

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والثلاثون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 39 : يناير 2016

✓ من مواضيع العدد 39 : يناير 2016 :

- قضية التبرع بالأعضاء وكرامة المواطن وإرادته.
- التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية.
- الوكالة الوطنية للضبط العقاري وتحقيق التنمية.
- البنوك الإلكترونية، ماهيتها، معاملاتها، مشاكلها.
- تنفيذ أحكام التحكيم الدولي طبقاً للتشريع الوطني.
- رابطة الجنسية للشخص طالب الحماية الدبلوماسية.
- شروط منح عقد الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية.
- مراحل إعداد مذكرات واطروحات التخرج في القانون.
- تزويج الطفلات بين مدونة الأسرة والحقوق الكونية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاضل بين الباحثين في الشرع والثلاثون

صفحة رئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخزومي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد	أخبار المجلة
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... المزيد	اتصلوا بنا
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد	المدير المسؤول
قراءة في النظام الفكري المصنوعي (ققون 02/15) : الأستاذ الدكتور الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات قانونية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلغوية
	حوارات علمية
	تقارير خاصة
	المساهمون بالمجلة
	إعداد المجلة
	توزيع المجلة

العدد التاسع والثلاثون : يناير 2016

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعى ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات 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 كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوتريكي 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 التاسع والثلاثون : لشهر يناير 2016

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد 39 لشهر يناير 2016 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور: صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. قراءة مواطنة للقانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها : بقلم مدير مجلة

الفقه والقانون : الدكتور صلاح الدين دكدك.....06

3. التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية : الدكتور إخلاص ناصر عبد الرحمن الزبير أستاذ مساعد

بجامعة الجوف ، قسم الدراسات الإسلامية كلية العلوم الإدارية والانسانية.....14

4. الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ، من توفير العقار الاقتصادي إلى المساهمة في تحقيق التنمية

الاقتصادية : الدكتورة حميدي فاطيمة ، أستاذة جامعية ، كلية الحقوق ، جامعة مستغانم الجزائر.....35

5. البنوك الالكترونية - ماهيتها ، معاملاتها ، المشاكل التي يثيرها التعامل معها : باني محمد فاضل ، طالب باحث

بسلك الدكتوراه ، مختبر البحث قانون الأعمال - سطات.....44

6. القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

بلحسان هواري ، باحث دكتوراه قانون العلاقات الاقتصادية الدولية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة

عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم ، الجزائر.....54

7. الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها طبقا للتشريعات الوطنية و الدولية : بومناد هاجرة طالبة سنة

ثالثة دكتوراه ، تخصص قانون علاقات اقتصادية دولية ، بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن

باديس بمستغانم.....70

8. رابطة الجنسية بين الشخص طالب الحماية الدبلوماسية والدولة الحامية : حو صائنة مريم باحثه دكتوراه ، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية ، أستاذة متعاقدة وعضوة بمخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم.....84
9. شروط منح عقد الامتياز في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة في الجزائر : قان كريم ، باحث بكلية الحقوق والعلوم القانونية-جامعة وهران.....102
10. مراحل اعداد مذكرات واطروحات التخرج في الدراسات القانونية : هلالبي خيرة ، حاصلة على شهادة الماجستير في القانون العام ، أستاذة بجامعة الاغواط - الجزائر.....117
- ✓ **تقارير :**
11. تقرير حول ندوة ببني ملال حول تزويج الطفلات بين مدونة الأسرة والحقوق الكونية للنساء.....135

ترتيب المقالات يخضع لاعتمادات فنية

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

كلمة العدد التاسع و الثلاثين لشهر يناير 2016



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحيم الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وبعد ، تحل سنة جديدة ومجلة الفقه والقانون الدولية تواصل مسيرتها العلمية بخطى حثيثة من أجل لم شمل الباحثين في الشرع والقانون في شتى أنحاء العالم، وفي نشر الوعي الشرعي والقانوني المجاني ، ونحن جد سعداء للنتائج الباهرة والسمعة الطيبة التي حققتها المجلة عالميا ، فلقد أصبحت مجلة معتمدة في العديد من الأبحاث والدراسات الأكاديمية الرصينة ، ومسجلة في عدة قواعد بيانات وطنية ودولية ، لكننا نطمح إلى المزيد من التوجيهات والتصحيحات والرفق العلمي من طرف باحثين وعلماء أجلاء ساهموا ولازالوا يساهمون في بناء صرح المجلة العلمي ، سائلين العلي القدير أن يمدنا بالصحة والعافية والإرادة لتكون دائما عند حسن ظن الباحثين الكرام في مختلف أنحاء العالم ، وما ذلك على الله بعزيز.

وحتى لا نطيل عليكم ، نترككم تتصفحون العدد التاسع والثلاثين لشهر يناير 2016 من مجلة الفقه والقانون ، وقد ضم بين جنباته العديد من المواضيع الهامة من بينها : قراءة مواطنة للقانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها ، والتعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية ، و البنوك الالكترونية - ماهيتها ، معاملاتها، المشاكل التي يثيرها التعامل معها ، ثم رابطة الجنسية بين الشخص طالب الحماية الدبلوماسية والدولة الحامية .

وفي ما يرتبط بالعقار شمل العدد الجديد : موضوع الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ، من توفير العقار الاقتصادي إلى المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية ، ثم شروط منح عقد الامتياز في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة في الجزائر .

وعلاقة بقضايا التحكيم ، ناقش العدد : موضوع القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، ثم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها طبقا للتشريعات الوطنية والدولية .

وفي ما يخص مناهج البحث العلمي زخر العدد الجديد بموضوع قيم : عن مراحل اعداد مذكرات واطروحات التخرج في الدراسات القانونية .

هذا فضلا عن تقرير حول ندوة ببني ملال حول تزويج الطفلات بين مدونة الأسرة والحقوق الكونية للنساء .

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

قراءة مواطنة للقانون رقم 16.98 المتعلق

بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدك

www.majalah.new.ma

مقدمة :

صادق البرلمان المغربي¹ العام الماضي على قانون ينظم التبرع بالأعضاء² والأنسجة البشرية، ويحمي المتبرعين القاصرين ويسمح لهم بالتبرع في حالات خاصة لحماية نموهم وسلامتهم، وتزامنا مع إصدار هذا القانون أطلق المغرب حملة وطنية من أجل تشجيع المواطنين على التبرع بأعضائهم وأنسجتهم البشرية، وذلك في ظل ضعف أعداد المتبرعين والتزايد المستمر في احتياجات مرضى الحالات المستعصية لهذه الأنسجة والأعضاء لإنقاذ حياتهم.

فرغم تقدم البلاد في مجال زراعة الأعضاء عربيا فإن إنجازاتها في هذا الميدان لا تلي حاجيات المرضى المتزايدة، كما أن المواطنين في المغرب ما زالوا يبدون بعض التخوفات والتحفظات بشأن التبرع بأعضائهم.

¹ - المغرب يطلق حملة للتشجيع على التبرع بالأعضاء، موقع قناة الجزيرة، تاريخ الاطلاع 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالا.

متاح بركن : طب وصحة على الرابط : <http://www.aljazeera.net>

² - (عرفت المادة 2 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها "العضو بشري" هو كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلا للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد). / القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، صيغة محينة بتاريخ 9 يونيو 2014 بالبوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل والحريات بالمملكة المغربية - عدالة - على الرابط التالي :

<http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/TextesJuridiques.aspx> تاريخ الاطلاع : 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالا .

وفي هذا الإطار شجع العديد من المسؤولين والعلماء المغاربة المواطنين على التبرع بأعضائهم باعتباره أحد أشكال التضامن والتكافل الاجتماعي، وأبرزوا أهمية مبادرة التبرع بالأعضاء لإنقاذ حياة آلاف المرضى.

واعتبر بعضهم أن مسألة التبرع بالأعضاء أضحت في المغرب قانوناً منظماً تجاوز مرحلة المساءلة الشرعية بشأن جوازها من عدمه، بل هناك من اعتبرها نوعاً من أنواع الجهاد.

وبغض النظر عن آرائهم ومدى وجاهتها وسلامتها، استوقفتني بعض فتاوى علماء القرويين وشيوخ المالكية الأفاضل الذين يقام لهم ويقعد في العالم الإسلامي بخصوص التبرع بالأعضاء البشرية والذي يرفضونه جملة وتفصيلاً وفي جميع الأحوال، حال الحياة وحال الموت، وهم العلماء الربانيون الأجلاء وشيوخ المالكية الأفاضل سيدي عبد الكريم الداودي¹ وسيدي أحمد الغازي الحسيني²، سيدي محمد التاويل³ رحمهم الله وجعل قبرهم روضاً من رياض الجنة، والذين رفضوا مس جثة الميت على الإطلاق ولو كان شعرة من شعراته فينبغي جعلها مع كفته، نظراً لاحترامهم وتقديسهم لإرادة الإنسان وكرامته، واعتبارهم أن الأعضاء البشرية هي ملك تام لخالقها ومدبر شؤونها،

¹ - هو العلامة عبد الكريم بن محمد بن عبد السلام بن أحمد الداودي، كان ميلاده بفاس عام 1334، درس مبادئ العلوم العربية بالمدرسة الناصرية بزواوية سيدي أحمد بن ناصر بفاس، وأثناء دراسته كان يتلقى بعض الدروس العلمية بجامع القرويين، وبعد تحصيله على مبتغاه بالمدرسة انخرط في سلك طلبة كلية القرويين وذلك عام 1351، واستمر يتابع دراسته بنظام كلية القرويين إلى أن تخرج منه حاملاً الشهادة العالمية من القسم الديني عام 1361 وأصبح من علماء القرويين وعضو بالمجلس العلمي الإقليمي بفاس. / ملتحق أهل الحديث، منتدئ تراجم أهل العلم المعاصرين، من أعلام المغرب المعاصرين. الشيخ العلامة عبد الكريم الداودي رحمه الله، متاح على الرابط التالي: <http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=258963>

تاريخ الاطلاع: 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالاً.

² - هو العلامة الفقيه الأستاذ البارز أحمد غازي الحسيني من كبار علماء مدينة فاس و المغرب، أستاذ بارز وعالم جليل حمل على عاتقه مهمة التعليم والتوجيه ونشر التعاليم الإسلامية وقيم التسامح والوسطية، وتكريس المذهب المالكي والعقيدة الأشعرية، حاز الفقيه العلامة أحمد غازي الحسيني سنة 2010 على جائزة محمد السادس للفكر والدراسات الإسلامية، والتي سلمها له صاحب الجلالة الملك محمد السادس. وقد عرف العلامة، ببحوثه الأكاديمية بكلية الشريعة التابعة لجامعة القرويين بفاس. كما ألف عدداً من الكتب النفيسة من بينها "التدريب على تحرير الوثائق العدلية" و"تواريخ القسمة في الشريعة والقانون" و"علم التوقيت والتعديل". انتقل إلى عفو الله يوم الجمعة 19 ربيع الآخر 1433 هـ الموافق 11 ماي 2012. / موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، متاح على الرابط التالي: <http://www.habous.gov.ma> تاريخ الاطلاع: 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالاً.

³ - هو محمّد بن محمّد بن قاسم بن حساين التاويل، من مواليد 1934م، بإقليم تاونات. حفظ القرآن وهو صغير، وأخذ عن والده سيدي محمد بن قاسم، الذي كان إماماً في القراءات القرآنية، تميز العلامة التاويل بذاكرة قوية وفهم ثاقب، ويعد موسوعة علمية ومدرسة أصولية فقهية، وإليه كان المقصد في الفتاوى المنضبطة المحرّرة على مذهب إمام المدينة مالك ابن أنس رحمه الله. اشتغل أستاذاً للتعليم العالي والفقه والأصول بجامع القرويين كما تولى عدة مهام أخرى من أبرزها المشاركة في اللجنة الاستشارية الملكية لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، وخلف ثروة علمية كبيرة من بينها: موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد الخبرة الطبية والبصمة الوراثية في إثبات النسب ونفيه، توفي رحمه الله مساء يوم الاثنين 6 أبريل 2015 بفاس/ المجلس العلمي المحلي للعرانث، متاح على الرابط التالي: <http://laramajliss.org/index.php/redaction/236-2015-04-10-20-59-56.html> تاريخ الاطلاع: 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالاً.

وقد أوجب الله الحفاظ عليها وصيانتها مما قد يضرها¹، فكيف يتصور تصرف الإنسان في ما لا يملك!!!!

وفي هذا الصدد لن أدخل في نقاش قضية تحريم وتحليل التبرع بالأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، ولن أناقش قضية التبرع بالأعضاء البشرية في ما بين الأحياء، ولكن سأحاول مناقشة إشكال هام في القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، ومدى احترامه لإرادة المواطن المتبرع وكرامته، وذلك من خلال مبحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول: مدى احترام القانون 16.98 لإرادة المواطن المتبرع:

المبحث الثاني: مدى احترام القانون 16.98 لكرامة المواطن المتبرع:

✓ المبحث الأول: مدى احترام القانون 16.98 لإرادة المواطن المتبرع:

لاشك أن المستقرئ للمادة 4² من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها سيفهم بوضوح لا مجال معه للشك بأن المشرع المغربي يحترم إرادة المواطن المتبرع بأعضائه، فلا يجوز له التبرع إلا

¹ - ومما ذكره بعض شيوخ المالكية وعلماء القرويين الأجلء ما يلي:

✓ ذكر العلامة سيدي عبد الكريم الداودي رحمة الله أن: "بأن الميت له حرمة كحرمة الحي، وكما لا يجوز بتر عضو من أعضاء الحي إلا إذا كان العضو المراد بتره فيه علاج لذلك، كذلك لا سبيل لإزالة أي جزء من أجزائه بعد موته، أما قول السائل من مبدأ الموافقة على التبرع فيقال عليه: إن التبرع إنما يجوز ويتصور من أهل التبرع وأي تبرع يتصور في حق من مات وخربت ذمته؟ وأقاربه هم الآخرون لا يتصور منهم تبرع بالنسبة لرفاته...وما سقط منه من شعر جعل مع أكفائه"/ العلامة سيدي عبد الكريم الداودي، ما حكم الشريعة الإسلامية في مسألة التبرع بالأعضاء بعض الوفاة الناجمة عن حوادث السير، مجلة دعوة الحق العددان 306/305 أكتوبر- نونبر 1994 متاح على الرابط: <http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822> تاريخ الاطلاع يوم السبت 4 يونيو 2015 على الساعة الثانية زوالاً.

✓ وفي موضع آخر ذكر العلامة سيدي أحمد الغازي الحسيني: "أن الشريعة الإسلامية لا توافق على حلية أخذ الأعضاء الحيوية من جسد المتوفى بعدة قبل التأكد من مفارقة روحه للجسد، وسكون هذه الأعضاء وبرود حركتها، فأحرى التبرع بها على المرضى المحتاجين إليها للعلاج بها، لأن التبرع بما فيه معصية باطل شرعا. سواء كان التبرع بها من طرف المركز الاستشفائي العمومي، أو كان من طرف المتوفى نفسه حيث أوصى في حياته بأنه إذا قضى الله بموته وأدبرت من الدنيا أيام حياته، فإن أعضائه الحيوية تنزع من جسده ويساعد بها المحتاجون إلى العلاج بها على جهة التبرع المحض والإحسان الخالص، لأن هاته الأعضاء هي ملك تام لخالقها ومدبر شؤونها، ولا شائبة ملك فيها لصاحبها ولا للمستشفى العمومي أيضا. وقد أوجب الله على صاحبها الحفاظ عليها وصيانتها مما قد يضرها، قال ربنا الكريم في كتابه الحكيم: "ولا تلقوا بأيديكم على التهلكة". وكذلك المستشفى العمومي يجب على المسؤولين عنه أن يحافظوا على ذوات المرضى وعلى أرواحهم البرينة، وأن يعاملوهم بما فيه مصلحتهم الراجعة وفق مقتضيات نصوص الشريعة الإسلامية، مسلمين أم لا."/ العلامة سيدي احمد الغازي الحسيني، ما حكم الشريعة الإسلامية في مسألة التبرع بالأعضاء بعض الوفاة الناجمة عن حوادث السير، مجلة دعوة الحق، العددان 306/305 أكتوبر- نونبر 1994 متاح على الرابط: <http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822> تاريخ الاطلاع يوم السبت 4 يونيو 2015 على الساعة الثانية زوالاً.

✓ وفي موضع ثالث ذكر العلامة سيدي محمد التاويل أن: "تبرع الإنسان بأعضائه في حياته أو الوصية بها لا يجوز لأن الإنسان في منظور الإسلام بروحه وجسده وجميع أعضائه ملك لله تعالى الذي خلقه وصوره، والإنسان لا يملك شيئا من جسده وأعضائه ولكنه مؤتمن عليها مسؤول عن حفظها ممنوع من التصرف فيها إلا في حدود المأذون له فيه شرعا، ومن لا يملك الشيء لا يحق له التبرع به أو الوصية به لأن فاقد الشيء لا يعطيه."/ العلامة محمد التاويل، التوظيف المقاصدي في القضايا الطبية الراهنة، جريدة المحجة العدد 381 ليوم 4 يونيو 2012، وهي جريدة نصف شهرية جامعة، المدير المسؤول الدكتور عبد العلي حجيج: <http://almahajjafes.net> تاريخ الاطلاع: 2015/07/04 على الساعة الثانية زوالاً.

2- المادة 4 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها: "لا يجوز أخذ الأعضاء إلا بعد أن يوافق المتبرع مسبقا على ذلك. ويمكن للمتبرع إلغاء هذه الموافقة في جميع الحالات".

بموافقته الصريحة والواضحة ، كما يعطيه فرصة لإلغاء هذه الموافقة متى أراد ذلك ، وهذا الأمر أكدته المادة 13¹ من نفس القانون السالف الذكر بحيث يمكن لكل راشد يتمتع بأهليته الكاملة وهو على قيد الحياة أن يعبر عن إرادته في التبرع بأعضائه أو عدمه.

لكن ما يثير الاستغراب حقا هو مضامين المادة 15² من نفس القانون السابق والتي تنص على ما يلي : " يعبر كل شخص يريد وهو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته عن رفضه الأخذ بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته أو القاضي المعين لهذا الغرض..." ، وبمفهوم المخالفة سنفهم بأن كل مواطن لم يعترض في حياته على التبرع بأعضائه فسيكون مصير جسده التبرع عملا بقاعدة "السكوت علامة الرضى" ، وبالتالي يبدو أن هذه المادة القانونية تؤكد بأن الأصل هو أن جميع المواطنين الهالكين ستتبرع الدولة بأجسادهم ، وأن كل شخص هو على قيد الحياة يرفض التبرع بأعضائه عند موته ينبغي عليه أن يسارع في حياته من أجل استصدار كل الوثائق اللازمة والرسمية التي تؤكد بما لا يدع مجالا للشك بأنه كان يرفض عندما كان حيا يرزق التبرع بأعضائه.

وهذا الأمر في غاية الخطورة ، ولا ينم عن احترام إرادة الإنسان ، بمعنى أنه ومن خلال الثغرات الموجودة في المادة 15 السالفة الذكر ، يمكن للدولة التبرع بأعضاء المواطن الهالك بحجة أن المتوفى لم يكن يقظا في حياته ولم يكن محتاطا بما فيه الكفاية ونسي أن يستصدر الوثائق الرسمية اللازمة التي تؤكد رفضه المطلق للتبرع بأعضائه عند وفاته.

لتضاف مسؤولية جديدة أخرى على عاتق كل إنسان قد تباغته الموت في أية لحظة ، فبعدها كان يحمل هم عائلته الصغيرة ويتمنى من الله أن يلقاه وقد ترك لهم ما يعيشون به عيشة كريمة ، أصبح عليه أن يترك لهم أيضا وصية معززة بالوثائق تؤكد رفضه المطلق للتبرع بأي عضو من أعضائه عند وفاته .

ثم ما العمل إذا ثبت أن التصريح الذي تركه الهالك والذي يميز التبرع بأعضائه مزور !!؟ في زمن أصبح فيه تزوير الشواهد الطبية والحقائق سهلا ومتقنا ، لا يمكن اكتشافه إلا بمشقة الأنفس.

هذا ويواصل القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها في مادته 16 عدم احترامه لإرادة المواطن وتأكيده على أن إرادة هذا الأخير لا يعتد بها فهي مجرد أمر شكلي يبقى حبرا على ورق ومسطرا في النصوص القانونية فقط ، ومما ورد في هذه المادة ما يلي : " يمكن إجراء عمليات أخذ الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من أشخاص متوفين لم يعبروا وهم على قيد الحياة عن رفضهم الخضوع لعمليات من هذا النوع، في مستشفيات عمومية معتمدة تحدد قائمتها من طرف وزير الصحة إلا في حالة اعتراض الزوج وإلا فالأصول وإلا فالفروع" : بمعنى أن هذا الأمر يعتبر تأكيدا بأن من لم يصرح خلال حياته بموافقته التبرع بأعضائه ، فسيتم

1- المادة 13 من نفس القانون السابق : " يجوز لكل شخص راشد يتمتع بكامل أهليته، أن يعبر وهو على قيد الحياة ووفق الأشكال والشروط المنصوص عليها في هذا الفصل الثاني، عن إرادته ترخيص أو منع أخذ أعضائه أو أعضاء معينة منه بعد مماته".

2- المادة 15 من نفس القانون السابق : " يعبر كل شخص يريد وهو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته عن رفضه الأخذ بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته أو القاضي المعين لهذا الغرض. ويتم تسجيل التصريح دون صوائر لدى كتابة ضبط المحكمة التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ الأعضاء من الأموات. ويشار إلى هذا التصريح في السجل الخاص الذي يمسك لهذا الغرض والمنصوص عليه في المادة 17 من هذا القانون."

التبرع بها رغما عن أنفه، خصوصا - إذا كان مقطوعا من شجرة - فلا زوج له ولا أصول ولا فروع، وذلك على وجه السرعة حتى لا تفقد الأعضاء طراوتها وحيويتها¹، وحتى إن كانت له عائلة فلا أظن بأن هناك إنسانا له الجرأة والشجاعة ليصرح بقبوله التبرع بجسد عزيز من أعزائه في وقت وظرف يعتصر فيه قلبه ألما على فراقه، وفي وقت تعطل فيه كل تفكيره من هول المصاب الجلل الذي ألم بالعائلة.

✓ المبحث الثاني: مدى احترام القانون 16.98 لكرامة المواطن المتبرع:

ومما يثير الأسف أيضا ما ورد في المادة 18 من نفس القانون² السالف الذكر والتي تؤكد بأن المواطن المريض بمجرد دخوله إلى المستشفى فإن إدارته ستساومه على جسده هل يريد التبرع به أم لا؟ وتحاول جاهدة انتزاع تصريح منه بذلك، مما يطرح معه إشكال صحة التصريح الصادر من المريض مرض الموت هل يعتد به أم لا؟ بالنظر إلى الحالة الصحية المتدهورة للمريض والتي لا شك أنها ستؤثر على قدراته العقلية، هذا من جهة ومن جهة ثانية ألا يعد الطبيب مسؤولا عن التدهور النفسي والصحي للمريض من جراء تحسيسه بأنه سيفارق الحياة وسيتبرع بأعضائه؟؟؟ فلاشك أن هذا الأمر الجلل سينزل عليه كالصاعقة، فلا أحد في هذا الكون يجب الموت، ولا أحد يجب أن يفهم من الطبيب المعالج بأن أجله قد اقترب فلاشك أن البعض من هؤلاء المرضى سيموت من حسرته وألمه، وقد يصاب بسكتة قلبية مفاجئة، فمساومة إنسان على جسده وهو على قيد الحياة خطير جدا، فعوض أن يحفز الطبيب المريض ويرفع من معنوياته سنجدته يجعلها في الحضيض، وهذا يتنافى مطلقا مع شرف ونبيل مهنة الطب.

وتواصل المادة 19³ من نفس القانون السابق الجهد الجهد من أجل انتزاع تصريح بالتبرع بالأعضاء من المواطن الهالك المنتظر أو أسرته، وتطالب المادة المذكورة الطبيب بأن: ".... يبذل جهده للحصول عليها....".

ومن هنا نتساءل: هل الطبيب مطالب ببذل الجهد الجهد لإنقاذ المريض والعناية به إلى آخر رمق في حياته؟؟؟ أم أنه مطالب بانتزاع تصريح منه للموافقة على التبرع بأعضائه!!!!!!

¹ يقول العلامة سيدي أحمد الغازي الحسيني رحمه الله أنه: "في حالة توقف القلب تماما تموت أعضاء الجسد خلال بضع دقائق حيث تهدم وتبرد حركتها، فتصير كأحجار لا يصلح زرعها في جسد من هو محتاج إليها: (وهذا يؤكد أمرا مؤسفا مفاده أن العضو المتبرع به ينتزع من المواطن قبل موته نهائيا مائة بالمائة). / العلامة سيدي احمد الغازي الحسيني ، ما حكم الشريعة الإسلامية في مسألة التبرع بالأعضاء بعض الوفاة الناجمة عن حوادث السير ، مجلة دعوة الحق ، العددان 306/305 أكتوبر- نونبر 1994 متاح على الرابط : <http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822>

تاريخ الاطلاع يوم السبت 4 يونيو 2015 على الساعة الثانية زوالا.

2- المادة 18 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها: "يعبر كل شخص يدخل قصد العلاج إلى أحد المستشفيات المشار إليها في المادة السابقة عن رفضه أخذ أعضائه أو بعضها منها. ويجب لزوما أن يقوم الطبيب المدير أو الطبيب المعين خصيصا لهذا الغرض من طرف الطبيب المذكور بتلقي تصريح الشخص الخاضع للعلاج ويتضمنه في السجل الخاص المنصوص عليه في المادة 17 أعلاه. ويبلغ التصريح المذكور إلى الأطباء المسؤولين عن عمليات أخذ الأعضاء في المؤسسة الاستشفائية".

3- المادة 19 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها: "إذا توفي الشخص الذي دخل إلى المستشفى قصد العلاج أو كان في حالة لا تمكنه من التعبير عن رفضه أو لم يتمكن من التعبير عن رفضه وفقا لأحكام المادة 18 أعلاه، يشار إلى ذلك في السجل الخاص من طرف الطبيب المدير أو ممثله. ويشار كذلك في السجل المذكور إلى كل العناصر التي يفترض من خلالها أن الشخص المذكور قد يرفض أخذ أعضائه بعد مماته، وبصفة خاصة تصريحات أسرته التي يجب على الطبيب أن يبذل جهده للحصول عليها".

وهذا أمر محزن حقا فالأطباء الشرفاء الذين يقدسون حق الإنسان في الحياة يبذلون المعجزات من أجل أن يبقى مريضهم حيا يرزق ، والتاريخ يشهد على عدة حالات كان المريض فيها قاب قوسين أو أدنى من الموت لكن يقظة الطبيب وذكائه جعلت الروح تبعث من جديد في المريض بمشيئة الله ، والمعلوم شرعا أن موت الإنسان دماغيا لا يعتبر موتا وأن الموت الحقيقي يكمن في خروج الروح من الجسد ، وبالتالي فإن المادتين 21 و 22¹ من القانون 16.98 تبيحان أخذ أعضاء الإنسان بعد موته دماغيا وهذا يعتبر جريمة قتل للنفس بغير حق عند العديد من علماء القرويين وشيوخ المالكية الأفاضل².

أكد أن لكل إنسان أجلا محتوما ولو اجتمع على علاجه أطباء العالم بأسره ، ولكن إنسانية الطبيب ونبله وتفانيه في علاج المريض إلى آخر لحظة في حياته أمر مطلوب وواجب محتوم ، فأى طبيب هذا الذي ينسى مواساة الأقارب في فقيدهم ويطلب منهم أن يسارعوا إلى توقيع وثائق رسمية تؤكد قبولهم بالتبرع بجسد فقيدهم العزيز ، أين هي الرحمة ؟ أين هي الإنسانية ؟ أين هي كرامة الميت ؟ !!!

لا بد أن نعترف بأن معزة من فقد من العائلة قد تجعل بعض الأقارب يتمنون تخنيط جثته لبقائها أمام أعينهم صباح مساء فكيف بالتبرع بها !!!!!

1- ورد في المادة 21 من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها أنه : " لا يجوز القيام بعملية أخذ الأعضاء إلا بعد وضع محضر معاينة طبي يثبت وفاة المتبرع دماغيا ، على أن تكون أسباب وفاته خالية من كل الشكوك. ويقوم بوضع المحضر المعاينة المذكور طبيبان من المؤسسة الاستشفائية يعينان خصيصا لهذا الغرض من طرف وزير الصحة بعد استطلاع رأي رئيس المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية. ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يلحق الطبيبان المذكوران بالفرقة الطبية المكلفة بأخذ أو زرع العضو المأخوذ من الشخص الذي عيننا وفاته ". / ومن جهة ثانية أشارت المادة 22 من نفس القانون السابق إلى أنه : " يتم وضع محضر معاينة الوفاة الدماغية بناء على علامات سريرية وشبه سريرية متطابقة يحددها وزير الصحة باقتراح من هيئة الأطباء الوطنية. ويبين محضر إثبات الوفاة الدماغية العلامات التي ارتكز عليها الأطباء المختصون لمعاينة الوفاة ".

2- فصل بعض علماء القرويين وشيوخ المالكية الأفاضل هذه القضية على الشكل التالي :

- ذكر العلامة محمد التاويل رحمه الله : " أنه إذا اخذ العضو من الإنسان بعد موته الحقيقي يجعله غير صالح للزراعة، وإن أخذ منه قبل ذلك وبعد موت دماغه فذلك جريمة قتل لأن موت الدماغ لا يعتبر موتا شرعيا، لان الموت الحقيقي هو خروج الروح من الجسد ومفارقتها له". (وعلى ما يبدو مدى وجاهة وتماسك رأي العلامة محمد التاويل رحمة الله عليه واحتياطه في الحفاظ على الأرواح فلا يمكن الحكم بموت إنسان إلا بعد التأكد نهائيا من خروج روحه وتوقف جميع أعضائه عن الحركة) // العلامة محمد التاويل ، التوظيف المقاصدي في القضايا الطبية الراهنة، جريدة المحجة العدد 381 ليوم 4 يونيو 2012 ، جريدة نصف شهرية جامعة المدير المسؤول الدكتور عبد العلي حجيج.
- وفي موضع آخر يقول العلامة سيدي أحمد الغازي الحسيني رحمه الله أن : " شرط الأطباء استغلال الأعضاء بعد الوفاة الناجمة عن الحوادث بقاء أثر الحياة فيها، لأن الوفاة تثبت عند الأطباء بمجرد التأكد من موت خلايا المخ. فمتى ماتت خلايا المصاب بحادثة، فالأطباء يقررون وفاته ويستعجلون أخذ أعضاء جسده الحيوية قبل أن يتوقف قلبه عن النبضان ثم يحفظونها في أماكنها لمساعدة من سيحتاج أحدها. وفي حالة توقف القلب تماما تموت أعضاء جسده خلال بضع دقائق حيث تهدم وتبرد حركتها، فتصير كأحجار لا يصلح زرعها في جسد من هو محتاج إليها...." وإذا كانت حياة المصاب بحادثة الواقع في حالة غيبوبة نهائية لم تنته حياته بعد ما دام له عرق نابض، فإنه ما يزال يتمتع بحقوق الإنسان الحي، ومنها المحافظة على نفسه وجسده وكرامته. فيحرم شرعا قطع أي عضو من جسده قبل التأكد من مفارقة الروح له، مسلما كان أو غير مسلم. ويترب على هذا الحكم الشرعي أن إجراء عملية أخذ أعضاء المصاب بحادثة إثر وفاته حسب معيارها الطبي يعتبر قتلا بغير حق له إذا انتهت به حياته، لان القتل هو إجراء عمل محرم شرعا تزول به الحياة عن وقع عليه هذا العمل". / العلامة سيدي احمد الغازي الحسيني ، ما حكم الشريعة الإسلامية في مسألة التبرع بالأعضاء بعد الوفاة الناجمة عن حوادث السير ، مجلة دعوة الحق ، العددان 306/305 أكتوبر- نونبر 1994 متاح على الرابط :

<http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822>

تاريخ الاطلاع يوم السبت 4 يونيو 2015 على الساعة الثانية زوالا.

ثم كيف سيكون إحساس من توفي له قريب وهو خارج أرض الوطن ، وهو يأمل عند وصوله الوقوف على قبره والدعاء له بالرحمة عسى أن تبرد وتحمد نار فراقه قليلا ، ليفاجأ بأن الفقيه قد تم التبرع بجسده وأعضائه فلا قبر له يذكر!!!!!!

وبالرجوع إلى الباب الرابع من القانون 16.98 وبالضبط المواد 29/28/27¹ نجد عنوانا مستفزا وهو : " استيراد الأعضاء البشرية وتصديرها" ، والذي قد يفهم البعض منه بأننا أمام شركة تجارية مخصصة لاستيراد الأعضاء البشرية وتصديرها .

وبغض النظر عن زاوية فهم وتفسير هذا العنوان ، لا بد أن نؤكد بأن باب التصدير موجود والثغرة القانونية موجودة إذن ، والمدخل الشيطاني للتلاعب بأعضاء المواطنين المتبرعين وجثثهم موجود أيضا ، وبإمكان تصدير أعضائهم للخارج -أكد بشروط وضعها هذا القانون متوهما بأنها كافية لمنع المتاجرة بالأدميين - والمنطق يقضي أنه لا يعقل أن نقوم بتصدير الأعضاء البشرية إلا إذا حققنا الاكتفاء الذاتي منها والذي ينفع المواطنين -حسب تصور هذا القانون السالف الذكر- ومادامت عمليات زرع الأعضاء في المغرب لازالت في بداياتها فإن التصدير إذن سيكون أولى من الاستيراد ، فما الفائدة في الإبقاء على ثروة من الأعضاء البشرية بأرض الوطن ونحن لا نملك الظروف والوسائل العلمية المتطورة التي تمكننا من زرعها؟؟؟، فإذا نجحت عمليات محدودة للزرع بالمغرب فلاشك أن هناك العديد من الأعضاء الدقيقة التي يستحيل زرعها في المغرب والتي يكلف زرعها أموالا خيالية ...

إذن من كل ما سبق ونظرا للثغرات الموجودة في فصول هذا القانون سيكون هناك احتمال كبير لازدهار تصدير الأعضاء البشرية ببلادنا ، وستصبح - لا قدر الله - قضية التبرع بالأعضاء تجارة قائمة بذاتها² رغم أنف الجميع في زمان كثر فيه الغش والخداع وتزوير الشواهد والحقائق والمتاجرة بالدماء المتبرع بها.... فكيف لا تتم المتاجرة بالأعضاء البشرية أيضا؟؟!!!! وهذا اعتداء صارخ وتبخيس وتحقير للكرامة البشرية وتحويل جثة الإنسان إلى سلعة يتاجر بها وتجنى من ورائها الأرباح الطائلة.

1 - أوضح الباب الرابع من القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها قضية "التصدير والاستيراد" على التالي :

- المادة 27 : " يمنع استيراد الأعضاء البشرية وتصديرها ما لم ترخص الإدارة بذلك بعد استطلاع رأي المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية " .
- المادة 28 : " لا يجوز الترخيص باستيراد الأعضاء البشرية إلا لفائدة المؤسسات الاستشفائية المرخص لها في إجراء عمليات أخذ الأعضاء وزرعها " .
- المادة 29 : " لا يجوز الترخيص بتصدير الأعضاء البشرية إلا لفائدة المؤسسات الواردة في قائمة تحددها الإدارة تطبيقا لاتفاق بين المملكة المغربية والدولة الواقعة في تراها المؤسسات المذكورة " .

² - لقد منع العلامة محمد التاويل رحمه الله التبرع بالأعضاء لعدة أسباب من بينها : - أن قاعدة سد الذرائع واعتبار المآلات تقتضي منع ذلك لأن فتح هذا الباب يؤدي إلى انتشار التجارة في الأعضاء البشرية عاجلا أو آجلا ، وما يتبع ذلك من سرقة الأعضاء واختطاف الأطفال التي بدأت بوادرها تطفو على السطح في أنحاء العالم. / العلامة محمد التاويل ، التوظيف المقاصدي في القضايا الطبية الراهنة، جريدة المحجة العدد 381 ليوم 4 يونيو 2012 ، جريدة نصف شهرية جامعة المدير المسؤول الدكتور عبد العلي حجيج.

خاتمة :

مما سبق يتبين بأن المشرع المغربي ترك العديد من الثغرات القانونية التي يفهم منها وللأسف الشديد أن إرادة المواطن المتبرع بأعضائه هي آخر ما يلتفت إليه ، وأنها لا تعدو أن تكون أمرا شكليا غير ذي قيمة ، وأن السلطة الكبرى متروكة للأطباء الذين يملكون الحصانة التي تجعلهم ينتزعون الموافقة من المواطن المتبرع أو من أهله ، دون مراعاة لمشاعر المتبرع وكرامته ، فكيف يتصور أخذ تصريح بالموافقة من مريض مرض الموت ؟ وكيف ستكون حالته النفسية من جراء سماعه هذا العرض القاتل ؟ وهذا الأمر الصادم ، وهذه الصاعقة التي ستجعله يتصور بأن جسده سيقطع إربا إربا ، إن لم نقل بأن روحه ستزهق حال سماع هذا الأمر الجلل ، ولا ننس بأن ديننا الحنيف أمرنا باحترام الإنسان حيا أو ميتا ، ومن حق المواطن الميت ألا تشوه جثته بطريقة بشعة ، وتوزع أعضاؤه شرقا وغربا وشمالا وجنوبا ، فكيف إذن سيكون له قبر وجثته بعثرت يمينه ويسرة !!!!!!!

إن الخوف كل الخوف من أن يتحول جلب - المصلحة - التي ينادي بها القانون 16.98 إلى مفسدة أعظم ويستغل عديموا الضمير الثغرات القانونية الموجودة في هذا القانون من أجل تحويل قضية التبرع بالأعضاء البشرية إلى تجارة قائمة بذاتها تجعل جثث المواطنين تباع بالتقسيط بالداخل والخارج ، وتندثر معها المقابر وتباع مساحاتها للوبيات العقار من أجل تحويلها إلى تجزئات سكنية باهظة الثمن .

رحمكم الله يا علماء جامعة القرويين الأفاضل ، ويا شيوخ المالكية الأجداد ، سيدي عبد الكريم الداودي وسيدي أحمد الغازي الحسيني ، وسيدي محمد التاويل ، وأسكنكم فسيح جنانه ، وجعل قبركم روضة من رياض الجنة ، فلقد كنتم خير حريص على ضمان احترام إرادة وكرامة المواطن المسلم حيا وميتا ، وحرمتم الاعتداء ولو على شعرة واحدة من جسده ، في وقت أصبح فيه البعض ينادي بالإسراع إلى التبرع بأعضاء المواطنين قبل أن يأكلها الدود !!!!!!!

✓ المصادر والمراجع :

- جريدة المحجة العدد 381 ليوم 4 يونيو 2012 ، وهي جريدة نصف شهرية جامعة ، المدير المسؤول الدكتور عبد العلي حجيج : <http://almahajjafes.net>

- القانون 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها ، صيغة مخينة بتاريخ 9 يونيو 2014 بالبوابة القانونية والقضائية لوزارة العدل والحريات بالملكة المغربية - عدالة - على الرابط التالي :

<http://adala.justice.gov.ma/AR/Legislation/TextesJuridiques.aspx>

- مجلة دعوة الحق العددان 305 / 306 - أكتوبر - نونبر 1994 متاحة على الرابط :

<http://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7822>

- ملتقى أهل الحديث : <http://www.ahlalhdeth.com>

- المجلس العلمي المحلي للعرائش : <http://laramajliss.org>

- موقع قناة الجزيرة : <http://www.aljazeera.net>

- موقع وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب : <http://www.habous.gov.ma>

التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية



الدكتور إخلاص ناصر عبد الرحمن الزبير
استاذ مساعد بجامعة الجوف قسم الدراسات
الاسلامية كلية العلوم الادارية والانسانية
Email : ikhlas8694@gmail.com

✓ ملخص البحث :

تهدف هذه الدراسة إلى بيان التعليل المقاصدي المتعلق بمقصد أحكام النكاح . ومع كثرة عرض مقصد النكاح والبحث فيه بين ثنايا كتب الفقه، إلا أنه ما زال بكرا في عرضه من الناحية المقاصدية إذ الدراسة تناولت واحدة من أهم المسائل في فهم المقاصد وهي مسألة التعليل ، وهي أداة تحليل وفهم النصوص ، وصولاً لتحقيق المقاصد التي تناولها البحث ، وقد بينت الدراسة مفهوم التعليل وحددت مفهوم العلة ، بعد أن بينت مصطلح التعليل المقاصدي عند الاصوليين واستعرضت الدراسة أيضاً المقاصد الخاصة والعامه لأحكام النكاح في الشريعة الاسلامية مستخرجة التعليل المقاصدي لهذه الأحكام من خلال النصوص الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية ، توضيحاً للمقصد الأصلي الذي جاءت به الشريعة الاسلامية وهو جلب المصالح ودفع المفساد. وأكدت الباحثة على العلاقة الوثيقة بن مقاصد الشارع وأحكام النكاح ، واتخذت الباحثة معيار مقاصد الشريعة في معالجة عناصر البحث. ومما خلصت إليه الباحثة: وجوب الحفاظ على مقصد النكاح بالزواج الشرعي، وأن الإسلام إنما يرفض التيارات المعاصرة والمستجدات التي ادخلت على هذا الموضوع مصطلحات لا تتناسب والمقصد الاصلي للنكاح ، وذلك بتسمية لأنكحة لا تحقق المقصود .

ABSTRACT :

This study aims to show and declare the reasoning of marriage goals of laws in Islam. Although religious books and references repeatedly study and show marriage laws, but till now, it is not a clear issue for most Muslims especially in its aims. This study aims to tackle this issue to lead the readers to understand the study content and marriage laws from the religious point of view. The following are the main objectives of the study:

1. The study shows the world the religious laws of marriage with its abstract aims and laws. But my concept of aim and purposes has limits.
2. It retains all purposes of religious laws to its original resources "Quran and Sunnah of the prophet (PBUH)"
3. It declares that the aim of all religious purpose is to attract benefits and goddesses and to reject evils and bad nesses.
4. All new and modern concepts which contradict with the aims and purposes of Islamic laws should be rejected.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسوله الهادي إلى صراط العليم الحكيم، وعلى من سار على نهجه إلى يوم الدين .

لقد أتم الله تعالى نعمته على خلقه بإنزال القرآن، الذي ضمنه كليات الشريعة، ومقاصدها الرفيعة، وشرع فيه ما يحقق مصالح العباد، في المعاش والمعاد؛ فكان بذلك محيطا بكل حاجات الإنسان، مستوعبا كل ما تستجد في حياته من قضايا وأحداث. وقد قيض الله سبحانه لهذا الدين - كل دهر من الزمن - من يجدد النظر في آياته لفهم روح أحكامه ولإدراك كنه تشريعاته... وذاك هو موضوع علم المقاصد.

إن البحث في التعليل المقاصدي في الشريعة الإسلامية هو بحث في صميم الدين؛ فبه يحصل الفهم السديد لأحكام الشرع، وبه يتحقق الفقه الحي الذي يدخل القلوب ويقنع العقول، وباستيعابه تمتلك الحكمة لحسن تنزيل الخطاب الإلهي الصالح لكل زمان ومكان، العام لكل الناس، الشامل لكل القضايا، المستوعب لكل جديد... وبذلك تكون الشريعة الغراء محققة مصالح الناس؛ جلبا للمنافع لهم، ودفعاً للمفاسد عنهم، كما تكون ضابطة لتصرفاتهم وعلاقاتهم

ولقد اقتضت حكمة الله عز وجل ألا تخلو شرائعه من حكم وأسرار تراعي مصالح العباد دينا ودينا، وهذه الحكم والأسرار هي مقاصد شريعته التي أمر بحفظها، وبقدر معرفة المرء وإلمامه بها يزداد إيمانا مع إيمانه، ويسهل عليه الامتثال بأوامر الله تعالى، لأنه علم أن المستفيد من ذلك إنما هو العبد الخاضع لمولاه، قال تعالى: (لَنْ يَنَالَ اللَّهُ لُحُومَهَا وَلَا دِمَائُهَا وَلَكِنْ يَنَالُهُ التَّقْوَى مِنْكُمْ) (سورة الحج الآية 37) - لذا عازمت الباحثة البحث في المقاصد وكان عنوان البحث (التعليل المقاصد لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية) محاولة للجمع بين أحكام النكاح ومقاصد الشريعة.

✓ أهمية الموضوع :

أهمية هذا الموضوع تستمد من شرف البحث في التعليل المقاصدي للأحكام حيث أن الشريعة الإسلامية هي عمدة الملة وأصل التشريعات المختلفة، وأن المقصد الأصلي لها جلب المنافع ودفع المفاسد تأكيداً وتفصيلاً . مع بيان أن البحث تناول أحكام النكاح - رؤية مقاصدية - خاصة وأن النكاح يعتبر اللبنة الأولى في بناء النسيج الاجتماعي للأمم ، هذا الموضوع الذي لم يحظ بدراسة أكاديمية مقاصدية مسبقة ، وبحثُ بهذه الأهمية أروم الظفر فيه بحصيلة مقاصدية تكون لنا ضابطاً لضوابط الفهم لكتاب الله تعالى .

✓ أسباب اختيار الموضوع :

العوامل التي دفعتني إلى اختيار موضوع المقاصد الشرعية لأحكام النكاح كثيرة وهي في مجملها مرتبطة بالأركان الأساسية التي يقوم عليها هذا البحث، ومن ذلك

- اعتقادي أهمية البحث في مقاصد الشريعة الإسلامية، يُمكن من الكشف عن المراد الإلهي المرتبط بالحكم وبالخطاب الشرعيين، ويضمن تحقيق الإطار المنهجي الذي يضبط به المجدد فقه ما شرعه الله تعالى، وبه يتحرى حسن تنزيله.

- البحث في هذا الموضوع يبرز جانب السماحة والحكمة للبناء المقاصدي لهذا الدين العظيم.

- التأصيل القرآني لأحكام النكاح التي تثير تساؤلات كثيرة تتعلق بالرؤية المقاصدية لحقوق النساء .

- استكمالاً لبحث قمت بدراسته سابقاً بعنوان البناء المقاصدي للفقه الإسلامي.

✓ خطة البحث :

قسمت البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة وذلك كما يلي :

المبحث الأول : التعريف بأهم المصطلحات الواردة في البحث.

المبحث الثاني : أهمية فهم المقاصد في فهم القرآن وتفسيره.

المبحث الثالث : التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية.

✓ منهج البحث :

- تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي ، مع التحليل والترجيح إذا اقتضى الموقف ذلك.

- عزو الآيات القرآنية إلى سورها وكتابتها أرقامها.

- تخرج الأحاديث النبوية مع بيان درجة ما ورد في المصنفات التي لم يلتزم مصنفوها بإيراد الأحاديث الصحيحة فقط.

ثم الخاتمة والتوصيات ومراجع البحث .

المبحث الأول : تعريف أهم المصطلحات الواردة في البحث :

المطلب الأول : تعريف المقاصد :

المقاصد جمع مقصد وهو في اللغة مصدر كالمقصد ، ومادة الكلمة تدل على ثلاثة أصول ، كما ذكر ابن فارس، أحدهما إتيان الشيء وأمه ، والآخر اكتناز في الشيء والثالث الناقدة القصيد المكتنزة الممتلئة لحماً⁽¹⁾. فالقصد إتيان الشيء وأمه أي التوجه إليه ، وهذا المعنى هو الأقرب إلى المعنى الشرعي⁽²⁾. فيقال في الاستعمال قصد الشيء وقصد إليه بمعنى واحد والمقصد هو موضع القصد. وهذا تعريف المقاصد لغةً .

أما اصطلاحاً فلم يهتم العلماء قديماً بتعريف المقاصد في كتب الأصول ، ولكن عرفها بعض العلماء المتأخرين . ومن هؤلاء الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، إذ عرفها بقوله : "هي المعاني الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع ، أو معظمها ، بحيث لا يختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص، من أحكام الشريعة"⁽³⁾. وعرفها الأستاذ علّال الفاسي بقوله : " المراد بمقاصد الشريعة الغاية ، والأسرار التي وضعها الشارع ، عند كل حكم من أحكامها"⁽⁴⁾.

كما عرفها الدكتور أحمد الريسوني فقال : " إن المقاصد الشرعية هي الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد"⁽⁵⁾.

هذه هي التعريفات التي عثرت عليها ، وهي كما نلاحظ لعلماء عاشوا في أواخر القرن التاسع عشر، ومازال بعضهم حياً أمد الله في عمره. ولعلي أبدي بعض الملاحظات عن خلو تأليف القدماء عن تعريف اصطلاحى متواطىء عليه منهم لمقاصد الشريعة الإسلامية.

الأولى : ذكرها الدكتور أحمد الريسوني في كتابه (نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي) إذ قال : " أما شيخ المقاصد أبو اسحق الشاطبي ، فإنه لم يحرص على إعطاء حد وتعريف للمقاصد الشرعية ، ولعله اعتبر الأمر واضحاً ، ويزداد

1- ابن فارس، أحمد ابن الفارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، (لبنان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1399 هـ- 1979م)، 95/5 ، وانظر: ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله العلي الكبير وغيره، (دار المعارف، 39/3642-3644)، القاهرة

2- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله العلي الكبير وغيره، (دار المعارف، 39/3642-3644)، القاهرة.

3- ابن عاشور: محمد بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، ط2، (عمان، بيروت، دار النفائس، 1421 هـ- 2001م)، ص: 251.

4- علّال الفاسي ، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ، ترجمة وتحقيق إسماعيل الحسني ، الناشر دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، ص : 7.

5- الدكتور أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد ، ط المعهد العالي للفكر الاسلامي 1981م (15).

وضوحاً بما لا مزيد عليه بقراءة كتابه المخصص للمقاصد من " الموافقات " ولعل ما زهده في تعريف المقاصد، كونه كتب كتابه للعلماء بل للراشخين في علوم الشريعة. وقد نبه على ذلك صراحة بقوله: " ... ولا يسمح للناظر في هذا الكتاب أن ينظر نظر مفيد ومستفيد حتى يكون ريان من علم الشريعة أصولها وفروعها، منقولها ومعقولها غير خلد إلى التقليد والتعصب للمذهب (1).

ومن كان في هذه المرتبة التي قصدها الإمام الشاطبي رحمه الله. ليس في حاجة إلى تعريف المقاصد الشرعية له بما يعتبر حاجة من حاجات المتعلمين لا العلماء المجتهدين.

والثانية: متعلقة بمقاصد الشريعة من حيث كونها معاني لا تخضع للمعارف العادية التي يمكن أن يحصل عليها صغار العلماء من خلال معارفهم القليلة وتجاربهم البسيطة، وإنما هي درجة من التذوق العالي مصاحبة بمكاسب علمية كبيرة وتجربة في مجال الاستنباط عظيمة، مع بديهة حاضرة وذهن وقاد وصلة بالله تجعل صاحبها من المعافين. يقول الدكتور يوسف حامد العالم رحمه الله: " والمكلف إما أن يكون مقلداً أو مجتهداً فإن كان عامياً مقلداً فالأصل فيه أن يتلقى الشريعة بدون معرفة مقاصدها التي ترمي إليها تفصيلاً. لأن معرفة المقاصد نوع دقيق من أنواع العلم لا يخوض فيه إلا من يبلغ درجة من العلم، ووهب قدراً من لطف الذهن واستقامة الفهم" (2).

وأما الملاحظة الثالثة: فهي متعلقة باختلاف قدرة العلماء في تقدير المقاصد الشرعية في الأحكام، وذلك باعتبار أن المقاصد هي الحكم والغايات والحكمة في الغالب وصف غير منضبط، ومن ثم يصعب تعريف هذا النوع من الأوصاف، ولعل عدم الاهتمام بتعريفه يعطي قدراً أكبر من المساحة للمجتهد في تقدير الحكم.

والرابعة: إذا نظرنا إلى تعريف الشيخ محمد الطاهر بن عاشور رحمه الله خاصة قوله: " هي المعاني الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها" (3). يمكن أن نجد له علاقة بأصل ميدان المقاصد الذي هو رعاية المصالح، وأعظم جزء منه فيه مساحة تقديرية واسعة للمجتهد وهو ما يتعلق

(بالمصلحة المرسله). والمصلحة المرسله تخضع في تقديرها والحكم بشرعيتها لمدى تمثيلها لتحقيق مقصود الشارع. فهي نوع من المقاصد لطيف يخفى في أغلبه على المجتهد العادي، ومن ثم فإنني أرى أن في إغفال العلماء لتعريف المقاصد له علاقة باختلافهم في وصف الحكمة والتي اختلفوا في شأن كونها تصلح علة للحكم أم لا؟

- وقفة مع تعريفات العلماء للمقاصد:

وأما ملاحظتي على التعريفات المتقدمة للمقاصد فهي من وجهة نظري تعريفات مترادفة المعاني، فقد تفاوتت في الإيجاز والتطويل، فأطولها تعريف الشيخ العلامة ابن عاشور ولعله أراد أن يبين من خلاله أنواع المقاصد، بنى على تعريفه قوله: " فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها ويدخل في هذا أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها. والمقاصد الشرعية نوعان: معان حقيقية، ومعان عرفية عامة. وقد مثل للمعاني الحقيقية بعد تعريفها بقوله: " فالمعاني الحقيقية هي التي لها تحقق في نفسها حيث تدرك العقول السليمة ملاءمتها للمصلحة أو منافرتها لها، أي تكون جالبة نفعاً عاماً أو ضرراً عاماً إدراكاً مستقلاً عن التوقف على معرفة عادة أو قانون. كإدراك كون العدل نافعاً وكون الاعتداء على النفوس ضرراً وكون الأخذ على يد الظالم نافعاً لصالح المجتمع...

