

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة محكمة متخصصة تعنى بالدراسات القانونية تصدر دوريا

عدد
21

مدير النشر
أ.قارة وليد
رئيس التحرير
د نبيلة بن يوسف
ن.رئيس التحرير
د محمد فيصل ساسي

ISSN 2392-5175



EL NADWA JOURNAL OF LEGAL STUDIES
REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

Site web/ revuenadwa.jimdo.com email/ revue.nadwa@gmail.com

N°
21

Directeur
De La Publication
Kara Ouaid
Redacteur En Chef
Nabila Ben Youcef
Vice , Redacteur En Chef
Mohamed Faycal Sassi

ISSN 2392-5175



التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي . تحوز على التقييم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل أربعة أشهر(بالإضافة الى أعداد خاصة) . تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمثيلا لها من المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني.

مدير المجلة : أ. قارة وليد

رئيسة التحرير : د. بن يوسف نبيلة

نائب رئيس التحرير : د. ساسي محمد فيصل

اعضاء هيئة التحرير

أ.مقراني ريمة-

أ.شيباني نضيرة - أ.ثوابتي ايمان ريمة سرور - أ.سويح دنيا

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

التقييم الدولي : ISSN2392-5175



مجلة الندوة للدراسات القانونية
ISSN 2392-5175

لمراسلة المجلة :

الموقع الرسمي للمجلة : revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد (21) - جانفي / 2019

الهيئة العلمية للمجلة

- أ.د السيد أبو الخير- استاذ محاضر في القانون الدولي بعدد من الجامعات- عضو نقابة المحامين- مصر
- أ.د فوزي أوصديق-رئيس المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني- استاذ زائر في عدة جامعات / قطر
- أ.د بوضياف عمار-استاذ التعليم العالي- مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة-كلية الحقوق و العلوم السياسية -جامعة تبسة - الجزائر
- أ.د بوحنية قوي - استاذ التعليم العالي - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة ورقلة - الجزائر
- أ.د . بو بكر عبد القادر - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق . بن عكنون - الجزائر
- أ.د . بوعزة ديدن - استاذ التعليم العالي-كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تلمسان - الجزائر
- أ.د . بموسات عبد الوهاب - استاذ التعليم العالي - كلية الحقوق - جامعة سيدي بلعباس - الجزائر
- د . ماهر عبد الله العربي - استاذ القانون الجنائي - كلية حقوق القاهرة - فرع الخرطوم . السودان- مصر
- د . زواقري الطاهر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عباس لغرور- خنشلة - الجزائر
- د . اسعد حورية - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . إرنيل كاهنة - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو- الجزائر
- د . نجاد أحمد - استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك و بجامعة الملك سعود(السعودية) - مصر
- د . الدياب حسن عز الدين - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة المنار- تونس
- د . بوزيان راضية - استاذة محاضرة - عميدة سابقة لكلية علم الاجتماع - جامعة الطارف - الجزائر
- د . زياد علي محمد الكايد - استاذ محاضر- قسم إدارة الأعمال - جامعة شقراء- المملكة السعودية
- د . بن حملة سامي - أستاذ محاضر - كلية الحقوق - جامعة قسنطينة 1. قسنطينة - الجزائر
- د . بلقاسم سعودي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاقتصادية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . حسن عالي - استاذ محاضر - كلية العلوم الاجتماعية - جامعة وهران - الجزائر
- د . الشيماء محمد - عضو هيئة التدريس بجامعة تبوك - المملكة السعودية - مصر
- د . عبد السلام بني حمد - عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية - الأردن

- د . خلف الله عبد السلام محمد- استاذ محاضر- كلية الاقتصاد و العلوم السياسية - جامعة الزيتونة - ليبيا
- د . خضراوي الهادي- استاذ محاضر - عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة الأغواط - الجزائر
- د . نبيلة بن يوسف - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة تيزي وزو - الجزائر
- د . بجوية ادريس - استاذ محاضر- كلية الحقوق و العلوم السياسية - الجامعة الافريقية . أدرار - الجزائر
- د . منصور لخضاري - عضو هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة مسيلة - الجزائر
- د . خنفوسي عبد العزيز - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة سعيدة - الجزائر
- د . رياض التميمي - استاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة العربي بن مهيدي- الجزائر
- د . السبي وسيلة - استاذة محاضرة - كلية العلوم الاقتصادية و التجارية - جامعة محمد خير- الجزائر
- د . عثمانية كوسر - استاذة محاضرة - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عباس لغرور - الجزائر
- د . حساني خالد - أستاذ محاضر - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الرحمان ميرة - الجزائر
- ا . محديد حميد - اعضاء هيئة التدريس - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة زيان عاشور - الجزائر
- ا . ليلي زيد الراشد - عضو جمعية المحامين - الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

* أن تتسم المقالات بالأصالة و الحداثة و الاسهام العلمي الجاد.

* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.

* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .

* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة الالكتروني .

* تقدم الملخص إلزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى

* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم ولقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة

العلمية و الدولة .

* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) ثلاثون صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر

صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .

* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel . و باللغة

الأجنبية بحجم 12 غليظ و بخط times new romain

* التهميش : يذكر في آخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار اليه في

أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: لقب و اسم المؤلف ،عنوان

المؤلف، الجزء، الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات

المقتبسة منه.

* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .

* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيباً أبجدياً، باحترام الترتيب المعتمد

ضمن المقال.

* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و

تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.

* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.

* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.

* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .

* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقاً في أي مجلة أخرى .

* المقال المقبول للنشر يصبح ملكاً للمجلة .

* لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلا بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير

* ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر

المجلة



فهرس البحوث و الدراسات

- 01- المسؤولية المدنية عن مزار الجوار غير المألوفة والتلوث البيئي "دراسة مقارنة"
Civil liability for Uncommon Neighborhood and Pollution Environment Effects Comparative Study
 د. هائل حزام مهيب يحيى العامري - أستاذ القانون المدني المشارك - كلية الحقوق - جامعة تعز - اليمن
 ص003
-
- 02- شرط الشهر المسبق : لدعوى بطلان السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
 أ. لزرق بن عودة - استاذ بجامعة وهران 2- الجزائر
 ص060
-
- 03- التطور القانون الأسرة الجزائري
 أ. جرادة لخضر - باحث في الجامعة الإفريقية أحمد درارية - أدرار - الجزائر
 ص072
-
- 04- سُبُل الحدّ من منح الإقامة التكميبي " دراسة مقارنة "
 أ. أسيل عمر مسلم سلمان الخالد - مدرس القانون الجنائي - كلية القانون - جامعة البصرة- العراق
 ص104
-
- 05- أهمية مبادئ سنتياغو في إرساء قواعد حوكمة صناديق الثروة السيادية
 أ. إبتسام قويدر، أستاذة مساعدة أ و أ. هجيرة زقاد ، باحثة - كلية العلوم السياسية - جامعة قسنطينة 3
 - الجزائر
 ص132
-
- 06- التسرب كآلية مستحدثة لمواجهة تهريب الأشخاص
 أ. فيصل بوخالفة - أستاذ بكلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة ليامين دباغين سطيف 2- الجزائر
 ص154
-
- 07- ضوابط واداب جلسات التحقيق والمحكمة واختلالاتها
 أ. عبدالرحمن علي علي الزبيب - باحث ومستشار قانوني - اليمن
 ص168

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي احلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات المنشورة بها

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم

المسؤولية المدنية عن مزار الجوار غير المألوفة والتلوث البيئي
"دراسة مقارنة"

**Civil liability for Uncommon Neighborhood and
Pollution Environment Effects
Comparative Study**

الدكتور . هائل حزام مهيب يحيى العامري

أستاذ القانون المدني المشارك

قسم القانون الخاص . قانون مدني- كلية الحقوق - جامعة تعز - اليمن

d.amri1300@gmail.com

الملخص:

إن الحاجة إلى الجوار الآمن والمستقر بات ضرورة اجتماعية ونفسية في الوقت الراهن أكثر من أي وقت مضى ، مما يستوجب التعويض عما ينتج عنها من أضرار جسيمة تلحق بالبيئة وصحة الأفراد وممتلكاتهم بالضرر الجسيم ، وتقوم المسؤولية المدنية عن مزار الجوار غير المألوفة في القانون المدني اليمني على أساس الخطأ الواجب الإثبات وفق المادة (304) ولا تندفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي طبقاً للمادة (306) ، كما نص استثناء على قيام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس في المواد (311 - 314) ، وإزاء التطور الحاصل في قواعد المسؤولية المدنية تبنى المشرع اليمني المسؤولية الموضوعية التي تقوم على أساس الضرر كأساس لمواجهة كثير من مصادر الأضرار البيئية ، غير أن قانون البيئة اليمني لم يحدد طريقة خاصة يمكن للقاضي الاعتماد عليها عند تقديره للتعويض عن الأضرار البيئية، مما يعني الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن، إلا أن الاستعانة بهذه القواعد ممكن فقط بالنسبة للأضرار التي تصيب الأشخاص وممتلكاتهم، ؛ لذلك نجد أن القانون المدني اليمني قرر انعقاد المسؤولية بناء على نظرية مزار الجوار في المادة (1161) وهذه المادة تعطي صراحة للقاضي الموضوع سلطة إزالة الأضرار ، بشرط أن تكون من قبيل مزار الجوار غير المألوفة، لكن الأضرار البيئية لا ينحصر أثرها السلبي على البيئة فقط، وإنما تمتد آثاره إلى الإنسان الذي يعد المتضرر الأكبر من هذا التلوث ، ومن هنا تبدو أهمية تطوير نظام التأمين بما يتناسب مع خصوصية هذه الأضرار البيئية عن طريق إلزام كل صاحب مصنع أو منشأة ملوثة للبيئة بضرورة إبرام عقد تأمين ضد خطر مسؤوليته عن أضرار التلوث، كما ينبغي توسيع الأضرار الناتجة عن الكوارث الطبيعية لتشمل الأضرار التي تلحق بالمحيط البيئي ، واعتماد نظام التأمين على المسؤولية المدنية وصناديق حماية البيئة ؛ في ظل غياب أي نص خاص يشير إلى

أساس التعويض عن الأضرار البيئية قانون البيئة اليمني رقم 26 لسنة 1995 م ، ويهدف البحث إلى دفع المضار الجوار غير المألوفة والمحافظة على البيئة ، وحماية المجتمع وصحة الإنسان من كافة الأنشطة والأفعال المضرة بيئياً كمقصد سام يتطلع إليه الأفراد والجماعات، وتسعى لتحقيقه الدول عن طريق فرض تشريعات خاصة للحماية من الأضرار غير المألوفة.

Abstract:

The need for sustainable and safe neighborliness is a social and spiritual necessity nowadays more than any time before. Which means, it is necessary to redeem all the effects in the people live, comfort, health and properties as well that ones which relates to the nature. The responsibility for the civil effects depends on the evidence according to item no (304) in the Yemeni Law. In addition, this responsibility cannot be confuted except by an evidence from another side according to the item no (306) in the Yemeni Law. Added, there is an exception saying that, the responsibility can be there according to the expectations which might be there according to the items no (311 and 314) in the Yemeni Law. Throughout the development of the rules in the Civil Responsibility, the Yemeni Responsibility Law adapted the responsibility of the effects depending on the attack as well the nature effects. However, the Yemeni law does not include a clear manner the judge can depend on to assess the punishment for the nature effects. Which means the Judge will consult the general rules in such cases. Moreover, depending on the general rules can help only in the case of the effects of the individuals and their properties. Therefore, the Civil Yemeni Law decided to solve such effects on the Neighborliness rules in the item (1161) and this item gives the Judge the authority to remove this effect. In addition, effect must be from the unknown ones. Added, the natural effects do not affect the nature only but they affect the human as well, which considered being the main element in this nature. That means the establishment of the safe nature needs to depend on the nature of these effects can be by forcing all the institutions and factories, which cause pollution in the nature to sign a contract to carry the responsibility for this pollution in the nature. In addition, the Yemeni Law must be widen to include the effects, which caused by the natural disasters and the oceans pollution and establish some boxes for protecting the nature. Due to, the disappearance of the laws which keep the right of redeeming the effects resulting from the nature disasters in the Yemeni Law no 26 in the year 1995. So, this research aims at confute the unknown Neighborliness Effects and protecting the Nature as well the community and the human health from all the activities and

behaviors might affect them as an important aim. As well, it aims to establish the Regime through establishing rules and Laws to protect the nature, the human beings and the communities' health.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين وأصحابه الغر الميامين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين إما بعد:

واقعة الجوار تفرض على الجيران قدرًا من التسامح و احترام بعضهم البعض وتحمل ما قد يلحق بهم من أضرار مألوفة عادةً وتسمى بالتزامات الجوار (Obligation De Voisage)⁽¹⁾ ، إلا أنه مع التطور الذي بدأ يعيشه الإنسان في مختلف مناحي الحياة، وازدياد النشاط الاقتصادي ، وتنوع وسائل العمل والإنتاج، وانتشار المصانع والمحال العامة، بدأت الأضرار التي يلحقها الجيران ببعضهم البعض تخرج عن الحد المألوف (العادي) كما أن الضرر لا ينحصر أثره السلبي على البيئة فقط، وإنما تمتد آثاره إلى الإنسان الذي يعد المتضرر الأكبر من هذا التلوث ، لذا كان لا بد من البحث عن تنظيم قانوني لهذه المضار بما يضمن حقوق الجيران وعدم الإضرار بهم ، غير أن جبر هذه الأضرار في إطار القواعد العامة تجاهمه صعوبات كثيرة تتبدى في صعوبة إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث في كثير من الأحيان⁽²⁾، كما يصعب في

(1) حثت الشريعة الإسلامية على حسن الجوار كما جاء في قوله تعالى: "واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وذي القربى واليتامى والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب" سورة النساء آية رقم (36) ، وجاء في تفسير المنار : " أن الجوار ضرب من ضروب القرابة فهو ... ، و قد يأنس الإنسان بجاره القريب ، ما لا يأنس بنسيبه البعيد ، و يحتاجان - الجيران - إلى التعاون و التناصر ما لا يحتاج الأنساء الذين تتاعت ديارهم ، فإذا لم يحسن كل منهما بالآخر لم يكن فيهما خير لسائر الناس " ؛ محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، مصر ، 1990م ، ج 5 ، ص 75 . و من أجل ذلك جاءت نصوص الحديث النبوي تشدد في الإحسان إلى الجار و البعد عن مضرته ، كما في قوله صلى الله عليه وسلم: "ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه". أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الأدب ، باب الوصاية بالجار ، حديث رقم 6014 ، تحقيق محمد زهير بن ناصر ، ط 1 ، دار طوق النجاة (د. م . ن) 1422هـ ، ج 8 ، ص 10 . أنظر: د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني" ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ت، ص 49. د. عبد الرحمان علي حمزة ، مضار الجوار غير المألوفة و المسؤولية عنها ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2006م ، ص 54 .

(2) صعوبات إجرائية تتمثل في ضرورة توافر الصفة والمصلحة والأهلية والالتزام بميعاد رفع الدعوى من جانب المدعي ؛ وهي شروط ضرورية لقبول دعوى التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة و التلوث البيئي ، وأيضاً هناك صعوبات موضوعية تتمثل في صعوبة إثبات الخطأ الواجب الإثبات وفق القواعد العامة للمسؤولية المدنية. أ.رحمني محمد ، آليات تعويض الأضرار البيئية في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، تخصص قانون بيئة ، جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2 ، 2015/2016م ، ص 30 - 49 .

بعض الأحيان تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية بمفهومها التقليدي على الأضرار البيئية، مما يستلزم العمل على تطوير هذه القواعد بما يتناسب وطبيعة الأضرار البيئية. ويدرس البحث تلك الموضوعات في التشريع اليمني وبعض التشريعات الأخرى ذات العلاقة⁽¹⁾. وعليه فإنه يخرج عن نطاق دراستنا أنواع المسؤولية الأخرى التي يمكن أن تترتب على الأضرار الذاتية البيئية، كالمسؤولية الإدارية، والمسؤولية الجزائية.

⁽³⁾ القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 م ، القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م. قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م. القانون المدني الجزائري رقم 58/75 لسنة 1975 م ، القانون المدني الكويتي الصادر بالمرسوم رقم 67 لسنة 1980م. وبعض القوانين المتعلقة بحماية البيئة كالقانون المصري رقم 4 لسنة 1994 م ، والقانون الكويتي رقم (62) لسنة 1980م وتعديلاته. والقانون الأردني رقم (52) لسنة 2006م وتعديلاته. وقانون البيئة الجزائري الصادر بالأمر رقم (10/3) لسنة 2003م. وقانون حماية البيئة الكويتي رقم (42) لسنة 2014م ، قانون البيئة اليمني رقم 26 لسنة 1995م.

وعلى الرغم من إصدار العديد من التشريعات اليمينية الخاصة بحماية البيئة⁽¹⁾، إلا أنه يؤخذ على هذه التشريعات أنها تتبنى في أغلب الأحيان سياسة وقائية وعقابية صرفة، تهدف إلى توفير الحماية القانونية للعناصر العامة للبيئة، كالماء، والهواء، والتربة، وكأن المشرع في تنظيمه لهذه التشريعات تناسى أن التلوث البيئي لا ينحصر أثره السلبي على البيئة فقط، وإنما تمتد آثاره إلى الإنسان الذي يعد المتضرر الأكبر من هذا التلوث، فالحكم بإغلاق المصنع يكون كافيًا في حال انحصرت آثاره على البيئة فقط، ولكن ماذا لو انعكست آثاره السلبية على الإنسان، فكيف لهذه التشريعات في مثل هكذا حالة تعويض المتضرر عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الفعل الضار؟ وهل القواعد العامة تكفي للتعويض عن الأضرار البيئية ذات الطبيعة الخاصة؟ وما مدى إمكانية تطويع القواعد العامة للمسؤولية المدنية على نحو يتناسب وطبيعة الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة؟ وفي سبيل الإجابة عن تلك التساؤلات وضعت خطة بحثي وقسمته بعد الملخص والمقدمة إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول ماهية مضر الجوار غير المألوفة، والتلوث البيئي، وخصصنا المبحث الثاني لدراسة الأساس القانوني لهذه المسؤولية في ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الأول النظرية الشخصية (فكرة الخطأ)، وفي المطلب الثاني النظرية الموضوعية (فكرة الضرر) ومع بيان موقف التشريع اليمني من هاتين النظريتين، وخصصنا المطلب الثالث شروط قيام المسؤولية وآثارها بإيجاز، وانتهت الدراسة بخاتمة بما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات متبوعة بقائمة لأهم مصادر ومراجع البحث. ولقد اعتمدت في سبيل إنجاز بحثي على منهجين هما المنهج المقارن بين التشريعات اليمينية وبعض التشريعات الأخرى، كما جرى الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي لعرض النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها ومقارنتها بالرجوع إلى المؤلفات الفقهية. وقد انصبت حدود الدراسة على التشريعات اليمينية المنظمة للمسؤولية المدنية، وقرارات محاكم بعض الدول الأخرى التي كان لها السبق في تنظيم المسؤولية المدنية عن مضر الجوار غير المألوفة والتلوث البيئي، لكن أهم الصعوبات التي واجهتني في طريق إنجاز البحث تمثلت في قلة الدراسات الأكاديمية وندرة الأحكام القضائية المتصلة بالموضوع في الفقه والقضاء اليمني؛ مما اضطرني إلى الاستعانة بمراجع شراح القانون العربي.

⁽¹⁾ القانون رقم 25 لسنة 1999 م بشأن تنظيم وتداول مبيدات الآفات النباتية؛ والقانون رقم (17) بشأن الأحكام العامة للمخالفات المنشور في الجريدة الرسمية العدد (8) لسنة 1998 م. والقانون رقم (20) لسنة 1998 م بشأن البذور والمخصبات الزراعية. وقانون النظافة العامة المنشور في الجريدة العدد (15) لسنة 1999 م. القانون رقم (4) لسنة 2009 م بشأن الصحة العامة اليمني، والتشريعات الأخرى التي تنظم أعمال شركات التفتيق على النفط والغاز، وأعمال المجمعات الصناعية والصحية والمحاجر والكسارات والنفايات... الخ.

المبحث الأول - مفهوم مضار الجوار غير المألوفة وصور التلوث البيئي

مضار الجوار غير المألوفة تعد من الوسائل القانونية التي يمكن للمضروب الاستعانة بها للحصول على تعويض عادل عن الضرر الذي لحق به ، . وستتناول في هذا المبحث، تبيان ماهية مضار الجوار غير المألوفة في مطلب أول ، وستتناول في المطلب الثاني، ماهية الأضرار البيئية وصورها على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية مضار الجوار غير المألوفة.

الجوار بكسر (الجيم) مصدره جاورَ ، بمعنى سكنَ شخص بجانب شخص آخر⁽¹⁾ وهو بمصطلح اللغة الأجنبية " Neighborhood " وتعني مجموعة أشخاص يقطنون بجوار بعضهم البعض في إقليم أو شارع واحد⁽²⁾ ، وعلى هذا الأساس يعرف الجوار بأنه : " النطاق أو الحيز المكاني أو الجغرافي الذي يتجاور فيه الأشخاص والأموال أيًا كانت طبيعتها وسواء كانت متلاصقة أم غير متلاصقة ، والذي يتحدد بالمدى الذي يمكن أن يصل إليه أذى الأنشطة المجاورة ، والذي يختلف تبعاً لذلك من حالة إلى أخرى بحسب هذه الأنشطة"⁽³⁾ ، وقصر لجوار بعض فقهاء القانون بالتلاصق بين العقارات ، ومنهم من رأى أن تجمع العقارات في مكان واحد يكفي لتحقيق واقعة الجوار⁽⁴⁾.

ونستخلص من التعريفات السابقة بأن الجوار واقعة طبيعية موجودة في المجتمع و لا مفر منها ، وأن القانون يرتب التزامات قانونية على الجوارين يأتي في مقدمتها مسؤولية المالك أو المنتفع⁽⁵⁾ عن مضار الجوار ، غير أنه لا يعقل منع المالك أو المنتفع من كل استثمار طالما أنه لم يقصر في اتخاذ التدابير اللازمة لمنع إيقاع الضرر بالغير⁽⁶⁾ ، كما لا يعقل كذلك تحميل الجيران كافة الأضرار، فالعدالة تقتضي التفرقة في هذا الشأن بين ما هو مألوف وما هو غير مألوف . ، ومن هنا ظهرت نظرية مضار الجوار غير المألوفة، التي

⁽¹⁾ ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص 617.

⁽²⁾ -Petit Larousse en couleurs, Paris 1972. p 980 et 981. Larousse de langue française.

.Lexis .Paris 1977, p 1925 . Petit Larousse Illustré. 1985. p1073

⁽³⁾ أنظر ، د.عطا سعد محمد حواس ، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011م ، ص 98.

⁽⁴⁾ راجع د. مراد محمود حسين حيدر، التكييف الشرعي والقانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة (دراسة تحليلية وتأصيلية) مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2009 م ، ص 104.

⁽⁵⁾ المسؤولية لغة : "حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المؤاخظة" راجع ، إبراهيم أنيس ورفقاه ، المعجم الوسيط ، الجزء الأول ، ط 2، القاهرة ، 1661م ، ص 411.

⁽⁶⁾ انظر ، د. مصطفى الجمال، " نظام الملكية الخاصة- الملكية العامة- الملكية التعاونية: مضامينها وأوصافها"، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، د.ت، ص 112.

استمرت في التطور حتى أصبح لها طابعها الخاص واستقلاليتها بنص المشرع اليمني عليها في المادة (1161،1162)، لكنها لا تخرج في طبيعتها عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي تعد المرجع الأساس لحماية المتضررين وحمائهم؛ وذلك بسبب عدم وأجود نصوص خاصة بالمسؤولية المدنية في قانون حماية البيئة اليمني.

ولنظرية الجوار جذور في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، كما في قوله تعالى (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)⁽¹⁾، كما أن الأحاديث النبوية قد جاءت متعاضدة على الإحسان إلى الجار وكف الأذى عنه⁽²⁾. كما في قوله عليه الصلاة والسلام: (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته)⁽³⁾ و النصوص السابقة تشير إلى أن مبدأ حسن الجوار أصل ثابت في الشريعة الإسلامية ، ويقوم على حديث " لا ضرر ولا ضرار"⁽⁴⁾.

وتعتبر نظرية مضار الجوار بتنظيمها الحالي ذات منشأ قضائي، فقد أنشأها القضاء الفرنسي بموجب الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 تشرين الثاني عام 1844م ، في قضية تتلخص وقائعها في أن الجيران كانوا يشكون من الأصوات الناجمة عن سير العمل في مصنع مجاور، مما دفعهم إلى اللجوء إلى محكمة باريس، وطلب الحكم بمسؤولية مالك المصنع، على أساس أن هذه الأصوات تجاوز معيار التزامات الجوار المألوفة، وقد طعن في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية على أساس أن قاضي الموضوع لم يوضح في حكمه أن الأصوات الصادرة من الملكيات المجاورة كانت بأسلوب مستمر يصل إلى درجة تجاوز معيار الالتزامات العادية للجوار، وقررت إحالة الدعوى إلى محكمة الإحالة، فأيدت هذه الأخيرة حكم محكمة الموضوع، وانتهت محكمة النقض إلى تقرير أن تجاوز الأضرار المدعاة أعباء الجوار

(1)سورة الإسراء ، آية رقم (34).

(2) كما في قوله صلى الله عليه وسلم " والله لا يؤمن والله لا يؤمن قيل من يارسول الله قال : (من لا يأمن جاره بوائقه). أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الأدب ، باب إثم من لا يأمن جاره بوائقه فتح الباري ج10/ 457. ، وكذلك قوله (خير الأصحاب عند الله خيرهم لصاحبه ، وخير الجيران عند الله خيرهم لجاره) أخرجه البخاري في الأدب المفرد باب خير الجيران ، ص 36 .

(3)صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، كتاب الأحكام : ج13، ص113؛ وصحيح مسلم بشرح النووي ،كتاب الأمانة: ج13، ص 213واللفظ لمسلم.

(4) مسند الإمام / احمد ابن حنبل حديث رقم (2341) كتاب الأحكام باب ما يضر الجار من بنى بحقه ، دار ابن حزم بيروت لبنان الطبعة الأولى/ 1422هـ - 2001 م .

العادية الواجب تحملها، يستوجب انعقاد مسؤولية فاعلها، دون البحث في مدى مراعاة القوانين والأنظمة المعمول به⁽¹⁾.

وقد أورد القانون المدني اليمني نصوصاً خاصة بالتزامات الجوار، وكان في صياغته أقرب إلى صياغة الفقه الإسلامي، حيث قضت المادة (1161) مدني يمني على أنه: "ليس للمالك أن يغلو في استعمال حقوقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار التي لا يمكن تجنبها²، وبقراءة متأنية لما ورد في نص المادة يتبين لنا بأن المشرع اليمني يقيم المسؤولية عن الأضرار التي يسببها الجار لجاره كقيد على سلطة الاستعمال، للمحافظة على حسن الجوار وحماية الجيران من أي ضرر يلحق بعضهم من البعض الآخر وهذا النوع من الأضرار التي تكون بين الجيران في الأحياء السكنية و ما جاورها من مناطق تجارية و صناعية، ترتبط ارتباطاً وثيقاً بممارسة المالك لحقه على ملكيته سواء باستعمالها أو استغلالها أو الانتفاع منها، ويطبق بشأنها الأحكام الواردة في المادتين (1161- 1162) كقيد حقيقي على الملكية.

ولكي تطبق نظرية مضار الجوار غير المألوفة، يجب توافر صفة الجار في الشخص المتضرر، والشخص المسؤول عن الضرر على حد سواء، ويظهر ذلك من استخدام المشرع اليمني مصطلح "الجار" في أكثر من موضع، ويمتد نطاق أعمال نظرية مضار الجوار غير المألوفة ليشمل العقارات و المنقولات، ولو اقتصر النطاق على العقارات دون المنقولات؛ لأدى إلى اختلال التوازن بين الحقوق المتجاورة ولتي تدور حولها نظرية مضار الجوار و حرمان الجيران من إمكانية المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسببها المنقولات، فمن يدير مصنعاً يحتوي على ماكينات وأجهزة تسبب مضايقات غير عادية للجوار، يكون مسؤولاً عن هذه المضايقات رغم أنها صادرة من منقولات.

(1) نقلاً عن د. أحمد محمد سعد: استقراء المسؤولية المدنية. في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص 215، ويستعمل القضاء الفرنسي مصطلح الضرر غير المألوف، في أحكامه قضى بمسؤولية مالك مصنع لتجفيف الجلود عن الروائح الكريهة التي يسببها للجيران لتجاوزها الحد المألوف للضرر، بالرغم من اتخاذه كافة الاحتياطات لمنع انتشار هذه الروائح، كما قضى بمسؤولية مرفق السكك الحديدية عما تحدثه القطارات من أضرار غير مألوفة تلحق بالعقارات المجاورة، تتمثل في الضوضاء الناجمة عن سير القطارات وعملها. أنظر: د. أبو زيد عبد الباقي، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة "دراسة تحليلية انتقادية في القانون لمقارن وفقه الشريعة الإسلامية"، مجلة الحقوق، العدد الأول، 1983م، ص 81- 82

(2) راجع م 807 مدني مصري (مطابقة) ، م 776 سوري ، م 816 ليبي، المادة (1051) من القانون المدني العراقي، المادة (30) مدني كويتي؛ المادة (1027) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م، المنشور في العدد (2645) من الجريدة الرسمية الأردنية، تاريخ 1/ 8 / 1976م. والمادتان (690، 691) من القانون المدني الجزائري، الصادر في المر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م.

و المتفق عليه في إطار نظرية مضار الجوار غير المألوفة هو أن الجوار يتحقق حتى في حالة عدم التلاصق بين العقارات، ويتحدد بالمدى الذي تصل إليه الأضرار غير المألوفة في بيئة الجوار، ولم يكن المشرع اليمني المدني موفقاً في تحديد المسئول عن مضار الجوار غير المألوفة حيث حصر المسؤولية عن حدوثها في شخص المالك في المادة (1162) بقولها: "ليس للمالك أن يغلو في استعمال حقه... متناسياً إمكانية مسائلة شاغل العقار و حائزه وكل من قد يحل محل مالك العقار .

وقد شدد المشرع اليمني على أهمية المحافظة على البيئة وحماية المجتمع من مضار الجوار غير المألوفة والتلوث البيئي فنص في المادة (4/ ف2) من قانون حماية البيئة اليمني على أن: "يلتزم كل شخص طبيعي ومعنوي بالمحافظة على البيئة ومواردها الطبيعية ومنع الأضرار البيئية ومكافحة التلوث"⁽¹⁾ كما أكدت المادة (8) من ذات القانون على ضرورة قيام الجهات المختصة بمراقبة أنشطة المشروعات التي تضر البيئة، وألزمت المادة (3/ ف56) الجهات المعنية "بإدراج شرط حماية البيئة ومكافحة التلوث في كافة المشروعات والعقود التي تبرم مع هيئات الاستثمار الوطنية والأجنبية أو المشاريع القائمة"⁽²⁾.

وما سبق يتضح لنا أن المفهوم التقليدي لصفة الجوار في نطاق الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة لا يتناسب وطبيعة هذه الأضرار، فالأدخنة السوداء، والروائح الكريهة، والغازات السامة المنبعثة من المصانع لا

⁽¹⁾ يهدف قانون البيئة اليمني رقم 26 لسنة 1995م إلى تجنب أية أضرار أو آثار سلبية مباشرة أو غير مباشرة آجلة وعاجلة ناتجة عن تنفيذ برامج التنمية الاقتصادية أو الزراعية أو الصناعية والعمرانية منشور هذا القانون على الموقع :

<http://www.beaahrom/home/Env.articales//law of Env /Yemen .law>

كما نصت المادة (4/ ف5) من قانون حماية البيئة اليمني بأنه: "تلتزم سلطات الدولة الرسمية والمؤسسات العامة والخاصة الوطنية والأجنبية وكذلك الأفراد عند ممارسة أية أنشطة أو تصرفات أو أفعال أياً كانت طبيعتها بمنح الأولوية لمبدأ وقاية البيئة ورفع التلوث وليس مجرد إزالة الأضرار بعد حدوثها أو التعرض عنها". وهو نفس الهدف الذي تناولته المادة (2) من قانون حماية البيئة الأردني رقم (6) لسنة 2017م؛ حيث نصت على: "المحافظة على عناصر البيئة ومكوناتها، وتطويرها، ومنع تدهورها أو تلوثها، وتحقيق التوازن بين السلامة البيئية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية. وركز قانون حماية البيئة العراقي رقم (27) لسنة 2009م. على الحد من التلوث البيئي الناجم عن الممارسات الخاطئة، وتعزيز دور الأجهزة التنفيذية في تطبيق القرارات ومتابعة الإجراءات الكفيلة بحماية البيئة وتحسينها، وهي نفس الأهداف المبينة في المادة (3) من قانون حماية البيئة الكويتي رقم (42) لسنة 2014م.

⁽²⁾ نصت المادة (18) من قانون حماية البيئة الجزائري على أنه: "تخضع لأحكام هذا القانون المصانع والورشات و المشاغل ومقالع الحجارة و المناجم و بصفة عامة المنشآت التي يستغلها أو يملكها كل شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص... التي قد تسبب في المساس براحة الجوار". راجع الضوابط المبينة في الفصل الخامس من قانون حماية البيئة اليمني بعنوان "حماية البيئة والتنمية الاقتصادية" في المواد (57-65). كما نصت المادة (1) من قانون حماية البيئة العراقي على: "...حماية وتحسين البيئة من خلال إزالة ومعالجة الضرر الموجود فيها أو الذي يطرأ عليها والحفاظ على الصحة العامة والموارد الطبيعية والتنوع الإحيائي والنزات الثقافي والطبيعي بالتعاون مع الجهات المختصة بما يضمن التنمية المستدامة وتحقيق التعاون الدولي والإقليمي في هذا المجال".

تطال فقط الجيران الملاصقين لها، بل قد تتجاوزهم إلى السكان المقيمين في المنطقة بأكملها، فالعبرة ليست بالحيز الجغرافي، وإنما بمدى توافر شروط قيام المسؤولية، وفي هذا الشأن ذهب القضاء الفرنسي إلى القول بمسؤولية شركة "اير فرانس" عن الضحيج الناشئ عن سير العمل في الملاحة الجوية، على الرغم من أن مصدره هو الطائرات التي تعد من صميم المنقولات⁽¹⁾ وفي هذا الشأن يقول الفقيه الفرنسي "Stefani": " لا يجب الاعتقاد بأن التلاصق المطلق للعقارات يكون محتماً من أجل القول بوجود اضطرابات الجوار، بل أن التجاور وحده يكون كافياً من أجل إضفاء صفة اضطرابات الجوار على المضايقات، فالأدخنة السوداء، والروائح المقززة، والغبار، والضجيج الفاحش يتيح الفرصة للمنازعات بين الجيران، بغض النظر عن المسافة الموجودة بين العقارات، حيث أن المسافات الواجب تركها بين العقارات لا تكفي من أجل منع وقوع الضرر"⁽²⁾ كما أن خطورة الغبار و الأتربة وأثرها على صحة الإنسان لا تخرج عن دائرة أضرار الجوار غير المألوفة التي تمنح للجوار المضروب الحق في المطالبة بالتعويض عن الأذى الذي ألحقته به⁽³⁾. ويعتبرون فقهاء الشريعة الإسلامية الصور السابقة من الأضرار، أضراراً فاحشة (غير المألوفة)، وذلك لأنها تحول دون حصول الجار على الحوائج الأصلية والغرض المراد من السكنى وهو ما يجعل منها ضرراً فاحشاً وتعسفاً في استعمال الحق. يمنح للمضروب الحق في المطالبة بإزالته والتعويض عنه⁽⁴⁾، ولهذا يعرف جانب من الفقه

⁽³⁾ Catherine Elliott and Frances Quinn Series, Tort of law, seventh edition, case

navigator powerd by lexis Neixs, p,96. نقلاً عن: د. شاكراً ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، دون ذكر الناشر، بغداد، 1969م، ص 380.؛ أنظر أيضاً د. باسل النوايسة، أثر التطور التكنولوجي على أحكام مضار الجوار غير المألوفة: دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 1، 2011م، ص 217.

⁽²⁾ قضت إحدى المحاكم الفرنسية " بمسؤولية مصانع بإحدى المزارع التي تهتم بتربية النحل المنتج للعسل، حيث ثبت للمحكمة أن بعض المواد الكيماوية والغازات أدت إلى أضرار لحقت بهذه المزرعة مما أدى إلى وقوع خسائر فادحة، على الرغم من أن مكان تربية النحل يبعد عن مكان انبعاث المواد الكيماوية مسافة 1600 متر". أنظر: د. باسل الميناوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008م، ص 276؛ انظر في ذات المعنى قرار محكمة النقض الفرنسية في 1972/7/18م نقلاً عن د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان، 1996م، ص 329.

⁽³⁾ أنظر د. بوفلجة عبد الرحمان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ودور التأمين، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، السنة الجامعية 2015/2016، ص 46. د. ميلود موسعي، الحماية الراشدة للبيئة من تلوث المياه، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد السادس، دورية محكمة تصدر عن مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، ص 215؛ د. عبد الصدوق خيرة، أثر المواد البلاستيكية على الإنسان والبيئة، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد السادس، دورية علمية محكمة تصدر عن مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي، جوان 2016م، ص 106 - 107.

⁽²⁾ راجع د. محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، مصر، العدد الأول دون ذكر سنة النشر، ص 2 - 4.

