنطقة المقصودة هنا هي التي وردت في نص المادة 01 من الاتفاقية التي عرّفها كما يلي: " تعني المنطقة قاع البحار والمحيطات وباطن أرضها خارج حدود الولاية الوطنية".

<sup>6</sup> - تتعلق المادة 33 بصلاحيات الدولة الساحلية في المنطقة المتاخمة، وهي المنطقة التي لا يجوز أن تمتد إلى أبعد من 24 ميلاً بحرياً من خطوط الأساس التي يُقاس منها عرض البحر الإقليمي.

#### 4- لا تُخل هذه المادة بالاتفاقات الدولية الأخرى ولا بقواعد القانون الدولي فيما يتعلق بحماية الأشياء ذات الطابع الأثري والتاريخي".

وإن كانت هذه المواد لا تُضيف ضمانات مقارنة بما تنص عليه اتفاقيات حماية التراث، فهي من ناحية توجب على الدول حماية هذا الإرث وتؤكد على إيلاء الاعتبار الواجب لمصالح الغير في الحطام الأثري، كما أنها تؤكد على بقاء حق ملكية السفينة بعد تحولها إلى حطام في المادة 303 (3)<sup>1</sup>.

#### ثانيا: إعادة تدوير السفن :

تكسير السفن، المسمى أيضاً تفكيك السفن أو إعادة تدوير السفن، هو نوع من أنواع التخلص من السفن، يشمل تفكيك هيكل مركب بال بغرض رميه أو تخريده. ويتم تكسير السفن على رصيف أو في حوض سفن جاف أو في مزلق لتفكيك السفن أو على شاطئ، ويشتمل على طائفة واسعة من الأنشطة تتنوع بين انتزاع جميع الأجهزة والمعدات وتقطيع أوصل هيكل السفينة<sup>2</sup>.

خلال السبعينات من القرن الماضي، كانت السفن تُفكك حيثما بُنيت، أي في أحواض السفن الجافة في البلدان المصنعة. ومنذ بداية عقد الثمانينات، أدى ارتفاع التكاليف، مقروناً بطبيعة هذا النشاط الخطر وبوضع قوانين بيئية أشد صرامة بملأك السفن إلى السعي إلى التخلص من مراكبهم في أماكن أخرى. ونظراً لتوفر يد عاملة رخيصة ولوجود سوق للمعدات والمكونات المستعملة<sup>3</sup>، فإن معظم المراكب المنتهي عمرها تُفكك في الوقت الحاضر في الهند وبنغلاديش والصين وباكستان<sup>4</sup>.

يتم تكسير السفن في جنوب آسيا على شواطئ رملية، وهو أسلوب معروف باسم "التشطيء". فبفضل وجود مساحات شاسعة من المناطق المدية على سواحل جنوب آسيا، فإن السفن تُدفع عند ارتفاع المد، بقوة تقل عادة عن قوتها الدافعة إلى شواطئ رملية و تُفكك دون أن يوضع تحتها غطاء إسمنتي أو أي وسيلة احتواء أخرى عدا هيكل السفينة ذاتها. ومنذ عام 2004م، تمّ على الشواطئ المدية في جنوب آسيا تخريد أكثر من 80 في المائة من المراكب المنتهي عمرها البالغة حمولتها الإجمالية 500 طنّة على الأقل.

تمثل المراكب المنتهي عمرها والمرسلة بغرض تفكيكها أحد أكبر تدفقات النفايات الخطرة المنقولة من البلدان المصنعة إلى العالم النامي. وتحتوي السفن، وخاصة منها تلك التي بُنيت قبل عام 1980م، على كميات

<sup>1</sup> - صلاح محمد سليمة: نفس المرجع. ص 84.

<sup>2</sup> - تقرير المقرر الخاص المعني بالآثار الضارة لنقل وإلقاء المنتجات والنفايات السمية والخطرة على التمتع بحقوق الإنسان، السيد أوكيشوكوو إيبينانو، المقدم أمام مجلس حقوق الإنسان للأمم المتحدة بتاريخ 15 جويلية 2009م، A/HRC/12/26.

<sup>3</sup> - Dimitrios NASSIOS: « La chaîne de responsabilité de la sécurité maritime », Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LLM). Faculté de droit, Université de Montréal. Août 2002. P181.

<sup>4</sup> - وحسب الأرقام المسجلة في الأونة الأخيرة، تم تفكيك 96 في المائة من سفن الحمولة الإجمالية في هذه البلدان الأربعة خلال عام 2008م: 202 سفينة في الهند، و 165 في بنغلاديش، و 29 في الصين، و 16 في باكستان.



كبيرة من المواد السُّمية والخطرة التي قد تتسبب للكائنات البشرية في الموت أو المرض وتنتج عنها آثار ضارة طويلة المدى على البيئة الطبيعية. ورغم أن استعمال العديد من المواد الخطرة المستخدمة في بناء السفن مقيد أو محظور في الوقت الحاضر، فإنَّ أي سفينة بُنيت قبل عشرين أو ثلاثين عاماً لا تزال تحتوي على تلك المواد<sup>1</sup>.

باعتماد أسلوب التشطية وغيره من الأساليب الغير مدروسة، كثيراً ما لا يُتقيد في مسافن جنوب آسيا بالمواصفات والمعايير المقبولة عموماً والرامية إلى ضمان حماية البيئة من الآثار الضارة الناجمة عن تفريغ النفايات والمنتجات الخطرة التي قد تكون موجودة على ظهور السفن المنتهي عمرها. فالسفن المنتهي عمرها نادراً ما تُنظف قبل وصولها إلى شواطئ جنوب آسيا ولا يتوفر لدى أغلب مسافن التكسير غطاء لمنع تلوث التربة والهواء والموارد البحرية والموارد من الماء العذب ولا التكنولوجيا الضرورية لضمان إدارة النفايات والمواد الخطرة والتخلص منها بطريقة آمنة بيئياً. وبالإضافة إلى التسبب في أثر ضار طويل الأمد على البيئة، فإنَّ الأساليب المتبعة حالياً في تفكيك السفن تضر كذلك بالمجتمعات المحلية المحيطة بمرافق تكسير السفن والتي تعتمد في كثير من الأحيان على الزراعة والصيد من أجل البقاء<sup>2</sup>.

تمثل اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود الإطار القانوني الرئيس لحماية صحة البشر وحماية البيئة من الآثار الضارة الناجمة عن توليد النفايات الخطرة وغيرها وعن إدارتها وعمليات نقلها والتخلص منها عبر الحدود، تم اعتمادها في عام 1989م، ودخلت حيز النفاذ عام 1992م<sup>3</sup>. وتعتبر اتفاقية بازل الاتفاق البيئي العالمي الأكثر شمولاً في مجال النفايات الخطرة والنفايات الأخرى.

تُنظم اتفاقية بازل نقل النفايات الخطرة والنفايات الأخرى عبر الحدود وتُلزم الأطراف فيها بكفالة أن تتم إدارة تلك النفايات والتخلص منها بطريقة سليمة بيئياً. وتغطي الاتفاقية النفايات السُّمية والسامة والمتفجرة والأكالة والقابلة للاشتعال والسُّمية الإيكولوجية والمعدية. كما أنَّ الأطراف ملزمة أيضاً بالتقليل إلى أدنى حد من الكميات التي تُنقل من هذه النفايات وملزمة بمعالجتها والتخلص منها في أقرب نقطة ممكنة من مكان توليدها وبمنع توليد هذه النفايات من مصادرها أو التقليل إلى أدنى حد من توليدها من تلك المصادر.

وإن كانت الاتفاقية لا تنص صراحة على السفينة، إلا أنَّ أحكامها تشملها بموجب المادة 02 (01) من الاتفاقية: "النفايات" هي مواد أو أشياء يجري التخلص منها أو ينوي التخلص منها أو مطلوب التخلص منها بناء على أحكام القانون الوطني". عدم النص صراحة على السفينة في نص الاتفاقية والاكْتفاء باعتبارها من "النفايات" ولد شكوكاً عملية وقانونية حول تطبيق الاتفاقية على السفن المنقولة بغرض إعادة تدويرها.

<sup>1</sup> - تقرير A/HRC/12/26، ص 12.

<sup>2</sup> - Op.cit.p 13. Dimitrios NASSIOS : op.cit. P181.

<sup>3</sup> - <http://www.basel.int>

انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-185 المؤرخ في 16 ماي 1998م، ج.ج.ج. عدد 32 سنة 1998م. كما صادقت على التعديل المعتمد سنة 1995م بموجب المرسوم 06-170 المؤرخ في 22 ماي 2006م، ج.ج.ج. عدد 35 سنة 2006م.

ويتمثل موضع الشك الأول في تحديد السلطة المختصة المعنية بالتصدير، دولة العلم أو دولة الميناء؟ وكيف يمكن للسلطات المختصة الاضطلاع بمسؤولياتها ضمن نظام المراقبة في دولة العلم أو دولة الميناء<sup>1</sup>. وتتعلق إحدى الصعوبات الأخرى بما إذا كان يمكن تصنيف سفينة من السفن كنفائية، وفي أي وقت يمكن تعريفها بأنها نفائية. وفي هذا الصدد، لاحظ مؤتمر الأطراف في اتفاقية بازل في اجتماعه السابع<sup>2</sup> أن "السفينة قد تصبح نفائية، حسب ما هو معرّف في المادة 02 من اتفاقية بازل، وأنها قد تُعرّف في نفس الوقت على أنها سفينة بموجب قواعد دولية أخرى".

وعلاوة على ذلك، كثيراً ما يُتخذ قرار إعادة التدوير أثناء وجود السفينة في أعالي البحار مما يزيد من صعوبة تعريف السلطة المختصة وإنفاذ الاتفاقية. وهناك أيضاً الحالة التي قد تُغيّر فيها السفن أعلامها قبل تفكيكها، وهو ما قد يجنبها عمليات المراقبة التي تفرضها الاتفاقية<sup>3</sup>.

لمواجهة هذه النقائص، في ديسمبر عام 2005م، طلبت جمعية المنظمة البحرية الدولية إلى لجنة حماية البيئة البحرية أن تضع صكاً جديداً مُلزماً قانوناً بشأن إعادة تدوير السفن، ينظم هذا الصك أولاً، تصميم السفن وبناءها وتشغيلها وإعدادها من أجل تسهيل إعادة تدوير آمنة وسليمة بيئياً. ثانياً، تشغيل مرافق إعادة تدوير السفن على نحو آمن وسليم بيئياً. وثالثاً، إنشاء آلية إنفاذ مناسبة خاصة بإعادة تدوير السفن، تتضمن متطلبات إصدار الشهادات والإبلاغ.

وبعد أربع سنوات من المفاوضات، اعتمدت اتفاقية هونغ كونغ الدولية بشأن إعادة التدوير الآمنة والسليمة بيئياً للسفن<sup>4</sup> في المؤتمر الدولي بشأن إعادة التدوير الآمنة والسليمة بيئياً للسفن، الذي انعقد من 11 إلى 15 ماي من سنة 2009م في هونغ كونغ، الصين.

<sup>1</sup> - علي بن علي مراح: "المسؤولية الدولية عن التلوث عبر الحدود"، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون العام. جامعة يوسف بن خدة، الجزائر. 2007/2006. ص218.

<sup>2</sup> - مؤتمر الأطراف في اتفاقية بازل، UNEP/CHW.7/33.

<sup>3</sup> - تقرير A/HRC/12/26. ص 15.

<sup>4</sup> - اتفاقية هونغ كونغ الدولية لإعادة تدوير السفن بطريقة آمنة وسليمة بيئياً.

فيما يرى الفقيه Bonassies أن الاتفاقية تتعلق بتفكيك السفن بطريقة آمنة وسليمة بيئياً.

Pierre BONASSIES: « Les grands événements du droit international et du droit communautaire dans le domaine maritime en 2008 », Institut Méditerranéen des transport maritimes, annales 2009, p171.

وردت الاتفاقية في 21 مادة وملحق و سبعة (07) تذييلات. شملت المواد الأحكام العامة للاتفاقية مع التعريفات اللازمة لها وتحديد نطاق تطبيقها. بهذا الصدد ورد تعريف السفينة في المادة 02 (07) كالتالي :

" تعني "السفينة" باخرة من أي نوع مهما كان يعمل أو عمل في الوسط البحري، ويشمل الوحدات الغواصة، والمنشأة الطافية، المنصات الطافية، والمنصات ذاتية الرفع، وحدات التخزين الطافية، وحدات تخزين الإنتاج الطافية ووحدات الشحن<sup>1</sup>.

يلاحظ من نص التعريف أن الاتفاقية حاولت وضع تعريف جامع يشمل كل المنشآت المستغلة في البحر، إلا أن أحكام الاتفاقية تطبق فقط على السفن التي تتجاوز حمولتها 500 طنة، والسفن التي تقوم برحلات دولية. تستثني الاتفاقية من نطاق تطبيقها السفن العسكرية والسفن المستغلة لأغراض حكومية غير تجارية<sup>2</sup>. تنطبق أحكام الاتفاقية على السفن التي ترفع علم الدول الأطراف فيها أو تشتغل تحت سلطتها، كما تنطبق على مرافق إعادة التدوير للدول الأطراف. وفيما يخص منشآت الدول غير الأطراف، تدعو الاتفاقية إلى تطبيق أحكامها بما لا يشكل معاملة تفضيلية لصالح هذه الدول.

يشمل ملحق الاتفاقية أربعة فصول (04)، الفصل الأول يتعلق بالأحكام العامة فيما يخص النص على التعريفات، أو الإحالة إلى اتفاقية أخرى عند الاقتضاء، كما في تعريف "Tanker" أين تمت الإحالة إلى اتفاقية MARPOL. كما نص هذا الفصل على الأحكام الواجب مراعاتها في النصوص الدولية ذات الصلة.

يتعلق الفصل الثاني باشتراطات السفن، وينقسم لثلاث أجزاء، الأول حول بناء وصيانة السفن. الجزء الثاني حول التحضير لعملية إعادة التدوير بما في ذلك خطة إعادة التدوير، الجزء الثالث يتعلق بالتفتيش وتسليم الشهادات. فيما ينظم الفصل الثالث أحكام واشتراطات المرافق المخصصة لإعادة التدوير. أما الفصل الرابع فخصص للأحكام المتعلقة بالتقارير والإخطارات الواجب إصدارها من طرف كل من مالك السفينة، إدارة مرفق إعادة التدوير والسلطة المختصة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - ترجمة غير رسمية لنص المادة.

Art 2/7: "Ship" means a vessel of any type whatsoever operating or having operated in the marine environment and includes submersibles, floating craft, floating platforms, self elevating platforms, Floating Storage Units (FSUs), and Floating Production Storage and Offloading Units (FPSOs), including a vessel stripped of equipment or being towed.

<sup>2</sup> - المادة 03 من الاتفاقية.

<sup>3</sup> - Pierre BONASSIES : « Les grands évènements du droit international et du droit communautaire dans le domaine maritime en 2008 », op.cit, p171.

تضمنت التذييلات سبعة نماذج لما يلي، أولاً: قائمة المواد الخطرة. التذييل الثاني: الحد الأدنى بقائمة المواد من أجل جرد المواد الخطرة. التذييل الثالث: نموذج الشهادة الدولية لجرد المواد الخطرة. التذييل الرابع: نموذج الجاهزية الدولية لشهادة إعادة التدوير. التذييل الخامس: نموذج الترخيص لمراقف إعادة تدوير السفن. التذييل السادس: نموذج التقرير عن التخطيط للبدء بتفكيك السفن. التذييل السابع: نموذج بيان إنجاز تفكيك السفن<sup>1</sup>.

لتحقيق أغراض الاتفاقية بطريقة سليمة بيئياً، ينبغي لدول إعادة التدوير أن تعمل على إنفاذ الالتزامات الدولية والتشريعات الوطنية المتعلقة بحماية البيئة وأن تضع هيكل أساسية مناسبة لأنشطة إعادة تدوير السفن، من جملتها مرافق إدارة النفايات مثلاً، مواقع دفن القمامة ومنشآت حرق النفايات وغيرها. وينبغي أن تضع التشريعات الوطنية، على وجه الخصوص، شروطاً لقبول دخول السفن إلى ولايتها من أجل إعادة تدويرها. وباعتبار أن أسلوب "التشطيء" بطبيعته، لا يوفر ضمانات كافية لإدارة النفايات الخطرة الناجمة عنه إدارة سليمة بيئياً، وليس بمقدوره أن يفعل، فإنه ينبغي أن ينظر أصحاب المصلحة في اعتماد جميع التدابير المناسبة لضمان التخلي تدريجياً عن أسلوب "التشطيء" والتحول بسرعة إلى أساليب بديلة في تكسير السفن<sup>2</sup>. في الأخير فإنّ النفايات الخطرة الناجمة عن إعادة تدوير السفن يتم نقلها وفق أحكام اتفاقية بازل، وهو الإجراء الذي تمّ العمل به على المستوى الجهوي لاسيما على مستوى الاتحاد الأوروبي<sup>3</sup>.

من جهة أخرى لا بدّ من التعاون والمساعدة الدوليين، إذ ينبغي للدول المتقدمة والمنظمات الاندماج الإقليمي وللمنظمات الدولية أن تقدم المساعدة التقنية لدول إعادة التدوير وغيرها من الأطراف المعنية، وأن تتعاون معها بشأن مشاريع تشتمل على نقل التكنولوجيا أو تمويل المعونة من أجل تدريب العاملين على الحفاظ على السلامة ودعم إنشاء هيكل أساسي لحماية البيئة وصحة الإنسان في مرافق إعادة التدوير<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - 2011 Guidelines for the Development of the Inventory of Hazardous Materials, MEPC.197(62);

- 2011 Guidelines for the Development of the Ship Recycling Plan, MEPC.196(62).

- 2012 Guidelines for Safe and Environmentally Sound Ship Recycling, MEPC.210(63);

- 2012 Guidelines for the Authorization of Ship Recycling Facilities, MEPC.211(63).

<sup>2</sup> - التوصيات التي جاء بها التقرير الخاص بالآثار الضارة لنقل وإلقاء المنتجات والنفايات السمية والخطرة على التمتع بحقوق الإنسان، A/HRC/12/26، ص 24.

Marie BOURREL : «La convention de Hong Kong ou la mise en place d'une procédure de suivi et de contrôle du démantèlement des navires en fin de vie», In E-revue Neptunus, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 16, 2010/2. P 06.

<sup>3</sup> - Par le Règlement 259/93 du Conseil, du 1e février 1993 relatif à la surveillance et au contrôle des transferts des déchets à l'intérieur, à l'entrée et à la sortie de la Communauté ( JOCE, n°L 30, 6 février 1993, pp.1 et s.) abrogé par le Règlement 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets (JOUE, n°L190, 12 juillet 2006, pp.1 et s.). Mais ces dispositions ont également été reprises par la Convention de Bamako du 30 janvier 1991 sur l'interdiction d'importer les déchets dangereux en Afrique et le contrôle de leurs mouvements transfrontière.

Marie BOURREL : op.cit. p 08.

<sup>4</sup> - تقرير A/HRC/12/26، ص 24.

## ✓ قائمة المراجع :

- اتفاقية لندن عام 1972 لمنع التلوث البحري الناجم عن إغراق النفايات.
- اتفاقية بازل بشأن التحكم في نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود، المعتمدة عام 1989م.
- اتفاقية حماية البيئة البحرية لشرق الأطلسي لسنة 1992م، المشفوعة بروتوكول 1995 م بشأن منع والقضاء على التلوث في البحر الأبيض المتوسط من عمليات الإغراق، ويسمى أيضا بروتوكول "الغمر" لاتفاقية برشلونة لعام 1976.
- اتفاقية نيروبي الدولية بشأن إزالة الحطام لسنة 2007م التي دخلت حيز النفاذ في 14 أبريل 2015م.
- اتفاقية هونغ كونغ الدولية لإعادة تدوير السفن بطريقة آمنة وسليمة بيئياً، سنة 2009م .
- تقرير الأمين العام للأمم المتحدة \*A/64/66/add.1 المؤرخ في 25 نوفمبر 2009م.
- تقرير اللجنة القانونية للمنظمة البحرية الدولية، عن أعمال دورتها الخامسة والتسعين، LEG 95/10.
- تقرير الأمين العام للأمم المتحدة A/66/70/add.1 المؤرخ في 25 نوفمبر 2009م.
- تقرير المقرر الخاص المعني بالآثار الضارة لنقل وإلقاء المنتجات والنفايات السمية والخطرة على التمتع بحقوق الإنسان، السيد أوكيشوكوو إيبيانو، المقدم أمام مجلس حقوق الإنسان للأمم المتحدة بتاريخ 15 جويلية 2009م، A/HRC/12/26.
- حولية برنامج الأمم المتحدة للبيئة لعام 2011م .
- صلاح محمد سليمة : "التنظيم القانوني للإنقاذ البحري للأشخاص والأموال والبيئة". الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014م.
- علي بن علي مراح : "المسؤولية الدولية عن التلوث عبر الحدود"، أطروحة لنيل دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر. 2007/2006.
- Antoine VIALARD : « Droit maritime », Ed PUF, Paris 1997.
- Louis BALMOND : « L'épave du navire », In « Le navire en droit international ». Colloque de la Société Française pour le Droit International, Université de Toulon et du Var. 30 , 31 mai et 01<sup>er</sup> juin 1991. Ed A. PEDONE.
- Jean-Pierre BEURIER : « Droits Maritimes », Ed Dalloz Action, 2006.
- Dimitrios NASSIOS : « La chaîne de responsabilité de la sécurité maritime », Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LLM.). Faculté de droit, Université de Montréal. Août 2002.
- Marie BOURREL : « La convention de Hong Kongou la mise en place d'une procédure de suivi et de contrôle du démantèlement des navires en fin de vie », In E-revue Neptunus, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, Vol. 16, 2010/2.
- Pierre BONASSIES : « Les grands évènements du droit international et du droit communautaire dans le domaine maritime en 2008 », Institut Méditerranéen des transport maritimes, annales 2009.

## نقوية دور القضاء الإداري في الموازنة بين المطلحة العامة و الحريات



**و ديع البقالي : دكتور في القانون العام  
من جامعة عبد الملك السعدي - المغرب**

مقدمة :

للقاضي الإداري دور فعال ومهم في حماية الحقوق والحريات، ويعمل على تحقيق نوع من التوازن والتوافق بين امتيازات السلطة ومتطلبات الأفراد، وهناك عوامل كثيرة تساعد للقيام بذلك الدور الحيوي على أكمل وجه وفي أفضل الظروف والأحوال، ويمكن تصنيف تلك العوامل إلى موضوعية وأخرى ذاتية، الأولى تتمثل في الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة والمجتمع، ذلك أن سيادة المناخ الديمقراطي في بلد ما ينعكس بشكل إيجابي على قضائه والعكس صحيح. وإذا كانت هذه الظروف الموضوعية خارجة عن إرادة القاضي، إلا أنها تؤثر بشكل كبير في ما يتخذ من قرارات ويصدره من أحكام، أما بالنسبة للصنف الثاني ونقصد بذلك العوامل الذاتية فإنها ترتبط بشكل مباشر بالقاضي الإداري وتوجهاته، و تتجلى بالأساس في التكوين القانوني والثقافي، ومدى تأصل روح الإقدام المتزن لديه، والحرية والاستقلال في الجهر بلحق من خلال دفاعه عن سيادة القانون<sup>1</sup>.

إن توافر هذه العوامل مجتمعة هو الكفيل بجعل القاضي الإداري يؤدي دوره في حماية الحقوق والحريات على أحسن وجه، وبالتالي إزالة كل العراقيل التي تعترضه في سبيل تحقيق التوافق بين السلطة والفرد، كما ستساهم تلك العوامل في التوظيف الأفضل لقدرات ومؤهلات القاضي الإداري من خلال ما يمكن أن يقوم به من دور استشاري جد مهم في مختلف القضايا التي يرى أنه قد يقدم فيها بالإضافة بآرائه واقتراحاته في حالة أخذها بعين الاعتبار، هذا بالإضافة إلى تعزيز وتنشيط دوره الإنشائي والتفسيري للقواعد القانونية، وهذا ما ناقشه من خلال مبحثين على الشكل التالي : المبحث الأول : دور الاضي الإداري على المستوى المؤسسي، ثم المبحث الثاني : دور القاضي الإداري على مستوى الاختصاصات .

<sup>1</sup> - مصطفى التراب : أي تطور مستقبلي للقضاء الإداري بالمغرب ؟ م.م.إ.م.ت. عدد 81-82-2008، ص: 29.

## المبحث الأول: دور الاضي الإداري على المستوى المؤسساتي:

لقد برهن القضاء الإداري بالمغرب منذ إنشاء المحاكم الإدارية وإلى الآن عن جدارته وجديته في أداء الدور المنوط به بكل ثبات واقتدار، ويعود ذلك إلى تحقق العامل الموضوعي الذي أشرنا إليه سابقا والمتمثل في الجو الديمقراطي السائد والذي انعكس إيجابا على القاضي الإداري وعلى أحكامه التي تطبعها الجرأة والشجاعة في أحيان كثيرة، إلا أنه بالرغم من ذلك فإن القضاء الإداري ببلادنا لازال بحاجة لتوافر مجموعة عوامل أخرى كفيلة بجعله قضاءا قويا ومستقلا وفعالا، هذه العوامل التي تؤثر بشكل مباشر في إدارة القضاء الإداري<sup>1</sup>، ويمكن إجمالها فيما هو قانوني وبشري.