1- إبراهيم بن موسى الشاطبي، نظرية المقاصد، ص: 6-7. وينظر كذلك للمؤلف نفسه " كتاب الفكر المقاصدي: قواعده وفوائده ص: 13

2- يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، ط المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص 87

3- ابن عاشور، مرجع سابق، ص: 306-307.

وأما المعاني العرفية العامة، فهي المحريات التي ألفتها نفوس الجماهير واستحسنتها استحسنًا ناشئًا عن تجربة ملاءمتها لصالح الجمهور، كإدراك كون الإحسان معنى ينبغي تعامل الأمة به وإدراك كون عقوبة الجاني رادعة إياه عن العودة إلى مثل جنائته ورادعة غيره عن الإجرام....

وقد تتردد معان بين كونها صلاحاً تارة وفساداً تارة أخرى، أي بأن اختلف منها وصف الاطراد، فهذه لا تصلح لاعتبارها مقاصد شرعية على الإطلاق، ولا لعدم اعتبارها كذلك. بل المقصد الشرعي فيها أن توكل إلى نظر علماء الأمة وولاية أمورهم الأمناء على مصالحها من أهل الحل والعقد ليعينوا لها الوصف الجدير بالاعتبار في أحد الأحوال دون غيره. وذلك مثل القتال والمجالدة فقد يكون ضرراً إذا كان لشق عصا الأمة، وقد يكون نفعاً إذا كان للذب عن الحوزة ودفع العدو. وأما تعريف نور الدين الخادمي فليس ببعيد في حدوده عن تعريف ابن عاشور، فالأسرار التي للشارع تقابل المعاني في تعريف ابن عاشور، وذلك لقوله عنها في تعريفه: "المعاني الملحوظة للشارع.. ثم فسرها بقوله: بحيث تدرك العقول السليمة ملاءمتها للمصلحة أو منافرتها لها"⁽¹⁾. فكونه خص إدراكها بأصحاب العقول السليمة فهذا يعني أنها تخفى على غيرهم. مما يترتب عليه سر مكنون في ألفاظ الشرع لا يطلع عليه إلا من تمكن من معرفة مرامي التشريع، ويقابل قوله: "لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة" في تعريف الأستاذ غلال الفارسي عند كل حكم من أحكامها. أما الدكتور الريسوني فقد أوجز تعريف المقاصد، فأشار إلى المقاصد العامة بالغايات ولا أرى في تعريفه إضافة توضح التعريفين السابقين إذا قصد الإيجاز والاختصار لأجل تيسير الفهم، بل أبهم وذلك لأن تحقيق قصد الإيجاز يعني تحقيق الغاية فهو لم يفرق في تعريفه بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة المتعلقة بالجزئيات، أو بأبواب معينة، مما اضطره إلى التوضيح والشرح فقال: "كما يمكن لزيادة الوضوح تقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

- 1 - المقاصد العامة: وهي التي تراعيها الشريعة وتعمل على تحقيقها في كل أبوابها التشريعية أو في أكثر منها.
- 2 - المقاصد الخاصة: وأعني بها المقاصد التي تهدف الشريعة إلى تحقيقها في باب معين أو في أبواب قليلة متجانسة من أبواب التشريع.
- 3 - المقاصد الجزئية: وهي ما يقصده الشارع من كل حكم شرعي من إيجاب أو تحريم أو نذب أو كراهة أو إباحة أو شرط أو سبب وهي التي يشير إليها لأستاذ غلال الفاسي بقوله: "الأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"⁽²⁾.

فهو هنا يشرح تعريف الأستاذ علاء الفاسي ولا يشرح تعريفه، لأنه تعريف مختزل لم يشر فيه إلى أنواع أو أقسام المقاصد.

وعليه فالتعريف الأشمل مع طوله هو تعريف الشيخ محمد الطاهر بن عاشور كما شرحته فيما تقدم من خلال مقارنته بتعريف الأستاذ علاء الفاسي.

وللجمع بين تعريفي ابن عاشور وعلاء الفاسي في تعريف موجز وشامل أعرفها بما يلي: "مقاصد الشريعة هي: (المعاني العامة والخاصة التي أودعها الشارع في نصوص التشريع لرعاية مصالح العباد) وشرحه كالتالي: أولاً: أقصد بالمعاني العامة: المقاصد العامة التي غايتها رعاية المصالح العامة مثل حفظ النظام وجلب لمصالح ودرء المفاسد وإقامة المساواة بين الناس وجعل الشريعة مهابة مطاعة.

1- الخادمي، نور الدين بن مختار الخادمي، علم المقاصد الشرعية، ط1، (الرياض، مكتبة العبيكان، 1421هـ - 2001م)، ص: 17.

2- مقاصد الشريعة ومكارمها: لعلال الفاسي ص: 7.

ثانياً: أقصد بالمعاني الخاصة والتي مثل لها ابن عاشور بقوله: (...الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة.. ويدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس، مثل قصد التوثق في عقد الرهن، وإقامة نظام المنزل والعائلة في عقد النكاح، ودفع الضرر المستدام في مشروعية الطلاق).

وأما كون المقاصد مودعة في نصوص التشريع ذلك أن الألفاظ هي المعبرة عن المقاصد، والمقصد هو الذي يعطي اللفظ الحيز والمساحة لاندياحه واتساعه ليغطي المعاني والألفاظ، فالمقصد الشرعي مودع في النص وهو سره المكنون وبقدر ما يمتلك المجتهد من براعة وقدرة على الغوص في مكونات النصوص، كان هو الأقدر على فهم واستيعاب تلك الأسرار الدالة على المقاصد، وذلك ما أشار إليه الأستاذ غلال الفاسي في تعريفه للمقاصد.

والمقصود برعاية مصالح العباد، أن مقاصد الشريعة هي الأقدر على رعاية مصالح العباد، عبر سعة المعاني المقاصدية التي تتجاوز المفاهيم المباشرة للنصوص، إلى محتوياتها التي يمكن لها أن تحيط بالمصالح عبر امتداد الزمان وتغيراته والبيئات واختلافها والحالات وحاجة أصحابها.

ولما كان للمقاصد هذه المرونة الرائعة أناط بها الشارع رعاية مصالح العباد وجعلها دالة على كمال شرعه تمامه وإعجازه. قال تعالى: " قُلْ لَئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَالْجِنُّ عَلَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِمِثْلِ هَٰذَا الْقُرْآنِ لَا يَأْتُونَ بِمِثْلِهِ وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ظَهِيراً " (الإسراء 88). فالقرآن معجز في ألفاظه وهو في معانيه أشد إعجازاً والمعاني هي أسرار الشريعة المعبرة عن غاياتها من التشريع.

المطلب الثاني: تعريف التعليل:

التعليل في أصل اللغة من عل واعتل فهو عليل أي مريض، والعلة المرض الشامل، كما يقال: اعتل إذا تمسك بحجة، ومنه إعلالات الفقهاء واعتلالاتهم أي حججهم⁽¹⁾

والتعليل في اصطلاح أهل المناظرة من علل الشيء بمعنى علته بالدليل، ويطلق عندهم أيضاً على ما يُستدل فيه بالعلة على المعلول⁽²⁾، وقيل: إن التعليل هو انتقال الذهن من المؤثر إلى الأثر، كانتقال الذهن من النار إلى الدخان، إي إحداث ربط خاص بين النار والدخان، بخلاف الاستدلال فهو انتقال الذهن من الأثر إلى المؤثر، أي من الدخان إلى النار⁽³⁾. وهذا ربط خاص يخلف الأول.

ويطلق التعليل عند علماء الأصول بإطلاقين⁽⁴⁾:

الأول: يطلق ويراد به أن أحكام الله وضعت تحقيقاً لمصالح العباد في العاجل والآجل، أي معللة برعاية المصالح. الثاني: يطلق ويراد به بيان علل الأحكام الشرعية وكيفية استنباطها والوصول إليها بالطرق المعروفة بمسالك العلة. وما يعيننا بالدرجة الأولى هو الاطلاق الأول الذي سميناه التعليل المقاصدي أو التعليل بالمصالح كما عبر عن ذلك بعض العلماء⁽⁵⁾.

وما يعيننا بالدرجة الأولى هو الاطلاق الأول الذي سميناه التعليل المقاصدي أو التعليل بالمصالح كما عبر عن ذلك بعض العلماء⁽⁶⁾.

1 - أحمد بن محمد المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج2/582، بيروت: دار القلم، ط وس (بدون).

2 - محمد مصطفى شلي: تعليل الأحكام، ص 12، بيروت دار النهضة العربية 1981 م.

3 - علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني: التعريفات، ص 79 ت: عبد المنعم الحنفي، القاهرة: دارالرشاد، ط وس (بدون).

4 - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 123.

5 - حماد العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة، ص 124، بيروت، دارقنينة، ط 1، 1992.

6 - حماد العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة، ص 124، بيروت، دارقنينة، ط 1، 1992.

- التعليل المقاصدي :

اسم جامع لكل أنواع البيان التي تعود إلى قواعد المقاصد الشرعية سواء كانت هذه الأنواع داخلة تحت أصل من الأصول المقاصدية المعروفة ، كالمصالح المرسله ، والاستحسان ، وسد الذرائع ومنع التحيل وغيرها ، أو لم تدخل تحت أصل من هذه الاصول ، إذ كل من هذه الاصول هي مجرد فروع لأصل التعليل المقاصدي للأحكام أو التطبيقات الخاصة له⁽¹⁾ .

المبحث الثاني : أهمية فهم المقاصد في فهم القرآن وتفسيره :

تظهر أهمية فهم المقاصد من وجوه :

الأول : إبراز محاسن القرآن ، وما فيه من المصالح والمنافع العائدة على المكلفين :

الكثير من نصوص القرآن تضمنت بيان المصالح وفي ذلك خدمة للقرآن الكريم ودعوة لزيادة الاقبال عليه وتيسير فهمه ، لأن معرفة منفعة وفوائده من أكبر الدواعي لحفظه والعمل به .

وإن الدعوة إلى تدبر القرآن لا تقتصر على على مجرد التلاوة ومعرفة الأحكام بل تتعداها إلى الغوص في معرفة حكمه وأسراره قال تعالى ، (كتاب أنزلناه إليك مبارك ليدبروا آياته وليتذكر أولو الألباب) " ص ٢٩ " ، وقال : (أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا) " النساء 82 " .⁽²⁾

قال الشاطبي : " التدبر إنما يكون لمن التفت إلى المقاصد ، وذلك ظاهر في أنهم أعرضوا عن مقاصد القرآن ، فلم يحصل لهم التدبر .

وقال ابن عاشور : " التدبر مشتق من الدبر ، أي الظهر ، اشتقوا من الدبر فعلاً فقالوا : تدبر إذا نظر في دبر الأمر ، أي في غايته أو عاقبته ، وذلك يحتمل معنيين :

الأول : أن يتأملوا في جملة القرآن فيجدوه أنه من عند الله تعالى وذلك لبلاغته وسياق الآيات السابقة يرجح حمل التدبر على التأمل اي لو تدبروا وتأملوا القرآن لحصل لهم خير عظيم. عدم الالتفات إلى المقاصد ، فقال : " فمن فهم مراد الله تعالى من كلامه لم يتجرأ عليه بالتحايل تبديلاً وتعبيراً ، وكذلك من وقف متدبراً . والآخر : أن يتأملوا دلالة تفاصيل آياته على مقاصده التي أرشد إليها المسلمين إلى التدبر .

الثاني : يعصم المفسر من التأويل الفاسد ، والتفسير البعيد عن الحق والصواب .

أوضح الشاطبي ، أن من أسباب الانحراف عن التفسير مجرد الظاهر غير ملتفت إلى المقاصد ، فإنه يكون قد قصر في فهم مراد الله ، وكذا ما ابتدعه المشبهة والمعطلة في آيات وكذلك فإن من تجاوز في تفسير القرآن وتأويله ، ولم يقتصر صفات ، يعود إلى هذا الخلل في فهم مقاصد القرآن ، ومراد الله من خطابه " على الماضي ، بل ما يزال العبث بنصوصه مستمراً إلى اليوم بغية التحلل من قيوده وضوابطه ، وليس أدل على ذلك من إبلاحة الزنا والربا وشرب الخمر ، ومنع الطلاق وتعدد الزوجات ، وتعطيل الحدود ، في معظم الدول الاسلامية ، التي ينص دستورها على أن دين الدولة ، وليس هذا إلا ضرب من التأويل وفق الهوى والمصالح الوهمية ، فأبيح الربا بدعوى المصلحة الاقتصادية ، والزنا بدعوى الحرية الشخصية ، وشرب الخمر بدعوى الترفيه والسياحة ، وأبيح العرى والاختلاط والخلوة بدعوى تحرير المرأة ، وعطلت الحدود لمنافاتها حقوق الانسان . ولا عاصم من هذه المزالتق إلا بفهم القرآن والسنة وفق المقاصد الشرعية .

¹ - الدكتور عبد القادر بن حرز الله ، التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان ، مكتبة ابن رشد ، ص 29 .

2- عبد الكريم الحامد / المدخل الى مقاصد القرآن ، ط الأولى - مكتبة الرشد - الرياض - المملكة العربية السعودية 1428 هـ - 2007 م (ص 96)

الثالث: التفسير بحسب ما يفهم من لغة العرب التي نزل بها القرآن:

إن المفسر إذا لم يجد النص الدال على معنى الآية من القرآن نفسه أو السنة النبوية، أو أقوال الصحابة رضي الله عنهم، اجتهد فيها بحسب ما يفهم من لغة العرب التي نزل بها القرآن، لكن تفسيره للقرآن في هذه الحالة يجب أن يكون مراعيًا فيه مقاصد الشارع بحيث لا يسوقه الفهم العربي المجرد إلى الخروج عن مقاصد الشارع.

قال الشاطبي: " فإن القرآن والسنة لما كانا عربيين لم يكن ليظهر فيهما إلا عربي، كما أن من لم يعرف مقاصدهما لم يجل له التكلم بهما، إذ لا يصح له نظر حتى يكون عالماً بهما، فإن كان كذلك لم يختلف عليه شيء من الشريعة".
الرابع: رد المتشابه إلى المحكم:

إن القرآن فيه المحكم والمتشابه، والمتشابه يرد إلى المحكم، يقول تعالى (هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخْرُ مُتَشَابِهَاتٌ ۚ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ ۗ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ ۗ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِنْدِ رَبِّنَا ۗ وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ) الآية 7 آل عمران.

أما المحكم فهو ما ظهر معناه، وانكشف كشفًا يزيل الإشكال، ويرفع الاحتمال، وهو موجود في كلام الله تعالى. والمتشابه المقابل له: ما تعارض فيه الاحتمال كما في قوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) (البقرة الآية 228) وإنما سمي متشابهًا، لاشتبه معناه على السامع (1)

ويدل على ذلك قوله تعالى: (مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخْرُ مُتَشَابِهَاتٌ) آل عمران الآية 7، فإن أم الشيء: أصله الذي يتفرع منه، فتقضى أن المحكم ما كان أصلًا بنفسه مستغنيًا عن غيره من بيان وقريته. والمتشابه: ما يخالف ذلك، فيحتاج إلى بيان، يدل عليه سياق الآية (فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ ۗ) آل عمران الآية 7، فثبت أنه يحتاج إلى تأويل وبيان (2).

إن المتشابهات تحتاج إلى رد إلى النصوص الأخرى المبنية على وجودها، أو إلى ما يفهم من نصوص الشريعة الأخرى مجتمعة، فيحمل اللفظ المحتمل على ما يوافق نصوص الشريعة ومقاصدها، وإذا كان عندنا تفسيران للفظ أحدهما يوافق مقاصد الشريعة والآخر يخالفها حملناه على ما يوافق مقاصدها، وذلك لدفع التناقض عن نصوص الكتاب (3).

المبحث الثالث: التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في الشريعة الإسلامية:

المقصود بالتعليل المقاصدي في هذه الدراسة، الغرض من النص أو الوصف المتضمن تحقيق مقصود الشارع، ومقصود الشارع في أحكام النكاح تتمثل فيما وضعه الله تعالى بين الذكر والأنثى من الدوافع الطبيعية، والنوازع الفطرية، التي تكفل له البقاء والاستمرار، وعزز تلك الدوافع بعقد النكاح الذي يضمن للنسل أحسن السبل وأكرمها في الوجود، ووضع لهذا العقد ضوابط وشروط رعيًا للحاجة الفطرية المتبادلة، وبناء هذه العلاقة على أساس جلب المصالح ودفع المضار، إذ لا يصح إلا بشرعية اختصاص الرجل بزوجته، على رؤوس الأشهاد، مع تقدم خطبة ومهر وتصد من الأولياء (4)، ومعاشرة بالمعروف، ورعي الحقوق المتبادلة بينهما، حتى لا تستحكم النفرة بين الزوجين ويصبح العقد سببًا لاستدامة الضرر. وتفصيل ذلك في المطالب التالية.

1- علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ط1 1424هـ - 2003م، دار الصميعي (142/1)

2- محفوظ احمد الحسن الكلوزاني، التمهيد في اصول الفقه، ط1 1406هـ - 1985م، مركز البحث العلمي وحياء التراث جامعة ام القرى (277/2).

3- محمد سعد احمد سعيد اليوبي، مقاصد الشريعة، ط1 دار الهجرة 1418هـ - 1998م (489).

4- ابن زغبية، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1417هـ - 1996م، دار الكتب المصرية، ص 233-234

المطلب الأول: المقاصد الأصلية لأحكام النكاح.

أولاً: تعريف النكاح لغةً واصطلاحاً:

النكاح لغة: مصدر من نكح، والنون والكاف والحاء كما يقول ابن فارس أصل واحد، وهو البضاع، ويطلق على العقد دون الوطاء، وعلى الوطاء (1).

قال ابن جنى: سألت أبا علي الفارسي عن قوله "نكحها" قال: فرقت العرب فرقاً لطيفاً تعرف به موضع العقد من الوطاء، فإذا قالوا: نكح بنت فلان أرادوا تزوجها وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته لم يريدوا إلا المجامعة؛ لأنه بذكر امرأته أو زوجته يستغنى عن العقد (2).

أما في الاصطلاح فقد اختلفت العبارات في تعريفه. فقد عرفه ابن عرفة بأنه: "عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها (3). وعرف بأنه عقد موضوع للملك المتعة أي لحل استمتاع الرجل من المرأة (4). وعرف أيضاً بأنه "عقد وقع لتملك المتعة بالأنثى قصداً" (5).

وخلاصة الأمر فإن المعنى الجامع لهذه التعريفات (أنه عقد يفيد حل الاستمتاع على الوجه المشروع تحصيلاً لمقاصده). وفيما يلي بعض أحكام النكاح ومقاصدها كما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية.

ثانياً: مقاصد الأحكام:

لا خلاف بين الفقهاء أنه من المقاصد الأصلية للنكاح، ابتغاء الولد وزيادة النسل لأجل عمارة الأرض، وبقاء النوع الإنساني وحفظه، فضلاً عن حفظ الأنساب، ذلك أن اختصاص الزوج بالزوجة على الوجه الذي حدده الشارع، ووفق الضوابط التي وضعها في تشريع الزواج وتحريم غيره من أنواع البغاء والسفاح والمخادنة...، ضماناً لحفظ ما يترتب عليه من أنتساب الأبناء للأباء.

وسوق الأصل إلى البر بالفرع سوقاً جبلياً لا شبهة فيه وهو كما يقول الطاهر بن عاشور: "من المعاني النفسية العظيمة الراجعة إلى أسرار التكوين الإلهي" (6)، وفيما يأتي جملة المقاصد التابعة الراجعة إلى مثل هذه المقاصد، والتي أبان عنها الخطاب القرآني في تشريع الأحكام.

المطلب الثاني: المقاصد الأصلية لأحكام النكاح:

1 - مقاصد اشتراط الولي في النكاح:

ذهب الجمهور إلى أنه ليس للمرأة الاستبداد بعقد نكاحها، فاشتراط أن يلي إبرام عقد النكاح وليها أبناً كان أو أباً أو عصباً...، جملة من المقاصد منها.

المقصد الأول: مخالفة عقد النكاح في الإسلام لصور الالتقاء بين الزوجين التي كانت في الجاهلية بالزنى والمخادنة وشيوع الفاحشة وغيرها. وكان ذلك لأن المرأة كانت تتولى بذل نفسها بمشيئتها وإرادتها دونما وازع يزعها أو رقيب يردعها (7).

1 - أحمد بن فارس بن زكريا بن الحسين المتوفى (395 هـ)، معجم مقاييس اللغة، الناشر دار الفكر، ج 5 / 475.

2 - أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان مادة (نكح) ص 218.

3 - قاسم بن عبد الله القونوي، المتوفى (سنة 978 هـ) أنيس الفقهاء، تحقيق يحيى مراد، دار الكتب العلمية، ص 50.

4 - أبو عبد الله محمد الأنصاري الرضاع شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجدان، الطاهر العموري، بيروت، الغرب الاسلامي ط 1 (1993م) ص 235.

5 - محمد بن عبد الواحد الهمام، ط العلمية، 1424 هـ - 2003 م، دار الكتب العلمية ج 177/3.

6 - مقاصد الشريعة، مرجع سابق ص 442.

7 - قعدان أحمد محمد، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بأحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير نوقشت بتاريخ 1998م، المملكة المغربية

المقصد الثاني: توفية الاختيار حقه من السداد، وذلك أنه من المتفق عليه أن عقد النكاح من المهمات التي قد يقصر عن درك وجه الزلل فيها نظر المرأة وحدها فجمع بين الحقين حقه في الاختيار، وحق وليها في الإبرام، تحصيئاً لها عن مغبة الزلل والتي لا تقتصر عليها، إذ يلحق بأهلها شيء من العار أو الفخار بالنكاح. وهو معروف عند الفقهاء بولاية الاختيار، فيكون القصد، التحصين لا القهر والاضطهاد.

ودليل اشتراط الولاية من القرآن قوله تعالى: (وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا) (البقرة الآية 221). وقوله تعالى: (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ) (النور الآية 32).

ووجه الدلالة في الآيتين: " أن الله تعالى خاطب بالإنكاح الرجال ولم يخاطب به النساء، فكأنه قال لا تنكحوا أيها الأولياء موليتكم للمشركين (1)، وفي النص الثاني جاء الأمر بإنكاح الأيامي والصالحين، يقول القرطبي: " فلم يخاطب تعالى بالنكاح غير الرجال ولو كان إلى النساء لذكرهن (2).

أما ما جاء في القرآن الكريم من إضافة النكاح للنساء فيراد به ما يعقده لها وليها لا أن تباشره المرأة بنفسها، وإنما أضيف إليها لأنها محل وسببه (3).

وفي الصحيح من حديث عائشة رضي الله عنها قالت { أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها } : وذكرت صوراً من الأنكحة الفاسدة ثم قالت: { فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم } (4) فدل على أن النكاح المعتبر ما أبرمه الولي.

وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي) (5)، وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) (6).

المقصد الثالث: إنه ادعى لطلب سبل البقاء والدوام وحفظ ولياتهم حال النزاع والخصام وهو في حق النساء أكد لإمكان انحلال الرجل من ربه النكاح بالطلاق، ولما علم من دلائل العقول والتجارب أن ولي المرأة متى تولى تزويجها، كان ذلك ادعى لطلب سبل البقاء، ولصيانتها حال استحكام النفرة، فيكون له الغرم والغنم، ومنه أن الشارع الحكيم أرشد إلى اختيار حكيمين من اهل الزوجين للإصلاح بينهما حال النشوز، لما علم من تحريمهما مصلحة الزوجين في بقاء النكاح، قال تعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا " (النساء الآية 35) وما تقدم من النصوص المستدل بها على اشتراط الولاية.

1 - أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري، دار المعرفة، بيروت 1379 هـ ج 9/230

2 - أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، ط 1 (1427 هـ - 2006 م)، ج 3/463، وينظر ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط 3 (1424 هـ - 2003 م) ج 1/219.

3 - عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة بن رشد، ط 1 (1423 هـ - 2002 م)، ص 163.

4 - رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح الا بولي، حديث رقم 5126، ج 3/369

5 - رواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح الا بولي، حديث رقم 1101، ج 3/398.

6 - رواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح الا بولي حديث رقم (1102) ج 3/399، وقال حديث حسن.

المقصد الرابع : رعى أواصر النسب والمصاهرة :

فقد النكاح ليس مجرد علاقة بين اثنين إنما تتعداهما إلى الأهل والعصبة ، ولذلك جعل من مقاصد النكاح ، حصول التعارف وتوثيق العلاقات بين الأسر قال تعالى : " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ " (الفرقان الآية 54).

وقال تعالى : (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ) (الحجرات الآية 13). وكذلك جعل من المقاصد المعتمدة طلب النسب ، قال صلى الله عليه وسلم (تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك)⁽¹⁾. ومنه فعل عمر - رضي الله عنه - بالزواج من ابنة علي رضي الله عنهم أجمعين .

2 - مقاصد أحكام النكاح المتعلقة بالنهي عن العضل :

تقدم أنه ليس للمرأة أن تبشر العقد على نفسها ، وإن ذلك حق لوليها يقتضيه تحصيل مصالحها خاصة ومقاصد النكاح عامة ، إلا أنه منع من التعسف في استعمال هذا الحق ، بالنهي عن العضل ، والمراد به منع من ولي أمرها من الزواج بمن ترضى من الأكفاء بدون وجه صلاح .

والمقصد : دفع الظلم الحاصل بمنعها من الزواج بمن ترضى دون مصلحة معتبرة ، وتقييد حق الولي في مباشرة عقد النكاح بطلب حظ وليته وعدم الإضرار بها .

والدليل قوله تعالى : (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَهُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ) (البقرة الآية 232) والنص إن جاء مخاطباً الأولياء ناهياً عن منع ولياتهم من العود إلى أزواجهن بعد الطلاق البائن إن رضين بذلك ، فيقاس عليهن غيرهن ممن تقدم لخطبتهم الأكفاء . وقوله تعالى : (وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتِمَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ) (النساء الآية 127) .

جاء في سبب نزول الآية عن عائشة رضي الله عنها قالت : (أنزلت في الرجل تكون له اليتيمة وهو وليها ووارثها ولها مال وليس لها أحد يخاصم دونها فلا ينكحها لمالها فيضر بها ويسيء صحبتها فقال : (إن خفتن أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) يقول ما أحللت لكم ودع هذه التي تضر بها)⁽²⁾.

وقد جاء الخطاب لأولياء اليتيمات خاصة لأن الغالب شفقة الأب وحنوه وقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا) (النساء الآية 19). ودليله من السنة قوله صلى الله عليه وسلم : ((إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الارض وفساد)⁽³⁾ .

ومن النصوص العامة ما جاء في النهي عن الظلم قال تعالى (والله لا يُحِبُّ الظالمين) (الشورى الآية 40).

1 متفق عليه.

2- رواه مسلم في صحيحه ، كتاب التفسير ، حديث رقم 7715 ، ج2/8/240

3- رواه الترمذي في سننه ، كتاب النكاح ، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ، حديث رقم : 1085 ، ج3/495/3 ، وقال حديث حسن غريب

وفي الحديث القدسي أن الله عز وجل يقول : (يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا فَلَا تَظَالَمُوا) (1).

وقد اتفق الفقهاء على أن العضل إن تحقق من الولي وثبت ذلك عند الحاكم يأمره بتزويجها فإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره (2).

3 - مقاصد أحكام النكاح المتعلقة بالحرمان من النسب (3) :

يُحْرَمُ عَلَى التَّابِئِ تَزْوِجَ الرَّجُلِ بِامْرَأَةٍ مِنْ ذَوَاتِ رَحْمٍ مِنْهُ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ :

- أمه وجداته .
- بناته وحفيداته وإن نزلن .
- أخواته وبناتهن وبنات إخوته وإن نزلن .
- عماته وخالاته .
- كما يحرم عليه بطريق المصاهرة .
- زوجات أولاد الرجل وزوجات أحفاده .
- أم زوجته وجداتها مطلقاً .
- زوجات أبي الرجل وزوجات أجداده .
- ربائبه أي بنات زوجته وبنات أولاد زوجته .

وكذلك حرم الزواج من المشتركات حتى يؤمن ، واستثنى من خطاب التحريم الكتابيات دل على ذلك نصوص القرآن الكريم .

قال تعالى : حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا* وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (النساء الآيات 23- 24) .

وقال تعالى : (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا) (النساء الآية 22) وقال تعالى : (وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ) (البقرة الآية 221).

والمقصد يختلف باختلاف محل التحريم .

المقصد الأول : تحريم الأم ومن في حكمها ، فتحصيل معنى التوقير والتكريم والطاعة ، ولا يحصل ذلك مع ما في عقد النكاح من مباسطة ومشاحنة ودخول في طاعة الزوج .

وكذلك تحريم زوجات الآباء ، تكرمهم لهم وإعظاماً واحتراماً أن توطأ من بعده حتى أنها لتحرم على الابن بمجرد العقد عليها وهذا أمر مجمع عليه (4) .

1- رواه مسلم ، صحيح مسلم بشرح النووي ، باب تحريم الظلم ، حديث رقم 4674 ،

2- أبو البركات أحمد الدردير ، الشرح الصغير ، القاهرة ، دار المعارف ، ج2/367 ، وانظر ابو اسحاق الشيرازي ، المهذب ، ت الزحيلي ، دمشق ، دار القلم ، ط1 1417هـ 1996م ج4/124 .

3- عمر سليمان الأشقر ، احكام الزواج في الكتاب والسنة ، الأردن ، دار النفائس ، ط1 1417هـ - 1997م ، ص239-240 .

4- اسماعيل بن عمر بن كثير ، تفسير القرآن العظيم تحقيق سامي محمد سلامة ، دار طيبة ، ط2، ج2/232 .

* وفي غيرها صون العلاقات الكريمة التي تكون بين ذوي الأرحام والأصهار من قصدت الشريعة قوة الصلة بينهم . يقول صاحب البدائع : " إن نكاح هؤلاء يفضي إلى قطع الرحم لأن النكاح لا يخلو من مباحات تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما أحياناً ، وذلك يفضي إلى قطع الرحم . والمفضي إلى الحرام حرام" (1) .

والنصوص الواردة في تعظيم شأن الأرحام لا تخفى . قال تعالى : (يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفَعَّلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ) (البقرة 215) وقال تعالى : (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ) (النحل الآية 90).

كما أنه سبحانه عظم قدر الأرحام فقال تعالى : يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا (النساء الآية 1).

وقال سبحانه وتعالى : (وَالَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ) (الرعد الآية 25).

ووردت أحاديث كثيرة فيها الأمر بصلة الرحم وبيان ثواب الواصل والنهي عن قطيعة الرحم وبيان عقاب القاطع . عن أبي أيوب رضي الله عنهم أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم أخبرني بعمل يدخلني الجنة قال ما له ما له وقال النبي صلى الله عليه وسلم أرب ما له تعبد الله ولا تشرك به شيئاً وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصل الرحم (2).

وقد جاء النص على هذا المقصد في تعليل النهي عن الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها ، وهو في حق المذكورات أكد .

قال صلى الله عليه وسلم : (إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم) (3) . والمعنى الجامع تعظيم شأن الأرحام وسد ذرائع القطيعة بينها ، ولما كان الزواج من المذكورات سبباً فيها حرم باعتبار المال ، وإن كان ظاهراً في تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فهو أظهر في غيرهن من المحرمات على جهة التأييد . يقول الشيخ أبو زهرة : " وأنه لو ساغ للأُم أن تتزوج زوج ابنتها وللبنت أن تتزوج زوج امها لقطعت الأرحام ، ولأوجس الأصل خيفة من فرعه ، وأوجس الفرع الخيفة من أصله ، وما يمثل ذلك تقام دعائم الأسر (4) ، ولا يعترض عليه بتشريع النكاح بين غيرهم من الأقارب ، لاختصاص المحرم بفضل اعتناء بصون العلاقات التي بينها لقوة ارتباطها وشدة الاحتياج لها دون أن يشوبها ما يعرض من مباحات النكاح ، وما يترتب عليها من أسباب الشقاق والنزاع .

1- ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع ، دارالكتب العلمية ، 1424هـ-210م ، ط 2 ج 411/2 .

2- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الزكاة ، حديث رقم 1396 ، ج 430/1 .

3- رواه الطبراني في المعجم الكبير ، ج 337/11 .

4- الاحوال الشخصية مرجع سابق ، ص 74 .

أما النهي عن نكاح المشركة ، فلما فيه من عداوة دينية تمنع المودة والرحمة وهي قوام مقاصد النكاح ، يقول الكاساني : " فلا يجوز للمسلم أن ينكح المشركة لقوله تعالى : (وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ) (البقرة الآية 221) ويجوز أن ينكح الكتابية لقوله عز وجل :

(وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ) (المائدة الآية 5) . والفرق أن الأصل أن لا يجوز للمسلم أن ينكح الكافرة لأن ازدواج الكافرة والحافظة عليها مع قيام العداوة الدينية ، لا يحصل السكن والمودة الذي هو قوام مقاصد النكاح ، إلا أنه جوز نكاح الكتابية لرجاء اسلامها لأنها آمنت بكتب الأنبياء والرسول في الجملة . وإنما نقضت الجملة بالتفصيل بناء على أنها أخبرت عن الأمر على خلاف حقيقته ، فالظاهر أنها متى نبهت على حقيقة الأمر تنبهت وتأتي بالإيمان على التفصيل على حسب ما كانت أتت به على الجملة (1).

المقصد الثاني : التخفيف ورفع الحرج فيما يكون بين المحارم من الأصحاب والارتباط وعدم لزوم الستر بينهم لانقطاع الطمع في النكاح الباعث على الشهوة ، ولما يؤيد ذلك من داعي الجبلة ، ولو فرض إباحة الزواج بالمذكورات فيما أنه يجب الستر فيقع الضيق والحرج ، أو يترك ذلك وفيه من المفساد ما لا يخفى ، يقول الدهلوي : " الأصل في التحريم جريان العادة بالاصطحاب والارتباط وعدم إمكان لزوم الستر بينهم ، وارتباط الحاجات من الجانبين على الوجه الطبيعي دون الصناعي ، فإنه لو لم تجر السنة بقطع الطمع عنهن والأعراض على الرغبة فيهن لاجت فيه مفساد لا تحصى ، وأيضاً لو فتح باب الرغبة فيهن ولم يسد ولم تقم اللائمة عليهم فيه لأفضى ذلك إلى ضرر عظيم عليهم فإنه يكون سبب عضلهم عن يربغين فيه لأنفسهن " (2).

وقد حصل ذلك في حق اليتيمات وبينته أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - في سبب نزول قوله تعالى : (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَشْنَىٰ ۖ وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ) (النساء الآية 3). بقولها هي اليتيمة تكون في حجر وليها فيرغب في مالها وجمالها يريد أن يتزوجها بأدنى من سنة صداقها فهو أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن فيكملوا الصداق وأمروا بنكاح من سواهن من النساء " (3).

كما دل على هذا المقصد ما جاء من النصوص في أحكام النظر والحجاب . ومنه قوله تعالى : (وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ) (النور الآية 31) وقوله صلى الله عليه وسلم : (لَا يَخْلُونَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ وَلَا تُسَافِرُنَّ امْرَأَةٌ إِلَّا وَمَعَهَا مُحْرَمٌ) (4).

والمعنى الجامع أن الشارع الحكيم خفف عن المكلفين فاستثنى المحارم من ايجاب الستر وتحريم الخلوة .. وقطع الأطماع بينهم بتحريم بعضهم على بعض ، فكان ذلك من كمال الحكمة والرحمة .

1- بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج/270 .

2- شاه ولي الدهلوي ، حجة الله البالغة ، تحقيق سيد سابق ، ط1 ، دار الجيل 1426هـ - 2005 م ، ج 2/202 .

3- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب الترغيب في النكاح ، حديث رقم 5064 ، ج 3/354 .

4- أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الجهاد والستر ، باب من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجة أو كان له عذر هل يؤذن له ، حديث رقم 3006 ، ج 2/359 .

3- مقاصد الصداق :

إن الله سبحانه وتعالى قد أوجب الصداق لحكم طيبة ، ومعان هادفة ، (1)، يقول ابن عبد البر : " أجمع علماء المسلمين ... أنه لا يجوز له وطء في نكاح بغير صداق مسمى ديناً أو نقداً وأن المفوض إليه لا يدخل حتى يسمى صداقاً ، فإن وقع الدخول في ذلك لزم فيه صداق المثل .
والتعليل المقاصدي لهذه المسألة يتمثل فيما يلي :

اولاً : مخالفة لما كان من أخذ الولي لهذا المهر لنفسه ، وكأنه صفقة بيع هو صاحبها ، ومنها ما كان من تزويج الولي للمرأة التي هي في ولايته ، في مقابل أن يزوجه من يأخذها امرأة هي في ولايته هذا الآخر ، واحدة بواحدة .

ثانياً : الإشعار بالحرية في عقد النكاح وإدامته : ذلك أن بذل المال طلباً للنكاح مدعاة لصيانتته عن حل عقده لأدنى سبب قد يعرض للزوجين ، وقد علم أثره النفوس بالمال وتمكنه منها .

والشاهد قوله تعالى: (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ) (النساء 24) فقيده حل النكاح ببذل المال وهو الصداق .

وقوله تعالى : (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) والأمر هنا يفيد الوجوب بلا خلاف .

وقوله تعالى : (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) (المائدة الآية 5).

والقدر المشترك ، وجوب بذل الصداق وأنه لا يصح النكاح بإسقاطه ، ودليل ما تقدم من مقاصد الوجوب مسلك المناسبة .

وما جاء من النصوص ، فيما فطرت عليه النفس من حب المال والظن به إلا لمصلحة .

قال تعالى : (زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ) (آل عمران الآية 14). قال صاحب البدائع في مقاصد الصداق : " ولأن ملك النكاح لم يشرع لعينة بل لمقاصد لا حصول لها إلا

بالدوام على النكاح والقرار عليه ، ولا يدوم إلا بوجوب المهر بنفس العقد لما يجري بين الزوجين من الأسباب التي تحمل الزوج على الطلاق من الوحشة والحشونة ، فلو لم يجب المهر بنفس العقد ، لا يبالي الزوج عن إزالة هذا الملك بأدنى خشونة تحدث بينهما ، لأنه لا يشق عليه إزالته لما لم يخف لزوم المهر فلا تحصل المقاصد المطلوبة من النكاح ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ، ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بما له خطر عنده ، لأن ما ضاق طريق إصابته يعر في الأعين فيعز به إمساكه ، وما يتيسر طريق إصابته يهون في الأعين فيهون إمساكه ، ومتى هانت في أعين الزوج تلحقها الوحشية فلا تقع الموافقة فلا تحصل مقاصد النكاح (2).

ثالثاً : تطيب نفس الزوجة بما يبذل لها فيكون أدعى لدخولها في طاعة الزوج كريمة رضية النفس ، والشاهد قوله تعالى (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) (النساء الآية 34)

رابعاً : دليل على صدق إرادة الزوج للزواج بالمرأة وإدخال السرور عليها فيكون سبباً للتواد والتراحم بينهما وهي دعائم الألفة وجناح حسن العشرة ، واستمالة النفوس بالبذل معروف ، دل على ذلك وصف الصداق بأنه نحلة (3)، وقد تقدم وجملة النصوص المبينة لمقاصد النكاح :

1- أحكام النكاح في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق ، ص255

2- بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ج2/275.

3- ينظر التشريع الاسلامي والمرأة ، مرجع سابق ص 181 .

قال تعالى : ((ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة)) وقال تعالى : ((وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً)) :

والمعنى الجامع أن المودة والرحمة وحسن العشرة لما كانت من مقاصد النكاح ، جعلها لها من الأحكام ما يكون وسيلة إليها ، فشرع الصداق لمثل تلك المعاني وغيرها .

وعن أثر البذل في النفوس ، قوله صلى الله عليه وسلم : (تهادوا تحابوا) :

وكان من هديه صلى الله عليه وسلم التخفيف في أمر الصداق لئلا يجيد عما شرع له أصالة وقد ثبت أنه سن في صداق زوجاته وبناته اثنتي عشر أوقية ونشا .

والسر في ذلك أنه ينبغي أن يكون المهر مما يتشاح به ، ويكون له بال وينبغي ألا يكون مما يتعذر أدائه عادة ، وهذا القدر نصاب صالح حسبما كان عليه الناس في زمانه صلى الله عليه وسلم .

وما ينبغي التنبيه إليه أنه لا معنى في الصداق للمعارضة ، وإلا كان مشعراً بنقيض التكريم المفهوم من مجموع نصوص الشرع .

ودليل ذلك قوله تعالى : ((وآتوا النساء صدقاتهن نحله)) :

والنحلة ما لم يعترض عليه ، فهي نحلة من الله تعالى فرضها للزوجات على أزواجهن لا عن عوض الاستمتاع بهن ، ولو كان عوضاً لوجب رد بعضه بالطلاق ولا يشترط فيه ما يشترط في الإجازة على المنافع ، وليس كذلك ، أما تسميته أجراً في بعض النصوص فيحمل على المجاز لا على الحقيقة ، دل على ذلك مقاصد التشريع في التكريم ، والمساواة إلا لعارض .

قال تعالى : ((ولقد كرمنا بني آدم وجملناهم في البر والبحر)) وقال تعالى : (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) وقال صلى الله عليه وسلم : (إنما النساء شقائق الرجال) .

خامساً : تجهيز نفسها به :

في المهر منافع مادية تعود على المرأة فيكون معيناً لها في شراء ما تحتاج إليه من ملابس وزينة مقاصد النفقة :

أولاً : تثبيت مبدأ القوامة :

إن القوامة نابعة من حرص تشريعنا الاسلامي على تنظيم الحياة بمختلف مستوياتها ، سواء كانت للفرد أو الأسرة أو المجتمع ، وبهذا المفهوم هي ترتيب وتنظيم البيت المسلم ، وتوزيع المسؤوليات داخل الأسرة لحفظها من تداخل الصلاحيات أو اتخاذ الفوضى في اتخاذ القرارات ومواجهة المصاعب ، فبها تتبين أنصبة الأفراد في الأسرة، وتوزيع المهام وتيسير الحياة بين الزوجين على أسس تنظيمية سليمة قال تعالى : (الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهن على بعض وبما أنفقوا من أموالهم) (النساء الآية 34) فهذه الآية كما هو واضح تخبر بأن الرجال هم المنفقون على النساء ، ولذلك كانت لهم القوامة والفضل عليهن .

ومن السنة النبوية ، ما رواه جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة حجة الوداع : (وهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)⁽¹⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة امرأة أبي سفيان : (خذي ما

1 - رواه البيهقي في السنن الكبرى ، باب ما يدل على أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أحرم إحرماً مطلقاً ينتظر القضاء ، ثم أمر بإفراد الحج ، ومضى في الحج ، حديث رقم : 9087 ، ج 295/7 .

يكفيك وولدت بالمعروف) (1) وفي هذا دليل على وجوب نفقة الزوجة ، وأنها مقدره بالكفاية ، وهو قول أكثر أهل العلم ، فلو لم تكن النفقة واجبة لما أذن لها النبي صلى الله وسلم بالأخذ من غير إذن زوجها .
ثانياً : تحقيق معنى المسؤولية والرعاية في حق الزوج والزوجة :

ذلك لأن الرجل بع عقد الزواج ، يجد نفسه مسؤولاً عن الأفراد المحيطين به ، يكون مسؤولاً عن زوجته بالنفقة وبإسباغ النعم والأفضال ، عليها وعلى أولادها من خلال تربيتهم وحضانتهم ، وفي المقابل فإن على الزوجة تجاه زوجها واجبات الرعاية والمودة ، والخدمة والطاعة ، كما أن تكليف الزوج بالإنفاق على زوجته يتناسب بشكل كامل مع أداء الزوجة لمسؤوليتها في تنشئة الجيل ورعاية وتربية الأبناء، وإشاعة جو المحبة والمودة داخل الأسرة قال تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا (البقرة الآية 233). وقوله صلى الله عليه وسلم : " كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت " (2). ويجوز التصالح على الاشتراك في الإنفاق لحصول ما يوجب ذلك كخروج الزوجة للعمل ، جمعاً بين الحقين وهو ما تقتضيه متغيرات العصر وفقه الواقع .

المطلب الثالث : المقاصد العامة لأحكام النكاح :

أجمل الامام الشاطبي هذه المقاصد وغيرها في قوله : " النكاح فإنه مشروع للتناسل على القصد الأول ، ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال والنظر إلى ما خلق الله من الحسن في النساء ، والتجمل بمل المرأة أو قيامها عليه وعلى أولاده منها أو من غيرها أو إخوته ، والتحفظ من الوقوع في المحذور من شهوة الفرج ونظر العين ، والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد" (3) .

ومن هذا يتبين أن الله عز وجل جعل لكل من الزوجين من الحقوق مالا يصلح عقد النكاح بغيرها ، وشرع من الأحكام ما يعين كل واحد منهما على أداء الحق الذي عليه دون تكره لبذله ، أو من أو أدى إعانة لهما على الامتثال ، ورعياً للميثاق الغليظ الذي بينهما ومن هذا يمكن أن نجمل التعليل المقاصدي لأحكام النكاح العامة فيما يأتي : -
تحقيق السكن والمودة والرحمة بين الزوجين : دل على ذلك مسلك التعليل في قوله تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (الروم الآية 21)
ترويح النفس وإيناسها بالمجالسة والنظر والملاعبة إراحة للقلب وتقوية له على العبادة : فإن النفس كما يقول الغزالي ملول ، فلو كلفت المداومة على التكاليف الشرعية مع ما جلبت عليه من كراهية ذلك ، جمحت وانقطعت ، وإذا روحت باللذات في بعض الأوقات قويت ونشطت (4).

ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : (فهلا جارية تلاعبها وتلاعبك) وقوله صلى الله عليه وسلم : (إن لكل عمل شرة وإن لكل شرة فترة فمن كانت شرته إلى سنتي فقد أفلح ومن كانت شرته إلى غير ذلك فقد أهلك) والمراد أن كل عمل يسبقه الحرص والنشاط والرغبة فيه ، ويلحقه الوهن والضعف وإنما يستعان على ذلك بترويح النفوس بالمباحات ، ومن جملتها ما يكون بين الزوجين من الاستمتاع المباح .

التحصن من الوقوع في المحذور ، وإعفاف الزوجين محل الاستمتاع بينهما : لما في النكاح من قضاء للوطر ودفع لعوائل الشهوة ، دل على ذلك جملة من النصوص .

1 - تقدم تخريجه .

2- رواه الطبراني ، في المعجم الكبير، ج382/12 .

3- الموافقات ، مرجع سابق ، ج2/397 .

4- الإمام أبي حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، داربن حزم ، ج38/2 .

قال تعالى: (نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلَاقُوهُ) (البقرة الآية 223)، وقال تعالى: (فَالَأَن بَاشِرُوهُنَّ وَأَبْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ) (البقرة الآية 186) ومسك التعليل في قوله صلى الله عليه وسلم: ((يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج)) .

الانتفاع بدعاء الولد الصالح بعده : قال صلى الله عليه وسلم : (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له) .

الاستعانة على المصالح الدنيوية والأخروية : وهو ام فيها لكل واحد من الزوجين نعلى الآخر وحق الاهل والولد ، وإليه الإشارة في قوله تعالى : (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ) (النساء الآية 34) وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ) (التحريم الآية 6).

وجملة النصوص الأمرة بالتعاون على البر والتقوى والناهية عن التعاون على الإثم والعدوان ، وهي في حق الزوجين أكد ، لعظم الميثاق الذي بينهما ، ولأن تحصيل مقاصد الشارع في شرع النكاح لا تقوم إلا بوفائها بمقتضيات هذا المقصد قال تعالى (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) (المائدة الآية 2).

تحقيق الإرتقاء المالي بين الزوجين : وقد تقدم بيان حق الزوجة في النفقة وكذلك المطلقة الرجعية ، كما أن للزوج أن يقصد بالنكاح الاستعانة بمال الزوجة : قال صلى الله عليه وسلم : (تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك) .

ومسك الترغيب في قوله صلى الله عليه وسلم : (إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها حتى ما تجعل في في امرأتك) وقد روى البخاري في صحيحه أن زينب زوجة عبدالله بن مسعود قالت : (يا نبي الله إنك أمرت اليوم بالصدقة ، عندي حُلِّي لي فأردت أن اتصدق به فزعن ابن مسعود أنه وولده أحق من تصدقت به عليهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم " .

الخاتمة :

وفي ختام هذه المحاولة البحثية في أعماق التعليل المقاصدي لأحكام النكاح ارتأيت أن أكتب بعض النتائج والتوصيات التي توصلت إليها .

النتائج :

- 1 - المقاصد الشرعية هي (ما أراه الله عز وجل لعباده في دينه من مصالح الدنيا والآخرة ويشمل هذا التعريف التعليل المقاصدي ويشمل ما أحبه الله وما أبغضه لعباده .
- 2- أبرزت الدراسة أهمية الاستناد إلى التعليل المقاصدي لأحكام النكاح في موضوعات المهر والنفقة واشتراط الولي وعلة التحريم من النكاح في جانب المحرمات بالنسب والمصاهرة وهذا عله مستدلاً عليه من القرآن الكريم والسنة النبوية وأقوال الصحابة .
- 3 - إن العمل بالتعليل المقاصدي للأحكام أمرٌ شائع بين الفقهاء وقد دلَّ عليه ما جاء في كتاب الله والسنة النبوية ومن عمل الصحابة وفتاوي العلماء .
- 4 - أن تحقيق السكن والاستقرار، وحفظ النسل، والإحصان والعفاف، من أعظم المقاصد لأحكام النكاح.
- 5 - اشتراط المهر والنفقة، يحقق كثيراً من المصالح ويحفظ الأسرة ويديم رابطتها، ويدراً عنها العديد من المفسد.

التوصيات :

- ضرورة توسيع وتعميق البحث فيما يتعلق بالتعليل المقاصدي المتعلق بمقصد النكاح وتحديد ما يدخل في المصالح والمقاصد الشرعية وما لا يدخل فيها، ثم تقديمها إلى السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية من أجل مواجهة جميع القضايا ذات الصلة بمقصد النكاح.
- مبحث التعليل المقاصدي للأحكام مرتع خصب للاجتهاد وللمشتغلين في الفقه وأصوله ولذلك لابد من مزيد من التأصيل والتجديد فيه وهذه الدراسة جاءت كمحاولة في هذا الاتجاه ويبقى المضمار واسع لكل باحث في فروع الفقه المختلفة.

هذا ما تيسر ذكره وإني لأرجو في الختام أن ييسر الله سبحانه جمع تفاصيل هذه المقاصد في كل باب من أبواب الفقه .