التعسف في استعمال الحق بأنه: "قيام الشخص باستعمال حقه بطريقة تتنافى و تحقيق الأهداف الاجتماعية التي من أجلها تقرر له هذا الحق"⁽¹⁾. كما أن الالتزام بعدم الإضرار يقع على كل جار سواء كان مالكاً، أو غير مالك⁽²⁾، والقول بغير بذلك، سيؤدي في أغلب الأحيان إلى ضياع حقوق المضرورين، وهو ما يتنافى مع الغاية الأساسية التي من أجلها نشأت نظرية مضار الجوار غير المألوفة، وعلى ذلك يلتزم المنتفع، وصاحب حق الاستعمال، وصاحب حق السكنى، والمستأجر بعدم الإضرار بجيرانهم ضرراً غير مألوف، وإلا تحملوا المسؤولية عن ذلك.⁽³⁾ وفي هذا الشأن يقول الفقيه "Nicolas": "بأن علاقات الجوار تكون علاقة شخصية وليست علاقة بين عقارات"⁽⁴⁾، و أكدت المادة (1161) مدني يعني على وجوب أن يكون الضرر غير مألوف (الضرر الفاحش)، كما عبرت عنه مجلة الأحكام العدلية في المادة (1197)، حيث نصت على أنه: "وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف. " ويعتبر الضرر غير مألوف متى تجاوز من حيث شدته وخطورته الأعباء التي تفرضها علاقة التجاور، وفي هذا الشأن يقول الفقيه "Girod": "لا يكفي أن يسبب التلوث أضراراً، بل يجب أيضاً أن يفضي عليها خطورة معينة"⁽⁵⁾ وفي

⁽³⁾ انظر، د. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط المغرب، 2011م، ص 8. د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2008م، ص 91. د. إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، بحث مقدم استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2011/ 2012، ص 96.

⁽⁴⁾ راجع، د. سلوى، توفيق باكير، الحماية الجنائية للبيئة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، دار النهضة الغربية، القاهرة (د ط) 2001م، ص 115.؛ عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر: شرح القانون المدني (الحقوق الشخصية)، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2008م، ص 434.

⁽⁵⁾ أكدت السنة النبوية تحريم الاطلاع على نساء الجار، فقال الرسول(ص): ((من اطلع في بيت قوم بغير إذنه فقد احل لهم ان يفتق عينه))0 اخرج هذا الحديث، ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000م، باب تحريم النظر في بيت الغير، رقم الحديث 43-2158، ص 957. انظر كذلك، ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، الطبعة الأولى، دار السلام، الرياض، 1999م، رقم الحديث 3674، ص 527 وبقول القرطبي بهذا المعنى (لما خص الله سبحانه ابن آدم الذي كرمه وفضله بالمنازل 00حجر على الخلق ان يطلعوا على ما فيها من خارج 00لثلا يطلع احد منهم على عورة 0)ابو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثاني عشر، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2004م، ص 212 0

⁽⁶⁾ انظر، د. فيصل عبد الواحد، أضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية عنها، مكتبة سيد عبدالله وهبة، مصر، 1988 / 1989م، ص 46-55. د. ياسر الميناوي، مرجع سابق، ص 280-281.

⁽¹⁾ مشار إليه لدى د. فيصل عبد الواحد، مرجع سابق، ص 120.

هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية: " .. أن التلوث الناجم عن احتراق مادة الفحم يعتبر ضرراً مألوفاً ولا يقتضي التعويض عنه بالاستناد لنظرية مضار الجوار، حيث أن هذا الضرر قد حصل في منطقة لا يمنع فيها استخدام مادة الفحم لغايات التدفئة"⁽¹⁾. وفي هذا قضت محكمة التمييز الأردنية على وجوب تحقق هذا الشرط، في أحد أحكامها بأنه: " لا يشترط لوقوع الضرر المطلوب إزالته في الدعوى، والناشئ عن تسرب مياه الصرف من الحفرة الامتصاصية لعقار المدعى عليهم إلى عقار المدعي، وأرضية بنائه أن يؤدي تسرب تلك المياه إلى تصدع بناء المدعي وانهدامه، بل إن مجرد تسربها إلى عقار المدعي هو بحد ذاته ضرر فاحش يتوجب إزالته. عملاً بالمادتين 1021 و 1027 من القانون المدني"⁽²⁾.

المطلب الثاني : ماهية التلوث البيئي.

كلمة الفساد تدل على الدنس والفساد والنجس، وإساءة الاستعمال⁽³⁾، وفساد البيئة وتلويثها⁽⁴⁾ يرجع إلى فعل الإنسان لقوله تعالى " ظهر الفساد في البر والبحر بما كسبت أيدي الناس ليذيقهم بعض الذي عملوا لعلهم يرجعون"⁽⁵⁾. ولهذا أصبحت مشكلة التلوث البيئي من أعقد المشاكل التي تواجه

(2) مشار إليه لدى د. ، باسل النوايسة، مرجع سابق، ص 224 - 225.

(2) أنظر : قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 148 / 1989 (هيئة خماسية) تاريخ 22 / 2 / 1989 م منشورات مركز عدالة. وفي ذات الشأن، أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة توافر هذا الشرط بقولها: "إن تطبيق نظرية مضار الجوار يوجب أن تكون الأضرار مؤكدة، وحالة، وأن تكون غير مألوفة، وأن تلحق بأحد الجيران". مشار إليه . لدى د. باسل النوايسة، مرجع سابق، ص 220.

(4) راجع تفسير تلك المعاني : الكشاف للزمخشري - الجزء الثالث - سنة 1974 م - ص 482 ، وأيضا تفسير ابن أثير - 1963م - الجزء الثالث - ص 435 ، وانظر أيضا د. محمد محمود حجازي ، التفسير الواضح - الجزء الحادي والعشرون ، 1978م ص 32؛ المصباح المنير - احمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - المطبعة الأميرية بالقاهرة سنة 1922 م ، ص769.

(5) عرفت المادة (3/2) حماية يمني البيئة بأنها: " المحيط الحيوي الذي تتجلى فيه مظاهر الحياة بأشكالها المختلفة ، ويتكون هذا المحيط من عنصرين :- عنصر كوني يضم الكائنات الحية من إنسان وحيوان ونبات ، ومواد طبيعية من هواء وماء وتربة ، ومواد عضوية وغير عضوية ، وكذلك الأنظمة الطبيعية . وعنصر إنساني : يشمل كل ما أضافه الإنسان إلى البيئة الطبيعية من منشآت ثابتة وغير ثابتة وطرق وجسور ومطارات ووسائل نقل ، وما استحدثته من صناعات ومبتكرات وتقنيات " وفي الفقرة الثامنة من المادة الأولى من قانون البيئة الكويتي البيئة هي : المحيط الحيوي والفيزيائي ويشمل الكائنات الحية من إنسان ونبات وحيوان...". وفي قانون حماية البيئة الجزائري رقم 3 - 10 عرفت المادة (4) من ذات القانون البيئة بأنها : " هو مجموعة ديناميكية مشكلة من أصناف النباتات و الحيوانات و أعضاء مميزة و بيئتها غير الحية و التي حسب تفاعلها تشكل وحدة وظيفية" راجع المادة الأولى ف1 من قانون البيئة المصري رقم (4) لسنة 1994م.

(6)سورة الروم آية رقم (41)

المجتمع في الوقت الحالي وأخطرها، خاصة بعد أن أثبت التطور العلمي والتكنولوجي الآثار السيئة والأمراض الخطيرة التي يسببها التلوث البيئي للإنسان وباقي الكائنات الأخرى وللمحيط البيئي ذاته⁽¹⁾، ووفقاً لما تقدم ذكره يمكننا أن نحدد أهم الأسباب التي أدت إلى تفاقم مشكلة التلوث البيئي في الوقت الحاضر عما كانت عليه في السابق ونجملها في الآتي :

1-مزاولة أنشطة جديدة للدولة بوسائل جديدة تعتمد على تقنيات تكنولوجية او فنية حديثة وتتسم بطابع الخطورة في الاستعمال أو التصنيع وان كانت تلك الأنشطة ضرورية لتحقيق التقدم والتنمية كالمجالات النووية والكيميائية⁽²⁾.

2- النمو السريع والمتزايد للصناعات الاستخراجية والتحويلية وما صاحب ذلك من زيادة كمية المخلفات الصناعية والأدخنة وما تسببه أيضاً من إقلاق لراحة المجاورين لها بفعل الضوضاء الذي تحدثه تلك الآلات⁽³⁾.

¹-Abdel Aziz Abdel Hady. L'action juridique internationale Contre la pollution atmospherique. Doctorat d'etat soutenue de l'universite de lyon. france (1981) pp. 14 - 15.- Rapport sur la recherche sur la pollution du milieu et, les. mesures destinees a la combatre ONU, Conseil Economique. Social E4073. 10 Juin 1965. p 54.

²ومن هذه الحوادث حادثة مصفى تريل TrailmeterArlatration. انظر في تفصيل هذه الحادثة ، د. عبد الواحد محمد الفار، الالتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من التلوث في ضوء اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لعام 1982م، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 م، ص65- ص66 وحادثة الأبخرة والغازات الضارة التي كانت تتصاعد من مصانع الشركة التابعة لولاية تينسي في الولايات المتحدة إلى المجال الجوي لولاية جورجيا . - Steven Ferrey ، Enviromental Law-Examples and Explanations ,third Edition ,New York America ,p587. راجع أيضاً . د. سمير محمد فاضل ، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم ، عالم الكتب ، القاهرة ، 1976م، ص200 ؛ د. وحيد فكري رأفت ، مسؤولية الادارة عن أعمالها أمام القضاء ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، السنة التاسعة ، العدد الأول ، يناير 1939م ، ص254. د. محمد ناصف قمصان - أبعاد التلوث الإشعاعي للبيئة الناتج عن استخدامات الطاقة النووية - عالم الفكر - يوليو سنة 1991 م ، ص 85؛ د. جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للبيئة البحرية من التلوث بالزيت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص 118.

³راجع د. سيد عاشور احمد ، التلوث البيئي في الوطن العربي واقعه وحلول معالجته ، الطبعة الأولى ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع ، 2006 م، ص36. ؛ د. محمد ماهر ابو العينين ، التعويض عن أعمال السلطات العامة في قضاء وإفتاء مجلس الدولة في مصر ، دون ذكر الناشر ومكان وسنة الطبع ، ص448. راجع القرار رقم 148/ مدنية ثانية / 1975 م تاريخ القرار 6/5/ 1975 م منشور في مجموعة الأحكام العادلة التي يصدرها قسم الإعلام القانوني بوزارة العدل ، السنة السادسة ، العدد الثاني ، 1975م ، ص58. د. احمد محمد البزاز ، حماية البيئة البحرية ، دراسة في القانون الدولي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2006 م ، ص379.

3- التوسع في استخدام الوقود بأنواعه المختلفة في مجال التدفئة ومحطات الكهرباء والمياه , , فضلاً عن استخدامه في وسائل النقل المختلفة , ولكل من هذه الملوثات آثارها الضارة , فالغازات المنبعثة منها تؤدي إلى تكوين الغازات الخانقة بالمدن⁽¹⁾.

4- مشكلة تأثير الضوضاء وبخاصة داخل المدن الكبيرة , وما تسببه من آثار نفسية وصحية من أهمها ضوضاء الطرق الناجمة عن استخدام آلات التنبيه بكثرة⁽²⁾.

(4) نصت المادة (42) من قانون البيئة المصري رقم (4) لسنة 1994م على أن : ((تلتزم جميع الجهات والأفراد عند مباشرة الأنشطة الإنتاجية أو الخدمية أو غيرها خاصة عند تشغيل الآلات والمعدات واستخدام آلات التنبيه ومكبرات الصوت بعدم تجاوز الحدود المسموح لهذا الصوت)) . ووسعت المادة (9) من قانون حماية البيئة العراقي من نطاق الالتزامات البيئية ؛ حيث نصت على أن : " تلتزم الجهات التي ينتج عن نشاطها تلوث بيئي بما يأتي : أولاً : توفير وسائل ومنظومات معالجة التلوث باستخدام التقنيات الأنظف بيئياً وتشغيلها والتأكد من كفاءتها ومعالجة الخلل حال حدوثه وإعلام الوزارة بذلك . ثانياً : توفير أجهزة قياس ومراقبة الملوثات وحسب طبيعتها وتدوين نتائج القياسات في سجل لهذا الغرض ليتسنى للوزارة الحصول عليها وفي حالة عدم توفر تلك الأجهزة تقوم الوزارة بأجراء القياسات بأجهزتها الخاصة لدى المكاتب والجهات الاستشارية والمختبرات التي تعتمد عليها ويخضع ذلك إلى الرقابة وتدقيق الوزارة . ثالثاً : بناء قاعدة معلومات خاصة بحماية البيئة وإدامتها تتضمن تراكيز ومستويات الملوثات الناتجة عن الجهة وحسب طبيعتها . رابعاً : العمل على استخدام تقنيات الطاقة المتجددة للتقليل من التلوث". راجع :قرار محكمة استئناف القاهرة ، رقم ، 108/36 الدائرة المدنية الأولى السنة 69ق ، جلسة 7 / 11 / 1953 م منشور في موسوعة عبد المعين جمعة ، ف 264 ، ص194. راجع المادة (15) من قانون حماية البيئة الجزائري والتي أخضعت مشاريع التنمية لدراسة التأثير على البيئة و الهياكل و المنشآت الثابتة و المصانع و العمال الفنية الأخرى... التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فوراً أو لاحقاً على البيئة لاسيما على الأنواع و الموارد و الأوساط و الفضاءات الطبيعية و التوازنات الإيكولوجية و كذلك على إطار و نوعية المعيشة ، وتكون على نفقة صاحب المشروع ويقوم بها مكاتب معتمدة من الوزارة المكلفة بالبيئة بحسب المادة (22) من ذات القانون.

⁽²⁾ عرفت المادة (13) من قانون البيئة المصري الضرر البيئي بأنه ((الضرر الناجم عن استعمال أية مواد صلبة أو سائلة أو غازية أو ضوضاء أو إشعاعات أو حرارة أو اهتزازات تنتج بفعل الإنسان وتؤدي بطريقة غير مباشرة إلى تلويث البيئة وتدهورها)) . كما عرفت المادة (2 / خامساً) من قانون حماية وتحسين البيئة العراقي لعام 1997م ملوثات البيئة بأنها : ((مواد صلبة أو سائلة أو غازية أو ضوضاء أو إشعاعات أو حرارة أو اهتزازات أو ماشابهها ... يؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى تلوث البيئة)) . وفي قانون حماية البيئة اليمني نصت المادة 2 / 10 بأنه : " الأذى الذي يلحق بالإنسان والكائنات الحية الأخرى والموارد الطبيعية نتيجة للتغير في خواص البيئة ". راجع د. عادل عبد العال خراشي ، جريمة التلوث الضوضائي وموقف الفقه الإسلامي منها ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، دون ذكر مكان الطبع ، 2007-2008م ، ص21.

ولعل من أوضح صور الأنشطة التي ترتب أضرار فاحشة متجددة في المستقبل إقامة محطات تقوية لشبكات الانترنت والهاتف المحمول , إذ إنّ هذه المحطات تسبب التلوث الالكتروني الذي يعد من أحدث أنواع التلوث حيث يمتلأ الجو بالموجات والمجالات الكهرومغناطيسية التي تؤثر على السكان المجاورين⁽¹⁾.

ويمكن القول - إجمالاً - أن الإنسان في سعيه لتوفير احتياجاته يستخدم البيئة الطبيعية بمكوناتها (الهواء ، الماء ، الأرض) مخزناً لإلقاء المخلفات والنفايات⁽²⁾ ، وبمرور الوقت تتراكم تلك المخلفات فيترتب عليها كثير من المخاطر والأضرار على الإنسان نفسه بظهور العديد من الأمراض التي أثرت على حياته وصحته ، أو على الموارد الطبيعية ذاتها بحيث أصبحت هذه الموارد حالياً أقل صلاحية وأكثر ضرراً عما كانت عليه في صورتها الأصلية التي أوجدها الله سبحانه جل شأنه⁽³⁾.

وتلك المخاطر عكستها المادة الأولى من قانون حماية البيئة وتنميتها الإماراتي رقم 40 لسنة 1999م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 11 لسنة 2006م ، بقولها : " تلوث البيئة هو التلوث الناجم بشكل طبيعي أو غير طبيعي ناتج عن قيام فعل الإنسان بشكل مباشر أو غير مباشر إرادي أو غير إرادي بإدخال أي من المواد والعوامل الملوثة في عناصر البيئة الطبيعية والذي ينشأ من جرائه أي خطر على صحة الإنسان"⁽⁴⁾.

¹ للمزيد انظر, اسعد فاضل منديل الجياشي , دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة , بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق التي تصدرها كلية القانون - جامعة كربلاء , السنة الثانية , العدد الثالث , 2010م, ص 159- ص 161 .

² عرفت المادة (2/ ف17) ق. حماية البيئة اليمني النفايات الخطرة بأنه: " أية نفايات تتولد من العمليات الصناعية أو الكيميائية أو الإشعاعية وتكتسب صفة الخطورة بسبب ما تحتويه من مواد أو تركيزات لمواد أو بسبب تفاعلاتها الكيميائية ، أو ما تتسم به من سمية أو قابلية للانفجار وإحداث التآكل أو أية خصائص أخرى ينجم عنها خطراً على حياة الإنسان أو الحيوان أو النبات أو على البيئة سواءً بمفردها أو عند اتصالها بنفايات أخرى" . وبين ذات القانون الأنشطة الخطرة المضرة بالبيئة ، ومن بينها طرق تداول المواد والنفايات الخطرة في الفصل الرابع من الباب الثالث في المواد (44-55) راجع الفقرة (19) من المادة الأولى من قانون البيئة المصري ؛ حيث عرفت النفايات الخطرة بأنها : " مخلفات الأنشطة و العمليات المختلفة أو رمادها المحفوظة بخواص المواد الخطرة التي ليس لها استخدامات تالية أصلية أو بديلة مثل النفايات الناتجة عن تصنيع أي من المستحضرات الصيدلانية و الأدوية أو المذيبات العضوية أو الأحبار و الأصباغ و الدهانات 0

³ انظر د.محمد الزرقا : البيئة والتنمية ، ندوة التلوث البيئي وتأثيره على التنمية بمحافظة أسيوط ، الصندوق الاجتماعي للتنمية بالاشتراك مع مركز الدراسات والبحوث. البيئية ، بجامعة أسيوط ، جامعة أسيوط ، أبريل 2000م ، ص 25 وما بعدها.

⁴ عرفت المادة (2) الفقرة الثامنة من قانون حماية البيئة العراقي التلوث البيئة بأنه : " وجود أي من الملوثات المؤثرة في البيئة بكمية أو تركيز أو صفة غير طبيعية تؤدي بطريق مباشر أو غير مباشر إلى الإضرار بالإنسان أو الكائنات الحية الأخرى أو المكونات اللاحياتية التي توجد فيها" . كما تضمنت المواد (14 - 18) حماية المياه من التلوث ، وحماية الهواء من التلوث والحد من الضوضاء ، وحماية التربة ، والتنوع البيئي ، ووصفها قانون حماية البيئة الأردني بالتدهور البيئي في المادة (2) الفقرة السادسة ، انظر الفقرة (1) من المادة الأولى من قانون حماية البيئة الكويتي . راجع أدبيات ندوة حماية البيئة من الملوثات الصناعية النفطية - تونس من 12- 15 سبتمبر 1982 م مجموعة أعمال الندوة - منظمة الأقطار

ويعرف التلوث البيئي في المادة (2 ف5) من قانون حماية البيئة اليمني بأنه : " قيام الإنسان بشكل مباشر أو غير مباشر ، إرادي أو غير إرادي بإدخال أي من المواد والعوامل الملوثة في عناصر البيئة الطبيعية ، والذي ينشأ من جرائه أي خطر على صحة الإنسان أو الحياة النباتية والحيوانية أو أذى للموارد والنظم البيئية ، أو تأثير على الاستخدامات المشروعة على البيئة ، أو تتداخل بأي شكل في الاستمتاع بالحياة والاستفادة بالملتمكات "

ومن هنا لا بد من كان لا بد من التطرق للأضرار الفاحشة أو غير العادية الواقعة في بيئة الجوار، و التي يأتي في مقدمتها الأضرار الناتجة عن تلوث الهواء باعتبار من أكثر الأخطار المهددة للوجود البشري ، و ذلك نظرا لتعدد مصادرها و التي قد تكون بسبب الدخان و الغازات التي تعيق الغاية من عملية التنفس، و كذا الروائح الكريهة المنبعثة من المصانع و السيارات و غيرها من أسباب التلوث الهوائي ، . يضاف إلى ما سبق أضرار الجوار غير المألوفة الناتجة عن تلوث الماء، إذ تتعرض البيئة المائية للعديد من أوجه التلوث⁽¹⁾ و تتقدم القمامة المنزلية و أبرزها النفايات الغذائية و العلب و الأوراق و المواد البلاستيكية⁽²⁾ ، و التي تلقى منها نسب كبيرة في مياه البحار و الأنهار مما سيؤثر سلبا على المردود السياحي ناهيك عن تلوث مياه البحر التي حظيت باهتمام المشرع اليمني في الفصل الأول والثاني والثالث من الباب الرابع في المواد (62-74) .

و لهذا نجد بأن التشريعات تحظر على المنشآت في إطار الحد من التلوث المائي طرح أي مواد أو نفايات غير معالجة قد تؤدي إلى تلويث الشواطئ، كما تمنع صب المياه المستعملة أو رمي للنفايات مهما كانت طبيعتها، لاسيما المواد التي لها أضرار على الصحة العامة و النظام البيئي البحري و المساس بالقيمة

العربية المصدر للنفط - الكويت ص27 وما بعدها؛ د. علي زين العابدين و د. محمد بن عبد المرضى - تلوث البيئة ثمن للمدنية - المكتبة الأكاديمية - القاهرة، 1992م، ص 239.

⁽¹⁾ راجع الفصل الأول بعنوان "حماية المياه والتربة وإنشاء المحميات الطبيعية" في المواد (6-14) من قانون حماية البيئة اليمني.

⁽²⁾ ألزمت المادة (55) من قانون حماية البيئة اليمني الجهة المختصة بدراسة وتقييم حالة النظافة العامة ومدى خطورة مكونات أنواع مواد القمامة وتصريف مياه المجاري والمخلفات الصلبة والسائلة والنفايات ، ولها على وجه الخصوص اتخاذ الآتي :1- تحديد مواقع تصريف القمامة بالتنسيق مع الجهات المعنية بشؤون البيئة .2- طرق وشروط التخلص من المخلفات الصلبة والسائلة والنفايات وتصريفها أو دفنها أو تحويلها أو التخلص منها بأي شكل في المياه الإقليمية .3- اتخاذ التدابير الأخرى التي يرى المجلس ضرورتها لمنع أي خطورة لهذا التصريف ، وعلى الجهة المختصة إخطار المجلس بنتائج الدراسة والتقييم . وحظرت المادة (53) مطلقاً على أية جهة عامة أو خاصة أو أي شخص طبيعي أو معنوي استيراد أو إدخال أو دفن أو إغراق أو تخزين النفايات الخطرة أو السامة أو الإشعاعية أو التخلص منها بأي شكل في البيئة اليمنية .

الجمالية و الترفيهية للبحر والمناطق السياحية ، بحسب الفقرة الثانية من المادة (11) من قانون حماية البيئة اليمني⁽¹⁾.

ولعل من أبرز وأهم صور التلوث البيئي في اليمن الإسراف في استخدام المبيدات والأسمدة الكيماوية التي تدخل في إنتاج المحاصيل الزراعية ، وزراعة شجرة القات ، حيث أدت إلى ارتفاع معدلات أمراض السرطان⁽²⁾، والأمراض المستعصية في اليمن . بالإضافة إلى الملوثات الأخرى⁽³⁾، على الرغم من تنظيم المشرع اليمني لأحكام استخدام المبيدات في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان حماية المياه والتربة واستخدام المبيدات في المواد (15 - 21) والاهتمام بالبيئة يتفق مع الكرامة الإنسانية وحق كل مواطن في العيش في بيئة صحية ومتوازنة تسمح له بالنمو الصحي الجسماني والعقلي والفكري كما ورد في الفقرة (2) من المادة(4) ق ح ي.

غير أن الضرر البيئي ينفرد بخصائص تميزه عن الأضرار العادية وهي إجمالاً ترتبط بالقواعد الإجرائية التي يحددها قانون الإجراءات المدنية قبل مباشرة أي خصومة أهمها الصفة، المصلحة⁽⁴⁾ ، والأهلية⁽¹⁾، الاختصاص⁽²⁾ ، ورفع الدعوى في الميعاد القانوني⁽³⁾.

¹عرفت الفقرة الحادي عشر من المادة (2) من قانون حماية البيئة العراقي النفايات الخطرة بانها : "النفايات التي تسبب أو يحتمل أن تسبب نتيجة لمحتوياتها من المواد ضرراً خطيراً للإنسان أو البيئة " راجع المادة (2) من قانون حماية البيئة الأردني والمواد (6 - 12) بشأن صور التلوث البيئي والمادة (1) من قانون حماية البيئة الكويتي .

² نقلا عن تقارير ودراسات قامت بها الجمعية الوطنية لمواجهة أضرار القات التي تأسست عام 1992م ، ولها فروع في بعض المحافظات، وتهتم بنشر الوعي بأضرار هذا النبات المخدر. كذلك أنشئت صحيفة غير دورية تحمل عنوان "يمن بلا قات" متخصصة في التوعية بأضراره الصحية والنفسية والاقتصادية منها علاقة القات والشمة بالسرطان منشورة على الرابط <https://p.dw.com/p/12KYZ> .

³ تناولت الفقرة 4 من المادة (2) من قانون حماية البيئة اليمني تعريف المواد والعوامل الملوثة بقولها : " أية مواد صلبة أو سائلة أو غازية أو أدخنة أو أبخرة أو روائح أو ضوءاء أو إشعاعات أو حرارة أو وهج الإضاءة أو اهتزازات تنتج بفعل الإنسان ، وتؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى تلوث البيئة وتدهورها أو الإضرار بالكائنات الحية" .

⁴ نصت المادة (75) من قانون المرافعات والتنفيذ الجبري اليمني رقم (40) لسنة على أنه : " لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة بقرها القانون ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه" . وأعطت المادة (76) المحكمة على أن : "تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع إذا تبينت (ولو من تلقاء نفسها) أن لا صفة أو مصلحة فيها ، في أي مرحلة من مراحل الدعوى" .

أ- من ناحية الصفة والمصلحة فالثابت أن المدعي تكون له الصفة والمصلحة متى انعكس الضرر البيئي على سلامته الجسدية، أو أمواله الخاصة، ونفس الحكم يتقرر بالنسبة للعناصر الخاصة بالبيئة كالأرض والحيوانات والطيور ومياه القنوات والآبار الخاصة، فمتى أصاب هذه العناصر ضرر بسبب الأنشطة الملوثة للبيئة كان لصاحبها صفة في رفع دعوى المسؤولية في مواجهة المسؤول، وذلك وفقاً للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات والتنفيذ الجبري اليمني. أما الأضرار التي تصيب المصلحة العامة للمجتمع، فلم يشر المشرع اليمني بشأن حماية البيئة، صراحة على حق الدولة أو أحد فروعها في اللجوء إلى القضاء المدني والمطالبة بجبر الأضرار التي أصابت أحد مكونات البيئة، واكتفى بمنح الأفراد الحق في تشكيل جمعيات حماية البيئة⁽⁴⁾ أو إعطاها الصفة في المطالبة عن الأضرار التي تصيب البيئة، وهو تطور في مجال المسؤولية المدنية بالتعويض عن الأضرار غير المباشرة⁽⁵⁾، وأعطت المادة (82) الجمعيات والأفراد الحق في مباشرة الدعوى

⁽¹⁾ حرص المشرع على تأكيد أن الدفع بانعدام الأهلية من النظام العام، فيستطيع أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه،. بنص المادة (52) مرافعات يمني على أنه: "إذا كان البطلان راجعاً لمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام جاز التمسك به لكل ذي مصلحة وللنيابة العامة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها".

⁽²⁾ تنص المادة (84) مرافعات يمني على أنه: "إذا رفعت الدعوى أمام المحاكم اليمنية وهي غير مختصة بنظرها ولم يحضر المدعى عليه تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها"، وأعطت المادة (90) يمني المحكمة أن: تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها نوعياً إن تبين لها أنها غير مختصة وفقاً لأحكام هذا الفصل". راجع الفصل الثالث (الاختصاص بحسب نوع الدعوى) في المواد (87-101).

⁽³⁾ راجع الفصل الثاني الحضور والغياب والمواعيد، وتنص المادة (108) مرافعات يمني بأن: "يكون على الخصم أو وكيله أو كليهما الحضور معاً إلى المحكمة في التاريخ المحدد لنظر الدعوى في الساعة الثامنة صباحاً، ويرقب الخصوم المناداة على أسمائهم ويمثلون عند ذلك أمام هيئة المحكمة" وتقرر المادة (114): "إذا تخلف الخصمان أو تخلف المدعي عن حضور أي من الجلسات بعد تقديم أي من أدلتهم تقرر المحكمة استبعاد الدعوى من دفتر يومية جلسات المحكمة وقيدها برقمها في سجل خاص بالقضايا المستبعدة إلى أن يتم تحريكها أو تنطبق عليها أحكام سقوط الخصومة المنصوص عليها في هذا القانون". راجع في المواعيد المواد (109-116).

⁽⁴⁾ انظر، د. وناس يحيى، الحق في البيئة في التشريع الجزائري من التصريح إلى التكريس، البيئة وحقوق الإنسان: المفاهيم والأبعاد، مطبعة صخري، الوادي - الجزائر، 2011، ص 48.

⁽⁵⁾ تستلزم القواعد العامة في الضرر الموجب للتعويض عنه، أن يكون مباشراً ومحققاً وجوده، وشخصياً، وإن يصيب حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمدعي وهو ما لا ينطبق على غالبية الأضرار البيئية، فهذه الأضرار في الغالب هي أضرار غير مباشرة، وغير محققة الوقوع، لذلك، يتوجب على المشرع اليمني إعادة النظر في قانون البيئة، والتشريعات الأخرى ذات العلاقة، والعمل على استحداث نصوص قانونية جديدة تعالج الأحكام الخاصة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، وتأخذ بعين الاعتبار الخصوصية التي تتسم بها هذه الأضرار. انظر ف شروط الضرر الموجب للتعويض د. عبير عبد الله

المدنية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة ، بقولها : " يجوز لجمعيات حماية البيئة اليمينية ولكل شخص مباشرة الدعوى المدنية ضد أي شخص طبيعي أو اعتباري تسبب بفعله أو إهماله بالإضرار بالبيئة ومكوناتها الطبيعية أو المساهمة في تدهورها وفسادها، وفي حالة الحكم بالتعويض تودع التعويضات في صندوق حماية البيئة وتخصص قيمة التعويض المحكوم به للإنفاق على حماية وتحسين وتنمية البيئة" (1).

وننتهي إلى القول بأن المشرع اليميني رخص بإنشاء جمعيات الدفاع عن البيئة إلا أنه لم يمنحها دوراً قانونياً فيما يتعلق بالمطالبة القضائية للتعويض عن الأضرار التي تصيب المحيط البيئي، ناهيك عن نقص الموارد المالية التي تحد من نشاطها كالتنقل إلى الأماكن المتضررة، أو البحث عن مظاهر التلوث أو انعدام الوسائل اللازمة لمعاينة حالات التضرر، خاصة وأن الكشف عن الأضرار البيئية يتطلب معدات فنية (2) . وقد أحسن المشرع اليميني صنفاً بمنح الأفراد حق المشاركة في صنع القرارات العامة في المسائل البيئية، وأتاح الفرصة أمام المواطنين للتدخل أمام القضاء من أجل حماية البيئة من أي ضرر (3) .

ب- لا يخفى أن مسألة تحديد المسؤول عن الضرر غاية في الأهمية لتحريك دعوى التعويض، لأنه ليس من المنطق أن ترفع دعوى قضائية على شخص غير معروف، لذلك اشترط القانون ضرورة تحديد المدعى عليه بدقة من حيث اسمه، لقبه، موطنه، مقره الاجتماعي، صفة ممثله

احمد در باس ، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة عن تلوث البيئة في فلسطين ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بيزيت ، 2014م ، ص 99-106.

(1) أعطت المادة (35) حماية جزائري للجمعيات المعتمدة قانوناً الحق في المساعدة و ابداء الرأي و المشاركة و فق التشريع المعمول به ، لكن المشرع حصر عملها في المشروعات ذات الطابع التجاري كمؤسسة المياه ، والديوان الوطني للتطهير ، ومنحت المادة (37) من قانون حماية البيئة الجزائري الجمعيات الحق بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار المباشرة وغير المباشرة.

(2) راجع ، د. وناس يحي، الإدارة البيئية في الجزائر مذكرة ماجستير، جامعة أسانبا وهران، 2009/2008م، ص170.

(3) وفي هذا نصت المادة (86) بيئة يميني على أنه : "يجوز للأفراد ولجمعيات حماية البيئة الإبلاغ عن المخالفات التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو أية قوانين أخرى تتعلق بحماية البيئة ، وكذلك مساعدة الجهات المختصة في حالة الكوارث البيئية أو لإزالة الاعتداءات والأضرار التي تقع على البيئة " .

القانوني أو الإتفاقي بالنسبة للشخص المعنوي، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلاً⁽¹⁾. غير أن الضرر البيئي بما يتمتع به من خصائص ذاتية بالمقارنة مع الضرر وفقاً للقواعد العامة لاسيما الفترة الزمنية التي يستغرقها الفعل الضار من أجل ترتيب كافة آثاره جعلت من الصعب تحديد المسؤول عن الضرر وجعلت من الصعب إثبات العلاقة السببية بين التصرف والأضرار الناتجة عنها ، فالفترة الزمنية تؤدي إلى تدخل العديد من العوامل والأسباب في إحداث النتيجة النهائية، فمثلاً قد تشترك عدة مصانع في إفراز المواد الملوثة أو السامة، ونظراً للطابع الانتشاري للتلوث البيئي فقد تنتقل هذه الإفرازات والتسممات إلى عدة مناطق تشترك فيها عدة مصانع بما تفرزه من ملوثات بل وقد تنتقل إلى مسافات بعيدة وتحدث أضرار كثيرة يصعب معها تعيين صاحب المصنع المسؤول عن ذلك الضرر، وهنا إذا استطاع المدعي أن يحدد أي من هذه المصانع كان مصدر الضرر وتمكن من إثبات ذلك سئل المتسبب، أما إذا عجز عن هذا الأمر فيمكن للمحكمة أن تلجأ إلى تطبيق المسؤولية التضامنية بحق الأفراد والمؤسسات مصدر الفعل الضار بالبيئة⁽²⁾، وفق المادة (79) ق ح ي ؛ حيث أقرت المسؤولية التضامنية عن الفعل الضار بالبيئة : "كل من تسبب بفعله أو إهماله في إحداث ضرر للبيئة أو للغير نتيجة مخالفة الأحكام الواردة بهذا القانون أو اللوائح أو القرارات الصادرة تطبيقاً له أو للقوانين النافذة يعد مسؤولاً بمفرده أو بالتضامن مع غيره عن جميع التكاليف الناجمة عن معالجة أو إزالة هذه الأضرار ، وكذلك بالتعويضات التي قد تترتب على هذه الأضرار"⁽³⁾.

⁽¹⁾ راجع في الاختصاص المكاني نصت عليه المادة (92) مرافعات يعني بقولها : "يكون الاختصاص بحسب المكان للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن الخصم المدعى عليه أو محل إقامته المؤقتة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وإذا تعدد الخصوم المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يختارها المدعي ويقع في دائرتها الموطن الأصلي لأي منهم ويطلب الآخرون إليها".

⁽²⁾ راجع د ، عيسى مصطفى حمادين، مرجع سابق، ص 185-187.

⁽³⁾ أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تضامن الشركاء في المسؤولية التقصيرية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006م ، ص13. وهذا المبدأ يعد تطبيقاً لنص المادة (310) مدني يعني : "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض بحسب تأثير عمل كل واحد منهم . وإذا كانوا متواطئين على الفعل كانوا متضامنين في المسؤولية".

ت- فيما يخص رفع الدعوى في الميعاد القانوني فإن نظام المسؤولية المدنية يحدد وقتا معيناً يتعين على المضرور أن يقيم دعواه للمطالبة بالتعويض خلاله، فإذا مرت هذه المدة أدى ذلك إلى سقوط الحق في التعويض رغم وجود الضرر، ويبرر التقادم بأنه ضروري لاستقرار المعاملات ولولاه لدخل الناس في منازعات لا نهاية لها⁽¹⁾، وبالرجوع إلى قانون البيئة الجديد لم نجد نص خاص بتقادم دعوى الضرر البيئي، لذلك يتم الرجوع إلى مدة سقوط دعوى المسؤولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات، من تاريخ وقوع الفعل الضار سواء علم به المضرور أم لم يعلم به أو من تاريخ سقوط الدعوى الجنائية المنصوص في المادة (331) مدني يعني⁽²⁾. لذلك، فإنني أرى ضرورة تبني المشرع اليمني نصوص خاصة تنظم مسألة تقادم دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في إطار قانون البيئة، وربط هذه المدة بتاريخ واحد وهو تاريخ ظهور الضرر أو تاريخ تفاقمه، وليس من تاريخ الفعل المنشئ له، إذ أن من شأن ذلك توفير حماية أكثر للمضرور وللبيئة ذاتها.

و نظراً لخطورة الأضرار على التوازن البيئي فقد تدخلت التشريعات الوضعية بسن نصوص قانونية مفادها حماية البيئة من التلوث والحفاظة على مكوناتها وخواصها وتوازنها الطبيعي، ومنع التلوث أو الإقلال منه أو مكافحته، والحفاظ على الموارد الطبيعية، وترشيد استهلاكها، وحماية الكائنات الحية التي تعيش فيها، خاصة المهددة بالانقراض، وألزمت المادة (2/ف8) من قانون حماية البيئة اليمني المشروعات والمرافق الجديدة باستخدام أفضل التقنيات المتوفرة لحماية البيئة والسيطرة على التلوث التقيد بمقاييس حماية البيئة والتزود بالتقنيات والأجهزة التي تمنع إحداث أي أضرار محسوسة بالبيئة بحسب المادة (8/ف ب). على أن يراعى في تحديد مقاييس ومعايير ومواصفات حماية البيئة تحقيق التوازن بين الإمكانيات التقنية المتاحة وبين التكلفة الاقتصادية اللازمة لذلك، وبما لا يخل بمتطلبات حماية البيئة ومكافحة التلوث بحسب المادة (31) من قانون حماية البيئة اليمني⁽³⁾، غير أن قانون البيئة اليمني لم يحدد طريقة خاصة يمكن للقاضي الاعتماد عليها عند تقديره للتعويض عن الأضرار البيئية، مما يعني الرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن، إلا أن الاستعانة بهذه القواعد ممكن

⁽¹⁾ أنظر د. عبد الله تركي حمد العيال الطائي، الضرر البيئي وتعويضه في المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، منشور ارت الحلبى الحقوقية، بيروت-لبنان، 2013م، ص 127.