## أولا: تقريب القضاء الإداري من المتقاضين:

إن الهدف الأساسي من إقامة نظام للقضاء الإداري يتمثل بالأساس في حماية الحقوق والحريات، وتحويل المواطنين الوسائل القانونية السريعة والفعالة لضمان الدفاع عن حقوقهم، وإذ كان القضاء الإداري المغربي قد عرف تطورا هاما نتج عن تطور الوعي بضرورة إقامة وتدعيم أسس دولة الحق والقانون والحد من تجاوزات الإدارة وتعسفاتها<sup>2</sup>، خاصة وأنه جاء كرد فعل للعلاقة غير المتوازنة بين الإدارة والأفراد والتي تتخللها تجاوزات كثيرة<sup>3</sup>، إلا أن ذلك التطور الموضوعي الذي دشّن بإحداث المحاكم الإدارية وانتهاء بإنشاء محاكم الاستئناف الإدارية، قد واكبته بعض النواقص والشغرات التي تؤثر بشكل سلبي على الحماية الحقوقية وعلى رأسها قلة عدد المحاكم الإدارية، مما يجعل من بعد المسافة سببا في تخلي الكثير ممن تضرروا من تصرفات الإدارة وقراراتها التي شابها تعسف وشطط في استعمال السلطة عن مقاضاتها، خاصة وأن تقسيم المحاكم الإدارية جغرافيا لم يكن متوازنا، حيث أن هناك مناطق ومدنا كبيرة وذات كثافة سكانية تفتقد لمحكمة إدارية على مستوى ترابها الإقليمي، ومن أمثلة ذلك جهة طنجة تطوان الحسيمة، حيث يضطر من يرغب في رفع دعوة إلغاء أو تعويض ضد الإدارة إلى التوجه إلى العاصمة الإدارية للقيام بذلك فيما يضطر سكان منطقة الريف لقطع مسافة ليست بالقصيرة للترافع ضد الإدارة أمام المحكمة الإدارية بفاس، بالمقابل نجد تمركزا لأكثر من محكمة إدارية في محور الرباط، فاس ومكناس، ونعلم مدى تقارب المسافة بين هاته المدن الثلاثة، لذلك كان من الأجدر إحداث محكمة إدارية بكل جهة من جهات المملكة كخطوة أولى نحو خلقها على مستوى كل عمالة وإقليم.

ونجد أن نفس الخطأ الذي رافق إحداث المحاكم الإدارية، قد تكرر مع إحداث محاكم الاستئناف الإدارية بحيث اقتصر الأمر على محكمتين فقط بكل من الرباط ومراكش، ونعلم أن المسافة الفاصلة مثلا بين أقصى شرق المغرب والرباط وبين أقصى الجنوب ومراكش ليست بالقصيرة، وبالتالي يبدو أن الأهمية التي شكلها إحداث المحاكم الإدارية سواء الابتدائية أو الاستئنافية قد اصطدمت بقلتها وسوء توزيعها الجغرافي، ولذلك فإن طموحات الملك الراحل الحسن الثاني التي أعلنها في الخطاب الذي ألقاه بمناسبة تأسيس المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان لم تتحقق على أرض

<sup>1</sup> - وديع البقالي: السلطة التقديرية للإدارة بين المصلحة العامة والحريات الفردية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الملك السعدي، الموسم الجامعي 2011-2012، ص 282.

<sup>2</sup> - حسن صحيب: إشكالية تحديد الاختصاص بين محاكم الاستئناف الإدارية والمجلس الأعلى، م.م.إ.م. ت، سلسلة مواضيع الساعة "تطور القضاء الإداري بالمغرب على ضوء إحداث محاكم الاستئناف الإدارية" عدد 2007.55 ص 62.

<sup>3</sup> - المكي السراجي: وضعية القضاء الإداري ودولة الحق في المغرب، م.م.إ.م. ت، سلسلة مواضيع الساعة، "القضاء الإداري ودولة القانون بالمغرب العربي"، عدد 59.

الواقع رغم مرور أكثر من عقدين من الزمن على الخطاب الذي أكد من خلاله الراحل عن قرب إحداث محكمة إدارية في كل عمالة أو إقليم وأن تكون هناك غرف إدارية جهوية التي ستصبح غرفا استئنافية، لكن وعلى الرغم من ذلك فإن إحداث محاكم الاستئناف الإدارية شكل نقلة نوعية ومحطة متميزة في المسار التاريخي للقضاء الإداري المغربي، بحيث سيمكن من تخفيف الضغط على المجلس الأعلى وإخراجه من المرحلة الانتقالية التي بدأت مع إحداث المحاكم الإدارية، حيث كانت الغرفة الإدارية تمارس عملها خلال تلك الفترة كمحكمة موضوع، وجهة استئنافية بالنسبة للأحكام التي كانت تستأنف لديها والصادرة عن المحاكم الإدارية، لتصبح بعد إحداث محاكم الاستئناف الإدارية تمارس عملها الطبيعي كمحكمة قانون، وتبث في طلبات النقض المقدمة أمامها ضد القرارات النهائية الصادرة عن هذه المحاكم<sup>1</sup>، وستكون هذه المرحلة ظرفية في انتظار إحداث مجلس الدولة، كما أعلن عن ذلك جلالة الملك محمد السادس في كلمة له بمناسبة افتتاح دورة المجلس الأعلى للقضاء يوم 15 دجنبر 1999 ومما جاء فيه " قررنا إحداث محاكم استئناف إدارية في أفق إنشاء مجلس الدولة يتوج الهرم القضائي والإداري لبلادنا حتى تتسنى مواجهة كل أشكال التسلط وحتى يتاح ضمان سيادة الشرعية ودعم الإنصاف بين المتقاضين "

### ثانيا: الاستقلالية في اتخاذ القرار:

إن الحديث عن استقلالية القضاء الإداري لا يقتصر فقط على الاستقلال على مستوى الاختصاصات والمهام والمؤسسات، وإنما يشمل أيضا الاستقلالية على مستوى اتخاذ القرار والتي تحتل أهمية قصوى لارتباطها بحجم وطبيعة الحماية التي يمكن أن يوفرها القاضي الإداري للحقوق والحريات، التي يمكن أن تتعرض للمساس والانتهاك في غياب تلك الاستقلالية، حيث يفتقد القاضي الإداري حينذاك عنصر الشجاعة والجرأة في اتخاذ القرارات العادلة والمنصفة خاصة إذا كان يشتغل في مناخ يسوده التسلط والديكتاتورية ويفتقد للديمقراطية والحرية، فغياب الاستقلالية على مستوى اتخاذ القرار بالنسبة للقاضي الإداري تكون له انعكاسات سلبية بالغة الخطورة تمتد إلى المستقبل، وأوضح مثال على ذلك تأثير مجلس الدولة الفرنسي بالأوضاع والظروف التي كانت سائدة في حينها ليوحد نظرية أعمال السيادة التي أعفت الكثير من أعمال السلطة التنفيذية من الرقابة، حيث حضيت الحكومة وإلى وقتنا هذا بحصانة مطلقة بصدد تلك الأعمال دون أن تطالها الرقابة القضائية، ويرجع سبب ذلك إلى حرص مجلس الدولة في ذلك الوقت على عدم الاصطدام بالملكية التي عادت للسلطة بعد الإطاحة بنابليون، وكان عليه أن يعمل على اتقاء شرها وكسب ودها وثقتها، وبالتالي فرغم أن قرار المجلس اتخذته عن طواعية، إلا أن الظروف التي كانت سائدة آنذاك جعلته يتخذ موقفا ما كان ليتخذه لو كان في وضعية أفضل .

وعندما نطالب باستقلالية القاضي الإداري، فإن ذلك لا يجب أن يقتصر على مستوى العلاقة مع الإدارة، فمهما بدا هذا الأخير متحررا من كل ضغط أو تبعية للسلطة التنفيذية أو الإدارة، إلا أن ذلك لا يعني بشكل تلقائي أن قراراته ومواقفه نابعة من إرادته المستقلة، بحيث قد يكون متأثرا في ذلك بمواقف واجتهادات القضاء الإداري المقارن. وكمثال على ذلك، نأخذ مواقف الاجتهاد القضائي المغربي التي نجده متأثرا من خلالها بشكل كبير بمواقف مجلس الدولة الفرنسي فيما تبناه من نظريات حديثة في موضوع الرقابة على سلطة الإدارة التقديرية<sup>2</sup>، بحيث اكتفى قضاؤنا بتبني نظريات لم يبتكرها بنفسه، وبالتالي اختار أسلوب التبعية والتقليد بدلا عن الاستقلالية والإبداع. ومع

<sup>1</sup> - عبد الواحد القرشي: القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، 2009، ص 211.

<sup>2</sup> - ونقص بذلك نظرية الموازنة في مجال نزع الملكية، ونظريتي الخطأ الواضح في التقدير والغلو في ميدان التأديب وغيره.



ذلك فإننا نتفاءل خيرا في قضائنا الإداري مستقبلا، إذا ما تم تجاوز السلبيات التي واكبت عمله منذ تأسيس المجلس الأعلى وحتى الآن، وذلك بالتحاذي مواقف جريئة وأن يكون سباقا لابتكار نظريات جديدة تؤسس لتوجهات متطورة في الرقابة على أعمال الإدارة مستقبلا ليكون نموذجا يقتدي به الاجتهاد القضائي إقليميا ولما لا حتى دوليا، دون انتظار ما سيأتي به القضاء الإداري الفرنسي أو غيره من جديد.

### ثالثا: التكوين المناسب للقضاة الإداريين :

القاضي الإداري ليس كغيره من القضاة، حيث يفترض فيه الإلمام بمشاكل الإدارة، وهي في غالب الأحيان ذات طبيعة قانونية وفنية في الآن ذاته، فلا بد أن تكون له ثقافة نظرية في علم القانون الإداري، ويتوفر على خبرة ودراية بالمشاكل التي تعرض عليه، وأن يكون على صلة دائمة بالدراسات الفقهية التي تتناول بعض قراراته. فالمهمة المنوطة بالقضاة الإداريين والمتمثلة في حماية حقوق وحرريات الأفراد ضد تعسفات السلطات الإدارية، والحرص من جهة أخرى على الحفاظ على المصلحة العامة، في سبيل الوصول لتحقيق توازن بين المطلبين، تتطلب منهم أن يكونوا في مستوى الحدث والتطلعات للقيام بالمهمة على أكمل وجه، وهذا ما يفرض ضرورة اعتماد تكوين يناسب طبيعة المهام الموكولة إليهم، وكذا إعادة النظر في طريقة تعيينهم، لأن طبيعة المنازعات الإدارية والإشكاليات التي تثار بصدها تستلزم توفر قضاة ملمين بالمجال الإداري من جميع جوانبه وعلى دراية بكل خباياه ومستجداته. ولهذا فإن اختيار القضاة الإداريين من بين قضاة المحاكم العادية وحتى وإن كانوا من ذوي التجربة والخبرة في ميدان القضاء، إلا أنه ليس قرارا صائبا من وجهة نظرنا، لأن الإشكاليات المثارة في المنازعات الإدارية ليست هي تلك التي تثار في المنازعات التي يحكمها القانون الخاص، كما أن القاضي الذي اعتاد الحكم في قضايا بين أشخاص القانون الخاص، سيجد صعوبة وهو بصدد الحكم على الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها. وهذا ما يفترض في القاضي الإداري الجرأة والإرادة القوية في حماية حقوق وحرريات الأفراد دون الإضرار بالمصلحة العامة في المقابل.

وهكذا، فإن كل هذه المعطيات تفرض حاجة ملحة لتهيئ العدد الكافي من القضاة الإداريين لتعزز بهم المحاكم الإدارية، ولن يتأتى ذلك إلا بتنظيم مباراة كل سنة للملحقين القضائيين تخصص قضاء إداري، حتى يتكون العدد الكافي من هؤلاء القضاة الذين يحتاجون إلى فترات طويلة من الممارسة والاحتكاك والتجربة ليكونوا في مستوى المهام الموكولة إليهم<sup>1</sup>، ونأمل أن تؤدي الجهود التي تقوم بها وزارة العدل لتكوين قضاة المحاكم الإدارية لتجاوز العيوب التي من الممكن أن تلازم كل مهنة، وأن تخلق القضاة الأكفاء والقادرين على تحقيق التوازن والتوافق بين حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة، وبين مقتضيات المصلحة العامة من جهة أخرى.

وإذا كان لاعتماد تكوين مناسب ومتخصص للقضاة الإداريين أثره الإيجابي على أدائهم في مجال الحماية الحقوقية، فإن التخصص والتكوين له انعكاس كبير حتى على المحامين وأدائهم أثناء المنازعات الإدارية، بحيث نجد على سبيل المثال أن بعض المحامين يغفلون بعض الشكليات البسيطة في مجال القضاء الإداري، مما ينتج عنه ضياع الكثير من الحقوق وتفويت الفرصة على أصحابها، حيث نجد أن الكثير من تصريحات عدم القبول الصادرة عن الغرفة الإدارية كانت إما بسبب تقديم الطلب خارج الأجل، أو خلو المذكرة من الأسماء أو عدم وضوحها أو عدم إرفاقها بنسخة من القرار المطعون فيه، ومثل هذه العيوب ما كانت لتكون من شخص مهمته الدفاع عن حقوق

<sup>1</sup> - مصطفى التراب: م.س. ص 29.

وحريرات الأفراد، ولتفادي ذلك يتعين اعتماد التخصص في المنازعات الإدارية بالنسبة للمحامين الذين اختاروا الترافع أمام القضاء الإداري، كما يتعين من جهة أخرى على القاضي الإداري أن يتحاشى إصدار أحكام بعدم قبول الدعوى لانتفاء شكلية بسيطة من الشكليات المطلوبة، لأن الكثير من الحقوق ستضيع في هذه الحالة، فالقاضي المقرر يمكنه أن يطلب من المدعي تحديد البيانات غير التامة أو التي وقع إغفالها<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: دور القاضي الإداري على مستوى الاختصاصات : أولا : الإختصاص الاستشاري :

إن إسناد دور استشاري للقاضي الإداري ستكون له انعكاسات إيجابية ستعود بالفائدة ليس على الإدارة فحسب، وإنما أيضا على الأفراد وحتى على القاضي نفسه، فأخذ آراء هذا الأخير بعين الاعتبار واقتراحاته بمناسبة إعداد القوانين والتشريعات سيجعل القرارات الإدارية أكثر عدالة وعقلانية ومشروعية، بعيدة عن التعسف والإكراه والتحكم، وبالتالي ستحضى بالرضا والقبول من طرف الأفراد لأنها ستكون أقل تقييدا لهم في ممارسة حقوقهم وحررياتهم، كما أن الأخذ بالرأي الاستشاري للقاضي الإداري سيعين الإدارة وينير لها الطريق الذي يجب أن تسلكه لتجنب إلغاء قراراتها أو إثارة مسؤوليتها، مما سيققل من دعاوى الإلغاء والتعويض المرفوعة ضدها، والتي تستهدف عادة القرارات الإدارية غير المشروعة. وتتجلى أيضا أهمية الدور الاستشاري للقاضي الإداري في تسهيل مهمة هذا الأخير في حماية حقوق وحريرات الأفراد بالمعرفة المسبقة لقصد وهدف المشرع من إصداره لقوانين سبق وأن أبدى رأيه فيها أو ساهم في صياغتها وإعدادها، فالاستعانة بالقضاة الإداريين سواء في تحضير أو إعداد القوانين والتشريعات سينعكس بشكل جد إيجابي على القرارات الإدارية لتبدو عادلة وديمقراطية ومنصفة.

ووعيا منه بأهمية الدور الاستشاري للقاضي الإداري، نجد أن المشرع الفرنسي قد منح الأخير دورا استشاريا مهما، وبالتالي أضحي مجلس الدولة الفرنسي يتمتع بازواجية الاختصاص، فإلى جانب وظيفته القضائية، يضطلع أيضا بوظيفة استشارية<sup>2</sup>، وبعد الاختصاص الاستشاري أساس إنشاء مجلس الدولة ومجلس الأقاليم. ويتمثل الدور الاستشاري لمجلس الدولة الفرنسي في تقديم المشورة وإبداء الرأي فضلا عن صياغة مشاريع القوانين التي تقدمها الحكومة قبل عرضها على البرلمان، كما تمارس المحاكم الإدارية الفرنسية، إلى جانب اختصاصها القضائي اختصاصات استشارية من حيث إبداء رأيها فيما يعرض عليها المحافظون من قضايا، في حين تحدد اختصاص محاكم الاستئناف الإدارية فينظر المنازعات الإدارية المستأنفة أمامها والفصل فيها دون القيام بأي اختصاص استشاري<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الاختصاص القضائي تسوده الشفافية، حيث يطلع العموم على آلاف الأحكام والقرارات الصادرة عن مختلف المحاكم كل سنة، فإن الاختصاص الاستشاري تطبعه السرية، وبالرغم من ذلك فإنه يلعب دورا مركزيا واستثنائيا في تكوين القانون الإداري في فرنسا<sup>4</sup>.

وسلك القضاء الإداري المصري نفس مسلك نظيره الفرنسي بخصوص ازدواجية الاختصاص فإلى جانب الاختصاص القضائي، أسندت إلى مجلس الدولة المصري اختصاصات استشارية، حيث يقوم قسم الفتوى بالمجلس

<sup>1</sup> - عبد الله حداد: تطبيقات الدعوى الإدارية، منشورات عكاظ، الطبعة الثانية 2002، ص 292.

<sup>2</sup> - وديع البقالي: م.س، ص 287.

<sup>3</sup> - ثورية لعيوني: موقع القضاء الإداري المغربي من نظيره الفرنسي والمصري، م.م.إ.م.ت، عدد 65، نونبر- دجنبر 2005 ص 35.

<sup>4</sup> - وديع البقالي: م.س، ص 288.

بتقديم الاستشارات والآراء القانونية للإدارة في المادة الإدارية، كما يقوم قسم التشريع بصياغة التشريعات ومراجعتها، إذ يلزم المشرع الحكومة بضرورة اللجوء إلى هذا القسم قبل استصدار أية لائحة أو قرار ذي صفة تشريعية من طرف أية مصلحة أو وزارة<sup>1</sup>.

وعكس نظيره الفرنسي والمصري، لم يمنح المشرع المغربي اختصاصات استشارية واضحة للقضاء الإداري، إلا استثناء أو في مناسبات ظرفية ونادرة، ومن هذه الحالات الاستثنائية التي تجاوز فيها القضاء المغربي وظيفته القضائية إلى أداء دور تشريعي نجد الحالات التالية<sup>2</sup>:

- تعيين قضاة للسهر على العمليات الانتخابية وحسن سيرها، والمساعدة في حل القضايا التي تثار بصدها بطريقة توافقية؛
  - تعيين قضاة كمستشارين قانونيين بمجموعة من الوزارات يتم اختيارهم من ذوي التكوين المناسب والخبرة الكافية في المجالات التي تهتم اختصاصات وحاجيات كل وزارة، بغية المساعدة والإسراع في دراسة وإعداد النصوص القانونية؛
  - تعيين قضاة بهيأة التحكيم المستقلة لتحديد التعويض الناتج عن الضرر المادي والمعنوي لضحايا وأصحاب الحقوق ممن تعرضوا للاختفاء والاعتقال التعسفي؛
  - التقارير السنوية الصادرة عن المجلس الأعلى التي تشكل مناسبة للبحث على تعديل بعض النصوص القانونية حيث يساهم بذلك في إصلاح القوانين وتعديلها؛
  - المساهمة العلمية للقضاة من خلال منشوراتهم ومشاركاتهم في الندوات والأيام الدراسية... الخ.
- لكن بالرغم من ذلك، فإن الحاجة ماسة لتعزيز الدور الاستشاري للقضاء الإداري المغربي، خاصة مع إحداث محاكم الاستئناف الإدارية في أفق إحداث مجلس للدولة، وذلك بإحداث قسم داخل أجهزة هذا القضاء يساهم في صياغة اللوائح ومشاريع القوانين، وأيضا تنقيتها من الشوائب، فضلا عن إبداء الرأي وتقديم المشورة القانونية للإدارة، مما سيساعد على التقليل من القرارات غير المشروعة، بل والمساهمة في إصلاح الإدارة وذلك بلفت نظرها إلى مواطن الخلل فيها حتى يتسنى لها مراجعة تدابيرها وإصلاحها<sup>3</sup>.

#### ثانيا: إنشاء وتفسير القواعد القانونية :

للقاضي الإداري دور هام في حماية الحق والقانون وتحقيق التوازن بين السلطة والحريات من خلال مساهمته في خلق القواعد القانونية، و تعد المبادئ العامة للقانون خير مثال على ذلك، حيث يمكن اعتباره بمثابة سلطة ضمنية ومشرع من الدرجة الثانية في بعض الحالات، فهو يبدع ويبتكر القاعدة القانونية التي لا تكون في الغالب مقننة في

<sup>1</sup> - ثورية لعيوني: م، س، ص 36.

<sup>2</sup> - محمد سعيد بناني: القضاء بين الحق ودولة القانون، المعهد العالي للقضاء، سلسلة الندوات والأيام الدراسية في موضوع "بناء دولة الحق بضمان سيادة القانون"، فبراير 2004، ص 51.

<sup>3</sup> - ثورية لعيوني: م، س، ص 36.

القانون الإداري،<sup>1</sup> إنه قضاء إنشائي يحاول بالرغم من اختلال ميزان القوى بين طرفي المنازعة الإدارية وهما الإدارة كخصم قوي، والفرد كخصم ضعيف، أن يقيم توازنا دقيقا بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في إطار سياسة قضائية تتطلب من القاضي الإداري تكويننا قانونيا متينا، واطلاعا واسعا على مجريات الأمور في بلده على كافة الأصعدة.<sup>2</sup>

فخلافا لطبيعة الدور الذي يلعبه القضاء المدني في تسوية المنازعات واقتصراره على النطق بالقانون بمناسبة القضايا المعروضة عليه، فإن طبيعة الوظيفة القضائية الإدارية التي تتحدد في التوفيق بين السلطة والحرية وبين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة والعمل على ضمان حماية حقوق وحرية الأفراد دون المساس باستمرارية المرافق العمومية في أداء مهامها، تجعل استناد القضاء الإداري على القانون ليس هدفا نهائيا بقدر ما يشكل وسيلة يستعين بها لحل النزاع المعروض عليه.<sup>3</sup>

فالقضاء الإداري مطالب بإيجاد الحلول الكفيلة بالتفريق بين الرغبة في أعمال السلطة العامة وضرورة حماية حقوق وحرية الأفراد.<sup>4</sup> فالقاضي الإداري في إطار مهمته في حل النزاعات، يقوم بتفسير القواعد الغامضة وفي حالة غياب النصوص القانونية يقوم بإقرار القاعدة التي سيطبقها على النازلة موضوع النزاع، فهو منشئ للقواعد القانونية وليس مفسرا لها فقط<sup>5</sup>، كما أن دوره لا يقتصر على محاكمة الإدارة، وإنما يعتبر تكملة للعمل الإداري بفضل القرارات التي يصدرها، فهو يجمع بين اختصاصات النظام الإداري والاختصاصات القضائية الخالصة.<sup>6</sup>

ونجد أن القاضي الإداري المغربي كما نظيره الفرنسي يشارك في إعداد مختلف القواعد القانونية التي تعمل أحيانا على التوفيق بين سلطة الإدارة وحقوق وحرية الأفراد<sup>7</sup>، ويتضح ذلك بالخصوص من خلال دوره الكبير والفعال في التوفيق بين النظام والحرية<sup>8</sup>، خاصة عند غياب قانون تنظيمي منظم لممارسة حق أو حرية معينة كما هو الشأن بالنسبة لحق الأضراب وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية بالرباط في حكم لها جاء فيه<sup>9</sup> " لكن وحيث أنه أمام عدم إصدار الجهات المختصة للنص التنظيمي المشار إليه، فإن القاضي الإداري بما لديه من دور في خلق قواعد قانونية عندما يخلو المجال من التشريع، يكون ملزما بوضع معايير وضوابط من شأنها أن تضمن لهذا الحق البقاء والحماية من جهة ومن جهة أخرى عدم التعسف في استعماله لحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب، وهذا المبدأ

<sup>1</sup> - Picard (E) : L'Etat de droit et le juge administratif en France in " tribunaux administratifs et l'Etat de droit , travaux du colloque international organisé par la faculté de droit de Marrakech le 4-5 février N° 5, 1996, p 129

<sup>2</sup> - Hardy (J) : le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif Français, RDP, 1990 p: 453

<sup>3</sup> - مصطفى التراب: م.س، ص 29.

<sup>4</sup> - عصام بنجلون: السلطة التقديرية للإدارة بين قواعد التشريع واجتهاد القضاء الإداري، م.م.إ.م.ت، عدد 81-82-2008، ص 46.

<sup>5</sup> - المنتصر الداودي: قضاء الإلغاء والسلطة التقديرية للإدارة، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد، صادرة عن جامعة القاضي عياض بمراكش، عدد خاص عن المحاكم الإدارية ودولة القانون، العدد 21، 1994، ص: 148.

<sup>6</sup> - ANTARI (M) : le droit jurisprudentiel et les justiciables : Remald, série Thèmes actuels 1957- 1997 , 40 ans de justice administrative au Maroc, N° 14 - 1998, p 37.

<sup>7</sup> - ANTARI (M) : op. cit, p 37.

<sup>8</sup> - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 135 بتاريخ 07/02/2006، ملف رقم 05/1/48.

<sup>9</sup> - C.E: 7/7/1950 Dohaene . Rec p : 246.

تم تأصيله من طرف مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار دوهين، عندما أعطى الاختصاص للقضاء الإداري في خلق التوازن بين مبدأ استمرارية المرفق العام والحق في ممارسة الحرية".

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي سابقا إذن لخلق ذلك التوازن بين استمرارية المرفق العام وضمان ممارسة حق الإضراب وذلك من خلال حكم Dohaene السالف الذكر<sup>1</sup>، والذي سمح للقاضي الإداري بمراقبة الوسائل المعتمدة من طرف الإدارة للتوفيق بين ممارسة العاملين لحق الإضراب ومدى الإضرار بالمصلحة العامة من خلال وظيفة المرفق<sup>2</sup>. فالقاضي الإداري بمناسبة قيامه بمهمة التوفيق تلك يحاول مراعاة درجة أهمية المرفق العام ومدى تأثيره بالإضراب، حيث اعتبر أن إضراب العاملين في حديقة عمومية أو مكتبة مثلا ليس بنفس تأثير وأهمية الإضراب في مرفق الصحة أو النقل<sup>3</sup>. فالتعامل مع الإضراب يختلف من حيث الشدة والمرونة بحسب اختلاف القطاعات التي يشملها.