✓ المراجع :

- 1 - معجم مقاييس اللغة ، ابن فارس، أحمد ابن الفارس بن زكريا، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، (لبنان، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، 1399 هـ - 1979 م)، 95/5 ، وانظر: ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله العلي الكبير وغيره، (دار المعارف، 3642-3644 . /39)، القاهرة.
- 2 - لسان العرب ، ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم ، تحقيق: عبد الله العلي الكبير وغيره، (دار المعارف، 3642-3644 . /39)، القاهرة.
- 3 - مقاصد الشريعة الإسلامية ، ابن عاشور: محمد بن عاشور ، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي، ط2، (عمان، بيروت، دار النفائس، 1421 هـ - 2001 م).
- 4 - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ، علال الفاسي ، ترجمة وتحقيق إسماعيل الحسني ، الناشر دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع .
- 5 - نظرية المقاصد ، الدكتور أحمد الريسوني ، ط المعهد العالمي للفكر الاسلامي 1981م (15) .
- 6 - نظرية المقاصد، إبراهيم بن موسى الشاطبي .
- 7 - الفكر المقاصدي قواعده وفوائده، الشاطبي ، طبعة 1999 م ، منشورات جريدة الزمن .
- 7 - المقاصد العامة للشريعة الإسلامية يوسف حامد العالم ، ط المعهد العالمي للفكر الاسلامي
- 8 - علم المقاصد الشرعية، الخادمي، نور الدين بن مختار الخادمي، ط1، (الرياض، مكتبة العبيكان، 1421 - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير . أحمد بن محمد علي الفيومي ، مكتبة لبنان 1996 م،
- 10 - مقاصد الشريعة ومكارمها : لعالل الفاسي طبعة دار العلوم 2001م.
- 12 - تعليل الأحكام ،محمد مصطفى شلبي : بيروت دار النهضة العربية 1981 م.
- 13 - : التعريفات ،علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، ت: عبد المنعم الحنفي ، القاهرة : دار الرشد ، ط وس0 (بدون)
- 15 - الشاطبي ومقاصد الشريعة حماد العبيدي ، ، بيروت ، دار قتيبية ، ط1 ، 1992
- 16 - المدخل الى مقاصد القرآن عبد الكريم الحامد، ط الأولى ،مكتبة الرشد ، الرياض ، المملكة العربية السعودية 1428 هـ - 2007 م.
- 17 - التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان ، عبد القادر بن حرز الله ، مكتبة بان رشد
- 18 - الإحكام في اصول الأحكام ،علي بن محمد الأمدي ، ط1 1424 هـ - 2003 م ، دار الصميبي
- 19 - التمهيدي في اصول الفقه ،محمود احمد الحسن الكلوداني، ط1 1406 هـ - 1985 م، مركز البحث العلمي واحياء التراث جامعة ام القرى الجزء الثاني.

- 20 - مقاصد الشريعة، محمد سعد احمد سعيد اليوبي، ط1 دار الهجرة 1418هـ - 1998 م.
- 21 - المقاصد العامة للشريعة الاسلامية ابن زغبية، الطبعة الأولى 1417هـ - 1996 م، دار الكتب المصرية.
- 22 - معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا بن الحسين، الناشر دار الفكر، ج 5 .
- 23 - أنيس الفقهاء، قاسم بن عبد الله القونوي، المتوفي (سنة 978هـ)، تحقيق يحي مراد، دار الكتب العلمية.
- 24 - شرح حدود ابن عرفة أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، تحقيق محمد أبو الأجنان، الطاهر العموري، بيروت، الغرب الاسلامي ط1 (1993م).
- 25 - النكاح في الشريعة الاسلامية، محمد بن عبد الواحد الهمام، ط العلمية، 1424هـ - 2003م، دار الكتب العلمية ج3/177.
- 25 - مقاصد الشريعة الاسلامية وعلاقتها بأحكام فقه الاسرة، قعدان أحمد محمد، رسالة ماجستير نوقشت بتاريخ 1998م، المملكة المغربية
- 26 - فتح الباري أحمد بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت 1379هـ ج9.
- 27 - الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، ط1، ج3، وينظر ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، ط3 ج1.
- 28 - الولاية في النكاح، عوض بن رجاء العوفي، مكتبة بن رشد، ط1 1423هـ - 2002م
- 29 - رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح الا بولي، حديث رقم 5126، ج3/369.
- 30 - رواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح الا بولي حديث رقم 1101، ج3/398
- 31 - رواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح الا بولي حديث رقم (1102) ج3/399، وقال حديث حسن .
- 32 - رواه مسلم في صحيحه، كتاب التفسير، حديث رقم 7715، ج8/240
- 33 - رواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، حديث رقم: 1085. ج3/495، وقال حديث حسن غريب
- 34 - رواه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، باب تحريم الظلم، حديث رقم 4674،
- 35 - الشرح الصغير، أبو البركات أحمد الدردير، القاهرة، دار المعارف، ج2/367، وانظر ابو اسحاق الشيرازي، المهذب، ت الزحيلي، دمشق، دار القلم، ط1 1417هـ 1996م ج4/124.
- 36 - احكام الزواج في الكتاب والسنة عمر سليمان الأشقر الأردن، دار النفائس، ط1 1417هـ - 1997م، ص 239-240 .
- 37 - تفسير القران العظيم، اسماعيل بن عمر بن كثير، تحقيق سامي محمد سلامة، دار طيبة، ط2، ج2/232.
- 38 - بدائع الصنائع، ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، 1424هـ - 210م، ط2 ج2/411.
- 39 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، حديث رقم 1396، ج1/430
- 40 - رواه الطبراني في المعجم الكبير، ج11/337.
- 41 - الاحوال الشخصية مرجع سابق، ص 74 .
- 42 - سيد قطب ابراهيم حسين الشاربي، (ت 1385) ط1، 1412هـ، دار الشروق، بيروت، ج1/610.
- 43 - بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2/270.
- 44 - حجة الله البالغة، شاه ولي الدهلوي، تحقيق سيد سابق، ط1 دار الجيل 1426هـ - 2005 م ج2/202.
- 45 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم 5064، ج3/354.

46- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والستر، باب من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجة أو كان له عذر هل يؤذن له، حديث رقم 3006، ج2/359.

47 - أحكام النكاح في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص255

48- بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2/275.

49 - ينظر التشريع الاسلامي والمرأة، مرجع سابق ص 181.

50 - رواه البيهقي في السنن الكبرى، باب ما يدل على أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أحرم إحراماً مطلقاً ينتظر القضاء، ثم أمر بإفراد الحج، ومضى في الحج، حديث رقم: 9087، ج7/295

51 - رواه الطبراني، في المعجم الكبير، ج12/382.

52 - الموافقات، مرجع سابق، ج2/397

53 - إحياء علوم الدين الإمام أبي حامد الغزالي، دار بن حزم، ج2/38.

الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري :

(من توفير العقار الاقتصادي إلى المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية)



الدكتورة : حميدي فاطيمة

أستاذة جامعية كلية الحقوق

جامعة مستغانم ، الجزائر

المقدمة :

اتبعت الجزائر إستراتيجية محكمة منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، لدفع عجلة الاستثمار في كل القطاعات وهذا لا يتحقق إلا بتوفير العقار الاقتصادي باعتباره الوعاء الرئيسي الذي تركز عليه الحكومة في تحقيق التنمية الشاملة قصد القضاء على بؤر الفقر، والبطالة، والامية التي أضحت اليوم من المؤشرات الاقتصادية لتحقيق التنمية المستدامة.

ومن ثم، فإن العقار الاقتصادي يلعب دورا مهما في إقامة عدة مشاريع لإنشاء مؤسسات صغيرة ومتوسطة تدعم الصناعة الوطنية، وتوفر مناصب الشغل فتقضي إذن على شبح الاستيراد من جهة، وتشجع الصادرات نحو الخارج من جهة أخرى. لكن تحقيق هذه الأهداف تطلب إنشاء مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي مختصة في توفير العقار اللازم لمختلف الطلبات المقدمة من المستثمرين الوطنيين أو الأجانب والمتمثلة في الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري سنة 2007 للمساهمة في تنويع الاقتصاد الوطني الذي يعتمد جوهريا على المحروقات. على هذا الأساس فان الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري أخذت على عاتقها مهمة توفير العقار الاقتصادي الذي بموجبه تساعد قطاعات وزارية أخرى على النهوض بتنمية البلاد من الناحية الاقتصادية والاجتماعية وعليه سيتم التطرق إلى المبحثين التاليين :

المبحث الأول : النظام القانوني للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري.

المبحث الثاني : مساهمة الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في تحقيق التنمية الاقتصادية.

المبحث الأول: النظام القانوني للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري:

حدد المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بسير ومهام الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ في 23 أبريل 2007¹ والذي حدد بمقتضاه وظيفتها وتسييرها وكذا تشكيلتها.

تعد الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي²، تتولى هذه الهيئة³ تسيير العقار الاقتصادي العمومي للقيام بالأنشطة الموجهة للاستثمار وكذا نشر المعلومات حول الأصول العقارية المتوافرة قصد تسهيل إبرام العقود والاتفاقيات، وفي هذا الصدد تتكفل بتحديد أسعار الأملاك حسب العرض والطلب عند عمليات التنازل والامتياز. تعزز هذه الأعمال⁴ التي تقوم بها هذه الهيئة المغزى المطلوب من أي خدمة عمومية تقدمها الإدارة للمواطن ولهذا السبب حددت الدولة⁵ دفتر أعباء تبعات هذه الخدمة.

يسير الوكالة مجلس إدارة ويديرها مدير عام، يتكون مجلس الإدارة من 12 عضو يمثلون كل القطاعات المعنية ويرأسه الوزير أو ممثل عنه. تتداول الوكالة⁶ حول عدة مواضيع من بينها مشاريع ومخططات التنمية الخاصة بها على المدى الطويل والقصير والمتوسط، اقتناء الأصول والبنيات بحضور يوافق عليها الوزير المكلف بترقية الاستثمارات خلال الشهر الذي يلي الاجتماع.

غير أن المشرع الجزائري عدل المرسوم التنفيذي 07-119 المذكور أعلاه والمنظم للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري بعد تعديله للقانون المتعلق بالأملاك الوطنية سنة 2008، وهذا حتى يسمح لهذه الهيئة أن تقوم بنشاطاتها حسب ما يتماشى والتغيرات الطارئة على العقار التابع للدولة إن كانت أراضي تابعة للأملاك الوطنية العمومية أو أراضي تابعة للأملاك الخاصة للدولة.

حيث اصدر المرسوم التنفيذي رقم 12-126 المؤرخ في 19 مارس 2012 وبموجبه ألغيت المواد 6 و7 و8 من المرسوم 07-119 و عدلت سبع مواد منه وأضيفت مادة واحدة فقط وهي المادة 10 مكرر⁷.

ولما كان انجاز أي مشروع استثماري يتطلب المساعدة في تحديد العقار الموجه له سبق الإشارة إلى لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمار الموجودة على المستوى المحلي، وجدت هذه لهيئة منذ سنة 2007 غير أنه ونظرا لتعديل القانون المتعلق بالأملاك الوطنية غير المشرع أحكامها تطبيقا للمادة الخامسة منه بموجب المرسوم التنفيذي

¹ الجريدة الرسمية المؤرخة في 25 أبريل 2007، العدد 27، الصفحة 3.

² المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 07-119 السالف الذكر.

³ المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-119 السالف الذكر.

⁴ المادة 10 من المرسوم التنفيذي 07-119 السالف الذكر.

⁵ المادة 2 من الملحق المعنون ب دفتر أعباء تبعات الخدمة العمومية: "تتضمن تبعات الخدمة العمومية الموكل للوكالة مجموع المهام المسندة بعنوان نشاط الدولة أو الجماعات الإقليمية في مجال تسيير العقار الاقتصادي، الناتجة:

- عن تسيير وفقا لاتفاقية الأصول المتبقية والأصول الفائضة التابعة للأملاك الدولة،

- عن إشهار لكل عقار تسييره لحساب المالك عن طريق بنك المعطيات،

- عن إنشاء مرصد بعنوان الضبط، بغرض إعداد دراسات ومذكرات دورية توجهها لمختلف المتدخلين في العقار الاقتصادي."

⁶ المادة 15 من المرسوم التنفيذي 07-119 السالف الذكر.

⁷ المادة 10 مكرر من المرسوم 12-126 السابق الذكر التي تنص: "يمكن أن تكلف الوكالة بمهمة صاحب المشروع المنتدب لتهيئة المناطق الصناعية أو مناطق النشاط والفضاءات المخصصة للنشاط الاقتصادي.

تحدد الحقوق والواجبات المترتبة على هذه المهمة، فيما يخص كل مشروع، في اتفاقية صاحب المشروع المنتدب."

رقم 10-20 المؤرخ في 12 يناير 2010 قصد اقتراح للولاة طرق منح الامتياز للعقار الموجود بكل ولاية مع الترشيد في استغلاله حسب إستراتيجية الاستثمار.

أصبحت الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري تسيير الأملاك الخاصة التابعة للدولة الموجودة في المناطق الصناعية ومناطق النشاط أو في كل فضاء مخصص للنشاط الاقتصادي وكذا لها صفة المرقى العقاري. كما أن كل نشاط تابع للدولة له تبعات عن الخدمة العمومية الموكلة لهذه الهيئة ونفقات حددها الملحق بالرسوم التنفيذية المتعلقة بدفتر أعباء الخدمات العمومية.

إن توسيع تسيير الوكالة للعقار الاقتصادي لمختلف الأراضي التابعة للدولة، يسمح بتحفيز المستثمر للحصول على قطعة الأرض التي يراها مناسبة لانجاز مشروعه بكل سهولة، من خلال منحه الامتياز¹ بالزاد العلني الحدود أو المفتوح أو بالتراضي. حينئذ تصبح الدولة شريك مع المستثمر في تحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة. تعد الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري هيئة تابعة لوزارة الصناعة والمناجم لكن هذا القطاع يرتبط ارتباطا وثيقا بوزارة التنمية الصناعية وترقية الاستثمار التي استحدثت سنة 2013 اثر التعديل الحكومي فالهدف المشترك بينهما هو تطوير الصناعة الوطنية وهذا لا يتحقق الا بتوفير العقار المخصص لإقامة النشاطات الاقتصادية من جهة وبالشراكة مع الأجانب أو بتشجيع الشراكة بين القطاع العمومي مع الخاص من جهة أخرى. وبالتالي تظافر الجهود بين الوزارتين يدفع إلى وجود توافق بين عدة هيئات من بينها الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمجلس الوطني للاستثمار.

لم ينظم المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالمجلس الوطني للاستثمار في المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في الخامس من شهر أكتوبر 1993 ولكنه تطرق إليها بموجب الأمر 01-03 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بتطوير الاستثمار. يتضح جليا أن سياسة الحكومة قد تغيرت من سنة 1993 إلى سنة 2001 من ترقية الاستثمار الموجود إلى تطويره وهذا بالطبع ما دفعها خلال هذه المرحلة المعنونة بالإنعاش الاقتصادي إلى إبراز هذه الهيئة تسمى بالمجلس² يوضع تحت سلطة رئيس الحكومة، يتولى معالجة المسائل المتعلقة باستراتيجية³ الاستثمارات وسياسة الدعم لها بالموافقة على الاتفاقيات المنصوص عليها في المادة 12 من الأمر 01-03 السابق الذكر. بينما لم يحدد المشرع في هذا النص القانوني تشكيلة المجلس و سيره بل تركها للتنظيم. غير أنه وفي ظل الأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتعلق بترقية الاستثمار عدل المشرع المادة 19 من الأمر 01-03 وألغى المادتين 20 و 21 منه، وهذا لأن الحكومة أصدرت مراسيم تنفيذية تحدد بموجبها الأجهزة المكلفة بالاستثمار والتي من بينها الرسوم التنفيذية رقم 06-355 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006 المتعلقة بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار و تشكيلته وسيره وتنظيمه.

¹ بلكعبيات مراد، دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة السياسة والقانون، العدد 7، جوان 2012، الصفحة 232.

² المادة 18 من الأمر 01-03 السابق الذكر التي تنص: "ينشأ مجلس وطني يدعى في صلب النص "المجلس" يرأسه رئيس الحكومة".

³ المادة 19 من الأمر 01-03 السابق الذكر.

حيث يتولى الوزير المكلف بترقية الاستثمار وتطويره سير المجلس الوطني للاستثمار¹ تحت سلطة رئيس الحكومة²، يتشكل من عدة أعضاء تابعين لقطاعات وزارية³ مختلفة. كما يحضر الاجتماعات رئيس مجلس الإدارة ومدير الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كملاحظين فقط. و يجتمع المجلس مرة كل ثلاثة أشهر، غير أنه يمكن استدعائه كلما دعت الضرورة. لذا يتولى الوزير المكلف بترقية الاستثمار أمانة المجلس و يحدد جدول أعماله لتنتهي اجتماعاته بقرارات وتوصيات وآراء. ومن المهام الرئيسية⁴ المسندة إلى المجلس الوطني للاستثمار ترقية الاستثمار. يلاحظ من خلال استقراء المرسوم التشريعي رقم 93-12 المذكور أعلاه أن المشرع الجزائري نظم أحكام متعلقة بالوكالة الوطنية للتطوير الاستثمار في ثلاثة مواد فقط بين تعريفها في المادة السابعة، ثم حدد مهامها في المادتين الثامنة والتاسعة.

لكنه أضاف ستة مواد في الأمر رقم 01-03 السابق الذكر من خلال الفصل الثاني من الباب الرابع المعنون بأجهزة الاستثمار، حيث عرف الوكالة بأنها تنشأ لدى رئيس الحكومة وهي عبارة عن مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يوجد مقرها بالجزائر العاصمة ولها هياكل محلية ممثلة في شبك وحيد مكون من عدة إدارات معنية بالاستثمار، كما يمكنها إنشاء مكاتب تمثيل لها بالخارج.

تتولى الوكالة⁵ ضمان ترقية الاستثمارات وتطويرها ومتابعتها، استقبال المستثمرين المقيمين وغير المقيمين وإعلامهم ومساعدتهم، تسهيل القيام بالشكليات وتجسيد المشاريع بواسطة الشباك الوحيد، تسيير صندوق دعم الاستثمار، التأكد من احترام المستثمرين للالتزامات وتسيير حافظة العقارية وغير المنقولة للأصول التابعة للمؤسسات العمومية المنحلة. كما أنه يجدر القول من خلال المقارنة بين النصين القانونيين أن الدولة أرادت منح المستثمر امتيازات في مدة زمنية قصيرة بموجب الأمر رقم 01-03 وهذا ما تؤكد المادة السابعة منه أين حدد اجل تبليغ المستثمر بثلاثين يوم بقرار منح الامتيازات بدلا من ستين يوم في المرسوم التشريعي 93-12 وفي حالة الرفض

¹ المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 السالف الذكر.

² المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 السالف الذكر.

³ الفقرة الأولى من المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355 السالف الذكر التي تنص: " يتشكل المجلس من الأعضاء الآتي أسماؤهم:

- الوزير المكلف بالجماعات المحلية،

- الوزير المكلف بالمالية،

- الوزير المكلف بترقية الاستثمارات،

- الوزير المكلف بالتجارة،

- الوزير المكلف بالطاقة والمناجم،

- الوزير المكلف بالصناعة

- الوزير المكلف بالسياحة،

- الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة،

- الوزير المكلف بتهيئة الإقليم والبيئة".

⁴ المادة 3 المرسوم التنفيذي رقم 06-355 السالف الذكر.

⁵ المادة 21 من الأمر 01-03 السابق الذكر.

له الحق في الاحتجاج برفع الطعن أمام لجنة تابعة للسلطة الوصية، كما يستطيع المعني بالأمر اللجوء للقضاء لرفع طعن ضد قرار الوكالة بعدما كان هذا الأمر مرفوضا في ظل المرسوم التشريعي 93-12.

غير أنه وبالرغم من النصوص القانونية المذكورة أنفا إلا أنها لم تكن كافية لجلب المستثمر الوطني والأجنبي، فكان من الضروري على الحكومة أن تخفف العناء على المتعامل الاقتصادي بتسهيل الأمور على الهيئة المستقبلية للاستثمارات والمتمثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وذلك بإعطائها ضمانات أكبر. لهذا السبب عدل وتم الأمر رقم 01-03 السابق الذكر بالأمر رقم 06-08 المؤرخ في 5 جويلية 2006 وصادر المشرع الجزائري النصوص التنظيمية المتعلقة به من بينها المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها.

يلاحظ من خلال استقراء الأمر رقم 06-08 المذكور أعلاه أن الدولة منحت للوزارة المكلفة بترقية الاستثمار التسهيلات اللازمة لتنفيذ البرامج المسطرة وهذا واضح من خلال فرضه على الوكالة الوطنية للاستثمار¹ تقليص مدة الحصول على مقرر المتعلق بالمزايا الخاصة بالانجاز إلى 72 ساعة وكذا مقرر الخاص بالمزايا المتعلقة بالاستغلال في غضون 10 أيام ابتداء من تاريخ إيداع المستثمر لطلبه. كما يستطيع المودع للطلب الاحتجاج إذا لحقه غبن أمام اللجنة خاصة تابعة للهيئة الوصية خلال 15 يوم من الرد أو سكوت الإدارة بالإضافة إلى ممارسته الطعن أمام القضاء².

غير أن المرسوم التنفيذي رقم 06-356 السابق الذكر عرف الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في مادتين³ وأكد بأنها هيئة تحت وصاية الوزير المكلف بترقية الاستثمارات وليس رئيس الحكومة. وتطرق إلى مهامها السبعة من إعلام، تسهيل، ترقية استثمار، المساعدة، تسيير امتيازات ومتابعة و لأول مرة مساهماتها في تسيير العقار الاقتصادي⁴. يدير هذه الهيئة مجلس إدارة مكون من 18 عضو من مختلف الوزارات يرأسهم ممثل عن الوزارة المكلفة بترقية الاستثمارات كما يسيرها مدير عام. كما تمثل الوكالة محليا بشباك وحيد⁵ على مستوى كل ولاية لتسهيل تنفيذ المشاريع حيث يجمع عدة ممثلين لقطاعات مختلفة من بينهم ممثل أملاك الدولة الذي يبين للمستثمر العرض العمومي العقاري المتوافر.

كما تجدر الإشارة أن القانون منح للمستثمر حق رفع الطعن أمام اللجنة المختصة في مجال الاستثمار منذ سنة 2001 إذا لحقه ضرر ولم ترى النور إلا بموجب المرسوم التنفيذي⁶ 06-357 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006، كما أنه

¹ المادة السابعة من الأمر رقم 06-08 السابق الذكر.

² المادة السابعة مكرر من الأمر رقم 06-08 السابق الذكر.

³ المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 06-356 السابق الذكر تنص: "الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المنشأة بموجب المادة 6 من الأمر 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت 2001 المعدل والمتمم المذكور أعلاه، مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتدعى في صلب النص "الوكالة"."

⁴ الفقرة 5 من المادة 3 من المرسوم التنفيذي 06-356 السابق الذكر: "5- بعنوان المساهمة في تسيير العقار الاقتصادي:

- إعلام المستثمرين عن توافر الأوعية العقارية.

- ضمان تسيير الحافظة العقارية وغير المنقولة الموجهة إلى الاستثمار طبقا للمادة 26 من الأمر 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت 2001 والمتعلق بنظير الاستثمار المعدل والمتمم،

- تجميع كل معلومة مفيدة لفائدة بنك المعطيات العقارية المؤسس على مستوى الوزارة المكلفة بترقية الاستثمارات،

- تمثيل الوكالة على مستوى الأجهزة المتداولة للهيئات المحلية المكلفة بتسيير العقار الاقتصادي".

⁵ المادة 21 من المرسوم التنفيذي 06-356 السابق الذكر.

⁶ الجريدة الرسمية المؤرخة في 11 أكتوبر 2006، العدد 64، الصفحة 20.

أيضا أنشأ هيئة أخرى تعمل على توفير العقار الذي كان يشكل عائقا لتطوير وترقية الاستثمار في البلاد بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ في 23 أبريل 2007 المحدد للقانون الأساسي للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري.

تتكون لجنة الطعن المختصة في الاستثمار من ستة أعضاء يرأسها الوزير شخصيا أو ممثله والبقية ممثلين عن قطاعات أخرى¹، تجتمع بمقر الوزارة المكلفة بترقية الاستثمار² كلما دعت الحاجة إلى ذلك. إذ يرفع المستثمر³ طلبه أمام اللجنة بعريضة يبين فيها هويته وعنوانه ويحدد الوقائع كما يرفق المذكرة بالمستندات اللازمة، وعلى هذه الأخيرة تقديم الطعن للإدارة المعنية لإبداء رأيها خلال 15 يوم من تسلم الطلب و الفصل في القضية خلال 30 يوم من تاريخ تسلمها الطعن⁴.

المبحث الثاني : مساهمة الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في تحقيق التنمية الاقتصادية الوطنية :

ساهمت الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري منذ إنشائها على توفير العقار الاقتصادي الذي يساعد على جلب المستثمرين بإنجازها لعشر مديريات جهوية عبر الوطن تتعلق بولايات الجزائر، عنابة، البليدة، وهران، تيارت، ادرار، قسنطينة، سطيف، تلمسان. وكذا يبعث التعاون الفعال⁵ بين مختلف المؤسسات المعنية بهذا القطاع، فظهرت أول اتفاقية بتاريخ 11 جوان 2008 بين المديرية العامة لأموال الوطنية والوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري لتسهيل تسيير الأملاك الخاصة التابعة للدولة المحددة قانونيا والمخصصة لإقامة مشاريع استثمارية وكذا الأملاك العمومية والأصول المتبقية التابعة للمؤسسات المستقلة وغير المستقلة وكذا الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية. ثم تليها اتفاقية بين المجلس الوطني للاستثمار والوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري بتاريخ 15 جانفي 2012 لتحديد كفاءات تمويل استحداث مناطق صناعية جديدة وفي الأخير اتفاقية بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والوكالة الوطنية للوساطة و للضبط العقاري بتاريخ 1 جويلية 2012 لتهيئة 42 منطقة صناعية جديدة . كما أن الأمر لم يقف عند هذا الحد بل بذلت جهودات تتلخص بتقريب الإدارة من المتعامل معها ومنح تحفيزات للمستثمر.

- تقريب الإدارة من المواطن :

كانت طلبات الحصول على عقار اقتصادي من أجل الاستثمار⁶ في الجزائر تقدم لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي كانت ممثلة في شبك وحيد فقط ولهذا الأخيرة مدة ستين يوم للرد حسب المرسوم التشريعي 93-12

¹ المادة 2 من المرسوم التنفيذي 06-357 السابق الذكر التي تنص: "تشكل اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:"

- الوزير المكلف بترقية الاستثمارات أو ممثله،

- ممثل عن الوزير المكلف بالداخلية والجماعات المحلية عضوا،

- ممثل عن وزير مكلف بالعدل، عضوا،

- ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية، عضوان،

- ممثل عن وزير المعني بالاستثمار المعني، عضوا،

يمكن الرئيس الاستعانة بخبراء أو بأي شخص يمكنه، بحكم كفاءته الخاصة أن يساعد أعضاء اللجنة".

² المادة 9 من المرسوم التنفيذي 06-357 السابق الذكر.

³ المادة 6 من المرسوم التنفيذي 06-357 السابق الذكر.

⁴ المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06-357 السابق الذكر.

⁵ T.HAMID, *l'ANIREF au cœur de la stratégie de l'industrie*, ANIREF Voice, Bulletin d'information trimestriel, n° 00, décembre 2008, p. 18.

⁶ الموقع الإلكتروني للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري www.Aniref.dz

السابق الذكر، غير أن هذا الأجل كان يضر بمصلحة المستثمرين¹ بالنظر لطول الانتظار وكثرة الوثائق الإدارية المطلوبة لصحة الطلب. الأمر الذي ترتب عنه هروب رجال أعمال إلى دول مجاورة. إن خطورة هذه المسألة دفعت الوزارة المعنية إلى إعادة النظر في هذا الميعاد بتقليصه إلى ثلاثين يوم سنة 2001 وفق الأمر رقم 01-03 السالف الذكر وإضافة فروع محلية تابعة للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار تساعد المستثمر على الحصول على وعاء عقاري. لكن بالرغم من هذه الاجراءات المتخذة طالب الخبراء الاقتصاديون² من الحكومة تسهيلات بالنظر إلى الأحكام المتبعة لدى دول عربية³. على هذا الأساس تدخل المشرع سنة 2006 بموجب الأمر رقم 06-08 المذكور أعلاه لتخفيض المدة إلى 13 يوم مقسمة بين ثلاثة أيام للحصول على مقرر الامتياز المتعلق بالانجاز وعشرة أيام للحصول على مقرر الامتياز الخاص بالاستغلال. إن هذه الخطوات التي سارت عليها الدولة لدليل قاطع على وجود إرادة سياسية في ترقية وتطوير الاستثمار وهذا المجهود تبلور واقعياً بوجود 2632 مشروع استثماري⁴ في بداية سنة 2014 ما يساوي 682 مليار دج منها 129 مليار دج خاصة بالاستثمارات الأجنبية. وما زال الطريق نحو المستقبل حافل بإجراءات جديدة أكدها قانون المالية التكميلي لسنة 2015⁵ أين منح المشرع الجزائري للوالي السلطة في اتخاذ قرار منح الامتياز بالتراضي بناء على اقتراح يقدمه المدير الولائي المكلف بالاستثمار أو الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة أو الهيئة المكلفة بتطوير السياحة حسب الحالة.

إن دخول الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة يفرض عليها تطوير الاستثمار، الأمر الذي ترتب عنه خلق مناطق جديدة عصرية تتماشى ومتطلبات التنمية المستدامة⁶. لذا كان لزاماً على الوزارة الأولى إعداد المخطط الوطني الوطني لتهيئة الإقليم الذي يمتد إلى 2030 والغرض منه إعادة التوازن بين كل المناطق في البلاد من خلال الإنصاف الاجتماعي والإقليمي حسب مردودية كل ولاية. فمستقبل البلاد مرتبط بإنشاء فضاءات مغايرة لتلك الموجودة حالياً تسمى بالجيل الجديد، تعتمد هذه الأخيرة على الكفاءة البيئية أي احترام الجودة لجلب المستثمرين باستخدام الطاقات المتجددة وعقارات قابلة للتطور الصناعي جامعة لكل مراكز الخدمات ومهيئة لتحقيق أي نشاط اقتصادي حسب المواصفات الدولية. إن الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري هيئت 11623 هكتار لإنشاء 42⁷ منطقة صناعية صناعية عبر عدة ولايات قصد تنظيم سوق العقار الاقتصادي وإحداث التوازن بين العرض والطلب للتحكم في أسعاره المرتفعة في الشمال على عكس تلك الموجودة بالجنوب.

- الامتيازات الممنوحة للمستثمر :

حدد المشرع الجزائري امتيازات تتنوع بين مرحلة الانجاز والاستغلال للمستثمر بالنظر إلى طبيعة النظام الذي يخضع له مشروعه إن كان عاماً⁸ أو استثنائياً⁹. بيد أن مجلس الوزراء المنعقد في 22 جانفي 2011 قرر تدابير جديدة،

¹ بلكعبيات مراد ، المقالة السالفة الذكر، الصفحة 236.

² موهوبي محفوظ، مذكرة ماجستير السالفة الذكر، الصفحة 103.

³ سلطان بن سعد المنصوري، تقرير وزارة الاقتصاد لدولة الإمارات العربية المتحدة، التطورات الاقتصادية والاجتماعية من 2005-2010، إصدار 2012، الصفحة 69.

⁴ الموقع الإلكتروني لجريدة الشروق www.Echoroukonline.dz

⁵ الأمر رقم 01-15 المؤرخ في 23 جويلية 2015 والمتضمن قانون المالية التكميلي ، الجريدة الرسمية مؤرخة في 23 جويلية 2015، عدد 4، صفحة 6.

⁶ مهدي سير غيليان ، فايق جزاع ياسين و شيماء راشد محسن، دراسة تحليلية لأهم مؤشرات التنمية المستدامة بالدول العربية والمتقدمة، تقرير هيئة الأمم المتحدة ، 2007-2008، الصفحة 5.

⁷ A.-K.MUSTAFA, A.MOHAMED et R.RACHID, Concrétisation du nouveau programme de parques industrielles, op.cit., p.23.

⁸ المادة 9 من الأمر 08-06 السالف الذكر.

⁹ المادة 10 من الأمر 08-06 السالف الذكر.

إذ تمنح الدولة العقار عن طريق التراضي فقط إذا قدم المستثمر طلبه للجنة المساعدة على تحدد الموقع وترقية الاستثمارات التي تديرها الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، وفي حالة الموافقة يصدر الوالي قرار بمنح الامتياز للمعني بالأمر. حينئذ تتولى مديرية أملاك الدولة تحرير عقد الامتياز لمدة 33 سنة يستند على دفتر شروط محددة وهذا مقابل دفع إتاوة سنوية تساوي 20/1 من القيمة التجارية للعقار قابلة للمراجعة كل 11 سنة. وكذا تخفيضات للمستثمرين حسب موقع المشروع، فإذا كانت المشاريع موجودة بالشمال يتم تخفيض 90 بالمئة طيلة مدة الانجاز والتي تمتد إلى 3 سنوات و50 بالمئة خلال فترة الاستغلال التي تمتد إلى ثلاث سنوات. أما إذا كانت المشاريع محددة بمناطق الهضاب العليا والجنوب تقرر حساب دينار رمزي للمتر مربع خلال فترة 10 سنوات وبعد انتهاء هذه المدة تخفض قيمة الإتاوة الايجارية إلى 50 بالمئة. بينا المشاريع الموافق عليها بمناطق الجنوب الكبير الذي يضم ولايات أدار، اليزي، تمنراست وتندوف فيحتسب الدينار الرمزي خلال 15 سنة وبعد انتهاء المدة تخفض قيمة الإتاوة الايجارية إلى 50 بالمائة. كما استفادت ولايات الهضاب العليا والجنوب من الصندوق الخاص للتنمية الاقتصادية الذي يساعد على قيام المشاريع المخصصة لها.

إن تشجيع الدولة للاستثمار الوطني والأجنبي متواصل لتحقيق اقتصاد تنافسي و ذو جود عالية تماشيا مع متطلبات التنمية المستدامة والتي حققتها بعض الدول الرائدة كالإمارات العربية المتحدة وتركيا باهتمامها بقطاع العقار. وهذا ما يتضح جليا في قانون المالية لسنة 2014 السابق الذكر، حيث يستفيد كل استثمار أجنبي حول المهارات نحو الجزائر في مجال إنتاج السلع بمعدل اندماج يقوق 40 بالمئة من امتيازات جبائية وشبه جبائية يجدها الصندوق الوطني للاستثمارات. وتستفيد الاستثمارات التي تحدث 100 منصب عمل إعفاءات من الضريبة على أرباح الشركات وعلى الرسم المهني للنشاط لمدة ثلاث سنوات في مرحلة الاستغلال بعد معاينة الشروع في الانجاز من الهيئة المعنية وتمدد إلى 5 سنوات إذا كانت تخلق أكثر من 100 منصب عمل. بينما الاستثمار في القطاعات الإستراتيجية التي تخدم الاقتصاد الوطني تستفيد من هذه الإعفاءات بدون إحداث مناصب شغل لمدة 5 سنوات. ثم أضاف قانون المالية لسنة 2015 تسهيلات أخرى تتمثل في منح السلطة للوكالة الوطنية للاستثمار بدراسة ملفات بدلا من المجلس الوطني للاستثمار، إدراج إعفاء من حقوق التسجيل ومصاريف الإشهار العقاري على حق امتياز لأملاك عقارية مبنية وغير مبنية موجهة للاستثمار، إعفاء مؤقت عن الضرائب على الأرباح والدخل الإجمالي لمدة 5 سنوات لفائدة المشاريع الاستثمارية المنجزة والخاصة بأنشطة صناعية محددة، تخفيض معدل الضرائب المفروض على أرباح الشركات ب23 بالمئة وأخيرا تحديد نظام الضريبة الجزافية لفائدة الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الممارسين لأنشطة صناعية وتجارية وحرفية والذين لا يتجاوز رقم أعمالهم ثلاثة ملايين دج.

لكن تنفيذ إستراتيجية الدولة المتعلقة بتوفير العقار لترقية الاستثمار بدأت تتضح جليا من خلال قانون المالية التكميلي لسنة 2015 أين أكد المشرع الجزائري ضرورة حصول المستثمر على العقار بدون اللجوء إلى لجنة المساعدة وترقية الاستثمار وضبط العقار كالبيراف وإنما الذهاب مباشرة إلى الشباك الوحيد محليا، مع منح عقد تنازل بالتراضي عن الأملاك الخاصة التابعة للدولة بقرار من الوالي خلال 8 أيام من قبول الهيئات المختصة للملف المعني بالأمر.

إن جهودات الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في تحقيق التنمية الاقتصادية لمسهها المواطن الجزائري في انجاز عدة مشاريع بشراكة أجنبية كمصنع رونو سامبول للسيارات النفعية الذي بدأ العمل به في 10 نوفمبر 2014 بالمنطقة الصناعية واد تليلات بولاية وهران الذي يشغل 350 عامل وينتج 25000 سيارة، مصنع سورفيرت الجزائر للأسمدة امونياك واليوريا بأرزويو، وكذا تدشين يوم 25 أكتوبر 2014 مصنع عين بوشقيف بولاية تيارت

لصناعة سيارات مرسيديس بنز.... وغيرها . كما أن هذه المؤسسة وقعت باسم الجزائر مع الهيئة العامة المصرية للتنمية الصناعية 17 اتفاقية ومذكرة تفاهم بتاريخ 15 نوفمبر 2014 لتسيير حظائر صناعية وانجازها. بينما سنة 2015 عرفت انجاز عدة مشاريع هامة كمصنع سيتال لتجميع عربات تراموي بعنابة بتاريخ 12 ماي 2015، إنشاء معمل لإنتاج أنابيب النقل وكذا وحدة إنتاج تجهيزات الإعلام الآلي الفاترون ببطيوة بوهران 29 سبتمبر 2015 واسترجاع أسهم مركب الحجار من الشريك الهندي 6 أكتوبر 2015 قصد إعادة هيكلة هذه المؤسسة العمومية لإعادة بعث إنتاج الجزائر في مجال المنجمي من جديد.

خاتمة :

تحتاج الجزائر اليوم لموارد بشرية مؤهلة لاستقبال رجال الأعمال حسب منهج متبع يعزز ثقافة الاتصال مع الغير. كما يجب الاستفادة من خبرات أجنبية تنقل تجاربها النموذجية إلى بلادنا باستخدام التكنولوجيا المتطورة. فالعقار الاقتصادي متوافر ومنظم في سوق تضبطه الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري بمعايير دولية. إذن لابد تفعيل التعامل الإلكتروني بين الإدارة والمستثمر لتسهيل تقديم الخدمات في مدة زمنية وجيزة قصد حصوله على الوعاء العقاري بسرعة تمكنه من انجاز مشروعه بدون أي عراقيل.

البنوك الإلكترونية : (ماهيتها، معاملاتها، المشاكل التي يثيرها التعامل معها)



من إعداد : باني محمد فاضل

طالب باحث بسلك الدكتوراه

مختبر البحث قانون الأعمال، سطات

المقدمة :

أن التطور الحديث الذي أحدثته ثورة المعلومات والاتصالات، أدى بطبيعته لإحداث تغيرات أساسية في المجتمع ثقافيا واقتصاديا، وظهر ما يطلق عليها التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت التي غيرت بطبيعتها المفاهيم السائدة في المعاملات المدنية و التجارية، وذلك ما نتج عنه بالضرورة تطور نظام الإثبات ليوكب المستجدات في المعاملات الالكترونية بصفة عامة وفي التجارة الالكترونية بصفة خاصة.

ومعلوم أن البنوك تشكل حجر الزاوية في الحياة الاقتصادية في التجارة الالكترونية نظرا لارتباط تعامل البنوك في مجال التجارة الالكترونية بالحاسب الآلي والفاكس والتلفون والتلكس وما يترتب على هذا التعامل من الآثار التي توجب حفظ حقوق المتعاملين، بما يؤدي إلى انتظام هذه المعاملات وازدهارها واكتسابها للثقة والأمان، وذلك ما دفع بالمشرعين إلى ضرورة تقنين هذه المعاملات نظرا لاتساعها وانتشارها.

تبعاً لذلك، عملت البنوك على تطوير أساليبها وتحسين أدواتها، فأصبح الاتجاه السائد نحو المال الرقمي أو الالكترونى بديلاً عن المال الورقي، الشيء الذي يجعل القواعد و النظريات تتغير تدريجياً لتصبح أكثر ملائمة لمفاهيم المال الالكترونى ووسائله، وصولاً إلى بناء قانوني يسهل على إدارات البنوك التعامل مع تحديات هذه الأخيرة الالكترونية، فلم تعد البنوك مجرد وسيلة لقبول الودائع أو منح القروض، بل أصبح الفرد لا يستطيع الاستغناء عنها لكي يستفيد من خدماتها المتنوعة.

حيث أتت تكنولوجيا الاتصالات بتغيير حتى في كيان المؤسسات الاقتصادية، فأدى ذلك إلى ظهور مؤسسات مقرها الاجتماعي وجل طرق معاملتها تتم عبر شبكة الانترنت و ظهر في النظام المصرفي ما يسمى بالبنوك الإلكترونية.

يطرح عمل البنوك الالكترونية العديد من الإشكالات الناتجة في معظمها عن غياب القانون المؤطر، مما يحتم علينا دراسة وتحليل تلك الإشكالات والتي تتمثل حول ما هو مفهوم البنوك الالكترونية؟ وما هي أصنافها؟ وما هي

مميزاته؟ وما هو التكييف القانوني للبنوك الالكترونية؟ وما هي أبرز المعاملات التي تقدمها؟ وما هي مخاطر التي يثيرها التعامل مع البنوك الالكترونية؟
للإجابة على هذه الإشكالات سنحاول تقسيم الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية البنوك الالكترونية.

المبحث الثاني: معاملات و مخاطر البنوك الالكترونية.

المبحث الأول: ماهية البنوك الالكترونية:

تعود نشأة المصارف الإلكترونية إلى بداية الثمانينات مع ظهور النقد الإلكتروني، أما استخدام البطاقات كان مع بداية القرن الماضي في فرنسا على شكل بطاقات كرتونية تستخدم في الهاتف العمومي، وبطاقات معدنية تستعمل على مستوى البريد في الولايات المتحدة الأمريكية. وفي عام 1958 أصدرت American Express أول بطاقة بلاستيكية لتنتشر على نطاق واسع، ثم قامت بعدها ثمانية مصارف بإصدار بطاقة "Bank Americard" عام 1968 لتتحول إلى شبكة Visa العالمية، كما تم إصدار في نفس العام البطاقة الزرقاء "Carte Bleue" من طرف ستة مصارف فرنسية. وفي عام 1986 قامت اتصالات فرنسا "France Telecom" بتزويد الهواتف العمومية بأجهزة قارئة للبطاقات الذاكرة (Cartes à mémoire) لتصبح عام 1992 كل البطاقات المصرفية بطاقات برغوثة (Cartes à puce) تحمل بيانات شخصية لحاملها¹.

خلال منتصف التسعينات ظهر أول مصرف إلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية يميز بين نوعين من المصارف كلاهما يستخدم تقنية الصيرفة الإلكترونية:

- المصارف الافتراضية (مصارف الإنترنت): تحقق أرباحا تصل إلى ستة أضعاف المصرف العادي.
- المصارف الأرضية: ونقصد بها المصارف التي تقدم خدمات تقليدية وخدمات الصيرفة الإلكترونية. وكان سبب انتشار المصارف الإلكترونية إلى عنصرين أساسيين²:

- أهمية ودور الوساطة بفعل تزايد حركية التدفقات النقدية والمالية في مجال التجارة.
- تطور المنظمة الإعلامية للاتصال التكنولوجي.

المطلب الأول: تعريف البنوك الالكترونية وأصنافها.

لقد أدى ظهور البنوك الالكترونية إلى تطور هائل في مفهوم العمل البنكي، حتى أنه انتهى الأمر إلى وجود بنك بأكمله على الشبكة العنكبوتية، وتتميز ببنية وكيان متميزان عن البنوك التقليدية. وسوف نتطرق إلى تعريف البنوك الالكترونية (أولا) ثم إلى أصنافها (ثانيا).

¹ - رحيم حسين، هواري معراج، "الصيرفة الالكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية"، مداخلة مقدمة إلى ملتقى المنظومة المصرفية والتحولت الاقتصادية- واقع وتحديات - جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف- الجزائر، يومي 14/15 ديسمبر 2004، ص:317.

² - منير الجنبهبي، ممدوح الجنبهبي، البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص:15.

أولاً : تعريف البنوك الإلكترونية :

أتت تكنولوجيا الاتصالات بتغيير حتى في كيان المؤسسات الاقتصادية ، فأدى ذلك إلى ظهور مؤسسات مقرها الاجتماعي وجل طرق معاملتها تتم عبر شبكة الانترنت و ظهر في النظام المصرفي ما يسمى بالبنوك الإلكترونية .

يستخدم اصطلاح البنوك الإلكترونية (**Electronic banking**) أو بنوك الانترنت (**Internet banking**) كتعبير متطور و شامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينات لمفهوم الخدمات المالية عن بعد أو البنوك الإلكترونية عن بعد (**Remote electronic banking**) أو البنك المنزلي (**Home banking**) أو البنك على الخط أو الخدمات المالية الذاتية (**Self-service banking**) .

و جميع هذه المصطلحات تعني أن الزبون متاح له كافة أعماله الخاصة بالبنك الذي يتعامل معه في أي مكان يكون موجود به ، و ذلك عن طريق خط خاص يوفره البنك¹ فهي بنوك كاملة الخدمات التي يقدمها البنك التقليدي ، و إنما الفارق أن البنك الإلكتروني لا وجود له في الواقع كمباني و مقرات اجتماعية تقليدية ، و إنما مقره شبكة الانترنت .

و ذلك اعتماداً على البرمجيات الموجودة على موقع البنك في الشبكة أصبح للعميل إمكانية الدخول و قضاء كافة ما يريد من أعمال دون أي تقيد بأعمال معينة موجودة على الكمبيوتر الخاص به ، و أعمال أخرى برمجياتها ليست على كمبيوترها الخاص بها².

تمتاز البنوك الإلكترونية بتقديم خدمات لعملائها طوال الوقت ، دون التقيد بأوقات معينة كالبنوك التقليدية ، أي دون أن يكون هناك إجازات للموظفين مثلاً ، أو غياب موظف ما ، فهي تقدم كافة خدماتها في كافة أيام الأسبوع طوال ساعات اليوم الأربع و العشرين و هذا راجع للتطور التكنولوجي الذي نتج عنه استعمال الكمبيوتر الشخصي (PC) الذي ساعد على تطوير النظام البنكي المنفتح على المستوى الخارجي فالمؤسسات يمكنها أن تدخل مباشرة إلى الأنظمة البنكية باستعمال الكمبيوتر الشخصي (PC) و تحويل بوساطة التحويل الإلكتروني أو التحويل بالكابل أي على الخط .

فالتبادل الإلكتروني للبيانات يحتوي عادة مركبات التحويل الإلكتروني للأموال (EFT) مما تقدم يمكن القول أن البنوك الإلكترونية عبارة « عن مؤسسات تقدم أو توفر الخدمات البنكية ، ولا تعتبر وكالات تابعة للبنوك التقليدية، و إنما بنوك قائمة بذاتها و التي توفر للعملاء ، تخفيض رسوم التحويل الكلاسيكي للأموال الذي تقوم به البنوك التقليدية »³.

¹ - منير الجنبهي : "البنوك الإلكترونية" دار الفكر الجامعي مصر، 2006، ص 10

² - منير الجنبهي : "البنوك الإلكترونية" دار الفكر الجامعي مصر، 2006، ص12

³ - ذكرى عبد الرزاق محمد: "النظام القانوني للبنوك الإلكترونية (المزايا ، التحديات، الأفق)", دارالجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية2010.

ثانيا : أصناف المصارف الإلكترونية :

أشارت العديد من الدراسات العالمية وتحديدًا دراسات جهات الأشراف والرقابة الأمريكية والأوروبية أن هناك ثلاثة أصناف أساسية للمصارف على شبكة المعلومات الدولية تتمثل هذه الأصناف في :

1- الموقع المعلوماتي :

يمثل المستوى الأساسي والحد الأدنى للنشاط الإلكتروني المصرفي، ويسمح هذا الموقع للمصرف بتقديم معلومات حول برامجه ومنتجاته وخدماته المصرفية .

2- الموقع الاتصالي :

يتيح هذا الموقع عملية التبادل الاتصالي بين المصرف والعملاء مثل البريد الإلكتروني، تعبئة طلبات أو نماذج على الخط، وتعديل معلومات القيد والحسابات، الاستفسارات.

3- الموقع التبادلي :

ويمكن من خلاله أن يمارس المصرف نشاطاته في بيئة إلكترونية، كما يمكن للعميل القيام بمعاملاته إلكترونيًا من سداد قيمة الفواتير، وإدارة التدفقات النقدية، وإجراء كافة الخدمات الاستعلامية سواء داخل المصرف أو خارجه .

ألا أنه تبقى الإشارة في الخير بأنه ليس كل موقع على شبكة الانترنت يعني بنكا إلكترونيًا ، وسيظل معيار تحديد البنك الإلكتروني مثار التساؤل في البيئة إلى أن يتم تحديد معيار منضبط في هذا الموضوع.

المطلب الثاني : مميزات البنوك الإلكترونية وتكييفها القانوني.

تفرد البنوك الإلكترونية في تقديم خدمات متميزة عن غيرها من البنوك التقليدية تلبية لاحتياجات العميل البنكي وهو ما يحقق للبنك مزايا عديدة عن غيره من البنوك المنافسة وفيما يلي توضيح لمجالات تميز البنوك الإلكترونية (أولا) وكذا التكييف القانوني لها (ثانيا).

أولا : مميزات البنوك الإلكترونية :

من أهم المزايا التي تتمتع بها البنوك الإلكترونية :

- ميزة الانخفاض الكبير في تكاليف خدماتها ، فبعدما كان البنك يقوم بتخصيص الكثير من الأموال لفتح فروع جديدة له في كافة المناطق في محاولة التقرب من العملاء ، فأصبح البنك الإلكتروني في منتهى القرب من العملاء ، بحيث أصبح أقرب للمتعاملين من اقرب فرع لأي بنك تقليدي ، و في نفس الوقت يقوم بكافة الخدمات التي يوفرها البنك التقليدي العادي ، وعليه تم تخفيض تكاليف كثيرة من أموال وأيدي عاملة و أجهزة و مصاريف كان يتكبدها البنك التقليدي في إنشائه لفروع جديدة .
- إمكانية الوصول إلى قاعدة أوسع من المعلومات من طرف العملاء عبر العالم دون التقيد بمكان أو زمان معينين .

- تقديم خدمات مصرفية كاملة و جديدة والتي تتماشى مع نصوص التجارة الإلكترونية.
- خفض تكاليف التشغيل و الاستغلال بالاستغناء عن شراء الموقع (المبنى)، تأثيره تكاليف الصيانة و العمالة و كافة المواد الاستهلاكية.
- زيادة كفاءة أداء البنوك، وذلك بتوفير السرعة في الحجاز الأعمال البنكية مقارنة بالبنوك التقليدية، فالدخول إلى موقع البنك الإلكتروني أسهل بكثير من انتقال العميل جسديا إلى موقع البنك، بحيث تكون العمليات أسهل و أسرع عبر شبكة الانترنت و شبكات الاتصال الخاصة التي تربط البنك ووكلائها.
- ويمكننا القول إنها مميزات إيجابية تبين أهمية و نوعية الخدمات التي تقدمها هذه البنوك، لصالح العملاء عبر الشبكة العنكبوتية مستثمرين كانوا أم موردين أم تجار و حتى المستهلكين، خاصة اذا وفرت القدر من الأمان و الحماية للمعاملات المصرفية.

ثانيا : التكيف القانوني للبنوك الالكترونية :

مقارنة بالبنوك التقليدية، من حيث الكيان القانوني فإن البنوك التقليدية لها كيان قانوني، ولها واقع ملموس على الأرض، متمثلا في فروعها الكثيرة المنتشرة وعدد كبير من الموظفين، بينما البنوك الالكترونية ليس فروع منتشرة على أرض الواقع وإنما فرع واحد يستطيع أي من العملاء الوصول إليه مهما كان مكانه، ومهما كان الوقت الذي يريد الدخول فيه إلى البنك، وكذلك البنوك الالكترونية ليس لها العدد الكبير من الموظفين الموجودين في البنوك التقليدية.¹

فمن خلال الخدمات المقدمة إلى العملاء، فإن البنوك التقليدية تقدم كافة العمليات المصرفية إلى عملائها، ولكن الطريقة التقليدية تحتاج إلى الكثير من الجهد والوقت من كل من البنك والعميل، أما البنوك الالكترونية فهي تقدم ذات الخدمات إلى عملائها أيضا ولكن بطريقة الكترونية حديثة توفر كل هذا الوقت و الجهد.

لذلك يرى البعض، أن البنوك الالكترونية لا بد وأن تخضع لذات القواعد التقليدية المنظمة لعمل البنوك في شكلها التقليدي، وذلك حتى يتوفر للعملاء الحد المناسب من الطمأنينة عند قيامهم بالتعامل مع النوعية من البنوك² ولعل خضوعها لرقابة البنوك المركزية على غرار البنوك التقليدية دليل على خضوعها لنفس القواعد من جهة وكذلك توفير الحماية والطمأنينة للعملاء من جهة أخرى.

المبحث الثاني : معاملات و مخاطر البنوك الالكترونية.

أن التفاعل مع تقنيات شبكة الانترنت أصبح سمة مميزة من سمات هذا العصر، وأن هذه الشبكة أصبحت من الركائز الأساسية التي يمكن من خلالها تقديم الخدمات المصرفية، والتي تتطور بشكل واضح مع مرور الوقت، فلم يعد الأمر مقتصرًا على استخدام الأسلوب التقليدي للكمبيوتر من تخزين البيانات والمعلومات ثم استرجاعها في وقت آخر حسبما يرغب الشخص، وإنما تطور الأمر واستحدثت أساليب جديدة بغرض تقديم الخدمات المصرفية التقليدية بشكل جديد من ناحية، وابتكار خدمات مصرفية جديدة من ناحية أخرى وهو ما سنحاول من خلال هذا

¹- منير الجنبهي: "البنوك الالكترونية" دار الفكر الجامعي مصر، 2006، ص27.