⁽²⁾ راجع د. محمد بن حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، ج2، أحكام الالتزام، دار الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة العاشرة، 1435هـ / 2014م، ص 254.

⁽³⁾ راجع المواد (6-12) من قانون حماية البيئة الأردني، والفرع السادس إدارة المواد والنفايات الخطرة الوارد في المادة 19 من قانون حماية البيئة العراقي؛ حيث نصت على أن: "تنظم الوزارة بالتعاون مع الجهات ذات العلاقة سجلاً وطنياً للمواد الكيميائية الخطرة المتداولة في جمهورية العراق وآخر للنفايات الخطرة".

فقط بالنسبة للأضرار التي تصيب الأشخاص وممتلكاتهم، على اعتبار أن هذا الأضرار لا تختلف عن غيرها من الأضرار الأخرى، فهي تصيب مصلحة شخصية ومباشرة للمضرور. أما بالنسبة للأضرار التي تصيب الموارد العامة للبيئة، كالماء والهواء والتربة. فلا يمكن بأي حال من الأحوال الاستعانة بالقواعد العامة في تقدير التعويض عن هذه الأضرار نظراً للطبيعة الخاصة للجهة المضرورة، فهي لا تصيب فرداً في شخصه أو ممتلكاته، وإنما تصيب الموارد العامة للبيئة، كالماء، أو الهواء، أو التربة، ومن ثم لا يكون من السهل تحديد مقدار التعويض عن تلوث أصاب مياه أحد الأنهار، أو تسبب في نفوق سلالة فريدة من الحيوانات، وفقاً للقواعد العامة المتعلقة بالتعويض. لذلك، فإنني أرى أهمية تدخل المشرع اليمني في تعديل نصوص قانون البيئة، وتبني طرق خاصة للتعويض عن هذه الأضرار، كطريقة التعويض الجزافي، وطريقة التعويض الموحد، إلى غير ذلك من لطرق التي سيأتي الإشارة إليها لاحقاً. و بعد أن بينا الأنواع المختلفة للأضرار غير المألوفة التي تقع في إطار بيئة الجوار، فإنه لا بد البحث حول الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة، و مدى إمكانية تطويع قواعد المسؤولية المدنية⁽¹⁾ للتحاوب مع الأضرار الفاحشة ضمن علاقة الجوار، ومدى فاعليتها في تمكين الجار المضرور من الحصول على تعويض عادل نتيجة ما يلحق به من أضرار بيئية، وهو ما سنبينه في المبحث التالي :

المبحث الثاني - الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير

المألوفة و التلوث البيئي وشروطها ، وآثارها.

تباينت الآراء الفقهية بشأن الأساس القانوني المعتمد للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، حيث يقيمها بعض الفقهاء على أساس النظرية الشخصية بينما يقيمها البعض الآخر على أساس النظرية الموضوعية، و قد امتد هذا الاختلاف و التباين في وجهات النظر إلى النصوص التشريعية في القوانين الوضعية المقارنة، وستتناول في هذا المبحث بإيجاز مضمون هاتين النظريتين اليمني في مطلبين : نتناول في المطلب الأول النظرية الشخصية، والنظرية الموضوعية في مطلب ثانٍ وموقف التشريع اليمني من هاتين النظريتين، يلي ذلك بيان أهم شروط قيام المسؤولية بإيجاز وآثارها في مطلب ثالث .

⁽¹⁾ راجع د.قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2007م، ص150.

المطلب الأول: النظرية الشخصية (الخطأ) كأساس قانوني للمسؤولية المدنية عن مضار

الجوار الناتجة عن التلوث البيئي

كانت ولا تزال نظرية الخطأ، ملاذ الكثير من الفقهاء، وسنداً يلجأ إليه القضاء، لتبرير مساءلة الشخص عن الأضرار التي تلحق بغيره، من جراء استعمال ملكه، إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد مفهوم هذا الخطأ، حيث يراه البعض أنه يتمثل بالخطأ الشخصي، في حين يراه البعض الآخر أنه إخلال بالتزامات الجوار، ويذهب فريق ثالث إلى القول أن الخطأ يتمثل في تجاوز حالة الضرورة، بينما يذهب فريق رابع إلى اعتباره خطأ في حراسة الأشياء. وسنتناول ذلك في الفروع التالية :

لفرع الأول: الخطأ بمفهومه التقليدي.

جعل الفقه الفرنسي الخطأ التقليدي أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة معتمداً على نص المادة : (1382) من القانون المدني، التي تقرر أن: "كل فعل، أيًا كان، يلحق ضرراً بالغير، يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر، أن يعرضه".⁽¹⁾ ، والخطأ بمفهومه التقليدي هو انحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص المعتاد متوسط الحرص لو أنه وجد في نفس الظروف التي وجد فيها المتسبب بالضرر، سواء كان هذا الانحراف عمدياً، أم غير عمدي (الإهمال)⁽²⁾. والخطأ بالمفهوم التقليدي هو خطأ غير مفترض، أي خطأ واجب الإثبات⁽³⁾، بمعنى أنه حتى يمكن للمضروب الحصول على تعويض عن الضرر غير المألوف

⁽¹⁾ تقابلها المادة (304) مدني يمني ، حيث نصت على أن : " كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه ولا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقاً للقوانين النافذة ". قانون رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني المنشور بالجريدة الرسمية العدد السابع (الجزء الأول) الصادر بتاريخ 2/ صفر /1423هـ الموافق 15/ابريل /2002م.

⁽²⁾ نقلاً عن : د.عدنان السرحان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في ضوء أحكام الفعل الضار في القانونين الأردني، والفرنسي، مجلة المنارة، المجلد 5، العدد2، 2000م ، ص97.؛ د. أبو زيد عبد الباقي ، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، دراسة تحليلية انتقادية في القانون المقارن و فقه الشريعة الإسلامية ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة السابعة ، العدد الأول ، الكويت ، 1983 ، ص 77 ، 78. ؛ د.عز الدين الدناصوري ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر ، 2004م ، الجزء الأول ، ص 153 .

⁽³⁾ يقصد بالخطأ بصفة عامة إخلال الفرد بالتزام سابق ، باعتبار أن كل خطأ يقتضي وجود قاعدة سابقة من قواعد السلوك الواضحة بجلاء و المحددة بدقة ،حيث تلزم هذه القاعدة الأفراد بإتباع سلوك معين ، و بناء عليه تعتبر مخالفة الفرد لهذا التنظيم من قبيل الخطأ . د. محمد محمد القطب ، المسؤولية الناشئة عن أضرار الدواء ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر ، 2014م ، ص196.

الذي يلحق به، يجب عليه إثبات الخطأ في جانب المسؤول عنه، وفيما عد ذلك لا يكون بمقدور المضرور الحصول على التعويض⁽¹⁾.

غير أن الخطأ بمفهومه التقليدي لا يتفق وطبيعة المسؤولية الناجمة عن مضرار الجوار غير المألوفة؛ لأن قيامها مرهون بإتيان الفعل الضار؛ والمالك في استعماله ملكه يكون قد اتخذ كافة الاحتياطات الضرورية، ومع ذلك ينتج عن ممارسته لحقه مضايقات للجيران تجاوز الحد المألوف كمن يقيم مصنع بترخيص إداري، ومع ذلك يترتب على العمل فيه انبعاث روائح كريهة، وأدخنة وغازات سامة، تضر بالسكان المجاورين للمصنع و البيئة المحيطة بهم، فكيف يمكن في هذه الحالة القول أن صاحب المصنع قد ارتكب خطأً يستوجب إلزامه بالتعويض على أساس أن كل خطأ يلحق بالغير ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض؟ وهنا لابد من تأصيل مفهوم الخطأ على نحو آخر.

ثانياً: الخطأ المتمثل في الاعتداء المادي على ملك الجار

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأساس القانوني للمسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة يكمن في الخطأ المتمثل في الاعتداء المادي على ملك الجار، ومعنى ذلك أن المالك إذا استعمل ملكه لكنه تعدى الحدود المرسومة لملكه إلى أملاك الغير وترتب على هذا التجاوز المادي مضرار غير مألوفة، فإن هذا التعدي يعد خطأً تقوم عليه المسؤولية، كما لو تصاعد الدخان من المصنع، أو الروائح الكريهة، على ملك الجار⁽²⁾. إلا أن الأخذ بهذه النظرية قد يؤدي إلى قيام المسؤولية عن التعدي مهما كانت درجته يسيراً أو جسيماً، في حين أن المسؤولية عن مضرار الجوار لا تقوم إلا في حالة تحقق الضرر على نحو غير مألوف، كما أن أعمال فكرة التعدي المادي لا تغطي الروائح الكريهة، والضوضاء لأنها ليست أشياء مادية ملموسة، وإنما عبارة عن موجات أو جراثيم لا ترى بالعين المجردة، وبالتالي لا يمكن اعتبارها من قبيل التعدي المادي⁽³⁾، وهنا لابد من تأصيل مفهوم الخطأ على نحو آخر.

ثالثاً: الخطأ المتمثل في رفض المالك التعويض

⁽¹⁾ راجع، د. هالة صلاح الحديثي، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، جبهة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003م، ص 87.

⁽²⁾ انظر، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد "حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال"، ج 8، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م، ص 703.

⁽³⁾ راجع د. محمد رمضان، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية"، ط 1، دار الجيب للنشر والتوزيع، عمان، 1995م، ص 11 وما بعدها. ص 84

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الغلو في استعمال المالك لحقوقه على نحو يضر بالأخريين ضرراً غير مألوف ، فإن هذا الغلو في الاستعمال يستلزم من المالك أن يعرض جاره عن هذا الضرر غير المألوف⁽¹⁾، والخطأ الموجب للتعويض لا يتمثل في الاستعمال الاستثنائي بل في رفض المالك تعويض جاره عن الأضرار ، وهذا الرفض يرتب مسؤوليته وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽²⁾. ولم يسلم الأساس من النقد فهو يقفز عن المشكلة الرئيسية من البحث عن أساس التعويض إلى رفض التعويض⁽³⁾ ، وهو قول لا يستقيم والمنطق القانوني . وهذا ما حدا بمؤيدي نظرية الخطأ إلى الأخذ بنظرية الإخلال بالتزامات الجوار ، وهو ما سنبحثه في التالي.

الفرع الثاني : نظرية الإخلال بالتزامات الجوار بين الملاك المجاورين

وتقوم هذه النظرية على أساس أن المالك يستعمل ملكه ضمن الحدود المرسومة له قانوناً ، فلو انحرف عنها كان فعله موجباً لمسؤوليته وفق قواعد المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾. و الجوار وفقاً لمنطق هذه النظرية، يعد بمثابة شبه عقد ينشئ التزامات متبادلة بين الجيران، أي بين الملاك والحائزين للعقارات المتجاورة، كل في مواجهة الآخر، فكأن الجيران ارتبطوا فيما بينهم بشبه عقد يلزم كلاً منهم بالألا يستعمل حقه فيما يمتلك بطريقة تضر بغيره، أو تلحق بهم ضرراً جسيماً ، وهذا القول فيه تكلف وتحريف فواقعة الجوار واقعة مادية وليست واقعة تعاقدية. كما أن ملاك العقارات المتجاورة ملتزمون تجاه بعضهم البعض بالتزامات متبادلة أنشأها القانون بهدف تثبيت الممارسة المتضاربة والمشاركة للحقوق المتجاورة، ومن ثم يكون الإخلال بهذه الالتزامات خطأ يستوجب المسؤولية⁽⁵⁾.

وأمام تلك الانتقادات عدل أنصار النظرية إلى التأصيل الفني للمسؤولية الذي يقول بان أساس المسؤولية تقوم بحكم القانون ولا يلزم المضرور إلا بإثبات تحقق الضرر ، ولا تندفع مسؤولية جاره إلا

⁽¹⁾ أنظر، د.نزيه المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص 678.

⁽²⁾ راجع ، د.فيصل عبد الواحد، مرجع سابق، ص 597.

⁽³⁾ وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري : "أذا سلمنا مع أصحاب هذا الرأي أن أساس التعويض من عدم التعويض عن الضرر غير المألوف، فإن ذلك معناه أن هناك التزاماً بالتعويض عن الضرر غير المألوف، ولكن هذا الالتزام نفسه يقوم بحسب هذا الرأي على أساس الخطأ في عدم التعويض عن الضرر غير المألوف، فنحن إذن ندور في حلقة مفرغة"، راجع: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 706 ؛ د. محمد رمضان، مرجع سابق، ص 91.

⁽⁴⁾ انظر د.عبد الرحمان حمزة، مرجع سابق، ص 332؛ د.فيصل عبد الواحد، مرجع سابق، ص 588؛ د.نزيه المهدي، مرجع سابق، ص 676.

⁽⁵⁾ راجع : د.ياسر الميناوي، مرجع سابق، ص 301؛ د.مالك جابر حميدي الخزاعي ، إساءة استعمال الحق خطأ تقصيري يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه ، مجلة جامعة. بابل ، العلوم الإنسانية، المجلد 17 ، العدد 2 ، العراق ، 2009م ، ص 299.

بإثبات السبب الأجنبي ، وللمدعى عليه للمدعى عليه في دعوى التعويض عن الأضرار البيئية دفع مسؤوليته عن هذه الأضرار بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور⁽¹⁾ . وهذه النظرية لم تسلم من النقد لأنها تقصر المسؤولية عن الأضرار فيما يقع بين ملاك العقارات المتجاورة ، وهو قول لا يتفق مع نظرية مضرار الجوار غير المألوفة التي يمتد نطاق إعمالها إلى كل جار سواء كان مالكا أو منتفعا . ولكل ما سبق يمكن القول بعدم إمكانية إقامة المسؤولية المدنية عن مضرار الجوار غير المألوفة على أساس نظرية الإخلال بالتزامات الجوار، وهذا ما حدا بمؤيدي نظرية الخطأ إلى الأخذ بنظرية تجاوز حالة الضرورة كأساس للمسؤولية عن المضرار غير المألوفة.

الفرع الثالث : نظرية تجاوز الضرورة

وفق منطق أنصار هذه النظرية أن هذه المضايقات بين الجيران تعد ضرورة اجتماعية لا مفر تحملها⁽²⁾ ، وبذلك يمكن للمالك أن يتصرف بملكه استناداً إلى قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" ، حيث تقضي هذه القاعدة بالسماح للشخص بإتيان فعل - في أصله - محظور، عندما تكون هناك ضرورة لذلك، بل دليل قوله تعالى: "فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه"⁽³⁾ ، لكن التأصيل لهذه النظرية لم يسلم من النقد لأن الضرورة لها حدود وهي تقدر بقدرها ، وتجاوز حدود الضرورة يستوجب التعويض عنه. كما أن الضرورة تعني أن الشخص يجد نفسه في حالة خطر محقق عليه أو على غيره بحيث لا يمكن الخلاص من هذا الخطر، أو تفاديه، إلا بفعل يسبب ضرراً للغير⁽⁴⁾ ، وهذا ما لا يمكن التسليم به بصدد المسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة فالمالك لا يواجه خطراً وإنما يقوم باستعمال ملكة بطريقة قانونية غير أن الغلو في استعمال الحق يقيم المسؤولية عليه. ونتيجة لما تقدم، حاول أنصار نظرية الخطأ البحث عن أساس قانوني للمسؤولية عن مضرار الجوار غير المألوفة ضمن إطار نظرية حراسة الأشياء (الخطأ المفترض) ، وهو ما سنبحثه في الفرع التالي .

⁽¹⁾ راجع المادة (306) مدني يمني.

⁽²⁾ راجع د. مروان كساب، المسؤولية عن مضرار الجوار، دن، بيروت، 1998 م، ص 304 ؛ د. محمد رمضان، المرجع السابق، ص 91؛ د. حسني محمود عبد الدايم، الضرورة و أثرها على المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر 2007، ص، 145 و ما بعدها ؛ د. عطا سعد محمد حواس ، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012م، ص 202-203.

⁽³⁾ سورة البقرة آية (173).

⁽⁴⁾ أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 703 ؛ د. حسن الذنون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار وائل للنشر، الأردن، 2002م ، ص 282.

الفرع الرابع : نظرية حراسة الأشياء (الخطأ المفترض)

كان لقيام الثورة الصناعية، وما رافقها من انتشار استخدام الآلات الحديثة، بالغ الأثر في زيادة أسباب وقوع الضرر، وتنوعه، مما دفع بالقضاء الفرنسي إلى محاولة البحث عن أساس قانوني آخر لا يقيم المسؤولية على فكرة الخطأ الواجب الإثبات، نظرًا لصعوبة إثبات هذا الخطأ في معظم الأحيان، لذلك ابتدع ما سمي بنظرية المسؤولية عن فعل الأشياء⁽¹⁾، والتي تجد أساسًا لها في المادة (1384) حيث تنص على أنه: "لا يكون الإنسان مسؤولاً فقط عن الضرر الذي يتسبب عن عمله نفسه بل أيضًا عن الضرر الذي يتسبب عن الأشياء التي تحت حراسته"

وتقوم المسؤولية هنا على أساس الخطأ المفترض في جانب الشخص بحيث تقوم مسؤوليته عن الضرر الناشئ عن الآلات الميكانيكية⁽²⁾، دون أن يكلف المضرور بإثبات خطأ الحارس. لذلك وجد الفقه والقضاء في نظرية حراسة الأشياء سندًا قويًا يمكن بموجبه محاسبة المسؤول عن الأضرار البيئية، متى ثبتت مسؤوليته عن حراسة⁽³⁾ الأشياء والآلات المتسببة في الضرر، ولا يقع على المضرور بعد ذلك سوى إثبات الضرر ورابطة السببية بينه وبين فعل الشيء، ولا يمكن لمحدث الضرر التخلص من هذه المسؤولية بإثبات أنه لم يقترف خطأ، أي بذل العناية الواجبة بما يتفق والسلوك المألوف، وإنما يجب عليه لدفع المسؤولية عنه إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث عمليات التلوث.

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية شركة الكيماويات عن الضرر الناتج عن تسرب الغازات السامة من الأنابيب الموجودة في باطن الأرض، وأقامت المسؤولية على أساس نظرية حراسة

⁽¹⁾ أنظر. ناصر سلطان، المسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات ومقارنة بالقانون المدني المصري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005م، ص 19.

⁽²⁾ أصدرت محكمة النقض الفرنسية في العام 1896م حكمًا هامًا، بمناسبة انفجار مميت حصل في ماكينة إحدى القاطرات، وقد شكل هذا الحكم النواة الأساسية في ظهور نظرية الخطأ المفترض "نظرية حراسة الأشياء"، حيث جاء فيه: "أن انفجار الماكينة ما دام يرجع إلى عيب في تكوينها، وأنه يستبعد بالتالي الطرف المفاجئ والقوة القاهرة، فإن مقتضى المادة (1/1384) ترتب لصالح المضرور المسؤولية على صاحب القاطرة الذي لا يستطيع فكهاك منها إلا بإثبات خطأ صانع الماكينة أو بإثبات خفاء العيب الذي أدى إلى وقوع الضرر". للمزيد، أنظر: د. نايف المذهان: المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في القانون الأردني - والقانون المقارن، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عمان العربية للدراسات. العلياء، عمان، 2006 م، ص 158.

⁽³⁾ وفي هذا نصت المادة (317) مدني يماني: "حائز الشيء الذي يتطلب عناية خاصة أو حراسة كالألات الميكانيكية يكون مسئولًا عما يحدثه هذا الشيء من الضرر على الغير ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه مع مراعاة ما يرد في ذلك من أحكام خاصة في القوانين و القرارات واللوائح النافذة". راجع د. غسان محمد مناور أبو عاشور: الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون المدني الأردني والفقه المقارن، مكتبة الجامعة الأردنية، مركز الرسائل و الأطروحات، الأردن دون سنة نشر، ص 6.

الأشياء، وقررت " : أنه لا يشترط أن يكون الشيء موجوداً فوق الأرض لتطبيق نص المادة (1/1384) مدني فرنسي ، وإنما يكفي أن يكون هذا الشيء قد ساهم في إحداث الضرر⁽¹⁾ "

لكن هذه النظرية لم تسلم من النقد لأنها تقتصر فقط على معالجة الأضرار التي تقع بفعل الشيء ذاته، وليس بفعل الإنسان، وهو ما لا يتفق مع طبيعة المسؤولية عن الأضرار البيئية غير المألوفة، فهذه المضار قد تنجم عن فعل الأشياء، كالغازات، والغبار، والأدخنة المنبعثة من الآلات والأشياء الموجودة في مصنع ، وقد تنجم عن فعل الإنسان، كالضوضاء التي يسببها تلاميذ المدرسة، وتسبب أضراراً غير مألوفة للحيران، أي أن الفعل هنا جاء من شخص من الأشخاص (التلاميذ) وليس من شيء من الأشياء⁽²⁾.

ويمكن أن نخلص في نهاية هذا المطلب أن الاستناد إلى نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة هو استناد في غير محله، فهو وإن كان يصلح أحياناً كأساس لهذه المسؤولية، إلا أنه لا يمكن الاستناد إليه في كافة الأحوال كأساس للتعويض عن المضار البيئية غير المألوفة، و يرجع ذلك إلى أن الأخذ بنظرية الخطأ تجعل كل الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة نتيجة تصرف غير مشروع، أو تصرف خاطئ مخالف لما تقضي به اللوائح والقوانين، وهذا القول غير مقبول، فغالبية النشاطات الناجمة عن التلوث البيئي الذي يسببه فرد، أو مشروع عام، أو خاص⁽³⁾ ، قد مسموح بها قانوناً، ومع ذلك نجد أنها تسبب الضرر، فالتلوث الذي ينجم عن العمل في منشأة صناعية يكون مصدره نشاط مشروع، فمثلاً المواد الملقاة في المياه ليس بالضرورة أن تكون هي السبب المباشر في إحداث الضرر موضوع دعوى التعويض، ذلك أن هذه المواد قد تذوب مع ملوثات أخرى موجودة في المياه⁽⁴⁾ ، وتلحق بالبيئة المجاورة أضراراً غير مألوفة، فكيف يمكن لنا في هذه الحالة، تحديد المسؤول المباشر عن تلويث المياه وحتى لو أمكن تحديد ذلك من خلال الاستعانة بالخبراء الفنيين، فإنه لا يكون دائماً بمقدور المتضرر الاستعانة بخبراء لارتفاع أضرارهم، مما يعني ضياع حقوق كثير من المضرورين، وحرمانهم من التعويض⁽⁵⁾ ، هذا بالإضافة إلى أن

⁽¹⁾ نقلاً عن: د. أحمد محمود سعد، استقراء لقواعد المدنية في منازعات التلوث البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م ، ص 272 - 273 ، **V.V.Cass.civ: 17\12\1969.B.Civ.69.1.No.353.P.261**

⁽²⁾ انظر ، د. عبد الرحمن حمزة، مرجع سابق، ص 328.

⁽³⁾ عرفت المادة 4/ 4 من القانون اليمني البيئة بأنها : " البيئة اليمنية تشمل مساحات الأرض والمياه الداخلية والبحرية وما في باطنها وما يعلوها من فضاء جوي والتي تمارس عليها السيادة اليمنية طبقاً لأحكام القانون الدولي واتفاقية قانون البحار لعام 1982م وأي اتفاقية دولية أخرى تصادق عليها الجمهورية اليمنية" .

⁽⁴⁾ راجع الفصل الأول من الباب الثاني بعنوان " حماية البيئة والتربة وانشاء المحميات الطبيعية " في المواد (6- 14).

⁽⁵⁾ أنظر د. صاحب الفتاوي، دور المسؤولية المدنية في حماية البيئة من التلوث في ضوء التقدم العلمي والتقني، مجلة البلقاء للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 8، العدد 2001، 2، ص 17-18.

المسؤولية تقوم على أساس الخطأ سواء كان الخطأ جسيماً أم يسيراً ، في حين لا تقوم المسؤولية عن المضار إلا إذا كانت مضار غير مألوفة ؛ كل ذلك، أدى بالفقه إلى البحث عن أساس قانوني آخر للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة ، لا يقيم المسؤولية على أساس فكرة الخطأ بل على أساس فكرة الضرر ، ومن هنا ظهر الإتجاه الذي ينادي بضرورة إقامة هذه المسؤولية على أساس موضوعي، بحيث ينظر في إقامة المسؤولية إلى تحقق الضرر، حتى لو لم يصدر عن محدث الضرر فعل خاطئ، وهو ما سنبحثه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: أساس المسؤولية الموضوعية (فكرة الضرر)

مضمون فكرة هذا الأساس أن محدث الضرر يتحمل المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالغير من جراء فعله بصرف النظر عما إذا كان هذا الفعل مشروع، أم غير مشروع، متعمد، أم غير متعمد، مرخص للقيام به، أم لا. فأساس المسؤولية هنا تدور حول فكرة الضرر ، فمتى أثبت المضرور الضرر الذي أصابه كان له الرجوع على محدث الضرر بالتعويض، ولا يكون أمام الأخير دفع المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽¹⁾ ، إلا أن أنصار هذه الاتجاه اختلفوا في إقامة المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على أساس فكرة الضرر، على عدة نظريات، وسنتناول كل نظرية من هذه النظريات بإيجاز على النحو الآتي.

الفرع الأول: نظرية تحمل التبعة (نظرية المخاطر)

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة تقوم على أساس فكرة الغرم بالغنم ، فليس من العدل في شيء أن ينتفع الإنسان من ملكه، ويستأثر بمنافعه⁽²⁾ ، ويترك لغيره أن يتحمل مخاطره، فرب العمل يحظى وحده بالأرباح الطائلة التي تنتجها منشأته، مما يفرض عليه في المقابل تحمل المخاطر التي تنتج عن تشغيل هذه المنشأة⁽³⁾، ومن بينها الإصابات التي تلحق بالعمال، وبالتالي يلزم رب العمل بتعويض العامل بصرف النظر عن وقوع خطأ منه أو عدم وقوعه، وبالتالي لا يسمح له بنفي الخطأ أو دفع المسؤولية عنه⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ راجع د. عبد الرحمن حمزة، مرجع سابق، ص 341. د. مصطفى بويكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، ص، 194 و ما بعدها. د. السرحان ، وخاطر ، المرجع السابق ، ص 335. د. غسان محمد مناور أبو عاشور ، المرجع السابق، ص 34 .

⁽²⁾ انظر د. العوجي مصطفى (1996) ، القانون المدني ، ج 2 المسؤولية المدنية ، مؤسسة عمون للنشر والتوزيع ، بيروت ، ص 140.

⁽³⁾ انظر د. هالة الحديثي، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، جبهة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003 م، ص 174-175.

⁽⁴⁾ راجع د. ياسر محمد فاروق المنيوي ، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة ، الإسكندرية ، مصر 2008م ، ص 297.

ويرجع أصل تطبيق هذه النظرية إلى التطور الاقتصادي و استحداث الآلات الميكانيكية في مجال الصناعة التي تلحق بالإنسان مخاطر ليس من اليسير على المتضرر إثبات الخطأ في جانب المسؤول عنها، مما يعني أن إقامة المسؤولية وفقاً لنظرية الخطأ سيؤدي في نهاية المطاف إلى ضياع الكثير من الحقوق، ومن هنا ظهر الاتجاه الذي ينادي بضرورة تأسيس هذه المسؤولية على أساس الضرر وليس الخطأ⁽¹⁾، فالضرر هو الذي يولد الالتزام بالتعويض دون التعويل على ما إذا كان الضرر ناشئاً عن فعل محظور أم لا. فالضرر هو ذاته أساس الضمان مثلما هو الحال في المسؤولية عن المخاطر⁽²⁾. وهذا التأصيل لا يتفق مع الأنشطة الضارة بالبيئة، والتي يصعب في أغلب الأحوال إثبات الخطأ فيها أو هوية المسؤول عنها، فضلاً عن كون هذه الأنشطة هي في غالبيتها أنشطة مشروعة ومرخص بها، ومن هنا جاءت فكرة تطبيق نظرية تحمل التبعة -التي تقيم المسؤولية على أساس الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة، فمن يستفيد من خطر ناشئ عن نشاطه، وجب عليه أن يتحمل تبعته، أي التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا النشاط⁽³⁾. غير أن الأخذ بهذه النظرية من شأنه تعطيل المشروعات الاقتصادية والحد من نشاط الأفراد⁽⁴⁾؛ لأن تطبيقها يؤدي إلى معاقبة صاحب المنشأة عن كل الأضرار سواء كانت يسيرة أم جسيمة، وهو ما يتعارض مع طبيعة المسؤولية التي تقوم بصرف النظر عن كون النشاط الذي أدى إلى هذه المضار خطراً، أم غير خطر⁽⁵⁾. ونحن من جانبنا نرى أن نظرية تحمل التبعة على الرغم من الانتقادات التي وجهت إليها، لها القدرة على التجاوب و التماشي مع التطور التكنولوجي و الصناعي لاسيما في مجال الأضرار غير المألوفة التي قد تقع في إطار علاقات الجوار.

الفرع الثاني: نظرية الإثراء بلا سبب

ذهب الفقيه الفرنسي "كاربونييه"، إلى البحث عن أساس قانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة خارج نطاق الخطأ، وذلك بالنظر إلى الاعتبارات الاقتصادية بين الملكيات المتجاورة وربطها بفكرة

⁽¹⁾ للمزيد، انظر: د. عبد الرحمن حمزة، مرجع سابق، ص 391-400؛ د. فيصل عبد الواحد، مرجع سابق، ص 620.

⁽²⁾ د. سلطان، أنور (1986)، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ن منشورات الجامعة الأردنية، ط1، ص 189.

⁽³⁾ انظر د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 306؛ د. أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 151.

⁽⁴⁾ راجع د. أسماء مكي، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010 م، ص 220.

⁽⁵⁾ انظر، د. عبد الرحمن حمزة، مرجع سابق، ص 350.

الإثراء بلا سبب⁽¹⁾. ومؤدى ذلك أن المالك الذي يلحق بجاره ضرراً غير مألوف يكون قد أثرى نتيجة ممارسة نشاطه، ومن ثم زيادة قيمة ملكيته، إلا أن إثراءه هذا يقابله في الوقت ذاته نقصان في قيمة الملكية التي أصابها الضرر غير المألوف، ومن ثم وجب على المالك محدث الضرر الذي أثرى على حساب افتقار الجار المضروب أن يقوم بتعويضه، وذلك بأن يرد له أقل القيمتين، المقدار الذي أثرى به، أو المقدار الذي افتقر به الجار، تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

لكن تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب تتطلب توافر شروط منها⁽²⁾، أن يكون افتقار الدائن هو سبب إثراء المدين، وتطبيق ذلك على مضار الجوار غير المألوفة، نجد أنه إذا كان من المؤكد أن الجار الذي أصابه ضرر غير مألوف قد افتقر، فليس من المؤكد أن المالك الذي كان مصدر هذا الضرر قد أثرى، وعلى فرض التسليم بأنه قد أثرى، فإنه ليس من الضرورة أن يكون سبب الإثراء هو افتقار الجار المضروب، حين لا تقوم علاقة السببية بين الإثراء والافتقار. كما أن المسؤولية طبقاً لنظرية الإثراء بلا سبب توجب التعويض عن كل ضرر بصرف النظر عن كونه مألوفاً، أو غير مألوف.

الفرع الثالث: نظرية إعادة التوازن بين حقوق الملكية

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى محاولة تأسيس المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على فكرة إعادة التوازن بين حقوق الملكية الواردة على العقارات المتجاورة، وذلك بهدف تحقيق توازن بين حقوق الملكية فيما بين الملاك المتجاورين في المجتمع الواحد، فلو ترتب على استغلال هذه العقارات مضار غير مألوفة تلحق بالعقارات المجاورة، فإن هذه المضار سوف تؤدي إلى إهدار التوازن الذي ينبغي أن يسود بين حقوق الملاك المتجاورين، مما يستدعي إلزام المسؤول بالتعويض دون اعتبار لكونه ارتكب خطأ، أو لم يرتكب، ذلك أن التعويض في هذه الحالة لا يكون مستحقاً على سبيل إصلاح الضرر بحده ذاته، بل لأجل إعادة التوازن بين حقوق الملكية الذي احتل نتيجة أضرار الجوار، التي لا تعد أضراراً تصيب الأفراد، بل أضرار تلحق بحق الملكية ذاته⁽³⁾. غير أن تطبيق فكرة إقامة التوازن بين الملكيات المتجاورة فقط يعني وجوب أن يكون المسؤول عن الضرر، أو المستحق للتعويض مالكاً، وهو ما يتنافى مع طبيعة المسؤولية عن مضار

⁽¹⁾ في هذا المعنى صت المادة (293) من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي، فإن أخذه فعليه رده". د. عبد الرحمن حمزة، مرجع سابق، ص 356؛ د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 703؛ د. مروان كساب، مرجع سابق، ص 164.

⁽²⁾ أنظر: د. عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام "مصادر الحق الشخصي في القانون المدني"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001م، ص 245-246؛ د. نزيه المهدي، مرجع سابق، ص 679؛ د. فيصل عبد الواحد، مرجع سابق، ص 63.

⁽³⁾ انظر د. فيصل عبد الواحد، مرجع سابق، ص 606.

الجوار غير المألوفة، إذ تقوم هذه المسؤولية سواء كان محدث الضرر، أو المستحق للتعويض مالكا، أو مستأجرا، أو منتفعا، أو شاغلا للعقار.

الفرع الرابع: نظرية الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية

ومؤدى هذه النظرية أنه إذا كان القانون قد أعطى المالك حرية التصرف في ملكه كيفما يشاء، إلا أن هذا الحق ليس حقا مطلقا، بل ترد عليه قيود لمصلحة الملاك الآخرين تتمثل في التزامه بعدم الإضرار بجاره، وهو ما نصت عليه المادة (1021) من القانون المدني الأردني. ومتى تم الاستعمال المعتاد، فلن تنهض المسؤولية، لعدم تحقق الضرر. ولكن قد يحدث أحيانا أن يقوم المالك -على الرغم من اتخاذه كافة الاحتياطات اللازمة وحصوله على الترخيص الإداري- باستعمال حقه استعمالا استثنائيا للحصول على فائدة أكبر، فيؤدى هذا الاستعمال إلى إهدار التوازن الذي ينبغي أن يسود بين حقوق الملاك⁽¹⁾ المتجاورين، مما يستدعي إلزام محدث الضرر بالتعويض ليس على أساس أنه قد ارتكب خطأ، وإنما على أساس أن المسؤول يستفيد من هذا الاستعمال الاستثنائي لحق الملكية، فيتحمل تبعه هذه الإفادة، إذ أن الغنم بالغرم. والحقيقة أن الاستعمال غير العادي لحق الملكية يمثل ركن الخطأ في المسؤولية الذي يقوم على الاستعمال الخاطئ والانحراف عن مسلك الشخص المعتاد⁽²⁾.

الفرع الخامس: مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة

ويتلخص مضمون هذا المبدأ في أن الإدارة وهي بصدد قيامها بنشاط مشروع، فقد ينتج من ممارسة هذا النشاط أضرار بالمواطنين الذين يجب عليهم أن يتحملوا هذه الأضرار غير مألوفة، ويجب على جهة الإدارة تعويضهم؛ تحقيقا لمبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة⁽³⁾. غير أن هذه النظرية وإن كانت تصلح أن تكون أساسا للمسؤولية في العلاقة بين جارين، أحدهما شخص عادي، والآخر، صاحب منشأة عامة، فإنها لا تصلح أن تكون كذلك في الحالة التي يكون فيها كلا الجارين شخصا عاديا، كصاحب معمل، ويكون المضرور شخصا معنويا، كمنشأة حكومية مجاورة للمعمل⁽⁴⁾. و يبدو مما تقدم أن المسؤولية القانونية التي تعتمد أساسا لها هي الأكثر انسجاما مع نظرية مزار الجوار غير المألوفة، غير أن الأخذ بها في مجال الأضرار البيئية من شأنه أن يؤدي إلى تراجع في مستوى الأنشطة الصناعية، لإدراك

⁽¹⁾ انظر، د. محمد رمضان، مرجع سابق، ص 93؛ د. فيصل عبد الواحد، المرجع السابق، ص 622.

⁽²⁾ أنظر، د. عبد الرحمن حمزة، مرجع سابق، ص 343؛ د. أبو زيد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 142-143.

⁽³⁾ راجع د. محمد رمضان، مرجع سابق، ص 88؛ د. عبد الرحمن حمزة، مرجع سابق، ص 345؛ د. أبو زيد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 145.

⁽⁴⁾ أنظر، د. محمد رمضان، مرجع سابق، ص 89؛ صابرة بن عثمان، مزار الجوار، رسالة للإجازة على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس 1989/1990، ص 77.

أصحاب المشروعات أن كل ضرر سينشأ عن الأنشطة التي يمارسونها، سيتحملون مسؤوليته، بصرف النظر عن جسامة الأمر الذي ينعكس سلباً على التقدم والتطور الصناعي ، ومن أجل تلافي ذلك لا بد للقاضي أثناء تقديره لجسامة الضرر ، أن يأخذ يتأكد من توافر شروط قيام المسؤولية المدنية .

المطلب الثالث: شروط قيام المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة و التلوث البيئي وآثارها.

نصت المادتان (807) مدني مصري و المادة (1027) مدني أردني ، على أن المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة تقوم على أساس التزام المالك بعدم الغلو في استعمال حقه ، حيث جاء فيهما: "على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار". وهذا يعني أن المالك مقيد بموجب نص هاتين المادتين بعدم الغلو في استعمال حق الملكية إلى الحد الذي يلحق بجاره ضرراً غير مألوف⁽¹⁾ ، فلو تجاوز المالك الحدود التي رسمها له القانون. فلا يعفى من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو حادث مفاجئ، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير، وينتج عن ذلك انتفاء علاقة السببية بين الخطأ و الضرر كما أوضحته المادة (306) مدني يمني .