إلا أنه حاليا، يلاحظ أن تقنين الكثير من مواضيع القانون الإداري أدى إلى انحصار الدور الإنشائي للقاضي الإداري ليس في المغرب فحسب، وإنما حتى في فرنسا أيضا وذلك منذ نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، فلم يعد القاضي يعمل سلطته الإنشائية إلا في حالة وجود فراغ قانوني. وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بوجدة من خلال التأكيد على أن القضاء الإداري بصفة عامة وإن كان ينشئ قواعد قانونية بناء على اجتهاداته المتواترة، إلا أن ذلك مشروط بفراغ الساحة من نص قانوني صريح تطبيقا لقاعدة لا اجتهاد مع وجود نص قانوني<sup>4</sup>.

#### خاتمة :

عموما، فإن تحقيق التوازن بين السلطة والحريات أو بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أو بين امتيازات الإدارة وحقوق وحريات الأفراد، يتطلب ضرورة التوفر على قضاء إداري قوي قادر على الموازنة بين طرفين متعارضين في مصالحهما، وهذا لن يتأتى إلا بتوفير الظروف الملائمة لذلك من خلال تمكين القاضي الإداري من حرية أوسع في اتخاذ القرار الذي يراه مناسبا، مع تقوية دوره الاستشاري وكذا مساهمته في إنشاء القواعد القانونية وتفسيرها، وقبل ذلك يتوجب الاهتمام بتكوين قضاة إداريين تكوينا يتناسب مع طبيعة المنازعات الإدارية وما تثيره من إشكالات، مع ضرورة تقريب القضاء الإداري من المواطنين لإتاحة الفرصة أمامهم لمقاضاة الإدارة والدفاع عن مصالحهم وحقوقهم التي قد يطلها الهدر والانتهاك.

<sup>1</sup> - تفاصيل الحكم في مقالة حميد ولد البلاد، توجهات القضاء الإداري حول الإضراب في الوظيفة العمومية، م.م.إ.م.ت. عدد 84-85، يناير، أبريل 2009، ص 65-66.

<sup>2</sup> - TRUCHET (D) : les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat L.G.D.J Paris 1977. P : 339.

<sup>3</sup> BENABDELLAH (M.A) : de la légalité d'exercice du droit de grève dans la fonction publique, Note - sous T.A Rabat 7/2/2006, LAKHLIDI Remald , N° 70 - 2006, p: 65 et s

<sup>4</sup> - المكي السراجي: م.س.، ص: 62.

❖ لائحة المراجع بالعربية :

- ✓ وديع البقالي : السلطة التقديرية للإدارة بين المصلحة العامة والحريات الفردية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد المالك السعدي، الموسم الجامعي 2011-2012.
- ✓ عبد الله حداد : تطبيقات الدعوى الإدارية، منشورات عكاظ، الطبعة الثانية 2002.
- ✓ عبد الواحد القريشي : القضاء الإداري ودولة الحق والقانون بالمغرب، مطبعة النجاح الجديدة، 2009
- ✓ - مصطفى التراب : أي تطور مستقبلي للقضاء الإداري بالمغرب؟ المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 81-82-2008
- ✓ حسن صحيب : إشكالية تحديد الاختصاص بين محاكم الاستئناف الإدارية والمجلس الأعلى، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة "تطور القضاء الإداري بالمغرب على ضوء إحداث محاكم الاستئناف الإدارية" عدد 2007.55
- ✓ المكّي السراجي : وضعية القضاء الإداري ودولة الحق في المغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، "القضاء الإداري ودولة القانون بالمغرب العربي، عدد 2008.59
- ✓ عصام بنجلون : السلطة التقديرية للإدارة بين قواعد التشريع واجتهاد القضاء الإداري، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 81-82-2008
- ✓ المنتصر الداودي : قضاء الإلغاء والسلطة التقديرية للإدارة، المجلة المغربية للقانون والاقتصاد، صادرة عن جامعة القاضي عياض بمراكش، عدد خاص عن المحاكم الإدارية ودولة القانون، العدد 21، 1994
- ✓ محمد سعيد بناني : القضاء بين الحق ودولة القانون، المعهد العالي للقضاء، سلسلة الندوات والأيام الدراسية في موضوع "بناء دولة الحق بضمان سيادة القانون"، فبراير 2004
- ✓ ثورية لعيوني : موقع القضاء الإداري المغربي من نظيره الفرنسي والمصري، م.م.إ.م.ت، عدد 65، نونبر-دجنبر 2005

❖ لائحة المراجع بالفرنسية :

- TRUCHET (D) : les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'Etat L.G.D.J Paris 1977
- BENABDELLAH (M.A) : de la légalité d'exercice du droit de grève dans la fonction publique, Note - sous T.A Rabat 7/2/2006, LAKHLIDI Remald , N° 70 – 2006
- ANTARI (M) : le droit jurisprudentiel et les justiciables : Remald, série Thèmes actuels 1957- 1997 , 40 ans de justice administrative au Maroc, N° 14
- Hardy (J) : le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif Français, RDP, 1990
- Picard (E) : L'Etat de droit et le juge administratif en France in" tribunaux administratifs et l'Etat de droit , travaux du colloque international organisé par la faculté de droit de Marrakech le 4-5 février N° 5, 1996

## القضاء الإداري و حماية الحقوق و الحريات الفردية في الجزائر



من إعداد الأستاذ : عمر غول

طالب دكتوراه علوم تخصص حقوق

كلية الحقوق، جامعة تبسة - الجزائر

email : m.ghomar@yahoo.fr

ملخص :

يحتل القضاء الإداري في الجزائر ممثلا في مجلس الدولة دورا بارزا في حماية الحقوق و الحريات الفردية من تعسف و انتهاكات الإدارة طبقا لنص المادتين 157 و 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016، و غيرها من النصوص القانونية ذات العلاقة على اختلاف درجاتها و ذلك عن طريق مختلف الدعاوى القضائية كدعوى الإلغاء التي تُرفع ضد القرارات الإدارية الضبطية، لكن من جانب آخر هناك العديد من العراقيل التي تكبل و تحد من دور القضاء الإداري في هذا المجال سواء أثناء نظر الدعوى إن رُفعت أو حتى عند تنفيذ القرار القضائي الفاصل في النزاع ما يجعل هذه الحماية محل نظر في الجزائر.

الكلمات المفتاحية : قضاء، إلغاء، إدارة، حرية، قرار، حق.

مقدمة :

تُعد الرقابة القضائية من طرف القضاء الإداري على نشاط الإدارات العمومية ضمانا أساسية لحماية الحقوق و الحريات الفردية نظرا لما يحظى به هذا القضاء من ثقة سواء من قبل الأفراد أو الإدارة و طالما توفرت له الضمانات الأساسية لاستقلاله و حيده في ممارسة اختصاصاته، فمن خلال ذلك كان من بين الأهداف التي أدت بالمشرع الجزائري لتبني نظام ازدواجية القضاء هو فرض رقابة محكمة على تصرفات الإدارة التي قد تطل حقوق الأشخاص و حرياتهم، فمدى نجاح القضاء الإداري قد يكون مرهونا بمدى نجاحه في حماية حقوق و حريات الأشخاص من تعسف الإدارة باعتبارها طرفا ممتازا و بالتالي تحقيق المصلحة العامة، فمن هذا المنطلق يبدوا نظام ازدواج القضاء بمثابة دعامة من دعائم حماية الحقوق و الحريات الفردية تطبيقا لنصوص الدستور لا سيما نص المادة 157 من التعديل الدستوري

لسنة 2016 و تكريسا لدولة القانون. فهل نجح القضاء الإداري في ممارسة اختصاصاته المخولة دستوريا و الاضطلاع بمهمته في حماية الحقوق و الحريات الفردية؟.، حيث تكون الإجابة على هذه الإشكالية من خلال ثلاث مباحث :

المبحث الأول : الاختصاص الشامل للقضاء الإداري في حماية الحقوق و الحريات الفردية.

المبحث الثاني : وسائل رقابة القضاء الإداري في مجال حماية الحقوق و الحريات الفردية.

المبحث الثالث : حدود سلطات القضاء الإداري في مجال حماية الحقوق و الحريات الفردية.

المبحث الأول : الاختصاص الشامل للقضاء الإداري في حماية الحقوق و الحريات الفردية :

إن إرساء دولة القانون و تكريس مبدأ الشرعية تتضح من خلال احترام السلطة التنفيذية بصفة عامة و الإدارة خاصة للقوانين التي تسنها السلطة التشريعية، تبعا لذلك لا يجوز للإدارة أن تتجاوز النطاق المحدد بموجب القانون أو تخرقه و إلا اعتبرت أعمالها غير مشروعة، في هذا الجانب أقر المشرع للأفراد حق اللجوء إلى القضاء الإداري لمنازعة القرارات الإدارية غير المشروعة، و هذا ما يشكل قييدا للإدارة قصد حماية حقوق و حريات الأفراد و منعها من التعسف. و حتى إن تمتعت الإدارة بقدر من السلطة التقديرية فإن سلطتها لا تُعتبر تحكيمية لأنها تمارس نشاطها في حدود مبدأ الشرعية و إلا عرضت تصرفاتها للإلغاء، فيمارس القضاء الإداري في هذا السياق رقابته على السلطة التقديرية للإدارة<sup>(1)</sup>. حيث تتم معالجة هذا المبحث من خلال مطلبين :

المطلب الأول : الرقابة الخارجية على مشروعية القرار الضبطي.

المطلب الثاني : الرقابة على العناصر الداخلية للقرار الضبطي.

المطلب الأول : الرقابة الخارجية على مشروعية القرار الضبطي :

يُقصد بالعناصر الخارجية للقرار الإداري الضبطي كل من ركن الاختصاص و ركن الشكل و الإجراءات بحيث تلتزم الإدارة في اطار ممارسة نشاطها الضبطي بالتصرف وفقا لقواعد الاختصاص المحددة مسبقا، و وفقا للإجراءات و الشكليات التي حددها القانون<sup>(2)</sup>.

فرع 1: رقابة شرعية ركن الاختصاص :

يُقصد بالاختصاص القدرة قانونا على مباشرة عمل إداري معين، فالقانون هو الذي يحدد لكل موظف نطاق اختصاصه، ففكرة الاختصاص هي نتيجة من نتائج مبدأ " الفصل بين السلطات " ذلك أن هذا المبدأ لا يستلزم تحديد اختصاصات السلطات الثلاث فحسب و إنما يستلزم توزيع الاختصاصات في نطاق السلطة الواحدة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2011/2012، ص 142.

<sup>2</sup> - الأستاذ سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الفردية، [www.slimaniessaid.com](http://www.slimaniessaid.com)، بتاريخ 2016/10/15 على الساعة 10:00:

<sup>3</sup> - عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري و حدود سلطته في رقابة المشروعية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، السنة الجامعية 2013/2014، ص 106:



إن للقضاء الإداري سواء المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة فيما يدخل في اختصاصهما رقابة على ركن الاختصاص بالنظر إلى عناصره الأربعة: العنصر الشخصي الذي يقتضي صدور القرار الإداري من الشخص أو الهيئة المختصة<sup>(1)</sup>، العنصر الموضوعي الذي يعني تحديد دائرة أو مدى السلطات الممنوحة للمختص شخصيا فلا يجوز اعتداء هيئة مركزية على اختصاص هيئة لامركزية، أو اعتداء رئيس على اختصاص مرؤوسه و العكس<sup>(2)</sup>، و العنصرين الزمني و المكاني الذين يقتضيان أن يتخذ القرار أثناء فترة اختصاص المخول له قانونا و بشأن حدوده الإدارية.

في حالة تحديد الجهة الإدارية المختصة بصفة ملزمة لا يجوز لسلطة إدارية أخرى ممارسة هذا الاختصاص، أما في حالة تحديد الجهة الإدارية المختصة على سبيل التخيير يجوز لهذه الأخيرة تفويض اختصاصها أو جزء منه لسلطة إدارية أخرى، فإذا صدر القرار من جهة غير مختصة إقليميا أو زمنيا أو موضوعيا يكون معرضا للإلغاء بأن يكون مشوبا بعبء "عدم الاختصاص" في شكله البسيط، و كون الاختصاص ركن في القرار الإداري بصفة عامة يتعلق بالنظام العام فإنه :

- لا يمكن الاتفاق على مخالفة قواعده؛
  - لا يمكن تصحيحه لاحقا؛
  - يمكن للقاضي الإداري أن يثيره في أي مرحلة كانت عليها الدعوى من تلقاء نفسه<sup>(3)</sup>.
- و قد عرف الأستاذ Laferrière عيب عدم الاختصاص في قوله: " هو عدم الأهلية الشرعية لسلطة إدارية لاتخاذ قرار، أو إبرام عقد لا يدخل ضمن صلاحياتها".

أما الفقيه De Laubadere عرف عدم الاختصاص بقوله: " عندما لا يدخل التدبير الإداري المتخذ في صلاحيات السلطة المتخذة له، لكن في صلاحيات سلطة أخرى، و بعبارة أخرى عندما توجد مخالفة لقواعد الاختصاص".

فتوزيع الاختصاصات من طرف السلطين التشريعية أو التنظيمية غرضه هو إلزام السلطة الإدارية على عدم تجاوز الميادين الممنوحة لها حماية لحقوق و حريات الأفراد<sup>(4)</sup>، و يعتبر عيب عدم الاختصاص أول عيب باشر فيه مجلس الدولة الفرنسي رقابته على مشروعية القرارات من خلال دعوى تجاوز السلطة تبعا لقراره بتاريخ 1807/03/28 في قضية " Dupuy-Bracé"، و مثل ذلك القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1976/11/20 الذي اعتبر أن رئيس بلدية بودواو غير مختص في غلق محل بيع المشروبات الكحولية بصفة نهائية لأنه من اختصاص الجهة القضائية فقط<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - سكاكي باية، مرجع سابق، ص 145؛

<sup>2</sup> - رزايقية عبد اللطيف، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، السنة الجامعية 2013/2014، ص 111.

<sup>3</sup> - خزارلمياء، دور مجلس الدولة في المنازعات الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2011/2012، ص 53؛

<sup>4</sup> - سكاكي باية، مرجع سابق، ص 145؛

<sup>5</sup> - سكاكي باية، نفس المرجع، ص 147.

أما عيب عدم الاختصاص الجسيم و الذي يُعبر عنه بغصب السلطة أو الوظائف حيث لا يؤدي فقط إلى اعتبار القرار معيبا و إنما منعدما نظرا لصدور القرار من طرف شخص عادي لا يتمتع بصفة الموظف العام لممارسة هذا الاختصاص، و للتخفيف من آثار غصب السلطة في هذه الحالة ابتدع مجلس الدولة الفرنسي و تبعه في ذلك مجلس الدولة الجزائري " نظرية الموظف الفعلي" أين تنطبق هذه النظرية في الظروف العادية على أساس الظاهر و حماية للغير حسن النية الذي تعامل مع هذا الشخص العادي الذي ظهر بمظهر الموظف، كما تنطبق هذه النظرية في الظروف الاستثنائية على أساس الضرورة<sup>(1)</sup> و لعل أشهر قضية طبق فيها مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية هي قضية السيدتين " Dol et Laurent " بتاريخ 1919/02/28 بعد أن رفعت هاتين السيدتين دعوى تجاوز السلطة أمام مجلس الدولة فقضى هذا الأخير بتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية المتمثلة في حالة الحرب العالمية الأولى و سلطات الحرب<sup>(2)</sup>.

و قد يظهر عيب عدم الاختصاص الجسيم أو غصب السلطة في حالة اعتداء إحدى السلطات الثلاث على اختصاص سلطة أخرى كاعتداء السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة القضائية كما أشار إلى ذلك قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2002/06/10 الذي جاء فيه: "... حيث أنه الثابت من الوقائع أن البلدية تدخلت للفصل في نزاع قائم... حول التصرف أو لمن ترجع حيازة قطعة ترابية، حيث أن مثل هذه النزاعات تعد من اختصاص الجهة القضائية... إن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن تدخل رئيس البلدية في نزاع قائم بين مواطنين حول مسألة الملكية أو حق الارتفاق يعد تجاوزا للسلطة..."<sup>(3)</sup>.

## فرع 2: رقابة مشروعية الشكل و الإجراءات :

يُقصد بالشكل المظهر الخارجي الذي تضيفه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها، و الإجراءات التي تتبعها في إصداره. إن كان المبدأ العام هو أن القرار الإداري لا يخضع في إصداره لشكليات معينة إذ تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في الإفصاح عن إرادتها وفقا للشكل الي تراه ملائما<sup>(4)</sup>، فقد يكون مكتوبا أو شفويا صريحا أو ضمنيا مسببا أو خاليا من التسبب، غير أن المشرع قد يتدخل و يحدد الشكل و الإجراءات الواجب اتباعها لإصدار القرار الإداري و ذلك حماية لحقوق و حريات الأشخاص، حيث يكون القرار الإداري دون الالتزام بالشكل الذي حدده القانون أو دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا معيبا و يكون عرضة للإلغاء<sup>(5)</sup>، فاستدعاء الموظف المحال على لجنة التأديب بصفة قانونية يعد إجراء جوهريا يترتب عن مخالفته إلغاء القرار التأديبي الصادر ضده.

و يميز الفقه و القضاء الإداري بين الإجراءات و الشكليات الجوهرية، و بين الإجراءات و الشكليات غير الجوهرية، حيث تُقام الأولى حماية لمصالح و حقوق الأشخاص بينما الثانية فلم ينص القانون على ضرورة الالتزام بها، أو أنها مقررة فقط لصالح الإدارة، فعدم مراعاة الأولى يؤثر في شرعية القرار، أما مخالفة الثانية فلا يؤثر في شرعية

<sup>1</sup> - عائشة غنادرة، مرجع سابق، ص 113-114؛

<sup>2</sup> - سكاكي باية، مرجع سابق، ص 147؛

<sup>3</sup> - مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، مطبعة الديوان، الجزائر، 2002، ص 209؛

<sup>4</sup> - سكاكي باية، مرجع سابق، ص 148؛

<sup>5</sup> - الأستاذ سليمان السعيد، مرجع سابق.

القرار<sup>(1)</sup>. و مثال الإجراءات الجوهرية ما جاء به قرار مجلس الدولة الجزائري صادر بتاريخ 2002/07/22 الذي أقر فيه: بقاعدة عدم نقل موظف من مكان إلى آخر لفائدة المصلحة دون عرض الأمر على لجنة الموظفين لإبداء الرأي<sup>(2)</sup>.

إن رقابة القضاء الإداري على المشروعية الخارجية للقرارات الإدارية الضبطية هي رقابة موضوعية حيث لا تتمتع سلطات الضبط الإداري بسلطة تقديرية بشأنها، غير أنه إذا طرأت ظروف استثنائية أجاز مجلس الدولة بصفته ممثلاً للقضاء الإداري للإدارة أن تتجاهل قواعد الاختصاص و الإجراءات و الشكليات المحددة مسبقاً بموجب القوانين السارية و ذلك لمواجهة متطلبات تلك الظروف.

ما يمكن ملاحظته أن رقابة الشرعية الخارجية محدودة الفعالية إذ تستطيع الإدارة أن تعيد إصدار نفس القرار المحكوم بعدم شرعيته تحت مظهر خارجي مشروع، كما أن الظروف الاستثنائية تحول دون إعمال الرقابة على الشرعية الخارجية للقرارات الإدارية الضبطية لهذه الأسباب فإن القضاء الإداري عند فصله يوسع رقابته لتشمل حتى العناصر الداخلية للقرار<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثاني: الرقابة على العناصر الداخلية للقرار الضبطي:

تعتبر رقابة القضاء الإداري على الشرعية الداخلية للقرارات الإدارية في المجال الضبطي من أهم أوجه الإلغاء و أكثرها تطبيقاً في العمل لأنها رقابة موضوعية تستهدف مطابقة القرار من حيث سببه و محله و غايته لأحكام القانون عامة، و لهذا فالعيوب المتعلقة بالجانب الموضوعي للقرار الضبطي تشمل ثلاث عيوب هي: " عيب السبب، عيب مخالفة القانون، عيب إساءة استعمال السلطة"<sup>(4)</sup> يتم تناولها كل على حدا.

#### فرع 1: الرقابة على ركن السبب:

يقصد بالسبب في القرار الإداري الواقعة المادية أو القانونية التي تقع مستقلة و بعيدة عن نية و إرادة السلطة الإدارية المختصة فتدفعها إلى إصدار قرار إداري معين، و عليه فانعدام الحالة المادية أو القانونية، أو وقوع خطأ في تفسيرها و تكييفها هذه الوقائع خلال صدور القرار الضبطي يجعل هذا القرار معيباً من حيث سببه و هذا ما يعرضه للإلغاء.

لقد تردد الفقه في الاعتراف بوجود السبب كعيب مستقل بذاته كالأستاذ أحمد محيو الذي لم يقدم تعريفاً لعيب السبب لأنه لا يعترف به كعيب مستقل و جعله جزء من عيب مخالفة القانون بمفهومها الواسع و تشمل مخالفة الدستور، القوانين، و التنظيمات<sup>(5)</sup>.

إن رقابة القضاء الإداري على سبب القرار الإداري رقابة دقيقة و متفاوتة، بحيث قد يكتفي برقابة الحد الأدنى للتأكد من الوجود المادي و القانوني للوقائع دون فحص مدى خطورة هذه الوقائع باعتبارها تخضع لتقدير الإدارة إلا

<sup>1</sup> - غنادرة عائشة، مرجع سابق، ص 116؛

<sup>2</sup> - مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، منشورات الساحل، الجزائر، 2004، ص 164؛

<sup>3</sup> - الأستاذ سليمان السعيد، مرجع سابق؛

<sup>4</sup> - رزايقية عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 134.

<sup>5</sup> - سكاكي باية، مرجع سابق، ص 157، أنظر أيضاً: الدكتور محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، طبعة 2009، ص

أنه كأصل عام في مجال الضبط الإداري فقد يوسع القضاء الإداري من رقابته لتشمل تقدير مدى خطورة هذه الوقائع ذلك لكون الملاءمة تعد شرطاً من شروط الشرعية و هو ما يطلق عليه برقابة الحد الأقصى<sup>(1)</sup>.

إن فكرة الشرعية مستمدة من مطابقة النظام القانوني أما ملاءمة تصرف معين فهي فكرة عملية يُنظر فيها إلى اعتبارات الزمان و المكان و الظروف المحيطة، لذلك فإن فكرتي الشرعية و الملاءمة ليستا على خط واحد فلا يمكن أن تشكل الأولى نقيض الثانية. فالشرعية نقيضها عدم الشرعية، و الملاءمة نقيضها عدم الملاءمة، فقد تكون هناك قرارات مشروعة و لكن غير ملائمة كما أن هناك قرارات غير مشروعة لكنها قد تكون ملائمة، تبعاً لذلك ليس هناك مانع من الجمع بين اعتبارات الشرعية و الملاءمة في قرار واحد بحيث تصبح الملاءمة شرطاً لشرعية القرار<sup>(2)</sup>.

تطبيقاً لذلك نجد ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي الذي أكد أنه إذا كان لسلطات الضبط الإداري أن تتخذ إجراءات متعددة، و أن تخالف قواعد الاختصاص و الإجراءات فإنها تظل ملتزمة بمجموعة من المبادئ لا يجوز الخروج عنها و منها مبدأ التناسب و الملاءمة و ذلك تطبيقاً لقاعدة "الضرورة تُقدر بقدرها"، فيُشترط أن يكون هناك خطر جسيم يهدد النظام العام، و أن يكون الإجراء المتخذ هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر، و من بين قرارات مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال القرار الذي أصدره بتاريخ 1953/01/23 في قضية "Naud"<sup>(3)</sup>.

## فرع 2 : الرقابة على ركن المحل :

يُقصد بمحل القرار الإداري المركز الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، و الأثر القانوني الذي يترتب عليه مباشرة و حالاً سواء بإنشاء أو تعديل أو إلغاء لهذا المركز.

إن سلطات الضبط الإداري عندما تتحقق من قيام الواقعة المادية أو القانونية التي تبرر تدخلها، و بعد أن تكيفها التكييف القانوني الصحيح و تقدر الأخطار التي قد تنجم عنها تتخذ القرار الضبطي الملائم.

أما عيب مخالفة القانون فيرتبط بركن المحل في القرار الإداري و هو موضوع القرار أو فحواه، فقد عرفه الدكتور طارق فتح الله خضر بأنه: "الأثر القانوني المترتب عن القرار الإداري غير جائز أو مخالف للقانون، أو غير ممكن تحقيقه فعلاً و قانوناً". كما عرفه الدكتور ماجد راغب الحلو بأن المقصود بعيب المحل: "أن يخالف القرار الإداري إحدى القواعد القانونية..."<sup>(4)</sup>.

و تشكل مخالفة القانون إحدى الحالات التي يقوم القضاء الإداري بإلغاء القرار الإداري الضبطي على أساسها سواء كانت هذه المخالفة مباشرة أو غير مباشرة (الخطأ في تفسير القانون أو تطبيقه)<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - الأستاذ سليمان السعيد، مرجع سابق؛

<sup>2</sup> - سكاكي باية، نفس المرجع، ص 163؛

<sup>3</sup> - سكاكي باية، نفس المرجع، ص 166.

<sup>4</sup> - عائشة غنادرة، مرجع سابق، ص 122-123؛

<sup>5</sup> - خزامياء، مرجع سابق، ص 59 أنظر أيضاً: الدكتور محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 186 إلى 188؛

## أولا : المخالفة المباشرة لأحكام القانون :

تعتبر المخالفة المباشرة للقانون الصورة الأكثر وضوحا لعيب مخالفة القانون و تنصب المخالفة المباشرة للقانون على القواعد القانونية مهما كانت طبيعتها سواء أكانت دستورية أو تشريعية، و كذا الحال بالنسبة للمراسيم و القرارات التنظيمية، فتحدث المخالفة المباشرة للقانون عندما تتجاهل الإدارة القاعدة القانونية تجاهلا كلياً أو جزئياً و ذلك بإتيانها عملاً من الأعمال المحرمة بهذه القاعدة، أو الامتناع عن القيام بعمل تستلزمه، أي مخالفة القانون في صورتها الإيجابية أو السلبية<sup>(1)</sup> كأن يصدر قرار بتعيين شخص في وظيفة معينة في ظل غياب أحد الشروط اللازمة قانوناً لتولي هذه الوظيفة كشرط المؤهل أو السن و غيرها.