²- منير الجنبهي: "البنوك الالكترونية" دار الفكر الجامعي مصر، 2006، ص28.

المطلب التعرض له بتناول بعض صور المعاملات المصرفية الالكترونية التي ذاع صيتها في الآونة الأخيرة، وأخذت تستقطب حولها الكثير من المتعاملين مع البنوك الالكترونية .

المطلب الأول : معاملات البنوك الالكترونية.

قبل الحديث عن بعض صور هذه المعاملات، يجدر بنا في البداية أن نشير إلى أن وجود مجموعة من الخصائص المشتركة بينهما وقوامها جميعا العمل على الزيادة من القدرة التنافسية لهذه البنوك.

- 1- أن إتمام المعاملات المصرفية بصورة الكترونية يعد وسيلة فعالة لكل من طرفيها.
- 2- الاستغناء عن المستندات الورقية واستبدالها بأخرى ذات طبيعة تكنولوجية يمكن تداولها بصورة مختلفة عن تلك التي تصدر في المستندات الورقية
- 3- أن إتمام المعاملات المصرفية بصورة الكترونية لا يعرف قيودا زمانية أو مكانية.

أولا : البطاقات البنكية :

وقد عرفها البعض ¹ على أنها عقد بمقتضاه يتعهد مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد تتعهد فيه بقبولها الوفاء بمشتريات حاملي البطاقة الصادرة من الطرف الأول، على أن تتم التسوية من رصيد الحامل.

لكن السؤال الذي يثار في هذا السياق هو ما هي آلية الوفاء بالبطاقة البنكية عبر شبكة الانترنت؟

للإجابة عن هذا التساؤل فإن عملية الوفاء بالبطاقة البنكية تتم في العقد الالكتروني بإرسال رقم البطاقة من صاحبها عبر الشبكة بهدف تحويل مبلغ من المال من حساب المشتري إلى حساب التاجر (الموقع التجاري عبر شبكة الانترنت) وذلك ثمنا لسلعة أو خدمة ².

ثانيا : النقود الالكترونية :

تعد النقود الالكترونية وسيلة حديثة من وسائل الوفاء الالكتروني لها طابع خاص تتميز به عن وسائل الوفاء الأخرى.

يمكن تعريف النقود الالكترونية بأنها " عبارة عن سلسلة من الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الافتراضية لمودعيها ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية أو على القرص الصلب ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم الكترونيا"³.

¹ محمد الشافعي، " بطاقات الأداء والائتمان بالمغرب"، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2002، ص 16.

² ضياء علي احمد نعمان: "حمية المستهلك في العقد المبرم بشكل الكتروني-الوفاء الالكتروني نموذجاً"-المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 10، 2014.

³ احمد سفر، أنظمة الدفع الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان ، 2008، ص 157

فيما عرف مؤتمر بازل Basil سنة 1996 النقود الالكترونية بأنها " قيمة نقدية في شكل وحدات ائتمانية مخزونة بشكل الكترونية أو على أداة الكترونية يجوزها المستهلك " ¹.

عرفت المفوضية الأوروبية عام 1998 النقود الالكترونية بأنها " قيمة نقدية مخزنة بطريقة الكترونية على وسيلة الكترونية كبطاقة أو ذاكرة كمبيوتر ، ومقبولة كوسيلة للدفع بواسطة متعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها ، ويتم وضعها في متناول المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية والورقية ، وذلك بهدف إحداث تحويلات الكترونية لدفع ذات قيمة محددة " ².

لذا وفي محاولة بسيطة منا يمكننا وضع تعريف للنقود الالكترونية بأنها (قيمة نقدية مخزنة على وسيلة الكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها وتستعمل كأداة للوفاء).

وهي على نوعين الأولى محفظة النقود الالكترونية أطرافها ثلاثة البنك المصدر لها والمستهلك الذي يدفع قيمة السلع بالوحدات الالكترونية ثم التاجر.

وهناك محفظة النقود الافتراضية : تم وضع أول نموذج من قبل شركة دجي كاش الهولندية حيث يقوم الزبناء والتجار بتسجيل أنفسهم لدى هذه الشركة وتسمح للمستهلك بسحب وحدات نقدية لاستخدامها ماليا ويتم تخزين هذه الوحدات في القرص الصلب لجهاز الحاسب الآلي ³.

ثالثا : الأوراق التجارية الالكترونية :

أ- الكميالة الالكترونية :

لا تختلف الكميالة الالكترونية عن نظيرتها الكميالة التقليدية (الورقية) سواء فيما يتعلق بوظيفتها كأداة ائتمان ووفاء، أو في بياناتها الإلزامية التي حددها القانون ⁴.

¹-European Commission " proposal for European parliament and council Directives on the taking up , the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution " Brussels, 1998, COM(98)727 , p.72 -

² - Bank for International settlements (BIS), (1996), " Implication for central Banks of the développement of electronic money, Basel, p. 13.

³ -ضياء علي احمد نعمان:النقود الالكترونية وسيلة وفاء في التجارة الالكترونية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5، 2011

⁴ - حسب المادة 159 من مدونة التجارة " تتضمن الكميالة البيانات التالية

1 . تسمية كميالة

2 . الأمر الناجز بأداء مبلغ معين

3. اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه)

4. تاريخ الاستحقاق

5. مكان الوفاء

6. اسم من يجب الوفاء له أو لأمره

7. تاريخ ومكان إنشاء الكميالة

8. اسم وتوقيع من أصدر الكميالة(الساحب)

والخلاف هنا، فيما يتعلق بالكمبيالة الالكترونية، في طريقة إصدارها التي تتم بطريقة الكترونية، وفي اشتغالها على بيان اسم المسحوب عليه أو (فرعه) و رقم حسابه وذلك لإيجاد صلة بين بنكي كل من الساحب والمسحوب عليه من أجل تسهيل عملية تحصيل قيمة الكمبيالة.

ويمكن القول بأنها " صك معالج الكترونيا متفق عليه مسبقا وفقا لشكل معين يتضمن امرا من الساحب عن طريق مصرفه إلى بنك المسحوب عليه بدفع مبلغا معيناً في تاريخ معين أو قابل للتعيين، أو بمجرد الاطلاع لأمر المستفيد"¹.

ب- الشيك المعالج الكترونيا.

يعرف الشيك المعالج الكترونيا بأنه محرر ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا كلياً أو جزئياً يتضمن أمراً صادراً عن شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد.

وتتلخص عمل هذه الآلية بأن يتخذ الشيك شكل كتابة مشفرة في جهاز الحاسب الآلي ثم يقوم الزبون بملء البيانات الخاصة به ورقم حسابه لدى البنك التابع له ثم يقوم هذا البنك بإرسال البيانات إلى وحدة خدمته على الخط وإرسالها إلى البنك المسحوب عليه، ثم تجري المقاصة تلقائياً خلال يومين على الأكثر ويتم خصم المبلغ من حساب الزبون ويقيد في حساب التاجر.²

والملاحظ أن إجراءات الأمان في هذا النظام تركز على نقطة أساسية مفادها عدم إظهار المعلومات البنكية التي تنتقل عبر شبكة الانترنت، غير أن احتمالات اعتراض هذه المعلومات واستغلالها بشكل غير مشروع يبقى أمراً وارداً.

المطلب الثاني : مخاطر التعامل مع البنوك الالكترونية :

إن التطور التقني في الصناعة المصرفية من ناحية، والتطور في استخدام الوسائل الإلكترونية والأموال الإلكترونية من ناحية أخرى، أدى إلى زيادة الخدمات المصرفية المقدمة من قبل المصارف، وزيادة تعقيد العمليات المصرفية في سوق سمته المنافسة الشديدة. ولقابلة هذا التطور والمخاطر المرتبطة به أصبح من الضروري مراقبة مستوى المخاطر التي تحيط بالعمل ووضع الإجراءات الرقابية اللازمة للسيطرة على الآثار السلبية لهذه المخاطر وإدارتها بطريقة سليمة.

¹ - محمد بن قينان بن عبد الرحمان النيفات : "الكمبيالة الالكترونية دراسة مقارنة"، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير بالمعهد العالي للقضاء قسم السياسة الشرعية - شعبة الأنظمة، سنة 1424 هـ المملكة العربية السعودية ص 18.

² - موسى عيسى العامري: الشيك الذكي، أبحاث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المجلد الأول- 11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق 10-12 مايو 2003م.

ففي ممارسة المصارف لأعمالها الالكترونية تواجه مخاطر يترتب عنها خسائر مالية، ومن هذه المخاطر يمكن تصنيفها ضمن مجموعات مختلفة تتمثل فيما يلي¹ :

- المخاطر التقنية : تحدث هذه المخاطر من احتمال الخسارة الناتجة عن خلل في شمولية النظام أو من أخطاء العملاء، أو من برنامج إلكتروني غير ملائم للصيرفة والأموال الالكترونية .
- مخاطر الاحتيال : وتتمثل في تقليد برامج الحواسيب الالكترونية أو تزوير معلومات مطابقة للبرامج الالكترونية، أو تعديل بعض المعلومات بخصوص الأموال الالكترونية .
- مخاطر ناتجة عن سوء عمل النظام الالكتروني : قد ينشأ الخطر من سوء استخدام هذا النظام، أو سوء مراقبة البرامج في حد ذاتها .

■ مخاطر قانونية : تحدث المخاطر القانونية عندما لا يحترم المصرف القواعد القانونية والتشريعات المنصوص عليها، أو عندما لا تكون هناك نظم قانونية واضحة ودقيقة بخصوص عمليات مصرفية جديدة، وتبرز أهم التحديات القانونية المتمثلة في تحدي قبول القانون للتعاققات الإلكترونية، حجيتها في الإثبات، أمن المعلومات، وسائل الدفع، التحديات الضريبية، إثبات الشخصية، التوافق الإلكتروني، أنظمة الدفع النقدي، المال الرقمي أو الإلكتروني، سرية المعلومات، أمن المعلومات من مخاطر إجرام التقنية العالية، خصوصية العميل، المسؤولية عن الأخطاء والمخاطر، حجية المراسلات الإلكترونية، التعاقبات المصرفية الإلكترونية، مسائل الملكية الفكرية لبرمجيات وقواعد معلومات المصرف أو المستخدمة من موقع المصرف أو المرتبطة بها، علاقات وتعاقبات المصرف مع الجهات المزودة للتقنية أو المورد لخدماتها أو مع المواقع الحليفة مشاريع الاندماج والمشاركة والتعاون المعلوماتية².

■ مخاطر فجائية : مثل هذه المخاطر تؤدي إلى مشاكل في السيولة وفي سياسة القروض المصرفية، حيث أن فشل المشاركين في نظام نقل الأموال الإلكترونية أو في سوق الأوراق المالية بشكل عام في تنفيذ التزاماتهم - الدفع و التسديد - يؤدي غالبا إلى توتر قدرة مشارك أو مشاركين آخرين للقيام بدورهم في تنفيذ التزاماتهم في موعدها، وهذا ما يؤدي إلى توتر العلاقات وزعزعت الاستقرار المالي في السوق .

■ مخاطر تكنولوجية : ترتبط المخاطر بالتغيرات التكنولوجية السريعة، وإن عدم إلمام موظفي المصارف بالاستخدام الأمثل للتكنولوجيا الحديثة يؤدي إلى القصور في أداء العمليات الالكترونية بشكل صحيح .

الخاتمة :

يعتبر التقدم التكنولوجي من العوامل المساعدة في تطوير تقنيات المعلومات والاتصالات بما يكفل انسياب الخدمات المصرفية بكفاءة عالية، والعمل على تحسين استغلال التقنية الإلكترونية هي من عوامل عصر المنظومة المصرفية الحديث لمواكبة تحديات العصر، ومواجهة ضغط منافسة المصارف الأجنبية الموجهة أساسا لجذب العملاء.

فالعمل المصرفي الإلكتروني يتجاوز الوظائف التقليدية ويهدف إلى تطوير وسائل تقديم الخدمات المصرفية، ورفع كفاءة أدائها بما يتماشى والتكنولوجيات الحديثة وعلى هذا الأساس سعت الدول المتقدمة إلى تخفيض تكاليف

¹ - موسى خليل ميري، "القواعد الناظمة للصيرفة الالكترونية"، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، مداخلة مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، ص:260.

² - شول شهرة، مدوخ ماجدة، "الصيرفة الالكترونية : ماهيتها- مخاطرها- حمايتها"، مداخلة مقدمة إلى المنظومة المصرفية في الألفية الثالثة: منافسة، مخاطر، تقنيات، جامعة جيجل- الجزائر، يومي 06/07 جوان 2005، ص:15.

العمليات المصرفية التي تتم عبر القنوات الالكترونية لتدعيم العلاقات وزيادة ارتباط العملاء بهذا المصرف وهو ما يعزز من المكانة التنافسية له في سياق الأعمال التجارية الالكترونية .

وحتى تؤدي المصارف الالكترونية دورها بفعالية فإنه يجب العمل على التحكم في تقنيات الاتصال، وحماية شبكة الانترنت من الاحتيال، وضمان سرية جميع العمليات المصرفية، وتأمين أكثر حماية بخلق إطار فني مهني متخصص، وإطار تنظيمي محكم ذو شفافية في العمل المصرفي وإقامة رقابة صارمة ضابطة لهذه التعاملات وإلا فإن مساق الرهان يتحول من الرغبة في تعظيم المكاسب إلى وجوب تقليل الخسائر.

• المراجع :

- رحيم حسين، هواري معراج، " الصيرفة الالكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية "، مداخلة مقدمة إلى ملتقى المنظومة المصرفية والتحويلات الاقتصادية- واقع وتحديات - جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف- الجزائر، يومي 14/15 ديسمبر 2004.
- منير الجنيهي، ممدوح الجنيهي، البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- ذكري عبد الرزاق محمد : " النظام القانوني للبنوك الالكترونية (المزايا ، التحديات، الأفق)"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2010.
- محمد الشافعي، " بطاقات الأداء و الائتمان بالمغرب "، الطبعة الأولى، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، 2002 .
- ضياء علي احمد نعمان : "حماية المستهلك في العقد المبرم بشكل الكتروني-الوفاء الالكتروني نموذجاً- "المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 10، 2014.
- احمد سفر، أنظمة الدفع الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان ، 2008.
- ضياء علي احمد نعمان : النقود الالكترونية وسيلة وفاء في التجارة الالكترونية"،المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5، 2011.
- محمد بن قينان بن عبد الرحمان التتيفات : "الكمبيالة الالكترونية دراسة مقارنة"، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير بالمعهد العالي للقضاء قسم السياسة الشرعية - شعبة الأنظمة، سنة 1424هـ المملكة العربية السعودية
- موسى عيسى العامري : " الشيك الذكي"، أبحاث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المجلد الأول، -11 ربيع الأول 1424 هـ الموافق 10-12 مايو 2003م.
- موسى خليل متري، " القواعد الناظمة للصيرفة الالكترونية"، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، مداخلة مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق.
- شول شهرة، مدوخ ماجدة، " الصيرفة الالكترونية : ماهيتها- مخاطرها- حمايتها"، مداخلة مقدمة إلى المنظومة المصرفية في الألفية الثالثة : منافسة، مخاطر، تقنيات، جامعة جيجل - الجزائر، يومي 06/07 جوان 2005.

القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة نكيج المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار



من إعداد : بلحسان هواري باحث دكتوراه

قانون العلاقات الاقتصادية الدولية كلية الحقوق

جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم - الجزائر

Email : belhacene.houari@gmail.com

الملخص :

تعترف اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لأطراف النزاع بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل محكمة التحكيم، بمعنى أنها تفصل في النزاع، وفق القواعد القانونية التي يتفق طرفا النزاع على تطبيقها، وذلك احتراماً لحرية الإرادة باعتبارها أحد المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق، وهو ما تجسد في أحكامها.

أما في الحالة التي لا يتفق فيها الأطراف على قانون معين، فإن محكمة التحكيم استناداً إلى أحكام الاتفاقية تطبق قواعد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين فيها، بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق على النزاع، وفيما يتعلق بتطبيق هذه الأخيرة، عند غياب اتفاق الأطراف على قانون معين طبعاً، فإن المحكمة تطبق تلك المبادئ في الحالات التي تحيل فيها قواعد القانون الداخلي للدولة الطرف في النزاع على القانون الدولي، أو كان هناك مساس بالعدالة من طرف القانون الداخلي، أو في حالة تصرف الدولة الطرف بطريقة تثير احتجاج الطرف الخاص، هذا إلى جانب من المفترض هو تطبيق قانون الدولة المستقبلية كما هو معروف.

الكلمات المفتاح : عقود الدولة للتنمية الاقتصادية - المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID -
شرط الثبات التشريعي - شرط تحديد القانون الواجب التطبيق - القواعد الآمرة - مبدأ سلطان الإرادة -

مقدمة :

تهدف عقود الدولة للتنمية الاقتصادية التي تبرم بين الدولة ذات السيادة أو أحد مؤسساتها مع الشركات الخاصة الأجنبية إلى تنمية القدرة الاقتصادية للدولة المتعاقدة، بمساعدة رأس المال أو التكنولوجيا المتقدمة أو المواد الأولية التي يملكها الأجنبي، وفي نفس الوقت يستهدف المتعاقد الأجنبي تحقيق الربح من وراء تعاقد، وهو ما يجعل هذا الأخير حريصاً على ضمان مستقبل استثماره، بالاتفاق على مجموعة من الشروط التعاقدية التي تكفل له أكبر قدر من المزايا والحصانات طوال مدة العقد.

ويسعى أطراف هذه العلاقة العقدية إلى إنجاح علاقاتهم ببذل أوجه التعاون الممكنة بينهم، إلا أن ذلك يقتضي تحديد حقوق والتزامات كل منهم بالاتفاق الصريح بينهم أثناء إبرام عقد الاستثمار، بحيث تدرج ضمن نصوصه، وقد تحدد هذه الحقوق والتزامات بصفة عامة، مع ترك التفاصيل للقانون الواجب التطبيق في التحكيم لتسوية المنازعات القانونية التي قد تنشأ بين أطراف هذه العقود.

وتتضمن الكثير من عقود الدولة للتنمية الاقتصادية، شروطاً للتحكيم الدولي الخاص الذي ينعقد للنظر في كل حالة على حدى، فيما يطلق عليه تحكيم *Ad hoc*، وكان الغالب أن تفشل هذه الشروط في النص على أسلوب لتحديد القانون الذي يجب على المحكمين إتباعه في إصدار حكمهم.

وقد ينشب الخلاف بين الأطراف المتعاقدة (الدولة أو أجهزتها والمستثمر الخاص الأجنبي)، ويعرض الأمر على محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي يجب أن تواجه مشكلة البحث عن القواعد القانونية الأنسب التي تطبق على النزاع القانوني المعروض عليها، لكي تفصل فيه بحكم فاصل وعادل، في ظل غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على التحكيم.

وقد تضمنت اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قواعد صريحة بشأن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، لا سيما إذا ما نشأ نزاع حول تنفيذ العقد، أو تفسيره، أو خرق شروطه، أو إنهائه... إلخ، وهو ما تدور حوله إشكالية بحثنا من خلال التساؤل التالي:

ما هي المبادئ والقواعد القانونية التي يمكن أن تقبل كقانون واجب التطبيق لإصدار قرار التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد الاستثمار في حالة تحديد أو عدم تحديد ذلك القانون صراحة بموجب شروط العقد؟ وهل تركت اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي للأطراف الحرية في تحديد هذا القانون؟ وإذا فرض أنها تركت لهم ذلك فهل تركتها مطلقة أم وضعت عليها قيود تحدد نطاقها؟

وللإجابة على هذا التساؤل اقترحنا فرضيات مختلفة، و يمكن إجمال هذه الاقتراحات في الإختيار بين القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، والقانون الوطني للدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي، وقانون دولة مقر التحكيم، والقانون الدولي العام.

ولا شك أن الأخذ بأي من هذه المقترحات له مزاياه التي تحسب له، وأوجه الانتقاد التي توجه إليه، إلا أن كل منها على حدى قد لا يكفي لتقديم ما تبحث عنه هيئة التحكيم، فمن الأساسي أن يلاقي النظام القانوني المختار قبول كل من الدولة المضيفة والمستثمر الخاص الأجنبي، وأن تؤدي قواعد هذا القانون إلى التوصل إلى حكم فاصل وعادل في النزاع.

• خطة الدراسة : لذلك فإن هذا الإسهام يهدف إثراء وتحليل هذه المشكلة، وذلك بالتركيز على النقاط التالية :

1- حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

2- تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح للأطراف.

I. حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

لما كان لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾ دوره البالغ الأهمية في تحديد شروط التعاقد، كان بديهياً أن يكون له دوره البارز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية⁽²⁾، وهو ما انعكس على نصوص اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

والحقيقة أنه، وإن كان لمبدأ سلطان الإرادة دوره البارز في الاتفاق على شروط التعاقد في العقود التي تبرمها الدولة مع المشروعات الخاصة الأجنبية، في ظل عدم توازن القوى بين الطرفين، بما في ذلك شرط تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذا الدور ليس له صفة الإطلاق، إذ أن هناك من المسائل ما لا يقبل الخضوع لقانون سوى قانون الدولة الطرف في العقد، بما مفاده أن هناك اختيار مسبق يسبق التعاقد، ويصدر عن المشرع في هذه الدولة، اختيار لا يقبل التعديل، لصدوره في صورة القواعد الأمرة التي لا يجوز مخالفتها، وإلا طبقت فكرة النظام العام⁽³⁾، وقد يضع المتعاقدون القواعد المذكورة في مشارطتهم العقدية بغرض تحويلها إلى نصوص تعاقدية.

1- دور مبدأ سلطان إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع :

إذا لم يكن هناك مثل هذه القواعد الأمرة، فقد يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم، سواء كان هو قانون الدولة المتعاقدة أو قانون آخر، مستخدمين في ذلك ما أقره لهم النظام القانوني الأساسي من حرية الاختيار⁽⁴⁾، تلك الحرية التي أصبحت مبدأ مستقراً في الفقه وقضاء القانون الدولي، ويطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة.

ويعزي التسليم بهذا المبدأ⁽⁵⁾ إلى أسباب عملية أكثر منها نظرية، إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقدهم، للتعدد الكبير وللاختلافات في التعاملات العقدية الدولية، ذلك أنها تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة التي يرغبوا في تحقيقها، كأن يختاروا قانون دولة أخرى أجنبية عنهم، نظراً لما يتضمن من أحكام تنظم عقدهم بصورة معينة أو بصورة تفصيلية، وأفضل من تلك التي كانت ستحققه الأحكام التي وردت في قوانينهم الشخصية، كأن يختاروا القانون السويسري مثلاً ليسري على عقدهم لما يحققه ذلك من قيود أقل.

إذن، فدور المبدأ لا يستهدف إلا تأكيد وضمناً احترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين *Légitimes Prévisions de Parties* باستخدامه لتحديد القانون الواجب التطبيق من ناحية، معطياً للأطراف فرصة التحكم في هذا القانون من ناحية أخرى، تفصيل ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة يسمح للأطراف باستبعاد قانون معين،

¹ - Jean M, Jaquet, Príncipe d'autonomie et contract internationaux, Economica, 1983. P 07.

² - حيث يعرف البعض هذا المبدأ بقوله: "أنه السلطة التي للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق في المسائل العقدية".

J. P. Nipoyet, La theorie d'autonomie la volonte, RCADI, Vol.16, T,I, 1927, p 05.

³ - فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة 1994، ص 133 وما يليها.

⁴ - صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1993، من ص 471 إلى ص 490.

⁵ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 02، الطبعة 9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص 419 - 420.

أو التغيير في طبيعة القانون الذي يختارونه، بإدراجه في المشاركة العقدية ليصير في حكم الشروط العقدية، أو بتجزئة وتقييد أحكامه، ليتحول بذلك من مبدأ لحل مشكلة تنازع القوانين، إلى مبدأ يسمح بالحرية التعاقدية في مجال التجاري والاقتصادي الدولي.

ولذلك، فقد حرص واضعوا اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على إعطاء أطراف النزاع قدرا واسعا من الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، لا سيما إذا ما أثير نزاع بشأنها وعرض الأمر على محكمة تحكيم المركز، ولم يقتصر ذلك على حريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فحسب، بل على إجراءات تسوية النزاع أيضا، وذلك لتحقيق أكبر قدر ممكن من الحرية لأطراف العلاقة، وتحديد الإطار المناسب الذي سيتم في نطاقه تسوية نزاعهم⁽¹⁾.

فقد نصت المادة (42) في فقرتها الأولى على أن: " تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وإن لم يوجد اتفاق، فللمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع شاملا قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي".

ومؤدى ذلك أن للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق في التحكيم بينهم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف اختيار النظام القانوني لأي من الطرفين، أو كليهما، أو حتى قانون دولة ثالثة، وعلاوة على ذلك يمكنهم الاتفاق على فض منازعاتهم طبقا للمبادئ العامة للقانون، أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين⁽²⁾.

ويستخلص من ذلك، أن الفقرة الأولى من المادة (42)، قد قدمت مبدأ سلطان الإرادة، باعتباره المبدأ الأساسي الذي يحكم القانون الذي تطبقه محكمة التحكيم⁽³⁾، ومعنى ذلك، أنه قد تنشأ صعوبة عندما يقوم الأطراف باختيار قانون دولة بعينها، حيث يثور التساؤل عما إذا كان هذا الاختيار يشير إلى هذا القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار، أو في الوقت الذي يكون عليه وقت انعقاد هيئة التحكيم؟

وتتوقف الإجابة على هذا التساؤل، على ما إذا كان الأطراف قد ضمنوا اتفاقهم شرطا يقضي بتجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، فيما يسمى بشرط التثبيت التشريعي⁽⁴⁾ **Stabilisation Clause**، أم خلا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فلو أن الأطراف لم يضمنوا اتفاقهم مثل هذا الشرط، فإن على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني المختار بالحالة التي هو عليها وقت أن دعت المحكمة لإصدار هذا التحكيم، أما إذا تضمن الاتفاق هذا الشرط فإن القانون الواجب التطبيق، يكون هو ذلك الموجود وقت انعقاد اتفاق الاستثمار.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، "دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، من ص 54 إلى ص 57.

² - جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ICSID، بحث مقدم إلى ندوة أهمية اللجوء إلى التحكيم التجاري بالمنطقة بدلا من التحكيم في دول الغرب، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالاسكندرية، جامعة الاسكندرية في 19 أكتوبر 1991، ص 86.

³ - G. R. Delaume , The pyramids stand, the pharohs can rest in peace, ICSID rev , Vol.08, No 02, 1993, p 321.

⁴ - P. Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intengibilite inserees dans les accords de developpment economique, Melanges Ch. Rousseau, Paris , p 301.

ويفهم من ذلك النص أيضا، أن واضعوه قد استبعدوا إحدى الأفكار الحديثة التي يطلق عليها نظرية العقد بلا قانون⁽¹⁾ *Contract sans lois*، التي مؤداها أن للدولة والمتعاقد الخاص الأجنبي أن يدرجوا بعقدتهم تنظيمًا كاملاً مفصلاً لكافة جوانب علاقاتهم، بحيث يلجأ إلى هذا النظام تماماً عند حدوث أي نزاع، ودون الرجوع إلى أي نظام قانوني آخر، وبحيث يعتبر عقدتهم اتفاق إطار بين أطرافه *chart-cadre*، وبحيث يفلت حتى في تفسيره من تطبيق أي نظام للقواعد القانونية سواء الوطنية أو الدولية⁽²⁾، ومن ثم إذا عرض الأمر على هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإن على المحكمة أن تبحث عن الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار قانوننا ما، فإن لم تجد فعليها أن تبحث في إرادتهم الضمنية دون أن تكتفي بما ورد في المشاركة العقدية، ذلك أن "العقد لا يمكن أن يوجد في فراغ"، على حد تعبير المحكم في تحكيم أرامكو، بل يجب أن يعتمد على قواعد نظام قانوني معين لتمنح الأطراف الحرية في التعاقد، واختيار القانون الواجب التطبيق.

فإن لم يختار الأطراف أحد النظم القانونية الوطنية لتكون هي القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، فقد يختاروا قواعد القانون الدولي لحكم العلاقة⁽³⁾، فهل هناك مجال لتطبيق القانون الدولي في ظل تطبيق الفقرة الأولى من المادة (42)؟

بداية، يرى البعض أنه يقصد بالقانون الدولي: مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات، لا سيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية والملاحة واتفاقيات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية⁽⁴⁾.

وقد ذهب إلى أن لمحكمة تحكيم المركز أن تطبق القانون الدولي، وإن لم تشر إليه المادة (42) في فقرتها الأولى، باعتبار أن ذلك من مستلزمات وجودها كهيئة إنشاءات للفصل في نزاع متعلق بعقود الاستثمار الدولي، وإن في ذلك وسيلة للحماية الدولية للاستثمار.

ويلقى هذا الاتجاه تأييداً من جانب الفقه، وإن اختلفوا في تبرير ذلك، فقد ذهب آخر إلى أنه يمكن أن تؤخذ قواعد القانون الدولي في الاعتبار لدي المحكمة لتوضيح أو تكملة القانون الوطني الواجب التطبيق، وإن كان هذا الأخير مختاراً من أطراف النزاع⁽⁵⁾.

ويرى ثالث، أن تطبيق القانون الدولي رغم عدم النص عليه في الفقرة الأولى من المادة (42)، يظل ممكن في حالة كون القانون الذي اختاره الأطراف هو قانون الدولة المضيفة، أما إذا غيرت هذه الأخيرة قانونها لإنكار أو للإنقاص من حقوق المستثمر، وبعبارة أخرى، فإن قواعد القانون الدولي قد تطبق باعتبارها جزء من قانون الدولة المضيفة، وتلك هي وجهة النظر التي نجدتها واضحة في تحكيم شركة امينثوبل سنة 1982، وتحكيم ليكتو، الصادر عن إحدى هيئات المركز الدولي.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 61 - 62.

² - د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية"، دار النهضة العربية، 1989، ص 68.

³ - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 63.

⁴ - R. Preiwerk, La protection des investissements privés dans les traités bilatéraux, Zurich, 1963, p 195.

⁵ - Goldman, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D, du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatif aux investissements entre états et ressortissants d'autres états, dans investissements étrangers et arbitrage entre états et personnes privées, la convention B.I.R.D du 18 mars 1965, 1969, p 151.

ولا يعني تطبيق قانون ما في النزاع، أن تستبعد الأحكام التي تضمنتها بنود المشاركة العقدية، بل على العكس، فإن تطبيق هذه الأخيرة يعد أمراً جوهرياً، تنص عليه كل النظم القانونية ويمثل مبدأ عاماً، فيما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله.

ووفقاً لهذه الظروف، فإن سلطة المحكمة في التصرف ستتخصص في مرحلتين :

- ففي المرحلة المبدئية ، يجب أن تتحقق المحكمة صراحة مما إذا كان الأطراف قد عبروا عن إرادتهم صراحة، واتفقوا على قواعد القانون الواجب التطبيق في النزاع، فإن ثبت لها وجود تلك الإرادة الصريحة، وجب عليها أن تلتزم بما اختاره الأطراف، ذلك أن مخالفة هذه الإرادة سيعد تجاوزاً وتعسفاً من المحكمة في استخدام سلطتها **Manifest excess of power** بالمعنى الذي قرره المادة (52) الفقرة (01) من الاتفاقية، الأمر الذي يعرض حكمها للإلغاء.

- ولا تقوم المحكمة - في المرحلة الثانية - بتحديد القانون الواجب التطبيق، إلا إذا توصلت بعد بحثها إلى أن الأطراف لم يستخدموا إرادتهم للتوصل إلى اتفاق صريح حول هذا القانون، وقد بينت معظم الأحكام المنشورة عن المركز الدولي، أن هناك أغلبية في حالات تحديد القانون الواجب التطبيق، وتشير هذه النصوص عادة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، الذي يغلب أن يصطبح بالنص على تجميده أو تثبيته **Frozen or stablized** لأسباب مختلفة، وإن اختلفت ذلك في الأحكام التي نشرت في السنوات الأخيرة.

وإذا رجعنا إلى قضاء التحكيم أمام هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لوجدنا نموذجاً واضحاً للاتفاق الصريح لأطراف النزاع على القانون الواجب التطبيق، وهو ذلك الخاص بالتحكيم بين شركة أجيبي **Agip** ضد الكونغو، حيث اتفق الطرفين في عقدهما على أن: " تسوى الخلافات التي قد تنشأ بين الأطراف بشأن تطبيق أو تفسير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفقاً لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، من خلال هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين يعينوا وفقاً لأحكام الاتفاقية، على أن تطبق الهيئة القانون الكونغولي المستكمل في حالة الضرورة بأي من مبادئ القانون الدولي العام".

2- الاتفاق على تفويض المحكمة في تطبيق قواعد العدل والإنصاف :

قد لا يتفق أطراف التعاقد على تحديد قانون معين للتطبيق على العلاقة، إلا أنهم يفوضوا الأمر إلى المحكمة التي يعرض عليها النزاع، في أن تصدر حكمها وفقاً لقواعد العدل والإنصاف⁽¹⁾، وذلك بشرط الاتفاق الصريح على ذلك بين الأطراف، ويرى البعض أن النص على ذلك يجب أن يحسب ضمن مزايا نظام تحديد القانون الواجب التطبيق الذي تضمنته الاتفاقية، حيث قننت أسلوباً مرناً لتسوية المنازعات، وإن شابها في ذلك بعض نظم الهيئات الأخرى للتحكيم، كغرفة التجارة الدولية التي ضمنت لائحتهما للتوفيق والتحكيم نصاً مماثلاً في المادة (19) منها، تحت مسمى التسوية الودية **Amiable Composition**، ولكن لنا أن نتساءل هل معنى ذلك أن الاتفاقية تسمح للمحكمين بأن يحكموا وفق هواهم الخاص؟

يغلب أن تطبق هيئة التحكيم نظام قانوني معين، ويغلب أن يكون هو قانون الدولة المتعاقدة ذاتها، فإن وجد الحكمون أن بهذا النظام نقص أو ثغرات، فإنهم يبذلون جهدهم للتوصل إلى الحل الأكثر عدالة للنزاع المعروض،

¹ - المادة (42) الفقرة الثالثة من اتفاقية واشنطن.

مستخدمين العدالة الطبيعية Justice Naturelle لتكملة العدالة القانونية، دافعهم في ذلك أن مثل هذا الحكم لا بد وأن يتم تنفيذه، الأمر الذي يقتضي أن يكون مسببا ومستندا إلى قانون ما، وإن لم يكن نظاما قانونيا لدولة محددة. ومع أن تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدرها هيئة تحكيم المركز، تحاط بهيبة خاصة، إلا أن التسبب والاستناد إلى فكر قانوني ما، يظل أمرا ضروريا للحفاظ على توازن المصالح بين الأطراف، وتشجيع الاستثمار في الدول النامية.

إذن فالفائدة التي تعود على المحكمة من هذا النص، أنه يوسع من سلطات المحكمة ويعطيها حرية أكبر في تسوية النزاع، فيستطيع المحكم عند اتفاق الأطراف على تفويضه في ذلك، أن يختار أي نظام قانوني يراه ملائما للتطبيق، ويستطيع أن يستخدم أساسا للتسوية يستمد من المبادئ العامة للقانون، كما أن بإمكانه أن يوسع من نطاق تطبيق مبدأ قانوني معين أو تعديله ليناسب النزاع المعروض، الأمر الذي يساهم بدوره في تطوير القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الدولة للتنمية الاقتصادية.

ولا شك أن كل ما عرضناه بشأن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، سيسري هنا، فإن لم يوجد اتفاق، أو وجد ولكنه لم يكن كافيا لتغطية إحدى المسائل الإجرائية التي طرأت، فإن للمحكمة أن تفصل فيها⁽¹⁾.

II. تحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح للأطراف.

قد يعبر أطراف عقد التنمية الاقتصادية عن إرادتهم المتجهة صراحة نحو تحديد قواعد قانون معين بذاته لينظم علاقاتهم التعاقدية وما ينأ عنها من آثار، ويحدث في بعض الأحيان أن يغفل المتعاقدون التعبير عن هذه الإرادة في صورة واضحة، فيبرم عقدهم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة، أو النزاع الذي قد ينشأ بينهم⁽²⁾، وقد يرجع ذلك إلى سهو المتفاوضين، أو إلى رغبة المتعاقدين تجنب إعاقه تنفيذ الاتفاق بالاختلاف على مسألة قد تبدو لهم انذاك نظرية أو احتمالية، لا سيما إذا كان بينهم تعاملات سابقة.

وسواء كان هذا الإغفال مقصودا أو سهوا من أطراف الاتفاق، فإن على محكمة تحكيم المركز أن تفصل في النزاع، فإن لم تكن بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق تحديدا صريحا بموجب شرط بالمشاركة العقدية، ولا نص في القانون الدولة المتعاقدة، فلا مناص من أن يحدد المحكم أو المحكمون هذا القانون، باستخدام القواعد الملائمة لذلك، وأول ما يبدأ به هو البحث في نصوص اتفاقية إنشاء المركز، وهنا يثور التساؤل هل راعى واضعوا الاتفاقية مثل هذا الاحتمال؟

إن أبرز الحلول التي تقترح في هذه الحالات، هي ترك الحرية التامة للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث يفوضه الأطراف في تسوية النزاع بما في ذلك تحديد القواعد القانونية التي تسري عليه، وذلك هو الأسلوب الأكثر إتباعا في حالات إنشاء هيئات تحكيم المرة الواحدة Ad hoc، فضلا عن الأخذ به في لوائح بعض هيئات التحكيم المؤسسي، لا سيما في لائحة محكمة التحكيم الأوروبية.

¹ صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، من ص 64 إلى ص 77.

² - J. D.M. Lew, « Applicable law in international commercial arbitration, A study in commercial arbitration Awards, Oceana pub, New York, 1978, p 181.

ولا شك في إتباع ذلك الأسلوب مرونة تسمح للمحكّمين بأن يأخذوا في اعتبارهم الظروف المحيطة بالنزاع وفقا لكل حالة على حدى، كأن يؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف، وصفتهم "من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص"، وذلك هو الأسلوب الذي اتبع في تحكيم "أرامكو".

وبديهي أن محكمة التحكيم، لا بد وأن تعتمد على معايير موضوعية في بحثها عن ذلك القانون، إلا أن تلك الحرية في الاختيار قد تؤدي إلى حالة من عدم اليقين ومخالفة التوقعات المشروعة للأطراف وقد يسيء المحكم استخدامها.

لذلك فقد اهتم واضعوا اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بأن يقيدوا من هذا الإطلاق بوضع قاعدة موضوعية واضحة تضمنتها عبارات الفقرة الثانية من المادة (42)، التي قدمت قاعدة احتياطية لتواجه بها المحكمة الحالة التي يفشل فيها الأطراف في وصف وتحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث يلتزم المحكم في حالة غياب الاتفاق الصريح من الأطراف بتطبيق:

- إما قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد لتنازع القوانين.

- وإما قواعد ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمسألة محل النزاع⁽¹⁾.

معنى ذلك أن الاتفاقية، قد افترضت أن سكوت الأطراف المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق، يجب أن يفسر باعتبار أن إرادتهم الضمنية قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، ثم إلى تطبيق القانون الدولي، إذن فقد أزالته هذه الاتفاقية، غموض مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف⁽²⁾.

وإذ أن معظم النظم القانونية الوطنية قصور في القواعد اللازمة لتنظيم موضوعات عقود الدولة للتنمية الاقتصادية، وكانت الاتفاقية قد حظرت على المحكمين إنكار العدالة *No liquet*، فقد أضافت الاتفاقية قواعد ومبادئ القانون الدولي المناسبة للتطبيق لترجع المحكمة إليها بعد البحث في قانون الدولة الطرف في النزاع لتكمل منها ما قد يوجد في الأخير من أوجه نقص أو قصور.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، من ص 78 إلى ص 82.

² - Nigel S. Rodly, Some Aspects of the world bank convention the settlement of investment disputes, Canadian year book of international law, No.4, 1966, p 57.

1- تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين. أ- تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع : * التزام هيئة تحكيم المركز بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة :

عند غياب الاتفاق بين الأطراف على اختيار القانون الذي يجب إعماله من قبل المحكمين على النزاع المعروض على المحكمة، فإن أحكام الاتفاقية تلزم هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملا القواعد الخاصة بتنازع القوانين⁽¹⁾.

ويرجع السبب في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، إلى رؤية البعض أن القيام باستثمار في دولة معينة يشتمل ضمنا على الرضا بتطبيق قانون هذه الدولة، حيث أنه القانون الأوثق علاقة بالعقد، وذلك إعمالا بنظرية التركيز، والتي مؤداها أن القانون واجب التطبيق على العقد، هو القانون الذي يتركز فيه العقد، حيث أن نظرية التركيز تقوم على مكان تنفيذ العقد، وهو إقليم الدولة المتعاقدة، وعلى ارتباط هذا العقد بالمصالح الأساسية للدولة المتعاقدة⁽²⁾.

يرى البعض، أنه في حالة غياب اتفاق صريح بين الأطراف على اختيار قانون معين، وإن كان على هيئة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المضيفة أو الطرف في النزاع، وقواعد القانون الدولي بحسب الأحوال، فإن لها أن ترفض تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، إذا كان هذا الأخير يخالف قواعد القانون الدولي⁽³⁾.

ذلك أن الإشارة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والطرف في النزاع، لم يأتي من فراغ ولم يكن مطلقا من كل قيد، إذ أن الخضوع له إنما نشأ نتيجة لخضوع الدولة أو الشخص العام الطرف في عقد التنمية الاقتصادية لذلك القانون الذي يحدد شروط تحديد من هو الأجنبي وما هي حقوقه في مثل هذا التعاقد، في ظل القواعد العرفية للقانون الدولي المعمول بها في هذا الشأن، فضلا عن القواعد الاتفاقية في المعاهدات الدولية واتفاقيات تشجيع الاستثمار.

والحقيقة أن تفسير مفهوم قواعد القانون الوطني الواجبة التطبيق في مختلف نظم تنازع القوانين بشأن العقود يؤدي إلى واحد من اثنين :

- إما أن يكون قانون محل إبرام العقد.

¹ - هشام صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 05.

المقصود بتنازع القوانين: هو وجود أكثر من قانون يدعي أنه صاحب سند شرعي في حكم النزاع، وحل مشكلة تنازع القوانين يتم عادة بواسطة إعمال قواعد معينة، تسمى بقواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد.

وقواعد الإسناد هذه هي القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الذي يجب إعماله على المراكز ذات العنصر الأجنبي، فهي قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلة فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية.

وقواعد الإسناد على هذا النحو، هي قواعد يضعها المشرع لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا، أو أكثرها وفاءا لمقتضيات العدالة من وجهة نظره، فقواعد الإسناد تهدف إذن إلى وضع أكثر الحلول مناسبة من وجهة نظر المشرع أو المحكم.

² - طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 484.

³ - جلال وفاء محمد، المرجع السابق، ص 87.

- وإما أن يكون قانون محل التنفيذ⁽¹⁾.

وبديهي أنه في حالة إبرام عقود التنمية الاقتصادية، التي ينتج عنها نشاط للمستثمر في الدولة المضيئة، سيندمج كلا التفسيرين لصالح قانون الدولة المضيئة، حيث يغلب أن يبرم العقد فضلا عن تنفيذ ما يرتبه من التزامات في إقليم تلك الأخيرة، ومن ثم ندرك أن الاتفاقية لم تفعل سوى تقنين للواقع العملي.

* استبعاد تطبيق القانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع:

قد يثور التساؤل عن السبب الذي دعى واضعوا هذا النص لاستبعاد النظام القانوني الوطني للمستثمر الطرف في النزاع؟

الحقيقة أن إجابة هذا التساؤل، تكمن في تطبيق هذا القانون يعترضه عائقين :

- يرجع إلى أن طبيعة ما يقدمه المستثمر نفسه من مال أو تكنولوجيا، يتميز بكونه منقول غير ثابت فضلا عن احتمال تعدد مقدمي هذه العناصر ممن يتقدمون للتعاقد في ذات المشروع (سواء كانوا أفراد طبيعيين أو معنويين أو مختلطين).

ولا شك أن وحدة الأداة العقدية يقتضي وحدة القانون الذي يحكمها، الأمر الذي يخلق مشكلة في الاختيار والتفضيل بين عدة نظم قانونية وطنية.

- ويرجع إلى طبيعة الدولة أو الشخص المعنوي المتعاقد، حيث يصعب تصور إخضاعه لقانون دولة أخرى دون وجود اتفاق صريح على ذلك، إذ أن النشاط ينفذ على إقليمه الوطني وفي إطار قانونه لا سيما ما يتعلق منها بالنظام العام، والقواعد ذات التطبيق الفوري، التي يلزم تطبيقها إعمالا للقواعد العامة، ذلك أنه لا يمكن أن نتصور استبعاد تطبيق مثل هذه القواعد من النطاق الأصيل لتطبيقها، لا سيما وإنها تتصل بسياساتها الاقتصادية والاجتماعية، دون أن يتعرض تنفيذ العقد لعوائق جسيمة تفقده قيمته.

* تقييم تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع :

في غياب أي قرينة أخرى، فإن قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، يصبح هو القانون الواجب تطبيقه تلقائيا، بما في ذلك ما يشتمل عليه من قواعد لتنازع القوانين حتى ينتفي عن هذا القانون شبهة الجمود.

وإذا ما وجد أن قانونا آخر هو القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد، فإن هذا القانون يصير هو القانون الواجب التطبيق، وإن كان ذلك أمر نادر الحدوث.

ومن ثم فإن القواعد الموضوعية في القانون الوطني للدولة المتعاقدة ستكون هي القانون الواجب التطبيق في معظم الأحوال، وهو ما يواجه بالانتقادات التالية:

- لا تخفى مدى الصعوبة التي تواجه تطبيق قانون وطني أمام القضاء الدولي، إذ لا يستطيع أحد أن يقول بأن على المحكمة الدولية أن تعرف كل القوانين الوطنية أو أن تستطيع تطبيقها، هذا فضلا عن أن محكمة التحكيم ستطبق هذا القانون أيا كانت طبيعة قواعده، أو ما تتسم به من العدالة وأيا كانت ظروف القضية المعروفة والتي قد تشير إلى صلة العلاقة بقانون آخر.

¹ - Batiffol, Les conflits de lois en matiere de contrats, Paris, 1938, p 85 et s.

علاوة على أن تطبيق قانون الدولة المتنازعة يعطيها ميزة معرفتها الأوسع والأعمق بقانونها بالنسبة للطرف الثاني في النزاع، مما يجعلها أقدر على تفسيره وبسط حجتها أمام هيئة التحكيم.

ومن ناحية أخرى، فإن النزاع إذا كان قد سبق عرضه على إحدى المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة، سيجعل من رفع النزاع إلى محكمة تحكيم المركز نوعاً من الاستئناف، حيث ستطبق نفس القانون بنفس الأسلوب، مما يجعل تحكيم المركز مضيعة للوقت ووسيلة للتسويف وإطالة أمد النزاع، وتظهر المشكلة أكثر إذا ما أصدرت محكمة التحكيم حكماً يخالف الحكم الذي أصدرته المحاكم الوطنية استناداً على نفس القواعد القانونية، مما يؤثر بالتالي على إمكانية تنفيذ حكم التحكيم.

- إن الدولة هي متحكمة في التشريع الوطني، وثم فبإمكانها أن تعدل فيه، بحيث تبطل بل تعدم *Annihiler* التزاماتها التعاقدية، إضافة إلى أن الدولة المتعاقدة قد ترهق الطرف الثاني بل تعجزه بالتغيير المستمر - وأحياناً المتعارض - في تشريعاتها وإن لم تكن تتغيا إلا المصلحة العامة، ومن ثم يصير القانون الواجب التطبيق معلقاً على إرادة أحد أطراف النزاع، وهو الأمر الذي دفع المحكمين في الكثير من الأحيان لأن يتهربوا من تطبيق القوانين الوطنية، والسعي نحو تسيب أحكامهم استناداً إلى قواعد القانون الدولي، أو المبادئ العامة للقانون.

- أنه من المتوقع ألا يمكن تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، لما يشوبه من أوجه قصور في التشريع، أو نظراً لطبيعته الدينية، لا سيما - على حد زعمهم - قوانين الدول الإسلامية التي وضعت في القرن الثامن والتاسع، والتي لا تتضمن القواعد الملائمة لتفسير عقد كعقود الامتياز البترولية، وكذلك قوانين الدول النامية التي لم تتضمن بعد التنظيم المناسب لعمليات نقل التكنولوجيا الحديثة، هذا فضلاً عن أن مثل هذه القوانين، قد لا تكون ملائمة للحكم على مدى صحة الشروط العقدية وأثرها التي تتخطى حدود عدة دول وتحتاج إلى تطبيق العديد من النظم القانونية.

ومع تلك الانتقادات، ذهب دعاة تدويل عقود الدولة للتنمية إلى أن تطبيق أحد القوانين الوطنية، ما يزال لا يستبعد في كل الأحوال لصالح تطبيق القواعد العامة أو غيرها، إلا أن هذا التطبيق يغلب أن يقتصر على أن يكون تطبيقاً جزئياً، ذلك أن افتراض تطبيقه يسقط - في رأيهم - إذا ما واجه مبادئ أسمى وأهم مثل مبدأ العدالة، أو احترام الحقوق المكتسبة أو وجوب توازن العلاقات التعاقدية.

ومن ثم فلم يعد مناسباً الزعم بأن القانون الوطني يجب أن يطبق تلقائياً، لا سيما وأن العلاقة بين الأطراف المتعاقدة لا بد وأن تقوم على التعاون لا التعارض، ولذلك يجري قضاء محاكم التحكيم على مراعاة طبيعة التعاقد واحتمالات المخاطر وشروط العقد قبل تطبيق قانون الدولة المضيفة، باعتبار أن محوري مثل هذه الاتفاقيات الهامة كان بإمكانهم - إن كانت هناك رغبة أكيدة في تطبيق قانون الدولة المضيفة - أن يدرجوا ذلك صراحة ضمن شروط العقد.

وينبغي ألا يفسر السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق لصالح تطبيق القانون الوطني وحده، بل يدعي المحكم لأن يبحث في ضوء روح الاتفاق عن التفسير المناسب لنصوص الاتفاق محل النزاع، الذي ربما يرى أنها قد تفسر بتطبيق قانون وطني محدد أو تفسر بالرغبة في إخضاع العقد لقواعد أوسع واشمل كالقواعد العامة للقانون.

وبديهي أن في ذلك الاتجاه ما يخالف الاتجاه الذي اعتمده المحكمة الدائمة للعدل الدولي - ومازلنا نؤيده - في قضايا القروض الصربية والبرازيلية، والذي كان الأساس الذي يستند عليه لتعليل قاعدة افتراض تطبيق قانون

الدولة الطرف في النزاع بصورة تلقائية، تأسيسا على أن أحد الأطراف دولة ذات سيادة، ولا يمكن أن نتصور افتراض خضوعها لقانون دولة أخرى ليحدد صحة شروط تعاقدها والتزاماتها اتجاه غيرها⁽¹⁾.

ب- تطبيق قواعد تنازع القوانين للدولة المتعاقدة :

إن المحكمة، قد تصل إلى تطبيق قواعد نظام قانوني آخر تشير إليه قاعدة من قواعد الإسناد التي تضمنها القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع، سواء كان هذا النظام نظاما قانونيا وطنيا، أم كان هو القانون الدولي ذاته.

بل أن البعض ذهب إلى أن طبيعة التحكيم ذاته باعتباره قضاء يخرج عن إطار القضاء الوطني، تحتاج إلى أن يطبق في أحكامه قواعد عامة تتخطى حدود تطبيق قانون محدد بذاته، وأنه إذا كان هناك من الأحكام ما طبق القاعدة التي جاءت في قضاء المحكمة الدائمة للعدل الدولي منذ 1929 فيجب ألا يعتبر ذلك عرفا واجب الإلتباع.

من ذلك أن المحكم في تحكيم أرامكو رأى أن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) الموجودة في قانون المملكة العربية السعودية، يجب أن يسبق بتفسير هذه القواعد أو تكملتها عند الحاجة بالمبادئ العامة للقانون والعادات المتعارف عليها في صناعة البترول، باعتبار أن مثل هذه المفاهيم تعد نوعا من النظام العام الأسمى، وقد طبقت هذه القواعد في العديد من أحكام التحكيم التي صدرت عن المركز.