ومن اجل تقرير مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة لا بد من غلو المالك في استعمال الحق إلى الحد الذي يضر بالجار ضرراً يتجاوز الضرر المألوف ، مع وجود علاقة سببية بين الخطأ (الغلو) والضرر غير المألوف⁽²⁾ ، وهذا ما أوضحته المادتان (1161) ، (1162) مدني يمني⁽³⁾. ويتبين من المواد القانونية أن المسؤولية لا تتحقق إلا إذا توفرت شروط معينة ، نذكرها فيما يلي :

1 - الغلو في استعمال المالك لحقه

الغلو يأتي بمعنى الإفراط ومجاوزة الحد المتعارف عليه بين الجيران ، والمعيار الذي يقاس به الغلو لا ينظر إليه من خلال النظر في سلوك المالك فهو يباشر سلطاته بموجب القانون ، إلا أن هذا الاستعمال إذا خرج عن حدود القانون بمقتضى المادة (1161) مدني يمني ، فإنه يخرج عن دائرة المشروعية لاسيما إذا

⁽¹⁾ يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد: " ويلاحظ أن المادة (807) من القانون المدني الجديد رسمت حداً لحق الملكية فقضت ألا يغلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وأن للجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف، فالخروج عن هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية ، يعتبر خروجاً عن حدود الحق لا تعسفاً في استعماله". أنظر: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 707 هامش رقم(1).

⁽²⁾ راجع د. إبراهيم الهنداوي ، نظرية إساءة استعمال الحق بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، العدالة مجلة قانونية ، تصدر من وزارة العدل و الشؤون الإسلامية و الأوقاف ، العدد الثلاثون ، السنة التاسعة ، أبو ظبي ، الإمارات العربية المتحدة ، 1982م ، ص 13.

⁽³⁾ تقابلها المادة 708 مدني مصري ، م 776 سوري ، م 816 ليبي، م 1051 عراقي .

أُلحق بالغير ضرراً غير مألوف⁽¹⁾ ، وقد لا يرتكب المالك مخالفة للقوانين و اللوائح ومع ذلك قد يرتكب خطأً تقصيري كأن يشعل ناراً في ملكه دون أن يحتاط فتنتقل النار إلى منزل جاره ، فينحرف بذلك عن سلوك الشخص المعتاد ، فإذا تسبب عن هذا الانحراف أضرار لحقت بجيرانه ، وجب عليه تعويض الضرر وفق القواعد العامة للمسئولية التقصيرية.

2. الضرر الذي يبرر مسؤولية المالك أو المتنفع

لا ريب في أن علاقة الجوار ضرورة تقتضي أن يتحمل كل جار قدرًا من الضرر المسموح به ، فليس كل ضرر يصيب الجار يستوجب إذن مسؤولية المالك أو المتنفع ، بل لا بد أن يكون هذا الضرر " فاحشاً " أو غير مألوف⁽²⁾ ، و تبعاً لذلك ليس للجوار أن يسأل جاره عن كل ضرر يترتب على استعماله ؛ لأن ذلك من شأنه أن يغلِّ يد الملاك فتتعطل الملكية ، ومن هنا لا بد من التفرقة بين الأضرار المألوفة والأضرار غير المألوفة ، وتحديد ما إذا كان الضرر مألوف أو غير مألوف يعد من المسائل الموضوعية وفق ما تقضي به (1162) مدني : (للجوار أن يطلب إزالة المضار المحدثة إذا تجاوزت الحد المألوف مع مراعاة الأعراف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الأخر ، والغرض التي خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون طلب إزالة الأضرار). وستتناول عرض الاعتبارات الموضوعية ؛ فيما يلي:

1 - العرف :

العرف السائد قد يختلف باختلاف المكان والزمان ، فما يحدث في الريف يختلف عنه في المدن ، وما يحدث في الأحياء الشعبية يختلف عن الأحياء الراقية ، وما يحدث في النهار يختلف عن الليل ، وفي هذا الشأن، قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: " على المحكمة أن تثبت من العرف الجاري في المدينة الموجود بها العقار موضوع الدعوى إذا كان يعتبر الضرر الموصوف بتقرير الكشف ضرراً مألوفاً بالمعنى

(4) انظر د. توفيق حسن فرج: الحقوق العينية الأصلية مؤسسة الثقافة الجامعية، 1986م ، ص148 - 149 ، د/ محمود جمال الدين زكي: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية القاهرة 1978م ، ص659، د. إسماعيل المحاقري :المرجع السابق، ص459 .

(1) لفظ (الضرر غير المألوف) يجسد حالة الجوار ويتفق مع طبيعة القيد القانوني للملكية الذي يستفاد من نص المادة (1154) مدني يمني والمادة (807) من القانون المدني المصري) كذلك(المادة 1051 ف 1) من القانون المدني العراقي، راجع أيضاً ، د/ رمضان ابو السعود : المرجع سابق، ص52). والضرر الفاحش أو الغير مألوف قد عرفته المادة (1199) من المجلة بقولها " هو كل ما يمنع الحوائج الأصلية ويفوت المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء و يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه " . أما الضرر غير الفاحش فهو الذي يؤدي إلى منع أو تعطيل المنافع التي لا تعتبر من الحوائج الأصلية كسد الهواء ومنع دخول الشمس . وأما سد الضياء بالكلية فهو ضرر فاحش . فإذا احدث رجل بناء فسد بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها بسبب الظلمة فله أن يكلفه برفعه (م 1201مجلة) .

المقصود في المادة المذكورة⁽¹⁾. فما يعد مألوفًا في حي من الأحياء، قد لا يكون مألوفًا في حي آخر ، فرائحة مخلفات الحيوانات، والطيور تعتبر أضرارًا مألوفة بالنسبة لأهل الريف. لكن أهل المدينة لم تجر العادة بينهم على تحمل مثل هذه الأضرار، ولذلك فهي تشكل بالنسبة لهم أضرارًا غير مألوفة .

2- طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر

الجوار الأفقي يختلف عن الجوار الرأسي ، ونظام الفلل يختلف عن نظام الطبقات المتعددة الأدوار، ويجب على القاضي عند تقدير الضرر أن يراعي هذا الاختلاف ، فالعقارات السكنية غير العقارات الصناعية والتجارية⁽²⁾ والعقارات السكنية المجاورة لسكة الحديد يتحمل قاطنوها ما لا يتحمله ساكنو المناطق البعيدة ، كما أن المدن المزدهمة غير الأرياف ، والعقار المعد كمصحة ، أو مستشفى للعلاج، يتأثر استغلاله بدرجة من الضوضاء المتصاعدة من ملك الجار، حتى ولو كانت مما يعتبر في الأصل من قبيل الأضرار المألوفة في هذا الحي⁽³⁾.

3 - الغرض الذي خصص له العقار

العقارات تختلف باختلاف الغرض من إنشائها فالبعض يشيد بناً ليسكن فيه ، فيما البعض الآخر ينشئ عقاراً لينتفع بريعه وثماره ، فمثلاً العقار المخصص كمستشفى أو محل تجاري أو مطعم أو مقهى ، يختلف عن الأحياء السكنية ، ويلاحظ أن تحديد الأضرار لمألوفة ، تقاس وفق المعيار الموضوعي⁽⁴⁾، ولا

⁽¹⁾أنظر: قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 368 / 1985، هيئة خماسية تاريخ 9 / 6 / 1985 م ، منشورات مركز عدالة.

⁽²⁾ نصت المادة (42) من قانون البيئة المصري ((تلتزم جميع الجهات والأفراد عند مباشرة الأنشطة الإنتاجية أو الخدمية أو غيرها خاصة عند تشغيل الآلات والمعدات واستخدام آلات التنبيه ومكبرات الصوت بعدم تجاوز الحدود المسموح لهذا الصوت)).

⁽³⁾ راجع د. عيسى حمادين، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية "دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، عمان، 2005م ، ص 86؛ عبد الرحمان علي حمزة، مرجع سابق ، ص 79.

⁽⁴⁾ تنص المادة (4 / 5) ق ب ي على أن: "تلتزم سلطات الدولة الرسمية والمؤسسات العامة والخاصة الوطنية والأجنبية وكذلك الأفراد عند ممارسة أية أنشطة أو تصرفات أو أفعال أياً كانت طبيعتها بمنح الأولوية لمبدأ وقاية البيئة ورفع التلوث وليس مجرد إزالة الأضرار بعد حدوثها أو التعرض عنها" .

يأخذ القاضي بالظروف الشخصية ، كما لو كان المتضرر مصاب بمرض نفسي أو عصبي ولا يستطيع سببها تحمل تلك الأضرار مع أنها مألوفة بالنسبة للشخص العادي ولا يتضرر منها⁽¹⁾.

فيما ذهب البعض⁽²⁾ إلى الأخذ بالظروف النفسية عند تقدير الضرر مألوفاً وفق المعيار الموضوعي ، لكنه تجاوز الحد المألوف بسبب ظروف شخصية خاصة بمزاج الجار أو مرضه أو عصبيته، فلحقه من ضوضاء عادية ضرر جسيم تضاعف بسبب حالته الخاصة ، فيسأل المتسبب في هذا الضرر ، ويقع الالتزام بعدم الضرر بالجار ضرراً غير مألوف على كل جار سواء كان مالكا للرقبة أو مالكا لحق آخر من حقوق الملكية كحق الانتفاع أو السكنى⁽³⁾.

أثر أسبقية الاستغلال أو التملك في تقدير الضرر:

ثار خلاف بين الفقه القانوني حول مدى تأثير أسبقية استغلال العقار الذي نشأ عنه الضرر في تقدير مسؤولية المالك؟ فذهب رأي⁽⁴⁾ إلى أن الأسبقية في استغلال العقار يعصم من المسؤولية عن الضرر الذي نشأ عن الاستغلال ، فلو بنى شخص منزلاً على أرضه للسكن بجوار مصنع كان قائماً من قبل ، فلا يحق للمحدث البناء اللاحق أن يتضايق من الأضرار أو الضوضاء التي تحدثها آلات المصنع ، فقبوله البناء يعتبر قبولاً منه بتحمل الضوضاء والروائح والأدخنة ، وفي هذا الصدد نصت الفقرة الثالثة من المادة (1051) مدني عراقي على انه : " إذا كان احد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وحدث في جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه"⁽⁵⁾ وهذا يعني أن على المتضرر أن يتخذ من الاحتياطات ما هو كفيلاً بدفع الضرر عنه ، إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد⁽⁶⁾ بحجة أنه يفرض على

⁽¹⁾ د. السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ط دار القلم، ط إحياء التراث العربي ببيروت لبنان ن 1952 م ف429، د. عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني، والقانون المصري ، دار النهضة العربية 1978م ، ف57) ؛ د. إسماعيل المحاقري ، مرجع سابق ، ص 48 ، د/ مأمون الشامي ، حق الملكية في القانون اليمني دار الفكر المعاصر 1992م ، ص 80 .

⁽²⁾ راجع د/ عبد المنعم البدرابي : حق الملكية مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة 1980م ص152، ود.محمود جمال زكي ، المرجع السابق ، ص68 .

⁽³⁾ راجع د.محمد الغشم ، : دروس في حق الملكية في القانون المدني اليمني، دار الشوكاني ، صنعاء 2000م ، ص 40 .

⁽⁴⁾ راجع د. السنهوري ، ج8/ ف431، ص 700 وما بعدها .

⁽⁵⁾ وقد اقتبس المشرع العراقي هذا النص من المادة (1207) من المجلة .

⁽⁶⁾ وهذا المعنى يتعارض مع ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني ، الكتاب الأول ، ص 17 حيث تقول " الحقوق ليست مطلقة وإنما لها حدود حيث يقف كل حق عند حدود الآخرين ، وقد تقدم أن الضرر يجب أن يزال وأن من استعمل حقه استعمالاً لا يقصد باستعماله سوى الإضرار بالغير فهو مسئول ، وإذا كانت المصالح التي يرمي إلى قليلة

الآخرين القبول بنمط معين من الاستغلال الذي رسم خط معالمة الأسبق ، وهروباً من سهام النقد ذهب الفريق الأول إلى القول بالأسبقية الجماعية⁽¹⁾ التي تطبع الحي بطابع معين ، كحي صناعي أو تجاري وفي المثال السابق إذا كان صاحب المنزل قد بنى لاحقاً في حي تجاري أو صناعي فلا يجوز أن يحتج بالمضار غير المألوفة ، ويعد بناؤه في نفس الحي قبولاً منه بتلك الأضرار، وهذا الرأي يتفق التطورات المتلاحقة في الجانب التكنولوجي والفني⁽²⁾ ، وحاجات المجتمعات إلى الحماية من الأضرار الفاحشة ، كما تجدر الإشارة إلى أن مسألة التفرقة بين الضرر المألوف والضرر غير المألوف، هي مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، وفي ذات الشأن، قضت محكمة التمييز اللبنانية أنه: "لا يوجد معيار ثابت وموحد يعين بموجبه الحد الذي يمكن للحار تجاوزه حتى يعتبر تصرفه مضرًا بجاره ضرراً غير مألوف يوجب المسؤولية، مما يجعل هذه المسألة قضية واقعية متروكة لتقدير قضاة الموضوع حسب الظروف الخاصة بكل دعوى"⁽³⁾ و خلاصة القول أن المسؤولية طبقاً للواعد العامة يميزها ركن الخطأ بينما المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة فتقوم دون الحاجة لإثبات الخطأ بمفهومه التقليدي، لأن العنصر الجوهري فيها هو أن يكون الضرر غير مألوف. كما أن المسؤولية عن مضار الجوار تنعقد في حالة الأضرار غير المألوفة، أما بالنسبة للمسؤولية المدنية فلم تشترط درجة معينة من المضار.

أثر الرخصة الإدارية على قيام مسؤولية المالك:

قد يكون الاستغلال الذي قام به المالك مرخصاً به من الجهة الإدارية ، كما هو الحال بالنسبة إلى المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة والتي يستوجب القانون الحصول على ترخيص إداري لإنشائها أو تشغيلها بمقتضى المادة (1174) مدني يعني، وهنا يثور التساؤل عن أثر الترخيص الإداري في قيام مسؤولية

الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة فإنه يكون مسئول عما ينشأ عن ذلك من ضرر راجع : أ.علي حيدر ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج 3، ص 234 - 235

⁽¹⁾ د/ السنهوري : الوسيط ج 8 ص 702 ؛ د. محمود جمال : مرجع سابق ، ص 57، د. جميل الشرفاوي : الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني الكتاب الأول حق الملكية ، دار النهضة العربية القاهرة 1986م، ص 56.55.د. عبد المنعم فرج الصدة : مرجع سابق ، ص 67-68 .

⁽²⁾ راجع المواد 304، 305 في المسؤولية عن الأعمال الشخصية ، والمواد ، 315، 316، 317 في المسؤولية الناشئة عن الحيوان والجماد .

⁽³⁾ أنظر: قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الرابعة، رقم(11) تاريخ 28 شباط 1985 ، مجموعة اجتهادات حاتم، الجزء 187 ، ص 679. نقلاً عن : موفق الشرعة، المسؤولية المدنية عن تلوث البيئة "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، بيروت، 2003م ، ص 61؛ في هذا الشأن راجع : نقض مدني مصري رقم 308 لسنة 58 ق ، جلسة 0 1990/3/15 منشور في مجلة المحاماة المصرية التي تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية مصر العربية ، الجزء الأول ، ابريل ، 1994 ، ص 109 .

المالك عن الضرر الفاحش الذي يسببه لجيرانه ؟ الجواب تكفلت به المادة (1162) مدني يعني والتي اشترطت⁽¹⁾ ، بأن يكون الضرر غير مألوف ، فإذا ما تحقق الضرر بهذا المعنى كان للجار أن يطلب إزالته أو التعويض عنه إذا استحال التنفيذ العيني ، عملاً بنص المادة 337 من القانون المدني اليمني⁽²⁾ .

3-العلاقة السببية بين الخطأ (الغلو) والضرر غير المألوف.

علاقة السببية تعتبر ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر ، فإذا انعدمت هذه الرابطة انعدمت تبعاً لذلك المسؤولية، فليس من المعقول أن يطالب إنسان بتعويض عن ضرر لم يكن هو السبب في حدوثه⁽³⁾. وعلاقة السببية تعد من أدق الأمور في المسؤولية المدنية، ويرجع ذلك إلى ، أن الضرر لا ينشأ عادة عن سبب واحد، بل من عدة أسباب تضافرت جميعها لإحداث الضرر، كما أن الضرر قد يتبعه ضرر آخر، فإذا تتابعت الأضرار، فهل يسأل المدعى عليه عن هذه الأضرار جميعها، أم يسأل عن بعضها فقط ؟

أخذ المشرع المدني اليمني بنظرية السبب المنتج في تفسير العلاقة السببية، حيث اشترطت المادة (351) في الضرر أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار وفق المجرى العادي والمألوف للأمر. وهذا يكفي للدلالة على تبني القانون المدني اليمني لنظرية السبب المنتج لتفسير العلاقة السببية بين الفعل والضرر⁽⁴⁾، في حالة المضار الناتجة عن الجوار الجغرافي ، أما في نطاق المسؤولية المدنية عن مضار تلوث البيئة، فإن إثبات

⁽¹⁾ يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون محققاً ، وأن لا يكون قد سبق التعويض عنه ، وأن يكون شخصياً ، وأن يكون مباشراً ، مع توافر علاقة السببية بين الضرر والفعل الناشئ عنه ، وأن يكون ناشئاً عن مضار الجوار غير مألوفة . د. شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقهاء، ط 1، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2007 ، ص 655 . د. فريدة دحماني، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر ، 2004م ، ص 50 ؛ د.حسن كبيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني "الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998م ، ص 147.

⁽²⁾ راجع د. محمد الغشم : دروس في حق الملكية في القانون المدني اليمني، دار الشوكاني ، صنعاء 2000م ص 41) . وقد نص القانون المدني اليمني صراحة علي ذلك في مؤخره المادة 1162 منها بقوله " ... ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات دون طلب إزالة الأضرار " ويتطابق هذا المعنى مع المادة (807) مدني مصري بقولها: " ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق " . أي دون طلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف " راجع د.عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، ص 11 ؛ د.حسن علي الذنون، الحقوق العينية الأصلية ، ، ف 29 ؛ د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، بغداد 1960، ص 90 .

⁽³⁾ راجع ، د. صاحب الفتلاوي، مرجع سابق، ص 22.

⁽⁴⁾ تقابلها المادة (266) مدني أردني ، راجع د. عدنان السرحان ، د. نوري خاطر ، المرجع السابق ، ف 539 ، ص 445-460.

علاقة السببية بين فعل الملوث والضرر البيئي ليس بالأمر الهين، ويرجع السبب في ذلك إلى الطبيعة الخاصة للأضرار البيئية، فالضرر القابل للتعويض وفق القواعد العامة يجب أن يكون شخصياً، وأن ينال من المتضرر المدعي وأن يمس حقاً من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك بحقه في سلامة جسمه أو ماله أو حرته وحقه في الانتفاع بشيء معين .

أما غالبية الأضرار البيئية فهي توصف بأنها أضرار ناجمة عن تلوث تدريجي متكرر، مما يصعب معه تحديد المصدر الأساسي المسبب للتلوث بشكل دقيق ، فمثلاً إلقاء مواد ملوثة في البيئة البرية يختلف تأثيره عن إلقاءها في بيئة مائية، وهذا بدوره يفرض صعوبات تتعلق بتقدير الضرر لهذه المواد قبل إلقاءها في الماء وبعد إلقاءها فيه، بل إن المواد الملوثة يختلف أثرها بحسب المواد التي اختلطت بها، وبحسب محيط التلوث⁽¹⁾، مما يؤدي إلى صعوبة إثبات العلاقة السببية بين هذا الإلقاء والضرر الحاصل.

وفي مواجهة تلك الصعوبات ذهب الفقه⁽²⁾ بإعطاء القاضي سلطة ، تمكنه من الحكم بالمسؤولية التضامنية⁽³⁾ عندما يكون هناك أكثر من مسؤول تسبب في الضرر ، وقد أخذ القضاء في فرنسا بمجرد الاحتمال والظن⁽⁴⁾ لإثبات العلاقة السببية بين التلوث والضرر ، فالدليل الاحتمالي على وجود السببية بين الخطأ والضرر كافٍ للقول بقيام المسؤولية، وفي هذا الصدد قبلت محكمة النقض الفرنسية وجود علاقة السببية بين يخرق حاجز الصوت لطائرة عسكرية والضرر الواقع على الأرض، وذلك بمجرد عدم وجود سبب آخر يمكن أن ينسب إليه الضرر⁽⁵⁾. غير أن المسؤول بوسعه أن ينفي عن نفسه المسؤولية بإثبات

⁽¹⁾ راجع ، د. يوسف محمد عطاري، القانون الدولي وتلوث البيئة البحرية بالنفط عرض المشكلة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون الصادرة ، عن الجامعة الأردنية المجلد 33، العدد (1)، 2006م ص80 ؛ د. عيسى حمادين، مرجع سابق، ص 59.

⁽²⁾ انظر، د. . هالة الحديثي، مرجع سابق، ص 148.

⁽³⁾ وفي هذا نصت المادة(310) مدني يماني : " اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض بحسب تأثير عمل كل واحد منهم . واذا كانوا متواطئين على الفعل كانوا متضامنين في المسؤولية"

⁽⁴⁾ مشار إليه لدى د. عدنان السرحان ، حمد خاطر ، المرجع السابق ، ف 529 ، ص 447 - 448 مع المراجع الأجنبية في الهامش رقم (2).

⁽⁵⁾ قضت المحكمة العليا السويدية في 21 أبريل 1981م بقبول السببية الظنية أو الاحتمالية بين إلقاء مواد ملوثة بالمياه وبين موت الأسماك بالتسمم لمجرد افتتاعها بأن احتمال صدق السببية المدعى بها أكبر من احتمال عدم صدقها من المدعى عليه المسؤول عن فعل التلوث. مشار إليه لدى د. أحمد بهجت، المسؤولية المدنية عن الفعل الضار بالبيئة "دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي"، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص 68. ؛ وهو بدوره يرى أن مسلك سيودي إلى التشديد على المسؤولية عن التلوث البيئي، مما سيؤثر سلباً في العدالة التعويضية.

السبب الأجنبي الذي يقف وراء الضرر كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير ، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك طبقاً للمادة (306) مدني يعني.

أساس المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة والتلوث في التشريع اليمني :

تقوم المسؤولية المدنية عن مزار الجوار غير المألوفة في القانون المدني اليمني على أساس الخطأ الواجب الإثبات وفق المادة (304) ولا تندفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي طبقاً للمادة (306) ، ونص إستثناءً على قيام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس في المواد (311- 314) ، وإزاء التطور الحاصل في قواعد المسؤولية المدنية تبنى المشرع اليمني المسؤولية الموضوعية التي تقوم على أساس الضرر كأساس لمواجهة كثير من مصادر الأضرار البيئية ، والحقيقة أن الأسس السابقة على أهميتها فإنها لا تكفي لاستيعاب كافة الأضرار البيئية ، لذلك نجد أن القانون المدني اليمني قرر انعقاد المسؤولية بناء على نظرية مزار الجوار في المادة (1161) وهذه المادة تعطي صراحة لقاضي الموضوع سلطة إزالة الأضرار ، بشرط أن تكون من قبيل مزار الجوار غير المألوفة ، إلا أن المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة لا تدخل ضمن الخطأ باعتباره خطأ تقصيرياً، وليست تعسفاً في استعمال الحق فقد لا تنطبق على سلوك المالك حالة من حالات التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في القانون المدني اليمني في المادة (17) ، فهو قد لا يقصد من ورائه الإضرار بالغير، بل وقد يثبت أيضاً أنه قد أتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر⁽¹⁾ . ومن هنا يمكننا القول أن نظرية مزار الجوار غير المألوفة تصلح أساساً للمسؤولية المدنية لمواجهة صور مزار الجوار غير المألوفة والتلوث البيئي التي تتنوع وتتعدد نتيجة التطور العلمي واستخدام الآلات الحديثة في مجالات الصناعة وما ينجم من مزار شديدة الخطورة على صحة الإنسان والمجتمع والبيئة .

ومع ذلك يرى بعض الفقه⁽²⁾ أن نص المادة (1161) ليس فيه تقرير لمسؤولية جديدة تختلف عن المسؤولية التقصيرية ، بل تبقى في إطار المسؤولية التقصيرية، غاية ما في الأمر أن تقدير الضرر لا ينظر إليه

⁽¹⁾ راجع ، محمد رأفت عثمان ، التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية و القانون ، مجلة الشريعة و القانون ، القاهرة ، مصر ، العدد الأول دون ذكر سنة النشر ، ص 2 - 4 . د. عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للحق ، دار هومة ، الجزائر ، 2003م ، ص ، 79 - 80؛ عمر فخري الحديثي ، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة - دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2011 ، ص 37؛ إسماعيل كاظم العيساوي، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصود الإضرار بالغير ، دراسة مقارنة ، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد الخامس ، العدد الثالث ، 2009م ، ص 80.

⁽²⁾ أشار إليه د. إسماعيل محمد علي المحاقري : الوجيز في حق الملكية في القانون المدني اليمني ، صنعاء 2007م ، ص

من خلال سلوك المالك إذا كان مخطئاً أم لا عند استعماله لحقه، بل ينظر إلى تقدير ما إذا كان ضرراً مألوف أم غير مألوف (المسؤولية الموضوعية)، فإن كان غير مألوف ، كان ذلك دليلاً كافياً على قيام الخطأ في جانب المالك مما يستوجب مسؤوليته⁽¹⁾ بحسب المادة (304) مدني يعني.

جزاء الضرر الناتج عن الغلو والتلوث البيئي:

إذا توافرت شروط قيام المسؤولية المدنية ، ولم يستطع المسؤول (المدعى عليه) نفي مسؤوليته إثبات أن الضرر راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه ، جاز للمضرور (المدعي) أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها من القاضي الحكم له بالتعويض وفقاً للقواعد العامة ، وينقسم التعويض إلى نوعين، التعويض العيني ويتمثل في إعادة الحال إلى ما كانت عليه⁽²⁾، والتعويض بمقابل⁽³⁾ ، فإذا غالى الشخص معنوياً كان أم طبعياً في استعمال حقه وترتب عن الغلو أضرار غير مألوفة⁽⁴⁾ ، كان الجزاء هو التنفيذ العيني بإزالة تلك الأضرار . وهذا الحكم نصت عليه المادة (1162) مدني يعني بقولها " للجار أن يطلب إزالة المضار المحدثة إذا تجاوزت الحد المألوف ...) ،⁽⁵⁾ وإزالة الضرر الفاحش من فروع القاعدة العامة التي تقضي بأنه " لا ضرر ولا إضرار " (6) . كما نصت أيضاً المادة (337) (من القانون المدني اليمني على التعويض العيني، فجاء فيها: " يجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا إذا كان ذلك ممكناً، فإذا كان ذلك غير مستطاع له جاز للحاكم الحكم عليه بتعويض عادل⁽⁷⁾ " ومصطلح الإزالة يبقى في بعض الأحيان هو السبيل الوحيد لإزالة الأضرار كغلق المنشأة الصناعية، ولا يكون الترخيص مانعاً للحكم بإزالة الأضرار مستقبلاً، بالإضافة إلى إمكانية تعويض

⁽¹⁾ انظر: د. مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، الإسكندرية، مصر، ص، 194 و ما بعدها.

⁽²⁾ إرجاع الحال إلى ما قبل مرتبط بالعقوبة الجزائية في القانون المتعلق بحماية البيئة الجزائري في المادة (102).

⁽³⁾ انظر صور التعويض النقدي وغير النقدي د. عدنان السرحان د. حمد خاطر ، المرجع السابق ، ف 578، ص 487-489.

⁽⁴⁾ أنظر، د. إسماعيل المحاقري : المرجع السابق ص 51 .

⁽⁵⁾ وهو نفس ما ورد في المادة (1051 ف 1) من القانون المدني العراقي بقولها : " والضرر الفاحش يزال سواء كان حديثاً أو قديماً "

⁽⁶⁾ انظر المادة 216 ف 1 مدني عراقي. أما بالنسبة لقانون المخالفات المدنية، فقد خلا هذا القانون من النص على التعويض العيني كوسيلة من وسائل جبر الضرر .

⁽⁷⁾ في هذا الصدد أجازت المادة (1025) من القانون المدني الأردني للجار طلب إزالة البناء الذي أحدثه جاره ليمنع الضوء عنه دفعاً للضرر .

المضروبين عن الأضرار التي لحقت بهم فعلاً⁽¹⁾. وإزالة المضار غير المألوفة قد يتخذ صوراً متعددة يقدرها القاضي ، فقد يرى إلزام المالك باتخاذ احتياطات معينة لإزالة الأضرار⁽²⁾ مثلاً تغيير اتجاه المدخنة للمخبز أو وقف نشاط المصنع في وقت معين⁽³⁾ ، وإذا كانت الإزالة غير كافية لتعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، جاز للقاضي أن يحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار الناشئة في الماضي إذا كان لها مقتضي مع التنفيذ العيني عن الأضرار المستقبلية⁽⁴⁾.

ولما كان التعويض العيني يمكن تصوره في الأضرار العادية فإن أشكال التعويض العيني في مجال البيئة يمكن حصرها في صورتين هما: إعادة الحالة إلى ما كان عليه وصورة وقف⁽¹⁾ النشاط الضار بالبيئة ، أو استبدال أساليب الإنتاج والتقنيات المستعملة، أو منع مزاولة بعض النشاطات الخطرة على البيئة كغلق المصنع أو المنشأة التي تحدث تلوث بيئي.

غير أن التنفيذ العيني بإزالة المضار قد يكون مرهقاً ،وهنا يجوز للقاضي ألا يقضي بالإزالة ويحكم بالتنفيذ بمقابل عن طريق النقدي وفق المادة (333) مدني يعني التي تنص على أنه: (من ثبت عليه الحق لزمه أدائه عيناً أو بتعويض عادل بالقيمة إذا لم يمكن التنفيذ عيناً)⁽²⁾. ويشمل التعويض ما لحق المضروب من خسارة وما فاتته من كسب محقق ، وفي هذا الصدد، قضت محكمة التمييز الأردنية بتعويض المضروبين عما لحق أشجارهم من ضرر بسبب الغبار والدخان المتطاير من مصنع الاسمنت، حيث اشتمل التعويض الضرر الواقع والكسب الفائت، فجاء في قرار المحكمة: "...أما أن شركة الاسمنت قد باشرت في صنع الاسمنت وتشغيل مصانعها بحيث تطاير منها غبار ودخان أضر بأشجار المدعين، فإن الضرر الناشئ عن هذا الفعل الضار يوجب الضمان على الشركة، وبهذا الحال تكون ملزمة بقدر ما لحق المضروب من ضرر، وما فاتته من كسب"⁽³⁾....

أما بخصوص الأضرار البيئية والتعويض عنها، فبالرجوع إلى قوانين حماية البيئة، يبدو لنا واضحاً أن هذه القوانين تكاد تخلو من أي تنظيم قانوني خاص بالقواعد المتعلقة بالتعويض عن المسؤولية المدنية عن

⁽¹⁾ راجع ، د. وعلي جمال، الطبيعة للأضرار الناجمة عن نشاط الملوث البيئي وتأثيرها على قواعد التعويض المدني - دراسة في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2002-2003 م، ص 256.

⁽²⁾ راجع د. دمانة محمد، التعويض العيني عن الضرر البيئي فلسفة التعويض في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية تصدر عن جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد الثاني، العدد 20 ، أكتوبر 2014م ، ص 215 ؛ د. سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004م ، ص 17.

⁽³⁾ راجع د. إسماعيل المحاقري، المرجع السابق ، ص 51 .

⁽⁴⁾ د. السنهوري : مرجع سابق ف 440؛ د. عبد المنعم البدرابي ، ف 90؛ د. محمود جمال زكي : مرجع سابق ، ص 71 .

الأضرار البيئية، وأن غالبية موادها تعالج العقوبات الجزائية التي يمكن إيقاعها بحق كل من يخالف أحكام هذه القوانين.⁽⁴⁾ ومع ذلك، نجد أن بعض هذه التشريعات⁽⁵⁾ تحوي أحياناً نصاً عاماً يقضي بإلزام كل شخص يتسبب بفعله في إحداث ضرر بيئي بدفع تعويض مناسب للمضرور، دون التطرق إلى طرق التعويض عن هذا الضرر وآليات تقديره. ومن ضمنها التشريع اليمني حيث نصت المادة (79) من قانون حماية البيئة اليمني على أن: "كل من تسبب بفعله أو إهماله في إحداث ضرر للبيئة أو للغير نتيجة مخالفة الأحكام الواردة بهذا القانون أو اللوائح أو القرارات الصادرة تطبيقاً له أو للقوانين النافذة يعد مسؤولاً بمفرده أو بالتضامن مع غيره عن جميع التكاليف الناجمة عن معالجة أو إزالة هذه الأضرار، وكذلك بالتعويضات التي قد تترتب على هذه الأضرار، وتشمل عناصر التعويض عن الضرر البيئي ما يلي:

- أ- تكلفة إزالة الضرر البيئي وتنقية البيئة .
- ب- التعويض عن الأضرار التي تصيب الأموال والأشخاص .
- ج- التعويض عن الأضرار التي تصيب البيئة ذاتها وتمنع من الاستخدام المشروع لها سواء كان ذلك بصفة مؤقتة أو دائمة أو تضر بقيمة الجمالية .

غير أن التعويض عن الأضرار التي تصيب البيئة لا يخلو من بعض الصعوبات، نظراً لطبيعتها الخاصة، فهي لا تصيب فرداً في شخصه، أو ممتلكاته، وإنما تصيب الموارد العامة للبيئة، كالماء، أو الهواء، أو التربة، ومن ثم لا يكون من السهل تحديد مقدار التعويض عن عناصر البيئة، ويكون من نتيجة ذلك حرمان المضرورين من التعويض، وهذا كله دفع بعض الدول إلى اعتماد وسائل تساعد في تقدير قيمة التعويض عن الأضرار التي تصيب الأوساط البيئية. وهذه الوسائل هي:

أولاً: طريقة التعويض الموحد

⁽¹⁾ راجع أهم تطبيقات توقيف النشاط في مجال حماية البيئة الجزائري والواردة في المادة (25م ف 2)

⁽²⁾ راجع د. عطا سعد محمد حواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2012م، ص 244.

⁽³⁾ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 87/883 (هيئة عامة)، نقلاً عن د. نايف المذهان، مرجع سابق، ص 295.

⁽⁴⁾ نصت المادة (85) من قانون حماية البيئة اليمني على أنه: "مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في الشريعة الإسلامية والقوانين النافذة واللوائح التنفيذية لأحكام هذا القانون والقوانين الأخرى.. فإن كل شخص طبيعي أو اعتباري قام أو تسبب بتصريف أي مادة ملوثة عمداً في المياه أو التربة أو الهواء في الجمهورية اليمنية فأحدث ضرراً بالبيئة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات مع الحكم بالتعويضات المادية المناسبة" راجع العقوبات الجنائية في المواد (81-84)، والعقوبات المالية (الغرامة) في المواد (84-97)، والعقوبات التكميلية في المواد (57، 82، 102) ومنها المصادرة في المواد (82، 89).

⁽⁵⁾ راجع المادة (76) من قانون البيئة الفلسطيني.

في هذه الطريقة يتم تقدير التعويض بالنظر إلى قيمة الموارد الطبيعية المتضررة، مضافاً إليها النفقات التي تصرف لإزالة التلوث⁽¹⁾، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حصول الفعل الضار بيئياً⁽²⁾، كنفقات تنظيف المواقع عند إزالة بقع النفط، وتتسم هذه الطريقة في كونها تسمح بالتقدير النقدي لثروات طبيعية، إلا أنه يؤخذ عليها أنها تقدر قيمة العناصر الطبيعية كقيمة مادية للانتفاع، أو الاستعمال في ذاته، متجاهلة قيمة وظيفتها في البيئة، ومردودها على الحياة البشرية.

ثانياً: طريقة التعويض الجزائي

في هذه الطريقة، يتم وضع جداول قانونية تحدد ثمن لكل عنصر من عناصر الطبيعة، ويتم حسابها وفقاً لمعطيات علمية يقوم بها متخصصين في المجال البيئي، فيتم مثلاً تحديد ثمن لكل شجرة يتم قطعها، طير يتم اصطياده بمبلغ مقطوع، كأن يزرع عدد من الشجيرات يعادل عدد الوحدات التي أتلقت، وبمعدل يصل إلى 250 شجرة مقابل كل شجرة مقطوعة⁽³⁾.

ث

الثأ: طريقة التعويض المستعار من قوانين الأحياء

تقوم هذه الطريقة على مدى تأثير الضرر البيئي على التكاثر والتناسل لدى الكائنات الحية التي تكون عرضة للتلوث⁽⁴⁾، فهي تركز على عملية التكاثر بحد ذاتها، بمعنى أنه كلما كان جنس الكائن الحي أكثر ندرة، وأكثر تهديداً بالانقراض، كان الضرر البيئي أكبر، وكلما كان الكائن الذي تم إتلافه في طور التكاثر، زاد نقص المنطقة من العناصر الوراثية للكائنات التي تعيش فيه.

⁽¹⁾ أنظر: د.ياسر الميناوي، مرجع سابق، ص 413 - 414 ؛ د. أحمد بهجت، مرجع سابق، ص 165.

⁽²⁾ راجع د. طاشور عبد الحفيظ، نظام إعادة الحال إلى كانت عليه في مجال حماية البيئة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة، أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 1، 2003م، ص 129.

⁽³⁾ انظر، د.نايف المذهان، مرجع سابق، ص 303، وفي ذات الصدد، قررت إحدى المحاكم الفرنسية في 12 / 5 / 1990م، فرض تعويض على أحد المشتتمين في مجال اللحوم بمقدار فرنك واحد عن كل كيلو غرام من المواد الدهنية التي تم رميها بطريقة غير نظامية، وفرنك واحد عن كل وحدة من الأوزون والفسفور المنتشر أكثر من الحد المسموح به. أنظر في ذلك، د.عدنان السرحان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في ضوء أحكام الفعل الضار في القانونين الأردني والفرنسي، مجلة المنارة، المجلد 5، العدد 2، 2000م، ص 126 - 127.

⁽⁴⁾ راجع، د. عدنان السرحان، المرجع السابق، ص 128.