## ثانيا : الخطأ في تفسير القانون أو تطبيقه :

قد تكون القرارات الإدارية الضبطية الصادرة عن الإدارة المختصة مشوبة بعيب مخالفة القانون في تفسيره و تطبيقه و ذلك عن طريق الخطأ<sup>(2)</sup> الذي قد يقع بغير قصد من الإدارة أو أنه يتم على نحو عمدي من جانبها، و يُرجع الخطأ إلى غموض أو ابهام النص القانوني أو تعمد التحايل عليه<sup>(3)</sup> و بالتالي هناك عدة صور لمخالفة القانون عن طريق الخطأ في تفسير القانون أو تطبيقه:

- حالة أن تصدر الإدارة قراراً ضبطياً تطبيقاً لنص قانوني غير النص القانوني الصحيح و الواجب التطبيق؛
- حالة إغفال نصوص قانونية موجودة و نافذة، و عدم تطبيقها عند إصدار هذه القرارات؛
- حالة صدور قرارات ضبطية بخصوص حالات و أوضاع لا يشملها النص القانوني الذي صدرت القرارات تطبيقاً له<sup>(4)</sup>.

## فرع 3 : الرقابة على ركن الغاية :

يتصل عيب الانحراف بالسلطة بركن الغاية في القرار الإداري، أي الهدف النهائي الذي يسعى إليه مصدر هذا القرار و يأمل في تحقيقه<sup>(5)</sup>. فالمرجع هو الذي يتولى تحديد هذا الهدف الذي يجب أن تراعيه الإدارة في تصرفاتها و قراراتها، و في حالة عدم تحديد غرض بالذات يتعين أن تصبوا الإدارة إلى تحقيق المصلحة العامة، و تتمثل في إطار الضبط الإداري في تحقيق أحد الأهداف الثلاثة الأمن العام، الصحة العامة، و السكنية العامة، تبعاً لذلك يقرر القضاء الإداري في إطار اختصاصه إلغاء القرار الضبطي إن لاحظ أن الإدارة انحرفت عن الهدف الذي قصده المشرع.

و قد عرف الفقيه Laferrière عيب الانحراف بالسلطة على أنه: "... استعمال رجل الإدارة سلطته لتحقيق غرض غير الذي من أجله مُنح هذه السلطة"<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - عائشة غنادرة، نفس المرجع، ص 123.

<sup>2</sup> - خزار لمياء، مرجع سابق، ص 60؛

<sup>3</sup> - رزايقية عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 140؛

<sup>4</sup> - خزار لمياء، نفس المرجع، ص 60؛

<sup>5</sup> - عائشة غنادرة، مرجع سابق، ص 131؛

<sup>6</sup> - سكاكي باية، مرجع سابق، ص 169.

إن سلطات الضبط الإداري تخضع لقاعدة تخصيص الأهداف و المتمثل في حماية و صيانة النظام العام فليس لها حرية التقدير أو الاختيار في هذا المجال بل عليها الالتزام بالهدف المحدد لها في القانون، لقد أكدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا هذه القاعدة في قرارها المؤرخ في 1978/03/04 المتعلق بقضية خيال عبد الحميد ضد رئيس بلدية عين البنيان.

إن رقابة القضاء الإداري على غاية الإجراءات الضبطية رقابة دقيقة و شاقة حيث يبحث في نوايا مصدر القرار و يلغي كل القرارات الضبطية التي تخرج عن الغرض المحدد و لو كانت تهدف لتحقيق مصلحة عامة<sup>(1)</sup>.

**المبحث الثاني : وسائل رقابة القضاء الإداري في مجال حماية الحقوق و الحريات الفردية :**

إن تقييد السلطة الإدارية بمبدأ الشرعية يهدف إلى حماية السلطة الإدارية ذاتها و ذلك بحمل المكلفين بوظيفة الضبط الإداري بعدم التسرع و التبصر في اتخاذ الإجراءات اللازمة و الضرورية لصيانة النظام العام حتى لا تكون عرضة للإلغاء، و ما يترتب عنها من المساس بسمعته علما أن الإدارة يُفترض فيها أن تكون في خدمة المواطن في كل الظروف.

و من جهة أخرى فإن تقييد السلطة الإدارية بمبدأ الشرعية يهدف إلى ضمان احترام حقوق و حريات الأشخاص و حمايتهم من أي تعسف من جانب الإدارة. فمن هذه الزاوية فإن المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة فيما يدخل في اختصاصهما يعتبران قاض للشرعية و المجسد الفعلي لمبدأ سيادة القانون في علاقة السلطة الإدارية بالأشخاص في مجال الضبط<sup>(2)</sup>، و تتمثل وسائل الرقابة هذه في: دعوى الإلغاء، دعوى فحص المشروعية، الدعوى التفسيرية، و قضاء الاستعجال.

**المطلب الأول : دعوى الإلغاء :**

إن دعوى الإلغاء هي أهم الدعاوى الإدارية و أكثرها فاعلية في حماية دولة القانون و مبدأ الشرعية و تأكيد حقوق و حريات الأفراد، كما أنها الدعوى القضائية الوحيدة و الأصيلة لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة عن طريق القضاء<sup>(3)</sup>.

لقد عرف الفقه دعوى الإلغاء بتعريفات عديدة اختلفت فيما بينها باختلاف المركز و الزاوية التي يُنظر من خلالها هذه الدعوى نذكر منها تعريف الفقيه الفرنسي De Laubadere دعوى الإلغاء بأنها: " تلك الدعوى التي تكون فيها سلطات القاضي ضيقة جدا بحيث تنحصر في الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع".

<sup>1</sup> - الأستاذ سليمان السعيد، مرجع سابق؛

<sup>2</sup> - سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2004/2003، ص 46-47؛

<sup>3</sup> - قاضي أنيس فيصل، دولة القانون و دور القاضي الإداري في تكريسها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2010/2009، ص

و يعرفها الدكتور ملجد راغب الحلو بأنها: "دعوى قضائية تُرفع للمطالبة بإعدام قرار إداري صدر مخالفة للقانون..."<sup>(1)</sup>.

و تُعتبر رقابة الإلغاء وضعية من وضعيات الرقابة القضائية على شرعية قرارات الضبط الإداري تُحرك عن طريق دعوى الإلغاء، حيث تُرفع بناء على طلبات ذوي الصفة و المصلحة أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة و ذلك حسب قواعد الاختصاص القضائي، و تنتهي بصدر قرار قضائي يلغي قرار الضبط الإداري غير الشرعي أو المشوب بعيب من عيوب عدم الشرعية و هي: "عيب السبب، عيب عدم الاختصاص، عيب مخالفة الشكل و الإجراءات، عيب مخالفة القانون، و عيب الانحراف في استعمال السلطة"<sup>(2)</sup>، و تتسم دعوى الإلغاء بعدة خصائص هي:

1- دعوى الإلغاء دعوى قضائية إدارية في طبيعتها فهي ليست بدفع قضائي أو تظلم إداري؛

2- دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية عينية تقوم على مخاصمة القرار الإداري غير المشروع و لا تهاجم السلطات الإدارية المختصة التي أصدرت القرار الإداري المطعون فيه، و يتولى القضاء بحث مشروعية هذا القرار بصرف النظر عن الحقوق الشخصية للمدعي؛

3- دعوى الإلغاء تنتمي إلى قضاء المشروعية فهي تُحرك و تُرفع على أساس مخالفة القرارات الإدارية لمبدأ الشرعية من دون حاجة للنص عليها في القانون<sup>(3)</sup>.

المطلب الثاني: دعوى فحص المشروعية:

نصت المادة 9 من القانون العضوي 11-13 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله<sup>(4)</sup> على أن يختص مجلس الدولة أول و آخر درجة بالطعون الخاصة بتقدير مدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة<sup>(5)</sup>، من جانب آخر فقد نصت المادة 801 من قانون.ا. المدنية و الإدارية<sup>(6)</sup>، التي جاءت أكثر دقة من نص المادة الأولى من القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية<sup>(7)</sup>، على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في دعاوى فحص المشروعية فيما يدخل في اختصاصها بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة. و بالتالي فدعوى فحص المشروعية من دعاوى قضاء الشرعية تُعتبر أداة قضائية لها وظيفة قانونية محددة هي البحث عن مدى شرعية أو عدم شرعية أعمال الضبط الإداري، و تكون فيها سلطات القاضي الإداري محددة و ضيقة بالمقارنة مع سلطاته في

<sup>1</sup> - صاش جازية، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2007/2008، ص 276-277؛

<sup>2</sup> - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، السنة الجامعية 2013/2014، ص 64؛

<sup>3</sup> - صاش جازية، نفس المرجع، ص 278؛

<sup>4</sup> - القانون العضوي 11/13 المؤرخ في 26/07/2011 يعدل و يتمم القانون العضوي 98/01 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج.ر.ر. 43 مؤرخة في 03/08/2011؛

<sup>5</sup> - خزار لمياء، مرجع سابق، ص 72.

<sup>6</sup> - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ر. 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008.

<sup>7</sup> - نصت المادة الأولى من القانون 98/02 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر.ر. 37 على أن: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية...";

الدعاوى الأخرى، حيث تنحصر في فحص ما إذا كان القرار الضبطي المطعون فيه مشروعاً أم غير مشروع والإعلان عن ذلك في حكم قضائي، ولا يجوز له الحكم بالإلغاء أو بالتعويض أو بالتفسير<sup>(1)</sup>.

وقد تُرفع هذه الدعاوى ابتداءً و مباشرة شأنها شأن كل دعاوى القضاء الأخرى أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة، وقد ينظر مجلس الدولة عن طريق الاستئناف في الحكم المتعلق بفحص مشروعية هذه القرارات الذي تصدرها المحاكم الإدارية، كما قد تتحرك بواسطة الإحالة القضائية من جهة القضاء العادي الفاصلة في المواد الأخرى مدنية أو تجارية أو غير ذلك بعد الدفع بعدم شرعية قرار إداري مرتبط بموضوع النزاع أثناء نظر دعوى القضاء العادي الأصلية فتتوقف هذه الأخيرة إلى حين الفصل في مدى شرعية هذا القرار باعتباره مسألة أولية<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثالث : الدعوى التفسيرية :

إن دعوى تفسير قرارات الضبط الإداري هي صورة قانونية و قضائية من صور الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، كما تُعد نوعاً من أنواع الدعاوى الإدارية المنتمية إلى قضاء الشرعية التي لها كيانها الذاتي المستقل و وظيفة محددة بغية ضمان حقوق و حريات الأشخاص<sup>(3)</sup>. فدعوى التفسير الإدارية هي: الدعوى التي تُرفع من ذوي الصفة أو المصلحة مباشرة أو عن طريق الإحالة القضائية أمام الجهة القضائية المختصة، و يطلب منها إعطاء المعنى الصحيح و الحقيقي للقرار الضبطي المطعون فيه بالغموض و الإبهام وفقاً لأساليب التقنية القانونية و القضائية في التفسير.

ففيما يخص المحاكم الإدارية قد نصت المادة 801 من ق.ا. المدنية و الإدارية<sup>(4)</sup> على اختصاصها بالفصل في دعاوى التفسير بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة الذي بدوره نصت المادة 901 من ق.ا. المدنية و الإدارية أيضاً على اختصاصه كدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى التفسير، فلا يُشترط أن يكون الطعن مرتبطاً فقط بتفسير قرار ضبطي بسبب غموض يستدعي إزالته، إنما يجب أن يقترن أيضاً بنزاع قائم يتوقف حاله أو تتطلب تسويته تقديم نتائج التفسير المطالب به.

كما تبين المادة 9 من القانون العضوي 11-13 أن مجلس الدولة كقاضي أول و آخر درجة إلى جانب اختصاصه بالنظر في طعون الإلغاء فإنه مختص بتفسير القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاصه<sup>(5)</sup>.

و يتمتع مجلس الدولة عن طريق الاستئناف باختصاصه في مراقبة التفسير الذي تعطيه المحاكم الإدارية لهذه القرارات<sup>(6)</sup>، كما أن دعوى التفسير من الدعاوى التي تضيق فيها سلطات القاضي بحيث تنحصر في مجرد تفسير القرار الضبطي و البحث عن معناه الحقيقي و الصحيح و تحديد محتواه<sup>(7)</sup>.

<sup>1</sup>- قروف جمال، مرجع سابق، ص 217؛

<sup>2</sup>- قاضي أنيس فيصل، مرجع سابق، ص 164؛

<sup>3</sup>- قروف جمال، نفس المرجع، ص 234.

<sup>4</sup>- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ر. 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008؛

<sup>5</sup>- خزار لمياء، مرجع سابق، ص 67-68؛

<sup>6</sup>- بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، دون سنة، ص 92.

<sup>7</sup>- صاش جازية، مرجع سابق، ص 280.



## المطلب الرابع : قضاء الاستعجال :

هذه الحالة لم تكن موجودة في قانون الإجراءات المدنية القديم بل استحدثتها ق.ا. المدنية و الإدارية في مادته 920 التي نصت: " يمكن للقاضي الاستعجال عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا و غير مشروع بتلك الحريات..."

و هذا يتماشى و التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي بمقتضى القانون 597/2000 المؤرخ في 2000/06/30 و المتعلق بالاستعجال الإداري في مادته السادسة و التي أصبحت المادة 02/521 من قانون العدالة الإدارية بعد الدمج.

إن المشرع الجزائري سمح للقاضي الاستعجالي عند رفع دعوى الإلغاء أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من قبل الأشخاص المعنوية العامة. و من خلال ما سبق يمكن حصر الشروط الواجب توافرها لانعقاد الاختصاص للقاضي الاستعجالي في مجال حماية الحريات الأساسية وفقا لمايلي:

1- حالة الاستعجال : و التي تُترك لتقدير القاضي، و نكون بصدد الاستعجال عندما يكون من طبيعة سلوك الإدارة أن يخلق وضعية ضارة أو خطيرة يصعب تداركها في المستقبل، و يجب أن تكون حالة الاستعجال قائمة إلى حين الفصل في الدعوى، أما إذا انقضت أثناء سير الدعوى فليس من حق القاضي الاستعجالي التدخل.

2- يجب أن تكون دعوى الإلغاء رُفعت : و هو ما أشارت إليه المادة 920 من ق.ا. المدنية و الإدارية.

3- وجود مساس بحرية أساسية : مثل حرية الرأي، حرية الملبس، حرية التنقل و غيرها.

4- أن يكون المساس خطيرا و غير مشروع : ليس كل اعتداء حتى و لو كان غير مشروع يدي بالضرورة إلى اتخاذ تدابير من طرف القاضي الاستعجالي بل يجب أن يكون ذلك المساس خطيرا بالدرجة التي تؤثر حقيقة على الحرية الأساسية، كما يجب أن يكون غير مشروع كذلك، و يجب أن تكون عدم الشرعية ظاهرة للعيان و إلا امتنع القاضي الاستعجالي عن التدخل لانتفاء أحد الشروط و هو عدم شرعية تصرف الإدارة<sup>(1)</sup>.

المبحث الثالث : حدود سلطات القضاء الإداري في مجال حماية الحقوق و الحريات الفردية :

مهما كانت أهمية الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على أعمال الضبط الإداري إلا أنه غالبا ما لا تحقق هذه الرقابة الهدف المنشود و المبدأ المكرس في الدستور أي حماية الحقوق و الحريات الفردية عن طريق فرض سيادة القانون في علاقات الإدارة بالأشخاص و ذلك راجع إلى مجموعة من العراقيل التي تقف في مواجهة القضاء الإداري و تؤدي حتما إلى الانقاص من فعاليته. كما أن القضاء الإداري سواء المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة لا يتدخلان من تلقاء نفسيهما لفرض رقابتهما على الإجراءات المتخذة من قبل سلطات الضبط الإداري حتى و لو وقع مساس

<sup>1</sup> - الأستاذ عبد العالي حاحة و الأستاذة أمال يعيش تمام، قراءة في سلطات القاضي الإداري الاستعجالي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08، مقال منشور، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، ص 137-138.

خطير بالحقوق و الحريات المضمونة للأفراد بموجب أحكام الدستور بل الأمر متوقف على تحريك دعوى قضائية من طرف المتضرر من جراء تلك الإجراءات<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول : القاضي الإداري لا يملك سلطة الحلول محل الإدارة :

الحلول كأصل عام هو وسيلة رقابية تمارسها الإدارة على مرؤوسيهها، إذ يُشترط لممارسته أن يكون العضو مندجاً في الإدارة و ليس أجنبياً عنها، فإن تم النظر إلى مركز القاضي الإداري في هذا الشأن فهو يعتبر أجنبياً عن الإدارة سواء من الناحية العضوية أو الوظيفية، و عليه فهو يكون خارج حدود وظيفته إن مارس عملاً من أعمال الإدارة.

فإن تم التسليم بالحلول من جانب القاضي الإداري عند فصله في النزاع فهو يعد إهداراً لاستقلالية الإدارة لأنها صاحبة الاختصاص في الأصل، و هو ما يجعل القاضي الإداري وصياً على الإدارة أو رئيساً لها، لهذا لا يمكن له أن يجل صراحة أو ضمناً محل الإدارة بأن يقوم بعمل يدخل في نشاطاتها و اختصاصاتها مثل أن يقوم بعمل امتنعت الإدارة عن اتخاذه فيما إذا منح رخصة أو يعدل قراراً أو يلغيه<sup>(2)</sup>. ففي هذا السياق قررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقاً: " أن القاضي الإداري و طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، لا يمكنه إجبار الإدارة على تعويض المستأنف بقطعة أرضية أخرى عندما ترفض هذه الأخيرة هذا الحل الجديد الذي لا يوجد في بنود العقد الأصلي..."<sup>(3)</sup>.

لكن من جانب آخر هناك عدة محاولات من طرف القضاء الإداري استطاع من خلالها أن يجل ضمناً محل الإدارة و تتمثل في حالتين هما: " حالة الإلغاء الجزئي، الإحلالات الصادرة عن القاضي".

### فرع 1 : الإلغاء الجزئي :

إن الإلغاء الجزئي لا يعد من قبيل حلول القاضي الإداري محل الإدارة في الحالة التي يكون فيها الإلغاء الجزئي ممكناً، و إذا طلبه العارض، و من ذلك أن يقوم القاضي الإداري بإلغاء الأثر الرجعي للقرار أو ابطال بعض أحكامه فقط. و سلطة الإلغاء الجزئي هي أقصى ما يمكن أن ينطق به القاضي الإداري لأنه يتضمن نوعاً من إعادة إنشاء القرار، و هو أخيراً غير ممكن بالنسبة للقرارات التي لا تقبل التجزئة كرخصة البناء مثلاً، و في هذه الحالة الأخيرة يُقابل طلب الإلغاء الجزئي بالرفض من جانب القاضي<sup>(4)</sup>.

### فرع 2: الإحلالات الصادرة عن القاضي الإداري

إن إحلال السبب و كذلك إحلال السند القانوني لا يعد من قبيل تعديل القرارات، و إحلال السبب هي أن يغير القاضي الإداري ركن السبب في قرار إداري من سبب غير مناسب إلى سبب مناسب إذا تبين له أن الإدارة

<sup>1</sup> - الأستاذ سليمان السعيد، مرجع سابق؛

<sup>2</sup> - رزايقية عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 210؛

<sup>3</sup> - قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1994/07/24 تحت رقم 105050، المجلة القضائية العدد 1994/3، ص 218 إلى 224.

<sup>4</sup> - قاضي أنيس فيصل، مرجع سابق، ص 205؛

اتخذت قرارها لسبب غير الذي صرحت به، و لكنه لا يمكنه أن يسبب قرارا للإدارة التي لم تقم بتسببيه أصلا، إذ في هذه الحالة لا يمكنه سوى التصريح بإلغائه.

أما إحلال الأساس القانوني فيكون عندما يتبين أن الإدارة اتخذت قرارا سليما و لكن استنادا إلى نصوص غير تلك التي تخول لها اتخاذ مثل هذا القرار، ففي مثل هذه الحالة يصرح القاضي الإداري بأن القرار سليم و لكن استنادا إلى النصوص المناسبة و يلغي الاستناد المعيب.

و ليست من التعديل أيضا فكرة تحول القرار الإداري، و مفادها أنه إذا صدر قرار باطل، و كان في نفس الوقت يتضمن عناصر قرار آخر صحيح كانت الإدارة من دون شك ستتجه إليه لو علمت ما شاب قرارها الأول من عيوب، ففي هذه الحالة يتحول القرار المعيب إلى قرار سليم طالما أن العناصر المشتركة قائمة، و طالما أن القرار السليم كان منتجا لآثاره قبل تدخل القضاء، و قيام القاضي الإداري بتحويل القرار وفق هذا الشكل يختلف عن التعديل الذي يؤدي إلى استحداث آثار لم تكن قائمة وقت صدور القرار المعدل و دون الاعتداد بإرادة الإدارة<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني : عدم توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة :

تقتصر مهمة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء على التحقق من شرعية القرار الإداري المطعون فيه، و التصريح بإلغائه إذا تبين عدم مطابقته للقانون بالمعنى الواسع<sup>(2)</sup>، و ليس للقاضي الإداري أن يصدر أوامر للإدارة بعمل شيء أو الامتناع عن فعل شيء لأن هذا الحظر ظل من المبادئ الثابتة لمجلس الدولة الفرنسي بناء على اجتهاد منه ألزم به نفسه و قلص من صلاحياته رغم أنه لا يستند إلى أي من المبادئ المعترف بها، إنما يمكن تفسيره على أساس الفصل بين الإدارة و القضاء الإداري، فظلت كل الطلبات الرامية إلى توجيه أمر للإدارة لحملها على التصرف وفق شكل معين كانت تُرفض تلقائيا<sup>(3)</sup>، و مع ذلك فقد يلجأ القاضي الإداري إلى تدابير مشابهة و منها إحالة العارض من جديد على الإدارة، أو توجيه الإدارة إلى المقتضيات الواجب عليها اتباعها حتى يكون تصرفها مطابقا للقانون<sup>(4)</sup>.

لكن من ناحية أخرى فإن تطبيق هذا المبدأ بصفة جامدة و مطلقة أمر غير مقبول لأن دولة القانون تقتضي أن تكون هناك رقابة قضائية على أي هيئة أو إدارة في الدولة، لذلك ذهبت بعض التشريعات و منها التشريع الجزائري إلى تبني بعض الاستثناءات على المبدأ فمنحت للقاضي الإداري سلطة إصدار أوامر للإدارة عند وجود ضرورة لذلك، فله أن يصدر أوامر بصفة استعجالية أو بصفة عادية، كما أنه قد يستعمل أسلوب الغرامة التهديدية ضد الإدارة لحملها على التنفيذ، و تتمثل هذه الاستثناءات في أربع حالات هي: " حالة التعدي، حالة الإلزام القانوني، حالة الإلزام التعاقدية، حالة الغلق الإداري". مع الإشارة أن العبارات المستعملة من طرف القاضي قد تكون مموهة في صيغة: " دعوة للإدارة، له الحق في الحصول،..."، و قد تكون صريحة باستعمال عبارة: " نأمر، نلزم الإدارة،..."، و على ذلك يتم تناول هذه الحالات وفقا لما يلي :

<sup>1</sup> - قاضي أنيس فيصل، نفس المرجع، ص 204-205:

<sup>2</sup> - بن منصور عبد الكريم، الإزدواجية القضائية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2014/2015، ص 54-55.

<sup>3</sup> - بن منصور عبد الكريم، نفس المرجع، ص 55:

<sup>4</sup> - قاضي أنيس فيصل، نفس المرجع، ص 202:

**فرع 1 : حالة التعدي :**

عرف مجلس الدولة الفرنسي "التعدي" في قرار له مؤرخ في 18/11/1949 في قضية "كارلي" بأنه: "تصرف متميز بالخطورة صادر عن الإدارة، و الذي بموجبه تمس هذه الأخيرة بحق أساس أو بالملكية الخاصة". أما مجلس الدولة الجزائري فلم يتطرق إلى تعريف "التعدي" إلا أنه تم تطبيقه في عدة قرارات أين أجاز إصدار أوامر في مواجهة الإدارة طبقا للمادة 171 مكرر ق. إجراءات مدنية قديم و تقابلها المادة 02/921 ق. إجراءات مدنية و إدارية بالتخاذ التدابير اللازمة لوضع حد للتعدي<sup>(1)</sup>.

**فرع 2 : حالة الإلزام القانوني :**

تتضمن بعض التشريعات التزامات الإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل و هذا بتحقيق ظروف معينة أو شروط خاصة، و على القاضي الإداري إن أحجمت الإدارة عن القيام بذلك العمل أو امتنعت عنه أن يأمرها به، ففي قرار للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا بتاريخ 28 يونيو 1990 أقرت بأن: "المدعي له الحق في استلام رخصة البناء و بالتالي ابطال مقرر الرفض الصادر عن المدعي عليه...". فهنا دعوة مباشرة للإدارة لتسليم رخصة البناء للمدعي، و في قرار آخر بتاريخ 12 يناير 1993 حيث قضت أيضا الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا بإبطال المقرر المطعون فيه و الصادر عن الوالي مع الأمر بإعادة البيع للطاعن و الذي محله القطعة الأرضية المنزوعة منه.

**فرع 3 : حالة الإلتزام التعاقدية :**

إذا امتنعت الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية باستطاعة القاضي الإداري إذا رُفِع النزاع إليه أن يأمرها بتنفيذ تلك الالتمامات.

**فرع 4 : حالة الغلق الإداري :**

إذا تبين للقاضي الإداري بأن الإدارة أغلقت محلا تجاريا مخالفة للقانون، فإنه لا يكتف بإبطال القرار الذي أُغلق المحل بموجبه بل يأمر الإدارة بفتح ذلك المحل حتى لا يبق المواطن رهينة لتعسف الإدارة<sup>(2)</sup>.

و كخلاصة لما تم ذكره فإن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد حل هذا الإشكال بصريح النص الذي أجاز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة كما هو الحال بالنسبة للمادة 02/819 منه.