ففي قضية بونفينيوتي وبون فانت *Benvenue et Bon Fant* ضد الكونغو سنة 1977 استظهرت هيئة التحكيم عدم تعبير الأطراف المتعاقدين عن رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين.

ومن ثم لجأت المحكمة إلى تطبيق الفقرة الثانية من المادة (42) من اتفاقية إنشاء المركز، وانتهت إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الكونغو، فضلا عن قواعد العدل والإنصاف التي يحق للمحكمة تطبيقها وفقا لاتفاق أطراف النزاع، وهو نفس ما اتبعته محكمة التحكيم التي شكلها المركز للفصل في نزاع شركة أمكو آسيا ضد اندونيسيا سنة 1981، حيث وجدت المحكمة أن الأطراف لم يتفقوا صراحة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم، كما لم يفوضوا المحكمة سلطة الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدل والإنصاف.

ومن ثم طبقت نص الفقرة الثانية من المادة (42) من الاتفاقية، وانتهت إلى تطبيق القانون الاندونيسي باعتباره قانون الدولة المتعاقدة، فضلا عن إشارة الأطراف إليه في مناقشاتهم أثناء التحكيم باعتباره القانون الواجب التطبيق، إضافة إلى تعلق النزاع باستثماراتهم في اندونيسيا، وهو ذاته ما أيدته محكمة التحكيم الخاصة التي تشكلت للنظر في طلب اندونيسيا بإبطال الحكم.

كذلك اتجهت المحكمة في تحكيم كلوكونر *Klockener* ضد الكامبيون سنة 1981، إذ بينما تضمن العقد محل النزاع شرطا للتحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، خلا من وجود شرط صريح لتحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي فسرتة المحكمة بأن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون دولة الكامبيون، باعتباره قانون الدولة المتعاقدة، مدعما بقواعد القانون الدولي الملائمة للتطبيق.

وبجوار هذه الأحكام نجد نموذجا آخر لم يسبق في قضاء هيئة تحكيم المركز، نقصد ذلك الخاص بالحكم في تحكيم شركة آسيا الزراعية المحدودة ضد سيريلانكا سنة 1987.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، من ص 85 إلى 95.

ذلك أن الاتفاق المبرم بين الطرفين لم يكن يشير إلى اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فضلا عن أنه لم يتضمن إشارة صريحة إلى القانون الواجب التطبيق.

وبعد أن فصلت المحكمة في اختصاصها بنظر النزاع، اتجهت إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوعه، وإذ رأت أن الاختيار السابق والصريح للقانون الواجب التطبيق مسألة يصعب تصورها في تحكيم نشأ مباشرة عن اتفاق بين دولتين لحماية رعاياهما وتشجيع تبادل الاستثمارات بينهما.

واستخلصت المحكمة من ظروف إبرام العقد ولجوء الأطراف إلى التحكيم في إطار المركز الدولي، أن إرادة الطرفين كانت تتجه إلى تطبيق نصوص الاتفاقية الثنائية المعقودة بين سيرلانكا وبريطانيا في المقام الأول، على أن تستكمل بتطبيق قواعد القانون الدولي العام العرفي في المقام الثاني، مع مراعاة أن أحكام الاتفاقية المشار إليها قد صارت جزءا من النظام القانوني لسيرلانكا، ومن ثم يكون هذا الأخير هو الواجب التطبيق⁽¹⁾.

2- نطاق تطبيق القانون الدولي :

وفي ضوء الأحكام التي أصدرتها محاكم التحكيم التابعة للمركز الدولي، اتجه الفقه إلى البحث في نطاق تطبيق القانون الدولي في المنازعات التي قد تثور بين أفراد عقود الدولة، وهو ما نعرض له في النقاط التالية :

أ- مفهوم القانون الدولي في ظل المادة (42) الفقرة (01).

حدد تقرير مجلس المحافظين بشأن اتفاقية إنشاء المركز، أن مفهوم القانون الدولي يجب أن يفسر بالمعنى الوارد في نص المادة (38) الفقرة (01) من ميثاق إنشاء محكمة العدل الدولية، وهو ما يقتضي أن يؤخذ في الاعتبار أن هذه المادة قد وضعت لتطبق بشأن العلاقات بين الدول باعتبارها أشخاص القانون الدولي⁽²⁾.

ب- مدى إمكانية خضوع أحد أشخاص القانون الخاص للقانون الدولي.

من المسلم به أن القانون الدولي يطبق أساسا في العلاقات بين الدول، والحقيقة أن المستثمر الخاص الأجنبي - في ظل اتفاقية البنك الدولي - يصبح طرفا مباشرا في نزاع يواجهه فيه الدولة، أمام هيئة تحكيم دولية المنشأ، تجري أمامها إجراءات تسوية النزاع وفق قواعد القانون الدولي، وتصدر حكما دوليا يرتب عدم تطبيقه آثار هي أيضا آثار دولية.

ومؤكد أن المستثمر الخاص لم يتقاضى في ظل هذا القانون إلا من خلال إرادة الدولة الطرف في الاتفاقية وبشرط أن تظل طرفا فيها.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، من ص 95 إلى 104.

² - تنص هذه المادة على أن للمحكمة تطبيق القانون الدولي لتسوية النزاع، ويتضمن ذلك تطبيق:

أ- المعاهدات الدولية ...

ب- العرف الدولي ...

ج- المبادئ العامة للقانون المعترف بها من الأمم المتعددة.

د- القواعد التي تضمنتها أحكام المحاكم وأراء الفقهاء باعتبارها مصادر احتياطية لتحديد قواعد هذا القانون.

ج- نطاق تطبيق القانون الدولي في التحكيم أمام مركز تسوية منازعات الاستثمار.

إن مراجعة الأعمال التمهيدية للاتفاقية المنشئة للمركز، جعلت البعض يحدد نطاق تطبيق هذا القانون في غياب الإرادة الصريحة للأطراف محصوراً في الحالات التالية:

* إذا ما أشار القانون الوطني ذاته إلى تطبيق القانون الدولي.

* إذا ما كانت المسألة المعروضة مما ينظم بطبيعته مباشرة بقواعد القانون الدولي.

* في حالة ما إذا كان القانون الوطني أو الحل الذي يؤدي إليه يمثل مخالفة وخرقاً للقانون الدولي.

وتحتاج الحالة الأخيرة إلى تبين الكيفية التي يطبق بها كل من القانون الوطني والقانون الدولي دون تعارض.

3- حدود تطبيق القانون الوطني والقانون الدولي على موضوع النزاع :

يلاحظ البعض، أن آلية وفلسفة تنازع القوانين التي قدمتها المادة (42) في فقرتها الثانية تدعوا إلى تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع، وتلك القواعد التي يمكن تطبيقها من القانون الدولي، إلا أن هذا النص لم يبين بصورة واضحة الحدود التي تطبق فيها المحكمة قواعد كل من القانون الوطني والدولي.

فإذا افترضنا أن المعروض على المحكمة نزاع يتصل بخلاف حول مسألة قانونية *Legal issue* تتعلق بمصادرة الاستثمار الخاص بأجنبي، وأن تشريع الدولة المضيفة يعفيها من أن تؤدي أي نوع من التعويض إلى المستثمر الأجنبي، فمن المؤكد أن قاعدة القانون الدولي المتعلقة بمثل هذه الحالة لن تتفق مع تشريع هذه الدولة، وهنا يختلط الأمر على المحكمة، أي من القوانين تطبق في غياب اتجاه معين من الأطراف؟

وقد اتجه البعض إلى أولوية قواعد القانون الدولي بالتطبيق، ويبرر ذلك بأن الترتيب الوارد بالمادة (42) والذي جعل قواعد القانون الدولي تأتي في المقام الثاني بعد قواعد القانون الوطني ترتيب غير متبع في ما يجري عليه العمل في محاكم التحكيم، فضلاً عن أن النية التي عبرت عنها المفاوضات بين الدول المختلفة التي شاركت في المؤتمرات الإقليمية المبدئية، وفي لقاءات اللجنة القانونية علاوة على وجهات النظر التي عبر عنها ممثلي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تعطي مبرراً كافياً لتأييد هذا الاتجاه.

وهو ما أيده جانب من الفقه بحجة أخرى، مؤداها أنه "إذا كانت محاكم التحكيم التي تنشأ بموجب اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تنتسب للمحاكم الدولية، فإن عليها أن تطبق قانون القاضي *Lex fori* وهو القانون الدولي.

ولا شك أنه يمكن بسهولة استظهار صفة الدولية في تلك المحاكم التي تنشأ في إطار المركز الدولي، ذلك أن وثائق إنشائها تؤكد أن تلك الاتفاقية قد وضعت أساساً لإيجاد هيكل للتحكيم الدولي يستطيع فيه الأشخاص والشركات الخاصة أن تحصل على نفس الوضع الذي تحصل عليه الدولة في ادعاءاتها أمام محكمة العدل الدولية، ومن ثم يكون حق محكمة تحكيم المركز في تطبيق قانون القاضي، أي القانون الدولي غير قابل لإثارة التساؤل أو الاختلاف⁽¹⁾.

¹ - صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، من ص 107 إلى ص 113.

خاتمة :

كما رأينا فإن النظام القانوني للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يسمح لأطراف عقد الدولة للتنمية الاقتصادية بمجال واسع من حرية اختيار النظام القانوني الذي يطبق على علاقتهم، وقنن ذلك في المادة (42) الفقرة الأولى، ثم حد لمحكمة التحكيم التي تنشأ في إطار المركز الخط الذي تسير عليه في تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع القانوني المعروض عليها في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، فجعلت القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الأول بالتطبيق، وإن تركت للمحكمة فرصة التوسيع في هذا التطبيق حين جعلت مفهوم القانون الوطني مشتتلا على قواعد تنازع القوانين، بحيث يسمح ذلك بإمكانية تطبيق القانون الذي تشير إليه هذه القواعد، والذي يكون قانون آخر غير القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ثم جعلت للمحكمة إمكانية تطبيق قواعد القانون الدولي العام بما في ذلك المبادئ العامة للقانون، سواء لعدم وجود قواعد قانونية مناسبة للتطبيق على النزاع في القانون الوطني، أو لتكملة النقص في هذا الأخير، أو إذا كان ذلك القانون مخالفاً لأحكام القانون الدولي.

وهكذا يسمح هذا النظام لأطراف النزاع منذ البداية، بخلاف الحال إذا ما عرض النزاع على هيئة تحكيم مؤسسي أخرى كغرفة التجارة الدولية، أو الجمعية الأمريكية للتحكيم، بأن يعرفوا القواعد التي يتوقع أن تطبقها هيئة تحكيم المركز على النزاع.

فضلا عن أن هذا النظام يتفادى بوضوحه الغموض الذي قد يحيط بمسألة اختيار القانون الواجب التطبيق في أنظمة التحكيم المؤسسي الأخرى في حالة غياب اتفاق الأطراف، فلم تنص اتفاقية إنشاء المركز كغيرها على أن تراعي المحكمة العدالة والحس السليم والعادات التجارية، بل حددت القواعد التي ستطبق وإن كان ذلك مشمولاً بمرونة كبيرة تسمح للمحكمة بالتجديد والتطوير المستمر للقواعد التي تطبقها بما يحقق إصدار أحكام متوازنة تراعي فيها العدالة، وتضع بذلك حلول واضحة ومتطورة لمشكلة القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن عقود الدولة للتنمية الاقتصادية.

ورغم أن هذه المرونة قد تسمح للمحكمن بالوقوع في نفس الأخطاء التي وقع فيها المحكمين في التحكيمات البروتولية الشهيرة، حين استبعدوا القانون الذي كان يجب تطبيقه لحساب ما يبتكرونه من المبادئ القانونية التي تُخدم مصالح المستثمرين الأجانب على حساب الدولة النامية، إلا أن النظام الذي وضعته اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يقلل من هذا الخطر، إذ ورغم ما تتمتع به أحكام المركز من احترام، وتعرض من يخالفها لجزاءات دولية، إلا أن في وجود فرصة للطعن في الحكم الصادر أمام هيئة تحكيم خاصة تعيد النظر في الموضوع، وفي القانون الواجب التطبيق، ما يقلل من الانتقادات التي توجه إلى النظام الذي قدمته المادة (42) من الاتفاقية.

✓ قائمة المراجع :

1- المراجع باللغة العربية.

أ- الكتب :

1- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية "دراسة تأصيلية انتقادية"، دار النهضة العربية، 1989.

2- صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1993.

3- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، "دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.

4- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008.

5- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء 02، الطبعة 9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.

6- فؤاد عبد المنعم رياض، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، الطبعة 1994.

7- هشام صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

ب- الأبحاث :

8- جلال وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لفظ منازعات الاستثمار ICSID، بحث مقدم إلى ندوة أهمية الالتجاء إلى التحكيم التجاري بالمنطقة بدلا من التحكيم في دول الغرب، المركز الدولي للتحكيم التجاري بالاسكندرية، جامعة الاسكندرية في 19 أكتوبر 1991.

ج- المجلات :

9- عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد رقم 43، 1987.

2- المراجع بالغة الأجنبية :

أ- باللغة الفرنسية :

10- **Batiffol**, Les conflits de lois en matiere de contrats, Paris, 1938.

11- **Goldman**, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D, du 18 mars 1965, pour le reglement des defferends ralatif aux investissements entre etats et ressortissants d'autres etats, dans investissements etrangers et arbitrage entre etats et personnes privee, la convention B.I.R.D du 18 mars 1965, 1969.

12- **Jean M , Jaquet** , Principe d'autonomie et contract internationaux, Economica, 1983.

13- **J . P, Nipoyet**, La theorie d'autonomie la volonte, RCADI, Vol.16, T,I , 1927.

14- **P. Weil**, Les clauses de stabilisation ou d'intengibilite inserees dans les accords de developpment economique, Melanges Ch. Rousseau, Paris.

15- **R. Preiwerk**, La protection des investissement privés dans les traites bilatiraux, Zurich, 1963.

ب- باللغة الإنجليزية :

16- **G. R. Delaume** , The pyramids stand, the pharohs can rest in peace, ICSID Rev , Vol.08, No.02, 1993.

17- **J. D.M. Lew**, Applicable law in international commercial arbitration, A study in commercial arbitration Awards, Occeana pub, New York , 1978.

18- **Nigel S. Rodly**, Some Aspects of the world bank convention the settlement of investment disputes, Canadian year book of international law, No.4, 1966

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها طبقا للشريعات الوطنية و الدولية



بومناد هاجرة : طالبة باحثة بصف دكتوراه

تخصص قانون علاقات اقتصادية دولية بكلية الحقوق

جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم - الجزائر

ملخص باللغة العربية :

الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي و تنفيذها تتم من خلال تكامل بين كل من نظامي القضاء و التحكيم، فعملية التحكيم ينتج عنها حكم تحكيمي نهائي يجب تنفيذه حتى يطبق على أرض الواقع، لكن هذا التنفيذ لا يتم إلا من خلال تدخل السلطة القضائية من خلال منحها الصيغة التنفيذية لهذا الحكم التحكيمي فلهذا نجد اغلب التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية تفرد له احكاما خاصة.

الكلمات المفتاحية :

حكم التحكيم _ الاعتراف بالحكم _ تنفيذ الحكم _ السلطة القضائية _ التشريعات الوطنية _ الاتفاقيات الدولية.

Abstract :

The recognition of the provisions of international commercial arbitration and implementation takes place through the integration between all of the judicial system and the arbitration process of the arbitration result in arbitrary final judgment must be implemented even be applied on the ground, but this effect can only be achieved through the intervention of the judiciary by granting the executive version of this it is for this arbitration judgment, we find most of the national legislation and international conventions uniqueness of his special provisions.

Key words : The arbitration award _ recognition _ executed _ the judiciary _ national legislation _ international conventions.

التحكيم يعد أقدم وسائل تسوية المنازعات حيث كان معروفا عند العرب في الجاهلية. فالجتمعت القبلي كان يأخذ به و يولي مهمته لشيخ القبيلة، و بعد مجيء الإسلام نص عليه القرآن الكريم في عدة آيات من بينها قوله تعالى: "و إن خفتهم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا."¹

و بعد نشأة الدولة أخذت على عاتقها مهمة تسوية المنازعات على اختلافها، و تطورت بتطورها، أهمها في الوقت الراهن القضاء و التحكيم، فالأول يعد الأصل في تسوية كافة النزاعات، لكن توليه هذه المهمة لوحده يجعله لا يتلائم مع بعضها فقد يزيد من تعقيدها بدل تسويتها، نظرا لطول و بطئ و تعقيد الإجراءات القضائية، خاصة إذا تعلق الأمر بمنازعات التجارة الدولية التي تتسم بالتعقيد و تعدد الأنظمة القانونية للأطراف المتنازعة خاصة أن اغلب هذه المنازعات تتم بين الدول و المستثمرين الأجانب، إضافة لحساسية هذه المنازعات كونها تتعلق بالتنمية الاقتصادية مما يعني أن عرقلة تسويتها يعرقل بالضرورة عملية التنمية. فحسب أغلب الفقهاء فإن التحكيم التجاري الدولي يعد أنسب من القضاء لتسويتها، نظرا للمرونة و السرعة و السرية و الحرية التي يتميز بها و يمكن أطراف النزاع منها. لكن في المقابل نجد أن التحكيم هو الآخر يشوبه بعض النقص خاصة إذا تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ حكم التحكيم الدولي و التي تعد من أهم المراحل إذ تسمح بتطبيق منطوق الحكم على أرض الواقع و يتمكن كل ذي حق من حقه، فعلى الرغم من أن حكم التحكيم الدولي يجوز قوة الشيء المقضي فيه إلا أنه لا يمكن تنفيذه إلا بعد مهورته بالصيغة التنفيذية من قبل السلطة القضائية المختصة.

فالتنفيذ يعد أهم مرحلة من مراحل التحكيم، لانه يمكن من الفصل الواقعي لموضوع النزاع، لهذا يحظى تنفيذ أحكام التحكيم الدولية أهمية بالغة سواء تعلق الأمر بالتشريعات الوطنية للدول، حيث نجد لها أحكاما خاصة ضمن قوانينها كالتشريع الجزائري و المصري و السعودي، كما نجد العديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي التي تنص عليه و تضبط أحكامه، منها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها، اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لسنة 1952، الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1981 و غيرها.

الإشكال المطروح :

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها يكتسي أهمية بالغة، فمن خلالها يتم تجسيد حكم التحكيم على أرض الواقع، فهو مرحلة يتضافر فيها كل من القضاء و التحكيم لذلك سنعمل على التطرق للاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها في القوانين الوطنية، مشيرين للقانون السعودي و القانون الجزائري و الفرنسي. و كذلك سنتطرق لموقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي من عملية الاعتراف و التنفيذ، فكل هذا سننصل إليه من خلال الإجابة على الإشكالية التالية :

¹ الآية 35 من سورة النساء

ما هي إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي طبقا للتشريع السعودي و التشريع الجزائري و التشريع المصري؟ و ما هو موقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي من مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها؟

سنجيب على هذا الاشكال من خلال اعتماد خطة علمية مقسمة لمبحثين في (الأول) نتطرق لمفهوم أحكام التحكيم الدولية و الاعتراف بها و تنفيذها طبقا للتشريعات الوطنية، أما في (المبحث الثاني) فنتطرق لموقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي من الاعتراف بأحكام التحكيم و تنفيذها. معتمدين على المنهج التحليلي و الوصفي بهدف الوصول لأفضل النتائج.

المبحث الأول: الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها في ظل التشريعات الوطنية:

إن الرقابة القضائية على أحكام التحكيم الدولية، تعد نقطة هامة تأخذها بعين الاعتبار كافة التشريعات الوطنية للدول كالتشريع المصري و التشريع الجزائري الذى يتناوله في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائى، و التشريع السعودى الذى ينظم أحكامه من خلال نظام التنفيذ الجديد الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 53 الصادر بتاريخ 1433/8/13هـ، و قانون التحكيم الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/34 بتاريخ 1433/5/24. والإشكال المطروح:

كيف يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها طبقا للتشريع السعودي و التشريع الجزائري و التشريع المصري؟

المطلب الأول: الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و تنفيذها في ظل التشريع السعودي:

أولا: إجراءات الاعتراف بحكم التحكيم الدولي و تنفيذه في التشريع السعودي:

لقد تطرق المشرع السعودي لنظام التحكيم التجاري الدولي من خلال المرسوم الملكي رقم م/34 الصادر بتاريخ 1433/5/24 الخاص بنظام التحكيم، حيث يعتبر التحكيم دوليا طبقا لهذا النظام، إذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية و ذلك في الأحوال التالية:

1_ إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في أكثر من دولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع، و إذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم أو كلاهما مركز أعمال محدد فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

2_ إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم، و كان أحد الأماكن الأتي بيانها واقعا خارج هذه الدولة:

أ_ مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب_ مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة من العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج_ المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع.

3_ إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة أو هيئة تحكيم دائمة، أو مركز للتحكيم يوجد مقره خارج المملكة.

4 _ إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.¹ ويشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بالمملكة السعودية ضرورة توفر جملة من الشروط الموضوعية و أخرى إجرائية، فأما الشروط الموضوعية فتتمثل في أن يكون حكم التحكيم المراد تنفيذه نهائياً ولا يكون قد صدر في مسألة لا يجوز التحكيم فيها، كالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية و المسائل التي لا يجوز فيها الصلح مع ضرورة عدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية و أحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون المملكة طرفاً فيها.² وكذلك عدم مخالفته للنظام العام و الآداب و نظام التحكيم السعودي، مع ضرورة عدم تعارض هذا الحكم مع حكم أو قرار صدر من محكمة أو لجنة أو هيئة لها ولاية الفصل، في موضوع النزاع في المملكة العربية السعودية و أن يكون قد تم إبلاغه للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً، حيث تنص المادة 11 من نظام التنفيذ الجديد الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 53 و الصادر بتاريخ 1433/8/13هـ على: "مع التقييد بما تقضيه به المعاهدات والاتفاقيات، لا يجوز لقاضي التنفيذ تنفيذ الحكم والأمر الأجنبي، إلا على أساس المعاملة بالمثل، وبعد التحقق مما يأتي،:

1- أن يحاكم المملكة غير مختصة بالنظر في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها وفقاً لقواعد الاختصاص، القضاء، الدول، المقررة في أنظمتها.

2- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور، ومثلوا تمثيلاً صحيحاً ومكنوا من الدفاع عن أنفسهم.

3- أن الحكم أو الأمر أصبح نهائياً وفقاً لنظام المحكمة التي أصدرته.

4- أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر صدر في الموضوع نفسه من جهة قضائية مختصة في المملكة.

5- ألا يتضمن الحكم أو الأمر ما يخالف أحكام النظام العام في المملكة."

أما بخصوص الشروط الإجرائية الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فتتمثل في قيام طالب التنفيذ بتقديم أصل الحكم الرسمي أو صورة منه مصادق عليها، صورة طبق الأصل من اتفاق التحكيم، و ترجمة لحكم التحكيم إلى اللغة العربية، إذا كان قد صدر بلغة أخرى مع ضرورة المصادقة عليها من الجهة المترجمة المعتمدة، كذلك ضرورة تقديم شهادة تدل على نهائية الحكم،³ يتم تقديمها إلى قاضي التنفيذ المختص، حيث يقوم بالتحقق من استيفاء السند شروط التنفيذ، ويضع عليه خاتم التنفيذ.⁴

و بعد استيفاء هذه الشروط يحصل حكم التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه على الأمر بالتنفيذ و الذي تصدره المحكمة المختصة، فحسب نظام التنفيذ الجديد الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 53 و الصادر بتاريخ 1433/8/13هـ، حيث تنص المادة الثامنة منه على:

1- تتولى دائرة التنفيذ في كل محكمة عامة التنفيذ وإجراءاته، ويجوز تأليف أكثر من دائرة عند الحاجة.

2- يتولى القاضي الفرد في المحكمة العامة التنفيذ وإجراءاته.

3- يكون تنفيذ الأحكام والحجرات الأجنبية من قاضي، أو أكثر، بحسب الحاجة.

والمجلس الأعلى للقضاء عند الحاجة إحداث محاكم مختصة بالتنفيذ.

¹ المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي. الصادر من خلال المرسوم الملكي رقم م/34 الصادر بتاريخ 1433/5/24

² المادة 11 من نظام التنفيذ السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 53 وتاريخ 1433/8/13هـ.

³ المادة 53 من نظام التحكيم السعودي الصادر من خلال المرسوم الملكي رقم م/34 الصادر بتاريخ 1433/5/24

⁴ المادة 14 من نظام التنفيذ السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 53 وتاريخ 1433/8/13هـ.

فبعدما كان ديوان المظالم هو المختص بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، أصبح القضاء العام من خلال دوائر التنفيذ بالمحاكم العامة هي المختصة بتنفيذها.

و نشير إلى أن أحكام التحكيم التجاري الدولي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن عدا رفع دعوى البطلان، سواء تم التحكيم داخل المملكة السعودية أو خارجها فيكون من اختصاص محكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع الواقعة بمدينة الرياض ما لم يتفق طرفا التحكيم على محكمة الاستئناف أخرى في المملكة السعودية، و هذا حسب نص المادة الثامنة من نظام التحكيم السعودي.¹

ثانياً : الأنظمة التي تحكم تنفيذ أحكام التحكيم في المملكة العربية السعودية :

في هذا الخصوص نميز بين ثلاثة أنواع من الأحكام التحكيمية الأجنبية نذكرها فيما يلي :

1/ أحكام تحكيمية صادرة عن مؤسسات قضائية تابعة لنظام دولة أجنبية ليس بينها و بين المملكة العربية السعودية أي اتفاقية :

تعد أحكام التحكيم هذه أجنبية يتم تنفيذها في المملكة العربية السعودية اعتماداً على مبدأ المعاملة بالمثل، حيث يقع على طالب التنفيذ عبئ اثبات أن الدولة التي ينتمي إليها تلتزم مع المملكة بمبدأ المعاملة بالمثل، أي أن يثبت أن هذه الدولة قد نفذت احكاما صدرت من المملكة العربية السعودية.

2/ احكام تحكيمية صادرة عن نظام دولة أجنبية بينها و بين المملكة اتفاقية :

بخصوص أحكام التحكيم الأجنبية التي تكون صادرة عن نظام دولة أجنبية تجمعها مع المملكة اتفاقية، و بخصوص هذه الأحكام يتم تطبيق نصوص الاتفاقية الموقعة بين الطرفين، في هذا الصدد نشير إلى أن المملكة العربية السعودية منظمة لكل من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبي و تنفيذها، اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983، و اتفاقية جامعة الدول العربية لتنفيذ الأحكام لسنة 1952.

3/ أحكام تحكيمية صادرة عن مراكز التحكيم المؤسسي الدولية :

يدعى التحكيم الذي يتم في ظل المراكز الدولية الخاصة بالتحكيم المؤسسي و يعرف التحكيم التجاري المؤسسي انتشاراً واسعاً في الوقت الراهن نظراً للمميزات التي يتمتع بها و التسهيلات التي يمنحها للأطراف المتنازعة، و من أهم هذه المراكز نجد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ICSID و مركز تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ICC، محكمة لندن للتحكيم الدولي، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي و غيرها و اهم ما ننوه اليه في هذا النوع من الأحكام انه يشترط ألا يترتب على تنفيذها مخالفة شرعية أو نظامية.²

¹ المادة 8 و 49 من نظام التحكيم السعودي، الصادر من خلال المرسوم الملكي رقم م/34 الصادر بتاريخ 1433/5/24

² عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد الله آل فريان، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية و الأجنبية في المملكة العربية السعودية، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، المملكة العربية السعودية، سنة 2006، ص 90 و ما بعدها

المطلب الثاني: الاعتراف بحكم التحكيم التجاري الدولي و تنفيذه طبقا للتشريع الجزائري :

تطرق المشرع الجزائري لموضوع التحكيم الدولي، ونظمه من خلال أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، في الفصل السادس من الباب الثاني من الكتاب الخامس، من المواد 1039/1061، الصادر بموجب القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لسنة 2008¹.

و المشرع الجزائري لم يفرق من حيث الشروط والإجراءات بين الاعتراف والتنفيذ، فهي تظل واحدة في كلتا الحالتين². ويشترط للتنفيذ ضرورة إثبات وجود حكم التحكيم الدولي و أن لا يكون هذا الاعتراف و التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي، و هذا طبقا لنص المادة 1051.

وحكم التحكيم الدولي لا يكتسب القوة التنفيذية إلا بعد أن يمهور بالصيغة التنفيذية، من خلال صدور الأمر بتنفيذه، و الذي لا يكون إلا من خلال إتباع جملة من الإجراءات، تتمثل في قيام الطرف المعني بالتعجيل، في الأصل هو الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه³، بتقديم عريضة مرفقة بأصل الحكم و اتفاقية التحكيم أو نسخ منها مستوفية لشروط الصحة، تقدم لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة⁴، ويقوم أمين الضبط بتحرير محضر عن هذا الإيداع، مع تحميل الأطراف النفقات المترتبة عن إيداع العرائض والوثائق و أصل حكم التحكيم، وهذا طبقا لنص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري⁵.

و نشير إلى أن طلبات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية أو الاعتراف بها هي من اختصاص رئيس المحكمة، هذا بالنسبة للاختصاص النوعي، أما بالنسبة للاختصاص المكاني، فهنا يجب التفرقة بين حالتين، الحالة الأولى إذا كان مقر هيئة التحكيم متواجدا بالجزائر، هنا الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها. أما في الحالة الثانية، فإذا كان مقر التحكيم متواجدا خارج الجزائر، هنا الاختصاص يؤول لمحكمة محل التنفيذ، ولا يشترط المشرع أن يكون الاختصاص للمحكمة المنعقدة في مقر المجلس.

ويراقب رئيس المحكمة (القاضي) حكم التحكيم طبقا للشروط التي وضعها القانون وتكون هذه المراقبة شكلية، فالقاضي لا يمكنه فحص موضوع النزاع، فرقابته على الحكم التحكيمي الدولي هي رقابة خارجية⁶. ويقوم رئيس المحكمة بإصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي في أجل أقصاه ثلاث أيام من تاريخ إيداع الطلب ودون أن يفتح المجال للنقاش الحضورى بين الأطراف في النزاع⁷.

¹ سائح سنوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011، ص 1219.

² بن عصمان جمال، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن، أوت 2010، ص 61.

³ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2002، ص 485.

⁴ المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

⁵ عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الطرق البديلة لحل النزاعات (الوساطة و الصلح و التحكيم)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، الجزائر، سنة 2009، ص 282.

⁶ عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010، ص 143.

⁷ المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

أما بخصوص الطعن في حكم التحكيم الدولي و الأمر الصادر بالاعتراف به و تنفيذه أو رفضه فهنا يجب التمييز بين حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، وحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر. فأما الأول الصادر في الجزائر، فإنه يمكن الطعن فيه بالبطلان في الحالات الستة المحددة في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و هي :

1/ إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2/ إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3/ إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4/ إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية.

5/ إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6/ إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام.¹

فالطعن ببطلان الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر، يؤدي إلى الطعن بقوة القانون في أمر التنفيذ ويحول دون إعطائه صيغة التنفيذ لحين البث بطلب الإبطال.²

أما فيما يخص الأمر القضائي باعتراف وتنفيذ هذا الحكم، أي حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، فإنه لا يمكن إطلاقا استئناف أمر قضى بتنفيذ حكم تحكيم دولي صدر في الجزائر، فهذا الأخير يمكن الطعن فيه مباشرة بالبطلان حتى وإن لم يكن قد صدر أمر بتنفيذه، كما أنه حتى ولو صدر هذا الأمر، فطبقا لنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطعن بالبطلان سيعترب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ.³

أما فيما يتعلق بالنوع الثاني وهو حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، فإنه لا يقبل أي طعن من طرق الطعن في الجزائر.⁴ لكن القرار القضائي الذي يرفض إعطاء هذا الحكم التحكيمي الصفة التنفيذية أو يرفض الاعتراف به، أو يعطي صفة التنفيذ لهذا الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر يقبل الاستئناف، لكن أسباب هذا الأخير ليست محددة حصرا.

وأما الأمر القضائي الذي يمنح صيغة التنفيذ لحكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر أو الاعتراف به، فهو يقبل الاستئناف ضمن أسباب الاستئناف الستة المحددة حصرا، والتي نصت عليها المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري و المتمثلة فيما يلي :

" لا يجوز استئناف الأمر القضائي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات التالية :

1/ إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2/ إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3/ إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4/ إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية.

¹ المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

² مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 49.

³ بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 69.

⁴ عمر زودة، مرجع سابق، ص 230.

5/ إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6/ إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام."

أما بالنسبة لمهلة الاستئناف، فهناك غموض في التشريع الجزائري، فطبقا للمادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فالاستئناف يكون خلال أجل شهر واحد ابتداء من التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، لكن في مقابل هذه المادة نجد مادة أخرى في نفس القانون و الأخذ بها يؤدي إلى اعتماد مهلة أخرى، فالمادة 1054 تحيل صراحة بخصوص تنفيذ أحكام التحكيم الدولي إلى المواد من 1035 إلى 1038، حيث نجد المادة 3/1035 تنص على إمكانية أن يستأنف الخصوم الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

فحسب رأي أغلب الفقهاء فالحل الواجب الإلتباع هو ما تقرره المادة 1057 الواردة ضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، والظعن بالاستئناف طبقا لنص المادة 1060، له أثر موقف يستمر خلال فترة الاستئناف، حتى ولو لم يتقدم أحد بطعن وهذا يتماشى أيضا مع القواعد العامة المعتمدة في مجال طرق الطعن العادية. أما فيما يتعلق بالطعن بالنقض، فلم ينص عليه المشرع الجزائري في الأحكام المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي فالظعن بالنقض ليس له آثار إذا تعلق بالتحكيم التجاري الدولي، أي بالأوامر التي تقضي بالاعتراف بالحكم وتنفيذه أو ترفض ذلك، فالظعن فيها لا يوقف التنفيذ، إلا إذا وجدت دعوى تزوير.¹

المطلب الثالث : الرقابة على أحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها في التشريع المصري :

طبقا للتشريع المصري، فإن المحكمة الابتدائية المطلوب تنفيذ الحكم في دائرتها، هي المختصة بالنظر في طلب التنفيذ.² و يوجب قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994³ المحكوم لصلحه في حكم التحكيم أن يودع أصل حكم التحكيم أو صورة موقعة منه و ذلك باللغة التي صدر بها أو ترجمة باللغة العربية مصدق عليه من جهة معتمدة إذا كان حكم التحكيم صدر بلغة أجنبية.⁴ و يقوم كاتب المحكمة بتحرير محضر الإيداع، حيث يمكن لكل من طرفي التحكيم أن يحصل على صورة من هذا المحضر⁵، فالهدف من الإيداع هو تمكين سلطة القضاء في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها من فرض ولايتها على هذا الحكم، و التأكد من توافر الشروط القانونية في هذا الحكم و عدم معارضته لأي حكم قضائي سبق و صدر من قبل المحاكم المصرية في موضوع النزاع، إضافة لعدم مخالفته للنظام العام المصري⁶، فهنا تكمن الرقابة القضائية على أحكام التحكيم الأجنبية في مصر.

يظهر لنا مما سبق أن تنفيذ أحكام التحكيم قد نظمت أحكامه القوانين الوطنية، و هذا راجع لأهمية هذه المرحلة، حيث تعتبر مرحلة فاصلة يتم من خلالها تجسيد منظوق حكم التحكيم.

¹ بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص76 و ما بعدها..

² حسين عبد السلام جابر، الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص، المطبعة العصرية، الإسكندرية، سنة 1985، ص 85.

³ منير ممدوح و ممدوح محمد الجهنى، الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2005، ص 176.

⁴ فؤاد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص 418.

⁵ عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص71.

⁶ فؤاد محمد أبو طالب، مرجع سابق، ص 419.

المبحث الثاني: الاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها في الاتفاقيات الدولية :
 تعكس الاتفاقيات الدولية مدى اهتمام المجتمع الدولي بنظام التحكيم وكافة تفاصيله التي تنظمه، سواء تعلق الأمر بالحكم التحكيمي أو القانون الواجب التطبيق أو الرقابة عليه وتنفيذه ونجد في هذا الصدد العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، سنتطرق في هذا المبحث لموقف اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها، اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لسنة 1952 والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 و الإشكال المطروح: ما هو موقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي من الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها؟
 المطلوب الأول: اتفاقية الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيويورك سنة 1958) :

أعدت هذه الاتفاقية من قبل اللجنة المختصة بشؤون التحكيم التجاري الدولي لدى غرفة التجارة الدولية في 13 مارس 1953 كمشروع معاهدة، قدم للمجلس الاجتماعي والاقتصادي للأمم المتحدة¹، في 10 جوان 1958 تم الإقرار بإنشاء اتفاقية خاصة للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وأصبحت سارية المفعول منذ 4 سبتمبر 1959 وهي تحتوي على 16 مادة.

وهذه الاتفاقية تقتصر على تناول مشكلة الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث تفرض على الدول المتعاقدة فيها التزاما بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة وفقا لها، ويتم تنفيذها طبقا لقواعد أصول المحاكمات المدنية في الدولة المطلوب التنفيذ فيها، أما بخصوص الشروط التي فرضتها لهذا التنفيذ، والتي يشترط على طالب التنفيذ التقيد بها وفقا للمادة الرابعة منها²، حيث تنص على: " 1/ على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب: أ/ أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند. ب/ أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند. 2/ على طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ - أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة. ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي"³.

كما أنه يمكن للدولة التي يطلب منها الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم فيها أن تقرر إيقاف تنفيذ الحكم أو رفض تنفيذه، بناء على طلب أحد أطراف النزاع، فوقف التنفيذ يكون عادة لإعطاء مهلة لمن صدر الحكم ضده لكي يتمكن من الإثبات بأن الحكم غير قابل للتنفيذ لسبب من الأسباب، التي تدعو إلى رفض تنفيذه، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها أن يقرر إيقاف التنفيذ وله أن يقرر تقديم ضمانات مناسبة من الشخص الذي أراد التنفيذ، وذلك بناء على طلب الطرف الذي يود تنفيذ الحكم⁴. حيث تنص اتفاقية نيويورك على: " 1/ لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

¹ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، سنة 2009، ص 216.

² لما أحمد كجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2008، ص 162.

³ المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

⁴ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2008، ص 35 و ما بعدها.

أ/ أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعت له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

ب/ أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

ج/ أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقى أجزاء الحكم الغير متفق على حلها بهذا الطريق.

د/ أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

هـ/ أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

2/ يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

أ/ أن قانون ذلك البلد لا يميز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو

ب/ أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد."

تعد اتفاقية نيويورك من أكثر الاتفاقيات نجاحاً في مجال التحكيم، فلقد لقيت إقبالا كبيرا من الدول خاصة الدول المتقدمة.

المطلب الثاني : اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لسنة 1952 :

لقد أبرمت هذه الاتفاقية في 14 سبتمبر 1952 وأصبحت سارية المفعول منذ 28 جوان 1954، وتتسم هذه الاتفاقية بطابعها الإقليمي، فلا مجال لدولة غير عربية للانضمام إليها، وهذا ما نصت عليه المادة العاشرة منها، حيث جعلت الانضمام للاتفاقية مفتوحاً فقط للدول العربية المنظمة إلى جمعة الدول العربية¹.

تتكون هذه الاتفاقية من 12 مادة، وهي تتناول أحكام التحكيم النهائية، والتي استنفذت فيها طرق الطعن أو انتهت مواعيدها، وهذا يكون طبقاً لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم و ليس قانون الدولة التي يراد تنفيذه فيها²، حيث نجد المادة الثالثة منها تنص على:

" مع مراعاة ما ورد في المادة الأولى من هذه الاتفاقية لا تملك السلطة المطلوب إليها تنفيذ حكم

محكمين صدر في إحدى الدول العربية إعادة فحص موضوع الدعوى الصادر فيها حكم المحكمين المطلوب تنفيذه، وإنما لها أن ترفض طلب تنفيذ حكم المحكمين المرفوع إليها في الأحوال الآتية:

أ/ إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم لا يميز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.

ب/ إذا كان حكم المحكمين غير صادر تنفيذاً لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين.

¹ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 70

² فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2010، ص 434.

ج/ إذا كان المحكمون غير مختصين طبقاً لعقد أو شرط التحكيم أو طبقاً للقانون الذي صدر قرار المحكمين على مقتضياته.

د/ إذا كان الخصوم لم يعلنوا بالحضور على وجه صحيح.

و/ إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، وهي صاحبة السلطة في تقدير كونه كذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام والآداب العامة فيها.

ه/ إذا كان حكم المحكمين ليس نهائياً في الدولة التي صدر فيها.¹

ونشير إلى أنه يتوجب على كل دولة عضوة في الاتفاقية، أن تعين السلطة القضائية المختصة التي يرفع إليها طلب التنفيذ وتبلغ إل كافة الدول الأعضاء وتخضع الإجراءات لقانون دولة القاضي حيث تنص المادة الخامسة على ما يلي: " يجب أن ترفق بطلب التنفيذ المستندات التالية :

1/ صورة رسمية طبق الأصل مصدق عليها من الجهات المختصة للحكم المطلوب تنفيذه المذيل بالصيغة التنفيذية.

2/ أصل إعلان الحكم المطلوب تنفيذه أو شهادة رسمية دالة على أن الحكم تم إعلانه على الوجه الصحيح.

3/ شهادة من الجهات المختصة دالة على أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم نهائي واجب التنفيذ.

4/ شهادة دالة على أن الخصوم أعلنوا بالحضور أمام الجهات المختصة وأمام هيئة المحكمين على الوجه الصحيح، إذا كان الحكم أو قرار المحكمين قد صدر غيابياً² إن اتفاقية تنفيذ الأحكام التي وضعتها جامعة الدول العربية سنة 1952 فيها تشابه كبير مع نصوص اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهي تعد ملغاة بالنسبة للدول التي انضمت إلى اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة 1983 حيث نصت هذه المادة في مادتها 72 على أنها تحل بالنسبة للدولة التي صادقت عليها محل الاتفاقيات الثلاثة المعقودة سنة 1952 في نطاق جامعة الدول العربية والمعمول بها حالياً بشأن الإعلانات والإببات القضائية أو تنفيذ الأحكام و تسليم المجرمين.³

المطلب الثالث : الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي :

تتعلق هذه الاتفاقية بتنظيم التحكيم في مجال التجارة الدولية⁴، و لقد تم التحضير لإنشائها تحت إشراف اللجنة الاقتصادية الأوروبية، و تم إبرامها في 21 افريل سنة 1961 في جنيف في جلسة خاصة لمندوبين مفوضين تابعين ل 22 دولة أوروبية من بينها الإتحاد السوفياتي سابقاً، و دخلت حيز التنفيذ في 7/1/1964 وفقاً لأحكام المادة (10) الفقرة (8) وبإستثناء الفقرات (3) حتى (7) من المادة (4) التي أصبحت سارية المفعول في 18/10/1965 بموجب أحكام الفقرة (4) من ملحق الاتفاقية. و الدافع وراء إبرامها هو العمل على انتشار التحكيم كوسيلة مثلى لحسم المنازعات الناشئة في إطار المعاملات التجارية في منطقة أوربا.⁵

و رغم تسمية هذه الاتفاقية بالأوروبية إلا أنها لا تحتوي على نص يحضّر انضمام الدول الغير أوروبية إليها.⁶

¹ المادة الثالثة من اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لسنة 1952.

² المادة الخامسة من اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لسنة 1952.

³ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 74.

⁴ مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 164.

⁵ قمر عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 220.

⁶ فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 54.

و نشير إلى أن المادة التاسعة من الاتفاقية، تنص على ما يلي :

" 1/ أن إلغاء حكم تحكيمي خاضع لهذه الاتفاقية في بلد ما متعاقد لا يشكل سبباً لرفض الاعتراف أو لرفض التنفيذ في بلد آخر متعاقد إذا كان هذا الإلغاء قد تم، في البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي أو وفقاً للقانون الذي صدر الحكم التحكيمي في نطاقه لأحد الأسباب التالية:

(أ) إذا كان فرقه الاتفاقية المذكورة غير صحيحة بموجب القانون الذي أخضعها الفرقة إليه، أو في حال إغفال الإشارة إلى ذلك بموجب قانون البلد الذي صدر فيه الحكم ، أو،

(ب) إذا كان الفريق الذي طلب الإبطال لم يجر تبليغه أصولاً بتعيين الحكم أو بالأصول الإجرائية التحكيمية أو إذا كان قد تعذر عليه لأي سبب آخر أن يبدي أدلته . أو،

(ج) إذا كان الحكم التحكيمي متعلقاً بنزاع لم يشر إليه في الاتفاق التحكيمي أو لم يجر إدخاله في أحكام الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على قرارات تتجاوز أحكام الاتفاق التحكيمي أو الشرط التحكيمي . وعلى كل إذا كانت أحكام الحكم التحكيمي المتعلقة بالقضايا الخاضعة للتحكيم يمكن فصلها عن القضايا غير الخاضعة له فإن بالإمكان الإحجام عن إلغاء الأحكام الأول، أو،

(د) إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية أو الأصول الإجرائية للتحكيم لم تكن متطابقة مع اتفاق الفرقة أو في حال عدم حصول اتفاق على أحكام المادة (4) من هذه الاتفاقية.¹

الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي هي الأخرى تعد اتفاقية هامة في ميدان التحكيم التجاري الدولي ، و أحد أسباب انتشاره في أوروبا.

يظهر لما من خلال ما سبق أن اغلب الاتفاقيات التي تختص بالتحكيم التجاري الدولي، سواء كانت دولية أو إقليمية، نجدتها تهتم بمرحلة تنفيذ حكم التحكيم و تفرد لها أحكاماً خاصة.

✓ خاتمة :

الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه، يعد مرحلة حساسة بالنسبة لحكم التحكيم فمن خلالها يتم تجسيده على أرض الواقع، لكن هذا لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال تضافر و تكامل بين كل من نظام القضاء والتحكيم، فلا يتم تنفيذ حكم التحكيم الدولي إلا من خلال قيام السلطة القضائية بمنحه الصيغة التنفيذية و ذلك بعد إتباع جملة من الإجراءات القانونية، فهذا ما تأخذ به أغلب التشريعات الوطنية للدول و كذلك الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي. فالتشريعات الوطنية للدول تنص على جملة من القواعد الإجرائية و الموضوعية و التي يشترط اتباعها للحصول على الاعتراف لحكم التحكيم الدولي و التمكن من تنفيذه، أما على الصعيد الدولي فلقد توصلنا إلى أن مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها قد لقي اهتماماً بالغاً و دليل هذا الاتفاقيات الدولية المتعددة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي التي تضبطه و تفرد له قواعد قانونية خاصة.

و ما يجب التنويه إليه هو ضرورة ضبط النصوص القانونية المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها ، و العمل على تدقيق صياغتها سواء على مستوى التشريعات الوطنية للدول او الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم

¹ نص المادة التاسعة الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في 21 أبريل سنة 1961 .

التجاري الدولي و العمل على تسهيل الاجراءات المتعلقة بالاعتراف بها و تنفيذها لأن تعقيدها من شأنه عرقلة عملية التنفيذ و التأثير سلبا على نجاعة و فعالية نظام التحكيم التجاري الدولي كوسيلة هامة لتسوية منازعات التجارة الدولية.

✓ قائمة المراجع :

القران الكريم .

-الكتب :

- 1/ سائح سنوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011.
- 2/ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2002.
- 3/ فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 4/ حسين عبد السلام جابر، الموجز في أحكام القانون الدولي الخاص، المطبعة العصرية، الإسكندرية، سنة 1985.
- 5/ منير ممدوح و ممدوح محمد الجهني، الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2005.
- 6/ عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995.
- 7/ قمر عبد الوهاب، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، سنة 2009.
- 8/ لما أحمد كجان، التحكيم في عقود الاستثمار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2008.
- 9/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2008.
- 10/ فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2010.

-المذكرات العلمية :

- 1/عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد الله آل فريان، تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية و الأجنبية في المملكة العربية السعودية، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، المملكة العربية السعودية، سنة 2006
 - 2/عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010
- المقالات العلمية :

- 1/ بن عصمان جمال، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية و تنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن، أوت 2010،
- 2/ عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، الطرق البديلة لحل النزاعات (الوساطة و الصلح و التحكيم)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، الجزائر، سنة 2009.

-النصوص القانونية :

-الاتفاقيات الدولية :

اتفاقية الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيويورك سنة 1958)

اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لسنة 1952

الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة في 21 أبريل سنة 1961 .

القوانين الوطنية :

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق

لسنة 2008

نظام التحكيم السعودي الصادر من خلال المرسوم الملكي رقم م/34 الصادر بتاريخ 1433/5/24

نظام التنفيذ السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 53 وتاريخ 1433/8/13هـ .

رابطة الجنسية بين الشخص طالب الحماية الدبلوماسية والدولة الحامية



حمو صائنة مريم باحثة بصف الدكتوراه
أستاذة متعاقدة وعضوة بمخبر القانون الدولي
للتنمية المستدامة بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عبد الحميد ابن باديس - مستغانم - الجزائر
email : saina.hammou@gmail.com

ملخص :

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على رابطة التبعية وهي الجنسية، التي تمثل أساسا للحماية الدبلوماسية، التي تربط طالب الحماية بالدولة التي تتصدى لحمايته، فإذا كان طالب الحماية شخصا طبيعيا فيتعين أن يكون من مواطني الدولة التي تحميه، أي يحمل جنسية هذه الدولة وفقا لتشريعاتها الداخلية، ولا يختلف الأمر لو كان طالب الحماية شخصا اعتباريا كإحدى الشركات، إذ يتعين أيضا أن يكون الشخص الاعتباري متمتعًا بجنسية الدولة التي تتصدى لحمايته وفقا للمعايير التي تعتنقها تشريعات هذه الدولة في شأن تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية.

الكلمات المفتاحية :

رابطة التبعية - الجنسية الفعلية - معيار الرقابة - الحماية الدبلوماسية - الشخص الطبيعي - الشخص المعنوي.

Résumé :

Cette étude vise à faire la lumière sur la nationalité, qui représente la base pour la protection de la diplomatie, et reliant l'état de la protection des demandeurs qui abordent la protection, si la protection des personne physique, il devait être un citoyen de l'État, qui est protégée, qui a la nationalité de l'Etat conformément à la législation nationale, et il est différent si le demandeur est une protection juridique de la personne comme l'une des entreprises, elle doit aussi être une personne morale jouissant de la nationalité de l'adresse de l'État pour les protéger selon les normes adoptées par la législation dans cet état serait de déterminer la nationalité des personnes morales.

تعتبر الحماية الدبلوماسية أداة لتحريك المسؤولية الدولية اتجاه الدولة التي أخلت بالتزاماتها نحوى رعايا الدول الأخرى، حيث أنه من المبادئ الأساسية والمستقرة في القانون الدولي أن للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يتعرضون لأضرار نتيجة لأعمال ارتكبتها دولة أخرى، ولم يستطيعوا الحصول منها على حقوقهم من خلال وسائل التقاضي العادية، وتشكل الحماية الدبلوماسية إجراء ضروريا تتخذه الدولة لحماية رعاياها وحقوقهم على الصعيد الدولي.

وتعرف الحماية الدبلوماسية على أنها أي عمل تقوم به دولة لدى دولة أجنبية أخرى للمطالبة لصالح مواطنيها باحترام القانون الدولي أو الحصول على بعض المزايا⁽¹⁾، وهي أيضا اتخاذ الدول الإجراءات القانونية في شكل دعوى المسؤولية الدولية أمام القضاء الدولي لرفع أي اعتداء يقع على رعاياها أو أموالهم، لذلك يخرج عن هذا التعريف وجود أي تصرفات عسكرية أو جهود سياسية تلجأ إليها الدول لحماية رعاياها⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق يتضح إشكال بحثنا في التساؤل الرئيسي التالي: هل يكفي لقيام مسؤولية الدولة لحماية مواطنيها توافر شرط استنفاد الشخص للوسائل القضائية الداخلية المقررة في قانون الدولة التي سببت الأضرار، وألا يكون الشخص المراد حمايته دبلوماسيا قد تسبب بسلوكه المخالف للقانون الدولي العام أو لقوانين الدولة التي يقيم فيها في حدوث الضرر الذي يشكو منه، وهو ما يسمى بشرط الأيدي النظيفة، أم أن الواقع يتطلب قيام رابطة تبعية بين الدولة الحامية والشخص المطلوب حمايته (الشخص الطبيعي أو المعنوي)؟

وسأعالج هذه الإشكال من خلال مبحثين على الشكل التالي :

* المبحث الأول: رابطة الجنسية بين الشخص الطبيعي والدولة الحامية.