ومن الجدير بالذكر أن قانون البيئة اليمني، خلا من أي تنظيم قانوني لطرق تقدير الأضرار البيئية وآليات تقدير التعويض، الأمر الذي يستلزم تدخلاً من جانب المشرع لتبني نظام خاص بالمسؤولية المدنية عن تلوث البيئة، بما في ذلك الطرق المعتمدة في تقدير الأضرار التي تصيب البيئة ذاتها، وإزاء عجز الوسائل القانونية في مواجهة كافة صور الأضرار البيئية، بدأ العصر الحديث يشهد ظهور أنظمة جماعية لتعويض الأضرار البيئية⁽¹⁾، تتميز عن النظام القانوني للمسؤولية المدنية، سواء من حيث فاعليتها في تغطية الضرر، أو من حيث بساطة وسرعة الإجراءات الخاصة بالحصول على التعويض وإعفاء المضرور من البحث عن المسؤول وإثبات الخطأ في مواجهته، وقد وصفت من قبل البعض بالآليات الاحتياطية أو البديلة لتعويض الضرر البيئي⁽²⁾، والبعض الآخر وصفها بالآليات المكتملة على اعتبار أنها لا تحل محل قواعد المسؤولية بل تدعمها⁽³⁾، والمتمثلة في النظام الخاص بالتأمين⁽⁴⁾ من المسؤولية، بالإضافة إلى صناديق التعويضات⁽⁵⁾، وهناك أيضاً التعويض التكميلي عن طريق استحداث جباية بيئية تهدف إلى تحميل الملوث تكاليف إضراره

⁽¹⁾ انظر، د. عطا سعد محمد حواس، الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص 11.

⁽²⁾ وردت هذه العبارة كالتالي: "A Shift toward Alternative Compensation Mechanisms for Environmental Damage" Michal faure and Albret Verheij, shifts in compensation for environmental damage, Vol. 21, springer Wien, ne w-york, 2011, p 73

⁽³⁾ أنظر: د. نبييلة إسماعيل رسلان، المسؤولية المدنية عن الأضرار بالبيئة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص 125.

⁽⁴⁾ ترتكز نظرية التأمين على فكرة مؤداها أنه من الأفضل توزيع النتائج الضارة لحادثة معينة على جمهور من الأفراد بدلا من أن يتحمل فرد واحد هذه النتائج، وتهدف هذه النظرية إلى توفير الأمان في مواجهة خطر معين، وعليه يعتبر التأمين من المسؤولية المدنية بمثابة آلية مكتملة لنظام المسؤولية المدنية من شأنه توفير تعويض كاف للمضرور وإصلاح وضعه المالي. راجع د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، طبعة نادي القضاة، 1991م، ص 7؛ د. نبييلة إسماعيل رسلان، التأمين ضد أخطار التلوث، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص 21. والمتتبع للقواعد المنظمة لعقد التأمين في لقانون اليمني أنها لم تنظم صراحة التأمين من المسؤولية عن الأضرار البيئية الناجمة عن التلوث.

⁽⁵⁾ نظام صناديق يهدف إلى التعويض عن أضرار البيئة في الحالات التي يصعب فيها التعرف على محدث الضرر أو لتجاوز التعويضات قدرات المسؤول المالية أو لصعوبة التقاضي وتعدد إجراءات الدعوى كمحاولة لتكملة العجز الذي يعتري الآليات التعويضية المتمثلة في المسؤولية المدنية والتأمين عن الأضرار البيئية. راجع د. نبييلة إسماعيل رسلان، التأمين ضد أخطار التلوث، مرجع سابق، ص 180.؛ د. محمد سعيد عبد الله الحميدي، مرجع سابق، ص 656.

بالبيئة⁽¹⁾، وقد وصف هذا النظام الأخير بـ "نظام التعويض التلقائي" لضحايا التلوث. « un dimension automatique» مع تأسيس هذا التعويض على مبدأ الملوث الدافع⁽²⁾.

ولقد أشار المشرع اليمني إلى التأمين من المسؤولية المدنية في الباب الخاص بعقود التضامن الاجتماعي في المواد (1065-1095) مدني يعني وكل الحوادث التي جرى العرف بها وتلزم القوانين الخاصة على التأمين ضدها ، و ألزمت المادة (67) من الفصل الثاني من قانون حماية البيئة اليمني كل مالك مركب يحمل مواد ملوثة من وإلى موانئ الجمهورية اليمنية بتقديم شهادة تأمين أو سند تعويض أو أي تعهد آخر بمسؤولية مالية تنال موافقة الجهة المختصة وفقاً لأحكام هذا القانون والقوانين النافذة والاتفاقيات الدولية . كما أعطت المادة(81) من قانون حماية البيئة اليمني الجهة المختصة حق إلزام المشاريع القابلة لإحداث الضرر البيئي بتقديم ضمانات مالية تكفي لتغطية الأضرار المحتملة ، لكن تقديم الضمان على نحو ما سلف ذكره في المواد أعلاه غير كافٍ لمواجهة الأضرار البيئية ، وهذا أمر يقودنا إلى البحث عن تطوير نظام التأمين بما يتناسب مع خصوصية هذه الأضرار البيئية بداية من النص على إلزامية التأمين في قانون البيئة، ويكون ذلك في شكل شرط وإلزام لكل صاحب منشأة ملوثة بضرورة إبرام عقد تأمين ضد خطر مسؤوليته عن أضرار التلوث، ونفس الأمر عند تجديد الترخيص لكل نشاط مهما كان نوعه سواء كان خاضعاً لدراسة الأثر البيئي أم لا تطبيقاً للفقرة 9 من المادة(4) والتي تنص على ما يلي : " كل من أحدث ضرراً بالبيئة يتحمل مسؤولية جميع التكاليف الناجمة عن إزالة الضرر ، فضلاً عن التعويض عنه" كما ينبغي توسيع الأضرار القابلة للتأمين لتشمل الأضرار التي تلحق بالحيث البيئي والناجمة عن هذه الكوارث.

⁽¹⁾ونقترح على المشرع اليمني فرض رسوم وضرائب على المنشآت الصناعية والتجارية لمواجهة أضرار التلوث البيئي تطبيقاً لمبدأ التلوث الدافع إعمالاً لمبدأ التضامن في تحمل التكاليف . د. عمرو محمد السيد الشناوي، تقويم الضريبة كأداة لسياسة حماية البيئة - دراسة حالة مصر، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، العدد التاسع والأربعون، أبريل 2011م ، ص 402 .

⁽²⁾ أمام ضعف وسائل التعويض عن الأضرار البيئية وبالنظر إلى الآثار السلبية التي يخلفها النشاط الملوث، فكرت الدول إشراك الصناعيين في الحد من الأضرار التي تحدثها أنشطتهم بالبيئة، بواسطة مبدأ الملوث الدافع الذي يعني أن يدفع الملوث تكاليف إضراره بالبيئة. أنظر، تعريف الملوث الدافع في المادة (7 /3) من قانون حماية البيئة الجزائري راجع أيضاً ؛ د. محمد سعيد عبد الله الحميدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة البحرية والطرق القانونية لحمايتها وفقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م ، ص. 389 ؛ د. زيد المال صافية، حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي، أطروحة دكتورة، كلية الحقوق جامعة. مولود معمري - تيزي وزو، 2013م ، ص. 538 وإيماناً من المشرع اليمني بأهمية المبدأ فقد نص عليه في المادة (51) من قانون حماية البيئة بقولها : "تتحمل الدولة تغطية النفقات المباشرة أو غير المباشرة التي تنشأ عن التدابير المنصوص عليها في المادة السابقة ، وعلى الجهة المختصة استرداد هذه النفقات بالطرق الإدارية من المخالف أو من خلال دعوى قضائية "

خاتمة:

بفضل الله توصلنا من خلال البحث لمجموعة من الاستنتاجات ، والتوصيات وبعض المقترحات
نحملها في التالي:

أولاً : الاستنتاجات.

تناولنا في المبحث الأول مفهوم الجوار بمعناه العام ليستوعب المتجاورين الملاك والمنتفعين المتلاصقين والساكين في المحيط الجغرافي ، وأوضحنا بأنه ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، و تنعقد مسؤولية الجار فقط عن مضار الجوار غير المألوفة ، وبالأخص الضرر البيئي الناتج عن تلوث البيئة ، والذي لا يقتصر أثره السلبي على البيئة فقط ، وإنما تمتد آثاره إلى الإنسان ، وتطرقنا للأضرار الفاحشة ، و التي يأتي في مقدمتها المضار الناتجة عن علاقات الجوار بين الأشخاص ، وهناك الأضرار الناتجة عن التلوث البيئي بصوره المختلفة كما بينا في محله ، وفي إطار محاولتنا لتكليف المسؤولية المدنية أشرنا في المبحث الثاني إلى أن المسؤولية المدنية التقصيرية تقوم طبقاً للقواعد العامة على أساس الخطأ الواجب الإثبات، وهي القاعدة التي كرسها المشرع في المادة (304) مدني بجني ، وانتهينا إلى أن تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية عن الفعل الضار على الأضرار البيئية غير المألوفة يؤدي في بعض الأحيان إلى ضياع حقوق المضرورين في الحصول على تعويض عن الضرر الذي يلحق بهم، فلا يمكن اعتبار كل الأضرار البيئية التي يشكو منها الجيران ناتجة عن الانحراف في السلوك المألوف، بل قد يتخذ الجار كافة الاحتياطات اللازمة ويلتزم القوانين واللوائح، ومع ذلك ينتج عن ممارسته لحقه أضرار غير مألوفة تلحق بجيرانه ؛ ومن أجل توسيع دائرة المسؤولية المدنية وأورد المشرع استثناءات على الخطأ الواجب الإثبات، فاعتبر الخطأ مفترض في المسؤولية الناشئة عن حراسة الأشياء بموجب المادة 317 ق م ي ، وهذه الأسس على أهميتها فإنها لا تكفي لاستيعاب كافة الأضرار البيئية ، و بالتالي عجزها عن الاستجابة لتطلعات الجار المضرور لاسيما من حيث اعتمادها على الخطأ أساساً للمسؤولية، و هذا على عكس المسؤولية القانونية التي تعتمد على الضرر أساساً لها والتي يمكن للجار المضرور الاعتماد عليها في مواجهة الجار المسئول ، كما تطرقنا إلى أن المشرع اليمني قد منح نظرية مضار الجوار غير المألوفة المنزلة الجديدة بما بعد أن أحاطها بمبدأ عام مفاده " على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"، و بالإضافة إلى ذلك نجد أنه قد ميز بين " مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها" و التي تحول دون مطالبة الجار للمالك بالتعويض، و بين " المضار التي تجاوزت الحد المألوف" التي يجوز للجار المطالبة بإزالتها. في المادتين (1161 - 1161) ويمكن الاعتماد عليها كأساس قانوني للمطالبة بالتعويض عن مضار الجوار غير المألوفة والتلوث البيئي ، وأوضحنا أن التعويض العيني بإعادة الحال إلى ما كان عليه يمثل العلاج البيئي الوحيد الأكثر ملائمة لهذه الأضرار ، غير أن الحكم به ليس دائماً ممكناً ، ومن ثم لا يكون أمامه سوى

الحكم بالتعويض النقدي، وحتى بالنسبة للتعويض النقدي، قد يجد القاضي أن المسؤول عن الضرر معسراً ؛ ولمواجهة ضعف الأسس القانونية للمسؤولية المدنية اقترحنا على المشرع اليمني ضرورة الاستفادة من الآليات الاحتياطية أو المكملة للتعويض عن الضرر البيئي المعمول بها في بعض البلدان ، والمتمثلة في التأمين على المسؤولية المدنية ، واعتماد صناديق التعويضات عن طريق استحداث جباية بيئية تهدف إلى تحميل الملوث تكاليف إضراره بالبيئة، والتي رأينا أنها تتوافق مع نص المادة (81 ، 79) من قانون حماية البيئة اليمني ، والتي أعطت الجهات المختصة حق إلزام المشاريع القابلة لإحداث الضرر البيئي بتقديم ضمانات مالية تكفي لتغطية تكلفة إزالة الضرر البيئي وتنقية البيئة ، و التعويض عن الأضرار التي تصيب الأموال والأشخاص . وهكذا يمكن أن نتوصل إلى أن مساهمة نظام المسؤولية المدنية التقصيرية في التعويض عن الأضرار البيئية يبقى محدود جداً، الأمر يستوجب إصلاحه وتدعيمه بآليات حديثة تتناسب مع خصوصياتها وتمييزها عن الأضرار العادية ، كما أن قواعد المسؤولية المدنية الحالية لم تعد قادرة على احتواء كافة صور منازعات الجوار خاصة في ظل التطور لتكنولوجي و النهضة الصناعية.

ثانياً : التوصيات والمقترحات

1- ضرورة تطوير وتحديث قواعد المسؤولية المدنية لتتلاءم مع الطبيعة الخاصة للأضرار البيئية سواء تعلق الأمر بشروط الفعل المسبب للضرر أو بالنسبة للضرر ومفهوم علاقة السببية بينهما، دون التمسك بحرفية المفاهيم التقليدية لعناصر هذه المسؤولية، ويتحقق هذا التحديث من خلال وضع تشريع خاص بأحكام المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، و هكذا يصبح الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية متعلقاً بالحالات التي لم تتناولها الأحكام الخاصة بهذه المسؤولية.

2- وضع أحكام للتعويض عن هذه الأضرار البيئية وأساليب تعويض الأضرار البيئية في إطار القانون البيئي لاسيما في ظل نقص إن لم نقل غياب المعايير التي يستند إليها القاضي المدني لتقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب الموارد الحيوية للبيئة، كما نرى ضرورة تبني المشرع اليمني نصوص خاصة تنظم مسألة تقادم دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في إطار قانون البيئة، وربط هذه المدة بتاريخ واحد وهو تاريخ ظهور الضرر أو تاريخ تفاقمه، وليس من تاريخ الفعل المنشئ له، إذ أن من شأن ذلك توفير حماية أكثر للمضرور وللبيئة ذاتها.

3- نرى ضرورة تطوير نظام التأمين بما يتناسب مع خصوصية الأضرار البيئية بداية من النص على إلزامية التأمين في قانون البيئة، ويكون ذلك في شكل شرط وإلزام لكل صاحب منشأة ملوثة بضرورة إبرام عقد تأمين ضد خطر مسؤوليته عن أضرار التلوث، ونفس الأمر عند تجديد الترخيص لكل نشاط سواء كان خاضعاً لدراسة الأثر البيئي أم لا تطبيقاً ، كذلك نرى أهمية تضمين قانون حماية البيئة الآليات

الاحتياطية والمكاملة لمواجهة الأضرار البيئية الناتجة عن استمرار التطور التكنولوجي والصناعي ، واعتماد نظام صناديق حماية البيئة عن طريق فرض رسوم وضرائب على المنشآت الصناعية والتجارية لمواجهة أضرار التلوث البيئي تطبيقاً لمبدأ التلوث الدافع وتحقيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المعاجم اللغوية

لسان العرب، لإبن منظور، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.

المصباح المنير للعلامة : احمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - المطبعة الأميرية بالقاهرة سنة 1922م.

المعجم الوسيط للعلامة إبراهيم أنيس ورفقاه ، الجزء الأول ، ط 2، القاهرة ، 1661م.

ثانياً : المراجع الإسلامية (التفسير والحديث)

تفسير المنار ، د.محمد رشيد رضا ، ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، مصر ، 1990 ، ج 5.

التفسير الواضح - د. محمد محمود حجازي ، الجزء الحادي والعشرون سنة 1978م.

الجامع لأحكام القرآن للعلامة ابو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي ، الجزء الثاني عشر ، الطبعة الأولى ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2004م.

صحيح البخاري ، كتاب الأدب ، باب الوصاية بالجار ، تحقيق محمد زهير بن ناصر، ط 1 ، دار طوق النجاة (د. م . ن 1422 هـ ، ج 8 حديث رقم 6014.

صحيح مسلم ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، باب تحريم النظر في بيت الغير ، رقم الحديث (43-2158).

سنن ابن ماجة القزويني ، الطبعة الأولى ، دار السلام ، الرياض ، 1999 ، رقم الحديث (3674).

مسند الإمام احمد ابن حنبل ، كتاب الأحكام باب ما يضر الجار من بني بقره ، دار ابن حزم بيروت لبنان الطبعة الأولى / 1422 هـ 2001 م رقم الحديث (2341) .

ثالثاً : الكتب القانونية العامة

- د. العوجي، مصطفى (1996م) ، القانون المدني ، الجزء الثاني ، المسؤولية المدنية ، الطبعة الاولى ، لبنان، بيروت، مؤسسة بحسون .
- د. العرعاري، عبد القادر (2011م) ، مصادر الالتزامات ، الكتاب الثاني المسؤولية المدنية ، الطبعة الثالثة ، المغرب، الرباط، دار الأمان.
- د. السرحان، عدنان إبراهيم ، د. خاطر، نوري همد (2008م) ، شرح القانون المدني (الحقوق الشخصية) ، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة .
- د. السنهوري، عبد الرزاق (1998م) ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال" ، ج 8 ، ط 3 ، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية.
- د. الذنون ، حسن (2002م) ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الأردن، دار وائل للنشر.
- د. الفار ، عبد القادر (2001م) ، مصادر الإلتزام " مصادر الحق الشخصي في القانون المدني" ، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- د. زكي ، محمود جمال الدين (1978م) ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، القاهرة.
- د. الطباخ ، شريف (2007م) ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه، ط 1 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- د. الشرقاوي ، جميل (1986م) ، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني الكتاب الأول حق الملكية ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- د. الشامى، محمد بن حسين (1435هـ / 2014م) ، النظرية العامة للالتزامات ، ج2، أحكام الإلتزام ، الطبعة العاشرة، صنعاء، دار الجيل الجديد .
- د. الشامى ، مأمون (1992م) ، حق الملكية في القانون اليمني ، دار الفكر المعاصر.
- د. الغشم ، محمد (2000م) ، دروس في حق الملكية في القانون المدني اليمني، صنعاء، دار الشوكاني.

- د. سوار ،محمد وحيد الدين(1993 / 1994م) ، شرح القانون المدني "الحقوق العينية الأصلية" ، سوريا، منشورات جامعة دمشق.
- د. الصدة ،عبد المنعم فرج(1978م)، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني، والقانون المصري ، دار النهضة العربية.
- د. كيرة ،حسن (1998م)، الموجز في أحكام القانون المدني "الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها" ، الإسكندرية، منشأة المعارف.
- د. شهيدة ، قادة(2007م) ، المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، مصر، الإسكندرية ، الأزاريطة، دار الجامعة الجديدة.

رابعاً : الكتب القانونية المتخصصة

- د. الحميدي ،محمد سعيد عبد الله(2008م) ، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة البحرية والطرق القانونية لحمايتها وفقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، الإسكندرية دار الجامعة الجديدة .
- د. سعد ،أحمد محمد(2007م) ، استقراء المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، القاهرة، دار النهضة العربية.
- د. الميناوي ،ياسر(2008م) ، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، مصر ، دار الجامعة الجديدة.
- د. عبد الواحد ،فيصل(1988 / 1989م) ، أضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية عنها، مصر ،مكتبة سيد عبدالله وهبة.
- د. حمزة ،عبد الرحمان علي(2006م) ، مضار الجوار غير المألوفة و المسؤولية عنها ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مصر، القاهرة، دار النهضة العربية .
- د. حيدر ،مراد محمود حسين(2009م) ، التكييف الشرعي والقانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة (دراسة تحليلية وتأصيلية) مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية .

- د. الدريني ، فتحى(2008م) ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، لبنان، بيروت، مؤسسة الرسالة .
- د.سلوى ، توفيق باكير(2001م)، الحماية الجنائية للبيئة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ، (د ط) ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- د. رمضان ،محمد(1995م) ، المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية" ، ط 1، عمان، دار الجيب للنشر والتوزيع.
- د. الفار ،عبد الواحد محمد(1985م) ، الإلتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من التلوث في ضوء اتفاقية الامم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 ، القاهرة ، دار النهضة العربية.
- د. فاضل ،سمير محمد(1976م) ، المسؤولية الدولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الطاقة النووية وقت السلم ، القاهرة ، عالم الكتب .
- د. قمصان ،محمد ناصف (يوليو1991م)، أبعاد التلوث الإشعاعي للبيئة الناتج عن استخدامات الطاقة النووية ، عالم الفكر .
- د. محمدين ، جلال وفاء (2001م)، الحماية القانونية للبيئة البحرية من التلوث بالزيت، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر .
- د. احمد ،سيد عاشور(2006م) ، التلوث البيئي في الوطن العربي واقعه وحلول معالجته ، الطبعة الأولى ، دون ذكر الناشر ومكان الطبع.
- د. البزاز ،احمد محمد(2006م) ، حماية البيئة البحرية ، دراسة في القانون الدولي ، الإسكندرية ، منشأة المعارف .
- د. القطب ،محمد محمد(2014م) ، المسؤولية الناشئة عن أضرار الدواء ، مصر ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة.
- د. خراشي ،عادل عبد العال(2007-2008م) ، جريمة التلوث الضوضائي وموقف الفقه الإسلامي منها ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، دون ذكر مكان الطبع .
- د. الحديثي ،هالة صلاح(2003م) ، المسؤولية المدنية الناجمة عن تلوث البيئة، الأردن، جهينة للنشر والتوزيع.

د. سلطان ،ناصر(2005م) ، المسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات ومقارنة بالقانون المدني المصري، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية.

د. حواس ،عطا سعد محمد(2011م) ،المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الحوار دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة .

د. حواس ،عطا سعد محمد(2012م) ، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث ، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

د. حواس ،عطا سعد محمد(2011م) ، الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

د. الحديثي، عمر فخري(2011م) ، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإيذاء - دراسة مقارنة ، الأردن ، عمان، دار الثقافة للنشر و التوزيع .

د. قنديل ،سعيد السيد(2004م) ، آليات تعويض الأضرار البيئية دراسة في ضوء الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر.

د. رسلان ،نبيلة إسماعيل(2007م) ، المسؤولية المدنية عن الأضرار بالبيئة، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة.

د. رسلان ،نبيلة إسماعيل(2007م) ، التأمين ضد أخطار التلوث، ، الإسكندرية ،دار الجامعة الجديدة.

خامساً : الرسائل العلمية الجامعية

د. دحماني ،فريدة(2004) ، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر، تيزي وزو، فرع قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري.

د. صافية ، زيد المال(2013م) ، حماية البيئة في اطار التنمية المستدامة على ضوء أحكام القانون الدولي، أطروحة دكتوراة، تيزي وزو، كلية الحقوق جامعة مولود معمري.

د.بوفلحة، عبد الرحمان(2016/2015م) ، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية و دور التأمين، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، تلمسان ،جامعة أبو بكر بلقايد.

- د. عبد العزيز، إيهاب علي محمد (2012/2011م)، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، بحث مقدم استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط.
- د. المذهان، نايف (2006م)، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في القانون الأردني - والقانون المقارن، رسالة دكتوراة غير منشورة، عمان، العلياء، جامعة عمان العربية للدراسات.
- د. مكّي، أسماء (2010م)، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق.
- د. بن عثمان صابرة (1990/1989م)، مضار الجوار، رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، تونس، كلية الحقوق و العلوم السياسية.
- د. حمادين، عيسى (2005م)، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار البيئية "دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري"، رسالة ماجستير غير منشورة، عمان، جامعة آل البيت.
- د. جمال، وعلي (2003-2002م)، الطبيعة للأضرار الناجمة عن نشاط الملوث البيئي وتأثيرها على قواعد التعويض المدني - دراسة في التشريع الجزائري والقوانين المقارنة، مذكرة ماجستير، تلمسان، جامعة أبي بكر بلقايد.

سادساً : المجالات والدوريات والندوات

- د. عبد الباقي، أبو زيد (1983م)، تحديد الأساس القانوني للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة "دراسة تحليلية انتقادية في القانون لمقارن وفقه الشريعة الإسلامية"، العدد الأول، مجلة الحقوق.
- د. الشناوي، عمرو محمد السيد (أبريل 2011م)، تقويم الضريبة كأداة لسياسة حماية البيئة - دراسة حالة مصر، مجلة البحوث القانوني والاقتصادية، العدد التاسع والأربعون، مصر.
- د. يحيى ياسين و د. خالد سلمان جواد (2014م)، الطبيعة الخاصة للضرر البيئي وأثرها في قيام المسؤولية الدولية، العدد 23، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية.
- د. محمد، دمانة (أكتوبر 2014م)، التعويض العيني عن الضرر البيئي فلسفة التعويض في التشريع الجزائري، العدد 20، المجلد الثاني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية تصدر عن جامعة زيان عاشور بالجللفة.

- د. العيساوي، إسماعيل كاظم (2009م) ، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير ، دراسة مقارنة ، العدد الثالث، المجلد الخامس المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية.
- د. الفتلاوي، صاحب (2001م) ، دور المسؤولية المدنية في حماية البيئة من التلوث في ضوء التقدم العلمي والتقني،، العدد2، المجلد 8 ،مجلة البلقاء للعلوم الإنسانية والاجتماعية.
- د. السرحان، عدنان (2000م) ، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في ضوء أحكام الفعل الضار في القانونين الأردني، والفرنسي، العدد2 ، المجلد 5،مجلة المنارة.
- د. خيرة، عبد الصدوق (2016م) ، أثر المواد البلاستيكية على الإنسان و البيئة ، جوان،، العدد السادس، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية ، دورية علمية محكمة تصدر عن مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي.
- د. عبد الحفيظ، طاشور (2003م) ، نظام إعادة الحال إلى كانت عليه في مجال حماية البيئة، العدد1، مجلة العلوم القانونية والإدارية،، أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق جامعة 129.
- د. الخزاعي، مالك جابر حميدي (2009م)، إساءة استعمال الحق خطأ تقصيري يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه ، العدد 20 ، المجلد 17 ،العراق ،مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية.
- د. النوايسة، باسل (2011م) ، أثر التطور التكنولوجي على أحكام مضار الجوار غير المألوفة دراسة مقارنة، العدد1، لمجلد 3، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية.
- د. الزرقا، محمد (أبريل 2000م)، ندوة التلوث البيئي وتأثيره على التنمية بمحافظة أسيوط ، الصندوق الاجتماعي للتنمية بالاشتراك مع مركز الدراسات والبحوث البيئية ، جامعة أسيوط .
- د. رأفت، وحيد فكري (يناير 1939م)، مسؤولية الإدارة عن أعمالها امام القضاء ، العدد الأول، السنة التاسعة ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة
- د. الجياشي، اسعد فاضل مندبل (2010م) ، دراسة قانونية بالأضرار الناتجة عن أبراج الهواتف النقالة ، العدد الثالث، السنة الثانية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق التي تصدرها كلية القانون - جامعة كربلاء .

د. الهنداوي، إبراهيم (1982م) ، نظرية إساءة استعمال الحق بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، العدد الثلاثون ، السنة التاسعة، الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، العدالة مجلة قانونية ، تصدر من وزارة العدل و الشؤون الإسلامية و الأوقاف.

سابعاً : المراجع الأجنبية

- Petit Larousse en couleurs, Paris 1972. p 980 et 981. Larousse de langue française. Lexis .Paris 1977, p 1925 . Petit Larousse Illustré. 1985. p1073.

-Catherine Elliott and Frances Quinn Series ,Tort of law , seventh edition , case navigator powered by lexis Neixs, p,96.

-Abdel Aziz Abdel Hady. L'action juridique international Contre la pollution atmospherique. Doctorat d'etat Soutine de l'universite de lyon. france (1981) pp. 14 -15.

- Rapport sur la recherche sur la pollution du milieu et, les. mesures destinies a la combater ONU, Conseil Economique. Social E4073. 10 Juin 1965. p 54.

-Michal faure and Albret Verheij, shifts in compensation for environmental damage, Vol. 21, springer Wien, new- york, 2011, p 73.

ثامناً : القوانين

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 ،

القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م.

القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.

القانون المدني الجزائري رقم (75) /58 لسنة 1975م

قانون حماية البيئة المصري رقم (4) لسنة 1994 م .

قانون حماية البيئة العراقي رقم (27) لسنة 2009م.

قانون حماية البيئة الكويتي رقم (62) لسنة 19980 وتعديلاته.

قانون حماية البيئة الأردني رقم (6) لسنة 2017م.

قانون حماية البيئة الجزائري رقم (3 / 0 10) لسنة 2003م.

قانون حماية البيئة اليمني رقم (26) لسنة 1995م.

شرط الشهر المسبق : لدعوى بطلان السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

الاستاد . لزرق بن عودة

استاد بجامعة وهران 2- الجزائر

ملخص

إن مباشرة دعوى البطلان و كذا الإستمرار في إجراءاتها تستلزم من رافعها ضرورة شهر عريضتها الإفتتاحية . و من ثم يثور التساؤل حول مدى إعتبار شرط الشهر المسبق لعريضة إفتتاح دعوى بطلان سند توثيقي مثبت للملكية العقارية قيذا شكليا لقبولها ؟
إنّ الإجابة على التساؤل المطروح تستلزم منّا أولاً حصر العرائض الإفتتاحية للدعوى العقارية الواجبة الشهر وفقا للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و كذا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

Résumé

L'action en nullité , ainsi que sa procédure, oblige celui qui l'intente a publier la requête introductive, donc la question qui se pose est la suivante : la publicité préalable, de la requête introductive est elle une condition de recevabilité en la forme pour répondre a cette question il faut dénombrer les actions qui devaient être publier, en vertu du décret 63-76 et le code procédures civiles et administratives algérien

مقدمة :

تعتبر دعوى البطلان الممارسة ضد سند توثيقي مثبت لحق الملكية العقارية من أخطر الدعاوى العقارية كونها تُنهي أثر التصرف الوارد على العقار ، و بذلك فهي تمس و بصفة مباشرة بمصلحة المتصرف و المتصرف إليه ، لذلك كان لزاما على المشرع أن يتدخل لإحاطتها بإجراءات شكلية صارمة لقبولها من طرف القضاء .

هذه الإجراءات الشكلية تتمثل في الشهر المسبق لعريضة رفع الدعوى ، غير أنّ هذا الإجراء (الشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية للدعوى) بات محل خلاف بين الفقه و القضاء المفسرين للنصوص القانونية بين مؤيد و معارض .

إن مباشرة دعوى البطلان و كذا الإستمرار في إجراءاتها تستلزم من رافعها ضرورة شهر عريضة الإفتتاحية . و من ثم يثور التساؤل حول مدى إعتبار شرط الشهر المسبق لعريضة إفتتاح دعوى بطلان سند توثيقي مثبت للملكية العقارية قيدا شكليا لقبولها ؟

إنّ الإجابة على التساؤل المطروح تستلزم منّا أولاً حصر العرائض الإفتتاحية للدعاوى العقارية الواجبة الشهر وفقا للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و كذا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و موقف القضاء منها على إعتبار أنّ القضاء - قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية - ظل متضاربا في أحكامه بين مؤيد و معارض حول مدى إعتبار شرط الشهر المسبق لعريضة إفتتاح الدعاوى العقارية قيدا شكليا لقبولها .

و هو ما يبسطه هذا المقال مجيبا على التساؤل المطروح أعلاه ، عبر نقطتين نراها هامتين الأولى تتعلق بالشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية للدعوى وفقا للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و الثانية تتعلق بالشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية للدعوى وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

أولا : الشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية وفق المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25

مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

بالرغم من أنّ نظام الشهر المطبق في الجزائر هو نظام الشهر العيني ، بإستثناء المناطق التي لم تشملها عملية المسح ، إلا أنّ المشرع لم يأخذ بجميع المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام

خاصة ما يتعلق منها بمبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر⁽¹⁾ **La force probante absolue** و عدم قابلية الطعن في التصرفات المشهورة ، بحيث أجاز بموجب المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، شهر بعض العرائض الإفتتاحية للدعوى العقارية تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " إنّ دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها ، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا

طبقا للمادة 14-4 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل12 نوفمبر 1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار " .
الظاهر من النص أعلاه أنّ عملية شهر العرائض الإفتتاحية لا تمتد إلا للدعوى القضائية التي تنصب على فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض تصرف قانوني وارد على عقار أو حق عيني عقاري مشهر بالمحافظة العقارية ، و قد تم التأكيد على هذا الحصر ضمن أحكام المادة 86 من ذات المرسوم⁽²⁾ .

¹ - بخلاف نظام الشهر الشخصي الذي تجيز الطعن في التصرفات المشهورة بكافة أشكال الطعن ، فإنّ للشهر في نظام الشهر العيني قوة ثبوت مطلقة ، إذ بمجرد قيد التصرف أو الحق العيني في البطاقة العقارية ، فإنّ الحق المشهر يصير حقا ثابتا بشكل مطلق و غير قابل للطعن فيه من طرف الغير ، و ذلك تماشيا مع القاعدة التي تفيد أنّ قيد الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري له أثر منشئ للحق .

- راجع في هذا الصدد تفصيل أكثر ، و بس فتحي ، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة دار هومه ، طبعة 2014 ، ص 158 و ما يليها .

- و في نفس السياق ، حميدي محمد لمين ، نظام تورنس Le système Torrens للشهر العقاري و تطبيقاته في النظام العقاري الجزائري ، دار هومه ، طبعة 2015 ، ص 49 و ما يليها .

² - تنص المادة 86 من المرسوم رقم 76-63 على ما يلي : " إنّ فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغاءها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر ، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل

كما أثار الطرح العام لنص المادة 85 المذكور أعلاه ، تباينا في موقف القضاء بين مؤيد و معارض لفكرة إعتبار شهر العريضة الإفتتاحية قيدا شكليا لقبول الدعاوى العقارية المرفوعة أمامه ، و لكل أسانيد و مبرراته .

و ذلك سأعرض لموقف كلا الإتجاهين من تخلف شرط الشهر المبسق للعريضة الإفتتاحية للدعاوى العقارية .

● الإتجاه القضائي المؤيد للشهر المبسق للعريضة الإفتتاحية للدعوى

لقد كرس هذا الإتجاه التطبيق الصارم لأحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 معتبرا الشهر المبسق للعريضة الإفتتاحية قيدا شكليا لرفع كل دعوى تدخل ضمن الدعاوى العقارية المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 85 المذكورة أعلاه .

و فعلا فقد أدى التطبيق الصارم لأحكام المادة 85 إلى رفض الكثير من الدعاوى القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق لها سندات مشهرة بالمحافظة العقارية بسبب عدم شهر عرائضها الإفتتاحية ، إذ جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16 مارس 1994 ما يلي⁽¹⁾: " من المقرر قانونا أنّ دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها ، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها "

كما قضت في قرار لاحق صادر بتاريخ 24 مارس 2000 جاء فيه ما يلي⁽²⁾: " بدعوى أنّ الدعوى تتعلق بإلغاء عقد شهرة تم شهره في المحافظة العقارية ، و أنّ المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بالسجل العقاري تنص على أنه لا يمكن قبول الدعوى الرامية إلى النطق بإبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها ، إلا إذا تم شهر عريضة رفع هذه الدعوى مسبقا ، إلا أنّ المجلس بقراره المطعون فيه قد فصل في موضوع هذه الدعوى ، في حين كان عليه أن يقضي بعدم قبولها شكلا ، فلم يراعي بذلك الأحكام القانونية المذكورة " .

ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون ، تطبيقا للقانون " .

¹ - قرار م ع غ م ، الصادر بتاريخ 16-03-1994 ، منشور ب م ق لسنة 1995 ، ع 2 ، ص 80 .

² - قرار م ع غ م ، ملف رقم 186606 ، الصادر بتاريخ 24-03-2000 ، منشور ب م ق لسنة 2004 ع خ ، ج 1 ، ص 166 .

و هو نفس الإتهام الذي أخذ به مجلس الدولة في عدّة قرارات له نذكر منها ، القرار الصادر عن الغرفة الرابعة بتاريخ 27 مارس 2000 و الذي من جملة ما قضت به ما يلي⁽¹⁾: " حيث أنّه بالرجوع إلى العريضة الإفتتاحية أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تلمسان يتضح أنّه لم يتم إشهارها طبقا للمادة 85 من المرسوم رقم 76-63 ، و بما أنّ القضية تتعلق بإبطال حقوق عينية عقارية ثابتة بعقود مشهورة و عليه يتعيّن عدم قبول دعوى المستأنف شكلا "

و هو نفس الحكم الذي أخذت به الغرفة الأولى في قرار لها صادر بتاريخ 12 جوان 2000⁽²⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " ففي الدعاوى العقارية و الإدارية المتعلقة بعقار و الرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 ، لقبول الدعوى شهر العريضة الإفتتاحية مسبقا لدى المحافظة العقارية المشهر لديها العقد و هو شرط لقبول الدعوى " . و يبدو أنّ هذا الإتهام قد أسس حكمه على التطبيق الحرفي لنص المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 معتبرا شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى العقارية الواردة في صلب المادة 85 قيدا شكليّا لرفعها مستندا في ذلك إلى عبارة " لا يمكن قبولها " الواردة في نص المادة ، شريطة أن يتم الدفع به من قبل المدعى عليه دون أن تثيره المحكمة من تلقاء نفسها⁽³⁾

¹- قرار م د غ 4 ، ملف رقم 184931 ، الصادر بتاريخ 27-03-2000 ، غير منشور أشار إليه حمدي باشا عمر في مؤلفه القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع ، دار هومه ، الطبعة الثانية عشر 2014 ، ص 243 .

²- قرار م د غ 1 ، ملف رقم 203024 ، الصادر بتاريخ 12-06-2000 ، غير منشور أشار إليه حمدي باشا عمر في مؤلفه القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع ، دار هومه ، الطبعة الثانية عشر 2014 ، ص 243 .

³- و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُراجع القرار م ع غ ع ، ملف رقم : 196021 الصادر بتاريخ 27-09-2000 ، منشور ب م ق لسنة 2004 ، ع خ ، ج 1 ، ص 160 . و الذي جاء فيه ما يلي: " حيث أنّه و بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإنّه يتضح فعلا أنّ قضاة المجلس أسسوا قضائهم برفض دعوى الطاعن الرامية إلى المطالبة بحقوق ميراثية و المرفوعة بتاريخ 14 جويلية 1993 على كون المطعون ضده (ل . ب) إستظهر بعقد شهرة مشهر معدّ في إطار المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 و هي الوثيقة المؤرخة في 05 أكتوبر 1993 التي إستظهر بها هذا الأخير لأول مرة أمام المجلس ، و أمام هذا الوضع دفع الطاعن ببطلان هذا السند ، فردّ المجلس دفعه مثيرا تلقائيا أحكام المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 التي تتطلب شهر عريضة رفع الدعوى في الحالات المحددة في صلب هذه المادة و منها دعوى بطلان العقد المشهر

و حيث و لما كانت هذه المادة وردت لحماية مصالح خاصة ، فإنّ قضاة المجلس بإثارتها تلقائيا قد تجاوزا سلطتهم ممّا يعرض قرارهم للنقض " .