**خاتمة :**

إذا كان القضاء الإداري في الجزائر ممثلا في مجلس الدولة حسب المادتين 157 و 171 من الدستور يُعتبر حاميا للحقوق و الحريات الفردية من انتهاكات الإدارة من خلال الحرص على احترام مبدأ الشرعية، فإن واقع الحال يظهر الهوة ما بين النص و التطبيق نظرا لوجود العديد من القيود و العراقيل التي تحد من دور القضاء الإداري في هذا المجال فبالإضافة إلى تعنت الإدارة في تنفيذ القرارات القضائية النهائية الصادرة لصالح الأشخاص نذكر ما تعلق "بنظرية أعمال السيادة" و القرارات الضبطية المتخذة في ظل الظروف الاستثنائية و غيرها من الأعمال الإدارية التي

<sup>1</sup> - رزايقية عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 219-220.

<sup>2</sup> - رزايقية عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 220.

لا تطالها يد القضاء الإداري و تكون فيها الحقوق و الحريات الفردية عرضة للانتهاكات بلا رقيب، لذا لا بد لمجلس الدولة من اجتهادات جريئة في هذا المجال تمهد الطريق لفرض رقابة القضاء الإداري على جميع الهيئات الإدارية و في كل الظروف حماية للحقوق و الحريات الفردية و تكريسا لدولة القانون.

#### ❖ قائمة المصادر و المراجع :

- 1- التعديل الدستوري 1996 المعدل و المتمم؛
- 2- القانون العضوي 13/11 المؤرخ في 26/07/2011 يعدل و يتمم القانون العضوي 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، ج.ر.ر. 43 مؤرخة في 03/08/2011؛
- 3- القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر.ر. 37؛
- 4- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ر. 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008؛
- 5- الدكتور محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، طبعة 2009؛
- 6- الأستاذ عبد العالي حاحة و الأستاذة أمل يعيش تمام، قراءة في سلطات القاضي الإداري الاستعجالي وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08، مقال منشور، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس؛
- 7- الأستاذ سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الفردية، [www.slimaniessaid.com](http://www.slimaniessaid.com)، بتاريخ 2016/10/15 على الساعة 10:00؛
- 8- سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2011/2012؛
- 9- صاش جازية، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية، 2007/2008؛
- 10- بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، دون سنة؛
- 11- عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري و حدود سلطته في رقابة المشروعية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، السنة الجامعية 2013/2014؛
- 12- خزار لمياء، دور مجلس الدولة في المنازعات الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، السنة الجامعية 2011/2012؛
- 13- رزايقية عبد اللطيف، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، السنة الجامعية 2013/2014؛
- 14- سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2003/2004؛

15- قاضي أنيس فيصل، دولة القانون و دور القاضي الإداري في تكريسها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2010/2009؛

16- قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، السنة الجامعية 2014/2013؛

17- بن منصور عبد الكريم، الازدواجية القضائية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 2015/2014؛

18- مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، مطبعة الديوان، الجزائر، 2002؛

19- مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، منشورات الساحل، الجزائر، 2004؛

20- المجلة القضائية العدد 1994/3.

## فلسفة مدونة الأسرة على هامش الذكرى الثانية عشر لها



محمد الطيبي باحث بسلك الدكتوراه

بجامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم

القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي

بتاريخ 5 فبراير 2016 خلدت مدونة الأسرة المغربية ذكرها الثانية عشر في ظل مجموعة من المتغيرات الوطنية والدولية لعل كان أهمها الاعتراف الدستوري بحماية القانون لمؤسسة الأسرة بموجب الفصل 32 منه والذي ينص على " الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع. تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة بما يضمن وحدتها واستقرارها والحفاظة عليها"<sup>1</sup>.

ومن المعلوم أن المدونة ليست فقط ذلك المشروع المجتمعي الديمقراطي الحداثي؛ وإنما معلمة تاريخية وحقوقية جاءت مجسدة لكون الأسرة المغربية متشعبة بالقيم الوطنية الحققة والقيم الديمقراطية والدينية السمحة، فكانت ثورة هادئة للأسرة ككل وذلك من خلال رفع الحيف عن النساء وحماية حقوق الأطفال وصيانة كرامة الرجل وهو تجسيد للإرادة الملكية عندما خاطب أعضاء اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة المدونة حيث قال " واعتبارا لكون الشريعة الإسلامية قائمة على الوسطية والاعتدال وتحقيق مقاصد الإصلاح الاجتماعي فإننا حريصين على حماية حقوق المرأة والرجل على سواء غايتنا في ذلك الحفاظ على تماسك الأسرة وتضامن أفرادها. وتثبيت التقاليد الإسلامية الأصيلة التي تبنى على روح المودة والوثام والتكافل الاجتماعي الذي نحن مؤتمنون على استمراره ولاسيما نواته الأساسية المتمثلة في الأسرة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ليس هذا فحسب بل عمل الدستور الجديد على حماية الأسرة من خلال مجموعة من الفصول كحماية حق الإنسان في الحياة الفصل 20 والحق في سلامته الشخصية وأقربائه الفصل 21 وعدم جواز المساس بسلامته الجسدية والمعنوية وتحريم ممارسة التعذيب بكافة أشكاله الفصل 22 للمزيد من الإطلاع بخصوص الموضوع راجع ليلي المريني "الحماية القانونية للحقوق التي تضمنها الدستور للأسرة: الحوار الوطني حول الإصلاح العميق والشامل لمنظومة العدالة الندوة الجهوية العاشرة حول موضوع قضاء الأسرة بمدينة سطات بتاريخ 9 فبراير 2013.

<sup>2</sup> الخطاب الملكي ليوم 10 أكتوبر 2003 وذلك بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الخريفية.

و مما تجدر الإشارة إليه أن هذا القانون لم يرى النور إلا بعد مخاض عسير، حيث مر بثلاث مراحل أساسية: و هي فترة ما قبل 1957، ثم الفترة الممتدة ما بين 1957 و 1993<sup>1</sup>، و الفترة الممتدة ما بين 1993 إلى 2004. و بالرغم من أن هذه المراحل قدمت تعديلات لم تشف الغليل فإنها عملت على إزاحة الطابع القدسي للأحكام المتعلقة بالأسرة فأصبح قانون الأحوال الشخصية كأي قانون يخضع للأخذ و الرد. إلا أن النقطة التي أفاضت الكأس كانت سنة 1999 تاريخ الإعلان عن خطة إدماج المرأة في التنمية و التي أثارت ضجة كبيرة في الشارع المغربي ليكون التدخل الملكي هو الفيصل الوحيد. فكانت سنة 2004 منعطفا حاسما في تاريخ الأسرة المغربية و الذي حضي باهتمام دولي و وطني كبير، هذا الاهتمام لم يأتي من محض الصدفة، إذ أنه لأول مرة في تاريخ المغرب يعرض قانون متعلق بالأحوال الشخصية على البرلمان قصد المصادقة عليه كمؤشر إيجابي لرد الاعتبار لهذه المؤسسة و تفعيلها و دعوتها إلى تحمل مسؤوليتها في هذا المجال. كما أن المدونة في صيغتها النهائية اعتمدت على نهج شوري بين مختلف المرجعيات و الأيديولوجيات؛ مع احترام المرجعية الإسلامية و تغليبها على باقي المرجعيات و هو ما يؤكد قول جلالة الملك "بصفتي أمير المؤمنين لا يمكنني أن أحل ما حرم الله وأحرم ما أحل الله".

و لا يغيب عن أذهاننا التذكير بأن هذا القانون هو أكثر القوانين التي خضعت للدراسة و التحليل و التعليل و التمحيص و التدقيق لكن بسبب اختلاف الأصوات فإن التشويش كان و لازال حاضرا، و ذلك بسبب تأويلات مغلوطة لأحكام المدونة الشيء الذي جعل شريحة كبيرة من المجتمع تسقط في فخ الفهم الخاطيء للأحكام المدونة.

إن المقصود بتطبيق أحكام المدونة ليس هو التطبيق الآلي لنصوصها فحسب، و إنما بدرجة أولى تحقيق روحها و غايتها و فلسفتها. أي ضمان استقرار الأسرة و حماية أضعف أفرادها خاصة الأطفال الذين يكونون ضحية لكبرياء الرجل و عناد المرأة و الكل أمام غياب ثقافة الضمير و انعدام الوازع الديني و انعدام ثقافة الحوار و التسامح في إطار علاقة وصفها الحق سبحانه و تعالى بكونها ميثاق غليظ يفترض فيها المودة و الرحمة "و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم المودة و الرحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"<sup>2</sup> و الحب و المعاشرة بالمعروف "فلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته: الإمام راع و مسؤول عن رعيته، و الرجل راع في أهله و هو مسؤول عن رعيته، و المرأة راعية في بيت زوجها و مسؤولة عن رعيته، و الخادم راع في مال سيده و مسؤول عن رعيته قال و حسبت أن قد قال و الرجل راع في مال أبيه و مسؤول عن رعيته و كلكم راع و مسؤول عن رعيته"<sup>3</sup>.

إن مرور اثنا عشر سنة على دخول المدونة حيز التطبيق جعلتنا أمام مجموعة من التساؤلات المشروعة نجملها في إشكالية مركزية تتمثل في ما هي روح و فلسفة مدونة الأسرة باعتبارها مولود تشريعي جاء بمجموعة من المستجدات لخدمة تماسك الأسرة في ضل مقاربة تمزج بين روح الانفتاح و الحداثة و التشبث بالجذور التراثية المستمدة من الإسلام كمكون حضاري لا محيد عنه؟ و هل هذا القانون بما يمتاز به من بعد اجتماعي متميز و آفاق واعدة كفيل بضبط التوازن الأسري و إقرار مجموعة من الضمانات النموذجية و المتساوية بين جميع أفراد التركيبة الأسرية بل و تأهيل الأسرة المغربية لولوج الألفية الثالثة نحو جو يطبعه نوع من الاستقرار و المساواة؟

<sup>1</sup> راجع أستاذنا خالد برجوي "إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب وضعية المرأة نموذجا" الطبعة الأولى دون ذكر السنة مطبعة دار القلم ص 18.

<sup>2</sup> الآية 20 من سورة الروم.

<sup>3</sup> حديث لعبد الله بن عمر عن الرسول صلى الله عليه وسلم رواه البخاري في صحيحه كما رواه مسلم وأبو داود والترمذي وأحمد بن حنبل.



إن أي قرأت لمدونة الأسرة المغربية لا يمكن الاعتماد فيها على المقاربة القانونية فقط لفهم الواقع الأسري، لأن القانون لا يهتم إلا بالعلاقات الشكلية بين الأقارب و لا يفسر أسس الأسرة إلا بصفة جزئية كما أنه يبقى قاصر على التأليف بين أفراد العلاقات الأسرية، و من هنا كان تعدد المقاربات في تناول موضوع فلسفة مدونة الأسرة ضروري و مؤكد حتى نتمكن من وضع اليد على الجروح التي تواجه الأسرة المغربية و إعطاء علاجات شافية.

لدراسة هذا الموضوع سنعتمد على التصميم التالي :

المبحث الأول : مستجدات مدونة الأسرة بين المرجعية الدينية و الثقافة الحقوقية الكونية.

المبحث الثاني : القضاء الأسري بين طموحات النصوص و تحديات التطبيق.

المبحث الأول : مستجدات مدونة الأسرة بين المرجعية الدينية و الثقافة الحقوقية الكونية :

لقد جاء المشرع المغربي في مدونة الأسرة بمجموعة من المستجدات القانونية التي عملت على احترام مقتضيات الدولية (المطلب الأول) مع التثبيت بالمرجعية الدينية (المطلب الثاني) كأساس و كمرجع في حالة سكوت نصوص المدونة في إطار نوع من الانسجام التام لتحقيق طابع الأصالة و المعاصرة في قضايا الأحوال الشخصية المغربية.

المطلب الأول : مظاهر الثقافة الحقوقية الكونية في مدونة الأسرة :

لقد راهن المشرع المغربي على احترام المبدأ الدستوري الذي ينص على مساواة المرأة و الرجل أمام القانون و كذا كل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تؤكد على احترام تلك المبادئ و تكرس احترام حقوق المرأة و القضاء على جميع أشكال التمييز ضدها و ذلك انسجاما مع الحديث الشريف "النساء شقائق الرجال في الأحكام". و حماية حقوق الأطفال سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعدها.

و إذا كانت الشريعة الإسلامية أولت المرأة أهمية قصوى و أعطتها المكانة التي تستحقها لقول الرسول (ص) "استوصوا بالنساء خيرا....." و هو ما كرسه جلاله الملك من خلال جعل المرأة أساس الازدهار و الرقي بالمجتمع "فكيف يمكن الرقي بالمجتمع و النساء اللواتي يشكلن نصفه تهدر حقوقهن و يتعرضن للعنف و التهميش و الحيف في غير مراعاة ما أقرهن ديننا الحنيف من تكريم و إنصاف". هكذا عمل المشرع المغربي على التنصيص على المساواة بين المرأة و الرجل أثناء قيام العلاقة الزوجية و ذلك يجعل الأسرة تحت رعايتهما معا و توحيد سن الزواج في سن 18 سنة مع إعطاء القاضي إمكانية تخفيضه بمقرر قضائي معلل. أما بخصوص المرأة فإن أهم مستجد يتعلق بحق الولاية حيث أعطت المدونة للمرأة حق الاختيار بين تزويج نفسها بدون ولي أو تفويض ذلك لأبيها. و كل ذلك من أجل احترام المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 دجنبر 1979 و التي صادق عليها المغرب في سنة 1991، و وفاء لروح الشريعة الإسلامية و خاصة الاجتهاد الفقهي الذي عمل على تقرير كون الولاية لأب البنت أو أحد أفراد عائلتها. و فيما يتعلق بحقوق المرأة بعد الزواج فإن أهم مستجد كان هو حق المرأة في الاحتفاظ بحضانة ابنها بعد زواجها. كما تم توسيع طلب المرأة في التطليق ليشمل عدم الإنفاق و الهجر. و بخصوص الزوج فلقد تم الارتقاء به إلى المرتبة الثانية في استحقاقه للحضانة مع تحويل القضاء حق إسقاط الحضانة على الزوجة و إسنادها لأحد الأقارب الأكثر أهلية. كما يؤكد القرار القضائي "الذي أسقط الحضانة على الزوجة التي منعت الزوج من رؤية الولد المحضون بدعوى أنه لا

يرجعه في الوقت المناسب"<sup>1</sup>. و في قرار آخر "تعتبر الاستقامة من شروط ممارسة حق الحضانة، و إن ارتكبت الحضانة لفعل نخل بهذا الشرط يؤدي إلى إسقاط حضانتها، حتى و لو أتت هذا الفعل في تاريخ سابق عن إسناد الحضانة إليها"<sup>2</sup> بل "إن استيطان الحضانة مع محضونها في بلد أجنبي بعيدا عن مراقبة و توجيه أبيه و وليه الشرعي يسقط حضانتها"<sup>3</sup> كما أن القضاء يتجه فيما يتعلق بالحضانة إلى تكريس مفهوم المصلحة الفضلى للمحضون و المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 170 من المدونة.

أما بخصوص الطفل و تماشيا مع مصادقة المغرب على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل سنة 1993 هذه الاتفاقية التي صدرت عن الأمم المتحدة سنة 1989 و استجابة لقول الرسول "ص" كلكم راع و مسؤول عن رعيته، الإمام راع و مسؤول عن رعيته، و الرجل راع في أهله و هو مسؤول عن رعيته. و المرأة راعية في بيت زوجها و مسؤولة عن رعيته "فلقد جاءت المدونة بمجموعة من الحقوق للطفل مضمنة في المادة 54 بما في ذلك التمدرس و الصحة و النسب، بل أصبحت مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال و ضمان حقوقهم و رعيته طبقا للقانون، بل إن النيابة العامة تسهر على مراقبة تنفيذ الحقوق المنصوص عليها بالمادة 54. و بعد الزواج نجد أن أهم ما يميز مدونة الأسرة استقلالية تكاليف الحضانة عن النفقة و مصاريف الرضاع و سكنى المحضون بل إعطاء المحكمة السلطة التقديرية في تتبع سير حياة المحضون بواسطة تقارير تعد من قبل المساعدات الاجتماعية، و توسيع وسائل إثبات البنوة الشرعية للأب في حالة الزواج أو الوطء بشبهة أو الاغتصاب مع إمكانية إثبات النسب بجميع وسائل الإثبات "يمكن إثبات النسب بشهادة عدلين أو بينة السماع و بكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا"<sup>4</sup> بالخبرة الطبية طبقا لمقتضيات المادة 153 و 156 و 158 و المادة 16 و كل ذلك من أجل حماية حقوق الأطفال و القضاء على كل الظواهر التي أصبح المجتمع المغربي يعرفها لاسيما ظاهرة أطفال الشوارع و ظاهرة الأمهات العازبات.

و مما يؤسف له أن يفهم المنظور الذي أصلت له مدونة الأسرة للطلاق بشكل مغلوط باعتباره حلا لميثاق الزوجية يمارس من قبل الزوجين كل حسب شروطه الشرعية و بمراقبة القضاء بتقييد الممارسة التعسفية للرجل في الطلاق، بضوابط تطبيقا لقوله صلى الله عليه و سلم "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق" و ذلك بتعزيز آليات التوفيق و الوساطة بتدخل الأسرة و القاضي. و إذا كان الطلاق بيد الزوج فإنه بيد الزوجة بالتتمليك و في جميع الحالات يراعى حق المرأة المطلقة في الحصول على كافة حقوقها قبل الإذن بالطلاق، و قد تم إقرار مسطرة جديدة للطلاق، تستوجب الإذن المسبق من طرف المحكمة، و عدم تسجيله إلا بعد دفع المبالغ المستحقة للزوجة و الأطفال على الزوج و التنصيص على أنه لا يقبل الطلاق الشفوي في الحالات غير العادية. و الأكثر من هذا تم توسيع حق المرأة في المطالبة بالتطليق، لإخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج أو للإضرار بالزوجة مثل عدم الإنفاق أو الهجر أو العنف و غيرها من مظاهر الضرر، أخذا بالقاعدة الفقهية العامة "لا ضرر و لا ضرار" و ذلك تعزيزا للمساواة و الإنصاف بين الزوجين، كما تم إقرار حق الطلاق الإتفاقي تحت مراقبة القاضي. كل هذه المستجدات المتعلقة بالطلاق و التطليق شجعت و بشكل غير مقصود العديد من النساء للمطالبة بهما، الأكثر من هذا أن

<sup>1</sup> القرار عدد 11 الصادر بتاريخ 7 يناير 2009 في الملف عدد 317.2.1.2008 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 72 بتاريخ 2010 ص 93.

<sup>2</sup> القرار عدد 20 الصادر بتاريخ 14 يناير 2009 في الملف عدد 116.2.1.2008 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 72 بتاريخ 2010 ص 96.

<sup>3</sup> لقرار عدد 229 الصادر بتاريخ 25 مارس 2014 في الملف الشرعي عدد 763.2.1.2012 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 77 بتاريخ 2014 ص 94.

<sup>4</sup> القرار عدد 44 الصادر بتاريخ 15 يناير 2013 في الملف الشرعي عدد 169. 2.1.2012. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 76 بتاريخ 2013 ص 80.

الإحصائيات الصادرة عن وزارة العدل<sup>1</sup> تؤكد الارتفاع المهول للطلاق و التطليق بل الأدهى من هذا التطليق بالشقاق الذي أصبح "موضة هذا العصر" حيث تضاعفت عدد الأحكام الصادرة فيه من 4865 خلال سنة 2005 إلى 48376 حكما سنة 2012 إلى 39826 حكما سنة 2013 و لازالت هذه الوتيرة مرتفعة مع ارتفاع ملحوظ لعدد الطلبات المقدمة من طرف الزوجات.

إن استحضار الروح التوافقية التي صيغت بها مدونة الأسرة بطريقة تنسجم مع مقتضيات الشريعة الإسلامية و الانفتاح على المبادئ الكونية لحقوق الإنسان، تفرض علينا الحفاظ على هذا المكسب و الاستمرار على تجسيده على أرض الواقع، و مواجهة كل محاولة لإفراغ مستجدات المدونة من روحها وفلسفتها و أدلتها وتسييسها<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: المرجعية الدينية لمدونة الأسرة بين الفقه المالكي والاجتهاد:

تنص المادة 400 من مدونة الأسرة "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي و الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل و المساواة و المعاشرة بالمعروف" أمام إطلاقية مفهوم الاجتهاد نتساءل حول هل المقصود بالاجتهاد هو الاجتهاد الفقهي بمختلف مذاهبه أم الاجتهاد القضائي؟

إن المشرع المغربي في مدونة الأسرة جعل من الفقه المالكي باعتباره المذهب المتبع في المغرب و المكرس للوحدة المذهبية - راجحه الذي يراد به القول الذي يستند إلى دليل قوي، و إن كان عدد القائلين به قليلا، و مشهوره الذي كان يطلق في القديم على مذهب ابن القاسم، ثم أصبح يراد به ما كثر القائلون به و إن كان لا يستند إلى دليل قوي فيحين يعرف ما جرى به العمل بأنه ما حكم به أو أفتى به القضاة أو علماء مشهورون بالإطلاع الواسع و التعمق في المعرفة و بعبارة فهو يقابل الاصطلاح القانوني المعروف بالاجتهاد القضائي<sup>3</sup>، - مرجعا أصليا في حالة عدم وجود نص صريح في المدونة و في ذلك تكريس لما أكدته تقرير المقرر العام للجنة التي كانت مكلفة سابقا بمراجعة مشروع وزارة العدل لكتابي الزواج و الطلاق حيث قال "إذا أردنا أن ندون الفقه في المغرب لتقريبه للمحاكم المغربية و جب أن نراعي المذهب المالكي بقدر الإمكان مع اعتبار الأصول العامة و خصوصا المصلحة المرسله"<sup>4</sup>.

ومن أهم المقتضيات التي تمسكت فيها المدونة بالمذهب المالكي نجد:

✓ تحديد سن البلوغ في 18 سنة و هي مأخوذة عن المشهور في المذهب المالكي.

✓ العدد المحرم من الرضعات يأخذ حسب الإطلاق الوارد في المذهب المالكي، و الذي يرى أنه ليس من

شرط الرضاع عدد الرضعات، بل يجرم قليله أو كثيره.

كما أن مدونة الأسرة جعلت من "الاجتهاد" في الحالات التي لم يرد بشأنها نص صريح مرجعا مباشرا لهذا القانون و على مقتضى فلسفة هذا الاجتهاد صيغت مقتضيات هذه المدونة و على مقتضى فلسفته يتعين لزوما أن تصاغ أحكام القضاء في المنازعات الأسرية.

<sup>1</sup> الإحصائيات الصادرة عن وزارة العدل والمتواجدة بالتقرير حول "القضاء الأسري بين الواقع و الأفق عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة" منشور بالموقع الرسمي لوزارة العدل.

<sup>2</sup> أستاذتنا فتيحة الشافعي "مدونة الأسرة بعد سبع سنوات من التطبيق المكتسبات العوائق و الأفق" مقال منشور بموقع Maroc Droit مطلع عليه بتاريخ 19.08.2015.

<sup>3</sup> محمد ابن معجوز "أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية" مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية 1990 الجزء الأول ص 7.

<sup>4</sup> علال الفاسي "شرح مدونة الأحوال الشخصية مطبعة الرسالة بالرباط 1974، ص 33.

إن الاجتهاد بهذا المدلول هو الاجتهاد الذي حددت له المدونة بنص صريح، فلسفته و مرتكزاته و هي العدل و المساواة و المعاشرة بالمعروف بين مكونات الأسرة خاصة بين الزوجين، انطلاقا من المبادئ السميحة للدين الإسلامي و تحديدا مبادئ الفقه المالكي. و إن كانت إحصاءات الفصل 400 تؤكد على أن المقصود بالاجتهاد هو الاجتهاد الفقهي بمذاهبه، فإن هذا يتطلب اجتهادا قضائيا يعمل على صبر أغوار الكتب الفقهية من أجل انتقاء ما يتناسب مع فلسفة المدونة التي ترمي إلى تحقيق المصلحة الفضلى لمؤسسة الأسرة و هي بطبيعة الحال مهمة جد صعبة بالنسبة لقضاء الأسرة.

و إذا كان الفقه المالكي هو المذهب المتبع في المغرب و الذي يتم الرجوع إليه في حالة عدم وجود نص بالمدونة، فإن المشرع المغربي عمل على الانفتاح على باقي المذاهب الأخرى " الشافعي، الحنبلي و الحنفي ... " بل حتى المذهب الظاهري و أصبغت المدونة في الأخذ بهذه الاجتهادات قيم العدل و المساواة و المعاشرة بالمعروف عند الأخذ بها و في ذلك بعد مقاصدي يتجلى في الحفاظ على استقرار الأسرة. كما أن هذه المادة تعطي إمكانية تقديم الأدلة الاجتهادية عن بعضها البعض داخل المذهب المالكي بحيث توجد إمكانية تقديم المشهور على الراجح و تقديم ما جرى به العمل عليهما ما دامت مصلحة الأسرة تقتضي ذلك.

و لعل من بين الأحكام<sup>1</sup> التي خرجت فيها المدونة عن المذهب المالكي نجد :

- ✓ الإشهاد على عقد الزواج المادة 1 من المدونة يعتبر شرطا من شروط الصحة، أخذ من مذهب أبو حنيفة و الشافعي، أما المالكية فيعتبرونه شرط كمال لكن يلزم عند الدخول.
- ✓ عدم إجبارية الولاية بالنسبة للرشيدة مطلقا، أي سواء كان لها أب أم لا المادة 24 و المادة 25 أخذ من المذهب الحنفي كما هو شائع في أفهام كثيرة من الفقه.
- ✓ جعل ملكية المرأة للصدوق ملكية مطلقة تتصرف فيه كيف شاءت المادة 29 أخذ من مذهب الحنفية و الحنابلة.
- ✓ جواز تأجيل الصداق كله المادة 30 أخذ من مذهب الجمهور، بخلاف مذهب الإمام مالك الذي يرى في ذلك حكم الكراهة.
- ✓ ليس للصدوق حد أدنى حسب الإطلاق الوارد في المادة 28 أخذ من مذهب الشافعية و الحنابلة.
- ✓ جواز أن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، و هو شرط ملزم إذا قبل به المادة 40 و هذا ما قال به الحنابلة على خلاف المالكية فإنهم يقولون بعدم وجوب الوفاء به، وإنما هو مستحب فقط.
- ✓ الشروط التي تتنافى مع مقتضى العقد و مقصوده الأصلي و تخالف أحكام الشرع، كاشتراط عدم الوطاء يعتبر باطل و العقد يبقى صحيحا المادة 47 أخذ بمذهب أبي حنيفة و مخالفة لمذهب المالكية الذين يرون أن الشروط تبطل و الزواج يفسخ قبل الدخول و يصح بعده بمهر المثل على المشهور.
- ✓ زواج المكره المادة 63 لم تأخذ فيه المدونة بالمذهب المالكي و لا بغيره من المذاهب، بل و لم تطبق عليه حتى القواعد المذكورة في القانون المدني.