* المبحث الثاني: رابطة الجنسية بين الشخص الاعتباري والدولة الحامية.

المبحث الأول: رابطة الجنسية بين الشخص الطبيعي والدولة الحامية.

استقر الفقه الدولي على أن المقصود برابطة التبعية المتطلبة بين الفرد طالب الحماية والدولة التي تتصدى لحمايته الدبلوماسية هو رابطة الجنسية⁽³⁾، ومؤدى ذلك أن الدولة التي يحق لها التصدي لحماية الشخص الطبيعي فيما لو أصابه ضرر بفعل دولة أخرى هي الدولة التي ينتمي إليها هذا الشخص بجنسيته.

والأصل، أن لكل دولة حق تحديد من هم رعاياها بمقتضى تشريعاتها الداخلية، مع ملاحظة تقيدها في هذا الصدد بما قد تبرمه من اتفاقات دولية، أو بما قد يقضي به العرف الدولي والمبادئ القانونية المعترف بها في مواد الجنسية.⁽⁴⁾

¹ - د. حسين حنفي عمر، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية، 2005، ص 37.

² - د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2011، ص 262.

³ - إن رابطة الجنسية في الفكر القانوني تشير إلى علاقة أو صلة من الانتماء أو الانتساب، تقوم بين شخص معين ودولة محددة، ويعرفها الأستاذ Loussourn بأنها: "صفة في الشخص تقوم على رابطة سياسية وقانونية بينه وبين دولة هو عنصر من عناصر تكوينها".

وقد عرفت محكمة القضاء الدولي الصادر من محكمة العدل الدولي في قضية Noylebohon سنة 1955 رابطة الجنسية، على أنها: "رابطة قانونية تقوم في أساسها على واقع ارتباط اجتماعي وعلى تضامن حقيقي في الوجود والمصالح والمشاعر مقرونة بتبادل الحقوق والواجبات.

⁴ - د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، "مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 114-115.

المطلب الأول: مركز الشخص الطبيعي متعدد الجنسية.

من المشكلات التي تثيرها الحماية الدبلوماسية أمام القضاء الدولي، هي المشكلة المتعلقة بالفرد أو المستثمر متعدد الجنسية، وذلك فيما يتعلق بتحديد أي من الدول التي يحمل المستثمر جنسيتها، والتي يمكن أن تتصدى لحمايته خاصة عند عدم وجود اتفاقية دولية بين الدول التي يحمل المستثمر المتضرر جنسياتها تتضمن حلاً اتفاقياً لهذه المشكلة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى تحديد مركز الشخص الطبيعي متعدد الجنسية وفقاً للمعيارين التاليين:

الفرع الأول: نظرية تكافؤ السيادة - مبدأ المساواة في السيادة بين الدول:

لقد اعتنق الفقه في البداية ما سمي بنظرية "تكافؤ السيادة" التي تنكر على القضاء الدولي الحق في الترجيح بين الجنسيات المترامية على الشخص استناداً إلى احترام سيادة كل من الدول التي يحمل الفرد جنسيتها، ما دامت كل من هذه الجنسيات قد اكتسبت اكتساباً صحيحاً وفقاً لقانون دولتها، إذ أن مثل هذا الترجيح يتضمن إهدار لسيادة الدولة الأخرى وهو ما لا يجوز.

ويترتب على هذا النظر حق كل من الدول التي يحمل متعدد الجنسية جنسياتها في التصدي لحمايته، مع التحفظ المقرر في العرف الدولي والذي لا يجوز بمقتضاه لدولة ما - ولو كانت من الدول التي يحمل الشخص جنسياتها - أن تتصدى لحمايته في مواجهة دولة أخرى من الدول التي يعد متعدد الجنسية من مواطنيها على نحو ما سنرى فيما بعد.

وقد سبق للفقه الحديث أن رفض هذا النظر لكونه قد تجاهل أهمية التصدي لوضع معيار للتفضيل بين الجنسيات المتزاحمة، مكتفياً بالاستسلام ببساطة للنتائج الخطيرة المترتبة على مشكلة تعدد الجنسية، ومن جهة أخرى فقد افترض الرأي السالف عجز القانون الدولي العام عن تقديم حل للمشكلة محل البحث، في حين أن التساؤل يجب أن يثور أصلاً عما إذا كانت هناك قاعدة دولية تتضمن هذا الحل من عدمه.

وقد أجاب القضاء الدولي على هذا التساؤل مؤكداً أن ثمة معيار واجب الإتيان للترجيح بين الجنسيات المترامية على متعدد الجنسية هو معيار الجنسية الفعلية⁽²⁾.

الفرع الثاني: معيار الجنسية الفعلية.

نتيجة فشل المبدأ السابق في حل مشكلة تعدد الجنسيات فقد ذهب الفقه الحديث في سبيل تحديد الجنسية اللازمة لممارسة الحماية الدبلوماسية، إلى الأخذ بمعيار "الجنسية الفعلية"⁽³⁾ كأساس للتفضيل بين الجنسيات المترامية على متعدد الجنسية في القضاء الدولي الحديث منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، إذ اتجه المحكمون عند فض النزاع الإيجابي للجنسيات إلى ترجيح الجنسية الفعلية أو الواقعية *Nationalité Effective*، أي الجنسية الحقيقية التي يعيش الفرد في كنفها.

¹ - عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 78.

² - د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، من ص 115 إلى ص 117.

³ - والمقصود بالجنسية الفعلية: الجنسية الواقعية أو الحقيقية (أي القانونية) التي تم اكتسابها على نحو صحيح حسب قانون الجنسية في الدولة، وليست جنسية الواقع التي يعيشها الفرد دون اعتراف من قانون الدولة التي ينتهي إليها الفرد من الناحية الفعلية.

راجع في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة، الحماية الدبلوماسية ومشكلة تعدد الجنسية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، العدد التاسع، الرياض، 1992، ص 17.

ثم أتيحت الفرصة لمحكمة العدل الدولية في 16/04/1955 لتؤكد هذا الاتجاه نحو تطبيق فكرة الجنسية الفعلية في قضية Nottebohm، فقد قررت المحكمة في حكمها الصادر في هذه القضية والمتعلقة بنزاع بين كل من دولة "جواتيمالا" و "إمارة ليشتشتين" حول المدعو "نوتباوم" سلامة معيار الجنسية الفعلية كأساس للترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص الواحد.

وأوضحت المحكمة في حيثياتها أن الجنسية الفعلية هي التي تقوم على أقوى رابطة حقيقية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها، ولا بأس في هذا الصدد من الاستعانة في تحديد الجنسية الفعلية بموطن الفرد، ومقر مصالحه، وروابطه العائلية، واشتراكه في الحياة العامة في الدولة، وكذلك رغبته في الارتباط بدولة معينة.

وقد بارك الفقه الحديث في مجموعة نظرية الجنسية الفعلية على النحو الذي انتهى إليه القضاء الدولي، فهي تتضمن معيارا للترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص يستجيب للأساس الاجتماعي للجنسية، والذي ينطوي على شعور الفرد بالولاء نحو الدولة التي يرتبط بها ارتباطا فعليا.

وغنى على بيان أن معيار الجنسية الفعلية على النحو الذي حددته محكمة العدل الدولية هو مجرد معيار للترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص، أي أنه يفترض وجود شخص يحمل جنسية أكثر من دولة وفقا للقوانين الداخلية لهذه الدول، ومؤدى الاعتداد بالجنسية الفعلية في هذه الحالة هو مجرد ترجيح الجنسية التي يرتبط بها الشخص أكثر من سواها من بين هذه الجنسيات، وعلى ذلك فلا يصح للمحكمة مثلا أن تقرر انتماء الشخص إلى دولة معينة بدعوى ارتباطه الفعلي بها أكثر من غيرها ما دامت هذه الدولة ليست من بين الدول التي يحمل هذا الشخص جنسياتها.

وتطبيقا لما تقدم، فإن تنازعت كل من الدولتين التي تتراكم جنسياتهما على متعدد الجنسية بشأن التصدي لحماية أمام القضاء الدولي في مواجهة دولة ثالثة، فإن الدعوى الدولية لن تقبل إلا من الدولة التي يتمتع طالب الحماية بجنسيتها الفعلية، بل أنه يجوز للدولة المدعى عليها أن تدفع دعوى الدولة الواحدة التي تصدت لحماية متعدد الجنسية، فيما لو كانت رابطة الجنسية التي تربطها بطالب الحماية لا تقوم على أسس واقعية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مركز الشخص الطبيعي عديم الجنسية.

يختلف مركز عديم الجنسية عن مركز غيره من الأجانب في الدولة، ذلك أن هؤلاء الآخرين يعتبرون من الأجانب ذوي الجنسيات المحددة، أما عديم الجنسية فصفة الأجنبي بالنسبة إليه ليست نسبية، بل هي مطلقة باعتبار أنه أجنبي عن جميع الدول، ويترتب على ذلك أن يصبح في إمكان الدولة أن تعامل الأجنبي معاملة تقل عن الحد الأدنى المعترف به دوليا للأجانب، فاعتباره عديم الجنسية يجعله في وضع يفتقر فيه إلى الدولة التي يمكن أن تتصدى لحمايته في مواجهة الدول الأخرى، ما دنا قد رأينا أن رابطة الجنسية هي الرابطة المتطلبة لإمكان ممارسة الحق في الحماية الدبلوماسية.

وقد انتقد البعض هذا الوضع الذي يجرم عديم الجنسية من الحق في طلب الحماية الدبلوماسية، مؤكدا ضرورة تمتعه بهذا الحق عن طريق إيجاد رابطة تبعية أخرى تربطه بدول معينة، وتتمثل هذه الرابطة فيما يلي:

¹ - د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، من ص 117 إلى ص 121.

الفرع الأول: رابطة الموطن أو الإقامة.

اقترح أنصار هذا الاتجاه أن تكون هذه الرابطة هي رابطة الموطن أو الإقامة، بحيث يحق للدول التي يقيم فيها عديم الجنسية أن تتصدى لحمايته.

ورغم سلامة هذا النظر وعدالته في نفس الوقت، إلا أنه يصطدم مع الأسف بالحقائق الوضعية السائدة، ولهذا حاولت بعض الدول أن توفر لعديم الجنسية الحماية المطلوبة من خلال الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: رابطة الاتفاقيات الدولية.

يرى هذا الاتجاه أن لا سبيل لحماية عديم الجنسية دبلوماسياً إلا من خلال الاتفاقيات، ونتيجة لذلك فقد اتجهت جهود الدول إلى عقد الاتفاقيات التي تقضي على هذه الظاهرة، ومنحت عديم الجنسية مركزاً قانونياً قائماً على أساس قانون بلد الموطن أو الإقامة⁽²⁾.

وفي خارج الحلول الاتفاقية، يبقى عديم الجنسية مجرداً من الحق في الحماية الدبلوماسية في ظل الحقائق الوضعية الراهنة التي تقيم رابطة التبعية بين طالب الحماية والدولة التي يطلب حمايتها على أساس فكرة الجنسية، على الأقل ما دام طالب الحماية شخصاً طبيعياً.

فهل يختلف الأمر فيما لو كان من الأشخاص الاعتبارية؟، هذا ما نحاول الإجابة عليه في العنصر الموالي:

المبحث الثاني: رابطة الجنسية بين الشخص الاعتباري والدولة الحامية.

يقيم الفقه التقليدي رابطة التبعية بين الشخص الاعتباري والدولة التي تتصدى لحمايته على نفس الأساس الذي تقوم عليه الرابطة المطلوبة بين الشخص الطبيعي والدولة الحامية، إذ يتعين في الحالتين أن يكون الشخص طالب الحماية متمتعاً بجنسية الدولة التي تتصدى لحمايته، وبهذه المثابة تقوم فكرة الحماية الدبلوماسية للشخص الاعتباري أسوة بالشخص الطبيعي، على رابطة الجنسية بين الشخص المضرور والدولة الحامية، وهو ما يفترض التسليم المسبق بإمكان تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية⁽³⁾.

وقد أثارَت مشكلة مدى تمتع الأشخاص الاعتبارية بالجنسية جدلاً فقهيًا صاحباً يخرج عن نطاق هذه الدراسة، ويكفي في هذا المقام أن نشير إلى أن جانباً من الفقه قد أكد على إمكان تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية أسوة بالأفراد، بينما أنكر جانب آخر من الشراح على الأشخاص الاعتبارية القدرة على حمل الجنسية⁽⁴⁾ وعلى ذلك، فإن أحداً من أنصار الرأيين المتقدمين لم ينكر على وتختلف التشريعات الداخلية في هذا الصدد اختلافاً بينا يمليه التباين في مصالحها الاقتصادية بصفة خاصة، وتتردد التشريعات المختلفة بين الأخذ بواحد أو أكثر من أربعة معايير أساسية، وهي معيار التأسيس - معيار مركز الاستغلال الرئيسي - معيار مركز الإدارة الرئيسي - معيار الرقابة.

كما أن القضاء الدولي تطلب أوصافاً محددة في رابطة الجنسية بين الشخص الاعتباري والدولة التي تتصدى لحمايته، وهي الأوصاف التي ستكون محلاً لدراستنا في الفقرات التالية:

¹ - د. أحمد عبد الكريم، نظرية الحماية الدبلوماسية، بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 58، لعام 2002، ص 106-107.

² - عمرهاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 80.

³ - د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 123-124.

⁴ - في هذا المعنى أيضاً، د. أحمد القشيري، محاضرات في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق، جامعة عين شمس،

المطلب الأول: معايير ثبوت جنسية الشخص المعنوي.

تردد التشريعات الداخلية المختلفة، بين الأخذ بواحد أو أكثر من أربعة معايير أساسية⁽¹⁾، كضابط لتحديد جنسية الشخص الاعتباري الكائن على ترابها الوطني، وهذا على النحو التالي:

الفرع الأول: المعيار الإرادي.

هل تلعب الإرادة الفردية ثمة دور في تحديد الجنسية؟ يطرح الفقهاء هذا التساؤل حال بحث جنسية الشخص الطبيعي، وينتهي المتقدمون إلى النفي، وأساس هذا الموقف مجموعة كبيرة من الاعتبارات السياسية والقانونية، التي تضيف على الجنسية طابعا تنظيميا، بحيث يقتصر أمرها في يد الدولة التي يحق لها فرضها على الأشخاص المكونين لها وفقا لما تراه في هذا الصدد.

ولكن هل يصدق ذات النظر، بالنسبة للشركات بوصفها كائنات معنوية أم لا؟

هناك من الفقهاء، من يرى أن للإرادة الجماعية للشركاء حق في تحديد جنسية الشخص المعنوي (الشركة)، وقد عبر الفقهاء المتقدمون عن رأيهم السابق في عدة صور سوف نعرض لكل صورة منها على حدة في عنصر مستقل، ويجدر بنا أن نوضح أمرا عاما بالنسبة للمعيار الإرادي، فحواه أن هذا الأخير قد ظهر إلى الوجود في الوقت الذي كان يسود فيه مبدأ سلطان الإرادة. كل دولة حقها في وضع المعيار الذي تراه في تشريعاتها الداخلية لتحديد الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسيتها الوطنية أو بتبعيتها السياسية.

وسوف نقسم هذا المعيار إلى العناصر التالية:

أولا: معيار التأسيس.

بموجب هذا المعيار، يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي تم تأسيسها فيها، فإذا كان الشخص المعنوي قد تكون في إنجلترا، فهو إنجليزي الجنسية، وإذا تم تأسيسه في الولايات المتحدة الأمريكية، اعتبر أمريكي الجنسية وهكذا، وهذا المعيار يلقي قبولا حسنا في الدول لأنجلو سكسونية، مثل إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية⁽²⁾، الأرجنتين، اليابان، الإتحاد السوفييتي سابقا (روسيا حاليا)، العراق⁽³⁾.

وفضلا عما تقدم، فقد قامت القنصليات المختلفة في المغرب باعتماد هذا المعيار، خلال الفترة السابقة على إقامة نظام الحماية عام 1912، فإذا ما تم تأسيس شركة معينة وتسجيلها لدى القنصلية الفرنسية، فهذه الشركة سوف تتمتع بالجنسية الفرنسية، استنادا إلى واقعة التسجيل سالف الذكر، وبالمثل إذا ما تم تسجيل شركة أخرى لدى القنصلية الإيطالية في المغرب، فإن هذه الشركة سوف تكتسب الجنسية الإيطالية... وهكذا.

فواقعة التسجيل كانت إذن، الضابط المحدد لجنسية الشركة الأجنبية خلال الفترة السابقة لإقامة نظام الحماية، وقد أكدت المحكمة القنصلية الفرنسية بطنجة، المعنى السابق، في الحكم الصادر عنها بملسة 1913/01/24، حيث قررت

¹ - وهذه المعايير هي كالتالي: المعيار الإرادي - معيار مركز الاستغلال الرئيسي - معيار مركز الإدارة الرئيسي - معيار الرقابة.

² - د. هشام خالد، جنسية الشركة "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، من ص 101 إلى ص 104.

³ - د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص والجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1981-1982، ص 121.

أن: " الشركة التجارية التي تم تأسيسها في طنجة والتي تم تسجيلها لدى القنصلية الفرنسية، تتمتع بالجنسية الفرنسية".

والأساس المنطقي لمعيار التأسيس، أن قانون الدولة التي يتم فيها تأسيس الشخص المعنوي، هو الذي يمنحه شخصيته المعنوية، وجنسيته، بحسبانها أحد محددات هذه الشخصية⁽¹⁾.

ثانيا: معيار تكوين رأس المال.

وصاحب هذا المعيار، هو الأستاذ "تالير"، وبموجبه تكتسب الشركة جنسية الدولة التي يتم فيها تكوين رأس مالها والتي يتم فيها إصدار الأوراق المالية الخاصة بها، وقد قال الأستاذ "تالير" بهذا المعيار عقب انعقاد مؤتمر شركات الأسهم في باريس في أوت 1889، والذي تبنى المعيار السابق في إحدى توصياته.

الفرع الثاني: معيار مركز الإدارة الرئيسي.

نتناول معيار مركز الإدارة الرئيسي وفقا للنقاط التالية:

أولا: المقصود بمعيار مركز الإدارة الرئيسي.

حرصت العديد من التشريعات الحديثة على اعتناق مركز الإدارة الرئيسي، كضابط تتحدد بموجبه جنسية الشركة⁽²⁾، كما أن الكثير من أحكام القضاء قد عولت على هذا المعيار، في تحديد جنسية الشخص الاعتباري.

وبمقتضى هذا المعيار، يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، فإذا كان هذا المركز في إيطاليا، فالشركة تكون إيطالية الجنسية، وإذا كان هذا المركز في فرنسا، فإن الشركة تعتبر فرنسية الجنسية، وهكذا⁽³⁾.

ويتم التعبير عن معيار مركز الإدارة الرئيسي بعدة مصطلحات، منها مركز الشركة⁽⁴⁾، مركز الإدارة الرئيسي⁽⁵⁾، والمقر الرئيسي⁽⁶⁾، وكلها تعبيرات مترادفة، في الإشارة للمعيار المعني في هذا العنصر، والظاهر مما تقدم، أنه رغم اختلاف الصياغة فجميع التعبيرات والمسميات السابقة، إنما تهدف إلى التعبير عن معنى واحد، هو معيار مركز الإدارة الرئيسي، ألا وهو "المكان الذي توجد فيه الجهة الرئيسية للشركة، تلك الجهة التي تأتي منها التعليمات وتصدر عنها التوجيهات والأوامر إلى مختلف الهيئات والأجهزة التابعة للشركة"، وقد اعتنقت هذا المعيار محكمة "مونبلييه" في الحكم الصادر عنها بجلسة 1926/05/03.

¹ - د. هشام خالد، جنسية الشركة، المرجع السابق، من ص 105 إلى ص 113.

² - من بين هذه التشريعات: تشريع ألمانيا الغربية (قبل الوحدة)، بلجيكا، الدانمرك، إسبانيا، اليونان، لكسمبورغ، هولندا، سويسرا وأرجنتين، كولومبيا، مدونة بوستامنت، التشريع النمساوي الصادر في 1978/06/15، القانون المدني الإيطالي المادة (9) الفقرة (25).

³ - د. هشام خالد، جنسية الشركة، المرجع السابق، ص 148-150.

⁴ - ويعبر البعض عن هذا المعيار بلفظة "المركز الاجتماعي"، كما أن البعض يستعمل لفظة أخرى للتعبير عن المعيار مع ل الدراسة هي "المركز الاشتراكي". راجع هذه المصطلحات في:

د. شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 1981، ص 85.

د. إدريس الضحاك، الوجيز في حوادث السير "التأمين الإجباري على السيارات"، بدون دار النشر، الرباط، 1981، ص 14.

⁵ - وهذه التسمية، استعملها المشرع المصري في المادة (11) من القانون المدني، ويرى البعض أنها تسمية موفقه، لأنها تعبر عن حقيقة المراد.

⁶ - ويذهب المجلس الأعلى المغربي، إلى استعمال هذا التعبير، في بعض الحالات نذكر منها:

- القرار الصادر من الغرفة الإدارية رقم 162، جلسة 3، أوت 1979، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع 13-14، 1983، ص 141.

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في مركز الإدارة الرئيسي.

يجب أن يتوافر في مركز إدارة الشركة عدة شروط، سوف نعرض لها وفقا لما يأتي :

1- يجب أن يكون هذا المركز حقيقيا :

هذا الشرط مستمد من المادة الخامسة من القرار رقم 11، الصادر عن الدورة التي عقدها معهد القانون الدولي في مدينة "هامبورج" في 1891/12/07، وقد ظل القضاء الفرنسي أamina على الشرط محل الدراسة لمدة طويلة، وصدرت عنه العديد من الأحكام في هذا الصدد.

وفي 1966/07/24 صدر في فرنسا قانون، نصت المادة الثالثة منه على أنه : "تخضع الشركات التي يوجد مركز إدارتها الرئيسي فوق التراب الفرنسي للقانون الفرنسي، ويجوز للغير الاستناد إلى المركز النظامي، ولكن هذا المركز لا يجوز التمسك به في مواجهتهم، إذا المركز الحقيقي موجودا في مكان آخر.

والمستفاد من هذا النص، هو وجوب كون مركز إدارة الشخص المعنوي حقيقيا، أي ليس صوريا، كما يعتد به في اكتساب جنسية الدولة التي يوجد فيها هذا الشخص المعنوي، ويجب علي القضاء الاعتراف بالمركز الحقيقي للشخص المعنوي وصرف النظر عن مركزها الصوري، وفضلا عن ذلك يحق للقضاء أيضا أن يحكم ببطلان مثل هذا الشخص المعنوي (شركة مثلا)، لمخالفتها لنص وطني أمر.

2- يجب ألا يكون هذا المركز احتياليا :

ولا يكفي أن يكون المركز الرئيسي للشركة حقيقيا وليس صوريا، كما أوضحنا سابقا، بل يلزم فوق ذلك، ألا يكون هذا المركز احتياليا، أو بعبارة أخرى، "ألا يكون القصد من وراء تأسيسه بمكان معين التهرب من أحكام القانون الوطني الذي كان يتعين خضوع الشركة له".

وقد ثار التساؤل، حول الجزاء الواجب الإعمال به، إذا كان مركز الشخص المعنوي احتياليا.

يذهب الأستاذ "باتي فول"، إلى أنه إذا كان من حق الشركاء تحديد مركز الشركة في الدولة التي يحقق قانونها مصالحهم، فإن هذا الحق يجب ألا يكون الهدف الوحيد من استعماله، هو التهرب من أحكام القانون صاحب الولاية بحكم الشركة أصلا، وإلا جاز إعمال "نظرية التعسف في استعمال الحق" في هذا الموضوع، ويرفض البعض هذا النظر، لأن الرجوع إلى هذه النظرية يصطدم بصعوبات جمة لا يمكن تجاهلها، وأهمها المشقة التي سوف يتجشمها القاضي في البحث عن النوايا الحقيقية والمقاصد الخفية للمؤسسين أو الشركاء، مما لا يمكن معه الوصول إلى نتائج ثابتة ومؤكدة.

كما يذهب فريق آخر إلى وجوب إعمال "نظرية الصورية" في هذا الصدد.

ويرى جانب من الفقه في المادة الثالثة من القانون الفرنسي الصادر في 1966/07/24 إعمال لنظرية الصورية⁽¹⁾ في هذا المقام، حيث يحق للغير أن يتمسك بالمركز الظاهر المعلن عنه في عقد الشركة أو بالمركز الحقيقي الذي تباشر فيه الشركة نشاطها رغم مخالفته للمركز الظاهر، أو بعبارة أخرى فإن النص السابق هو أحد التجسيديات التشريعية الهامة لنظرية الصورية فهي...تمنح الغير الحق في أن يستند حسب مصلحته، إما إلى المركز الظاهر، أو إلى المركز

¹ - حول نظرية الصورية، راجع تفصيلا: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني "نظرية الالتزام"، الجزء الثاني، المجلد 02، آثار الالتزام، الطبعة الثانية، منقحة بواسطة م. مصطفى ألفقي، 1982، ص 1492 وما بعدها.

الحقيقي، فمن حق الغير إذن أن يختار بين الاستناد إلى المركز النظامي، لأنه المركز الظاهر المعلن عنه، ولأنه خلق من الظواهر ما المخدع به واطمأن إليه، وبين المركز الحقيقي لأنه المركز الفعلي الذي توجد به حقيقة الهيئة العليا القائمة على إدارة الشركة وتسييرها.

ويذهب جانب آخر من الفقه، إلى وجوب أعمال " نظرية الغش نحوى القانون"، وذلك في الفروض التي يتبين فيها للقاضي أن الخصوم قد حددوا مركز إدارة الشركة على نحو ينطوي على غش نحوى قانون الدولة التي كان من الواجب أن يكون الأخير على ترابها، نظرا للارتباط القائم بين الشركة وهذه الأخيرة، فهنا يتعين على القاضي أن يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح.

3- يجب أن يكون هذا المركز جديا :

ومفاد هذا الشرط، أنه لا يكفي أن يكون المركز الحقيقي غير احتيالي، بل يلزم فوق ذلك أن يكون اختياره معبرا عن اندماج الشخص المعنوي (الشركة) في اقتصاد الدولة المعنية، ويتحقق مثل هذا الاندماج، إذا كانت الشركة تباشر نشاطها في الدولة المتقدمة، أو إذا كان المساهمون فيها من مواطني هذه الدولة، كذلك إذا كانت الشركة تطرح أسهمها للتداول في هذه الدولة، ففي كل الفروض السابقة تكون الشركة مندمجة في الاقتصاد الوطني للدولة التي ترغب في حمل جنسيتها، وبذلك يكون تواجد مركز الإدارة الرئيسي لهذه الشركة على تراب هذه الدولة، سببا مبررا لكسب جنسيتها.

الفرع الثالث : معيار مركز الاستغلال.

إن معيار مركز الاستغلال يعتبر كأساس وضابط لتحديد جنسية الشخص المعنوي، وستتم دراسته وفقا للعناصر التالية :

أولا : مضمون معيار مركز الاستغلال :

يذهب أنصار هذا المعيار، إلى أن الشركة يجب أن تتمتع بجنسية الدولة التي تمارس فيها نشاطها، بحسبان أنه في هذا المكان تتجمع المصالح الحقيقية للشركة.

وقد لقي هذا المعيار، قبولا حسنا لدى بعض المشرعين، حيث اعتمده كضابط لتحديد جنسية الشركات الوطنية، ومن هذه الدول: النمسا- بلغاريا- الدانمرك- سويسرا- تركيا- هولندا- النرويج- اليونان- المجر- بلجيكا- إسبانيا.

ثانيا : مزايا وعيوب معيار مركز الاستغلال :

1- مزايا معيار مركز الاستغلال :

ويمتاز معيار محل الدراسة بعدة مميزات، لعل أهمها ما يأتي :

أ- من الناحية الأولى :

إن مركز الاستغلال هو المكان الذي تظهر فيه الشركة بصورة واضحة، فكل من يتعامل مع الشركة يستطيع بسهولة أن يحدد مركز استغلالها.

ب- من الناحية الثانية :

إن مركز الاستغلال هو ضابط حقيقي دائم، حيث لا يمكن أن يكون سوريا أو مفتعلا، فهنا تكتسب الشركة جنسية الدولة التي تمارس فيها الأخيرة نشاطها الحقيقي الواقعي، وبهذه المثابة يمتاز هذا المعيار عن معيار آخر، وهو معيار مركز الإدارة الرئيسي.

ج- من الناحية الثالثة :

يمتاز معيار مركز الاستغلال، أنه مركز موضوعي، حيث لا تكتسب الشركة إلا جنسية الدولة التي تربطها بها رابطة موضوعية، تتمثل في تواجد منشأتها وقيام أعمالها المختلفة على تراب هذه الدولة.

د- من الناحية الرابعة :

معيار مركز الاستغلال مفيد للدول النامية، حيث يؤدي الأخذ به إلى قيام الدول المصدرة لرأس المال بإقامة كافة المنشآت التي تستثمر فيها أموالا في الدول النامية، إذا ما أرادت أن تستفيد من قوانين تشجيع الاستثمار في هذه الأخيرة، فهذا المعيار هو وسيلة هامة لنقل التكنولوجيا إلى الدول المتخلفة.

2- عيوب معيار مركز الاستغلال :

رغم المميزات المتقدمة، فقد لقي المعيار المعروض، الكثير من أوجه النقد، لعل أهمها :

أ- من الناحية الأولى :

قد تقوم الشركة بممارسة نشاطها في أكثر من دولة، فهنا يثار التساؤل عن كيفية تحديد جنسية هذه الشركة، مثال ذلك الشركات التي تقوم بالتنقيب عن البترول، حيث تمارس مثل هذا النشاط في أربعة أو خمسة دول على وجه متوازن، بحيث يستحيل القول بأن نشاطها في إحدى هذه الدول هو الرئيسي، والآخر هو الفرعي، فكيف تحدد جنسية الشركة في مثل هذا الفرض؟

ب- من الناحية الثانية :

إن الشركة قد تغير محل نشاطها، حيث تنقله من دولة إلى أخرى، إلى ثالثة، وهكذا، فالأخذ بالمعيار المعروض من شأنه تغيير جنسية الشركة المعنية، كلما تغيرت الدولة التي تمارس فيها الأخيرة نشاطها، ومثل هذه النتيجة تجافي الاستقرار الواجب توافره بالنسبة لرابطة الجنسية.

ومن هذا المنطلق، يمكننا أن نفهم ما ذهب إليه مؤتمر شركات الأسهم المنعقد في باريس في أوت 1889، حيث رفض اعتماده (معيار مركز الاستغلال)، نظرا لمثالبه الكثيرة.

الفرع الرابع: معيار الرقابة.

نتناول معيار الرقابة كأساس لجنسية الشخص المعنوي، وفق النقاط التالي بيانها :

أولا : نشأة معيار الرقابة.

يذهب البعض، إلى أن معيار الرقابة، قد نشأ لأول مرة في الوقت المعاصر لقيام الحرب العالمية الأولى، حينما ذهبت العديد من التشريعات الصادرة عن الدول المتحاربة، إلى إخضاع الشركات المعادية لإجراءات الحراسة والتصفية الجبرية.

ويذهب البعض الآخر إلى أن القضاء الفرنسي قد اعتمد المعيار المتقدم قبل ذلك، بموجب الحكم الصادر عن محكمة السين المدنية في 1884/05/26، حيث أفاد الأخير: "أن شركة التضامن التي يوجد مركزها في فرنسا، والتي تضم شركاء كلهم من جنسية أجنبية تعتبر شركة أجنبية".

ولعل الصحيح، أن الحكم المتقدم إنما هو إعمال لمعيار آخر هو جنسية الشركاء، إذن فالحرب العالمية الأولى هي التي ولدت هذا المعيار الجديد، كما يعتقد الفقه الراجح.

وعندما صدر مرسوم 1914/09/27 في فرنسا، والذي أفاد وضع ممتلكات الأعداء تحت الحراسة، فثار التساؤل حول مدى إمكان إعمال أحكامه بالنسبة للشركات الخاضعة لسيطرة الأعداء بالرغم من تمتعها بالجنسية الفرنسية، نظرا لوجود مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا، أو بعبارة أخرى فقد أثرت المشكلة في فرنسا في مناسبة صدور مرسوم 1914/09/27، الذي يقضي بوضع أموال الأعداء تحت الحراسة، فقد دار التساؤل حول مدى سلامة تطبيق هذا المرسوم على الأشخاص الاعتبارية التي تخضع لإشراف ورقابة رعايا الأعداء رغم وجود مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا وتمتعها بالصفة الوطنية تبعا لذلك".

وفي إنجلترا، اعتمد المشرع الإنجليزي أثناء الحرب العالمية الأولى معيار الرقابة، كما يفرض بعض الإجراءات الحمائية ضد الشركات الإنجليزية التي تمثل مصالح معادية، ومقتضى هذه الإجراءات وضع هذه الشركات تحت الحراسة، ثم التصفية، ومنع التعامل معها إطلاقا.

وفي حكم صادر عن مجلس اللوردات البريطاني في "قضية دايملر" الشهيرة، أجازت المحكمة المتقدمة اتخاذ الإجراءات الحمائية ضد الشركات التي تحمي مصالح معادية رغم تأسيسها في إنجلترا، أو بعبارة أخرى، رغم حملها الجنسية الإنجليزية وفقا للقاعدة العامة المتبعة هناك.

وتجدر الإشارة في هذا المقام، إلى أن معاهدات الصلح المبرمة على أثر انتهاء الحرب العالمية الأولى، قد عولت على معيار الرقابة، لتحديد الشركات التي يجب أن تخضع لبعض الإجراءات الحمائية، فالثابت أن معاهدة "فرساي" قد اعتمدته في المادة 297، ومعاهدة "تريانون" قد اعتمدته في المادة 232 منها، وفي النهاية فإن "معاهدة سان جرمان" قد اعتمدته في المادة 349 منها.

ونكتفي هنا بعرض نص المادة 297/ب من معاهدة "فرساي"، والتي قررت ما نصه: "تحتفظ الدول الحليفة وشركاؤها بالحقوق في حجز وتصفية الأموال والحقوق والمصالح الموجودة فوق ترابها، والعائدة بتاريخ دخول هذه المعاهدة حيز التنفيذ إلى رعايا ألمان أو إلى شركات تخضع لمراقبتهم".

وقد تمت العودة لمعيار المراقبة من جديد على إثر قيام الحرب العالمية الثانية أي في الفترة من 1939 - 1945، واستمر الأخذ به حتى الوقت الحاضر.

ثانيا: تعريف معيار الرقابة.

ذهبت محكمة استئناف نانسي في الحكم الصادر عنها بجلسة 1921/02/08، إلى أن المقصود بالرقابة هو: "مباشرة تأثير فعال على شركة معينة، وكذا القيام على تنظيمها وتسييرها وإدارتها"، وقد خلصت المحكمة السالفة الذكر إلى وجوب إخضاع الأموال التي تملكها تلك الشركة على التراب الفرنسي لإجراءات التصفية بحسبان سيطرة الألمان على مقدراتها، وذهبت محكمة استئناف "دويه" في الحكم الصادر عنها بجلسة 1923/12/24، إلى أن الاستفادة من

المادة 297 من معاهدة فرساي، أن مناط تحقيق رقابة الألمان على شركة معينة، هو سيطرة المتقدمين على مقدراتها سيطرة تفيد اعتبارهم أسياد المشروع.

ثالثا: نطاق معيار الرقابة.

وسوف نعرض الآن للاتجاه القائل بتقييد معيار الرقابة، وكذا الاتجاه القائل بإطلاق معيار الرقابة، وذلك على التفصيل التالي :

1- الاتجاه نحوى تقييد معيار الرقابة :

من الأسباب الداعية إلى تقييد معيار الرقابة ما يلي :

أ- إن إعمال معيار الرقابة يصادف الكثير من المشاكل العملية، فليس من الميسور الوقوف على الأشخاص المكونين للشخص الاعتباري المعني، كذا الحال بالنسبة لتحديد الأشخاص الموجهين له والمهيمنين عليه، فقد يصادف وجود شركة نصف أعضائها من الوطنيين، في حين أن النصف الثاني من الأجانب، فهل تعتبر هذه الشركة وطنية أو أجنبية؟، وسوف تزداد المصاعب السابقة إذا افترضنا أن المساهمين الأجانب لا تجمعهم جنسية واحدة، بمعنى أنهم يحملون جنسيات متعددة.

ب- إن من شأن التعويل على معيار الرقابة، ثمة مجافة لعنصري السرعة والثقة المطلوبان في العلاقات التجارية، على المستوى الداخلي أو الدولي.

ج- إن إعمال معيار الرقابة في مجال تفسير المعاهدات تصادفه الكثير من العقبات، وبيان ذلك، أنه لن يصبح من الميسور تحديد المقصود بالصفة الوطنية أو الأجنبية للشركة المعنية، إذ ورد في نصوصها (هذه المعاهدات) ما يشير إلى الوطنيين أو الأجانب.

ولعل الأمور السابقة، هي التي دفعت محكمة العدل الدولية إلى رفض فكرة الرقابة في قضية "برشلونة تراكشن"، ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام، ما قرره المحكمة في حكمها السابق من أن: " القواعد المقررة بصفة عامة في الأنظمة الداخلية تقيم تفرقة واضحة بين شخصية الشركة وشخصية المساهم فيها، والشركة هي وحدها بواسطة مديرها وإدارتها صاحبة الحق من تصريف الأمور المتعلقة بها، ومن ثم فالإجراءات التي تتخذ ضد هذه الشركة لا تمس إلا حقوقها هي، حتى لو تأثرت مصالح المساهمين فيها نتيجة لذلك".

والثابت أن فكرة الرقابة لم تلق من قبل قبولا حسنا لدى المحكمة الدائمة للعدل الدولي، كما يبين لنا من الحكم الصادر عنها بجلسة 1926/05/25 بخصوص المصالح الألمانية في سليزيا العليا، ففي هذا الأخير رفضت المحكمة فكرة الرقابة، حيث أوجبت الاعتماد في هذا الصدد أساسا على المعايير العادية، والمأخوذ بها لتحديد جنسية الشركة.

يتبين لنا من خلال الأفكار المتقدمة، أن الرقابة ليست بمعيار لتحديد جنسية الشخص المعنوي، بل هي أداة لتحديد نطاق تمتع الشركة الوطنية ببعض الحقوق، فالمرجع يشترط أحيانا أن تكون الشركات الوطنية خاضعة لرقابة الوطنيين حتى تستفيد ببعض الحقوق، في حين أن الشركات الوطنية الخاضعة لرقابة الأجانب تحرم من هذه الأخيرة، هنا يمكن اللجوء إلى هذه الفكرة وبهذا القدر للتمييز بين النوعين المتقدمين من الشركات الوطنية، هذا هو الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه الفكرة في المقام المائل، وهذا ما يتفق عليه وينادي به أنصار الاتجاه القائل بتقييد نطاق فكرة الرقابة.

هناك من ينادي - وعلى العكس مما تقدم - بتوسيع نطاق فكرة الرقابة، بحيث تكون هي الوسيلة الوحيدة أو المعيار الوحيد لتحديد جنسية الشركة⁽¹⁾.

2- الاتجاه نحو إطلاق معيار الرقابة :

هناك من ينادي - وعلى العكس مما تقدم - بتوسيع نطاق فكرة الرقابة، بحيث تكون هي الوسيلة الوحيدة أو المعيار الوحيد لتحديد جنسية الشركة، وهذا كما يأتي :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التفرقة بين التبعية السياسية والتبعية القانونية للشخص المعنوي، فالتبعية القانونية للشخص المعنوي تتحدد في ضوء معيار الإدارة الرئيسي لهذا الأخير، وعلى هذا النحو يخضع النظام القانوني للشركة، للقانون السائد في الدولة المتقدمة، فهو الذي يحكم نشأتها- حياتها- وانقضاءها.

وعلى العكس من ذلك، فإن التبعية السياسية للشركة، إنما تتحدد في ضوء معيار الرقابة، فتكون الشركة وطنية إذا كانت خاضعة لرقابة الوطنيين، أو بعبارة أخرى، تكون الشركة أجنبية إذا كانت خاضعة لرقابة الأجانب، وعلى هذا، فالشركة الوطنية سوف تتمتع بحقوق الوطنيين، والشركة الأجنبية سوف تتمتع بالقدر الذي يسمح للأجانب التمتع به.

ويرى أنصار الاتجاه المعروض، وجوب اللجوء إلى معيار الرقابة في كل وقت لتحديد جنسية الشخص المعنوي، وبذلك فهم يرفضون وجهة النظر القائلة بقصر أعماله على وقت الحروب، أو حال وجود نص استثنائي يقرره، لأن مثل هذا الوضع إنما يؤدي إلى البلبلة وعدم الاستقرار، حيث تتحدد جنسية الشركة تارة وفقا لمعيار مركز الإدارة الرئيسي، وتارة أخرى وفقا لمعيار الرقابة.

وفي ضوء ما تقدم، يري البعض، أن معيار الرقابة لم يعد أمرا عارضا منوطا باعتبارات استثنائية، كما كان مقصورا في الماضي، وإنما يعكس وضعاً جديدا تقتضيه المعايير الدولية.

ومن الأمور التي تشجع على تعميم معيار الرقابة، الفوائد التي يحققها هذا الأخير دون سواء من المعايير المنافسة له.

المطلب الثاني : الحماية الدبلوماسية بين تعدد جنسية الشخص المعنوي طالب الحماية وانعدامها.

تثور مشكلة الحماية الدبلوماسية في الحالة التي يكون فيها الشخص المعنوي متعدد الجنسية - أي يحمل جنسية أكثر من دولة على حسب المعيار المتبع في كل دولة -، أو أن يكون عديم الجنسية.

وسوف نقوم بالتعرض لمسألة الحماية الدبلوماسية ومشكلة تعدد جنسية الشخص المعنوي، وأي من الدول التي يتمتع الشخص المعنوي بجنسيتها تكون الأولى وصاحبة الحق في رفع دعوى المسؤولية الدولية - الحماية الدبلوماسية - على غرار الدول الأخرى، بالرغم من تمتع الشخص المعنوي بجنسيتها في العنصر الأول، مروراً بالحالة التي يكون فيها هذا الشخص المعنوي عديم الجنسية وهذا في العنصر الثاني، وذلك على التفصيل التالي :

¹ - د . خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرين، العدد الثالث، سبتمبر، 1999، ص 64.

الفرع الأول: الحماية الدبلوماسية ومشكلة تعدد جنسية الشخص المعنوي.

مضت الإشارة إلى أن تصدي الدولة لحماية الشخص الاعتباري لا يتأتى بصفة مبدئية، إلا إذا كان هذا الشخص من مواطنيها، أي يحمل جنسيتها أو تبعيتها السياسية وفقا للمعايير الواردة في تشريعاتها الداخلية.

وقد رأينا سابقا، أن هناك دولا تعتنق معيار التأسيس مثل إنجلترا، حيث يعتبر الشخص الاعتباري وطنيا فيما لو تم تأسيسه في هذه الدولة ووفقا للقوانين السائدة فيها، ومن جهة أخرى فهناك دول تعتد بمعيار مركز الاستغلال، وبهذه المثابة يعد الشخص الاعتباري من مواطني هذه الدولة فيما لو باشر فيها نشاطه الرئيسي، وتفضل مجموعة ثالثة من الدول كما أشرنا سابقا، أنها تستند إلى معيار مركز الإدارة الرئيسي في تحديد جنسية الشخص الاعتباري الموجود على إقليمها، ويسود هذا النظر في فرنسا بصفة خاصة، حيث تكتسب الأشخاص المعنوية التي اتخذت مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا الصفة الوطنية، وأخيرا تميل بعض الدول إلى الاستعانة في تحديد الصفة الوطنية للأشخاص الاعتبارية بضابط الرقابة، ومؤدى ذلك أنه لا يكفي في تحديد جنسية الشخص الاعتباري أو تبعيته السياسية أن نقف عند الإطار القانوني للشخص الاعتباري، وإنما يجب النفاذ إلى ما وراء الشخصية المعنوية من حقائق واقعية تتعلق بالأفراد الذين يسيطرون على هذا الشخص المعنوي من الوجهة الفعلية.

إن وجود دولة معينة يتمتع الشخص الاعتباري بجنسيتها - جنسية واحدة فقط - لا يحول لأية دولة أخرى لا يرتبط بها هذا الشخص بجنسيته وفقا لتشريعاتها الداخلية أن تتصدى لحمايته الدبلوماسية، ولو كانت هذه الأخيرة أكثر ارتباطا به من الوجهة الفعلية، بوصفها الدولة التي يمتلك رعاياها رأسماله ويشرفون بهذه المثابة على إدارته ونشاطه.

بمعنى أن الدولة الوحيدة التي لها الحق في رفع دعوى الحماية الدبلوماسية هي الدولة التي ينتمي إليها هذا الشخص بجنسيتها، وهنا لا تثار مشكلة الحماية الدبلوماسية، ما دام الشخص الاعتباري يحمل جنسية دولة واحدة فقط.

لكن تثار مشكلة الحماية الدبلوماسية في الحالة التي يكون فيها الشخص الاعتباري يحمل أكثر من جنسية، وعلى هذا النحو انتهى الفقه إلى تفضيل جنسية الدولة التي يكون الشخص الاعتباري أكثر ارتباطا بها من الناحية الاقتصادية، والثابت أن مناط الأخذ بفكرة الارتباط، هو وجود شخص معنوي تتراكم عليه أكثر من جنسية في لحظة زمنية واحدة.

ولهذه الاعتبارات، يرى الفقه الحديث أنه لا يكفي لتقرير حق الدولة في التصدي للحماية الدبلوماسية للشخص الاعتباري أن يكون هذا الشخص متمتعاً بجنسيتها أو تبعيتها السياسية وفقا للمعايير السائدة في تشريعاتها الداخلية، وإنما يجب أيضا أن يكون الشخص الاعتباري خاضعا لإشرافها أو إشراف مواطنيها وفقا لمعيار الرقابة على النحو الذي بيناه، وهو المعيار الذي يعبر أصدق تعبير عن فكرة الجنسية الفعلية كما قررتها محكمة العدل الدولية.

إذا كانت التشريعات الداخلية للدولة تأخذ بمعيار التأسيس أو مركز الإدارة مثلا، فإن تبعية الشخص الاعتباري لهذه الدولة وفقا لأحد المعايير المتقدمة لا يكفي في ذاته لإمكان التصدي لحمايته الدبلوماسية، وإنما يتعين إلى جانب ذلك أن يكون الشخص الاعتباري خاضعا لرقابة هذه الدولة أو مواطنيها حتى يمكن لها حمايته أمام القضاء الدولي.

وهكذا يبدو معيار الرقابة في شأن الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتبارية وفقا لهذا النظر كمعيار تكميلي يقوم إلى جانب المعيار الذي تعتنقه التشريعات الوطنية للدولة الحامية، فيما لو كانت هذه الأخيرة لا تأخذ بفكرة الرقابة كضابط للكشف عن جنسية هذه الأشخاص أو تبعيتها السياسية.

وبهذه المثابة تلعب فكرة الجنسية الفعلية في رأي البعض دور أكثر فاعلية بصدد الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتبارية، فهي ليست مجرد معيار للترجيح عند تعدد جنسية طالب الحماية كما رأينا بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، وإنما هي معيار أساسي لتحديد تبعية الشخص الاعتباري للدولة التي تتصدى لحمايته، يقوم إلى جانب المعيار الذي تتبناه هذه الدولة في تشريعاتها الداخلية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الحماية الدبلوماسية ومشكلة انعدام جنسية الشخص المعنوي.

إذا تخلفت الأوصاف السابق بيانها والمتطلبة في جنسية الشخص الاعتباري طالب الحماية، فإن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هي استحالة توفير الحماية الدولية لهذا الشخص، على الأقل ما لم يوجد اتفاق دولي يقضي بغير ذلك.

ويحدث ذلك أولاً، فيما لو كانت الدولة التي يخضع الشخص المعنوي لإشراف رعاياها نتيجة لتملكهم لحصصه وأسهمه لا تأخذ بفكرة الرقابة كمعيار للكشف عن جنسية الأشخاص الاعتبارية، وإنما تعتد بمعيار التأسيس، بينما نجد أن الشخص الاعتباري طالب الحماية قد تم تأسيسه وفقاً لقوانين دولة أخرى تأخذ بدورها بمعيار التأسيس كضابط لتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية، إذن لن تستطيع الدولة الأولى أن تتصدى لحماية الشخص الاعتباري لتخلف أحد شرطي ممارسة هذه الحماية وهو أن يكون طالب الحماية من مواطنيها، بينما قد يتعذر على الدولة الثانية بدورها أن تتصدى لحماية هذا الشخص رغم أنه يعد من مواطنيها، وذلك لتخلف شرط الفاعلية المتطلبة في رابطة الجنسية بينها وبين طالب الحماية، بل حتى لو كان من حق هذه الدولة الأخيرة أن تتصدى لحماية الشخص الاعتباري لجرد أنه يتمتع بجنسيتها وفقاً لقوانينها الداخلية، في الوقت الذي لا يتمتع فيه هذا الشخص الاعتباري بجنسية دولة أخرى، فإن الغالب من الوجهة العملية ألا تمارس دولة الجنسية حقها في حمايته لانعدام مصلحتها في ذلك، ما دامت حصصه وأسهمه مملوكة لرعايا دولة أجنبية.

ومن جهة أخرى يستحيل توفير الحماية الدولية للشخص الاعتباري فيما لو تم تأسيسه في دولة تعتد بمعيار مركز الإدارة الرئيسي في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية، بينما تعتد الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي لهذا الشخص بمعيار التأسيس للكشف عن جنسية الأشخاص الاعتبارية، فلو افترضنا أن غالبية أسهم هذا الشخص كانت مملوكة لرعايا دولة ثالثة لا تأخذ بمعيار الرقابة في شأن تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية، فإن النتيجة المترتبة على ذلك أن يصبح الشخص الاعتباري معدوم الجنسية، وهو ما يتخلف معه أحد الشروط الأساسية لحمايته الدولية.

وإقرار هذا النظر يجعل المشروع الدولي في وضع مشابه لعديم الجنسية، وهو ما يجعله في مركز أقل من المشروعات الوطنية من حيث التمتع بالحماية الدبلوماسية، إذ هو لا يتمتع - خلافاً لها - بهذه الحماية في الفروض التي لا يخضع فيها للتبعية السياسية لدولة محددة من الدول الموقعة على اتفاقية منشئة، وطالما أن هذه الاتفاقية لم تتصد لوضع الحلول اللازمة لمواجهة هذا الفرض.

وإزاء تعذر التصدي للحماية الدبلوماسية للشخص الاعتباري المضرور في كافة الفروض السالفة الذكر، فقد تساءل الفقه عما إذا كان للدولة التي يتمتع المساهمون في رأسماله بجنسيتها أن تتصدى لحمايتهم بوصفهم كذلك، وبصفة مستقلة عن الشخص الاعتباري الذي يساهمون في ملكية رأسماله؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه في الفقرات التالية:

إذا تعذر على الدولة التي يتبعها الشخص الاعتباري أن تتصدى لحمايته، أو كان هذا الشخص لا يتمتع بجنسية أي دولة على الإطلاق، فإن المساهمين في رأسماله سوف يجدون أنفسهم في وضع يستحيل عليهم فيه أن يطالبوا الدولة

¹ - د. هشام خالد، جنسية الشركة، المرجع السابق، من ص 159 إلى ص 165.

التي أضرت بالشخص الاعتباري بالتعويضات المستحقة وفقا لأحكام القانون الدولي، وهو ما يدعو إلى التفكير في وسيلة أخرى للحماية الإجرائية لهؤلاء نزولا على اعتبارات العدالة الدولية.

فالشخص الاعتباري هو مجرد مجاز أو صناعة قانونية، ومن ثم فإن تحويل الدولة التي يتبعها بجنسيته حق التصدي لحمايته لا يجب أن يكون مانعا من تحويل الدولة التي ينتمي إليها المساهمون بجنسيتهم من حقها الطبيعي في حمايتهم في حدود الأضرار التي أصابتهم، وذلك إذا استحال على الدولة الأولى أن تتصدى لهذه الحماية لأسباب قانونية أو واقعية.

والقول بغير ذلك، سوف يجعل الأجانب الذين يستثمرون أموالهم في دولة معينة من خلال مساهمتهم في رأسمال شركة تتمتع بجنسية الدولة المضيفة مثلا في وضع أسوأ من المساهمين الأجانب في شركة أخرى لا تتمتع بجنسية هذه الدولة، وكذلك في وضع أسوأ من غيرهم من الأجانب الذين يستثمرون أموالهم في هذه الدولة بصفقتهم هذه، أي باعتبارهم أشخاص طبيعيين، وهو ما لا يجوز، إذ تستطيع الدولة التي ينتمي إليها الرعايا الأجانب في الحالة الأخيرة، أو الدولة التي يتمتع الشخص الاعتباري الأجنبي بجنسيتها في الحالة الأولى، أن تتصدى لحماية هؤلاء إذا ما تعرضوا لإجراءات التأميم التي اتخذها القطر المضيف للاستثمار، بينما لن يجد الأجنبي الذي فضل استثمار أمواله من خلال مساهمته في شركة تتمتع بجنسية القطر المذكور من يتصدى لحمايته، لأن أمواله مملوكة قانونا لشركة وطنية التي نزعت أموالها بدون تعويض، وقد رأينا أنه من المحذور وفقا لأحكام القانون الدولي أن تتصدى دولة لحماية شخص في مواجهة دولة أخرى يعد هذا الشخص من مواطنيها، ولو كان طالب الحماية يعد في نفس الوقت من مواطني الدولة المدعية.