• الإتجاه القضائي الراض للشهر المسبق للعريضة الإفتاحية للدعوى

يبدوا أنّ هذا الإتجاه قد كرس حكمه على تفسير مغاير لحكم المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 إذ لم يعتبر شهر العريضة الإفتاحية قيدا شكليا لرفع الدعوى ، و ينتحل له البعض أسباب هذا التوجه أنّ إجراءات رفع الدعوى أمام القضاء ، و كذا شروط قبولها تدخل ضمن مباحث قانون الإجراءات المدنية و أنّ القضاء لم يجد نصا يستند إليه في قانون الإجراءات المدنية يقضي صراحة بضرورة شهر العريضة الإفتاحية للدعوى محل النزاع ، و من ثمّ وجب إعمال قاعدة تدرج القوانين ، و القاعدة العامة في هذا الصدد أنّه في حالة التعارض بين التشريع الأعلى و التشريع الفرعي ، وجب تطبيق التشريع الأعلى و طرح التشريع الفرعي ، ضف إلى ذلك أنّ شهر العريضة الإفتاحية للدعوى ، إنّما شرّع لحماية و صون مصالح خاصة ، و من ثمّ فإنّ عدم إشهارها ليس من شأنه أن يعود بالنفع على المدعى عليه و لا بالضرر على المدعى⁽¹⁾.

و قد كان لهذا التفسير بالغ الأثر في صدور القرار رقم 130145 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " كما أنّ عدم شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يترتب عليه أي بطلان ، إذ أنّ تطبيق المادتين 13 و 14 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 فقد أحال المشرع تطبيق هاتين المادتين على مرسوم ، غير أنّ هذه الإحالة تتعلق فقط بالمسائل الفنية المتعلقة بكيفية إعداد البطاقات دون المسائل القانونية التي تبقى من إختصاص السلطة التشريعية ، و بناء على أحكام المادة 14 / 04 من الأمر المشار إليه أعلاه ، فقد صدر المرسوم المؤرخ في 25 مارس 1976 رقم 63-76 الذي نص في المادة 85 منه على عدم قبول الدعوى إذا لم يتم إشهارها في المحافظة العقارية ، إذ أنّ إشتراط إشهار العريضة قبل تسجيلها لدى كتابة ضبط المحكمة يعد قيد على رفع الدعوى قد إسحذته هذا المرسوم . لكن المشرع نص على إجراءات رفع الدعوى و شروط قبولها أمام القضاء في قانون الإجراءات المدنية ، و لم ينص على هذا القيد بالنسبة للدعوى العينية العقارية .

و من ثمّ يوجد تعارض بين أحكام قانون الإجراءات المدنية و أحكام هذا المرسوم و تبعا لذلك فإنّه إذا وقع التعارض بين التشريع العادي و التشريع الفرعي ، فيطرح التشريع الفرعي و يطبق التشريع العادي إنّ قبول قضاة الموضوع للدعوى من دون أن يسبق شهر عريضتها في المحافظة العقارية لا يعد خرقا لأحكام القانون " .

¹ - حمدي باشا عمر ، شهر الدعوى العقارية ، مجلة الموثق ، جانفي 2000 ، العدد 09 ، ص 19 .

² - قرار م ع غ م ، ملف رقم 130145 ، الصادر بتاريخ 12-07-1995 ، غير منشور أشار إليه حمدي باشا عمر في مؤلفه القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع ، دار هومه ، الطبعة الثانية عشر 2014 ، ص 245 .

يتضح من خلال عرض أسباب نقض القرار المذكور أعلاه ، أنّ قضاة الغرفة المدنية و بتقريرهم عدم إلزامية شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى العقارية على أساس أنّ مسك البطاقات العقارية هو عمل فني قد جانبوا الصواب ، على إعتبار أن المشرع قد إعتبر السجل العيني كأساس قانوني⁽¹⁾ لنظام الشهر العيني ضف إلى ذلك أنّ من شأن الدعوى العقارية أن تمس بالكيان القانوني و المادي للعقار محل النزاع ، كما قد تغيّر من المراكز القانونية لأصحاب الحقوق المشهورة ، و من ثم كان الواجب إعلام و تنبيه الغير المقبل على التعامل في العقار محل النزاع بحالته القانونية و المادية

أما القول بوجود تعارض بين أحكام المرسوم رقم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري و قانون الإجراءات المدنية ، إنّ هذا القول لا يستقيم طالما أن هذا الأخير - قانون الإجراءات المدنية - لم يحصر الشروط الشكلية لرفع الدعوى .

و عموماً فإنّ هذا القرار أي القرار رقم 130145 ، و بالرغم من أنّه لم يتكرر بشكل حتى يمكن إعتباره إتجاهاً قضائياً مستقراً ، إلاّ أنّ التباين و الإختلاف حول مسألة مدى إعتبار الشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية قيدا شكلياً لرفع الدعوى العقارية بقي قائماً ، إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ثانيا : الشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

بخلاف - قانون الإجراءات المدنية - الملغى ، فقد إستحدث قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تعديلات هامة على الأحكام المنظمة لشهر العرائض الإفتتاحية للدعوى العقارية ، بحيث نصّت المادة 519 منه على أنّه : " ترفع الدعوى أمام القسم العقاري و ينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون ، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها "

و يستشف من النص أعلاه أنّ المشرع قد إعتبر شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى العقارية المتضمنة فسخ أو إبطال أو تعديل أو نقض سندات مشهورة قيدا شكلياً لقبولها ، منهياً بذلك للتضارب الذي كان حاصلًا حول مسألة الشهر المسبق للدعوى العقارية . من ثم يثور التساؤل حول مدى خضوع باقي

¹ - تنص المادة 03 من الأمر رقم 74-75 على ما يلي : " يعد السجل العقاري الوضعي القانونية للعقارات و يبين تداول الحقوق العينية "

الدعاوى التي لم يتم التنصيص ، و التي تشترك في نفس العلة التي دعت إلى إخضاع الدعاوى الأربعة الواردة على سبيل الحصر في صلب المادتين 85 و 519 السالفتين الذكر للشهر المسبق .

أجابت على ذلك المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الثالثة بقولها : " يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية ، إذا تعلقت بعقار و/ أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون ، و تقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية ، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، ما لم يثبت إيداعها للإشهار " (1) .

الظاهر من النص أعلاه ، أنّ المشرع قد ذهب إلى توسيع نطاق الشهر إلى كل العرائض الإفتتاحية للدعاوى القضائية التي يكون موضوع النزاع فيها ملكية عقار أو حق عيني عقاري دون أن يقف عند الحصر المطلق الذي جاءت به المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و يعزز وجهة نظرنا في هذا الطرح ما نصّت عليه المادة 14 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري في فقرتها الأولى و الرابعة و التي أحالت إليها المادة 85 المذكورة أعلاه ، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " تلزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى ما يلي : و بصفة عامة ، كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد و مسجل في مجموعة البطاقات العقارية " يستفاد من تحليل هذه المادة أن المشرع الجزائري قد ألزم من أجل تكوين فهرس عقاري محكم يعكس الوضعية القانونية و المادية للعقار على أرض الواقع ، ضرورة التحيين المستمر للبطاقات العقارية عن كل عملية تغيير أو تعديل تطال العقارات المشهورة .

و تفصيل ذلك ، أنّ كل دعوى عقارية تشكل تهديدا بتغيير وضعية العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهورة ، تستلزم التأشير بها على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل النزاع⁽²⁾ تحت طائلة عدم قبول

¹ - أورد المشرع بالنص العربي للمادتين 515 و 519 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مصطلح التعديل ، و هذا خلاف نصهما باللغة الفرنسية الذي جاء مطابقا للنص العربي و الفرنسي للمادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، بحيث تم التنصيص على نفس الدعاوى ، أي دعوى الفسخ Action En Résolution ، دعوى الإلغاء Action En Annulation ، دعوى الإبطال Action En Révocation ، دعوى نقض Action En Rescision .

² - تخضع العريضة الإفتتاحية للدعوى العقارية لإجراءات الإشهار العقاري لدى المحافظة العقارية الواقع بدائرة إختصاصها العقار محل النزاع ، و ذلك بمقتضى رسم إشهار ثابت يُقدر ب 1000 دج وفقا لما نصّت عليه أحكام الفقرة .. من نص المادة 353 من قانون التسجيل ، و لقبول الإيداع يتوجب على المودع أو وكيله أو محاميه بعد تسجيل الدعوى القضائية بكتابة ضبط المحكمة المختصة ، إيداع نسختين من العريضة الإفتتاحية المؤجّه للشهر ، حيث يتولى العون الإداري المكلف على مستوى قسم الإيداع و عمليات المحاسبة بمراجعتها و فحصها من حيث الشكل و المضمون للتأكد من أن موضوعها

الدعوى شكلا ، سواء أكان هذا التغيير ماسا بالجوانب القانونية للعقار محل النزاع كتغيير المالك أو المنتفع أو ماسا بالتكوين المادي كتغيير مساحة العقار أو حدوده أو مشتملاته⁽¹⁾ أو الأعباء و التكاليف التي تثقله .

و تطبيقا لهذا الوضع ، فإنّ كل دعوى عقارية ينتهي الفصل فيها إلى المساس بحق مشهر تستلزم شهر عريضتها الإفتتاحية ، و من هذا المنظور جاءت صياغة الفقرة الثالثة من نص المادة 17 بصيغة الوجوب على نحو يؤكد تعلقها بالنظام العام .

و تفصيل ذلك أنّه يجوز للمحكمة إثارة الدفع بعدم الشهر المسبق لعريضة رفع الدعوى تلقائيا و في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لم يتمسك به الخصوم ، متى كان موضوعها يتعلق بنزاع حول ملكية عقار مشهر أو حق عيني آخر وارد على عقار سبق شهره ، إلاّ أن القضاء الجزائري يذهب عكس ذلك إذ يرى أنّ هذا الدفع لا يمكن إثارته إلاّ من قبل الخصوم ، و أنّ إثارته تلقائيا من قبل المحكمة يُعدّ تجاوزا للسلطة⁽²⁾

يدخل ضمن الدعاوي التي يستلزم المشرع إشهارها ، و التحقق من أنّ الحق العيني موضوع النزاع مشهر لدى المحافظة العقارية المعنية .

إنّ عملية فحص و مراقبة العريضة الإفتتاحية المقدمة للشهر تنتهي حتما إلى إحدى النتيجتين و هما ، إما أن يقرر المحافظ العقاري عم صلاحيتها للإشهار و من ثم رفض إيداعها ، و إما أن يقرر قبول إيداعها ، و في هذه الحالة يتولى العون الإداري المكلف بالمهمة بتسجيل العريضة الإفتتاحية بسجل الإيداع تبعا لتاريخ إيداعها و ختمها مع النسخة المقدمة بختم الإشهار و الختم الدائري للمحافظة العقارية ، و ختم المحافظ العقاري مع إمضاءه للإشهاد بتنفيذ إجراء إشهارها ، ليتم فيما بعد تسليم نسخة منها للمودع أو وكيله لإرفاقها بملف الدعوى و الإحتفاظ بالنسخة الثانية .

أمّا عن كيفية التأشير بالعريضة الإفتتاحية للدعوى على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل النزاع ، فقد حددته المادتين 33 و 34 من المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، حيث يتولى قسم قيد السجل العقاري و البحوث و تسليم المعلومات بالمحافظة العقارية المعنية ، بالتأشير بمراجع إيداع عريضة إفتتاح الدعوى على البطاقة العقارية في خانة الملاحظة بطريقة و كيفية واضحة و مقروئة بالحبر الأسود ، لتكون بمثابة إعلام و تحذير للغير بأنّ العقار أو الحق العيني العقاري المراد التعامل فيه موضوع خلاف و دعوى قضائية .

¹ - ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 623 .

² - و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُراجع القرار م ع غ ع ، ملف رقم : 196021 الصادر بتاريخ 27-09-2000 ، منشور ب م ق لسنة 2004 ، ع خ ، ج 1 ، ص 160 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث أنّه و بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإنّه يتضح فعلا أنّ قضاة المجلس أسسوا قضائهم برفض دعوى الطاعن الرامية إلى المطالبة بحقوق ميراثية و المرفوعة بتاريخ 14 جويلية 1993 على كون المطعون ضده (ل . ب) إستظهر بعقد شهرة مشهر معدّ في إطار المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 و هي الوثيقة المؤرخة في 05 أكتوبر 1993 التي إستظهر بها هذا الأخير لأول مرّة أمام المجلس ، و أمام هذا الوضع دفع الطاعن ببطلان هذا السند ، فردّ المجلس دفعه مثيرا تلقائيا أحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 التي تتطلب شهر عريضة رفع الدعوى في الحالات المحددة في صلب هذه المادة ، و منها بطلان العقد المشهر .

و لكن هذا لا يعني أنّ كل دعوى تتعق بعقار أو حق عيني عقاري يجب التأشير بها على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل النزاع كما قد يفهم من سياق أحكام الفقرة 03 من نص المادة 17 المشار إليه أعلاه ، إذ أنّ الدعاوى المعنية بشهر عريضتها الإفتتاحية هي كل دعوى ينصب محل الطلب القضائي فيها على تغيير الوضعية القانونية للملكية العقار أو أي حق عيني آخر وارد عليه أو تغيير قوامه المادي ، في حالة سبق إشهار هذه الملكية أو هذا الحق العيني و ذلك للإعتبرات التالية :

- أنّ مسك السجل العيني يقتضي التحيين المستمر لمجموع البطاقات العقارية ، فكل عقار في نظام الشهر العيني تخصص له بطاقة عقارية خاصة به تسمى الصحيفة العينية للوحدة العقارية تقيّد فيها جميع التصرفات التي تقع على تلك الوحدة العقارية ، و كذا كل عملية تغيير قد تطالها و من ثم فإنّ كل نزاع من شأنه أن يشكل تهديدا للحق المشهر و يجب التأشير به على البطاقة العينية الخاصة بالعقار و ذلك لإحتمال أن ينتهي الفصل فيه إلى إحداث تغيير في الكيان القانوني أو المادي للعقار أو للحق العيني المشهر - أنّ إحتمال وجود الغير المقبلين على التعامل في العقارات و الحقوق العينية المتصلة بها محل النزاع أمر وارد ، و لذلك و يجب تنبيه و إعلام هؤلاء بأنّ العقارات أو الحقوق العينية العقارية المقبلين على

التعامل فيها ، إنّما هي عقارات أو حقوق مهدّدة بالزوال بأثر رجعي كلياً أو جزئياً أو أنّ مساحتها أو مشتملاتها أو الأعباء و التكاليف التي تثقلها أو رسم حدودها مهدد بالتغيير نتيجة النزاع المطروح⁽¹⁾ .

- أنّ الدعاوى العقارية التي تتضمن تهديدا للوضعية القانونية و المادية للعقارات أو الحقوق العينية العقارية المشهورة تشترك في نفس العلة التي دعت إلى إخضاع الدعاوى الأربعة إلى الشهر ، و من ثم فإنّ العدل و المنطق يقتضيان إخضاع عرائض إفتتاح هذه الدعاوى للشهر المسبق لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً

و على ذلك فإنّ دعوى البطلان التي يرفعها أحد طرفي التصرف أو خلفه لينازع بها المالك الظاهر حول ملكية العقار المشهر من شأنها أن تحدث تغيير في الوضعية القانونية للعقار محل النزاع ، لإحتمال أن ينتهي الفصل في النزاع إلى تعطيل التصرف ، و كذلك الحال بالنسبة لدعوى البطلان الممارسة ضد سند توثيقي مثبت لحق الملكية العقارية من شأنها أن تعيّر من المركز القانوني لصاحب الحق المشهر على إعتبار أن الدفع بالبطلان في السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية لا يقتصر على التصريحات و الإقرارات

و حيث و لما كانت هذه المادة وردت لحماية مصالح خاصة ، فإنّ قضاة المجلس بإثارتهما تلقائياً قد تجاوزا سلطتهم مما يعرض قرارهم للنقض ... " .

¹ - ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 623 .

التي يُدلي بها أطراف التصرف و الشهود أمام الموثق ، أو التصرف القانوني الذي يثبت هذا السند ، و إنما قد ينصب على السند ذاته ، كما لو كان السند محررا بلغة أجنبية أو خاليًا من توقيع بعض أطرافه أو أنّ أحد أطرافه عديم الأهلية أو فاقدها ، و كذلك الحال بالنسبة لدعوى البطلان الواردة على قسمة ودية لعقار مشهر ، من شأنها أن تحدث تغيير في الوضعية القانونية و المادية للعقار المشاع ، و كذا المراكز القانونية للشركاء كما في حالة الغبن أو عدم الإتفاق بين الشركاء أو أن يكون من بين الشركاء قاصر أو غائب أو مفقود ، و كذلك دعاوى بطلان الشهادات التوثيقية ، و دعوى الرجوع في الهبة ، فكل هذه الدعاوى و ما يماثلها من شأنها أن تحدث تغيير في الوضعية القانونية و المادية للعقارات المشهورة ، أو أنّ تحدث تغيير في المراكز القانونية لأصحاب هذه الحقوق إذا ما تم قبولها ، و من ثم فهي واجبة الشهر في المحافظة العقارية المختصة إقليميًا للإعتبرات السابق ذكرها .

و هذا بخلاف الدعاوى التي لا ينصب الطلب القضائي فيها على ملكية العقار أو الحق العيني المتصل به كدعوى إخلاء الأمكنة من مستأجريها أو شاغليها ، و دعاوى الطرد من السكنات و العقارات الفلاحية على إعتبار أنّ هذه الدعاوى لا تشكل أي تهديد بتغيير الكيان القانوني أو المادي للعقار محل النزاع

و من ثم فهي لا تستوجب الشهر ، حتى و لو كانت العقارات المتعلقة بها مشهورة مسبقا لدى المحافظة العقارية .

و قد أكدّ القضاء الجزائري هذا المبدأ في عدّة قرارات له ، نذكر منها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12 مارس 2008 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : "... و أمّا عن مخالفة المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بالسجل العقاري الخاصة بشهر العريضة .

لكن حيث بالرجوع إلى هذا النص الذي يستوجب شهر الدعاوى التي يكون موضوعها يرمي إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها ... إلا أنّ دعوى الحال موضوعها الإعتداء على القطعة الأرضية التي تنتفع بها المطعون ضدها ، و من ثم فالنص لا يجد تطبيقه في دعوى الحال " .

و أيضا القرار الصادر بتاريخ 14 جويلية 2011 ، و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " و لكن و حيث أنّ النزاع منصب على المطالبة بالطرد من الأماكن المبنية على قطعة فلاحية ، و لا يخص أي تصرف

¹ - قرار م ع غ ع ، ملف رقم 440769 ، الصادر بتاريخ 12-03-2008 ، منشور ب م م ع لسنة 2008 ع 1 ص 221 .

² - قرار م ع غ ع ، ملف رقم 659801 ، الصادر بتاريخ 14-07-2011 ، منشور ب م م ع لسنة 2012 ع 1 ص 179 .

من التصرفات الواردة بالمادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري حتى يتسنى شهر العريضة و من ثم فالفرع المثار غير سديد " .

خاتمة :

يستخلص مما تقدم أنّ المشرع الجزائري و بإخضاعه كل الدعاوى العقارية إلى إلزامية الشهر المسبق بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، متى كان النزاع المثار بشأنها يمس و بصفة مباشرة بملكية عقار أو حق عيني عقاري مشهر ، يكون قد حسم أمره من مسألة تخلف شرط الشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية لرفع الدعاوى العقارية ، و عاج عيبا تقليديا كان يستوقف النظر غير أننا نرى أنّه و بالرغم من تأكيد عدول المشرع عن مسلكه في قصر شهر العرائض الإفتتاحية على الدعاوى الأربع (الفسخ ، الإبطال ، الإلغاء ، النقض) الواردة في صلب المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 ، إلا أنّ تخلف هذا الشرط ، أي شرط الشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية و بإعتباره من النظام العام ، لازال يثير التساؤل حول مدى إعتباره قييدا شكليًا لقبول دعاوى بطلان السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية ، و باقي الدعاوى التي تشترك في نفس العلة التي أدت بالمشرع إلى إخضاع الدعاوى الأربع السالفة الذكر للشهر

خاصة في غياب إجتهد قضائي مستقر ، و تمسك مصالح الحفظ العقاري بتعليمات المذكرة رقم 507 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 28 جانفي 2001⁽¹⁾ التي تلزم المحافظين العقاريين بالتطبيق الحرفي لنص المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 ، و التقيّد بشهر الدعاوى الواردة فيها على سبيل الحصر .

¹ - يراجع مجموعة النصوص (التعليمات و المنشوات و المذكرات الخاصة بأمالك الدولة و الحفظ العقاري) مجموعة النصوص لسنة 2001 ، المذكرة رقم 507 ، الصادرة بتاريخ 28-01-2001 ، منازعات - قواعد شكلية في الإجراءات - شهر الدعاوى القضائية ، ص 202 .

التطور القانون الأسرة الجزائري

الباحث. جرادة لخضر

الجامعة الإفريقية أحمد درارية - أدرار - الجزائر

ملخص:

قال الله تعالى: "أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ" ﴿14﴾¹.

لقد اهتدى الإنسان منذ أن وقف على طرق الإدراك والقوانين والمعرفة إلا أن حكمة الله سبحانه وتعالى قائمة محسوسة في كل الأنظمة والنواميس التي يسير عليها الكون فليس هناك مجال للصدفة والانتظام التلقائي للظواهر الطبيعية، فكل شيء فيها بقدر كما أخبر الله عز وجل. وإذا ظهر ذلك الانتظام في القوانين الكونية ونواميس الطبيعة بصورة واضحة محسوسة، فإن ظهور حكمة الله سبحانه وتعالى ومدى تدبيره فيما ارتضاه من تشريع خاتم للبشرية لا يقل عن ذلك وضوحا وبيانا.

لذلك فإن ما أعطاه الإسلام للأسرة والمرأة من مكانة تعتبر مرتقى لم تصل إليه البشرية قديما وحديثا، حتى الحقوق التي أعطتها التشريعات الحديثة للمرأة أو المتعلقة بالأسرة عموما في المجتمعات المعاصرة تعتبر قاصرة مقارنة بطبيعة الحقوق التي أعطها التشريع الإسلامي للمرأة المسلمة وللأسرة من حماية وهي في عمومها أحكام تتفرع من نظرتة للإسلام - سواء كان رجلا أو امرأة - على أنه مجرد خليفة لله يأتمر بأوامر ويقف عند حدوده ولما ختم الله كتبه بالقرآن ختم رسالاته بالإسلام وختم النبيين بمحمد عليه الصلاة والسلام، أكد هذه الحقيقة وأعلن في كتاب الخلود: أن الغاية من خلق المكلفين أن يعرفوا الله ربهم ويعبدوه، فهذا سر خلق هذا الجنس الناطق المفكر المرید في هذا العالم: "وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ" ﴿57﴾ مَا أُرِيدُ مِنْهُمْ مِّن رِّزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَنْ يُطْعَمُونَ ﴿58﴾²

فهذه الحقيقة العقديّة يجب أن لا نغفل عنها لحظة ونحن نتناول أحكام الزواج والطلاق في التشريع الإسلامي الذي فصلها على نحو تفصيله لأحكام العبادات على غير عاداته في بيان أحكام المعاملات، إشارة إلى قدسيتها وثباتها من شأن هذه الحقيقة أن تزيد ضعاف الإيمان ثقة وتمسكا بأحكام دينهم الحنيف.

¹ - سورة الملك، الآية 14.

² - سورة الذاريات، الآية 57 - 58.

وللوقوف على عناية الإسلام بالأسرة في التشريعات المنصوصة؟ واستنطاق الحكمة المستنكرة فيها والتي تؤكد تناسبها مع الأوضاع التي شرعت لها بدء من التشريعات المتعلقة بتكوين الأسرة ومراحل نشأتها، ثم التشريعات الحامية لها ككيان إجتماعي وجد للمحافظة على نسل البشرية والتشريعات المنظمة لكيفية انحلالها وما يترتب عن ذلك من حقوق وواجبات تخص طرفي هذه العلاقة¹.

Résumé:

Allah a dit : Je ne sais pas pour créer un expert en douceur (14 3 L'homme a été guidé depuis qu'il se trouvait sur la route la perception et les lois et la connaissance, mais la sagesse de liste Dieu tout-puissant ressenti dans tous les règlements et les normes, qui va de l'univers, il n'y a pas de place pour la coïncidence et la régularité automatique des phénomènes naturels, tout ce qui, autant que dire à Dieu Tout-Puissant. Si cet après-midi la régularité dans les lois cosmiques de la nature et les lois sont clairement fait sentir, l'émergence de la sagesse de Dieu Tout-Puissant et l'étendue du cerveau de l'anneau à la législation favorisée à l'humanité non moins évidente et une déclaration.

Alors, que lui a donné l'Islam de la famille et de la position des femmes est considérée comme humaine en montée ne lui a pas, passé et présent atteindre, afin que les droits donnés par la législation moderne pour les femmes ou se rapportant généralement à la famille dans les sociétés contemporaines sont considérés comme mineurs par rapport à la nature des droits qui sont donnés la loi islamique pour une femme musulmane et une famille de la protection d'un modérément dispositions ramification de sa vision de l'Islam - homme ou femme - comme un simple successeur de Dieu sous l'autorité des ordres et arrêtent à ses frontières et pour sceller Dieu a écrit le Coran sceller ses messages de l'Islam et le sceau de la paix prophètes Muhammad soient sur lui, a confirmé ce fait a été annoncé dans le livre de l'immortalité: que le but de créer une charge qui connaît Dieu et d'adorer leur Seigneur, tel est le secret de la création de cette aspirant intellectuelle parlant du sexe dans ce monde.

«J'ai créé les djinns et les hommes que pour le culte(57)ce que je veux vivre d'eux, et ce que je veux manger le(58)».

Ce fait Streptococcus ne doit pas perdre de vue pendant un moment que nous prenons les dispositions du mariage et du divorce dans la législation islamique, qui se sont séparés de façon détaillée les

¹ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 7 و 8.

dispositions de culte inhabituellement dans un communiqué les dispositions de la transaction, une référence à la sainteté et à la stabilité de l'affaire ce fait pour augmenter les faibles de la confiance de la foi et adhérente aux dispositions de leur religion.

Pour se tenir debout sur la garde de l'Islam à la famille dans la législation indiquée, remettre en question la sagesse déplorable et qui confirme des crises avec la situation qui a commencé avec le début de la législation sur la composition de la famille et les étapes de sa création, et de la législation de protection a été une entité sociale trouvée pour préserver la progéniture humaine et de la législation régissant la façon dont la dégénérescence du cerveau et les droits qui en découlent et les droits se rapportant aux deux côtés de cette relation.

مقدمة:

إن كل بلد يستقل على سلطة الاحتلال يتوجب عليه وضع منظومة تشريعية تتماشى وسيادته وبعد تطبيق القوانين الوطنية على مجال الأحوال الشخصية مظهر من ممارسة السيادة الوطنية. بعد الاستقلال وجدت الجزائر نفسها في فراغ تشريعي وهذا بعد دخولها مرحلة القطيعة مع الاحتلال الفرنسي ومن غير المنطقي أن تعلن الدولة رفضها للاحتلال وتبقى تخضع لمنظومته القانونية ومن جهة أخرى لا توجد قوانين جاهزة تحل محل القوانين الفرنسية أو حتى مؤسسات تسن هذه القوانين، إضافة إلى أنه لم يكن في مشروع الدولة الجزائرية نموذجا تشريعيا واضحا تستخلف به النموذج الفرنسي، وخاصة فيما يتعلق بتسيير الإدارة وتمط تنظيمها، وعلى هذا كان لا مفر من المحافظة ومواصلة العمل بالتشريعي الفرنسي.

إن عملية الاستقلال توبعت بحركة تهدف إلى جزارة القوانين ، كما يعد هذا القانون مواصلة لتطبيق كل القوانين التي تدخلت بها فرنسا في مجال تشريع الأحوال الشخصية وهو أيضا إبقاء للأمر الملكي الصادر بتاريخ 10 أوت 1834 القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية في ميدان الأحوال الشخصية وكذلك المرسوم 31 ديسمبر 1859 ومرسوم 17 أبريل 1889 المتضمن تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال بالنسبة للجزائريين المسلمين وكذلك القانون 1931 المتضمن إصلاح وضع المرأة في منطقة القبائل وقانون 1959 المتعلق بتنظيم زواج الإناث.

وإذا لا حظنا حجم القوانين التي صدرت خلال فترة 62-84 نجد أن هناك عدد كبير من القوانين لا يستهان به ، وربما يغطي كل المجالات التشريعية ، مثل قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجزائية وغيرها ، إلا أن قانون الأسرة لم يطرح حتى كمشروع على البرلمان رغم إنشاء عدة لجان لدراسته ووجود عدة مشاريع ولا نجد تفسيراً منطقياً لهذا التأخير مقارنة بالقوانين التي ظهرت ، إلا التفسير

الذي أعطاه الأستاذ بن شنب وهو أن تأخر صدور قانون الأسرة سببه وجود صراع حقيقي بين جناح المحافظين وجناح الإصلاحيين وهو التفسير المنطقي والأقرب للواقع .

لم يكن من السهل على المشرع الجزائري إصدار قانون الأحوال الشخصية والفصل في الاتجاه الفقهي أو الفلسفي الذي سيطع قانون الأسرة الجزائري ويحدد نمط وشكل الأسرة الجزائرية بالمقاربة مع القوانين الأخرى كالقانون المدني والتجاري مثلا، فرغم تبني الجزائر السياسية الاشتراكية فقد كاد القانون المدني يغلب عليه الاتجاه الفردي، ومقاربة قانون الأسرة بالقوانين السالفة الذكر نجد أن قانون الأحوال الشخصية هو القانون الوحيد الذي جسد الشريعة الإسلامية، بينما القوانين الأخرى استمدتها المشرع الجزائري من دول ديمقراطية غربية .

وفي 09 جوان 1984 تمت المصادقة على قانون الأحوال الشخصية وهو أول وثيقة تنظم هذا المجال بعدما كان متروكا للاجتهاد القضائي وتختلف الأحكام الصادرة في هذا الشأن من محكمة إلى أخرى. وقد اعتمد هذا القانون المرقم تحت رقم 84-11 الشريعة الإسلامية مغلبا المذهب المالكي على بقية المذاهب التي اعتمدت كمرجعية في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون، ومن ناحية دستورية فقد استند المشرع في قواعد قانون الأحوال الشخصية إلى المادتين 151 الفقرة الثانية والمادة 154 من دستور 1976 ، إذ تنص المادة الأولى على اعتبار الإسلام دين الدولة وتنص الثانية أي المادة 154 على أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع ولقد شمل هذا القانون على 224 مادة شملت الزواج وأحكامه والطلاق وآثاره والولاية وأنواعها والنيابة الشرعية وأحكام الموارث والوصية والهبة .

وأهم ما يسجل في هذا القانون اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي في تطبيقها في مجال الأحوال الشخصية ويتضح هذا المبدأ جليا في نص المادة 222 ق أ التي تنص أنه في حالة ما إذا لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهي المادة التي جاءت أيضا بمبدأ تعميم تطبيق الشريعة دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق .

ومهما تعددت الآراء والانتقادات حول قانون الأسرة يمكننا أن نعتبره خطوة إيجابية والمبادرات التشريعية التي قام بها المشرع الجزائري خاصة وأنه من الصعب التوفيق بين نظام يعتمد في دستوره الايديولوجية الاشتراكية كنظام اجتماعي تهدف إلى حماية المجتمع على حساب الفرد عكس القوانين والتشريعات الخاصة التي يكون محورها الفرد وتهدف إلى حماية مصلحة الفرد قبل المجتمع.

كما أنه خلال تلك العشرينات بالذات " ابتداء من سنة 1979 " لم يكن هناك إجماع حول مشروع المجتمع المزمع إقامته، كما سجلت تلك المرحلة تراجعات في التوجهات الاشتراكية، ناهيك أن نظام الأسرة من الصعب تقنيه لتنوع الثقافات السائدة في المجتمع الجزائري إضافة لاختلاف الآراء الفقهية في مجال الشريعة الإسلامية بين المذهب المتشدد والمتساهل.

ومهما يكن فإن أي قانون شرع في مرحلة زمنية يستوجب مراجعته إذا تغيرت ظروف تلك المرحلة التي شرع فيها كما أن أحكام قانون الأسرة استمدت من أحكام الشريعة الإسلامية وهي الاجتهادات الفقهية من إجماع وقياس واستحسان.

المطلب الأول: مفهوم الأحوال الشخصية وتطورها التاريخي

الفرع الأول: مفهوم قانون الأحوال الشخصية.

1- المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية *statut personnel*.

الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار قانونية والتزامات معنوية أو مادية. ولم يعرف الفقه الإسلامي هذه التسمية إلا حديثاً، حيث أطلق الفقهاء إسم ((الأحوال الشخصية)) على نظام الأسرة وأحكامها الحقوقية في مقابلة الأحوال المدنية التي تحكم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته.²

2- ولم يكن الفقهاء قديماً يستعملون هذا الاصطلاح المستمد في حقيقته من الأنظمة الغربية³ بل كانوا يبحثون في أحكام الأسرة ومتعلقاتها موزعة بين أبواب الفقه المختلفة من زواج، ومهر، ونفقات، وطلاق ونسب، وحجر، ووصية، وميراث وهكذا⁴. .. وهي كلها مسائل ترجع إلى ثلاثة أقسام رئيسية⁵.

1-2 أحكام الزواج وما يترتب عليه من صداق ونفقة ورضاعة وحضانة وطلاق وعدة وغيرها.

¹ - ويقال الأحوال الشخصية (*statut personnel*) الأحوال العينية *statut réel* التي تنظم العلاقات المالية، وهي من اختصاص القانون المدني، أنظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، دوج، الطبعة 6، 2008، ص 13 وما يليها. هذا وتدخل أحكام الأسرة في القوانين الغربية ضمن مواد القانون المدني تقنين واحد.

² - بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ج الأول، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2010، ص 13.

³ - مصطلح " الأحوال الشخصية هو مصطلح إيطالي روماني الأصل وينبع من اللاتينية، وتسرب إلى التشريعات العربية عن طريق القانون الفرنسي، فهو من مخلفات الاستعمار.

Réal et du statut personnel ; these paris ; 1952 ; P18Cf. (C. A) Meaux du statut

⁴ - كلمة الأحوال الشخصية إصطلاح قانوني لم يعرف عند فقهاء المسلمين القدامى، ولا يوجد له في كتبهم، إذا كان ما يطلق عليه الآن الأحوال الشخصية داخل قسم المعاملات، أو في باب المناكحات، أنظر بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، دوج، الجزائر، ط 2، بدون سنة ص 34. هذا الكلام يقال في المتن وليس في الهامش

⁵ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1، المكتب الإسلامي بيروت، دمشق وعمان، ط 7، سنة 1997، ص 11.

2-2 أحكام الأهلية والحجر والنيابة الشرعية والوصاية على الصغير وغيره، والوصية وأنواعها.
 3-2 أحكام الميراث وما يتعلق به، وتسمى في الفقه الإسلامي بأحكام (الفرائض) ومنها يتضح لنا المدلول الواسع لإصطلاح الأحوال الشخصية في البلاد العربية الإسلامية¹، وقد جاء في قانون الأسرة الجزائري الصادر في 3 جوان 1984 متضمن هذه الأقسام الثلاثة وأبحاثها الرئيسية دون أن يأتي المشرع بتعريف شامل لهذا الاصطلاح².

4-2 وكان أول من استعمل هذا المصطلح هو الفقيه المصري قدرى باشا الذي وضع مجموعة فقهية سماها " الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية " ³.

ويقصد بالأحوال الشخصية، الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته وما يترتب على هذه الأوضاع من حقوق والتزامات مختلفة.

ولم يكن هذا المصطلح معروف عند الفقهاء المسلمين الأولين، وإنما كانوا يستعملون جملة من المصطلحات الشرعية ككتاب النكاح والطلاق والنفقة والفرائض والتبرعات وغيرها من المسائل المتعلقة بالأسرة⁴.

وقد أصدرت محكمة النقض المصرية سنة 1934 قرارا وضحت فيه المقصود بالأحوال الشخصية بأنه مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتبها القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الإجتماعية ككون الإنسان ذكر أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصا لصغر سن أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدا بسبب من أسبابها القانونية⁵، كما أوضحت المادة 13 من قانون تنظيم القضاء المصري الصادر سنة 1939، على أن المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية هي: المسائل المتعلقة بأحوال الناس وأهليتهم ونظام الأسرة، والطلاق والبنوة، والنسب،

1 - محمد تقيية، تطور المفهوم القانوني والإجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني الجزائر، 1984، العدد 1، ص 18 ومايليها.

2- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، ص 13 و14.

3- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 1، جامعة دمشق، 1996، ط 7، ص 11.

4 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2008، الطبعة الأولى، ص 6.

5 - العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 14.

والولاية، والوصاية، والحجر، وكذا النزاعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت¹.

3- وقد ألحق المشرع الجزائري بهذا التعداد مسألة الهبة، وبعض الأمور المتعلقة بالمسائل المادية كالوقف، الوصية لأنها عقود التبرعات وتقوم على فكرة التصديق المنسوب إليه شرعا. ومن هنا فإن قانون الأحوال الشخصية في النظام الجزائري يشمل على المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والمتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم المتبادلة والصدقات ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والنسب وحقوق الاولاد وأحكام نفقات الاقارب والولاية والوصاية والقوامة والحجر وأحكام المفقود والغائب والكفالة والإذن بالإدارة وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وهذا ولقد أطلق المشرع الجزائري على القانون الصادر في **09 جوان 1984** والمتعلق بالأحوال الشخصية تسمية قانون الأسرة **code de la famille** بدلا من التسمية القديمة التقليدية².

وهي تسمية تنسجم في الحقيقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، إلى تنظيم أحكام الأسرة بصفة عامة. بداية من الزواج والطلاق مروراً بالنسب والنفقة والعدة والحضانة وانتهاء بالوصية والتركه والميراث وغيرها³.

والحقيقة أن الأحكام الواردة بهذا القانون ليست مقصودة على الأسرة، بل شملت حالة الشخص، وترشيده، وأحكام المفقود والغائب والحجر والوصاية والتقدم والكفالة والهبة والوصية والوقف وكلها قواعد خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في أسرته، وهي ألصق بالأحوال الشخصية منها بالأسرة⁴.