<sup>1</sup> راجع محمد المهدي "فلسفة نظام الأسرة مقاربات في ضوء الفقه و القانون و العمل القضائي" الطبعة الأولى 2011 مطبعة دار السلام ص 23.

إن التطور في التعامل مع المذهب المالكي ينم عن رغبة المشرع في الاستفادة من المذاهب الأخرى، باعتبارها ثروة جديرة بالاهتمام، كما ينم على أن مستجدات المدونة يمكن تأصيلها بالمصلحة، و المصلحة كما يقال تبنى عليها الشريعة الإسلامية شريطة أن تستوفي الشروط المطلوبة.<sup>1</sup>

**المبحث الثاني: القضاة الأسري بين طموحات النصوص و تحديات التطبيق.**

لقد كان من الضروري في المدونة الجديدة خلخلة الوظائف التقليدية لجهاز قضاء الأسرة و إحداث ثورة في طبيعة هذه الوظائف من حيث مداها و نطاقها و الأساليب التي يتعين استعمالها (المطلب الأول) و بالرغم من هذا فإن تطبيق أحكام المدونة يعرف مجموعة من الإكراهات والعوائق (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: طموحات نصوص مدونة الأسرة:**

إن مدونة الأسرة مهما تضمنت من عناصر الإصلاح إلا أن تفعيلها يضل رهين بوجود قضاء أسري عادل عصري و فعال لاسيما و قد تبين من خلال تطبيق المدونة الحالية أن أسباب و عناصر و جوانب الخلل و القصور لا يرجع فقط إلى بنودها و إنما إلى انعدام قضاء أسري عادل مؤهل بشريا و ماديا و مسطريا لتوفير شروط العدل و المساواة و السرعة في البث في القضايا و التعجيل في تنفيذها.

هكذا إذن يتضح بأن تحقيق أهداف المدونة يبقى رهين بالتطبيق الحسن لأحكامها و استيعاب محتواها بشكل يتفاعل مع روح و فلسفة النص و الغاية من إقرار هذا القانون برتمته. و هي مسؤولية تقع على عاتق القضاء بدرجة أولى. كما أن المقصود بتطبيق أحكام المدونة ليس هو التطبيق الآلي لبنودها و إنما تحقيق فلسفتها و روحها أي ضمان استقرار الأسرة و تحقيق مفهوم التماسك الأسري و التعايش الاجتماعي و تضامن أفراد الأسرة و حماية أضعف أفرادها الذين يكونون ضحية لمتاهات و أفكار مغلوطة تحمل المدونة ما لا طاقة لها به. أي تحقيق فلسفة الإصلاح بدل الانسحاق وراء موروثات ثقافية متجدرة تحط من مكانة المرأة و الرجل، و عادات و تقاليد و أعراف بالية لا تمت بصلة لدينا الحنيف و لم تعد تصلح لمغرب الحداثة الذي يواجه تحديات العولمة و إكراهاتها.

إن قاضي الأسرة لا يبت فقط بطريقة مباشرة في حق من الحقوق الخاصة أو الفردية و لا يفصل في الخصومة بالطريقة التقليدية و إنما بمقتضى السلطة الملائمة و التقدير في تبني القرار الأنسب و الأصلح لوضعية الأسرة و مصلحتها

فقانون الأسرة المغربي يؤسس لدور قضائي جديد ألا و هو "القضاء الأسري magistrature familiale"<sup>2</sup> و تدل على ذلك المؤشرات التالية:

❖ أسندت المدونة الجديدة لقاضي الأسرة مهام كبيرة و كثيرة، أكان في المراقبة و الإذن بالزواج أو ما يتعلق بالبنوة و النسب و ضمان حقوق الأطفال و رعاية شؤون القاصرين و شؤون الأطفال المتخلى عنهم و الكفالة... أو التعدد أو الطلاق، أو الصلح و توقي الطلاق أقصى ما يمكن، و الاستعانة و الاستماع إلى كل من يمكن أن يساعد في رأب الصدع و تحقيق استقرار الأسرة و رفايتها كما أسندت المدونة للنياحة العامة أدوارا هامة في جميع القضايا و

<sup>1</sup> محمد المهدي المرجع السابق ص 25.

<sup>2</sup> محمد الخضراوي "إسهام القضاء في إرساء دعائم الأمن الاجتماعي في مجال الأسرة" مقال منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 77 بتاريخ 2014 ص

النزاعات المتعلقة بالأسرة وذلك بصفقتها طرفاً أساسياً<sup>1</sup> و أصلياً في المنازعات الأسرية. اعتباراً لكون قضايا الأسرة من القداسة بحيث أدرجت في إطار النظام العام، وهذا يشكل دليلاً على عمق التحولات الجذرية اللاحقة بوظائف جهاز النيابة العامة النيابة العامة<sup>2</sup>.

❖ إعطاء دور تدخلية و توجيهي للقضاء في بعض المساطر المتعلقة بقضايا الأسرة و تنامي صلاحياته فيها مقابل تراجع سلطة الخصوم.

❖ بروز وظائف جديدة للتدخل القضائي في القضايا المتعلقة بالأسرة في مقابل الوظيفة التقليدية في فض النزاعات.

❖ بروز أهداف جديدة للتدخل القضائي تتمثل في حماية الأسرة و إنقاذها.

❖ تنوع الأجهزة القضائية المتدخلة في القضايا المتعلقة بالأسرة، ما بين القضاء الجماعي و القضاء الفردي و ما بين القضاء العادي و القاضي الاستعجالي، يعكس توجه المشرع نحو تأسيس عدالة أسرية متخصصة تنظيماً و موضوعاً و مسطرة. و هذا ما يظهر من خلال توزيع الاختصاصات و المسطرة و الأحكام و طرق الطعن. هكذا إذن تدشن مدونة الأسرة تحولاً كبيراً في دور القضاء و صلاحياته فلم يعد موضوعها فقط البث في نزاع تقليدي - كلاسيكي - بين أطراف هذه الأسرة و إنما البحث عن حلول تحمي حقوق أفرادها و في نفس الوقت تحمي فيه المصلحة الجماعية للأسرة.

إن وضع الصورة الحقيقية لتطبيق مدونة الأسرة أمام المجتمع شيء لا يمكن أن يشكك أحد في أهميته و جدواه، بحيث لا يمكن حل أي إشكال اعتراض المدونة إلا بالاطلاع عليه و معرفة أسبابه و عوامله و هو ما يفرض على القاضي الأسري تقمص أدوار عالم النفس و عالم الاجتماع.

صحيح أنه ليس هناك وصفة سحرية للسعادة الزوجية لكن قليل من تنازل المرأة على عنادها و قليل من تنازل الرجل على كبريائه كفيل بالوصول بسفينة الأسرة إلى بر الأمان، و كل ذلك بذل الانسياب وراء النزعة الذكورية و الاحتجاجات النسوية، فحقوق المرأة و مكانتها مرهونة بسعادتها و بسعادة المرأة يتمجد الرجل للمرأة هي الأم و الأخت و البنت و الزوجة و الرجل هو الأب و الأخ و الولد و الزوج. و مع الأسف أن يتم تقييم نجاح أو فشل المدونة طبقاً لمواصفات إيديولوجية تنتصر لطرف على حساب طرف آخر و ذلك بعيداً عن الأهداف السامية للأسرة ككيان اجتماعي غير قابل للتجزئة يتعالى عن المنافسة و الصراع، فالتقويم الملائم للمدونة هو الذي لا ينتصر لطرف على حساب الطرف الآخر كما أن المؤشر الصحيح للتقويم يتجلى فيما تقدمه المدونة من ارتفاع على مستوى الزواج و انخفاض على مستوى الطلاق و انخفاض على مستوى الأبناء الغير الشرعيين و نجاح الصلح و تهدئة النفوس و باختصار تحقيق التماسك الأسري و السلم الاجتماعي "فهل يرضى أحدكم أن تشرذم أسرته و زوجته و أبنائه في الشارع و التعسف على بنته و أخته".

و من الشائع جداً أن القضاء هو المؤسسة الوحيدة التي تتكفل بتطبيق المدونة و أن السلطة القضائية بمجرد تلويحها بعصاها السحرية تتغلب على مشاكل الأسرة، و الحقيقة أن مشاكل الأسرة كثيرة و متعددة و الحل القضائي ليس إلا جزء من الحل و استقرار الأسرة هي مسؤولية الجميع دولة، أفراد و مؤسسات...

<sup>1</sup> للمزيد من الاطلاع يراجع "أحمد البنوشي" دور النيابة العامة في قضايا الأسرة "رسالة لنيل دبلوم الماستر في وحدة التكوين و البحث في قانون الأسرة المغربي و المقارن جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة ص 20 وما بعدها.

<sup>2</sup> محمد أهداف "وظائف النيابة العامة في قانون الأسرة" مقال منشور بمجلة أنفاس حقوقية العدد الخامس الطبعة الأولى غشت 2012 مطبعة إمستين ص 7.

و إذا تمعنا في نصوص المدونة نجد بأن المشرع كان حكيما حينما يأتي بالقاعدة تم يتبعها بالاستثناء، و كل ذلك من أجل إرضاء طرفين (اتجاه محافظ كلاسيكي و اتجاه حديثي تحري) من الصعب جدا التوفيق بينهما، إلا أن هذه الحكمة تفقد بريقها لاسيما عندما نتحدث عن توثيق عقد الزواج طبقا لمقتضيات المادة 156 حيث يخلط المشرع بين الخطبة و الزواج الغير الموثق بل عن هذه المادة تثبت النسب و لا تثبت الزوجية، و ليس هذا فحسب بل إن المادة 16 تعتبر وسيلة للتحايل على القانون و تمرير زيجات القاصرات و وسيلة للتهرب من إذن القاضي بالتعدد. مما يصح معه القول بأن أي نص قانوني يهدف لإرضاء طرف على حساب طرف آخر و يتغافل عن الأهداف الكبرى التي رسمت له يعتبر ميتا إذا لم يحقق الغاية من إقراره. كما أن المشرع المغربي غير متناسق مع المنطق القانوني و ذلك يتضح من خلال طلاقية مجموعة من المفاهيم القوة القاهرة الظرف الاستثنائي و الموضوعي و هو ما يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تطبيق أحكامها، لكن لا يجب أن نلوم القضاء الأسري فالفهم الغير الدقيق لأحكام المدونة شجع الكثير من النساء لطرق باب المحكمة مما أدى إلى ارتفاع نسبة الطلاق الذي يعتبر أبغض الحلال عند الله. كما أن هذه السلطة تشمل الأذونات القضائية و تقدير التعويض عن الضرر و ذلك استنادا إلى قواعد المسؤولية.

### المطلب الثاني: إكراهات و عراقيل تطبيق مدونة الأسرة:

- كثيرة هي العراقيل التي واجهت تطبيق أحكام المدونة على مدى الاثنا عشر سنة من تطبيقها و لعل أبرزها:
- البيئة الغير الملائمة لتطبيق فلسفة وروح المدونة هذه الفلسفة التي تذبح على أنقاض العادات والتقاليد التي لا تمت بصلة لديننا الحنيف مما يستدعي بسط الأرضيات وتغير العقلات من اجل حسن تنزيل المدونة .
  - الالتباسات المثارة بخصوص المدونة خاصة تلك التي تتعلق بالولاية، تعدد الزوجات، اقتسام الممتلكات بين الزوجين في حالة حدوث التفرقة بينهما... فالكثير من الناس واثقون بأن الولاية قد تم إلغاؤها نهائيا؛ و أن تعدد الزوجات أصبح ممنوعا... و أن الأموال أصبحت تقسم بين الزوجين بالتساوي بشكل عام و مطلق، و إذا كان هذا صحيحا جزئيا بالنسبة للزوجات اللائي ينجحن في إثبات مساهمتهم في إثمار الممتلكات، فإن غالبية الزوجات ربوات البيوت تظل مستبعدة ما لم يتمكن من إثبات مساهماتهن.
  - الطريقة الخاطئة التي يتناول بها المجتمع المدني الموضوع والتي تندرج ضمن إيديولوجية الصراع بين الرجل/المرأة،
  - التأويلات المغلوطة للمدونة و التي تجعلها بمثابة المشجب الذي تعلق عليه كل مشاكل الأسرة.
  - عدم التحري بشكل دقيق و معمق في إطار بحث اجتماعي عن عدم وجود إجبار و إكراه مادي أو معنوي. حتى يتم الوقوف عند توفر الرضائية الصريحة في عقد الزواج.
  - عدم الاعتماد على الخبرة الطبية المنصوص عليها صراحة في المادة 20 من المدونة و الاكتفاء بشهادة معاينة طبية. بل الاكتفاء في غالب الأحيان في البحث عن الانطباعات المستخلصة من تصريحات أب القاصرة.
  - عدم الوقوف و التثبت من المبرر المعتمد في طلب الإذن بالتعدد انطلاقا من الطابع الموضوعي و الاستثنائي الذي اشترطه المشرع. (مما يفرغ هذه الديباجة المشروطة و المقيدة من طابعها الاستثنائي).

- الاعتماد بالأساس في قبول الطلبات على الوضع المادي للزوج و يسر حاله كعامل أولي، في حين أن روح التشريع و نص المدونة اعتبر ذلك عاملا ثانويا و مكملا لا يتم الوقوف عليه سوى بعد التحقق من توافر المبرر الموضوعي و الاستثنائي.
- الاعتماد أحيانا على كبر سن الزوجة المراد التزوج عنها و رغبة الزوج في الإنجاب ثانية (و كأن المرأة كطرف في العلاقة الزوجية مسخرة للمتعة و الإنجاب و العمل).
- الاعتماد أحيانا على مبررات غريبة دون التحقيق في أسبابها و عمق قيمها (عبارة نشوز الزوجة و امتناعها من الرجوع لبيت الزوجية).
- تراكم الملفات و كثرة القضايا أمام قلة قضاة الأسرة الشيء الذي ينعكس سلبا على السرعة في البث في القضايا.
- اكتظاظ أقسام قضاء الأسرة. يضاف إلى كل هذا مشكل آخر يعرقل حسن سير العدالة بصفة عامة و ليس فقط قضاء الأسرة. يتعلق الأمر بمشكل تنفيذ الأحكام القضائية، فتعقد مساطر و غياب مؤسسة مختصة في التنفيذ يجعل من المستحيل حصول المتقاضين على حقوقهم المشروعة.
- ولعل أهم الحلول في ظل هذه الوضعية نجد:
  - تفعيل و أجرأة الوسائل البديلة لحل المنازعات (مؤسسة الحكيمين و الوساطة و الصلح و مجلس العائلة).
  - اعتماد التكوين و التكوين المستمر للقضاة لجعلهم يتقنون أدوار عالم النفس و عالم الاجتماع و محاولة تعميم تجربة المساعدات الاجتماعية داخل المحاكم.
  - القيام بمجموعة من الحملات التحسيسية و التواصلية لاستيعاب فلسفة و روح المدونة و ذلك من خلال تفعيل دور الإعلام الهادف لإزالة التشويش الحاصل بخصوص مقتضيات المدونة.
  - الاهتمام بالموارد البشرية لقضاة الأسرة.
  - ضرورة تزويد المحاكم بالوسائل اللازمة لإجراء بحث اجتماعي حول وضعية الزوجة و الأبناء و الزوج و ملهم من أجل اتخاذ أحكام عادلة و منصفة للمجتمع.
  - إحداث آليات و وسائل كفيلة بضمان التطبيق السليم للمدونة و ذلك بإيجاد مراكز الإيواء لتجاوز مخلفات الشتات العائلي.
  - تبسيط مسطرة الاستفادة من صندوق التكافل العائلي و توسيع نطاق المعنيين به.
  - إحداث شرطة قضائية متخصصة في هذا النوع من القضايا مولية في ذلك العناية و الاهتمام اللازمين مع ما يتطلب ذلك من فورية و استعجال و جدية.
  - إحداث شراكات بين القضاء و المؤسسات الدينية و الأخلاقية من أجل خلق تواصل بين ما هو ديني و ما هو قانوني.



## الخاتمة :

إن مرور اثنا عشر سنة على تطبيق أحكام المدونة غير كافية لإعطاء تقويم دقيق لهذه المدونة، كما أن الأسرة لا تحتاج إلى قانون فقط و إنما إلى أخلاق فالقانون يتغذى من روح الأخلاق و القاعدة الأخلاقية تسمو على القاعدة القانونية فسيد الخلق (ص) قال "خيركم خيركم لأهله و أنا خيركم لأهلي" فقضايا الأسرة تتميز باستعصائها و تنوع إشكالاتها بشكل يؤكد محدودية المدونة في حل مشاكل الأسرة المغربية، و هذا لا يجعلنا نحكم عليها لا بتشاؤم تعسفي و لا بتفاؤل مبالغ فيه و كل ما ينبغي قوله هو تنزيل أحكام المدونة يحتاج إلى أجرأة حقيقية و تضافر كافة الجهود لهذا ينبغي النهوض بدور التعليم في زرع ثقافة حقوق الإنسان، و إعادة الاعتبار لمنظومة القيم لدينا المبنية على الود و الاحترام و الرحمة فكل من الزوجين يكمل بعضهما الآخر و على كل حال كل عام و تبقى الأسرة المغربية بالآف خير.

✓ لائحة المراجع المعتمدة :

## • الكتب :

- ليلي المريني "الحماية القانونية للحقوق التي تضمنها الدستور للأسرة : الحوار الوطني حول الإصلاح العميق و الشامل لمنظومة العدالة الندوة الجهوية العاشرة حول موضوع قضاء الأسرة بمدينة سطات بتاريخ 9 فبراير 2013.
- خالد برجايوي "إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب وضعية المرأة نموذجا" الطبعة الأولى دون ذكر السنة مطبعة دار القلم.
- محمد ابن معجوز "أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية" مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية 1990 الجزء الأول
- علال الفاسي "شرح مدونة الأحوال الشخصية مطبعة الرسالة بالرباط الطبعة 1974.
- محمد المهدي "فلسفة نظام الأسرة مقاربات في ضوء الفقه و القانون و العمل القضائي" الطبعة الأولى 2011 مطبعة دار السلام.
- "أحمد البنوزي" دور النيابة العامة في قضايا الأسرة "رسالة لنيل دبلوم الماستر في وحدة التكوين و البحث في قانون الأسرة المغربي و المقارن جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة.
- محمد أهداف "وظائف النيابة العامة في قانون الأسرة" مقال منشور بمجلة أنفاس حقوقية العدد الخامس الطبعة الأولى غشت 2012 مطبعة إمستيتين .

## • المقالات :

- فتيحة الشافعي "مدونة الأسرة بعد سبع سنوات من التطبيق المكتسبات العوائق و الآفاق" مقال منشور بموقع Maroc Droit مطلع عليه بتاريخ 19.08.2015.
- محمد الخضراوي "إسهام القضاء في إرساء دعائم الأمن الاجتماعي في مجال الأسرة" مقال منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 77 بتاريخ 2014.

## • المجالات :

- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 72 بتاريخ 2010.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 76 بتاريخ 2013.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 77 بتاريخ 2014

## دور المشاركة السياسية في تحقيق الديمقراطية



إعداد الدكتورة : شريف هنية

أستاذة محاضرة - أ - بكلية

الحقوق جامعة البليدة - 2 - الجزائر

E-mail : cherifhania@hotmail.fr

مقدمة :

ان المشاركة السياسية<sup>1</sup> من أهم المبادئ تحقيقا للديمقراطية في مفهوم الدولة الحديثة فرضته عدة عوامل منها العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وحتى الأخلاقية ، من خلالها يتم التمييز بين الأنظمة الديمقراطية التي تهدف بالدرجة الأولى لتحقيق المساواة والعدل بين أفراد مجتمع الدولة في جانبه السياسي والأنظمة الاستبدادية التي تقوم على احتكار السلطة لدى شخص أو عدة أشخاص والابتعاد عن فكرة المواطنة .

بالتالي مبدأ المشاركة السياسية يقيم حدا فاصلا بين النظام الوطني الديمقراطي الذي أساسه الحرية تحقيقا للوحدة الوطنية و الأنظمة الأخرى التسلطية التي تبنى سياستها على فكرة الاستبداد وحب الذات ، فالمشاركة السياسية ماهي إلا تعبير عملي عن العقد الاجتماعي الارادي بين فئات مجتمع الدولة يتم فيه الاعتراف بالحقوق الناجمة عن التعاون المتبادل بين مختلف الفئات الاجتماعية بما فيها المرأة تحقيقا لمبدأ المساواة بين الجنسين وإسهام كل منها في عملية الانتاج الاجتماعي لوضع فارق نوعي بين رعايا الدولة كمواطنين لهم امتيازات وحقوق لا يتمتع بها من هم اجانب عنها .  
ففي الجزائر ، كما في كل الدول الديمقراطية التي تطبق التعددية ، تلعب الأحزاب السياسية دورا رئيسيا في الانتخابات على مختلف المستويات بما فيها البرلمان ، ويعد نظام الانتخاب تجسدا لها<sup>2</sup>، ويعتبر الناخب كل مواطن جزائري راشدا متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ، أما الأجانب المقيمون في الجزائر فليس لهم حق التصويت بعكس المتجنسون الذين يتمتعون بممارسة هذا الحق بعد مضي مدة من اكتسابهم الجنسية الجزائرية .

<sup>1</sup> تدور السياسة في معناها اللغوي على تدبير الأمور وحسن رعايتها وإصلاحها ، بينما أجمع مجمل معانها في الفقه الاسلامي على أنها "استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في العاجل أو الاجل " ، ولزيد من التفاصيل حول مفهوم السياسة والسياسة الشرعية راجع بحث الدكتور محمد يسري ابراهيم تحت عنوان :

المشاركة السياسية المعاصرة في ضوء السياسة الشرعية ، المنشور عبر الموقع : www.muslim.org

<sup>2</sup> ينظم ممارسة حق التصويت مبدأ أساسيان : الحرية والسرية ، ومن البديهي القول أن حرية الانتخاب تفترض تحرره من الضغوط ووسائل الاكراه وتزوير الإرادة الشعبية، كما أنها تتناقض من جهة ثانية مع مبدأ الانتخاب الالزامي المعمول به في بعض الدول ، أما سرية التصويت فهو نتيجة لمبدأ الحرية السابق الذكر ، ذلك أن الانتخاب العلني لا يعطي الضمانة الضرورية للمواطن للممارسة حقه بكل حرية .

فالديمقراطية لا تتحقق إلا بمشاركة الأفراد سياسيا في تحديد أشخاص يقومون بتمثيلهم ، فمثلا حق التصويت<sup>1</sup> ضرورة هدفه بالدرجة الأولى إرساء القواعد الأساسية للديمقراطية للمضي قدما نحو دولة أساسها المساواة ، وبما أن الديمقراطية هي عملية مركبة ، تتكون من مجموعة عناصر ، كل عنصر فيها يشكل عملية قائمة بذاتها ، فإن المشاركة السياسية كأحد هذه العناصر ، هي كذلك عملية قائمة لها عناصرها الأساسية والضرورية ، لا يمكن إهمالها أو إسقاطها ، بل يجب الاهتمام بكل واحدة منها على حدة وبنفس القدر من الجدوية السياسية ، حتى يتحقق الهدف من المشاركة ، والمتمثل في تحقيق الديمقراطية.

ولهذا فمن الضروري البحث في مضمون المشاركة السياسية المتوقف على معنى السياسة وقيمتها في الدولة على نحو ما تفهمها مختلف الفئات الاجتماعية ، وتحديد مظاهرها خاصة وأن أشكال وآليات المشاركة السياسية المعروفة والتي يتفق على تصنيفها العلماء والدارسين تتمثل في الانتخابات ، لكونها النموذج الأكثر انتشارا في العالم ، وكذلك في الانضمام إلى الأحزاب السياسية وإلى الجماعات الضاغطة ، لهذا نتساءل في فحوى هذه الدراسة حول كيفية تجسيد الدول الديمقراطية لفكرة المشاركة السياسية؟ وهل للشعب دور فعال في تحقيقها؟ وماهي المظاهر الأخرى للمشاركة السياسية عدى الانتخابات؟ .

ومن هنا و اجابة على هذه الاشكالية وجب أولا تحديد المقصود بالمشاركة السياسية الجادة والهادفة كحجر الزاوية والركيزة الأساسية لممارسة الديمقراطية، وبعدها كيفية تجسيدها في الواقع العملي لمقاومة الظلم والاستبداد وذلك من خلال إجراءات و وسائل من أهمها الانتخابات .

#### المبحث الأول : ماهية المشاركة السياسية :

يتحدد مفهوم المشاركة السياسية بمجموعة من المعاني المستمدة من مجالات استخداماتها ، فهي قد تعني في بعض الأحيان مساهمة الشعب في وضع سياسي من خلال اعطاء له فرصة لإبداء رأيه<sup>2</sup>، وتعني كذلك اقتسام الأرباح والخسائر معا ، كما توجد عدة معاني أخرى لكن كلها تستوجب وجود أكثر من فرد واحد لتحقيق المشاركة .

#### المطلب الأول : المقصود بحق المشاركة في الحياة السياسية :

إن المشاركة في الحياة السياسية هي مساندة الشعب للقيادات في العمل السياسي ، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال إعطاء الفرصة للشعب في صياغة شكل الحكم وتحديد ذات القيادات ، وأخيرا الاسهام في تقرير مصير دولتهم على النحو الذي يرونه مناسبا لتأخذ المشاركة مظهرها ايجابيا في نظم السياسة المعاصرة .