ومثل هذه الأوضاع المؤسفة تتنافى ومبادئ العدالة الدولية، لكونها تترك الأجنبي دون حماية إجرائية في بعض الفروض لمجرد الاستسلام للنتائج القانونية المترتبة على فكرة تقوم على الوهم والاصطناع، وهي فكرة الشخصية الاعتبارية.

ولهذا فقد أكد الفقه الحديث في مجموعة أنه إذا اتخذت الدولة التي ينتمي إليها الشخص الاعتباري بجنسيته إجراءات التأميم أو نزع الملكية أمواله، فإن من حق الدولة أو الدول الأجنبية التي ينتمي إليها المساهمين بجنسيتهم أن تتصدى لحماية هؤلاء في مواجهة الدولة التي يتمتع الشخص الاعتباري بجنسيتها، والتي اتخذت مثل هذه الإجراءات، ولا يقتصر حق دولة المساهمين على التدخل لحمايتهم عن الأضرار المباشرة التي لحقت بهم بصفقتهم هذه، مثل الأضرار الناجمة عن مصادرة الدولة التي يتبعها الشخص الاعتباري للأسهم التي يمتلكونها بوصفهم مساهمين يتمتعون بجنسية دولة أجنبية معينة، وإنما تمتد هذه الحماية أيضا إلى الأضرار التي لحقتهم بطريقة غير مباشرة نتيجة مصادرة أموال الشخص الاعتباري ذاته كلها أو بعضها، أو نتيجة إنهاء الدولة للامتياز الممنوح له، أي نتيجة للأضرار التي أصابت الشخص الاعتباري نفسه بوصفه كذلك⁽¹⁾.

ولهذا حرصت بعض المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية المال الأجنبي على النص على حق الدولة التي ينتمي إليها المساهمون في رأسمال الشخص الاعتباري في التصدي لحماية رعاياها من المساهمين.

وقد أكد القضاء الدولي بحق أن حماية دولة المساهمين لا تتأني في الفروض السابقة، إلا في حدود الأضرار التي أصابتهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فهذه الحماية لا تشمل إذن مجموع الأضرار التي أصابت الشخص الاعتباري،

¹ - غالب الداودي، القانون الدولي الخاص والجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، المرجع السابق، ص 142.

وإنما هي تنصب على نصيب المساهمين من رعايا الدولة الحامية في هذه الأضرار، ما لم يوجد اتفاق دولي يقرر غير ذلك.⁽¹⁾

✓ الخاتمة :

أولا : النتائج.

من خلال ما سبق بيانه وتحليله يمكن إدراج النتائج التالية :

1- إن رابطة التبعية الوحيدة التي يمكن أن تكون أساسا للحماية الدبلوماسية هي رابطة الجنسية، التي تربط طالب الحماية بالدولة التي تتصدى لحمايته.

2- الجنسية الفعلية أو الواقعية *Nationalité Effective*، هي الجنسية الحقيقية التي يعيش الفرد في كنفها.

3- لكل دولة الحق في تحديد من هم رعاياها بمقتضى تشريعاتها الداخلية.

4- الجنسية الفعلية هي التي تقوم على أقوى رابطة حقيقية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها، وتعتبر كأساس للترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص الواحد.

5- تقوم رابطة التبعية (الجنسية) بين الشخص الاعتباري والدولة التي تتصدى لحمايته على نفس الأساس الذي تقوم عليه الرابطة المتطلبة بين الشخص الطبيعي والدولة الحامية.

6- لكل دولة الحق في وضع المعيار الذي تراه في تشريعاتها الداخلية ضابط لتحديد جنسية الشخص الاعتباري الكائن على ترابها الوطني.

7- تلعب فكرة الجنسية الفعلية، دور أكثر فاعلية بصدد الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتبارية، فهي ليست مجرد معيار للترجيح عند تعدد جنسية طالب الحماية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، وإنما هي معيار أساسي لتحديد تبعية الشخص الاعتباري للدولة التي تتصدى لحمايته، يقوم إلى جانب المعيار الذي تتبناه هذه الدولة في تشريعاتها الداخلية.

8- للدولة التي ينتمي إليها المساهمون في رأسمال الشخص الاعتباري عديم الجنسية الحق في التصدي لحماية رعاياها من المساهمين دبلوماسيا.

ثانيا : التوصيات.

1- ضرورة تمتع عديم الجنسية من الحق في طلب الحماية الدبلوماسية عن طريق إيجاد رابطة تبعية أخرى تربطه بدول معينة.

2- ضرورة قيام دولة المساهمين في التصدي لحماية الشخص الاعتباري عديم الجنسية ذاته عن الضرر الذي أصابه بصورة مباشرة، وليس مجرد التصدي لحماية المساهمين فيه عن الضرر غير المباشر الذي لحق بهؤلاء.

¹ - د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 114-115.

✓ قائمة المراجع :

أ- الكتب :

- 1- د. إدريس الضحاك، الوجيز في حوادث السير "التأمين الإجباري على السيارات"، بدون دار النشر، الرباط، 1981.
 - 2- د. شكري السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 1981.
 - 3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني "نظرية الالتزام"، الجزء الثاني، المجلد 02، آثار الالتزام، الطبعة الثانية، منقحة بواسطة م. مصطفى ألفقي، 1982.
 - 4- د. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص والجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1981 - 1982.
 - 5- د. هشام خالد، جنسي 66 الشركة "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
 - 6- د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي "مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
 - 7- د. حسين حنفي عمر، دعوى الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة في الخارج، دار النهضة العربية، 2005.
 - 8- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.
 - 9- د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2011.
- ب- المقالات والبحوث :
- 10- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الحماية الدبلوماسية ومشكلة تعدد الجنسية، مجلة الدراسات الدبلوماسية، العدد التاسع، الرياض، 1992.
 - 11- د. أحمد عبد الكريم، نظرية الحماية الدبلوماسية، بحث منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 58، لعام 2002.
 - 12- د. خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيقة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرين، العدد الثالث، سبتمبر، 1999.
- ج- محاضرات :
- 13- د. أحمد القشيري، محاضرات في الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1968 - 1969.

شروط منح عقد الإمتياز في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة في الجزائر



ذ: قان كريم باحث بكلية الحقوق

والعلوم القانونية جامعة وهران 2

لقد ابتكر المشرع الجزائري وسيلة جديدة في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، وتجسد ذلك في الامتياز، وكان ذلك بموجب القانون رقم 03/10 المؤرخ في 2010/08/15 و المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية الخاصة¹، هذه الطريقة جاءت بعد مجموعة من المحاولات الشبه الفاشلة التي أراد من جرائها المشرع جاهدا حل مشاكل العقار الفلاحي والمتراكمة منذ أزل بعيد. وقد حاول من خلال الامتياز تفادي سلبيات الأنظمة السابقة وإعطاء أكثر حرية للمستثمرين في استغلال الأراضي الفلاحية وكل هذا طبعا قصد تحقيق الأهداف الاقتصادية والتنموية المرجوة.

وقد أردنا من خلال عملنا هذا إلقاء بعض الضوء على جانب بسيط من هذا النظام الفلاحي، وذلك بالتطرق إلى جانب منه، يتمثل في الشروط المتطلبية من أجل الحصول على هذا الحق العيني، إذ أنه من الملاحظ أن المشرع الجزائري وضع بعض الشروط التي بموجبها حاول ضبط الوضعية الفلاحية في الجزائر من جهة، ومن جهة أخرى حماية ممتلكات الدولة من ما قد يمسه من إهمال أو اعتداءات.

¹ القانون 03/10 المؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق ل 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية الخاصة، ج. ر العدد 46، سنة 2010.

ومن الضروري الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع الجزائري قد استعمل نظام الامتياز في استغلال الأراضي الفلاحية قبل سنة 2010، وكان ذلك بمناسبة القانون رقم 18/83¹ ومرسومه التنفيذي 483/97² المحدد لكيفيات منح امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، في استغلاله للأراضي المراد استصلاحها. أما الأراضي الفلاحية المدرجة ضمن الأملاك الخاصة للدولة فقد كانت خاضعة للقانون رقم 19/87 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، والذي ألغى بموجب القانون 03/10 الذي يتمحور عليه بحثنا هذا لذلك حتى يتسنى لنا الإحاطة الوافية بكافة جوانب الموضوع سنقوم بدراسة كافة الشروط التي جاء بها القانون 03/10 مقارنة بالقانون 19/87 باعتبار أنه جاء لاغيا له، وكذا مع المرسوم التنفيذي 483/97 المحدد لكيفيات منح امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، بما أن الامتياز طبق لأول مرة في الأراضي المعدة للاستصلاح.

وعليه ستتم دراسة هذا الأمر في مبحثين، الأول يخص الشروط المتعلقة بأطراف العقد، والثاني فسيتم تخصيصه للشروط المتعلقة بموضوع العقد. وكل هذه المراحل ستكون في إطار القانون 03/10 في فصله الثاني ومرسومه التنفيذي 326/10 المحدد لكيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، وهذا بالموازاة مع المرسوم 483/97 المحدد لكيفيات منح امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، والقانون 19/87 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.³

¹ القانون 18/83 المؤرخ في 4 ذي القعدة 1403، الموافق ل 13 أوت 1983، والمتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية المعدل والمتمم، ج.ر العدد 34، سنة 1983

² المرسوم التنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 15 شعبان 1418، الموافق ل 15 ديسمبر 1997، المحدد لكيفيات منح امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، ج.ر العدد 83، سنة 1997، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 372/98 المؤرخ في 4 شعبان 1419، الموافق ل 23 نوفمبر 1998، المتضمن تعديل وتتميم المرسوم التنفيذي 482/97، ج.ر العدد 88، سنة 1998، ص25

³ القانون 19/87 المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1408، الموافق ل 8 ديسمبر 1987، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج.ر العدد 50، سنة 1987، الملغى بموجب القانون 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة.

المبحث الأول: شروط منح الامتياز المتعلقة بالمستفيدين:

إذا اطلعنا على الشروط التي جاء بها المشرع الجزائري في مختلف النصوص القانونية ذات الصلة، نلاحظ أن هنالك شروط متعلقة بالمستفيدين من الأراضي الفلاحية وشروط أخرى متعلقة بالعمال الفلاحين نفسه وشروط أخرى متعلقة بالعقد الذي به تمت الاستفادة من هذه الأراضي.

المطلب الأول: تمييزه عن القانون 19/87.

في البداية يتعين علينا تحديد شروط الامتياز في إطار القانون 19/87، ثم في إطار القانون 03/10 السالف الذكر المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة، وهذا حتى نتمكن من المقارنة بين النصين وبالتالي الإحاطة بالتطور التشريعي الذي مس هذا النوع من الأراضي الفلاحية.

الفرع الأول: شروط منح حق الانتفاع الدائم وفق قانون 19 / 87:

نظرا لخصوصية هذا العقد كون أنه يتناول استغلال أرض فلاحية تابعة للأموال الوطنية ومن أجل ضمان استغلال أمثل¹ قد نص قانون 19/87 من خلال المادتين 9 و 10² على شروط منح حق الانتفاع الدائم على الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة، إذ يجب أن تتوفر بعض الشروط في شاغل الأرض للاستفادة من هذا الحق، والتي يمكن إجمالها في:

1- أن يكون شاغل الأرض شخصا طبيعيا: أي أن الشخص المعنوي لا يستطيع الاستفادة من الأرض في إطار القانون المذكور أعلاه، كما يجب أن يكون جزائري الجنسية وبالتالي يستبعد الأجانب من هذه الاستفادة. وألا تكون له مواقف معادية لحرب التحرير.³

2- وطبقا لمبدأ " الأرض لمن يخدمها " فقد اشترط المشرع من خلال القانون 87-19 أن يكون المستفيد عامل دائم في القطاع الفلاحي أو مستخدما في المستثمرات الفلاحية القائمة عند تاريخ صدور القانون، بحيث تعطى لهؤلاء الدرجة الأولى في عملية المنح، أما فيما يخص الأراضي الزائدة فإنها تخصص لجماعات تتكون من المهندسين والتقنيين الفلاحين والعمال الموسمين والفلاحين الشباب.

¹ أ/ لنقار بركاهم سعي، منازعات العقار الفلاحي التابع للدولة (في مجال الملكية و التسيير)، الديوان الوطني للأشغال التربوية ط 1، سنة 2004 ص 26.

² المادة 9 من القانون 19/87: "تستغل الأراضي جماعيا وعلى الشيوخ حسب حصص متساوية بين كل عضو من أعضاء الجماعات المشتركة بصفة حرة. لا يجوز لأي منتج الحصول على أكثر من حصة واحدة ولا الإنضمام إلى أكثر من جماعة. ويمكن استثناءيا استغلال الأراضي بصفة فردية حسب الحالات وضمن الشروط المحددة بموجب هذا القانون. غير أن الاستفادة الفردية يمكن أن لا تكتسي صفة استثنائية في الحالة الخاصة بالنخيل."

المادة 10 من القانون 19/87: "تمنح الحقوق المنصوص عليها في هذا القانون لأشخاص طبيعيين ذوي الجنسية الجزائرية الذين لم تكن لهم مواقف غير مشرفة طوال حرب التحرير الوطني. تمنح هذه الحقوق بالدرجة الأولى للعمال الدائمين وغيرهم من مستخدمي تأطير المستثمرات الفلاحية القائمة عند تاريخ اصدار هذا القانون وذلك بصدد الأراضي المشار إليها في المادة الأولى أعلاه.

كما يمكن منح هذه الحقوق لجماعات تتكون من أشخاص يمارسون مهنة مهندسين وتقنيين الفلاحين وعمال موسمين وكذا الفلاحين الشباب. على الأراضي الزائدة بعد تشكيل المستثمرات الجماعية من قبل العمال المشار إليهم في الفقرة الأولى من هذه المادة.

وفي كل حالة من هذه الحالات المشار إليها أعلاه تمنح الأولوية للمجاهدين وذوي الحقوق."

³ نصت المادة 76 من الأمر رقم 26/95 ج.ر عدد 55 مؤرخة في 27 سبتمبر 1995، ص 11 يعدل ويتم القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 والمتضمن التوجيه العقاري، "على أن السلوك المعادي لحرب التحرير الوطني وكيفيات إثباتهم عن طريق التنظيم".

3- أن يكون بالغاً عاقلاً، غير محجور عليه، وقادر على العمل بالفلاحة، ولا يملك أرض خاصة، وليس عضواً بمستثمرة أخرى.

4- أن يثبت بأنه كان شاغلاً لأرض عرش وليس له أراضي خاصة أو نشاط آخر، ويمكن إثبات ذلك عن طريق الإرث بموجب منح حاصل وفق الأعراف المحلية أو طبقاً لقانون سيناتون كولتست.

5- أن يكون مقيماً بالبلدية التي بها أرض العرش محل الإستغلال أو البلدية المجاورة لها.

6- كما نص المشرع على وجوب اعطاء الأولوية دائماً للمجاهدين وذوي الحقوق، وهذا لمكانتهم الخاصة في المجتمع والتضحيات التي قدموها لاستعادة الأرض من المستعمر.

هذا من حيث النصوص القانونية طبعاً، لكن في التطبيق لم تحترم هذه الشروط من طرف الإدارة، ومنحت الأراضي الفلاحية لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط المطلوبة، وبعد اكتشاف الأمر تم سحب الاستفادة من قبل بعض الولاة، غير أن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا آنذاك لم تقبل التراجع، و الغت قرارات سحب الاستفادة مستندة على الاجتهاد القضائي الإداري المستقر، والذي بموجبه لا يمكن للإدارة أن تسحب قرارات رتبت حقوق بناء على خطئها الشخصي.¹

وجاء في قرار مجلس الدولة مؤرخ في 1999/03/08 (قضية والي تلمسان ضدي ط) أن القضاء هو المختص بسحب حق الاستفادة في حالة عدم توفر الشروط القانونية في المستفيد "..... حيث أن النزاع يتعلق بطلب إبطال قرار والي ولاية تلمسان المتضمن إلغاء قرار الاستفادة المستأنف عليه من قطعة أرض فلاحية وجاء هذا الإجراء على أساس أن المستفيد الآنف الذكر كان سلوكه مشيناً أثناء الثورة التحريرية وكانت تصرفاته ضد بلاده.

وحيث أن المستأنف لم يقدم أمام قضاة الدرجة الأولى ولا أمام قضاة مجلس الدولة من الأدلة ما يبرر تصرفه موضوع الدعوى، و بالتالي فإن تصرفه جاء متجاوزاً فيه السلطة مخالفاً لأحكام المرسومين التنفيذيين 251/89 و 50/90،³ وكلاهما ينص على أن حل أي مستثمرة فلاحية أو إقصاء أي عضو فيها لا يمكن أن يكون إلا عن طريق القضاء. وبالتالي فإن قضاة المجلس أصابوا لما قضوا بإلغاء قرار والي موضوع الطعن.⁴

أقر المجلس في هذا القرار أن إلغاء القرار الإداري الذي يمنح الأرض الفلاحية للمستفيدين لا يتم إلا عن طريق القضاء. ولا يمكن للوالي سحبه ولو أن المستفيدين لم يتحصلوا على عقد إداري مشهر يثبت حقوقهم وينشئ المستثمرة الفلاحية.

إلا أن مجلس الدولة قد تراجع عن هذا الموقف في قراره المؤرخ في 10-02-2004 ملف رقم 00726 (قضية والي الجزائر ضد ق م و من معه).

¹ / ليلي زروقي / حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومه للنشر والتوزيع، السنة 2014، الجزائر، ص 127

² المرسوم التنفيذي رقم 51/89 المؤرخ في 12 رمضان 1409 الموافق لـ 18 أبريل 1989 والذي يحدد كيفية تطبيق المادة 29 من القانون 19/87، ج.ر العدد 16 سنة 1989

³ المرسوم التنفيذي رقم 50/90 المؤرخ في 10 رجب 1410 الموافق لـ 6 فيفري 1990 والذي يحدد شروط وإعداد العقد الإداري الذي يثبت الحقوق العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين في إطار القانون رقم 19/87، ج.ر العدد 06 سنة 1990 .

⁴ / الحسين بن شيخ أنث ملويا - دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية، دار هومة ط 1 / سنة 2006 الجزائر ص 106 و ما بعدها

و أكد بأنه يكون للوالي في حالة انعدام عقد إداري مشهر الاختصاص للنطق بسقوط حقوق المستفيدين طبقا للمادة 6 من الأمر 26/95 المعدل والمتمم للقانون 125/90¹ و جاء في حى حى فى القرار ما يلي "..... حيث أن المستأنف عليهم استفادوا من وعاء عقاري بموجب قرار التخصيص الولائي في 08-04-1988 حيث أنه لم يتم شهر عقد تأسيس المستثمرة لدى المحافظة العقارية و لم تنصب في شكل عقد إداري كما تنص على ذلك المادة 12 من قانون 19/87

حيث ان المدعين المستأنف عليهم كانوا قد طلبوا إلغاء القرار الولائي المؤرخ في 04/02/1996 عن والي الجزائر، والذي كان قد ألغى قرار استفادتهم.

لكن حيث أن مقرر والي ولاية الجزائر لا يخالف القانون ولا يتجاوز السلطة، وإن والي مختص إقليميا يملك صلاحية النطق بسقوط حقوق المستفيدين عندما لا يكون القرار الإداري محل إجراءات تسجيل وشهر عقارين وذلك طبقا لأحكام المادة 6 من الأمر 26/95².

الفرع الثاني : شروط منح الامتياز على الأراضي المستصلحة :

لقد اشترط المشرع الجزائري من خلال المرسوم 483/97 المحدد لكيفيات منح الامتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية³ من خلال المادة 05 والمادة 02 من دفتر الشروط النموذجي الملحق به والمتعلق بالامتياز في مجال الأراضي الاستصلاحية، شروط تتعلق بصاحب الامتياز لعل من أهمها :

أن يكون صاحب الامتياز شخصا طبيعيا أو معنويا، متمتعا بالجنسية الجزائرية وهذا في حالة ما إذا تم تحويل الامتياز الى تنازل، وبالتالي نستنتج من ذلك أن المشرع الجزائري لم يشترط في صاحب الامتياز أن يكون ذا جنسية جزائرية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وكان يستهدف من ذلك محاولة جلب عدد كبير من المستثمرين، غير أنه وحماية للأراضي الفلاحية فقد اشترط المشرع الجزائري وحتى يتم التنازل عن الأراضي الفلاحية التي تجسد عليها مشروع الاستصلاح لفائدة صاحب الامتياز، أن يكون متمتعا بالجنسية الجزائرية.

كما اشترط المشرع أيضا أن تتوافر في المستفيد المعايير والأسس المطلوبة قانونا، فقد جاء في المرسوم 483/97 المحدد لكيفيات منح الامتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية ودفتر الشروط الملحق به، أنه يجب انتقاء المترشحين حسب أسس ومعايير والتي أتت بها المناشير والتعليمات التطبيقية، ويمكن على سبيل المثال لا الحصر ذكر التعليمات التي أصدرتها وزارة الفلاحة بتاريخ 21 ماي 2000 تحت رقم 237 المتعلقة بكيفية انتقاء المترشحين ص 16، ورد فيها أنه من اجل انجاح برنامج الامتياز عن طريق الاستصلاح لابد من إعطاء الأولوية الى ذوي الشهادات مهما كان تخصصاتهم وإلى من يمتلك كفاءات تقنية، وأن يكون صاحب الامتياز من المقيمين في منطقة المشروع.

¹ الملغى بموجب القانون 25/90 المؤرخ في أول جمادى الأولى 1411، الموافق ل 18 نوفمبر 1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج.ر العدد 49، سنة 1990

² مجلة مجلس الدولة، العدد 05، السنة 2004، ص 2

³ المرسوم التنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 15 شعبان 1418، الموافق ل 15 ديسمبر 1997، المحدد لكيفيات منح امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية، ج.ر العدد 83، سنة 1997، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 372/98 المؤرخ في 4 شعبان 1419، الموافق ل 23 نوفمبر 1998، المتضمن تعديل وتتميم المرسوم التنفيذي 482/97، ج.ر العدد 88، سنة 1998، ص 25

والجدير بالذكر أن المشرع لم يشترط على الشخص الطبيعي أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية، كما لم يشترط في الشخص المعنوي أن يكون تابعاً للنظام التعاوني، كما فعل ذلك في المادة 03 من القانون 18/83¹، وهذا ما يطرح التساؤل خاصة وأن المرسوم 483/97 يعد نص تنفيذي للقانون 83-18، فهل يشترط في الشخص الطبيعي أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية؟ والأصل أنه شرط بديهي ولا بد من توفره في صاحب الامتياز وهذا تبعاً لأحكام القانون المدني.

أما عن الشرط المتضمن أن يكون الشخص المعنوي تابعاً للنظام التعاوني، فهو شرط ناتج عن فكر الثورة الزراعية والذي لم يعد له أي وجود خاصة بعد إلغاء النصوص المتضمنة لقانون الثورة الزراعية بموجب القانون 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

المطلب الثاني: شروط الحصول على حق الامتياز وفق القانون رقم 03/10 :

إن المشرع الجزائري بإلغائه نظام الانتفاع الدائم الذي جاء في القانون 19/87، وإحلاله مكانه نظام الامتياز بموجب القانون 03/10، جاء بإستراتيجية جديدة في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، إذ جاء بشروط تختلف عن تلك التي فرضها بموجب القانون 19/87 وهذا محاولة منه لحماية الأراضي الفلاحية وتفادياً منه لأخطاء الماضي .

¹ القانون 18/83 المؤرخ في 4 ذي القعدة 1403، الموافق ل 13 أوت 1983، والمتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية المعدل والمتمم، ج.ر العدد 34، سنة 1983

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بصاحب الامتياز.

إن الشروط التي يجب توافرها في صاحب الامتياز وفق القانون 10-03 قد حددها المشرع في المواد 4، 5، 7 و19¹ وذلك في الفصل الثاني منه، ونشير إلى أن المشرع الجزائري لم يقدم شروط تتعلق بالمؤسسات العمومية المعنية بمنح الامتياز بموجب المرسوم 02/11 المحدد لكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة المخصصة أو الملحقة بالهيئات أو المؤسسات العمومية، لذا سيتم فقط دراسة الشروط الواردة في القانون 03/10 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة، والتي تتمثل عموما فيما يأتي:

1- شرط أن يكون صاحب الامتياز شخصا طبيعيا:

لقد اشترط المشرع الجزائري في المستثمر صاحب الامتياز في إطار القانون 03/10 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة، أن يكون شخصا طبيعيا، أي أن المشرع الجزائري استثنى من تطبيق هذا القانون الأشخاص المعنوية مهما كانت طبيعتهم، و عليه فقد حذى حذو يختلف عن الامتياز في مجال الاراضي الاستصلاحية، إذ يمكن تبرير ذلك لكون الامتياز يعد امتداد للمستثمرات الفلاحية والتي يشترط فيها الاستغلال المباشر والجماعي للأراضي الممنوحة، وهذا ما لا يمكن تطبيقه على الأشخاص المعنوية لعدم تماشي هذه الأعمال مع طبيعة الشخص المعنوي.

¹ المادة 4: "الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الامتياز" حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها. بموجب قانون المالية.

يقصد في مفهوم هذا القانون ب " الأملاك السطحية " مجموع الأملاك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية ولا سيما منها المباني والأغراس ومنشآت الري .

المادة 5: يمنح الامتياز المنصوص عليه في هذا القانون، لأعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية الذين استفادوا من أحكام القانون رقم 19/87 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1408 الموافق 8 ديسمبر سنة 1987 والمذكور أعلاه، والحائزين على:

- عقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية -أو قرار من الوالي. يجب أن يكون أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية المذكورين أعلاه، قد وفوا بالتزاماتهم بمفهوم القانون رقم 19/87 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1408 الموافق 8 ديسمبر سنة 1987 والمذكور أعلاه

المادة 7: "يقصى من الاستفادة من أحكام هذا القانون الأشخاص الذين حازوا الأراضي الفلاحية المذكورة في المادة 2 أعلاه أو الذين أجروا معاملات أو اكتسبوا حقوق انتفاع و/ أو أملاك سطحية خرقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،

- الذين كانوا موضوع إسقاط حق صادر عن طريق القضاء .

- الذين ألغى الولاية قرارات استفادتهم.

تؤجل معالجة حالات الأشخاص المطروحة قضاياهم على مستوى الجهات القضائية المختصة ، إلى غاية إصدار الحكم النهائي."

المادة 19: "لا يمكن أيا كان، وبأي صفة كانت، اكتساب حقوق امتياز على أراض فلاحية تابعة للأمولاك الخاصة للدولة إذا تبين أنه سلك سلوكا غير مشرف أثناء ثورة التحرير الوطني."

2- شرط أن يكون صاحب الامتياز من جنسية جزائرية :

إنه وباستقراء القانون 03/10 المتعلق بشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة عن طريق الامتياز نجد أنه لم ينص على شرط الجنسية الجزائرية عند التطرق لشروط الامتياز، وإنما تطرق إليه عندما وضع تعريفا للامتياز في المادة الرابعة منه والتي تنص على ما يلي: "الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية " وما يمكن قوله حول ذلك أن المشرع الجزائري كان عليه إدراج شرط الجنسية الجزائرية ضمن شروط الامتياز وليس ضمن التعريف، لأن اشتراط الجنسية الجزائرية في صاحب الامتياز يدخل في نطاق الشروط ولا علاقة له بتعريف الامتياز، وما يمكن ملاحظته على النصوص القانونية المتعلقة باستغلال العقارات الفلاحية نجدها تشترط دوماً أن يكون المستغل من جنسية جزائرية، وذلك ربما راجع إلى النزعة الوطنية التي ورثها الجزائريون من الفترة الاستعمارية، وكذا لحماية العقار الفلاحي لما له من أهمية إستراتيجية في الاقتصاد الوطني، كما أنه يعد الركيزة الأساسية لضمان الاكتفاء الذاتي.

3- وجوب أن تتوفر شروط تحول حق الانتفاع الدائم إلى امتياز في المستفيد صاحب الامتياز :

إنه وعندما يتم منح الامتياز بموجب تحول حق الانتفاع الدائم إلى امتياز، يجب أن يكون صاحب الامتياز من بين الأشخاص الذين كانوا أعضاء في المستثمرات الفلاحية الفردية أو الجماعية والذين استفادوا من القانون 19/87 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم والمذكور آنفاً، واشترط المشرع أن يكون هؤلاء حائزين على :

- عقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية أو يكونون حائزين على قرار استفادة صادر عن الوالي المختص إقليمياً.

كما يتعين على أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية أن يكونوا قد وفوا بالتزاماتهم بمفهوم القانون 19/87 وخاصة فيما يتعلق بدفع الأتاوة.¹

كما أن المشرع استثنى بموجب المادة السادسة من القانون 03/10 من تطبيق أحكام نصوص هذا القانون الأشخاص الآتية:

-الذين حازوا على الأراضي الفلاحية المذكورة أو الذين أجروا معاملات أو اكتسبوا حقوق انتفاع و/أو أملاك سطحية خرقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

- الذين كانوا موضوع إسقاط حق صادر عن القضاء.

- الذين ألغى الولاية قرارات استفادتهم.

¹ حمدي باشا عمر، ليلازروقي، المنازعات العقارية، دارهومة، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2014، ص 133.

4- شرط أن لا يكون صاحب الامتياز سلك سلوك غير مشرف أثناء حرب التحرير :

وهذا الشرط راجع الى النزعة الوطنية التي تفرض الحفاظ على العقارات المملوكة للدولة خاصة منها الفلاحية.¹

الفرع الثاني : الشروط المفروضة لاستغلال الأراضي الفلاحية.

نص المشرع الجزائري في القانون 03/10 والمراسيم المطبقة له² على الشروط التي يجب ان تحترم في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة وما يترتب على عدم احترامها . ومن أهم هذه الشروط والتي جاءت في المادة 22 من القانون 10-03 إذ نصت على أن هذا القانون يفرض على المستثمرين أصحاب الامتياز إدارة واستغلال مستثمراتهم بصفة شخصية³ ومباشرة مع الإشارة أن المستثمرة الفلاحية سواء كانت فردية أو مشكلة من أصحاب امتياز متعددين تكتسب صفة الشخص المعنوي المتميز عن أعضائها مباشرة بعد انتهاء الشكليات المطلوبة،⁴ وهذا طبقا للمادة 20 من القانون 03/10 " تكتسب المستثمرة الفلاحية الأهلية القانونية الكاملة للاشتراط والمقاضاة والتعهد والتعاقد طبقا لأحكام القانون المدني".

ومن الشروط أيضا، أن المستثمرين أصحاب الامتياز ملزمين بحماية الأراضي الفلاحية والأمولاك السطحية الملحقة بها والحفاظة على طابعها الفلاحي، كما يجب عليهم دفع الإتاوة التي يحدد وعائها سنويا بموجب قانون المالية. وعموما يلتزم المستثمرون أصحاب الامتياز باحترام الشروط والقيود التي فرضها المشرع بمقتضى المرسوم التنفيذي 326/10، المحدد لكيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة.⁵ وهي بصفة عامة :

- وجوب استغلال صاحب الامتياز للأراضي الممنوحة له.
- يمنع على المستثمر صاحب الامتياز التآجير من الباطن للأراضي الممنوحة له بموجب عقد الامتياز.

¹ إثبات السلوك الغير مشرف " حركي " أثناء الثورة يكون حسب المرسوم رقم 96-39 المؤرخ في 20-07-1996 (غير منشور) عن طريق اللجنة المنعقدة لدى وزارة المجاهدين أما مصالح الأمن فهي غير مؤهلة لإبداء الرأي في هذه المسألة. أنظر القرار رقم 002982 المؤرخ في 10-06-2002. مجلة مجلس الدولة العدد 02 صفحة 186

² انظر المرسوم رقم 10-326 المؤرخ في 23-12-2011 المتعلق بشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة.

³ المادة 22 : "يجب على المستثمرين أصحاب الامتياز إدارة مستثمراتهم الفلاحية مباشرة وشخصيا. عندما تكون المستثمرة الفلاحية مشكلة من عدة مستثمرين أصحاب الامتياز، فإنه يتعين عليهم. وجب اتفاقية غير ملزمة للغير، تحديد العلاقات فيما بينهم ولا سيما منها :

- طريقة تعيين ممثل المستثمرة الفلاحية.

- طريقة أو طرق مشاركة كل واحد منهم في أشغال المستثمرة الفلاحية.

- توزيع واستعمال المداخل

⁴ تساءل أحد النواب أثناء عرض مشروع القانون حول الطبيعة القانونية للمستثمرات وكان رد وزير الفلاحة بأنها شركة مدنية لا تتعرض للإفلاس. ذلك أن عملية الإنتاج فيها لا تتوقف. أنظر حمدي باشا عمر، لبللى زروقي، المرجع السابق، ص 135.

⁵ المرسوم التنفيذي 326/10، المؤرخ في 23-12-2010، الذي يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، جريدة رسمية رقم 76، سنة 2010.

- يحظر البناء على الأراضي المنوحة إلا بموجب رخصة من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.
 - يحضر على المستفيد أيضا تغيير الوجهة الفلاحية للأراضي أو الأملاك السطحية المنوحة.¹
 ويترتب عن كل اخلال من المستثمرين أصحاب الامتياز بالشروط والالتزامات المذكورة سابقا، وبعد إثبات المخالفة بمحضر معاينة يعده محضر قضائي، يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بإعداره بأن يكف عن المخالفة وأن يحترم أحكام القانون المتعلق بالامتياز الفلاحي، وفي حال عدم استجابته للإعذار تقوم مديرية أملاك الدولة بعد إخطار من الديوان، بالفسخ الإداري لحق الإمتياز.

المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بعقد الامتياز :

لم يكتفي المشرع بإيراد الشروط الواجب توافرها في المستفيد من عقد الامتياز، بل تعدى ذلك ليصل الى تنظيم الشروط المتعلقة بموضوع العقد نفسه وكذا الأراضي التي يسري عليها هذا التصرف القانوني، وهذا ما سنحاول الولوج اليه في المطلبين الآتيين.

المطلب الاول: الشروط المتعلقة بالأراضي.

سنقوم من خلال هذا المطلب بتحديد الأراضي التي يقع عليها الامتياز في القانون 10-03، وتمييزها عن تلك الأراضي التي تجسد عليها المشاريع الاستصلاحية والتي جاء بها المشرع في القانون 83-18 ومرسومه التنفيذي رقم 97-483.

فقد جاء في المادة 2 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 97-483 المعدل والمتمم والمحدد لكيفيات منح امتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات المستصلحة. على أن الامتياز يمنح في إطار الاستصلاح في المناطق الصحراوية والجبلية والسهبية.

والاستصلاح في مفهوم المادة 8 من القانون 83-18 المؤرخ في 13/08/1983 والمتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية المعدل والمتمم، هو كل عمل من شأنه جعل الاراضي قابلة للفلاحة صالحة للإستغلال، ويمكن أن تنصب هذه الأعمال على أشغال التعبئة المياه والتهيئة وتنقية الاراضي والتجهيز والسقي والتخفيض والغراسة والحفاظة على التربة قصد إخصابها وزرعها.

وعملية الاستصلاح تنصب على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الصحراوية والسهبية عند توافر المياه، وكذلك الأراضي الغير المخصصة طبقا للقانون 87-19، والتي يمكن استخدامها بعد الاستصلاح.² مع الإشارة أن المادة 2 من القانون 83-18 استثنت من مجال تطبيق هذا القانون الاراضي التابعة لنظام التسيير الذاتي أو صندوق الثورة الزراعية قبل إلغاء النصوص القانونية المتعلقة بهما.

وعليه يستثنى من مجال الاستصلاح الأراضي الزراعية التابعة للدولة، والأراضي الرعوية والحلفائية، وأراضي البلديات والأراضي الوقفية، يضاف الى ذلك الأراضي الغابية التي صنفها الدستور وقانون الأملاك الوطنية من ضمن أملاك الدولة العمومية.³ والأراضي الموجودة ضمن المحيط المعماري، الاراضي الواقعة في المناطق المحمية، الاراضي

¹ تغيير الوجهة الفلاحية للأراضي الزراعية أصبح جريمة (جنحة) طبقا للمادة 87 من القانون رقم 16/08 المؤرخ في 03-08-2008 المتضمن قانون التوجيه الفلاحي.

² د. بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001، طبعة الأولى، ص 31.

³ ليلي زروقي وحلمي باشا عمر، المنازعات العقارية، طبعة 2003، المرجع السابق، ص 132.

التابعة للقطاع الخاص المعترف بها، الأراضي المخصصة لمشاريع الاستثمار العمومي بكافة أنواعه،¹ والأراضي التابعة للقطاع العسكري.

وعليه فإن الأراضي القابلة للاستصلاح محل عقد الامتياز بموجب المرسوم التنفيذي رقم 483/97 هي الأراضي التابعة للأموال الوطنية الخاصة، بعد استبعاد الأراضي المنتجة، وقد تكون معزولة أو ضمن تجمعات زراعية أو حولها، خاصة عند توافر المياه.

وبالمقابل نجد نطاق تطبيق عقد الامتياز وفق نص المادة 02 من القانون 03/10، ينصب على الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة والتي كانت سابقا خاضعة للقانون 19/87. والتي تقدر مساحتها 2.5 مليون هكتار، وهي أراضي خصبة جدا أو خصبة.

وبمفهوم المادة 04 من القانون 19/87 تستبعد من مجال تطبيق هذا العقد الأراضي الفلاحية التابعة للمزارع النموذجية أو التابعة لهيئات البحث أو التعليم العالي، الأراضي الخاصة بالاستصلاح وفقا للقانون 18/83 والأراضي الرعوية، والأراضي الغابية.²

وبهذا فإن الامتياز الممنوح بموجب المرسوم 483/97 يختلف عن الامتياز الممنوح بموجب القانون 03/10 في نطاق التطبيق، فالأول يمنح قصد استصلاح أراضي بور وجعلها منتجة، عكس الثاني الذي يمنح على أراضي منتجة وذات قدرات عالية.

المطلب الثاني : الشروط الخاصة بموضوع العقد :

الفرع الأول : الإتاوة ومدة العقد.

1- الإتاوة :

يتفق كل من القانون 03-10 والمرسوم التنفيذي رقم 483-97 في أن منح الامتياز يكون مقابل دفع إتاوة سنوية، غير أن هذا المبلغ يختلف بين القانون والمرسوم التنفيذي، فحسب هذا الأخير وتطبيقا لنص المادة 10 منه،³ فإن مبلغ الإتاوة يختلف باختلاف موقع الأراضي، فإذا تواجدت في المناطق النوعية كما هي محددة بالمرسوم التنفيذي رقم 322/94،⁴ يلتزم صاحب الامتياز بدفع دينار رمزي، وبالنسبة للمناطق الغير نوعية تدفع الإتاوة حسب النظام المعمول به، والإتاوة تحدد من طرف إدارة أملاك الدولة، وتختلف عن بدل الإيجار المعروف في عقد الإيجار المدني⁵

¹ المنشور الوزاري رقم 435، المؤرخ في 18-04-1984، المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية عن طريق الاستصلاح.

² بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، سنة 2001 الجزائر ص32.

³ المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 483/87: يترتب على هذا الامتياز دفع أتاوة سنوية حسب الشروط الآتية:

1- قطع الأراضي الواقعة في المناطق النوعية كما هي محددة بالمرسوم التنفيذي رقم 321/94 المؤرخ في 17 أكتوبر سنة 1994 والمذكور أعلاه:

- بالدينار الرمزي خلال المدة التي تعطى لصاحب الامتياز لإكمال إنجاز برنامج الاستصلاح.

- بدفع أتاوة خلال المدة الباقية.

2- قطع الأراضي الواقعة في المناطق غير النوعية:

- بدفع أتاوة تحدد طبقا للتنظيم الساري المفعول.

⁴ المرسوم التنفيذي 322/94، المؤرخ في 17-10-1994، المتعلق بمنح الامتياز في المناطق الخاصة في إطار ترقية الاستثمار، جريدة رسمية رقم 67، سنة 1994.

⁵ عجة الجيلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، من تأميم الملك الخاص إلى حوصصة الملك العام، دار الخلدونية، طبعة 2005.

أما عن مبلغ الإتاوة المستحقة على المستثمر صاحب الامتياز فقد حددها المشرع في الأمر رقم 01/10¹ وهذا بموجب المادة 41 منه، وتحدد حسب المناطق ذات الإمكانيات الفلاحية، وأصناف الأراضي إن كانت مسقية أو غير مسقية، وتقدر عموما ب 15000 دينار جزائري للهكتار الواحد كأقصى حد في المناطق المسقية (أ)، وتقدر ب 3000 دينار جزائري للهكتار كأقصى حد في المناطق الغير مسقية (أ).

وهكذا فإن حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة عن طريق الامتياز يمنح من طرف الدولة مقابل دفع إتاوة سنوية يحدد وعائها بموجب قانون المالية، ولا يمكن بأي حال من الأحوال تقديم شيء آخر مقابله كتقديم عمل مثلا، أما بخصوص تحديد بدل الإيجار، فوفقا لأحكام القانون المدني الجديد والمرسوم التشريعي رقم 93-03، فإن إرادة طرفي عقد الإيجار وحدها هي الكفيلة بتحديد، ويجوز أن يكون هذا البديل نقدا أو بتقديم أي عمل آخر، حسب نص المادة 467 في فقرتها الثانية من القانون المدني.

وتحديدها يكون تبعا لطبيعة بدل الإيجار المتفق عليه، فيمكن أن تكون الأجرة عبارة عن مبلغ نقدي يدفعه المستأجر للمؤجر دوريا حسب الوحدة الزمنية التي اتفقا عليها سواء خلال شهر أو سنة أو يتم الاتفاق على أن تدفع دفعة واحدة قبل الانتفاع بالعين المؤجرة، ويمكن أن تكون الأجرة غير نقدية كدفع المستأجر جزء من المحصول أو أن يقوم مقابل ذلك بأداء عمل، كما يمكن أن تكون عبارة عن منفعة أو دين على المؤجر لمصلحة المستأجر، كأن يؤجر المدين مثلا قطعة أرض للدائن مقابل الدين الذي عليه اتجاهه.²

2- مدة العقد :

يعتبر الامتياز من العقود المحددة المدة وقد حددها المشرع الجزائري بموجب القانون 03/10 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة من خلال المادة 04 منه بقوله " الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص " المستثمر صاحب الامتياز " حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية...." . وعليه قد حددت مدة استغلال الأراضي الفلاحية ب 40 سنة كحد أقصى قابلة للتجديد، وتعتبر هذه المدة من بين الأحكام الجديدة التي جاء بها المشرع من خلال هذا القانون مقارنة بالقانون 19/87 المتضمن ضبط كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم الذي كان ينص من خلاله المشرع على مدة 99 سنة، وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن سبب تقليص المشرع الجزائري لمدة استغلال هذا النوع من الأراضي الفلاحية الى 40 سنة. أما إذا رجعنا الى الأحكام المتعلقة باستغلال الأراضي المستصلحة عن طريق الامتياز، نجد أن المشرع الجزائري جعله عقدا محدد المدة وترك أمر تحديدها لدفتر شروط تعده الدولة ماثحة الامتياز،³ وأغلب الظن أن تقدير المدة يخضع للإرادة المنفردة للدولة، رغم أن المشرع قد اكتفى في المرسوم التنفيذي 483/97 بالنص على منح الامتياز لمدة معينة ومتغيرة حسب طبيعة عملية الاستصلاح، الأمر الذي يعني ترك المسألة لاتفاق الطرفين، أو لظروف عملية

¹ الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 جريدة رسمية رقم 78 لسنة 2010.

² أمجد محمد منصور، الوجيز في العقود المسماة (البيع والإيجار)، دار البركة للنشر والتوزيع، سنة 2006، الطبعة الأولى، ص 178.

³ أنظر المادة 04 من المرسوم 483/97.

الاستصلاح، لكن هذا التفسير من الممكن إثبات عكسه بما أن الإدارة هي السلطة المكلفة بتقدير آجال برنامج الاستصلاح، وبالتالي فتحديد المدة يعتبر اختصاص أصيل لها.¹

أما في القانون الإداري فإن المشرع الجزائري جعل مدة الإمتياز الممنوحة تتراوح بين ثلاثون إلى خمسون سنة وتحدد المدة بمقتضى العقد ذاته أي أنها ليست مؤبدة، وهذه المدة تعتبر مقبولة وكافية حتى يتسنى صاحب الامتياز من تغطية ما أنفقه من مصاريف في تجهيز المرفق وما يمكن أن يحققه من نسبة معقولة من أرباح.

وإذا ما قارنا أحكام الامتياز في العقار الفلاحي بأحكام عقد الإيجار المدني، فإننا نجد أنها تختلف معها في كون أن مدة عقد الإيجار المدني حسب المادة 467 من القانون المدني المعدل والمتمم والمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 269/94² تخضع لاتفاق إرادتي طرفي العقد بكل حرية.

وطبقا للقواعد العامة لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون الإيجار مؤبدا، فإن تم تأييد الإيجار فإنه يضع قيودا على إرادة المالك وحرية في استرجاع ما يملك، وهو السبب من وراء جعل المشرع الانتفاع من العين المؤجرة حقا مؤقتا، حتى لا يكون هناك فصل تام بين ملكية العين المؤجرة وحق الانتفاع بها.³ ونشير هنا إلى أنه قد اختلفت التشريعات في تحديد الحد الأقصى لمدة الإيجار.⁴

الفرع الثاني : شرط الشهر والتسجيل.

يلاحظ من خلال تصفح النصوص القانونية الواردة في موضوع التسجيل، أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا جامعاً مانعا لإجراء التسجيل، بل اقتصر على تبيان أهميته، ولهذا السبب كان من الضروري الرجوع إلى الفقه، هذا الأخير أورد عدة تعاريف لتسجيل المنقولات والعقارات في آن واحد.

فيعرف التسجيل على أنه : " إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يملكه موظفوا التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا "⁵ . ويعرف أيضا أنه " إجراء يتم من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفايات محددة بموجب القانون "⁶ .

كما يعرف أنه : " إجراء ضريبي يتمثل في إدراج بعض الإجراءات والتصريحات في سجلات رسمية بشرط دفع حقوق ملائمة للإدارة المكلفة بهذه المهمة "⁷ .

¹ عجة الجيلالي ، المرجع السابق، ص 275.

² مرسوم تنفيذي رقم 69-94 مؤرخ في 19 مارس 1994، يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري.

³ محمد حسنين منصور، أحكام الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2006، بدون طبعة، ص 75.

⁴ يرى جانب من الفقه المصري بأن الحد الأقصى للإيجار في ق م المصري هو 60 سنة قياسا على توقيت عقد الحكر في حين قد حددها المشرع الفرنسي ب 99 سنة. انظر في هذا هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني وفق أحدث النصوص المعدلة له، جسر النشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010، الطبعة الأولى، ص 71

⁵ Ibtissam, garame, terminologie juridique dans la législation algérienne, lexique français-arabe, palais des livres, Blida, 1998, p113.

⁶ Direction générale des impôts, « guide fiscal de l'enregistrement », sahel 2003, p.11

⁷ Le petit Larousse illustré. paris 2007, p415.

عرف كذلك أنه " إجراء يقوم به موظف عمومي طبقا لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة"¹

وعرفه بعض الفقه أيضا أنه " عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ أو لا يحفظ أثر العملية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف، هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل"².

تجدر الإشارة إلى أن التسجيل كان سابقا يشكل غالبا عملية قانونية مدونة في سجل يمسه موظف عمومي مختص، إلا أنه في الوقت الراهن يمكن تعريف التسجيل عامة أنه إجراء يقوم به موظف عمومي بطرق متغيرة يظهر بصفة مشتركة وتتضمن بصفة أساسية تحليل التصرفات القانونية وعلى أساس نتائج هذا التحليل تفرض حقوق التسجيل.³

بناء على ما سبق يمكن القول أن التسجيل عموما هو إجراء إداري يقوم به موظف عمومي يكون مؤهلا قانونا، بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل.⁴

في حين أن الشهر العقاري يعد أهم إجراء في عملية نقل الحقوق العينية العقارية، ذلك طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقاري».

والشهر إجراء فني يقوم به المحافظ العقاري على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، يهدف إلى تدوين كافة التغييرات التي تطرأ على العقار، سواء تعلق الأمر بتغييرات تمس الحقوق الواردة على العقار، أو التغييرات التي تمس العقار نفسه.

و باعتبار أن عقد الامتياز المنصب على الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة للدولة يؤدي إلى نشوء حق عيني لفائدة المستثمر صاحب الامتياز، فإنه من الواجب تسجيله وشهره طبقا لما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار». وكذلك المادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ومراسيمه التطبيقية.⁵ وقد أكد المشرع ذلك في المادة 8 من القانون 03/10 المذكور آنفا، وذلك بإعفائه لعقود الامتياز الفلاحي من كافة المصاريف الناشئة عن إتمام إجراءات التسجيل والشهر،⁶ وبالتالي يفهم من ذلك أن عقد الامتياز الفلاحي يمر وجوبا على إجراء التسجيل لدى مصالح التسجيل والطابع، ومن بعده على إجراء الشهر أمام المحافظة العقارية التي يقع في دائرة

¹ فاروق بكداش، دروس في مادة التسجيل، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، ص1.

² كساح لعور عبد العزيز ووافي مراد، العقارات وجبايتها في الجزائر، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الدراسات العليا في المالية، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، 1994-1998 ص 92.

³ برايس أحمد، دروس في مادة التسجيل، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، سنة 1985، ص03.

⁴ دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 19.

⁵ الأمر 74/75 المؤرخ في 12-11-1975، المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 92، سنة 1975.

⁶ المادة 08: تعفى إجراءات الإعداد والتسجيل والإشهار العقاري لعقد الامتياز من جميع المصاريف".

اختصاصها العقار محل الامتياز، وبمجرد إعداده وشهره من طرف إدارة أملاك الدولة، يتم تسجيله من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في بطاقيات المستثمرات الفلاحية، وهو الإجراء الذي ينفرد به هذا العقد ويميزه عن عقد الامتياز المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 483/97 المذكور سابقا. فشهر عقد الامتياز في الأراضي المستصلحة لم ينص عليها هذا المرسوم ولا دفتر الشروط المرفق به، إلا أنه وبالرجوع الى تعريف الامتياز في الأراضي المستصلحة كما سبق بيانه فانه يرتب انتفاع على القطعة محل الامتياز لمدة طويلة، تصل أحيانا الى عشرون سنة أو تفوقها حسب ما يتطلبه مشروع الاستصلاح، و عليه فينشأ عن الامتياز حق عيني عقاري، و عملا بالمادة ستة عشر من الأمر 74/75 والتي تنص على أن كل التصرفات القانونية المتضمنة إنشاء حق عيني عقاري تشهر كما سلف ذكره، فلا بد من شهر هذا النوع من الامتياز الذي يسري على الأراضي الاستصلاحية، و هذا ما يجعل الامتياز في مجال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والأراضي المستصلحة هنا يقتربان من العقود الخاصة وليس من عقد الامتياز الوارد على مرفق عام، ويقتربان أكثر من عقد الإيجار المدني لكون كل من العقود الثلاثة تبرم لمدة معينة، ويشتمل على الانتفاع على قطعة أرضية بمقابل.

مراحل إعداد مذكرات وإطروحات النخرج في الدراسات القانونية



من اعداد الأستاذة : هلالبي خيرة

أستاذة بجامعة الاغواط - الجزائر

حاصلة على شهادة الماجستير في القانون العام

مقدمة :

يعيش العالم وضعاً متميزاً لا مكانة فيه للجهل والضعف عالم يتميز فيه الذين يعلمون على الذين لا يعلمون فيه العلم كأضمن سلاح والبحوث العلمية أسلم وسيلة لنقل المعرفة والحقائق ويختلف إعداد البحوث أو الدراسات كفي مجال العلوم الرياضية التطبيقية عنه وفي مجال العلوم الاجتماعية فخطه البحث في العلوم القانونية تتحقق بصفة عامة بإتباع منهجية كمضبوطة ودقيقة وبتوفير الكتب والمراجع والدوريات وفي هذا الصدد يقول الفقيه ميشال بود : " لا وجود للبحث بدون منهجية " كما يتطلب إعداد البحث العليمه الماجستير وبحث الدكتوراه أو غيرها من البحوث العلمية معرفة المناهج والأدوات المستخدمة في البحث وتشمل كلمة بحث علمي على مجموعة من البحوث من بينها : بحث اليسانس أو ما يسميه بالبحث الصفي وبحث الماجستير وبحث الدكتوراه وهناك أنواع أخرى من البحوث العليمه كالتقرير العليم والمقالة .