- بخصوص هذه المسألة، ذهبت المحكمة العليا إلى أن المقصود بالأحوال الشخصية هي جميع القضايا التي يكون فيها نزاع جوهري خاص بالعلاقات الأسرية، ومن ذلك مثلا:

النسب والطلاق والحضانة⁵، وتوابع العصمة والأشياء الخاصة بالزوجين¹، والتطليق² والتركات والمواريث³، والقضايا المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم⁴، وكذا المسائل ذات الطابع المالي من مجال الأحوال الشخصية، مادامت في جوهرها تمثل شرطا أو حكما أو آثارا لعقد الزواج ولانتهائه⁵

¹- بين شويخ الرشيد، نفس المرجع، دار الخلدونية، 2008، الطبعة الأولى، ص 6 و7.

²- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، أحكام الزواج، ص 14.

³- فإن مضمونه يستقيم ومقتضيات أحكام الأسرة حقيقة وتيسيرا، أنظر الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د م ج، الجزائر، ط 2، 2008، ص 6.

⁴- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر ط 1، 2009، ص 14.

⁵ - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 15/07/1986 ملف رقم 39360 غير منشور.

ورغم استقرار اجتهاد المحكمة العليا في هذا الخصوص، حكمت في قرار مؤرخ في 1998/04/21، ملف رقم 189260 بأن ملف النفقة لا علاقة له بحالة الأشخاص وعليه فالوجه المأخوذ من مخالفة المادة 141 ق.إ.م (أي المادة 260 من ق.م.إ الجديد) غير مؤسس⁶.

وهذا التفريق غير سليم، لأنه من الثابت لدى الفقهاء أن قضايا النفقة تعتبر صفة مسائل الأحوال الشخصية، كما أن قضايا الحبس (أو الوقف) هي في دائرة الأحوال الشخصية أيضا لا الأحوال العينية⁷.

الفرع الثاني: تطور قانون الأحوال الشخصية في البلاد العربية: كان مرجع القضاء في صدر الإسلام في عهد الخلفاء الراشدين كتاب الله وسنة رسوله، ثم الاجتهاد بالرأي والمشورة إذا لم يجد القاضي حكم المسألة منصوصا، وبعد هذا العصر أصبحت فتاويه مصدر آخر يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد الحكم في القرآن الكريم والسنة الشريفة من غير أن يكون ملزما بفتوى بعينها إلا مما اتفقوا عليه، وأما ما اختلفوا فيه فكان يتخير من أرائهم أقربها إلى كتاب الله وسنته، فإن لم يجد اجتهاد برأيه⁸.

هذا ولم يفكر أحد في تقييد القاضي رغم محاولات عمر بن عبد العزيز ومحاولات أبي جعفر المنصور مع الإمام مالك. بيد أن هذا الانطلاق قد ابتدأت القيود المذهبية تؤثر فيه، حيث أخذ المنهج المذهبي يسيطر على القضاء في الدولة الإسلامية، خاصة عندما تولى قضاء بغداد أبو يوسف تلميذ أبي حنيفة النعمان. وبذلك انتشر المذهب الحنفي في جل الأقاليم الإسلامية وبقية الأندلس وبلاد المغرب العربي على مذهب الإمام مالك، وبلاد الشام على مذهب الأوزاعي ثم الشافعي، أما المذهب الشيعي فكان يظهر بضعف سلطان الدولة وكذا بنشوء الدولة الفاطمية⁹.

فبدأ القضاء في الدولة الإسلامية يلتزم بمذهب معين، وإن كان القضاة أنفسهم من المجتهدين المنتسبين الأمر الذي جعل الراغبين في تولي القضاء ينتقلون من مذاهبهم إلى مذهب الحنفية حتى غدا المذهب الرسمي للدولة العباسية ما عاد بعض النواحي كالأندلس، فإن قضاءها كان على المذهب الإمام

¹ - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1989/12/25، ملف رقم 57752، م.ق، 1991 العدد 3، ص 68، 1990/03/19، ملف رقم 59140، م ق، 1993، العدد 1، ص 52.

² - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1982/07/11 ملف رقم 26535، ن.ق، 1982، ص 240.

³ - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1597/06/10، ملف رقم 163414، م.ق، 1998، العدد 1، ص 115.

⁴ - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1998/03/11، ملف رقم 153622، م.ق، 1997 العدد 2، ص 71.

⁵ - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 2002/04/10، ملف رقم 275878، م.ق، 2003، العدد 1، ص 378.

⁶ - المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1958/04/21، ملف رقم 189260، إ.ق. غ. ش، عدد خاص، ص 214.

⁷ - ذلك أن المحكمة، العليا ذهبت في أخذ قراراتها أن الحبس (أي الوقف) لا علاقة له بحالة الأشخاص، وعليه فالوجه غير مؤسس، وهذا يعني بصدور قانون الوقف لسنة 1991 لم تعد الحاجة لوجوده في قانون الأسرة.

⁸ - محمد مصطفى السباعي، أحكام الأسرة في الإسلام - الدار الجامعية، لبنان، ط 4، 1983، ص 15.

⁹ - سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطة، الجزائر، ط 1، 2010، ص 8.

مالك بن أنس، والشام التي كان قضاؤها بمذهب فقيها الإمام الأوزاعي فترة من الزمن قبل انقراضه، ولما ضعفت الدولة العباسية انتقل القضاء من مذهب أبي حنيفة في كثير من الأقطار إلى مذاهب أخرى، فالمذهب الشيعي في بلاد المغرب ومصر والشام إبان قيام دولة الفاطميين فيها، ولما زالت دولتهم بقيام الأيوبيين التي أسسها صلاح الدين الأيوبي حل محله المذهب الشافعي في مصر والشام فترة من الزمن ثم عاد المذهب الحنفي¹.

وفي عهد المماليك أحدث الظاهر بيبرس فكرة وهي أن يكون قضاة أربعة لأهل كل مذهب قاض له يقضي بينهم، ومع ذلك جعل للمذهب الشافعي مكانا أعلى من سائر المذاهب الأخرى، واستمر الحال إلى أن حكم الأتراك أمر مصر فكان مذهب الحنفي السلطان الأول².

لم تصدر في البلاد العربية قوانين الأحوال الشخصية إلا في العهد العثماني، حيث كان قضاة البلاد الإسلامية يحكمون بالنصوص الشرعية، والأحكام الفقهية حسب المذاهب السائدة في البلاد الإسلامية. وكان أول ما صدر هو قانون حقوق العائلة العثماني الصادر سنة 1917، والذي قنن أحكام الأسرة في الزواج والطلاق، وما يتميز به هذا القانون أنه لم يتقيد بمذهب معين وإنما أخذ من المذاهب الأربعة.

ثم تلاه ما جاء به الفقيه المصري محمد قنديل باشا من خلال مجموعته التي سماها (الأحوال الشرعية في الأحوال الشخصية)، والتي اعتمد عليها الفقه والقضاء كثيرا، وهي أول محاولة في البلاد العربية يتم فيها جمع مختلف المسائل المتعلقة بالأسرة، إلا أنها استمدت من الفقه الحنفي³.

وبهذا تكون تركيا الإسلامية سبقت البلاد الإسلامية الأخرى في تقنين أحكام الأسرة⁴، ثم ظهرت سلسلة من القوانين الأخرى نظمت أحكام الميراث 1943، قانون الوصية سنة 1946، وقانون الولاية على المال سنة 1952. إلى أن جاء قانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

ولكن مع بداية القرن العشرين وتلافيا للتضارب السابق وللحرج الذي قد تترتب على العمل بمذهب الإمام حنيفة في بعض المسائل، بدأت مصر في صياغة قوانين للأحوال الشخصية المستمدة من الفقه الإسلامي وكانت تأخذ بالمذهب الذي يساير العصر، ونص في هذه القوانين على أنه إذا لم يوجد

1 - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2007، ص 13.

2 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة، ط 3، 1957، ص 9 وما بعدها.

3 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1، المكتب الإسلامي، بيروت دمشق وعمان، ط 7، 1957، ص 19 وما بعدها.

4 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 7.

5 - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 16.

نص يحكم المسألة المعروضة على القاضي فعليه أن يحكم بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

وكانت بداية هذه القوانين القانون رقم 25 لسنة 1920م الذي يتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية، ومنذ ذلك الوقت استمرت قوانين الأحوال الشخصية في مصر تتوالى وتتطور من أوائل القرن العشرين وحتى صدور القانون رقم 01 لسنة 2000م، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وهذه القوانين كلها مستمدة مباشرة من أحكام الفقه الإسلامي، فصدر بعد القانون رقم 25 لسنة 1920م بشأن تنظيم بعض مسائل الأحوال الشخصية، والقانون رقم 56 لسنة 1923م، ثم القانون رقم 25 لسنة 1929م بنشأة تنظيم بعض أحكام الأحوال الشخصية.

هذا مع ملاحظة أنه بخصوص المسائل المعروضة على القاضي والتي لم يوجد لها نص في قوانين الأحوال الشخصية فعليه أن يحكم بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان كما قضت بذلك قوانين الأحوال الشخصية¹.

وقانون الأحوال الشخصية السوري سنة 1953 والمعدل عام 1975م². وفي العراق صدر قانون الأحوال الشخصية سنة 1959، وعدل العديد من المرات كان آخرها سنة 1988. وفي المملكة الأردنية صدر قانون جديد سنة 1976 وهو المعمول به حالياً، بعد قانون سنة 1951. وفي المملكة المغربية صدرت مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957، وعدلت سنة 1993، ثم صدرت مدونة الأسرة الجديدة سنة 2004 والمعمول بها حالياً³.

وفي الجمهورية التونسية صدرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية سنة 1956 وخضعت لعدة تعديلات كان آخرها سنة 2003.

وفي الجمهورية الإسلامية الموريتانية كانت قضايا الأحوال الشخصية غير مقننة، يطبق القضاة المشهور في مذهب الإمام مالك، إلى أن صدرت مدونة الأحوال الشخصية لسنة 2001 والمعمول بها حالياً. وأما قانون الأسرة الجزائري فهو من القوانين العربية المتأخرة من الناحية التاريخية، حيث صدرت سنة 1984⁴، ولأول مرة وقد تماثل اعتماد فيه على الفقه المقارن، فلم يتقيد واضعوه بمذهب محدد، وإنما أخذ من المذاهب الأخرى على غرار باقي التشريعات العربية.

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة، وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2007، ص 17، 18، 19 مصر.

² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1 المرجع السابق، أحكام الزواج ص 16.

³ - تم تعديلها جزئياً سنة 1993 و2003، بمقتضى القانون رقم 07/03 تحت عنوان "مدونة الأسرة".

⁴ - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ: 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، (الجريدة الرسمية العدد 24).

وبصدور قانون الأسرة سنة 1984 تكون الجزائر قد حققت مكسبا آخر في المجال التشريعي يضاف إلى القوانين الأخرى، وهذا بعد مخاض عسير¹.

وقد ارتكزت هذه الحركة التشريعية في مجال التدوين والتقنين في الوطن العربي والعالم الإسلامي على أساس الفقه المقارن، لوضع قانون عام وشامل يستفيد من المذاهب المختلفة، تيسيرا على الناس، وتماشيا مع روح التشريع الإسلامي، الذي يدعوا إلى رفع الحرج ودفع الضرر على المجتمع بعيدا عن التقليد والجمود، وعدم التقييد بمذهب معين والاستفادة من المذاهب الاجتهادية كلها. وهذا يدل دلالة واضحة على مرونة الفقه الإسلامي ومسايرته لجميع التطورات الحديثة، حسب مقتضيات العصر وظروفه المستجدة، انطلاقا من قواعد الفقه وأصوله وأحكامه العامة أو الخاصة².

وعلى هذا، فإن المراد بالشرعية الإسلامية الواردة في المادة 2/1 من القانون المدني الجزائري والمادة 222 من قانون الأسرة الجزائرية هو مجموع ما فيها من حلول قانونية في مختلف المذاهب الإسلامية، بما يتناسب مع مصالح الزمن المتطورة، وروح الشريعة ومقاصدها وقواعدها الكلية. وهذا اعتراف من المشرع الجزائري بأصالة الفقه الإسلامي ومرونته بمعناه الواسع في مختلف مذاهبه وأصوله، من كفاية وقابلية للإستجابة على شتى حاجات المجتمع المعاصرة، بما يتضمنه من أحكام وقواعد متجددة³.

وهذا إتجاه سليم، على شرط أن لا يؤخذ بقول شاذ لا دليل له، أو يقصد بتوحيد المذاهب الإسلامية جعلها كلها مذهباً واحداً، بل إن المقصود هاهنا، هو الإقتباس المتبادل والتقريب المنهجي بينها عند الضرورة، والاقضاء بمنع التقليد الأعمى والتعصب المذهبي ومحاربة الجمود الفقهي على مذهب معين⁴. وقد اتجه كثيرا من الباحثين في الجزائر إلى دراسة الفقه المقارن لمعرفة الأحكام الشرعية، من حيث دراسة مختلف الآراء للحق وأكثرها ملائمة لروح العصر ومقابلتها بالقوانين المعمول بها في العالم الإسلامي والبلاد العربية، بهدف استنباط الأحكام الاجتهادية بما تقتضيه المصلحة في كل زمان ومكان. وهذا تطور أصيل يعبر عن نهضة قانونية شاملة، تفي بحاجتنا وتقينا من الاستيقاق وراء التشريعات الأجنبية البعيدة عن واقعنا ومعتقداتنا وتقاليدينا وعاداتنا¹.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 8.

² - فإن سكوت النص الشرعي، يوجب استنباط الأحكام الاجتهادية، من أدلة الشرع ومقاصده وقواعده الكلية، أو عن طريق إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص للإشترار في علة الحكم.

³ - فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، م. ج، 1996، العدد 4، ص 636.

- معروف محمد، قانون الأسرة بين التشريع والقوانين الوضعية، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى للدراسات، الجزائر، 2003، العدد 3، ص 53.

⁴ - تشوار الجيلالي، عدم المذهبية العرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، م. ج، 2009، العدد 3، ص 301 وما بعدها.

ومما تتميز به قوانين الأحوال الشخصية التي صدرت حديثا في البلاد العربية أنها أزلت كثيرا من الشكوى التي كان يشكو منها الناس نتيجة التقييد بمذهب معين كما كان العمل عليه في المحاكم الشرعية، مع أنه ليس لذلك سند من الشريعة أو المصلحة².

الفرع الثالث: التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري: أ- العهد الاستعماري:

قبل أن تستولي فرنسا على زمام الأمور (الحكم) في الجزائر كانت مادة الأحوال الشخصية تخضع لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، فكان القاضي أنداك يستنبط الأحكام الخاصة بهذه المادة من هاذين المصدرين، وإذ لم يجد اجتهده رأيه وكانت له الحرية في الاختيار من آراء فتاوى الصحابة الأقرب للقرآن الكريم والسنة النبوية وبالإمكان يأخذ برأيه معتمدا على تفسيره الخاص، ولكن تغير الوضع لما تولى أبو يوسف القضاء في بغداد أيام هارون الرشيد وكان أهم ما يميز هذه النقطة التاريخية هو أنه كان يتعين على القاضي أن يستنبط الأحكام من المذهب الحنفي وهو مذهب الدولة العباسية، وكذلك الشأن بالنسبة للدولة العثمانية فيما عدا ما كان عليه القضاء في الجزائر.

ولكن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن المستعمر الفرنسي صعب عليه الأمر أن يقوم بتوحيد النصوص المنظمة لمادة الأحوال الشخصية وذلك راجعا إلى أنه كانت الطائفة التركية خاصة في الجزائر العاصمة على مذهب الإمام أبو حنيفة وإلى جانبها كانت أغلبية الأشخاص يخضع للمذهب المالكي، بالإضافة إلى الأعراف القبائلية التي كانت تطبق في منطقة القبائل، وكذلك مذهب الإباضي في الميزاب (غرداية ونواحيها)

وإلى جانب هذا نص المستعمر على إخضاع المستوطنين الفرنسيين وغيرهم من حاملي الجنسية الفرنسية بمقتضى مرسوم (GREMIEUSE) في سنة 1870 وكذلك الجزائريين اليهود وبعض الجزائريين المكتسبين للوطنية للقانون الفرنسي والمواد القانونية فيما يتعلق بالمسائل الجزائية والتجارية والإدارية والإجرائية إلا فيما عدا مادة الأحوال الشخصية فتركت فرنسا الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية وكذلك فيما يتعلق بمعاملاتهم المدنية الخاصة به وخضعت لذلك محاكم شرعية³.

كما عهد المشرع الفرنسي عن طريق سلسلة من القوانين التدخل في قانون الأسرة الإسلامي ونظام العائلي الجزائرية، والتي نذكر منها على سبيل المثال: قانون 2 ماي 1930 والمتعلق بالخطبة وسن الزواج،

¹ - محمد تقيّة، تطور المفهوم القانوني والإجتهد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، الجزائر 1984، العدد 1 ص 18 و19.

² - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط 2003، ص 37.

³ - تشوار الجبلاي، محاضرات في قانون الاسرة الجزائري، جزء الأحوال الشخصية، ص 2: الموقع الأنترنت

http://science.juridiques.plog-spot.com/2009/05/blog-post_31.htm/.

مرسوم 19 ماي 1931 والمتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية¹، والأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 والمتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي، والقوانين الصادرة في 11 جويلية 1957 والمتعلقة بأحكام المفقود والوصاية والحجز وكيفية اثبات الزواج والأمر الصادر في 4 فبراير 1959² والمرسوم الصادر في 17 سبتمبر 1959 والمتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر³.

ومن الجدير بالذكر أن نشير إلى محاولة "مارسالاموران" Macelmorand الذي وضع سنة 1916 مشروعا لقانون الأحوال الشخصية، ولكنه بقي حبرا على ورق نتيجة لمقاومة الشعب الجزائري عن عقيدته وأصالته وحضاراته الإسلامية، مما أدى إلى بقاء نظام الأسرة الجزائري بعيدا عن التدخل الأجنبي يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية⁴.

ب- مرحلة ما بعد الإستقلال :

1-القوانين التي صدرت في الفترة الممتدة ما بين 62 إلى 48.

مبدأ سريان التشريع الفرنسي وتأثيره على مجال الأحوال الشخصية.

بعد الإستقلال وجدت الجزائر نفسها في فراغ تشريعي وهذا بعد دخولها مرحلة القطيعة مع الاحتلال الفرنسي ومن غير المنطقي أن تعلن الدولة رفضها للاحتلال وتبقى تخضع لمنظومته القانونية ومن جهة أخرى لا توجد قوانين جاهزة تحل محل القوانين الفرنسية أو حتى مؤسسات تسن هذه القوانين، إضافة إلا أنه لم يكن في مشروع الدولة الجزائرية نموذجا تشريعي واضحا تستخلف به النموذج الفرنسي وخاصة فيما يتعلق بتسيير الغدارة ونمط تنظيمها وعلى هذا كان لا مفر من المحافظة ومواصلة العمل بالتشريع الفرنسي⁵.

لجأت إلى تطبيق القانون رقم 1957/62 الصادر في 1962/12/31 والذي ينص على ضرورة استمرار العمل بالقانون عاد مواده الاستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة وما بين سنة 1963 إلى 1984 صدرت سلسلة من القوانين والأوامر تتعلق بأحكام الاسرة منها قانون 29 جوان 1963 والمتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، والأوامر الصادرة في 03 جوان 1966 و16

1 - والذي حكم فيه المشرع الفرنسي بالأعراف المحلية على حساب الأحكام الشرعية.

2- وهو الأمر الفرنسي رقم 274/59 المتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائر.

3- وهو المرسوم الفرنسي رقم 1982/59 الذي حدد شروط تطبيق الأمر 274/59.

4 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، الزواج والطلاق، ص 18.

5- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر بدون طبعة، 2004 ص 19

سبتمبر 1969 و 22 سبتمبر 1971 والخاصة بكيفية إثبات الزواج إلى أن ألغى الأمر 29/73 الصادر في 05 جويلية 1975 القانون رقم 157/62 وكذلك القوانين الفرنسية الداخلية².

وقد اعتبر الأستاذ بن شنب هذا القانون تكريس واختيار للقانون الاسلامي في مجال الأحوال الشخصية خاصة إن عملية الاستقلال توبعت بحركة تهدف إلى جزارة القوانين³. كما يعد هذا القانون مواصلة لتطبيق كل القوانين التي تدخلت بها فرنسا في مجال تشريع الاحوال الشخصية وهو أيضا إبقاء للأمر الملكي الصادر بتاريخ 10 أوت 1834 القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية في ميدان الأحوال الشخصية وكذلك المرسوم 31 ديسمبر 1859 ومرسوم 17 أبريل 1889 المتضمن تطبيق الشريعة الإسلامية في المجال بالنسبة للجزائريين المسلمين وكذلك القانون 1931 المتضمن إصلاح وضع المرأة في منطقة القبائل 1959 المتعلق بتنظيم زواج الإناث⁴.

وهكذا عهد المشرع الجزائري بعد الاستقلال مباشرة جعل الفقه الإسلامي أساسا لقوانينه وتشريعاته، تحقيقا للاستقلال القانوني، وبعثا للنهضة التشريعية بهدف التخلص من عيوب التبعية القانونية، واستكمال مقومات الشخصية الوطنية، بإحلال القوانين الوطنية محل القوانين الأجنبية التي مازالت تمجد الأفكار الاستعمارية⁵. وهذا اتجاه أصيل وعقلاني لسد الفراغ القانوني والتشريعي وخلق نهضة حقوقية شاملة، بتطوير المنظومة التشريعية وإرساء دعائم استقلالية القضاء وسيادة دولة القانون، وعصرنة أجهزة العدالة وهيكلها باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة⁶.

واستمر الوضع إلى أن قام المشرع بوضع القانون المدني بمقتضى الأمر الصادر في 1975/09/26 ونص في مادته الأولى على أن القاضي يستنبط الأحكام من التشريع وإن لم يجد فمن مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم القانون الطبيعة وقواعد العدالة، فأصبح على القاضي أن يستأنس بالتشريع وإلا فمبادئ الشريعة الإسلامية بشأن الأحوال الشخصية، والمشرع ذاته قد نص بمقتضى الأمر الصادر في 1975/07/05 على إلغاء جميع القوانين الموروثة من المستعمر الفرنسي ابتداء من 1975/07/01 وأصبح ساري المفعول طبقا للمادة 1003 من القانون المدني ابتداء من 1975/07/05.

¹ - أقر مبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية، راجع الجريدة الرسمية، 1973، ص 678.

² - Benchneb: le droit algérien de la famille entre la tradition et la modernité , revue algérienne des sciences et juridique - et poli , N°1, mars 1982 , p23.

³ - ولد خسال، المرجع السابق، ص 10 و 11.

⁴ - Nadia Ait Zai – les algérienne , citoyenne en de venir , édition C ; N. maron 2000 , P 198

⁵ - حليلة آيتحمودي، الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، م ج، 2001، العدد 3، ص 123 وما يليها.

⁶ - الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر، دار القصبية، الجزائر 2008، ص 46 وما يليها.

ولكن بالرغم من وجود هذا القانون المدني إلا انه لا يمكن تغطية كل المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بالأحكام التي جاء بها وكذلك الامر بالنسبة بمبادئ الشريعة الإسلامية لأن هذه الأخيرة تقوم على عدة آراء تارة مختلفة من مذهب لآخر وتارة متضاربة في المذهب ذاته مما دفع بالمشرع محاولة تقنين قانون الأسرة حيث وضعت بشأنه عدة مشاريع منها مشروع 1963، ثم 1973 ثم 1980 ثم 1982 إلى غاية إصدار المشرع قانون الأسرة في 1984/06/09، غير أن الذي أدى لتأخير صدور قانون الأسرة مقارنة مع القواعد الأخرى هو التضارب القائم بين أنصار إستنباط أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية وأنصار تغريب قانون الأسرة واستنباط أحكامه من القوانين الغربية¹.

ج- علاقة قانون الأسرة بالفقه الإسلامي :

لقد اتضح مما سبق أن علاقة قانون الأسرة بالفقه الإسلامي هي علاقة قديمة قدم الفتح الإسلامي لأراضي المغرب العربي، ونظرا لشيوع المذهب المالكي في البلاد المغربية فقد كانت أحكام الأسرة كذلك، وظل الأمر على ما هو عليه حتى أيام عهد الإحتلال الفرنسي، وبعد الإستقلال بإثنين وعشرين (22) سنة صدرت أحكام الأسرة والأحوال الشخصية منظمة مبوبة في 224 مادة مرسومة بـ: " قانون الأسرة "².

استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من المذهب المالكي مع الاعتماد على المذاهب الأخرى في بعض أحكامه إذا دعت الحاجة، كما أن هذا القانون نص صراحة في المادة 222 منه على أن كل ما لم يرد في النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة ولا يتقيد في ذلك بمذهب معين³.

كما اعتمد المشرع الجزائري على بعض القوانين العربية التي سبقته مع بعض التعديل أحيانا ومخالفتها أحيانا أخرى بما يتوافق مع المصلحة المحلية وأعراف المجتمع الجزائري⁴.

رغم أن قانون الأسرة الجزائري جاء مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية ومجسدا لهوية الأسرة الجزائرية الطبيعية إضافة إلى كونه يمثل انتصار على المشككين في أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح أن تكون قانونا يمكن تطبيقه في الواقع العملي كما هو الشأن مع القوانين الغربية الحديثة⁵.

أشارت المحكمة العليا في العديد من قراراتها المشهورة التي مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية بدون منازع¹.

¹ -تشار الجليلي، نفس المرجع المشار إليه سابقا، ص 3.

² - بلخير سديد، المرجع السابق، ص 14.

³ - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ص 16.

⁴ - بلخير سديد، نفس المرجع، ص 15.

⁵ - عبد القادر بن حرز الله، نفس المرجع ن ص 17.

وقد استقر إجتهد المحكمة العليا الموقرة ومنذ البداية، على أنه من المقرر فقها وقضاء أن لمسائل الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشرع الإسلامي لا غير². وأنه لا يصح تطبيق الأعراف المحلية في مادة الأحوال الشخصية بين المسلمين إذا كانت هذه الاعراف مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية³. كما جاءت المادة الثانية من دستور 1996/11/28، المعدل في 2010/24/10 لتنص صراحة على أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام⁴، ومن هنا تعتبر أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية.

وهذا ما تناوله قانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984، بعد سلسلة من المشاريع والمحاولات التشريعية الهادفة، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص بكل وضوح على أنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " كما أن المادة 223 تعلن بكل قوة بأنه " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون ".

المطلب الثاني: التعريف بقانون الأسرة الجزائري :

الفرع الأول: تعريف الأسرة :

الأسرة لغة⁵ هي الذرع الحصينة، وأسرة الرجل: عشيرة وأهله الآدون الذين يتقوى بهم، وقيل هم أقارب الرجل من قبل أبيه. اصطلاحا: في الحقيقة لم يكن هناك تعريف محدد للأسرة، وذلك لارتباط هذه اللفظ بعلم الاجتماع أكثر منه بالفقه والقانون، لذلك سأعرف مصطلح " الأسرة " من خلال علم الاجتماع أولا ثم أبين مفهومه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري⁶.

¹ - المحكمة العليا ع. ق. ج. 1987/06/21، م. ج. 1986، العدد 4، ص 1193، 1986/06/12، ن. س. 1986 ص 114، ملف 1971/03/24، ن، ق، 1972، العدد 2، ص 72، 1985/12/30 ملف رقم 39277، غير منشور، 1993/07/25 ملف رقم 123051، مشار إليه سابقا.

.Nadia Ait Zai (N). le droit musulman et les coutumekabyle, R.A 1995 ,N 2 , p 305

² - المحكمة العليا، غ. ق. خ، 1968/05/12، م. ج. 1969، العدد 2، ص 345.

³ - المحكمة العليا، غ. ق. خ، 1971/03/24، م. ج. 1972، العدد 2، ص 72.

⁴ - وهو ما جاء في المادة 4 من دستور 1963 والمادة 2 من دستور 1976 وكذلك دستور سنة 1989.

⁵ - لسان العرب، ج 60/1 لبنان، دار لسان العرب لإبمنظور: هو محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، صاحب لسان العرب. تاج العروس: السيد محمد مرتضى الزبيدي، 13/3، دار صادرة، لبنان.

⁶ - بلخير سديد، المرجع السابق، ص 8.

أ-تعريف الأسرة في علم الاجتماع :

لقد شكل تعريف الأسرة عند علماء الاجتماع صعوبة كبيرة، وذلك نظرا لتعدد أنماطها وتغيرها المستمر¹. لكن هذا لم يمنع الباحثين في علوم الاجتماع من إعطاء تعاريف ومفاهيم للأسرة حسب أنماطها وأشكالها المختلفة، وقد ورد في قاموس علم الاجتماع أن الأسرة هي: "جماعة اجتماعية بيولوجية نظامية تتكون من رجل وامرأة - تقوم بينهما رابطة زوجية مقررة - وأبنائها"².

من حيث علم الاجتماع، الأسرة تتمثل في مجموعة متكونة من أشخاص مرتبطين بعلاقة بيولوجية قائمة على اقتران شخصين من جنسين مختلفين، وعلى التناسل من أصل مشترك³.

ويظهر أن هذا التعريف قد اعتمد على النمط الحديث الذي آلت إليه الأسرة، فبعد أن كانت في القديم تطلق على " القبيلة " أو " العشيرة "، صارت تطلق على العائلة وهي: " منظمة اجتماعية تتكون من أفراد يرتبطون ببعض بروابط اجتماعية وأخلاقية ودموية وروحية "⁴. وهي ما يطلق عليها علماء الاجتماع - أيضا - " الأسرة النواة " لما تتميز به من الباحثين في علم الاجتماع الحضري أن هذا النموذج من الأسرة هو الذي يتزايد انتشاره في المجتمعات الحضرية.

ب-تعريف الأسرة في القانون :

ومن المنظور القانوني الأسرة تتشكل من كل الأشخاص الذين تربطهم القرابة أو المصاهرة في ذلك ورد في نص المادة الثانية (2) من قانون الأسرة الجزائري⁵.

¹ - سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، بدون سنة وطباعة، ص 51
² - محمد عاطف غيث، قاموس علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية مصر، ط 1996، ص 176.
³ - حسان محمد الحسن، العائلة والقرابة والزواج: دراسة تحليلية في تغيير نظام العائلة والقرابة والزواج في المجتمع العربي، دار الطبعة للطباعة والنشر لبنان، ط 2، 1985، ص 09.
⁴ - محمد عاطف غيث، نفس المرجع، قانون علم الاجتماع، ص 178.
⁵ - القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ: 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري (المنشور ج ر ج ج مؤرخة في 12 يونيو 1984، (العدد 24 س 21 ص 990)، والمعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1416 الموافق لـ: 27 فبراير 2005 (رقم ج ر عدد 15 س المؤرخة في 27 فبراير 2005) الموافق بقانون رقم 09/05 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ: 04 مايو 2005 (ج ر عدد 43 س المؤرخة في 22 يونيو 2005).

" الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم الزوجية وصلة القرابة " كما أن المادة 32 من القانون المدني الجزائري نصت على ما يلي:

" تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه، وتعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد " ¹

ج- تعريف الأسرة في الفقه الإسلامي :

لم يكن هناك في مصنفات الفقهاء على مصطلح " الأسرة " وإن كانوا قد استعملوا عبارات قريبة منه كالنسب والقرابة والرحم والعصبة.

هذا مع مراعاة أن النصوص القرآنية لم تستعمل مصطلح " الأسرة " على الإطلاق، وإنما استخدمت مفهوم " البيت " و " الأهل " للدلالة على الأسرة ².

ولا بأس من أخذ تعريف فقهي حديث مفاده أن: " الأسرة في نظر الشرع هي الجماعة التي ارتبط ركنها بالزواج الشرعي، والتزمت بالحقوق والواجبات بين طرفيها، وما نتج عنها من ذرية وما اتصل بها من أقارب " ³.

ويلاحظ أن هذا المفهوم يميل إلى مفهوم الأسرة بمعناها الواسع، لا إلى الأسرة النواة كما سبق بيانها.

• الخلاصة في تعريف الأسرة:

أن هناك تقاربا كبيرا في المفهوم اللغوي والإجتماعي والشرعي والقانوني في تعريفهم لها، حيث لا تكاد تخرج الأسرة عن كونها: وحدة اجتماعية تتكون من زوجين شرعيين وما ينبجانه من أولاد ⁴.

الفرع الثاني: مصادر القانون الأسرة الجزائري:

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما اعتبر الشريعة الإسلامية كمصدر للقاعدة القانونية، فاعتبرها مصدرا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية ومصدرا احتياطيا في المسائل غير المتعلقة بالأحوال الشخصية، كالمعاملات المدنية والمالية (م 2/1 ق.م.ج) ⁵.

¹ - الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري (المنشور بـ: ج ج ج العدد 78 سنة 12 بتاريخ 24 رمضان عام 1300 الموافق لـ: 30 سبتمبر 1975) والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1418 الموافق لـ: 13 مايو 2007 (المنشور ج ج ج العدد 31 س 44).

² - صلاح الفوال، علم الاجتماع الإسلامي، النصوص القرآني للمجتمع، دار الفكر العربي، مصر بدون طبعة وسنة، ص 33.

³ - موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، ج 1، الدار المصرية للكتاب، مصر ط 2، 1990، ص 133.

⁴ - بلخير سديد، المرجع السابق، ص 10.

⁵ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 20.

والحقيقة التي لا يمكن انكارها أن الشريعة الإسلامية كان لها الفضل في إظهار وإرساء كثير من المسائل في مجال المعاملات إلى جانب مجالات أخرى. فهذه نظرية التعسف في استعمال الحق وضعتها الشريعة ولم يعرفها القانون الروماني ولم يكتشفها الفقهاء إلا في أواخر القرن الماضي¹. ونظرية الظروف الطارئة مستمدة من نظرية الضرورة، فالقصد إلى الإضرار ممنوع في الشريعة السمحاء ولو كان بحسن نية. فالعقود شرعت لتحقيق مصالح الناس وتلبية حاجاتهم لا لإلحاق الضرر بهم². واعتبار بيع المريض مرض الموت في حكم الوصية، وأحكام أخرى كثيرة كالبيع بخيار الرؤية وأحكام الشفعة وتحمل الهلاك في عقد البيع والتزامات الجوار وحوالة الدين وخلاف ذلك كثيرة.

إن قراءة عابرة لنص المادة الأولى من القانون المدني قد تدفع للتساؤل ماذا قصد المشرع من عبارة مبادئ الشريعة الإسلامية؟.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الأصلية للفقهاء³ الإسلامي هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس⁴. واعتمدوا في ذلك على قوله تعالى⁶: " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله والرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً"⁷.

إن مصادر التشريع في قانون الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية وذلك للمادة (105) من الدستور، حيث يعتبر القرآن والسنة النبوية هما المصدران الأساسيين في كل مذهب مفقهي أو فكر إسلامي أيا كان، ولن يختلف في ضرورة الأخذ بهما والإعتماد عليهما وهناك مصادر الفقه المتفق عليها ومنها الإجماع والقياس، فبعض الفقهاء يعارضون الإجماع لتصورهم أن إنعقاده لا يكون بعد عصر الصحابة، أما القياس فإن الغالبية العظمى من الفقهاء يجتمعون على الأخذ به⁸.

¹ -فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون طبعة، 1981، ص 92 وما بعدها.

² -كمال لبدع، مفهوم النظرية وأدلتها الشرعية. نظرية الأعدار الطارئة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجامعة الإسلامية بقسنطينة 1996، ص 2.

³ - الفقه لغة: العلم بالشئ والفهم له، اصطلاحاً: هو العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية.

⁴ - الإجماع لغة: يقصد به العزم والإتفاق، أما اصطلاحاً يعني إتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم.

⁵ - القياس، لغة: تقدير واصطلاحاً: إلحاق فرع بأصل في حكمه للتساوي في العلة.

⁶ -سورة النساء، الآية 59.

⁷ - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، بدون طبعة 1999، ص 139.

⁸ - قاسم يوسف، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية بيروت، ص 171 ،

والقياس حجة مشروعة عند جمهور الفقهاء، ومصدر من مصادر التشريع الإسلامي. وقال تعالى: **﴿82﴾** وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْحُوفِ أَدَّعُوا بِهِ ^ط وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ^ط وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا **﴿83﴾**¹.

نلاحظ هنا من خلال الآية الأولى إثبات الاجتهاد في قوله تعالى: **﴿أَفَلَا يَتَذَكَّرُونَ الْقُرْآنَ﴾**. وأما الآية الثانية فيراد بها استنباط الأحكام الجزئية من أصول الشريعة وأدلتها التفصيلية، قال الله تعالى: **﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ...﴾**، ومالقياس إلا هذا². وهناك مصادر أخرى دار بشأنها خلاف وهي: الإستحسان والمصالح المرسله، وقول الصحابي، والعرف، وشرع من قبلنا، ونظرا لأن بعض فقهاء الشريعة بحثوا جانبا آخر من جوانبها له أهمية بالغة في دراسة الفقه الإسلامي، ألا وهو " القواعد الأساسية " التي لا بد من الإشارة إليها في هذه الدراسة كون التشريع في قانون الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية³.

أ- القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي⁴:

وهي تنحصر في ست قواعد، وهي: الأمور بمقاصدها، لا ثواب إلا بالنية، المشقة تجلب التيسير، الضرر يزال، اليقين لا يزول بالشك، العادة محكمة. وما يهمنا من هذه القواعد هي قاعدة " الضرر يزال ". والأصل في هذه القاعدة ما رواه أحمد وابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله قال: " لا ضرر ولا ضرار"⁵. فهنا نلاحظ أن الشريعة الإسلامية تحرص على إزالة الضرر عن الأفراد والجماعات تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية. وطبقا لما ورد في الحديث الشريف يعتبر أصلا من أصول الشريعة، والتي أنبثت عليها كثير من الأحكام الشرعية، وحتى بعض الأحكام القانونية⁶.

1 - سورة النساء، الآية 82 و 83.

2 - قاسم يوسف، نفس المرجع، ص 196 و 197.

3 - قاسم يوسف، نفس المرجع، ص 171.

4 - القواعد: جمع قاعدة، وهي تطلق في لغة العرب على الأساس، يقول علماء اللغة: قواعد البيت أساسه، وفي الإصطلاح الفقهي: تعني الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته، بمعنى أن يندرج تحت هذا الضابط أو هذا الأمر الكلي.

5 - من سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم (2331).

6 - منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص 97.