<sup>1</sup> يعتبر حق التصويت أحد المكونات الهامة للأنظمة السياسية ومثلها مثل الدساتير فإنها تعرف نوعا من الاستقرار في البلاد الأنجلوساكسونية وتعرف عدم استقرار في بلدان أوروبا الأخرى ، لمزيد من التفاصيل أنظر :

- بوكرا إدريس : الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، دار الكتاب الحديث ، طبعة 2003 ، ص 151

<sup>2</sup> المشاركة السياسية حق من حقوق الإنسان ومن الحقوق السياسية والحريات العامة التي تعترف وتقرها الدولة في كل المجتمعات وفي كل الأنظمة السياسية ، على اختلاف ممارستها حسب توجه كل نظام سياسي ، وقد أكدت على هذا الحق كل المواثيق الدولية ، ويندرج هذا التأكيد ضمن المساعي الدولية التي تهدف إلى حماية وترقية حقوق الإنسان ، وتمكينه من ممارستها ، ومنحه الآليات القانونية التي تمكنه من المشاركة الفعلية والاستفادة منها ، وفقا للمبادئ الأساسية للسياسة العامة ، لكل مجتمع حر و ديمقراطي ، يسعى دائما إلى تحقيق أقصى قدر من المشاركة .

## الفرع الأول: تعريف المشاركة السياسية:

يقضي الاقتراب من مقصود المشاركة السياسية توضيح المقصود بمصطلح المشاركة بصفة عامة، تمهيداً لمعرفة مفهوم المشاركة السياسية، فالمشاركة قد تعني أي عمل تطوعي من جانب المواطن، بهدف التأثير على اختيار السياسات العامة وإدارة الشؤون العامة أو اختيار القادة السياسيين على أي مستوى حكومي أو محلي أو قومي<sup>1</sup>.

وهناك من يعرفها على أنها عملية تشمل جميع صور اشتراك أو اسهامات المواطنين في توجيه عمل أجهزة الحكومة أو أجهزة الحكم المحلي أو المباشرة في القيام بالمهام التي يتطلبها المجتمع سواء كان طابعها استشارياً أو تقريرياً أو تنفيذياً أو رقابياً، وسواء كانت المساهمة مباشرة أو غير مباشرة، وهي قد تعني المشاركة اسهام المواطنين بدرجة أو بأخرى في إعداد وتنفيذ سياسات التنمية المحلية سواء بمجهودهم الذاتية أو بالتعاون مع الأجهزة الحكومية المركزية والمحلية.

وبما أن مصطلح المشاركة السياسية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنظم السياسية الديمقراطية دون غيرها من الأنظمة غير الديمقراطية، لهذا تعرف على أنها " تلك المجموعة من الممارسات التي يقوم بها المواطنون، أو بها يضغطون بغية الاشتراك في صنع وتنفيذ ومراقبة تنفيذ، وتقييم القرار السياسي اشتراكاً خالياً من الضغط الذي قد تمارسه السلطة عليهم"، كما عرفها البعض على أنها "مجموع النشاطات الجماعية، التي يقوم بها المحكومون، وتكون قابلة لأن تعطيهم تأثيراً على سير عمل المنظومة السياسية"<sup>2</sup>، وهذا يعني أن للمواطن حقاً ودوراً يمارسه في عملية صنع القرارات، ومراقبة تنفيذها، وتقويمها بعد صدورها.

لهذا يحرص الفرد على أن يكون له دور إيجابي في الحياة السياسية من خلال المزاولة الإرادية لحق التصويت و الترشح للهيئات المنتخبة أو مناقشة القضايا السياسية مع الآخرين بالانضمام إلى المنظمات الوسيطة<sup>3</sup>، غير أن المشاركة السياسية لا تنطبق على الأشكال التقليدية أو على الأشكال القانونية وحدها بل تتعدى وتمتد إلى أعمال العنف - غير المقبولة ولكنها موجودة -، ولهذا أكد البعض على هذه الطبيعة في تحديد المقصود من المشاركة إذ لا تقتصر على التصويت في الانتخابات، ولكنها تشمل الأعمال والأنشطة وكافة المساعي التي تدخل في نطاق العملية السياسية بالمعنى الواسع والهادفة إلى التأثير على فئة أو طبقة أصحاب النفوذ والسلطة.

كما تعرف المشاركة السياسية على أنها سلوك سياسي يتضمن تصرفات الأشخاص أو جماعات من الأفراد، وردود أفعالهم، فيما يتعلق بشؤون الحكم، ويتضمن هذا السلوك السياسي الفردي أو الجماعي كافة الأنشطة بما فيها الانتخاب، كما اعتبر أنها تفاعل الفرد عقلياً وانفعالياً مع موقف الجماعة بطريقة تشجعه على ذلك، وقد تكون المشاركة رسمية وغير رسمية.

والذي يهمننا المشاركة السياسية العملية التي يلعب الفرد من خلالها دوراً في الحياة السياسية لمجتمعه وتكون لديه الفرصة لأن يسهم في مناقشة الأهداف العامة لذلك المجتمع وتحديد أفضل الوسائل لإنجازها، وقد تتم هذه المشاركة من خلال أنشطة سياسية مباشرة أو غير مباشرة.

## الفرع الثاني: تصنيفات المشاركة السياسية:

إن السياسة عملاً من أعمال الإنسان الاجتماعي القائم على تنظيم العلاقة بين الفرد من جهة والدولة من جهة أخرى بغرض تحقيق الانسجام بين طرفي العلاقة، لهذا يرى البعض أن أنشطة المشاركة يمكن تصنيفها في مجموعتين:

<sup>1</sup> محمد عليوة، منى محمود: مفهوم المشاركة السياسية- مشروع دراسات الديمقراطية في البلدان العربية -، اللقاء السنوي السابع عشر الديمقراطية والانتخابات في الدول العربية مركز الدراسات النظرية والحقوق المدنية دمشق 2007 ص 1 ومايلها من الموقع الإلكتروني [www.dctcrs.org](http://www.dctcrs.org)

<sup>2</sup> فيليب برو: علم الاجتماع السياسي، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1998، ص 301.

<sup>3</sup> داود الباز: حق المشاركة في الحياة السياسية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة 2000، ص 358.

أ - المشاركة الارادية التقليدية : وتشمل التصويت ومتابعة الأمور السياسية والدخول مع الغير في مناقشات سياسية ، وحضور الندوات والمؤتمرات العامة ، والمشاركة في الحملة الانتخابية بالمال والدعاية ، والانضمام إلى جماعات المصلحة ، والانخراط في عضوية الأحزاب والاتصال بالمسؤولين ، والترشيح للمناصب العامة وتقلد المناصب السياسية. ويعتبر التصويت أكثر أنماط المشاركة السياسية شيوعاً حيث تعرفه الأنظمة الديمقراطية وغير الديمقراطية مع خلاف في دلالة ودرجة تأثيره ، فهو في الأولى آلية للمفاضلة بين المرشحين واختيار شاغلي المناصب السياسية بدرجة كبيرة من الحرية ، ولكنه ليس كذلك في الأنظمة التسلطية إذ تعد الانتخابات هناك أداة لمن هم في مواقع السلطة يستخدمونها للدعاية وكسب التأييد والشرعية أكثر منها أداة للاختيار السياسي الواعي والتأثير في شئون الحكم والسياسة من قبل الجماهير ، ولهذا قد يعتبر الامتناع عن التصويت لونا من الاحتجاج الصامت.

إذ ينبع حق التصويت من فكرة الحرية التي يقوم على مبدأ - السيادة الشعبية -<sup>1</sup> وقد تتمثل هذه الحرية في مشاركة الفرد في الشؤون السياسية عن طريق اختيار ممثليه في هيئات الحكم ، بالإضافة إلى حقه في ممارسة جميع نشاطاتها ، بمعنى أن يترجم الفرد حرية التصويت إلى واقع مادي ملموس عن طريق المشاركة السياسية بمختلف أنواعها وصورها ودرجاتها ، وليس مجرد أفكار فلسفية لا تجد صداها في خطوات قانونية ومادية وبشرية تعبر عن الديمقراطية .

لكن التصويت أو الانتخاب ليست هي الصورة أو الشكل الوحيد للمشاركة السياسية ، بل إن المشاركة السياسية تتخذ عدة أشكال وصور أخرى قانونية مثل عضوية الأحزاب السياسية والنقابات المهنية والعمالية والجمعيات الفكرية .

ب - المشاركة الحديثة المتطورة (غير التقليدية) : بعضها قانوني في بعض الدول مثل الشكوى ، أما البعض غير قانوني في بلاد أخرى كالتظاهر والإضراب وغيره من السلوكيات السلبية ، إذ يرى البعض أن الأنشطة غير التقليدية أو غير القانونية مثل الحرق اللافتات وتفجير المباني الحكومية لها وقع على المسؤولين في تغيير سياستهم ولسماع مطالب لم يكن أحد يعيرها انتباها من قبل<sup>2</sup>.

فدراسة المشاركة السياسية لا تقتصر على السلوك السياسي الفردي ، وإنما تمتد إلى العمل الجماعي ، وإذا كان السلوك الفردي متنوع الأشكال يتراوح بين التصويت إلى الاتصال الشخصي بصانعي السياسة أو القرار ، فإن السلوك الجماعي هو متنوع الأشكال بحسب من يقوم به ، فقد يشمل الاحتجاجات الجماعية من مسيرات ومظاهرات واضطرابات ، وهذه التصرفات كلها يسمح بها القانون في بعض الدول كما قد لا يسمح بها في دول أخرى.

فمعنى المشاركة السياسية اتسع مؤخرًا لدراسة كل أعمال المعارضة حتى وإن بدأت بإلقاء الحجارة على رجال الشرطة أو المسؤولين في أعقاب مظاهرات بدأت سلمياً لتصل إلى حد الاصطدام<sup>3</sup> ، كل هذه الصور وغيرها تبقى تساهم في المشاركة السياسية كونها تسعى إلى التأثير على صانعي القرار في الدولة لدفعهم على اتخاذ قرارات معينة أو الامتناع عن اتخاذ قرارات أخرى .

<sup>1</sup> مبدأ السيادة الشعبية تستقر فيه السلطة في كل الأفراد الذين يؤلفون الشعب ، وترتبط نظرية السيادة الشعبية بالمفكر الفرنسي جان جاك روسو في كتابه "العقد الاجتماعي" ، من خلال تعميم حق الانتخاب على جميع المواطنين دون استثناء إلا فيما يخص بعض الفئات كالمجنون والقاصر والمحكوم عليه... على عكس مبدأ سيادة الأمة الذي لا يحصر الشعب في دولة واحدة رجوعاً لفكرة الأمة .

<sup>2</sup> سامية خضر صالح : المشاركة السياسية والديمقراطية - اتجاهات نظرية ومنهجية حديثة تساهم في فهم العالم من حولنا، 2005 ، ص 31 .

<sup>3</sup> كمال السيد : حقيقة التعددية السياسية في مصر -دراسة في التحول الرأسمالي والمشاركة ، مصر 1996 ، ص 12-13.

بالتالي تعتبر المشاركة السياسية شكلاً من أشكال التعليم ، حيث يتعلم المواطنون من خلالها حقوقهم وواجباتهم ، وهذا يؤدي بدوره إلى معرفة تامة وإدراك كبير لهذه الحقوق والواجبات ، وإلى مزيد من الواقعية والمرونة في مطالب هؤلاء المواطنين.

### الفرع الثالث : خصائص المشاركة السياسية :

المشاركة باعتبارها عمل وإجراء ، تقوم به مجموعة حركات منظمة تتجه إلى التأثير في العالم الخارجي ، وتستهدف غاية ما ، وكثيراً ما يعبر عنها من الناحية الاجتماعية بالعمل السياسي ، فللمشاركة السياسية باعتبارها عملية مركبة تتمتع بخصائص متعددة<sup>1</sup> أهمها :

- أنها ليست هدفاً بل أداة لتحقيق هدف أسمى وأنبى هو الحرية السياسية ، فالمشاركة السياسية ليست هي الديمقراطية بل مبدأ من مبادئ عديدة ، كما سنبينه ، كونها تمثل المخرج من نقيضه اللامبالاة السياسية بسلبياتها على العملية السياسية.

- أنها تحتاج إلى ضمانات ، وإجراءات تكفل ممارستها<sup>2</sup> باعتبارها حقاً أصيلاً غير قابل للتصرف

- أن المشاركة السياسية يجب أن تكون خالية من كل أنواع الضغوط (ترغيباً أو ترهيباً) الذي قد تمارسه السلطة على المواطنين للتأثير على درجة مشاركتهم وكيفية مشاركتهم ، بدليل نص المادة 31 من قانون الانتخابات الجزائري<sup>3</sup> تجعل التصويت من الناخب يتم بطريقة شخصية وسرية منعاً لأي ضغوط قد تمارس على هذا الأخير.

- الاقتناع بالمشاركة أمر يرتبط بالوعي السياسي والتنشئة السياسية ومستوى التعليم : فلا يمكن القول أن المواطن المهتم بأمر سياسي أنه قد شارك مجرد الاهتمام ، وكذلك إذا تفاعل وتجاوب مع موقف ما لا يعتبر ذلك مشاركة ، وإنما يعني الاهتمام عدم السلبية من طرف المواطن والدولة معاً ، بحيث يشعر هذا المواطن أن الدولة وما يصدر عنها من قرارات سياسية ، ترتبط بحياته ووجوده المشاركة السياسية أساس الفعل الديمقراطي .

- المشاركة السياسية تتم من خلال مؤسسات رسمية ، وغير رسمية ينضم إليها الراغبون من مواطني الدولة طواعية وعن اقتناع.

- الحرية الإعلامية عبر كل الوسائل المقروءة والمسموعة والمرئية في التعبير عن الرأي وفتح المجال لوجود الرأي الآخر ، كما قد تحتاج العمل السياسي إلى الدعاية لتعريف المواطن بمرشحهم وبرامجهم السياسية .

- المشاركة السياسية تتم في جميع المستويات المحلية ، والوطنية .

وهذا التعدد في خصائص المشاركة السياسية يتطلب عمل موحد من سلطات الدولة سواء التشريعية أو التنفيذية وحتى القضائية ، بفرض رقابة فعالة أثناء المشاركة السياسية ، كما أنها تتطلب درجة عالية من الشفافية والمصادقية ، والالتزام الأخلاقي الذي يراعي قيم الديمقراطية ويطورها ويدافع عنها ، لتحقيق العدل والمساواة والالتزام بالنزاهة والحياد ، والاحتكام إلى القانون ، ومبادئ العدالة ، والحرية .

<sup>1</sup> سحر مهدي الياسري : الحق بالمشاركة السياسية و الضمانات القانونية لحماية هذا الحق 2012 دون دار نشر ص 1 انظر الموقع الإلكتروني:

[www.ahewar.org](http://www.ahewar.org)

<sup>2</sup> ترتبط المشاركة السياسية بعدد من الإجراءات السابقة عليها تعد تمهيداً واعداد لها ، بالإضافة إلى إجراءات أخرى لاحقة ، فعن الإجراءات السابقة نذكر قرار دعوة الناخبين لفتح باب الترشح بالإضافة إلى القيام بعملية المشاركة في الترشح بمساعدة الدعاية السياسية ، أما بالنسبة إلى الإجراءات اللاحقة فتتمثل في إعلان نتائج الاستفتاء والانتخاب ، ولمزيد من التفاصيل حول هذه الإجراءات انظر : - داود الباز : المرجع السابق .

<sup>3</sup> قانون عضوي رقم 01-12 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق لـ 12 يناير سنة 2012 ، يتعلق بنظام الانتخابات .

وهذا ما يدفع إلى التأكيد على خصوصية فكرة الحق والحرية<sup>1</sup> إذ ثمة علاقة بين كلاهما ، إذ يتجسدان معا في الملكية شكلا ومضمونا ، فلا تنفصل حقوق الفرد في مجتمع من المجتمعات عن حرته ، وكلما انتقصت حقوق الفرد انتقصت حرته ، والعكس صحيح ، لهذا يجب وضع الأطر القانونية ، والمبادئ الأخلاقية التي تدافع عن الحقوق وتصورها وصولا إلى تحقيق الكرامة الإنسانية والعدالة ، ونبذ العنف ، والتخلي عن الاضطهاد من قبل السلطات الحاكمة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني : دور حرية الرأي في تكريس المشاركة السياسية :

يقصد بحرية الرأي قدرة الفرد على التعبير عن رأيه بحرية تامة بغض النظر عن الوسيلة التي يسلكها سواء كان ذلك بالاتصال المباشر بالناس أو بالكتابة...، وإزاء تعدد مجالات حرية الرأي والتعبير نشأت صعوبة خاصة بتحديد مجالات التعبير وماهية القيود التي تفرض عليها لمنع التجاوز أو الإفراط الضار بالمجتمع والآخرين عند ممارستها في حدود مجالات اعمال الحريات السياسية أمكن حصرها في كفالة حرية الانسان في اعتناق الآراء دون تدخل من الغير أو الدولة في ذلك وأن يتلقى وينقل ما لديه من معلومات وأفكار يعبر بها عن رأيه من خلال أية وسيلة إعلامية.

### الفرع الأول : علاقة حرية الرأي بحق التصويت :

بصفة عامة التعبير عن الرأي يتم من خلال الفرد عن طريق الكلمة الشفوية أو المكتوبة والمصورة ، أما بخصوص التعبير الملزم عن الرأي والخاضع للضوابط فإن ممارسة هذا الحق تخضع لطائفة من الالتزامات والتي فرضها القانون وبالقدر اللازم للمحافظة على النظام العام والحقوق والحريات الخاصة بالآخرين.

ونجد قانون الانتخابات الجزائري الحالي يكرس حرية الرأي في التصويت من خلال المادة 31 من قانون 01/12 بقولها "التصويت شخصي وسري" ، فالتصويت يجب يعبر على إرادة حرة سليمة عادلة تحقق الغاية منها في التعبير السليم عن إرادة الأمة في اختيار ممثليها الشرعيين .

- ولتحقيق حرية التعبير يجب أن يكون التصويت سري : ليس كما كان في الماضي أين كان يجري التصويت بطريقة علنية التي طالب به الفقيه الفرنسي مونتسكيو عند تدعيمه لمبدأ الفصل بين السلطات بحجة أنه يجعل الناخبين يستشيرون ويسترشدون بآراء النبلاء<sup>3</sup>.

لكن يرى البعض أن تحقيق السرية من المسائل الصعبة إن لم نقل مستحيلة ، بل ذهب البعض إلى اعتبارها مبدأ خيالي لأن الناخب يخضع لضغوط وتأثيرات سواء من جانب الإدارة أو من جانب الخصوم السياسيين وبالذات من جانب أصحاب النفوذ ورجال الأعمال ، خاصة وأن العديد من المواطنين تنقصهم الشجاعة الادبية للصدور أمام تلك الضغوطات إذا كان التصويت علني .

- كما يجب أن يكون الانتخاب شخصيا : كون التصويت يعبر على الارادة الحقيقية للناخب ، وهو نتيجة منطقية لمبدأ السرية لذلك أكده المشرع الجزائري في نص المادة 31 خاصة وأن الدول الديمقراطية المعاصرة تقره كضمانة لحرية الناخبين في الادلاء بأصواتهم .

ولا تتحقق حرية التصويت إلا إذا كفت الحكومة عن أية اجراءات تعسفية من شأنها التأثير في اتخاذ القرار بشأن مرشحيتها سواء باللجوء إلى الدعاية لهم دون الاهتمام بالمرشحين الآخرين لأنهم لا يخدمون مصالحها بالدرجة الأولى ،

<sup>1</sup> الحرية هي مضمون الملكية ، والحق هو شكلها ، والحديث هنا عن الحق بصفته العامة والمجردة قبل أن يتفرع إلى حقوق مدنية وسياسية وغيرها ، يعبر عنه أثناء صيغة الدستور لذلك ينبغي البحث في حرية الأفراد ومدى مشاركتهم في الحياة العامة من خلال ما ناله من الحقوق في ذات الدستور .

<sup>2</sup> سحر مهدي الياسري : المرجع السابق ، ص 1 و 2 .

<sup>3</sup> محمد رفعت عبد الوهاب : المرجع السابق ، ص 268 .

لهذا على الحكومة أن تحقق المساواة بين المرشحين لكي تكون الانتخابات الديمقراطية، وهذا ما كرسه المشرع في كل قوانينه المنظمة للانتخابات بما فيها آخر قانون.

بالتالي يوجد تلازم بين الحريات الشخصية والحرية السياسية لتحقيق حرية التصويت، لأن كليهما كان مصدر إيجاء والهام للحريات الثورية والدستورية كما كان كل منهما عامل دفع قوي لتطور الفكر السياسي على مر العصور، فإذا كانت الحرية الفردية تعني حرية التقرير فإن الحرية السياسية تعني سلطة التقرير، كما أن الاستقرار الاجتماعي يقتضي ضرورة التلازم بينهما.

#### الفرع الثاني: مرتبة حق التصويت في هرم المشاركة السياسية:

حق الفرد في التصويت من الحقوق السياسية، هذه الأخيرة فرضتها حقوق الإنسان في العالم المعاصر بوصفها الوسيلة المشروعة والمناسبة في التعبير عن اتجاهات ورغبات المواطنين في سبيل حماية حقوقهم وحرياتهم. وتتعدد مظاهر المشاركة في الحياة السياسية أدى إلى التساؤل حول قيمتها ودرجتها الواقعية المتفاوتة، فلقد وجد خلاف وتضارب في الآراء حول الدرجة التي يحتلها حق الفرد التصويت ضمن مظاهر المشاركة السياسية، فمن الآراء من تكاد تجمع على احتلال التصويت لأدنى درجات السلم في الحريات السياسية والمشاركة السياسية، والبعض يصوغ نماذج المشاركة في شكل هرمي يجعل على قمته تقلد منصب سياسي أو إداري كأهم وسيلة للمشاركة ويجعل التصويت في أسفل ذلك الهرم.

أما الرأي الثاني فمخالف لما سبق وقد انتقد الاهتمام الذي أولي لتقلد المناصب السياسية والإدارية كأهم حق في المشاركة السياسية، خاصة وأنه تصدّر الهرم بدلا من حق التصويت وتبررهم في ذلك أنه ليس قرينة على ايجابية الفرد في الحياة السياسية، فكم من مسؤول سياسي تقلد منصبا رسميا ولم يزد دوره عن دور الموظف العام. بل أبعد من ذلك هناك من الأساتذة من قدس قيمة حق التصويت كأهم وسائل المشاركة حيث يري بأن إدلاء المواطن بصوته في الانتخابات لا يمثل البتة أسلوبا من أساليب المشاركة في الحياة السياسية بل هو المشاركة في حد ذاتها، ويعلل ذلك بأن المواطن إذ يدلي بصوته فإنه يؤدي عملا يتصل مباشرة بالسلطة الرسمية، فهو بلاشتراف في الانتخابات يسهم في التشكيل العضوي لتلك السلطة، بينما الاشتراك في الحياة السياسية يعني الاشتراك في تكوين القوى غير الرسمية أي القوى الشعبية التي تنهض من القاعدة وتؤثر في السلطة الرسمية (المعارضة).

لكن الرأي الذي نراه راجحا هو الذي يربط بين المبدأ الديمقراطي والتصويت كوسيلة لإسناد السلطة، إذ لا وجود للديمقراطية ما لم يكن التصويت هو وسيلة اختيار الحكام وأساس عملهم حيث يعد هو الوسيلة الأساسية والأولية التي يتم بها التعبير عن إرادة الشعب وضرورة احترام حقوقه وحرياته، وتأتي بذلك في قيمة الهرم ويليه وسائل أخرى للمشاركة مثل عضوية الأحزاب السياسية والنقابات ونشاط الجمعيات الأهلية وإسهام الصحافة في توجيه الرأي العام وتكوين الوعي السياسي.



ومن هنا تظهر أهمية أن يكون حق التصويت دون ضغوط (حرية التصويت) حيث يعمل على تمكين الناخب من التعبير عن رغباتها ومعتقداتها بطريقة منظمة وفعالة ويقوم بدور سياسي يمكنه من المشاركة باعتبارها تعبير عن الرأي العام، فالرأي العام والانتخاب والأحزاب السياسية التي هي جمعية دائمة ذات طابع سياسي كما يراها الدستور<sup>1</sup> تشكل جميعها ثلاثة أبعاد متداخلة بعضها ببعض، فكل طارئ على النظام الانتخابي يؤدي إلى إحداث تغيير مقابل في نظام الأحزاب وبدوره ينعكس هذا التغيير في النظام الأحزاب مباشرة على التعبير عن الرأي العام، فالتداخل موجود وسيبقى لتحقيق معاني الديمقراطية.

#### المبحث الثاني: مظاهر المشاركة السياسية:

عرفت البشرية أثناء تطورها أساليب عديدة يصل عن طريقها الحكام إلى السلطة السياسية من أهمها وأحدثها الانتخابات<sup>2</sup>، إذ تتحقق من خلالها المشاركة السياسية بإسهام الشعب في تسيير شؤون الحكم في الدولة، لهذا اتخذت ممارسة هذا الإسهام عمليا عدة صور أهمها حق المواطن في الانتخاب عند استيفائه لشروطه القانونية.

#### المطلب الأول: الانتخابات كمظهر أساسي للمشاركة السياسية:

تهدف عمليات الانتخاب تحقيق عدة وظائف، فبالإضافة إلى أنها تسمح باختيار الحكام من طرف الشعب، فإنها تسمح أيضا برسم حالة الاتجاهات السياسية في البلد لأن نتائج أية عملية انتخابية تمكننا من معرفة الأهمية والحجم الحقيقي لكل حزب سياسي.

#### الفرع الأول: الطبيعة القانونية للانتخابات:

تختلف طبيعة الانتخابات بحسب اختلاف النظريات الديمقراطية<sup>3</sup>، بحيث الانتخاب يعتبر وظيفة وليس حقا لأفراد وفقا لنظرية سيادة الأمة، على عكس نظرية سيادة الشعب التي تعتبره حقا لكل عاقلا فيجب أن يسود فيه نظام الاقتراع العام وليس الاقتراع المقيد، و بما أن الانتخاب وظيفة عند أنصار نظرية السيادة ملك للأمة، فلا يسمح بموجب هذه النظرية لأي شخص ممارسة حق الانتخاب إلا إذا توفرت فيه بعض الشروط، بينما يرى أنصار نظرية السيادة الشعبية أن الانتخاب حق لكل مواطن إذا توفرت فيه شروط السن والجنسية والأهلية وعليه يجب أن يكون الاقتراع عاما.