وما يهمنا هو بحث ورسالة الماجستير وبحث أطروحة الدكتوراه .

وفيما يخص بحث الماجستير : تعد هذه البحوث أعلى درجة من البحث الصفي من حيث التخصص حيث بشروط لإعداده حصول الباحث على شهادة نهاية الدراسة الجامعية وهي ما يعرف باليسانس ونظرا لان تنظيم بحث الماجستير يعد بحثا تخصصيا إبداعيا فهو يتطلب مجهودا كبيرا لذلك يشترط في المادة في بعض الدول وقتا زمنيا معيناً لانجاز البحث والساقط تسجيل رسالة الماجستير.

أما البحث أطروحة فهو أعلى بحث تخصصي حيث يأتي على قمة البحوث العلمية غرضه إضافة جديد والأكثر عمقا وبالتالي يكون له أثر الواضح في إثراء المكتبة بالأفكار الجديدة نظرا لأنه يقوم على الإبداع والإعمال الإنشائية وبناء على ما سبق ارتأينا طرح الإشكالية الآتية :

ما هي مراحل وتقنيات إعداد مذكرات وأطروحات التخرج في الدراسات القانونية وكيف يكون الباحث القانوني منهجيا في تفكيره مستقلا وممتلكا لكل قدراته ومهاراته في إعداد رسالة الماجستير وأطروحة الدكتوراه متخليا عن الجمود الفكري.

المبحث الأول: خطوات إعداد مذكرات وأطروحات التخرج وفي الدراسات القانونية:

إن الخطوات ومراحل البحث العلمي تعتبر حجر الزاوية في أي بناء علمي فالتمييز بهذه المراحل بطريقة منتظمة تعطي للنتيجة المقدمة المصدقية والثبات وهذه المراحل تتمثل فيما يلي:

- 1- مرحلة اختيار الموضوع.
- 2- مرحلة جمع المعلومات والوثائق.
- 3- مرحلة القراءة والتفكير والتحليل.
- 4- مرحلة تقسيم وتبويب الموضوع.
- 5- مرحلة جمع وتخزين المعلومات.
- 6- مرحلة الكتابة والتهميش.

المطلب الأول: مرحلة اختيار الموضوع:

تعتبر مرحلة اختيار موضوع البحث العلمي من أدق وأصعب مراحل إعداد و تحضير موضوع الدراسات المقصود بمرحلة اختيار الموضوع هي عملية تجديد كالقضية أو المشكلة العلمية التي وتتطلب على كنها انطلاقا من عدة فرضيات وذلك بواسطة الدراسة والبحث لاكتشاف الحقائق العلمية المتعلقة بالمشكلة .

وتعتبر مرحلة اختيار موضوع البحث العلمي من أولى مراحل إعداد البحث العلمي و الأكثر صعوبة ودقة نظرا لتعدد واختلاف عوامل ومقاييس الاختيار حيث توجد عدة عوامل ومعايير ذاتية ونفسية اجتماعية، واقتصادية موضوعية وعلمية وقانونية تتحكم في عملية اختيار الموضوع البحث العلمي في ميزان العلوم القانونية والإدارية بصفة عامة.¹

ومن أجل ترشيد عملية اختيار موضوع البحث العلمي وتوجيه الباحث الناشئ وإرشاده في نطاق عملية الاختيار يجب التطرق لبيان العوامل والمعايير الذاتية والموضوعية التي تقود وتتحكم في عملية اختيار موضوع البحث العلمي بصفة عامة وموضوع البحث العلمي في ميزان العلوم القانونية والإدارية بصفة خاصة .

أ-العوامل والمعايير الذاتية لاختيار وموضوع البحث العلمي:

أ/عوامل الرغبة النفسية الذاتية في اختيار موضوع البحث العلمي:

المقصود بهذا المعيار أو العامل لدى الباحث هو الميل والتفصيل في اختيار موضوع كدون وغيره وذلك لكون هذه الرغبة تحقق عملية الإدماج و الارتباط النفسي والعاطفي بين البحث العلمي وموضوع البحث العلمي.

¹د.أحمد شلبي، كيف تكتب بحثا أو رسالة ز-القاهرة -كطبعة النهضة المصرية، ط9، 1976، ص31-40.

ب/عامل ومعيار مدى الاستعداد والقدرات الذاتية :

يجب إن تكون لدى الباحث العلمي استعدادات وقدرات ذاتية تمكنه من إعداد البحث العلمي إعداد ممتازا وفقا لقواعد وإجراءات وقوانين و شروط المنهجية العلمية المطلوب احترامها.

ومن بين مظاهر وأنواع القدرات والاستعدادات الذاتية التي يجب مراعاتها وتوافرها مايلي :

1-القدرات العقلية : التي يجعل الباحث قادرا على التعمق زفي الفهم والتحليل والربط والمقارنة والاستنتاج في معالجة ودراسة جوانب وحقائق الموضوع ويكتسب الباحث هذه القدرات بواسطة سعة الاطلاع وكثرة القراءة و التفكير .

2-الصفات والأخلاقيات التي تتطلب في الباحث وجودها :

مثل هدوء الأعصاب وقوة الملاحظة وشدة الصبر والقدرة على التضحية .

3-القدرات الاقتصادية :

هناك أنواع من الموضوعات تتطلب زمن الباحث قدرة مالية جوهرية أثناء القيام بإعداد البحث مثال:اقتناء المصادر من أماكن بعيدة لشراء وتصوير الوثائق والآلات المطلوبة لعملية البحث.

4-القدرات اللغوية : هناك موضوعات تتطلب من الباحث دراسة مقارنة وبالتالي يجب أن يجيد والعديد من اللغات الأجنبية.

5-الوقت المتاح : حيث تتحكم مدة الوقت المحددة لانجاز البحث العلمي في عملية اختيار نوعية البحث .

ج-عامل ومعيار التخصص : والمقصود به اختيار الباحث لموضوع في نطاق تخصصه مثل كان يكون الباحث متخصص في القانون العام والخاص.

II-العوامل والمعايير الموضوعية لاختيار موضوع البحث العلمي :

من أهم المعايير الموضوعية وهي :

1- عامل ومعيار القيمة العلمية لموضوع البحث العلمي :

يتم الاختيار في مجال عمليات البحث العلمي للموضوعات وذات القيمة العلمية النظرية والتطبيقية الممتازة وذلك وفقا لمقاييس معايير موضوعية .

2- عامل أسس وأهداف ومحاور سياسة البحث العلمي:¹

المطلب الثاني : مرحلة جمع المعلومات والوثائق :

المقصود بالوثائق العلمية هي جميع المصادر والمراجع الأولية والثانوية التي تحتوي وتتضمن على جميع المواد والمعلومات والحقائق والمعارف والتي تشكل في مضمونها طاقة للإنتاج الفكري.

وتعتبر عملية جمع الوثائق والمعلومات مرحلة عند هامة تتجسد فيما يقوم به الباحث من جميع المعلومات والمعارف والأفكار المتناثرة والمدونة في صفحات والكتب والمؤلفات والمراجع العربية والأجنبية ومصدر هذه الكتب عادة المكتبات العامة ومكتبات الجامعات والهيئات والمؤسسات ومنه فجمع الأفكار والمعارف ويحتاج إلى طريقة منظمة من أجل الأشخاص والتحليل والتركيب.²

المطلب الثالث : مرحلة القراءة والتحليل والتفكير :

مرحلة القراءة والتحليل والتفكير هي عمليات الاطلاع والفهم والكافة الأفكار والحقائق والمعلومات التي تتعلق وتتصل بموضوع محل الدراسة و البحث العلمي وتأمل وتحليل هذه المعلومات والأفكار والحقائق عقليا وفكريا حتى تولد في عقل وذهن الباحث النظام التحليلي للموضوع³ ومرحلة القراءة لا يمكن أن تتحقق أهدافها إلا إذا تحققت وتمت وفقا لشروط وقواعد المنهجية والموضوعية المختلفة وسوف يتم التطرق لأهداف القراءة وبيان أهم شروط القراءة الصحيحة .

1- أهداف مرحلة القراءة والتفكير:

- التعمق في التخصص وفهم الموضوع والسيطرة على جوانب الإعلامية والعلمية والفكرية بواسطة الاطلاع والفهم .
- اكتساب نظام تحليل متخصص وقوي حول موضوع البحث أي اكتساب خبرة كبيرة من المعلومات والحقائق والأفكار المخترنة في ذهنية وعقل الباحث.
- تكسب عملية القراءة والتفكير الباحث ثروة لغوية فنية متخصصة تمكنه من صياغة البحث بلغة عملية سليمة وقوية.
- تدعم عملية القراءة الناجحة كافة الوثائق العلمية المتعلقة بالموضوع مبدأ الشجاعة الأدبية لدى الباحث وتقوي من شخصية في البحث حيث يعتد الباحث بالثروة والرصيد.

¹ -عمار عابدي:مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص37 إلى49.

² د.فاضلي إدريس، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص238-239.

³ -عمار عو، المكتبات المرجع السابق(ص62

د.احمد جدر، المكتبات الجامعية، القاهرة، ص15-17.

2- شروط وقواعد القراءة :

هناك عدة شروط وقواعد تتطلبها عملية القراءة العلمية والناجحة ، يجب احترامها حتى وتتحقق أهداف والقراءة ومن أهم شروط وقواعد القراءة العلمية السليمة ما يأتي :

- 1- أن تكون القراءة واسعة وشاملة لكافة الوثائق والمصادر والمراجع المتعلقة بالموضوع ويجب أن تكون هذه القراءة ومتعددة وعميقة الفهم.
 - 2- يجب أن يكون الباحث القارئ ذكيا وقادرا على تقييم قيمة الوثائق والمصادر والمراجع التي يقرأها حتى يكسب عملية القراءة والتفكير.
 - 3- يجب الانتباه والتحفظ والتركيز في القراءة وفهم ما يقرأ فهما تاما وواضحا.
 - 4- يجب أن تكون عملية القراءة منظمة ومرتبطة لا ارتجالية وعشوائية.
 - 5- يجب احترام القواعد الصحيحة والنفسية أثناء عملية القراءة .
 - 6- يجب اختيار الأوقات المناسبة للقراءة الناجحة والرشيدة.
 - 7- يجب اختيار الأماكن الصحيحة والمريحة والهادفة للقراءة المتأنية و المتعمقة.¹
- المطلب الرابع : مرحلة تقسيم وتبويب الموضوع :

أن مضمون ومعنى تقسيم وتبويب موضوع البحث يعني ويتضمن تحديد المشكلة أو الفكرة الأساسية والكلية لموضوع والبحث تحديدا جامعا مانعا وواضحا وإعطائها عنوانا رئيسيا.²

وفي الأخير تستقر لدى الباحث فكرة الموضوع وجوانبها الأساسية والثانوية وبذلك تتحدد بصفة نهائية خطة الدراسة لدى الباحث، وذلك بتقسيم وتبويب موضوع البحث وإعطائه عناوين رئيسية وجزئية وفرعية ويكون على شكل مقدمة وصلب موضوع وخاتمة.

فالنسبة للمقدمة:أهم ما تحتويه المقدمة هو تحديد موضوع الإشكالية الذي يعتبر من أهم عناصر البحث فالبابا حث يجب إن يعرف بالضبط وبالتحديد ماذا يريد أن يبحث، ولماذا ؟

- أي أن الإشكالية توجد بين نقطة البداية ونقطة النهاية وبين النقطتين يوجد محتوى يجب أن يرتب ترتيبا منطقيا.
- الإشكالية تعتبر بمثابة العمود الفقري فالانعراج فيه ينعكس على صلب الموضوع في المقدمة بوجه عام تتناول أهمية الموضوع محل البحث وكذا أضرار الأسباب التي دعت الباحث إلى تناول موضوع الدراسة .
- أما فيما يخص صلب الموضوع فعلى الباحث أن يبرز نوع المنهجية التي اعتمدها في عرض بحثه وكذلك من خلال معالجة محل الدراسة تحليلا وتعليلًا .

¹-عمار عوابدي (نفس المرجع السابق)ص66.

²-عمار عوابدي(نفس المرجع السابق)ص63.

- أما الخاتمة فهي التي ينهي بها الباحث موضوع دراسته حيث يبرز وضع المشكلة بشكلها الراهن وما أضافه من اقتراحات أو أفكار جديدة للموضوع أو باقتراح توصيات وتعديلات لظاهرة معينة.¹

المطلب الخامس : مرحلة جمع وتخزين المعلومات :

تتمحور مرحلة جمع وتخزين لمعلومات في عملية استنباط وانتقاء المعلومات والحقائق والأفكار المتعلقة بموضوع البحث عن شتى أنواع الوثائق والمصادر والمراجع وحصرتها بالإيجاز مركز ومقيد ومرتب في أوراق أو بطاقات أو ملفات منتظمة.

ولتوضيح مرحلة جمع وتخزين المعلومات يجب بيان أساليب تخزين معلومات وهي كالآتي :

1- أسلوب البطاقات: يعتمد أسلوب البطاقات في جمع وتخزين المعلومات على إعداد بطاقات صغيرة الحجم أو متوسطة ويتم الحصول عليها من المكتبات أو يعدها الباحث بنفسه من ورق جيد. ويجب أن يكتب في البطاقة كافة المعلومات المتعلقة بالوثيقة أو المصدر أو المرجع الذي نقلت منه المعلومات مثل: اسم المؤلف- عنوان الوثيقة... الخ.

2- أسلوب الملفات: يتكون من غلاف سميك ومعد لاحتواء أوراق فيقدم الباحث بتقسيم الملف أو الملفات وفقا لأجزاء وأقسام الخطة المتعمدة (أقسام- أبواب- فصول- مباحث- مطالب- فروع) مع ترك فراغات لاحتمالات الإضافة وتسجيل معلومات مستجدة .

المطلب السادس : مرحلة الكتابة والتهميش :

- تتجسد مرحلة الكتابة والتحرير في صياغة وتحرير نتائج الدراسة والبحث ذلك وفقا لقواعد وأساليب وإجراءات منهجية وعلمية ومنطقية كما تستهدف مرحلة الكتابة تقديم ما توصل إليه الباحث من اشتهادات وأراء شخصية وكذا إبداعه العلمي الجديد .

ولمرحلة الكتابة جوانب يجب أن تأخذ بعين الاعتبار تتمثل في :

أ- الاعتناء بالأسلوب في الكتابة بالإضافة إلى وجوب الوضوح والدقة والابتعاد عن العموميات ويجب أن يكون الأسلوب علميا وذلك لا يتحقق إلا بسلامة اللغة المتخصصة وبالذقة والوضوح في عرض الأفكار وتسلسلها ولا ابتعاد عن لأسلوب المعقد والغامض.

ب- أن يكون الأسلوب مؤثرا :

إن كتابة وصياغة البحث العلمي تختلف عن الكتابة الأدبية ومن قصص ورويات التي تتميز بتشويق وخيال وجمال في و أدبي خلافا للكتابات القانونية التي تركز على قوة الدليل وصحة في إقناع القارئ.²

¹ - د.فاضلي إدريس (مرجع سابق) ص239-240.

² - عمار عوابدي، مرجع سابق، ص81-82-83-85-89.

بعد مرحلة التحرير يقوم الباحث بتهميش تلك المعلومات وذلك للأمانة العلمية والمقصود بالتهميش هو إسناد وإلحاق المعلومات المقتبسة اقتباسا مباشرا وحرفيا أو اقتباسا غير مباشر إلى أصحابها الأصليين أو بيان الوثائق التي وجدت فيه هذه المعلومات وذلك في الهوامش وفقا للقواعد والأساليب المنهجية المقررة لذلك.

فهكذا على الباحث عندما يعتمد ويقتبس معلومات أو أفكار وحقائق من وثائق ومصادر ومراجع مختلفة أن يوضع في نهاية الاقتباس رقما في متن الصفحة ثم يعطي في الهامش كافة المعلومات كالمعلقة بهذه الوثائق: مثل اسم المؤلف - عنوان الوثيقة وبلد ومدينة الطبع والنشر ثم رقم الطبعة وتاريخها ورقم الصفحة التي توجد فيها المعلومات المقتبسة.¹

المبحث الثاني : تصميم خطة البحث القانوني :

خطة البحث عبارة عن تصميم عام لهيكل موضوع البحث محل الدراسة وتتكون من :

- عنوان البحث .
- مقدمة.
- جذع الموضوع.
- الخلاصة.
- الملاحق.
- فهرس المراجع.
- فهرس الموضوعات وهو ما سنراه في المطالب التالية :

المطلب الأول : عنوان البحث :

للبحث أي كان نوعه وطبيعته عنوانا يحدد الإطار الرسمي للموضوع محل البحث ويجسد الفكرة الرئيسية العامة له، فعنوان هون دليل الموضوع أو المشكلة النظرية محل الدراسة ويشترط في عنوان البحث ما يلي :

- 1- المدة والابتكار.
- 2- الدقة والوضوح والإيجاز والدلالة بحيث يطابق المثل المشهور "الكتاب يقرأ من عنوانه".
- 3- التحديد بأن لا يكون موضوع البحث طويلا ومملا ولا قصيرا مخلا.²
- 4- أن يكون جذابا يدغدغ ذهنية القارئ ويحرك خياله.³

المطلب الثاني : المقدمة :

على الرغم من إن المقدمة هي أول ما يصفح القارئ من البحث فعادة أنها تكون آخر ما يكتب لأنها تشمل على عناصر لا يمكن أن يعلمها الباحث إلا من خلال ممارسة بحثه فالمقدمة هي ركن أساسي من أركان البحث تكاد تغطي بمركزها الاستراتيجي على متن الموضوع، وهي عماد البحث تكفي قراءتها للإحاطة بمضمون البحث وإدراك قيمته العلمية، ولقد وصلت المقدمة إلى قمة المجد على يد عبد الرحمان ابن خلدون حيث اشتهر مؤلفه في التاريخ

¹ -نفسه، صص 102-103.

² -غازي عناية، إعداد البحث العلمي (ليسانس، ماجستير، دكتوراه)، مؤسسة شباب الجامعة، الجزائر، 2009، صص 43.

³ -فاضلي إدريس، مرجع سابق، صص 242.

وأصبح يعرف بالمقدمة أكثر مما يعرف بعنوانه الوسع (العنوان الكامل للمؤلف ابن خلدون هو كتاب الصبر وديوان المتبدأ والخبر في أيام العبر والعجم والبربر، عامدهم من ذوي السلطان الأكبر).¹

والمقدمة يجب أن تتضمن :

- 1- وصف وبيان كامل لماهية الموضوع وتحديد وصياغة الإشكالية تحديدا دقيقا .
 - 2- حصر ووصف لأهم الفرضيات العلمية التي تحتوي على الحلول العلمية للموضوع أو المشكلة محل الدراسة.
 - 3- حصر وبيان الأسباب الموضوعية والذاتية المختلفة لاختيار الموضوع البحث وتوضيح أهداف وأهمية الدراسة بدقة وتركيز وإيجاز.
 - 4- الإشارة بإيجاز إلى أهم المحاولات والجهود العلمية السابقة التي بذلت .
 - 5- أهم العراقيل والمشاكل النظرية والعلمية التي اعترضت عملية الإعداد .
 - 6- توضيح طرق القيام بعملية إعداد البحث.
 - 7- عرض خطة لتقسيم الموضوع.²
- المطلب الثالث : المتن أو الجذع الرئيسي لموضوع البحث :

وهو صلب الموضوع ومركز ثقله وهو الجزء الأكبر والحيوي في البحث يتضمن كافة الأقسام والأفكار و العناوين والحقائق الأساسية والفرعية التي يتكون منها موضوع البحث وكذا يشمل المتن الرئيسي على كافة مقومات المنهجية وصياغة وكتابة الدراسة للأمانة العلمية وقانون الاقتباس وقواعد الإسناد وتوثيق الهوامش والإبداع والابتكار وكافة عمليات التركيب والتحليل ومناقشة أما هيكلية الموضوع أو تبويبه فهي عملية جوهرية للباحث وتعتبر تصميمًا وتخطيطًا للموضوع محل البحث فيجب أن تقوم على أسس ومعايير دقيقة فلا تراعي تسلسل الأفكار وترابطها وتكاملها بل تراعي المشكل أو الموضوع الرئيسي الذي يدور حوله البحث وذلك بتقسيم البحث وفروع تعطي لها عناوين كامتداد الموضوع الرئيسي، كما تقيم هذه الأجزاء والفروع إلى عناصر وأفكار وفروع أقل تجزئة والمنهجية التي يوزع على ضوئها البحث أو الدراسة تتمثل فيمايلي :

أجزاء، أقسام، أبواب، فصول، مباحث، مطالب، فروع، أولا، ثانيا، ثم الأرقام ثم الأحرف.

ويستحسن أن يمهّد لكل فصل بمقدمة صغيرة تستعرض ما ينوي أن يقدم به في الفصل الذي هو مقبل على كتابته كما يجذب أن يكتب الباحث خلاصة صغيرة لمحتوى الفصل في نهايته.

المطلب الرابع : الخاتمة :

الخاتمة لا تقل أهمية عن المقدمة لأنها آخر ما تبقى في ذهن القارئ تحتوي الخاتمة عادة عرضا موجزا وشاملا لكافة مراحل الجهود والأعمال والنتائج المتوصل إليها من طرف الباحث والخاتمة بصفة عامة تتضمن الإجابة عن الإشكالية التي طرحت في المقدمة ويشترط في الخاتمة أن لا تتضمن جديدا لما تم الحصول عليه من نتائج علمية، وذلك

¹ -احمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2005، ص50.

² -فاضل إدريس، مرجع سابق، ص242.

حتى تكون الخاتمة مرآة صادقة وأمينة وموضوعية تعكس ما تم دراسته فقط دون التطرق لأمر لم تعالج في صلب الموضوع.

المطلب الخامس : الملحق أو الملاحق :

لا يمكن أن نفهم بأن البحث لنيل الشهادات والدرجات العليا كرسالة الماجستير وأطروحة الدكتوراه وحتى مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس وحتى أدنى أنواع البحوث هو نص مكون من مقدمة وصلب البحث والخاتمة.

فهناك مكونات تزيد من قيمته العلمية وليست اختيارية فكل الرسائل الجامعية بعضها ضروري أما وظيفتها منها ما يؤدي إلى سهولة أو زيادة الاستفادة من البحث كقائمة المراجع والفهارس بأنواعها .

ومنها ما يؤدي إلى تدعيم الإحاطة بالموضوع كالملاحق .

وضرورة الملاحق وعددها محتواها يرجع إلى تقدير الباحث نفسه وطبيعة الموضوع والملاحق يجب أن تتصف بصفيتين :

1- أن يكون تكميليا مساعدا بحيث لا يمكن إدماجه في المتن.

2- أن يكون طويلا بحيث لا يمكن إدراجه في الهامش¹.

ومن الناحية الفنية ترقم الملاحق وتعطى لها أسماء مثلا : ملحق أول : النص الاتفاقيه الدولية لمقاومة تلوث البحار بالنفط

والملاحق نوعان :

1- الوثائق التي يعدها الباحث بنفسه وهي متنوعة جدا كجداول أو قوائم أو إحصائيات أو تحليل لنص أو حتى ملاحظات تكميلية لما ورد في المتن أو عرضا تاريخيا لتطور معين.

2- الوثائق المنقولة : وهي الأكثر شيوعا لسابقتها وتعني إعادة كتابة الوثائق مثل النصوص التشريعية واللائحية ونصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية وإعادة كتابة أحكام قضائية وكذلك الإحصائيات والبيانات التي تحصل عليها الباحث من جهاز مختصر²، ويجب أن تكون هذه الوثائق المنقولة لها علاقة مباشرة بموضوع البحث .

فهرس المراجع :

هو عبارة عن قائمة المراجع التي اعتمدت عليها الباحث وترتيبها يكون منتظما دقيقا، فإما أن يرتبها على أساس أبجدي لأسماء كتابها، وإما أن يرتبها على أساس المواضيع المعالجة وغما حسب تسلسلها في البحث أو تبعا للغة المكتوبة بها.

وفي ميدان العلوم القانونية والإدارية تتعدد الوثائق والمصادر والمراجع إلى عدة أنواع أهمها :

1- الوثائق القانونية والقضائية الرسمية .

¹ -علي مراح، منهجية التفكير القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2007، ص156.

² -نفسه، ص157.

- 2-الدوريات العلمية المتخصصة.
 - 3-الأبحاث والرسائل والعلمية المتخصصة المختلفة لأنواع وأطوار.
 - 4-الموسوعات وأدوات المعرفة والعلوم .
 - 5-الكتب ومؤلفات العلمية المتخصصة .
 - 6-الكتب والمؤلفات العلمية العامة.¹
- وتختلف طرق كفيات توثيق وهذه الوثائق والمصادر باختلاف أنواعها .

1-الوثائق القانونية والقضائية الرسمية :

وهي كافة النصوص والتشريعات والقانونية المختلفة الدربات والفروع مثل:الميثاق الوطني والميثاق الوطنية والأخرى والدستور، والقوانين العامة والخاصة (ق.مدني،ق.البلدية،.البلدية،ق.الولاية، ق.جنية، ق.مرور.وكذا المراسيم العامة المختلفة وإصلاح القضاء والمعاهدات والعقود والدولية..إلخ.

وهذه الوثائق الرسمية يتم توثيقها في هرم متدرج الدرجات من أعلى إلى الأسفل حسب ودرجة فوقها قيمتها الإلزامية.

وتوثيق هذه الوثائق حسب المعلومات التالية .

- 1-أصل وجنس الوثيقة مثل ميثاق الوطني.
 - 2-رقم الوثيقة وتاريخ صدورها.
 - 3-اسم ونوعية الجهة الرسمية التي أصدرت الوثيقة .
 - 4-رقم الصفحة أو المادة أو الفقرة.
- الأمثلة :

- الميثاق الوطني ز، النسخة المثرية /1986.
 - الدستور الجزائري الصادر عام 1976
 - القانون المدني الجزائري الصادر عام 1975.
 - القانون رقم 86-12 المؤرخ في 9أوت سنة 1996المتعلق بنظام البنوك والقروض ج.ر.للمهورية زج.د.ش السنة 23،العدد 34 الصادر بتاريخ 20أوت،ص144.²
- 2-أما التوثيق المقالات والدوريات العلمية المتخصصة يتم كتابة البيانات التالية :

- 1-لقب واسم المؤلف.
- 2-عنوان المقال،وذلك بين قوسين.
- 3-اسم المجلة الدورية المنخفضة وتحت سطر.

¹-د.عمار عوابدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم والقانونية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 192، ص129.

²-د.عمار عوابدي، المرجع السابق، ص132.

4- رقم السنة ورقم العدد.

5- تاريخ صدور المجلة.

6- رقم الصفحة أو أرقام الصفحات .

أمثلة: الدكتور أبو شيخة نادر أحمد، "في إشكالية علم الإدارة في الوطن العربي"، المجلة العربية للعلوم الإدارية، المجلد العاشر، العدد الثالث، الصادر بصيف عام 1986، ص22 وما بعدها.¹

مثال توثيق مقال :

-الدكتور، عبد الله سليمان، "التدابير الاحترازية في قانون العقوبات الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية والسياسية والاقتصادية، المجلد 22، العدد الأول، الصادر بتاريخ مارس 1985، ص224 وما بعدها.

أما عن توثيق الأبحاث والرسائل الأكاديمية المتخصصة والمدة لنيل دربات وألقاب وترتيبات علمية أكاديمية مثل أبحاث الدراسات العليا ورسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه فيتطلب توثيقها ذكر مايلي :

1- اسم ولقب المؤلف زاو الباحث.

2- عنوان البحث أو الرسالة وتحت خط.

3- بيان نوعيته البحث أو الرسالة والهدف إعداده من حيث هل هو لنيل درجة دبلوم الدراسات العليا أو رسالة الماجستير أو أطروحة الدكتوراه.

4- بيان التخصص.

5- بيان اسم والجامعة أو الأكاديمية، ثم اسم الكلية أو المعهد أو المؤسسة القسم المقدم لها البحث.

6- بيان تاريخ المناقشة أو تاريخ لنشر ودار النشر إذا نشرت.

الشاعر رمزي طه، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، رسالة دكتوراه الدولة، مقدم لكلية الحقوق بجامعة همس، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986.²

أما عن توثيق الكتب والمؤلفات العامة والمتخصصة يتم بطريقة التالية :

- اسم ولقب المؤلف والباحث.

- عنوان الكتاب وتحت خط.

- بلد ومدينة النشر.

- دار النهضة للتوزيع.

- رقم الطبعة.

- تاريخ النشر.

أمثلة : الدكتور سلطان أنور، قواعد الإثبات، لبنان، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1984.

¹ نفسه، ص133.

² د.عمار عوابدي، المرجع السابق، ص136.

د.محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، سنة 2002.

Rivéro Jean, Droit administratif, Paris, Dallaz, 7^{ème} édition, 1975.¹

المطلب السابع : فهرس موضوعات البحث :

الفهرس أو الفهرست وجمعها فهرس وفهرس الموضوعات أو المحتويات هو نوع من أنواع الفهارس يشتمل على ترتيب عناوين البحث وما يحتوي عليه من فصول ومباحث ومطالب وفروع أو ما يقابل وكل عنوانا ورقم الصفحة وحتى يسهل على القارئ والباحث الوقوف على فقراته ولاستفادة زمنها .

وفي البحث القانوني يجب أن يثبت في آخر البحث تماما خلاف لتقليد الانجلو أمريكي الذي يضعه في البداية، ومن ناحية الفنية تكتب كلمة "الموضوع" تفوق التقسيمات.

وكلمة والصفحة تحت عمود أرقام الصفحات، ورقم الصفحة هو دائما رقم الصفحة التي يبدأ فيها التقسيم ولا حرج لكتابة رقمي وصفحتي بداية ونهاية التقسيم .

مثلا: الفصل 1.....30/15

المبحث الثالث : طباعة البحث القانوني :

نصل إلى الشكل النهائي للبحث رسالة أكانت أو ورقة علمية بطباعة النسخة الأخيرة المنقحة على الآلة الكاتبة وتقدم النسخة النهائية من الرسالة إلى لجنة الفحص والمناقشة أي لجنة الحكم على الرسالة وترسل النسخة النهائية من الورقة العلمية إلى المجلة الناشرة.

يقدم البحث للطابع مرتبا وفي صورته النهائية المنقحة وشاملا للصفحات التمهيديّة، مع وضع كل التعليمات، والواجب على الطابع مراعاتها، ويمكن الاستعانة برسالة أخرى وتوضح الشكل النهائي، وما يجب أن يتوافر فيه .

تتم الكتابة على آلة كتابة نظيفة، وبفض الكهرباء، وباستخدام شريط اسود جديد، ولا يستعمل الشريط إلا لمرة واحدة ويستبدل بعدها، وبعد الطباعة يعاد قراءة البحث المطبوع ويراجع على الأصل، ويصحح جميع ما ورد به من أخطاء بهدف محاولة الوصول إلى مستوى zero correction².

المطلب الأول : طرق الاستنساخ :

توجد أكثر من طريقة للاستنساخ أي استخراج النسخ من الأصل، ويحدد ذلك ظروف الباحث التكلفة، عدد النسخ المطلوبة وموعد المناقشة إذا كان البحث رسالة فكتابة الرسالة على الآلة الكاتبة وتصحيح الأخطاء والاستنساخ والتجليد الخ، وتأخذ حوالي شهر على الأقل وهذا ما يجب على الطالب أن يضعه في اعتباره بالنسبة لوعود المناقشة من طرق الاستنساخ :

¹ - د.عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 140.

² - محمد صالح، كيف تكتب بحثا جامعيًا، ط 5، 2005، ص 319.

الفرع الأول : الطباعة على الآلة الكاتبة :

إذا كان المطلوب 3-4 نسخ على الأكثر من البحث فان ابسط وارخص طريقة في الطباعة على الآلة الكاتبة مع استخدام الشريط الأسود للكتابة وورق الكربون الأسود لإنتاج النسخ الكرتونية وتغيير ورق الكربون كل 7-8 مرات وبهذه الطريقة نحصل على نسخ كرتونية واضحة وسهلة القراءة وتكون النسخة الأصلية هي أحسن النسخ يليها في الجودة بشكل تنازلي ما يليها من النسخ الكرتونية .

الفرع الثاني : الطباعة من استعمال ورق الاستنسل :

إذا كان المطلوب من البحث ، عدد كبير من النسخ المتساوية الجودة (حتى 400) فيمكن استعمال ورق الاستنسل في الاستنساخ بعد كتابة البيانات المطلوبة على الآلة الكاتبة .

الفرع الثالث : الطباعة بالافويست :

في طريقة الافويست تطبع الصور أو السطور المنضدة على مطاط طري أو مادة أخرى مماثلة (ماستر) ومن ثم تنقل إلى الورق، والطباعة بهذه الطريقة تعطي نتائج ممتازة ، سواء من حيث جودة الطبع أو جودة الاستنساخ مهما كان عدد النسخ المطلوبة، غير أن هذه الطريقة مكلفة وتحتاج إلى توافر إمكانيات خاصة بالطباعة .

الفرع الرابع : الحاسبات الإلية :

بالتقدم الكبير في مجال تكنولوجيا المعلومات باستعمال الحاسوب أصبحت عملية تنفيذ النصوص ومعالجتها وتنقيحها وإخراجها أمرا سهلا مما أتاح للمستخدمين بهذه التكنولوجيا إدخال وتخزين وعرض وطباعة وإخراج البيانات بسهولة تامة.¹

المطلب الثاني : القواعد العامة للطباعة :

وعند الطباعة يراعى ما يلي :

الفرع الأول : نوع الورق :

يختلف ورق الطباعة من حيث اللون والسّمك والجودة لذلك يستخدم ورق جيد ابيض غير مسطر كوارتو ، بحجم 20 x 25 سم وان كان يفضل المقاس المعروف بـ A4 ، تختلف أوزان الورق المخصص للكتابة، ولكن يفضل ورق 70 أو 80 غرام ، وتكون الكتابة على صفحة واحدة فقط وعدد السطور في الصفحة حوالي 25 سطر بمتوسط حوالي 60 حرف في السطر.

¹ - د.أحمد صالح ، مرجع سابق ، ص 320

الفرع الثاني : المسافات :

عند الكتابة على الآلة الكاتبة تترك مسافتين بين السطر والآخر ويستثنى من ذلك:

- صفحة العنوان .
- صفحات جداول محتويات وقوائم جداول والأفكار تكتب على مسافة واحدة.¹
- النصوص المقتبسة بداخل النص تكتب على مسافة واحدة .
- الجداول والأشكال : العناوين، المواد التي بداخل الجدول، الشرح الذي بأسفل الجدول أو الشكل.
- قائمة المراجع، تكتب على مسافة واحدة على أن تترك مسافة مزدوجة بين المرجع والآخر.

الفرع الثالث : الهامش :

قد يستخدم ورق له هامش خاص ولا تتجاوز الكلمات المطبوعة هذه الهوامش، أما في حالة استعمال الورق الذي بدون هوامش فيراعى :

- المحافظة على نظام هوامش موحد في جميع الصفحات .
- مراعاة تساوي نهاية السطور في الحافة اليمنى .
- ترك مسافة 2 سم بدون كتابة من الناحية اليسرى للورقة ، لان الرسالة المكتوبة باللغة الانجليزية ستجلد من الناحية اليسرى .
- ترك مسافة 2.5 سم بدون كتابة بأعلى الورقة وبأسفلها .
- لا يترك جزء من الورقة بدون كتابة إلا في الصفحة الأخيرة من الباب.

الفرع الرابع : الرموز والحروف:

عند استعمال رموز أو حروف غير مألوفة الطابع كالحروف اليونانية يجب أن يوضح ذلك لكاتب الطباعة لتمييزها في الأصل أثناء الكتابة أو وضع خط أسفلها، أو كتابة هجائها بالكامل في الهامش عند ذكرها لأول مرة.²

الفرع الخامس : البنط (حجم الحرف) point :

البنط كلمة معربة من الإنجليزية point، وهي وحدة قياس تساوي $\frac{1}{72}$ من البوصة (حوالي 3.5مم) تعين بها أحجام حروف المطبعة، ويسمى طقم حروف الطبع ذو الحجم الواحد بالفونت font , fount . يستعمل في طباعة البحوث عادة أربعة حجوم للحروف هي :

- حجم كبير بنط 36 اسود لكتابة العناوين الرئيسية .
- حجم متوسط بنط 18.22 اسود لكتابة العناوين الفرعية وتحت الفرعية.
- حجم عادي بنط 16 اسود وابيض لكتابة النص .
- حجم صغير بنط 10 اسود وابيض لكتابة عناوين الجداول والأشكال وقوائم المحتويات والتذييل (انظر الملحق 7-1 أ.ب.ج.د).

¹ - د.أحمد صالح، مرجع سابق، ص 321.

² - د.أحمد صالح، مرجع سابق، ص 324.

ويراعي عند التنبيط ما يلي :

- يستعمل البنط الأسود بالعناوين الرئيسية والفرعية لإبرازها .
- يستعمل البنط الأبيض لكتابة النص .
- قد يستعمل البنط الأسود بالنص، عندما يراد إبراز :
- عناوين الجداول والأشكال.
- كلمة أو عبارة وفقرة.

الفرع السادس: مراعاة كيفية الترقيع :

بحيث ترقع جميع الصفحات بالتسلسل، عدا صفحات الفواصل بين الأجزاء فإنها لا ترقع.

يوضع رقم الصفحة أعلى أو أسفل الصفحة، أما في منتصف السطر أو على اليسار بالنسبة للصفحة اليسرى من المطبوعة أو على اليمنى بالنسبة للصفحة اليمنى وهذا هو المفصل.

يوضع رقم الصفحة المقدمة بين شطرين .

ترقع صفحات المقدمة والتمهيد بالأحرف الأبجدية ولا يدخل هذا الترقيع ضمن أرقام وعدد صفحات البحث، مع العلم أن صفحة الغلاف الداخلي لا ترقع وان كان تحتسب في العدد، بحيث تكون الصفحة التالية رقم 02.

أما صفحات المتن أي صفحات البحث (أبواب، فصول، مباحث، خاتمة) ترقم بالأرقام الأبجدية ونشري إلى أن عدد الصفحات حوالي 150 صفحة ورسالة الماجستير حوالي 250 صفحة وأطروحة الدكتوراه من 300 إلى 500 صفحة.¹

المطلب الثالث : ترتيب البحث :

أما عن ترتيب البحث فيرتب كالاتي :

- صفحة الغلاف العادي الخارجي .
- صفحة الغلاف الداخلي .
- صفحة الإهداء.
- صفحة التقديم (مقدمة) .
- صفحة بيضاء.
- صفحات المتنوفصوله ، ويفصل بورقة بيضاء بين نهاية كل فصل .
- صفحة الخاتمة.
- صفحة بيضاء.
- صفحة فهرس المراجع .
- صفحة محتويات وموضوعات البحث.

¹ - د.أحمد صالح، مرجع سابق، ص324.

- غلاف حماية الداخلي الأخير.
- الغلاف الخارجي الثاني.¹
- وصفحة الغلاف الخارجي :

يكتب عليها :

- عنوان الرسالة أو الأطروحة.
- اسم الكلية أو الجامعة المقدم إليها الباحث.
- اسم الأستاذ المشرف على البحث .
- اسم طالب صاحب الرسالة .
- أسفل الصفحة السنة التي نوقش فيها.
- المطلب الرابع : تجليد البحث :

تجليد البحث هو أمر ضروري يقوم به الباحث قبل أن يسلم البحث لأعضاء اللجنة المناقشة ويعتبر التجليد من الأمور الشكلية المهمة للبحث ، خلافا لتجليد الكتب التي تجلد تجليدا فائرا ويترك فيها الحرية للباحث حسب ظروفه المادية تكون الرسالة تجلد بغلاف كرتون مقوى وهناك جامعة تشترط التمييز بين لون غلاف رسالة ماجستير وغلاف أطروحة الدكتوراه.²

✓ خاتمة :

نجد أنفسنا بعد كل جهد الذي بذلناه لمعالجة هذا الموضوع مصدقين تماما ما قاله الفقيه "الأصفهاني": "إني رأيت انه لا يكتب أمرا كتابا في يومه إلا قال في عنده : لو غير لكان أحسن ، ولو زيد هذا لكان يستحسن ولو قدم هذا لكان أفضل ، لو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استياء النقص على جملة البشر " ، وبالتالي كلما أعدنا النظر في هذا العمل يمكننا أن نعدل فيه أو نضيف إليه بصورة متناهية وإجمالا هذه هي مراحل وتقنيات إعداد الرسائل و مذكرات التخرج ورسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه في مجال العلوم القانونية والإدارية التي أصبحت من المسلمات بل أصبحت علما قائما بذاته كتبت من اجله مئات الكتب لان العلم يعرف بمنهجه لا بموضوعه وفي هذا الشأن يقول ديكارت من انه : "خير لنا أن لا نفكر من أن نفكر دون طريقة" ، ولهذا فان الهدف من التعليم الجامعي ليس هو تشريع المدرسين فحسب وإنما هو تشريع باحثين اكاديميين يمتلكون الوسائل العلمية لإثراء المعرفة الإنسانية بما يقدمونه من مشاركات جادة في مجالات تخصصهم ويتحلون بالأخلاق إنسانية التي هي علة الباحث في هذا الميدان كالصبر والمثابرة والأمانة والصدق والإخلاص بطلب العلم وحده .

فقد أن الأوان للمنتسب إلى أي جامعة ، والطالب بخصوص أن يتفادى في إعداد بحثه العلمي التشويش والضياح والشعور بالعجز والارتباك بان يتمكن من بناء ذاته ويبرز عاداته وقدراته المبتكرة بإتباع منهجية علمية موضوعية أكاديمية سليمة يفتتح بها ماض أمته ومستقبلها بثروة متحررة متفتحة ، ونهضة مبارمة تدفعه إلى ركب الحاضرة الإنسانية العظيمة

¹ - صلاح الدين شارخ، منهجية البحث العلمي، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ب.ط ، 2003، ص83.

² - غازي عناية، مرجع سبق ذكره، ص81.

✓ قائمة المراجع :

- احمد بدر، المنهجية في العلوم القانونية، المكتبات الجامعية.
- احمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2005.
- أحمد شلبي، كيف تكتب بحثاً أو رسالة، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ط9، 1979.
- احمد عبد الحميد خالدي، الوجيز في المناهج لاعداد البحث العلمي، دار الكتب القانونية للنشر والبرمجيات، مصر، ب.ط، 2009.
- احمد فرح، المناهج العلمية، فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط3، 2005.
- انطونيوس بطرس، مبادئ كتابة البحوث، المؤسسة الحديثة للكتاب.
- بريان أليسون، اعداد الرسائل العلمية والجامعية، دار الفاروق للنشر.
- خالد هادي، عبد المجيد قدرى، المرشد المفيد في المنهجية وتقنيات البحث العلمي، دار الهومة، الجزائر، 1996.
- علي مراح، منهجية التفكير القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2007.
- عمار عوابدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
- غازي عناية، إعداد البحث العلمي (ليسانس، ماجستير، دكتوراه)، مؤسسة شباب الجامعة، الجزائر، 2009.
- فاضلي إدريس، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
- مباركة محيديق، الدليل الشامل في البحث العلمي، دار النيل العربية، القاهرة، ط1، 2008.
- محمد الهادي محمد مبارك، البحث العلمي، اسس وطريقة كتابته، المكتبة الجامعية، ب.ط.
- محمد شطوطي، منهجية البحث، مذكرة تخرج ماجستير، دكتوراه دولة، دار مدار، الجزائر، ب.ط، 2008.
- محمد صالح، كيف تكتب بحثاً جامعياً، القاهرة، ط5، 2005.

✓ نقاربر :

نزويج الطفلات بين مدونة الأسرة والحقوق الكونية للنساء : (تقرير حول ندوة بني ملال)¹



احتضنت مدينة بني ملال بتاريخ 04 دجنبر 2015، أشغال ندوة علمية تمحورت حول موضوع "نزويج الطفلات بين مدونة الأسرة والحقوق الكونية للنساء"، نظمت من طرف جمعية مبادرات لحماية حقوق النساء وجمعية نساء المناطق الجبلية، بتعاون مع اللجنة الجهوية لحقوق الإنسان للجهة وتحالف ربيع الكرامة، بحضور قضاة ومحامين وباحثين وفعاليات مدنية وجمعية،

استهلّت أشغال الندوة بكلمة السيدة ثريا تناني عن جمعية مبادرات لحقوق النساء والتي دقت من خلالها ناقوس الخطر أمام المنحى التصاعدي الذي بات يعرفه ملف زواج الطفلات القاصرات لانعكاساته السلبية على مستقبل الأسرة والمجتمع، الشيء الذي يستدعي البحث عن كافة الوسائل والطرق الكفيلة بوقف هذا النزيف الذي يخلف مضاعفات بنيوية تحول دون بناء المجتمعات المتوازنة والمحمية من ممارسات تسيء إلى كرامة المرأة وإنسانيتها. وأكد علال البصراوي رئيس المجلس الجهوي لحقوق الإنسان فرع بني ملال خنيفرة على أهمية موضوع زواج القاصرات الذي يعتبره مشكلة عقلية سيما في المناطق البعيدة عن العالم الحضري، والمناطق النائية في الجبال حيث يعم الفقر يعم الأسر.

1- التقرير من إعداد الأستاذ أنس سعدون : عضو نادي قضاة المغرب ، عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية ، باحث بكلية الحقوق بجامعة عبد

المالك السعدي بطنجة : Anass.adoun@gmail.com

مذكرا بلغة الأرقام أن سنة 2015 سجلت تزويج 37000 قاصر ما يتطلب من الجميع بذل الجهود لتعديل مدونة الأسرة من قبل القضاة والحقوقيين وجمعيات المجتمع المدني فضلا عن المحامين الذين يتقدمون بطلبات تزويج القاصرات في ظل تنزيل الجهوية الموسعة لبناء المغرب الحديث.

كلمة المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية قدمها الباحث أنس سعدون عضو نادي قضاة المغرب بابتدائية سوق أربعاء الغرب، والتي أشار من خلالها إلى مقاربتين محتملين للتعامل مع موضوع زواج الطفلات بحسب مطالب الفعاليات الحقوقية المهتمة بالموضوع، مؤكدا أن التوجه الأول يدعو إلى حذف المقتضيات القانونية التي ترخص بزواج الطفلات، وهو توجه قد يبدو مستبعد التطبيق لعدة اعتبارات منها ما هو داخلي يتعلق بالواقع المعيش الذي ما يزال يقبل بمثل هذا النوع من الزواج، ومن ثم يكمن الحل في محاولة تقييد هذه الممارسة، قبل محاولة العمل على منعها، كما أن التشريعات المقارنة حتى في البلدان المتقدمة تسمح بالزواج استثناء لتحقيق مصلحة القاصر أو لمواجهة بعض الحالات الاستثنائية، وتقبل تزويج الطفل أو الطفلة تحت مراقبة القضاء، لكنها تقييد ذلك بعدة قيود قانونية كما أنها تتولى توفير الرعاية الاجتماعية للقاصر للحيلولة دون تعسف قد يطوله من وراء هذه الممارسة.

أما التوجه الثاني فيدعو للإبقاء على الفصل 21 من مدونة الأسرة وإدخال تعديل تشريعي عليه، إما بوضع حد أدنى لسن تزويج القاصر طفلا كان أو طفلة محدد في 16 أو 17 سنة لكلا الجنسين، أو تقييد السلطة التقديرية الممنوحة للقضاء من خلال التنصيص على إلزامية الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي.

وقدم عضو نادي قضاة المغرب أنس سعدون عدة مقترحات لضمان التطبيق الامثل للمقتضيات القانونية المتعلقة بتزويج القاصرات، من بينها: ضرورة توفير الامكانيات اللازمة لإجراء البحث الاجتماعي المتخصص، والتنصيص على الزامية الخبرة الطبية الفعلية وليس مجرد المعاينة؛ الحرص على التكوين المستمر للقضاة وتشبعهم بمبادئ حقوق الانسان للمرأة والنوع الاجتماعي؛ تجريم زواج القاصر بشكل غير قانوني؛ اعتبار طلاق القاصر طلاقا تعسفيا موجبا للتعويض، وتدعيم الاصلاح التشريعي بتحفيز جهود التنمية للنهوض بوضعية الأسرة في جميع المجالات.. مؤكدا في ختام مداخلته على وجوب الابقاء على الطابع الاستثنائي لتزويج الطفلات القاصرات لأن مكان الفتاة في سن الطفولة هو المدرسة وليس بيت الزوجية، ولأن حصيلة اثني عشر سنة من تطبيق مدونة الاسرة أكدت على هشاشة الأسر التي تنبني على تزويج الطفلات، اللواتي يزوج بهن في آخر المطاف في متاهات المحاكم حيث يتهن بين دعاوى النفقة، وطلبات التطلاق، وشكايات العنف والطردهن من بيت الزوجية.

وأشار سعيد حتمان عضو نادي قضاة المغرب بابتدائية الفقيه بن صالح إلى المادة 19 من مدونة الأسرة التي تحدد سن الزواج في 18 سنة، لكن تم وضع حالات استثناء تمنح القاضي الإذن بالزواج مع مراعاة الضوابط القانونية، مشيرا إلى المراحل التي يقطعها طلب القاصر وولي الشرعي بناء على ينص عليه قانون المسطرة المدنية.

وأكد أن النص الذي تعتمده مدونة الأسرة في أهلية الزواج موجود في مختلف القوانين الدولية سيما في دول الجزائر والأردن ومصر وباقي الدول المغاربية، لكن يجد القضاء المغربي نفسه في قلب الانتقادات التي توجه إليه أصابع الاتهام وتعتبره مقصرا في حق القاصرات، وبالتالي وجب البحث عن حلول للمشاكل القائمة للبحث عن بدائل قانونية متفق عليها من قبل كل الفرقاء والمتدخلين، علما أن رفض القاضي تزويج القاصر تنجم عنه أحيانا مشاكل خطيرة تضيع مستقبلها الأسري ما تترتب عنه مشاكل لا حصر لها.

وأعربت عائشة آيت بري عن جمعية نساء المناطق الجبلية عن قلقها لما تعانيه المرأة القروية عامة والجبلية خاصة من إقصاء وتهميش علما أن دور المرأة أساسي في كل مناحي الحياة التي لا تستقيم إلا بمنح المرأة كافة حقوقها وواجباتها بعيدا عن الاستغلال والتهميش.

وقدم الأستاذ حسين الراجي رئيس نقابة المحامين بالمغرب مداخلة حول موضوع تزويج الطفلات بين قانون الأسرة والمعايير الدولية أكد فيها أن المغرب ملزم بملاءمة مدونة الأسرة مع المواثيق الدولية، داعياً إلى إيجاد حلول عملية لظاهرة تزويج الطفلات التي أضحت من أشكال العنف القائم على النوع الاجتماعي الذي يستهدف الفتيات القاصرات، مؤكداً على استمرار العراقيل العملية التي تحول بين القضاء والقيام بدوره في التطبيق الأمثل لمدونة الأسرة في الشق المتعلق بالرقابة القضائية على تزويج القاصرات بسبب الطابع الشكلي للخبرات الطبية المدلى بها، وضعف الامكانيات المتاحة على مستوى البحث الاجتماعي، فضلاً عن استمرار التحايل على القانون تحت غطاء زواج الفاتحة. أشغال الندوة العلمية تواصلت بعدما فتح باب النقاش حيث ركزت المداخلات على ضرورة إيلاء موضوع تزويج الطفلات ما يستحق من عناية وتفكير للقطع مع ممارسات ماضوية، وفسح المجال أمام الفتيات ضحايا الزواج المبكر للاستماع بحياتهن في ظروف أحسن.

واعتبرت أغلب المداخلات على أن تزويج الطفلات أمر قسري يشكل انتهاكاً جسيماً لحق الطفلة، حيث خلصت للتوصيات التالية :

- مصلحة الطفل و الطفلة هي فوق اي اعتبار و لا تميز بينهما حقوقياً.
- تزويج القاصرات يعتبر جريمة و ممارسة للعنف النفسي و البدني ضد حقهن في الحياة العادية.
- ان عشرات الفتيات بالمغرب يتزوجن قبل 13 سنة بسبب استمرار زواج الفاتحة.
- اعتبار تزويج القاصرات من العضلات الاجتماعية الوخيمة التي تواجهها جهة بني ملال خنيفرة لكونها حبر عشرة إمام التنمية البشرية.
- لا يمكن قياس زواج القاصرات بالإحصائيات الرسمية لوزارة العدل لتعقد بنية المجتمع المغربي و كون الزواج يبرم خارج إطار المحاكم.
- زواج قاصر يعطي أسرة قاصرة و يؤدي بالضرورة لمجتمع قاصر.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615