لكن ظهر اتجاه يعتبر الانتخاب سلطة عامة وليس حق خاص وطبيعي، بمعنى اعتباره حق يجد أساسه ومصدره في القوانين التي تضعها الدولة وخاصة قانون الانتخابات، بالتالي تتدخل الدولة في تنظيم الاستفادة منه وممارسته حسب ظروفها، بل أبعد من ذلك المواطنين أحرار من ممارسة هذا الحق من عدمه كما أن النواب يكونون ممثلين للأمة وأحرار في تصرفاتهم ولا يتحملون المسؤولية أمام الناخبين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يعتبر قانون رقم 11/89 المؤرخ في 05 يوليو 1989 والمتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، انقلاب نوعي فرضته الضرورة آنذاك، بعد أحداث العنف التي شهدتها الجزائر، وقد نصت المادة 02 من هذا القانون على ما يلي "تستهدف الجمعية ذات الطابع السياسي في إطار أحكام المادة 40 من الدستور جمع مواطنين جزائريين حول برنامج سياسي ابتغاء هدف لا يدرربحا، وسعيا للمشاركة في الحياة السياسية بوسائل ديمقراطية سهلة"، لمزيد من التفاصيل حول هذا التغيير أنظر:- الأمين شريط: المرجع السابق، ص 215.

<sup>2</sup> إن الانتخاب ليس مؤسسة قانونية حديثة فقد عرف قديما عند بعض الأمم كالرومان قبل ميلاد المسيح بعدة قرون كما استعمل في القرون الوسطى من طرف الكنيسة وخاصة من أجل اختيار الامبراطور الجرمانى.

<sup>3</sup> محمد رفعت عبد الوهاب: مبادئ النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002، ص 95 وما يليها؛ زهير شكر: الوسيط في القانون الدستوري - الجزء الأول - القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة 1994، ص 93 وما يليها.

<sup>4</sup> الأمين شريط: الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية 1998، ص 215.

## الفرع الثاني : صور الانتخابات حسب النظريات الديمقراطية<sup>1</sup> :

بما أن الانتخاب وسيلة بموجبها يختار المواطنون الأشخاص الذين يسندون إليهم مهام ممارسة السيادة أو الحكم نيابتا عنهم سواء على المستوى السياسي أو على مستوى المرافق المختلفة ، هذه الوسيلة قد تأخذ شكلا عاما فتسمى بالاقتراع العام أو تتمتع بطابع من الخصوصية وتسمى الاقتراع الخاص .

**أولا - الاقتراع العام :** هو نظام شامل يسمح لكافة المواطنين الذين بلغوا سنا معينة ويحملون جنسية البلد بممارسة حق التصويت ، فلا يتم التمييز بين الرجل والمرأة كما هو شأن نص المادة الثالثة والسادسة من قانون الانتخابات الجزائري<sup>2</sup>، فهو نظام يقوم على المساواة كونه يعطي لكل مواطن صوتا واحدا دون منازع فيه ، خلافا لما هو معمول به في بعض الدول التي تعطي الامتيازات لبعض الأفراد من خلال اعطاؤهم عددا من الأصوات كحالة بريطانيا .

فالانتخاب العام هو حق من الحقوق التي تمارس من قبل كل المواطنين ويمثل أكثر الطرق ديمقراطية كونه لا يفرض شروطا تتعلق بالكفاءة العلمية والقدرات المالية ، ومن ثم ينتج عن تقرير نظام الاقتراع العام اعطاء حق الانتخاب للأغلبية الساحقة للمواطنين ، وهو الامر الذي يتفق مع جوهر الديمقراطية التي تتطلب مشاركة المواطنين الكثيفة في ممارسة السلطة نظرا لأن الشعب هو وحده صاحب السيادة في النظام الديمقراطي .

هذه المشاركة الساحقة للمواطنين تتبع إما نظام التصويت بالأغلبية أو نظام التمثيل النسبي ، فالأول هو ذلك النظام الذي يفوز فيه في كل دائرة انتخابية المرشح أو المرشحون الذين حصلوا على أكثر الأصوات ، أما الثاني فيهدف إلى ضمان تمثيل الاقليات السياسية أو الأحزاب الصغيرة في البرلمان ، حيث أن نظام الأغلبية في كثير من الحالات يهدد حقوق الاقلية التي لا تجد تمثيلا عادلا مع الأحزاب الكبيرة التي تنفرد بكل المقاعد النيابية أو معظمها .

بالتالي يمكن المشاركة في الاقتراع العام لكل مواطن ومواطنة تتوفر فيه صفة وشروط الناخب عامة دون الشروط التي يفرضها الاقتراع المقيد المتمثلة في :

- **شرط الجنسية :** تمثل الجنسية رابطة سياسية قانونية نفعية تعبر عن انتماء الفرد لدولته ، ومن الطبيعي أن تشترط الدول أن يكون الفرد مواطنا متمتعا بالحقوق السياسية ( الانتخاب ، الترشح ) كون الأجانب ليس لهم الحق في الانتخاب لأنهم ليسوا من شعب الدولة، بل عادة تتحفظ الدولة بالنسبة لمن اكتسبوا جنسية الدولة حديثا ، فتشترط الدولة كي يتمتعون بحق الانتخاب قضاء فترة معينة بعد تجنسهم تكون عادة 5 سنوات<sup>3</sup> حتى تتحقق الدولة من ولائهم واستقرارهم في جنسيتهم .

- **شرط بلوغ سن معين :** لثبات نضج العقلي لدى الانسان وتفاديا لما قد يثور من مشاكل حول هذا الشرط فقد درجت تشريعات الدول المختلفة بشأنه على اعتماد الصياغة الجملدة للقاعدة القانونية التي تحدده ، أي على جعله

<sup>1</sup> هناك صور أخرى للانتخاب نذكر منها الانتخاب المباشر وغير المباشر ، والانتخاب الفردي والانتخاب بالقائمة :

-الانتخاب المباشر يقتصر على انتخاب الممثلين بصفة مباشرة أي اختيار الحاكم دون واسطة ، على عكس الانتخاب غير المباشر فهو يتم بمرحلتين الأولى تقتصر على انتخاب الناخبين أما الثانية هؤلاء الناخبون يتولون بدورهم انتخاب مندوبين عنهم ثم يقومون هؤلاء المندوبين باختيار النواب في البرلمان .

-الانتخاب الفردي يعتمد على تقسيم الدولة إلى دوائر انتخابية كثيرة إذ كل ناخب يختار فردا واحدا عن دائرة وهذا في جميع الدوائر ، أما الانتخاب بالقائمة تعتمد على تقسيم الدولة إلى دوائر عددها أقل وحجمها أكثر بحيث يقوم الناخب في كل دائرة بانتخاب عدد معين من النواب (4 أو أكثر) .

<sup>2</sup> تنص المادة الثالثة من القانون العضوي رقم 01-12 السابق الذكر على أنه "بعد ناخبا كل جزائري وجزائرية بلغ من العمر ثمانى عشر 18 سنة كاملة يوم الاقتراع وكان متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ، ولم يوجد في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع المعمول به " . أما المادة السادسة من نفس القانون أثناء تحدها لشروط التسجيل في القوائم الانتخابية تنص أن "التسجيل في القوائم الانتخابية واجب على كل مواطن ومواطنة تتوفر فيهما الشروط المطلوبة قانونا " .

<sup>3</sup> علي علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية 1991 ، ص 201-102-203 .

حسابيا فمن غير المنطقي أن يتقرر منح هذا الحق لغير بالغين السن المحدد قانونا تحقيقا لإدراك المواطن العقلي لفعل مباشرة حق الانتخاب، إذ نجد قانون الانتخابات الجزائري قد حدده بـ 18 سنة وفقا للمادة الثالثة<sup>1</sup>.

- شرط الأهلية: لم تقتصر غالبية الدول الديمقراطية على شرط السن بل أضافت له شرط صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وممارسة التصرفات القانونية، فقد يبلغ المواطن سن 18 سنة دون أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية، هذا الشرط لا يربط بالعملية الحسابية السابقة الذكر وإنما بالواقع، فأحيانا تدهم الانسان عوارض تصيب قواه العقلية كالجنون والعتة أو موانع تمنعه من ممارسة كل الحقوق كالحكم عليه بعقوبة تمنعه من مزاولة حقوقه المدنية وحتى السياسية<sup>2</sup>، فهي العوارض والموانع تضيفي إلى عدم التمتع الشخص بصفة الناخب. بالتالي إن شاء قدر الفرد أن يولد مجنوناً فلا يتقرر له حق الانتخاب أصلاً، أما إذا طرأ عليه الجنون فيما بعد يتوقف حقه في الانتخاب إلى حين شفائه، ونفس هذا الحكم يطبق على المواطن المرتكب للجرائم فلا يمارس هذا الحق ما دام أن القانون حرّمه من مزاولة حقوقه المدنية والسياسية، وتفرق القوانين الانتخابية عادة بين الجرائم الكبرى المتمثلة في الجنايات وبين جرائم أخرى تقل حدة عن سابقتها وهي الجنح (ذات العقوبات الأقل من الجنايات)<sup>3</sup>.

ثانياً - الاقتراع المقيد: حسب نظرية سيادة الأمة، يكون الاقتراع مقيدا إذا لم يخول حق الانتخاب لمن تتوفر فيهم شروط بل لمن يملك ثروة أو مؤهلات علمية أو وفقا لأصله العرقي...، ويسمى هذا النوع كذلك بالاقتراع المشروط<sup>4</sup>، الذي يعني حصر حق الانتخاب على أصحاب الثروة أو أولئك الذين يتمتعون بمستوى ثقافي معين أي تقرير هذا الحق بدون تقييده بشرط نصاب مالي أو شرط الكفاءة<sup>5</sup>.

وقد يكون الانتخاب مباشرا، يختار فيه الناخبون أعضاء المجلس النيابي بأنفسهم، وقد يكون غير مباشر ويختار فيه الناخبون مندوبين ينوبون عنهم في اختيار أعضاء المجلس النيابي<sup>6</sup>.

بالتالي يقصد بالتصويت المقيد أن قانون الانتخابات يشترط شروطا خاصة فيمن يحق له مباشرة الحقوق السياسية من المواطنين، فلا يكون حق الانتخاب متاحا لكل مواطن بل فقط لمن تتوفر فيه الشروط الخاصة، وتتمثل هذه الشروط عموما في أحد شرطين وهما إما أن يتوافر في الفرد كفاءة مالية خاصة كأن يكون مالكا لعقار لا يقل إيراده السنوي عن حد معين أو أن يكون حائزا لأرض أو مالكا لرأس مال أو دافعا لضريبة معينة، وإما أن تتوفر في الفرد ليمارس حق الانتخاب أن يكون على قدر معين من الكفاءة العلمية بأن يكون حاصلًا على درجة علمية أو قسط معين من التعليم، وأحيانا يصل تقييد حق الانتخاب إلى حد الجمع بين شرطي الكفاءة المالية والعلمية معا.

<sup>1</sup> أنظر نص المادة الثالثة في هامش رقم 21.

<sup>2</sup> لمزيد من التفاصيل حول أسباب فقدان الأهلية المنصوص عليها قانونا راجع: -عبد المجيد زعلاني: المدخل لدراسة القانون -النظرية العامة للحق -، دارهومة 2009، ص 118 وما يليها: - اسحاق ابراهيم منصور: نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 227.

<sup>3</sup> ثروت مكي: الاعلام والسياسة - وسائل الاتصال والمشاركة السياسية - الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة 2005.

<sup>4</sup> هذا النوع من الاقتراع كان قد عمل به في بعض الدساتير الأوروبية في نفس الفترة التاريخية مع الدساتير الفرنسية وذلك ابتداء من دستور الثورة لعام 1791، إذ لا يجب إعطاء حق انتخاب نواب الأمة إلا لفئات المواطنين القادرين على خدمة المصالح العامة للأمة.

<sup>5</sup> مولود ديدان: القانون الدستوري والنظم السياسية، طبعة 2009، دار بلقيس، ص 100.

<sup>6</sup> 346BRAUD Philippe: Sociologie politique, casbah éditions, Alger 2004, p

## المطلب الثاني: المظاهر الأخرى للمشاركة السياسية:

يوجد إضافة إلى الانتخابات كوسيلة للمشاركة السياسية وسائل أخرى لا تقل أهمية، فإذا كانت المشاركة السياسية ترتبط بالحرية الشخصية للمواطن، وسيادة قيم المساواة، وإقرار الحاكمين بحق المحكومين بأن لهم حقوق دستورية وقانونية تمنحهم الحق بالمشاركة في اتخاذ القرار، فإن تحقيق ذلك يفرض وجود مظاهر أخرى تحقق ذات الهدف، سنحاول التطرق لبعضها.

## الفرع الأول: الاستفتاء الشعبي:

وهو كذلك إجراء انتخابي من مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة يعبر كذلك على نشاط فردي، ويعني الرجوع إلى جمهور الناخبين لأخذ قرارهم أو رأيهم في موضوع معين يعرض عليهم بالتالي هو وسيلة يلجأ إليها الأعضاء المؤسسون في منظمة ما إلى التصديق أو الاعتراض على سياسة اقترحها الزعماء أو الممثلون، وعن طريق الاستفتاء الشعبي يمكن لجمهور معين أن يجمي نفسه من التشريع الضار أو غير الشعبي، وهنا تكون المشاركة بهدف الموافقة أو عدم الموافقة، وهو مهم فيما يخص القضايا المصيرية الخلافية والتي تحتمل عدة آراء، ولكنها تصبح غير مجدية عندما تكون الخيارات غائبة والآراء شكلية، مثلما يحدث في الأنظمة الشمولية أو السلطوية. إذن الاستفتاء وسيلة يستعملها المواطن والمواطنة للموافقة أو لرفض بعض المشاريع الدستورية أو القانونية<sup>1</sup> وقد يتخذ شكلا إجباريا أو اختياريا حسبما تقتضيه أحكام الدستور المعمول به، وحسب طبيعة المجالات التي يمكن استشارة الشعب فيها، فيوجد الاستفتاء الدستوري يطبق أثناء وضع الدستور ذاته أو تعديله والاستفتاء التشريعي يستفتى المواطن فيه على مشروع قانون أما الاستفتاء السياسي فيتعلق بمسائل ذات الصبغة سياسية.

## الفرع الثاني: تأثير الأحزاب السياسية والجماعات الضاغطة:

إن الأحزاب السياسية باعتبارها وعاء للمشاركة المستمرة تعمل على توسيع النشاط السياسي والمشاركة الجماهيرية كما تعد بمثابة حلقة وصل بين الحاكم والمحكوم، ومن خلالها تتم الممارسة اليومية العادية لحرية الرأي، فبدون الأحزاب لا يمكن لرغبات الجماهير أن تصل إلى أذان السلطات ولا يستطيع المواطن أن يؤثر في الحياة السياسية معزولا عن أقرانه كون العمل الفردي لا يؤدي إلا إلى ضياع الجهود وتشتت القوى.

الملاحظ وجود صعوبة في تحديد مفهوم الأحزاب السياسية لوجود تباين في الآراء حوله حسب الايديولوجية والخلفية المتبعة<sup>2</sup>، لكن كلها تنصب في اعتبارها تجمع منظم من المواطنين تأسس للدفاع عن آرائهم ومصالحهم وإعلانها من أجل تنفيذ برنامج الإصلاح بالمشاركة في الحياة السياسية بواسطة الأنشطة المكتملة<sup>3</sup>، فالحزب يمثل شريحة اجتماعية في المجتمع أو كتل اجتماعية متناغمة ويدافع عن مصالح الكتل الاجتماعية التي يمثلها ويجاهد من أجل انتصار أهدافه وغاياته التي يصبو إليها وكل حزب من الأحزاب السياسية له مبادئ تنظيمية وفكرية واجتماعية وله قوانينه الداخلية يحتكم إليها (النظام الداخلي) وله برنامج محدد يبسط فيه هويته الفكرية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ولقد لعبت الأحزاب السياسية دورا بارزا في الدول التي تكرر التعددية الحزبية من خلال استقطاب الناخبين وتوجيه رأيهم لاختيار المترشحين في الانتخابات بواسطة وضع برامج حزبية مسبقة تثير اهتمامهم، وتكريس الدعاية

<sup>1</sup> حفيظة شقير: دليل المشاركة السياسية للنساء العربيات، المعهد العربي لحقوق الانسان 2004، ص 48، منشور عبر الموقع: www.aihr.iadh.org

<sup>2</sup> نجد من المفكرين من يتبع الفكر الماركسي فيرى أن الحزب السياسي ما هو إلا تعبير سياسي لطبقة معينة، أما الاتجاه البرجوازي فيركز على المبادئ ودرجة التزام الوضوح فنجد البعض منهم يعرف الحزب بأنه مجموعة من الأفراد يجمعهم الايمان والالتزام بفكر معين أما البعض الأخرى فيعتبره تنظيم يقدم مرشحين باسمه في الانتخابات، كما نجد جيمس كولمان يوسع من دائرة هذا المفهوم بجعل الحزب تنظيما رسميا هدفه الصريح والمعلن هو الوصول إلى الحكم إما منفردا أو مؤتلفا مع أحزاب أخرى.

<sup>3</sup> عبد الغني بسبوني: النظم السياسية، الطبعة الرابعة، ص 292.

لهم بهدف الفوز على منافسيهم تابعين للأحزاب أخرى، كما أنها تحاول التأثير على السلطة من خلال الدخول أعضاءها البرلمان بعد اختيارهم من الشعب.

على عكس الجماعات الضاغطة التي تضم مجموعة من الأفراد تجمعهم مصالح مشتركة بعيدا عن الأهداف التي ترجوها سابققتها لكنها تعمل على تشكيل الرأي العام والتأثير في السياسة العامة، كالنقابات التي تعد إحدى قوى الديمقراطية في معظم المجتمعات تؤثر فيها وتتأثر بها حيث تقرر بحلول القرن 20 حق الاقتراع العام للعاملين بالنسبة لتشكيل نقاباتهم باعتبار أن هذا الحق يعتبر وسيلة هامة لتدعيم الديمقراطية واستغلت النقابات العمل السياسي لتحقيق أهدافها المهنية باعتبارها وسيلة لا غاية.

لكن تبقى للجماعات الضاغطة دورا لا يمكن تجاهله في إرساء وتوجيه الرأي العام وجهة معينة تحقق معه مصالحها في معظم الأحيان<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: دور الإعلام في توجيه المشاركة السياسية:

الإعلام أحد أنواع المشاركة المؤثرة غير المباشرة، كونها تجعل الأفراد الذين يتعرضون لها، التعرف على أهميتهم وعلى القيمة الممنوحة لهم وسط الجماعة مما يؤدي إلى زيادة نشاطهم<sup>2</sup>.

كما أن قراءة الصحف ومتابعة المادة الخبرية في الوسائل الإعلامية الأخرى كذلك، تمنح الأفراد أفقا واسعة لاتخاذ القرار بالمشاركة. لكن هذا النوع من المشاركة، لا يثير اهتمام الناس كثير، لأن الإعلام ما هو إلا وسيلة أو مجموعة وسائل توفر للأفراد فرصة التقرب من العمليات السياسية المختلفة ومن فهم القرارات المتخذة من طرف الدولة، كما تمنحهم فرصة التعبير عن الرأي، بل تساعدهم على تكوين آرائهم والتعرف على آراء الآخرين المختلفة نتيجة للوظيفة الإخبارية التي تؤدها هذه الوسائل ونتيجة لمجالات النقاش التي تفتحها دائما وتتيحها للأفراد والجماعات، بالتالي يلعب الإعلام دور في زيادة درجة المشاركة<sup>3</sup>.

### خاتمة:

إن المشاركة السياسية لا يمكن أن تتم إلا تحت غطاء النظام الديمقراطي، فهي مبدأ ديمقراطي من أهم مبادئ الدولة الوطنية الحديثة<sup>4</sup> كونها تعني مساهمة كل مواطن على حد سواء في صنع القرار، سواء كان هذا النشاط في شكل تقليدي كالانتخابات أو يتسم بأكثر حداثة باستعمال وسائل الضغط السياسية وحتى الضغط الفعلي الذي يعبر عن غضب الشعب من وضع سياسي معين، وسواء كان ذات النشاط فرديا أو جماعيا... فهو يبقى عمل طوعي يساعد الشعب على إدارة شؤون البلاد واختيار القادة السياسيين على المستوى المحلي والوطني بالتعبير المؤيد أو المعارض.

وبما أنه لا يمكن الحديث عن المشاركة السياسية إلا ضمن إطار المجتمع المدني، لهذا يأتي النشاط الانتخابي في مقدمة مظاهر المشاركة السياسية، هذا الأخير يتطلب عملا تنظيميا تبلوره نصوصا قانونية، فالنشاط الانتخابي يحتاج إلى قانون انتخابي حديث يخدم المواطن بالدرجة الأولى ويحقق ما تصبوا إليه حقوق الإنسان من مساواة بين الرجل والمرأة بالأخص في مجال المشاركة السياسية كما يهدف إلى إقناع أكبر قدر من المواطنين لممارسة هذا الحق.

<sup>1</sup> سعيد بوشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 192.

<sup>2</sup> ثناء فواد عبد الله: آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي - مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت 1987، ص 326.

<sup>3</sup> شريفة مانطي: المشاركة السياسية أساس الفعل الديمقراطي، مجلة الباحث الاجتماعي، عدد 10 سبتمبر 2010، ص 156 وما يليها.

<sup>4</sup> ايمان بيبرس: المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي - ورقة مقدمة لجمعية نهوض وتنمية المرأة -، ص 04، المنشورة عبر الموقع:

بالتالي ومن خلال هذه الدراسة تبين أن كل دولة بحاجة ماسة للعمل على توسيع عملية المشاركة السياسية شكلا ومضمونا، كون الديمقراطية لا يمكن لها أن تمارس فعلا إلا تحت مظلة المشاركة الشعبية الحقيقية في بلورة الاتجاه السياسي، ولا يتحقق ذلك من خلال الاعتراف المبدئي والنهائي بحق الاختلاف ومشروعية المعارضة السياسية التي تعبر على المصالح الجذرية للفئات الاجتماعية في الحياة العامة كركيزة أساسية من ركائز المشاركة السياسية وشرط ضروري لحياة سياسية سليمة .

فالديمقراطية ليست حالة ظرفية، بل منهج سلوكي يحتاج إلى تربية تعمل على استيعاب أفضل السبل لتحقيق رضا المواطن والتفاعل بينه وبين السلطة، يجعل الحوار في جو من التكافؤ والاعتراف المتبادل مبني على الاحترام والرغبة في التعاون، كل هذا هدفه بناء دولة القانون.

❖ قائمة المراجع :

✓ المراجع باللغة العربية :

- الأمين شريط : الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية 1998 .
- محمد رفعت عبد الوهاب : مبادئ النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002
- زهير شكر : الوسيط في القانون الدستوري -الجزء الأول- القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة 1994 .
- بوكرا إدريس : الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، طبعة 2003.
- مولود ديدان : القانون الدستوري والنظم السياسية، طبعة 2009، دار بلقيس .
- ثروت مكي : الاعلام والسياسة -وسائل الاتصال والمشاركة السياسية- الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة 2005.
- داود الباز : حق المشاركة في الحياة السياسية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة 2000.
- فيليب برو: علم الاجتماع السياسي، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1998 .
- كمال السيد :حقيقة التعددية السياسية في مصر-دراسة في التحول الرأسمالي والمشاركة، مصر 1996.
- عبد الغني بسيوني : النظم السياسية، الطبعة الرابعة .
- سعيد بوشعير : القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .
- سامية خضر صالح : المشاركة السياسية والديمقراطية -اتجاهات نظرية ومنهجية حديثة تساهم في فهم العالم من حولنا، 2005 .
- عبد المجيد زعلاني : المدخل لدراسة القانون -النظرية العامة للحق -، دار هومة 2009.
- اسحاق ابراهيم منصور : نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية .
- علي علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية 1991.

✓ المقالات و المجلات :

- محمد يسري ابراهيم تحت عنوان : المشاركة السياسية المعاصرة في ضوء السياسة الشرعية ، المنشور عبر الموقع : [www.muslim.org](http://www.muslim.org)
- محمد عليوة، منى محمود: مفهوم المشاركة السياسية- مشروع دراسات الديمقراطية في البلدان العربية-، اللقاء السنوي السابع عشر الديمقراطية و الانتخابات في الدول العربية مركز الدراسات النظرية و الحقوق المدنية دمشق 2007 ، من الموقع الالكتروني: [www.dctcrs.org](http://www.dctcrs.org)
- سحر مهدي الياسري : الحق بالمشاركة السياسية و الضمانات القانونية لحماية هذا الحق 2012 دون دار نشر ، انظر الموقع الالكتروني: [www.ahewar.org](http://www.ahewar.org)
- حفيظة شقير : دليل المشاركة السياسية للنساء العربيات ، المعهد العربي لحقوق الانسان 2004 ، منشور عبر الموقع : [www.aihr.iadh.org](http://www.aihr.iadh.org)
- ثناء فواد عبد الله : أليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي - مركز دراسات الوحدة العربية ، الطبعة الأولى ، بيروت 1987 .
- شريفة مانطي: المشاركة السياسية أساس الفعل الديمقراطي ، مجلة الباحث الاجتماعي ، عدد 10 سبتمبر 2010 .
- ايمان بيبرس: المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي-ورقة مقدمة لجمعية نهوض وتنمية المرأة- ، المنشورة عبر الموقع : [www.gendercleaninghouse.org](http://www.gendercleaninghouse.org)
- القوانين: - قانون عضوي رقم 12-01 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق لـ 12 يناير سنة 2012 ، يتعلق بنظام الانتخابات .
- قانون رقم 11/89 المؤرخ في 05 يوليو 1989 والمتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي.

**Les ouvrages en langues française :**

- BRAUD Philippe : Sociologie politique , casbah éditions, Alger 2004 .

مجلة الفقه والقانون  
[www.majalah.new.ma](http://www.majalah.new.ma)

ردمد : 2336-0615