غير أنه يجب ملاحظة أن رجوع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي في كل لم يجد له نص قانوني في التشريع، يجب أن يكون بالقدر الذي يتعارض مع المبادئ العامة في القانون الوضعي في جملته، وذلك حتى يبقى للتشريع الوضعي تجانسه في الأحكام الواردة فيه¹.

رغم أن قانون الأسرة الجزائري جاء مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية ومجسدا لهوية الأسرة الجزائرية الطبيعية إضافة إلى كونه يمثل انتصارا على المشككين في أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح أن تكون قانونا يمكن تطبيقه في الواقع العملي كما هو الشأن مع القوانين الغربية الحديثة².

رغم كل ذلك فإن البعض اعتبر قانون الأسرة الحالي قانونا جائرا يقوم على مبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق، وانه أنصف الرجل على حساب المرأة، بل أن الاحتجاجات على قانون الأسرة امتدت إلى المحافل والمؤتمرات الدولية كما حدث في المؤتمر الدولي للسكان الذي عقد بجمهورية مصر العربية عام 1994م. والمؤتمر الدولي الخاص بالمرأة الذي عقد في بيكين عاصمة الصين عام 1996م، وما زالت هذه الاطراف تطالب السلطات المختصة بالتدخل لإلغاء هذا القانون لأنه رجع بالأسرة الجزائرية إلى القرون الوسطى.

لقد عدل هذا القانون بموجب الأمر رقم: 05/02 المؤرخ في 08 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005م. وعليه فإن التعديل الجديد قد تحرك في مساحة تقدر بـ: 41مادة قانونية بين الإلغاء أو التعديل أو الإضافة الجديدة. ولقد اختلفت مواقف القانون والسياسيين من هذه التعديلات فكل كان ينتظر أن تجسد مقترحاته ووجهات نظره في مواد القانون السابق³. هذا ونحن لا نؤيد ما بيديه بعض الشراح من ان قانون الأسرة الجزائري جاء متأثرا بالقانون الفرنسي⁴، ذلك أن الحقيقة مختلفة تماما عن هذه الإختيارات، لكون المادة التشريعية المتعلقة بالأحوال الشخصية غنية في الشريعة الإسلامية. فقد استمد المشرع الجزائري أحكام الأسرة من الفقه الإسلامي بشكل أساسي، بكل قوة وأصالة، بعيدا عن التقليد والجمود، والأنظمة القانونية التي لا تسير الواقع الجزائري انطلاقا من المعطيات الوطنية والمستجدات المتطورة الإقليمية والدولية⁵. وقد استقر إجتهد المحكمة (العليا) على أن قضاة الموضوع في مادة الأحوال الشخصية، غير ملتزمين بذكر النصوص القانونية في أحكامهم، بقدر ما هم ملزمين بعدم مخالفتها⁶. فإن

1 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 20 و 21.

2 - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 17 و 18.

3 - عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 17 و 18.

4- Cf. (C) Boutems. *l'influence française dans le projet de code la famille en Algérie*. R. A. 1982 n°:1. p5 et 5s

5- Cf. (A) Mahiou, *Rupture ou continuité du droit en Algérie* R. A, N°:spécial 20 Anniversaire.

6 - المحكمة العليا، غ.ا.ش، 2008/11/12، ملف رقم 466390 م.م.ع، 2008، العدد 2، ص 319.

عدم ذكر المواد القانونية لا يؤثر في سلامة القرار المطعون فيه، إذا كان منطوق القرار متماشيا من الناحية القانونية والوقائع المعروضة¹.

وعلى كل حال، فإن المقصود من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إنما هي المبادئ الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأسرة الجزائري، وهذه الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية تجعل مهمة القاضي عسيرة كلما حاول الإجتهد الفقهي وفق وقائع الدعوى الماثلة أمامه².

ونلاحظ أخيرا، بأن مسائل الأسرة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التي لها الأسيقية على الأعراف (م 1 و 222 من ق. أوم 1/2 من ق. م)، فإنه لا يمكن للأعراف (les coutumes) أن تحول دون تطبيق القانون في قضايا الأحوال الشخصية، وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا منذ فترة طويلة³.

الفرع الثالث: طبيعة قانون الأسرة الجزائري :

نصت المادة الأولى من قانون الأسرة على أنه: " تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون"، كما عرفت المادة الثانية من نفس القانون الأسرة بقولها: " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة". وتقرر المادة الثالثة على أنه: تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبد الآفات الإجتماعية".

ومن هنا يتضح لنا ارتباط قانون الأسرة بالمفاهيم الإجتماعية والحضارية وبالقيم الأخلاقية والدينية، وعلاقته المتينة بالمعطيات الإقتصادية والسياسية فكذا بالعادات والأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع، وعلى هذا الأساس بقي قانون الأسرة الجزائري أثناء المرحلة الإستعمارية في الضمير الجماعي للشعب، بعيدا عن الأنظمة الأجنبية والقوانين الدخيلة، يستمد أصوله وأحكامه من التشريع الإسلامي والشخصية الوطنية بكل مكوناتها وهذا بالرغم مما أصاب البلاد من نكبات وويلات استعمارية⁴.

1 - المحكمة العليا، أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189234، إ. ق.غ.أ. ش. عدد خاص، ص 176.

2 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 32.

3 - المحكمة العليا: 1985/12/30، ملف رقم 39277، غير منشور، 1971/03/24، ن. ق، 1972 العدد 2، ص

72، 1968/06/12، ن. س، 1968، ص 114.

4 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، د.م.ج، الجزائر، ط5، 2007، ص 25

و 26.

ومن هذا المنطلق، فإن حماية الأسرة التي هي نواة المجتمع، بسياسة عقلانية وبوسائل ملائمة إنما هي حماية للمجتمع برمته¹.

وهل قانون الأسرة ينتمي إلى القانون الخاص أم إلى القانون العام؟ وما هو موقعه من التقسيمين الأساسيين للقانون؟

إن لتقسيم القانون إلى عام وخاص أهمية عملية بالغة نظرا لما يتميز به القانون العام عن القانون الخاص من أحكام خاصة. وتظهر هذه الأهمية في عدة مجالات ومنها في مجال الإمتيازات في العقود، في الأموال العامة، في طبيعة القواعد القانونية، في الإختصاص القضائي².

تحكم العلاقات بين الأفراد، وكذا بعض القواعد غير المالية كالقواعد المتصلة بالحقوق اللصيقة بالشخصية وكذلك القواعد المنظمة لعلاقات الأسرة والتي تتصل بحقوق الأسرة، ويقصد بها تلك الحقوق التي تثبت للفرد بصفته عضوا في أسرة معينة، هذا وأن استعمال هذه الحقوق من جانب من تثبت له أفراد الأسرة، إنما يقرب أن يكون تكليفا يتعين عليه القيام به.

أما في الجزائر فإن الجزء الأكبر من حقوق الأسرة هو مما تنظمه أحكام تستند إلى الشريعة مع الاعتماد على قواعد المدني في الباقي³.

إن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات أيا كان نوعها كلما كانت الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، وبين الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص المعنوية الخاصة، أو العلاقات التي تقوم بين الدولة وأحد فروعها، أو فيما بين هذه الفروع⁴.

أما القانون الخاص، فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات أيا كان نوعها فيما بين الأفراد أو فيما بين الأفراد والدولة باعتبارها شخصا معنويا لا يمارس سيادة ولا سلطات⁵.

وذلك لأن قوانين الدولة غير الإسلامية تخص موضوع قانون الأسرة إلى القانون المدني، أما الدول الإسلامية فإنها تخضعه إلى أحكام الشريعة⁶.

وهذا ويعتبر قانون الأسرة فرعا مستقلا بذاته من فروع القانون الخاص، وله ذاتية مستقلة ملؤها المرونة والملائمة والانسجام، بعيدا عن الصرامة والتعقيد¹. فإن ارتباطه بأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد

¹ - بلحاح العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، د.م.ج، الجزائر، ط6، 2010، ص 33.

² - أنظر محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، 2004، ص74.

³ - العوئي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، الجزائر، ط2، 2008، ص8 و9.

⁴ - حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ط2، 1983، ص 13.

⁵ - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، د.م.ج، الجزائر طبعة 1993، ص 43.

⁶ - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون طبعة، 1985، ص 13.

الأعراف والعادات والتقاليد والأخلاق والعواطف والمشاعر والأفكار الحضارية، كلها دلالات هامة تميزه عن باقي القوانين المختلفة².

ولقد فسر العالم الفرنسي الكبير " جون كربونيه" (Jean Cabonnier) هذه الحقيقة، بقوله لأنه يخضع قانون الأسرة لفرضية " اللاقانون"، أكثر من خضوعه للمفاهيم القانونية وللقانون؛ فاللاقانون " Le non – droit" هو الأساس في عالم الأسرة، والقانون هو الاستثناء³. ومن هنا، فإن قانون الأسرة ذو طبيعة خاصة وتمييزة عن باقي القوانين المختلفة⁴.

وبالنسبة للأسرة فهناك مجالات لتدخل الدولة في العلاقات الأسرية من أجل حمايتها أساسا. وبالتالي فيكون هذا تحت غطاء القانون العام.

وعليه يمكن القول بأن قانون الأسرة يأخذ من القسمين: القانون العام والقانون الخاص⁵. وعلى هذا فإن أغلب القواعد المتضمنة في قانون الأسرة هي قواعد آمرة تتصل بالنظام العام، لا يجوز الإتفاق على مخالفتها⁶.

كما أن المشرع الجزائري قد وضع عقوبات جنائية خاصة ترمي إلى حماية الأسرة، إما بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة⁷.

¹ - CF. (E) Pontavice. l'autonomie du droit de la famille 1974 – p10 et S (H) BatiffolExistence et spécificité du droit de la famille. in T 20 , 1975 , P7 et S.

² - CF. (j) carbonnier. Essais sur les lois 1979 P 167 et S.

³ - CF. (j) carbonnier. flexible droit , 1971 , P28 et S.

⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 33.

⁵ - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 9.

⁶ - المحكمة العليا، غ. إ. ش، 1997/06/10، ملف رقم 163414 م. ق، 1998، العدد 1، ص 120، (إن قواعد الميراث تتعلق بالنظام العام).

خاتمة

في الأخير خلص البحث إلى عناية الإسلام بالأسرة بدء من التشريعات المتعلقة بتكوين الأسرة ومراحل نشأتها، ثم التشريعات الحامية لها ككيان إجتماعي وجد للمحافظة على نسل البشرية والتشريعات المنظمة لكيفية انحلالها وما يترتب عن ذلك من حقوق وواجبات تخص طرفي هذه العلاقة ، و قد عالج البحث خلال ذلك مختلف المحاور ذات الأولوية بتحديد و تعريف و توضيح كل ما له بالعلاقة الزوجية و الأحوال الشخصية ، فتم الكشف عن المقصود بالأحوال الشخصية على أنها جميع القضايا التي يكون فيها نزاع جوهري خاص بالعلاقات الأسرية ، ثم تضمن البحث تبيان قوانين الدولة التي تعالج موضوع الأسرة باعتباره موضوعا داخل في نطاق القانون المدني، أما الدول الإسلامية فإنها تخضعه إلى أحكام الشريعة . و أخيرا عرفنا من خلال البحث مامضمون قانون الاسرة و خصوصيته ، فيمكن القول بأن قانون الأسرة يأخذ جزءا من القانون العام و آخر من القانون الخاص . كما بين البحث خصوصية قانون الأسرة الجزائري بحيث يعتبر قانونا مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية و مجسدا لهوية الأسرة الجزائرية الطبيعية .

قائمة المراجع:

- سورة الملك، الآية 14 .
- سورة الذاريات، الآية 57 - 58 .
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 7 و 8 .
- ويقال الأحوال الشخصية (**statut personnel**) الأحوال العينية **statut réel** التي تنظم العلاقات المالية، وهي من اختصاص القانون المدني، أنظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، دوج، الطبعة 6، 2008، ص 13 وما يليها. هذا وتدخل أحكام الأسرة في القوانين الغربية ضمن مواد القانون المدني تقنين واحد .
- بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ج الأول، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2010، ص 13 .
- مصطلح " الأحوال الشخصية هو مصطلح إيطالي روماني الأصل وينبع من اللاتينية، وتسرب إلى التشريعات العربية عن طريق القانون الفرنسي، فهو من مخلفات الاستعمار .

**Réal et du statut personnel ; these paris ; 1952 ; P18Cf. (C. A)
Meaux du statut**

- كلمة الأحوال الشخصية إصطلاح قانوني لم يعرف عند فقهاء المسلمين القدامى، ولا يوجد له في كتبهم، إذا كان ما يطلق عليه الآن الأحوال الشخصية داخل قسم المعاملات، أو في باب المناكحات، أنظر بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، دوج، الجزائر، ط 2، بدون سنة ص 34. هذا الكلام يقال في المتن وليس في الهامش
- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1، المكتب الإسلامي بيروت، دمشق وعمان، ط 7، سنة 1997، ص 11 .
- محمد تقية، تطور المفهوم القانوني والإجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني الجزائري، 1984، العدد 1، ص 18 ومايليها .
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، ص 13 و 14 .
- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 1، جامعة دمشق، 1996، ط 7، ص 11.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، 2008، الطبعة الأولى، ص 6 .
- العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 14 .
- بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، دار الخلدونية، 2008، الطبعة الأولى، ص 6 و 7 .
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، أحكام الزواج، ص 14 .
- فإن مضمونه يستقيم ومقتضيات أحكام الأسرة حقيقة وتيسيرا، أنظر الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د م ج، الجزائر، ط 2، 2008، ص 6 .
- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر ط 1، 2009، ص 14 .
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1986/07/15 ملف رقم 39360 غير منشور .
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1989/12/25، ملف رقم 57752، م.ق، 1991 العدد 3، ص 68، 1990/03/19، ملف رقم 59140، م ق، 1993، العدد 1، ص 52 .
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1982/07/11 ملف رقم 26535، ن.ق، 1982، ص 240 .
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1597/06/10، ملف رقم 163414، م.ق، 1998، العدد 1، ص 115 .
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1998/03/11، ملف رقم 153622، م.ق، 1997 العدد 2، ص 71 .

- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 2002/04/10، ملف رقم 275878، م.ق، 2003، العدد 1، ص 378 .
- المحكمة العليا، غ، أ، ش، 1958/04/21، ملف رقم 189260، إ.ق. غ. ش، عدد خاص، ص 214 .
- ذلك أن المحكمة، العليا ذهبت في أخذ قراراتها أن الحبس (أي الوقف) لا علاقة له بحالة الأشخاص، وعليه فالوجه غير مؤسس، وهذا يعني بصدور قانون الوقف لسنة 1991 لم تعد الحاجة لوجوده في قانون الأسرة .
- محمد مصطفى السباعي، أحكام الأسرة في الإسلام- الدار الجامعية، لبنان، ط 4، 1983، ص 15 .
- سلمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطة، الجزائر، ط 1، 2010، ص 8 .
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2007، ص 13 .
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة، ط 3، 1957، ص 9 وما بعدها
- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1، المكتب الإسلامي، بيروت دمشق وعمان، ط 7، 1957، ص 19 وما بعدها .
- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 7 .
- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 16 .
- رمضان علي السيد الشرنباصي، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة، وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2007، ص 17، 18، 19 مصر .
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1 المرجع السابق، أحكام الزواج ص 16.
- تم تعديلها جزئيا سنة 1993 و 2003، بمقتضى القانون رقم 07/03 تحت عنوان " مدونة الأسرة "
- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل:9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، (الجريدة الرسمية العدد 24).
- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 8 .
- فإن سكوت النص الشرعي، يوجب استنباط الأحكام الاجتهادية، من أدلة الشرع ومقاصده وقواعده الكلية، أو عن طريق إلحاق ما لا نص فيه بما نص للإشترك في علة الحكم .

- فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، م. ج، 1996، العدد 4، ص 636 .
- معروف محمد، قانون الأسرة بين التشريع والقوانين الوضعية، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى الجزائر، 2003، العدد 3، ص 53 .
- تشوار الجيلالي، عدم المذهبية العرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، م. ج، 2009، العدد 3، ص 301 وما بعدها .
- محمد تقيّة، تطور المفهوم القانوني والإجتهااد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، الجزائر 1984، العدد 1 ص 18 و 19 .
- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط 2003، ص 37.
- تشوار الجيلالي، محاضرات في قانون الاسرة الجزائري، جزء الأحوال الشخصية، ص 2: الموقع الأنتزنت <http://science.juridiques.plog-spot.com/2009/05/blog-post31.htm/>.
- والذي حكم فيه المشرع الفرنسي بالأعراف المحلية على حساب الأحكام الشرعية .
- وهو الأمر الفرنسي رقم 274/59 المتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائر .
- وهو المرسوم الفرنسي رقم 1982/59 الذي حدد شروط تطبيق الأمر 274/59 .
- بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، الزواج والطلاق، ص 18.
- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر بدون طبعة، 2004 ص 19 و 20.
- أقر مبدأ القضاة على التبعية التشريعية والقانونية، راجع الجريدة الرسمية، 1973، ص 678 .
- Benchneb:le droit algérien de la famille entre la tradition et la modernité , revue algérienne des sciencesiet juridique - et poli , N°1, mars 1982 , p23.**
- ولد خسال، المرجع السابق، ص 10 و 11 .
- Nadia Ait Zai – les algérienne , citoyenne en de venir , édition C ; N. maron 2000 , P 198**
- حليلة آيتحمودي، الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، م ج، 2001، العدد 3، ص 123 وما يليها .
- الطيب بلعيز، إصلاح العدالة في الجزائر، دار القصة، الجزائر 2008، ص 46 وما يليها .
- تشوار الجيلالي، نفس المرجع المشار إليه سابقا، ص 3 .
- بلخير سديد، المرجع السابق، ص 14 .
- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق ص 16 .

- بلخير سديد، نفس المرجع، ص 15 .
- عبد القادر بن حرز الله، نفس المرجع ن ص 17 .
- المحكمة العليا ع. ق. ج، 1987/06/21، م. ج، 1986، العدد 4، ص 1193،
- 1986/06/12، ن. س، 1986 ص 114، ملف 1971/03/24، ن، ق، 1972، العدد 2،
- ص 72، 1985/12/30 ملف رقم 39277، غير منشور، 1993/07/25 ملف رقم 123051،
- مشار إليه سابقا .

Nadia Ait Zai (N). le droit musulman et les coutumekabyle, R.A 1995 ,N 2 , p 305.

- المحكمة العليا، غ. ق. خ، 1968/05/12، م. ج، 1969، العدد 2، ص 345 .
- المحكمة العليا، غ. ق. خ، 1971/03/24، م. ج، 1972، العدد 2، ص 72 .
- وهو ما جاء في المادة 4 من دستور 1963 والمادة 2 من دستور 1976 وكذلك دستور سنة 1989 .
- لسان العرب، ج 60/1 لبنان، دار لسان العرب لابن منظور: هو محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، صاحب لسان العرب. تاج العروس: السيد محمد مرتضى الزبيدي، 13/3، دار صادرة، لبنان .
- بلخير سديد، المرجع السابق، ص 8 .
- سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، بدون سنة وطباعة، ص 51
- محمد عاطف غيث، قاموس علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية مصر، ط 1996، ص 176 .
- حسان محمد الحسن، العائلة والقرابة والزواج: دراسة تحليلية في تغيير نظام العائلة والقرابة والزواج في المجتمع العربي، دار الطبعة للطباعة والنشر لبنان، ط 2، 1985، ص 09 .
- محمد عاطف غيث، نفس المرجع، قانون علم الاجتماع، ص 178 .
- القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل: 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري (المنشور ج ر ج ج مؤرخة في 12 يونيو 1984، (العدد 24 س 21 ص 990)، والمعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1416 الموافق ل: 27 فبراير 2005 (رقم ج ر عدد 15 س مؤرخة في 27 فبراير 2005) الموافق بقانون رقم 09/05 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل: 04 مايو 2005 (ج ر عدد 43 س المؤرخة في 22 يونيو 2005).
- الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري (المنشور ب: ج ر ج ج العدد 78 سنة 12 بتاريخ 24 رمضان عام 1300 الموافق ل:

- 30 سبتمبر 1975) والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1418 الموافق ل: 13 مايو 2007 (المنشور ج ر ج ج العدد 31 س 44).
- صلاح الفوال، علم الاجتماع الإسلامي، النصوص القرآني للمجتمع، دار الفكر العربي، مصر بدون طبعة وسنة، ص 33 .
 - موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، ج 1، الدار المصرية للكتاب، مصر ط 2، 1990، ص 133 .
 - بلخير سديد، المرجع السابق، ص 10 .
 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 20.
 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون طبعة، 1981، ص 92 وما بعدها .
 - كمال لبدع، مفهوم النظرية وأدلتها الشرعية. نظرية الأعدار الطارئة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجامعة الإسلامية بقسنطينة 1996، ص 2 .
 - الفقه لغة: العلم بالشئ والفهم له، إصطلاحا: هو العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية .
 - الإجماع لغة: يقصد به العزم والإتفاق، أما اصطلاحا يعني إتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم .
 - القياس، لغة: تقدير واصطلاحا: إلحاق فرع بأصل في حكمه للتساوي في العلة.
 - سورة النساء، الآية 59 .
 - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، بدون طبعة 1999، ص 139 .
 - قاسم يوسف، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية بيروت، ص 171 ،
 - سورة النساء، الآية 82 و 83 .
 - قاسم يوسف، نفس المرجع، ص 196 و 197 .
 - قاسم يوسف، نفس المرجع، ص 171 .
 - القواعد: جمع قاعدة، وهي تطلق في لغة العرب على الأساس، يقول علماء اللغة: قواعد البيت أساسه، وفي الإصطلاح الفقهي: تعني الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته، بمعنى أن يندرج تحت هذا الضابط أو هذا الأمر الكلي . مجموعة من الأحكام المتشابهة التي ترجع في جملتها إلى أصل واحد وهو (القرآن الكريم) .

- من سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم (2331).
- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص 97 .
- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 20 و 21 .
- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 17 و 18 .
- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 17 و 18 .
- **Cf. (C) Boutems. l'influence française dans le projet de code la famille en Algérie. R. A. 1982 n°:1. p5 et 5s**
- **Cf. (A) Mahiou, Rupture ou continuité du droit en Algérie R. A, N°:spécial 20 Anniversaire.**
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/11/12، ملف رقم 466390 م.م.ع، 2008، العدد 2، ص 319 .
- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189234، إ. ق. غ.أ. ش. عدد خاص، ص 176 .
- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 32 .
- المحكمة العليا: 1985/12/30، ملف رقم 39277، غير منشور، 1971/03/24، ن. ق، 1972 العدد 2، ص 72، 1968/06/12، ن. س، 1968، ص 114 .
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، د.م.ج، الجزائر، ط5، 2007، ص 25 و 26 .
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، أحكام الزواج، د.م.ج، الجزائر، ط6، 2010، ص 33 .
- أنظر محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية الاقنون، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، 2004، ص 74 .
- الغوثي بن ملحعة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، الجزائر، ط2، 2008، 8 و 9 .
- حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ط2، 1983، ص 13 .
- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، د.م.ج، الجزائر طبعة 1993، ص 43 .
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون طبعة، 1985، ص 13 .
- CF. (E) Pontavice. l'autonomie du droit de la famille 1974 – p10 et S (H) Batiffol Existence et spécificité du droit de la famille. in T 20 , 1975 , P7 et S.

- CF. (j) carbonnier. Essais sur les lois 1979 P 167 et S.
- CF. (j) carbonnier. flexible droit , 1971 , P28 et S.
- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 33 .
- الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص 9.
- المحكمة العليا، غ. إ. ش، 1997/06/10، ملف رقم 163414 م. ق، 1998، العدد 1، ص 120، (إن قواعد الميراث تتعلق بالنظام العام)

سُبل الحدّ من منح الإقامة التكمّسي

(دراسة مقارنة)

الأستاذة . أسيل عمر مسلم سلمان الخالد

مدرس القانون الجنائي – كلية القانون

جامعة البصرة- العراق

ملخص

أنصبت هذه الدراسة على سُبل الحد من منح الإقامة التكمّسي، وتم التطرق من خلال هذه (الدراسة التحليلية المقارنة) إلى التعريف بمفهوم الاقامات وشروط الحصول على الإقامة في العراق مقارنة مع قانون رقم (4 لسنة 2009) القطري الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم. فضلاً عن الجرائم الناتجة عن منح الإقامة التكمّسي وآليات مكافحتها أو الحد منها. وأن أهم ما توصلت إليه هذه الدراسة هو تشريع قانون خاص باستقدام الوافدين إلى العراق وربط ذلك باحتياجات سوق العمل فضلاً عن قانون جزائي يجرّم من خلاله منح الإقامة التكمّسي وسوء استعمال السلطة من قبل المستقدم، مع ملاحظة هذا الأخير ومقاضاته بعقوبات صارمة مانعة للحرية.

Ways to reduce the granting of Accommodation earn a living

“ Comparative study ”

Aseel Omar. Muslim

University of basrah, college of law

Abstract

This study focused on the ways to reduce the granting of Accommodation earn a living And was addressed through this(comparative analytical study)to the definition of the concept of residence and conditions of obtaining residence in Iraq in comparison with the Qatari Law No. 4 of 2009 on the regulation of the entry and exit of expatriates and their residence and sponsorship. As well as crimes resulting from Accommodation earn a living and the mechanisms of control or reduction, And the most important findings

of this study Is the enactment of a law on the recruitment of expatriates to Iraq and linking it to the needs of the labor market As well as a penal law criminalizing the granting of Accommodation earn a living and abuse of law by the applicant with the prosecution of the latter and punish him with Penalties strict anti-freedom.

مقدمة

أصبحت قضية منح الإقامة التكمسي ظاهرة مصاحبة لحالة التطور التي يمر بها المجتمع العراقي خاصة بعد التغيير السياسي الحاصل بعد 2003 وما رافق ذلك من الانفتاح على كافة الأصعدة من تنمية اقتصادية هائلة، كان من الأهمية استغلالها في تحقيق التنمية الشاملة في البلاد، وذلك من خلال تنفيذ العديد من المشاريع التنموية التي تهدف إلى التطور والنهوض بالاقتصاد العراقي، إلا أن هذه المشاريع تتطلب توافر الأيدي العاملة ذات المهارة والكفاءة اللازمة لتنفيذها، الأمر الذي يتطلب الاستعانة بالأيدي العاملة الوافدة بسبب انخفاض أجورها بالإضافة لكونها عمالة جاهزة ماهرة مدربة ومؤهلة، فضلاً عن ذوي الخبرات العالية رغم ارتفاع أجورها.

ولكن على الرغم مما ذكر فإن إساءة استعمال سلطة منح الإقامة وذلك من خلال استغلال الجهات المختصة بالاستقدام لحاجة الوافدين للإقامة والعمل، أدت إلى تزايد نسب الجريمة في المجتمع العراقي وظهور تحديات جديدة خاصة بعد 2003 وذلك لظهور صفقات وأعمال غير قانونية وجرائم الفساد المالي والإداري لوجود عمالة هامشية تبحث عن الرزق من خلال الجريمة كبديل للحصول عليه بطرق مشروعة الأمر الذي يهدد المستقبل الأمني والاقتصادي للمجتمع العراقي، الأمر الذي يستدعي إلى ضرورة تقنين وتنظيم دقيق لاستقدام الوافدين باتخاذ عدة إجراءات وصولاً إلى حماية رصينة للأمن والاقتصاد الوطني، ومن هنا تبرز الحاجة الماسة إلى ضرورة إعادة النظر لسن وإصلاح وتطوير التشريعات العراقية الخاصة بالاستقدام وتعظيم الاعتماد على الموارد البشرية الوطنية والتخطيط لترشيد وتقنين الاستقدام فضلاً عن تجريم إساءة استعمال سلطة منح الإقامة والاتجار بها، ووضع ضوابط وعقوبات صارمة للمستقدم والجهات المسؤولة عن الاستقدام.

أولاً: أهمية البحث

ترجع أهمية البحث في موضوع (سبل الحد من منح الإقامة التكمسي في القانون العراقي) إلى حجم الصفقات والجرائم والآثار السلبية التي تتركها هذه الظاهرة وما ينتج عنها من فساد مالي وإداري فضلاً عن وجود عمالة هامشية تتجه إلى الجريمة كوسيلة للحصول على المال بدلاً من الحصول عليه بطرق مشروعة،

كما تتمثل أهمية البحث في هذا الموضوع إلى خطورة مشكلة إساءة استعمال سلطة منح الإقامة، لما تمثله من انتشار مكاتب وشركات الاستقدام الوهمية التي تتاجر بالإقامات مقابل الحصول على أرباح من الوافدين.

ثانياً: مشكلة البحث

تتلخص مشكلة البحث في سبل الحد من منح الإقامة التكميبي في القانون العراقي بالآتي:-

- استخدام أعداد كبيرة من الوافدين من مختلف الدول وبشكل كبير للإقامة في العراق لقاء مبالغ نقدية متفق عليها بين الوافد والمستقدم ويجري ذلك في ظل غياب التقييم العلمي والعملية لآليات تنظيمها واستقطابها.

- هذا الأمر يجري في ظل غياب قانون خاص بتحديد مسؤوليات والتزامات المستقدم، لعدم وجود قانون ينظم استخدام الوافدين خاصة لغرض العمل.

الأمر الذي يدعو إلى تسليط الضوء على مشكلة الحد من منح الإقامة التكميبي بالاستناد إلى قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978) على الرغم من عدم انسجامه مع متطلبات المرحلة والتغيير الجذري لفلسفة المشرع العراقي بعد التغيير السياسي الحاصل بعد 2003، مقارنة بقانون رقم (4 لسنة 2009) القطري الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم

أن عملية استخدام الوافدين طبقاً للضوابط القانونية المعمول بها مقابل مبالغ مالية وذلك بالاتفاق بين الوافد والمستقدم ومن دون علم الجهات المختصة، وسواء قام المستقدم بتشغيل الوافد من عدمه، ومن هنا تتمثل مشكلة البحث في موضوع (الحد من منح الإقامة التكميبي) وذلك لتكديس أعداد كبيرة من الوافدين العاطلين عن العمل يعانون من سطوة تجار الإقامة، إذ لا يوجد لديهم دخل لتوفير متطلبات العيش ولا حتى تعويض المبالغ المالية التي دفعوها لتجار الإقامة للدخول إلى البلاد، وكل هذه الأمور مجتمعة قد تدفع بعضهم إلى استخدام طرق غير مشروعة لاكتساب المال كالسرقة وتجارة المخدرات، وبالتالي يتحول وجودها في المجتمع العراقي إلى بؤرة للجريمة خاصة في ظل غياب قانون خاص بتنظيم الاستخدام والرقابة الفعلية على المتقدمين ومكاتب الاستقدام، الأمر الذي يؤدي إلى ظهور مكاتب وشركات وهمية تعمل على منح الإقامة مقابل مبالغ نقدية.

الأمر الذي يدعو إلى تسليط الضوء على هذه المشكلة وصولاً إلى حماية رصينة للأمن الجنائي والاقتصادي للمجتمع العراقي.

ثالثاً: هدف البحث:

يحاول البحث تسليط الضوء على مشكلة تعدد المشاكل الخطيرة التي تعاني منها العديد من الدول، كمحاولة لتحليل واقع هذه المشكلة ومعرفة آثارها على المجتمع العراقي، باعتبارها أصبحت تشكل تهديداً خطيراً جديداً للعراقيين، مع إعطاء بعض الحلول المقترحة التي نراها ضرورية للحد من هذه المشكلة الخطيرة والمتعددة الأبعاد أو لتلافي آثارها.

رابعاً: منهجية البحث

اتبعت في البحث منهجاً تحليلياً مقارنةً نتناول فيه سبل الحد من منح الإقامة التكمي مقارنة مع قانون الإقامة القطري رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم. خامساً: خطة البحث:

إما بالنسبة لخطة البحث فقد عمدنا إلى تقسيم الدراسة إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول للتعريف بمفهوم الإقامة وشروط منحها، فضلاً عن الآثار الاقتصادية الناتجة عن منح الإقامة التكمي، أما المبحث الثاني فسنوضح فيه الجرائم الناتجة عن الفساد المالي والإداري الناتج عن منح الإقامة غير المشروعة وآليات مكافحتها أو الحد منها.

المبحث الأول: مفهوم الإقامة

سنسلط الضوء في هذا المبحث على مفهوم الإقامة وذلك بتقسيمه إلى مطلبين نوضح في المطلب الأول تعريف الإقامة، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه شروط إقامة الأجانب في العراق، في حين سيخصص المطلب الثالث لدراسة الآثار الاقتصادية الناتجة عن منح الإقامة التكمي.

المطلب الأول: تعريف الإقامة

لم يشر المشرع العراقي في قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (18 لسنة 1978) إلى مفهوم الإقامة على الرغم من تعريفه لوثيقة الإقامة بأنها الوثيقة التي تتضمن الأذن للأجنبي بالإقامة في العراق صادرة من سلطة عراقية مختصة⁽¹⁾.

وتُعرف الإقامة وفقاً للقانون الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم القطري رقم (4 لسنة 2009) على إنها: ترخيص يسمح بإقامة الوافد في الدولة في الأحوال والشروط التي يحددها هذا القانون ولائحته التنفيذية، والقرارات المنفذة له⁽²⁾.

يتضح من التعريف آنف الذكر، بأن الإقامة هي ترخيص يسمح بموجبه للوافد بالإقامة في الدولة بعد إتباع الشروط والإجراءات المنصوص عليها قانوناً.

⁽¹⁾ المادة (1/7) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118) لسنة 1978.

⁽²⁾ المادة (1) من قانون رقم (4 لسنة 2009) القطري الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا وضع تعريف لمفهوم الإقامة التكميلي على إنه: (عملية استقدام وافد وفقاً للقواعد القانونية المعمول بها، نظير مبالغ مالية بالاتفاق بين الوافد والمستقدم ومن دون علم الجهات المختصة).

يتضح من التعريف سالف الذكر، بأن الهدف الرئيس من الاستقدام هو حصول المستقدم على الربح المادي من الوافد.

وقد عرف المشرع القطري الوافد على أنه: كل شخص يدخل الدولة ولا يحمل جنسيتها⁽¹⁾.

أن إقامة الوافد أما أن تكون لغرض العمل وهنا يمكن أن نكون إزاء عمالة وافدة، والعمالة الوافدة بالنسبة للعراق: كل فرد غير عراقي يوجد على أرض جمهورية العراق سواء كان يعمل لحسابه الخاص أو لدى مؤسسات حكومية أو أهلية أو كان تابعاً للعامل بغض النظر عن العمل، كالأولاد مثلاً وبغض النظر عن جنسه أو جنسيته أو ديانته⁽²⁾.

وقد عرفت اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990 العامل المهاجر بأنه: الشخص الذي سيزاول أو ما برح يزاوّل نشاطاً مقابل أجر في دولة ليس من رعاياها⁽³⁾.

يتضح مما تقدم أن العمالة الوافدة: تشمل الأفراد الذين يدخلون العراق ذكوراً كانوا أو إناثاً بقصد العمل سواء ارتبطوا بعقد عمل قبل دخولهم إلى العراق أو بعد دخولهم، وسواء كان دخولهم إلى العراق أو بقائهم فيه مشروعاً أو غير مشروع وفقاً لقانون الإقامة.

من تعريف اتفاقية الأمم المتحدة سالف الذكر، يتضح بأن العمالة الوافدة يمكن إن تُسمى بهذه التسمية أو بالعمالة المهاجرة ومفهوم العمالة المهاجرة يُقصد به جميع الأفراد الذين يعيشون في بلدان غير مكان ولادتهم الأصلي⁽⁴⁾.

في الواقع نلاحظ إن الوافدين الذين يهدفون إلى الحصول على الإقامة وبالتالي العمل في العراق، ينقسمون إلى قسمين رئيسيين وهما: الوافدين العرب والوافدين الأجانب، ويتألف الوافدون العرب من معظم الدول العربية كمصر والسودان ولبنان وبلاد الشام والمغرب العربي، في حين يتألف الوافدون الأجانب من

⁽¹⁾ المادة (1) من قانون رقم (4 لسنة 2009) القطري الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽²⁾ د. إبراهيم بن عبد الكريم بن عيان، العمالة الوافدة في المملكة العربية السعودية والآثار السلبية المترتبة على وجودها وأدوار المؤسسات التربوية في الحد من استقدامها وتلافي آثارها، دراسات نفسية وتربوية، مخبر تطوير الممارسات النفسية والتربوية، العدد 6، جامعة الشقراء، المملكة العربية السعودية، 2011، ص4.

⁽³⁾ المادة (1/2) من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لسنة 1990.

⁽⁴⁾ محمد ديتو، إدارة سياسات العمالة المهاجرة في دول مجلس التعاون الخليجي مخاطر وفرص، بيروت، 2006، ص 11.

خليط هائل من الآسيويين والافريقيين والأوروبيين والأمريكيين، ويشكل الوافدون من الدول الآسيوية تكتلات بشرية كبيرة، لها تأثيرات اقتصادية وأمنية محسوبة على المجتمع العراقي⁽¹⁾.

المطلب الثاني : شروط منح الإقامة في العراق

لضمان حماية الأمن الجنائي والاقتصادي من مخاطر الوافدين وإساءة استعمال سلطة منح الإقامة في العراق لابدّ من تحقق عدة شروط وإجراءات لدخول الأجانب وخروجهم من العراق وبالتالي الحصول على إقامة مشروعة.

وعلى ضوء ما تقدم سنوضح في هذا المطلب شروط وإجراءات الحصول على الإقامة في العراق وذلك بتقسيمه إلى فرعين نتناول في الفرع الأول شروط دخول الأجانب وخروجهم من العراق، أما الفرع الثاني فسيخصص لبحث الشروط وللإجراءات الخاصة بالإقامة.

الفرع الأول: شروط دخول الأجانب وخروجهم

قد يحصل الوافد على إقامة بشكل أو بآخر لكن قد يكون دخوله الدولة غير مشروع، ولذلك لابدّ من توافر الشروط اللازمة لدخول الأجانب وخروجهم من العراق والتي نص عليها المشرع العراقي في قانون إقامة الأجانب رقم (118 لسنة 1978) وهي كالاتي⁽²⁾:-

« لا يجوز دخول الأجنبي أراضي الجمهورية العراقية أو الخروج منها إلا وفق الشروط التالية:

1- أن يكون حاملاً جواز سفر ساري المفعول صادر من سلطة مختصة في بلده أو أية سلطة أخرى معترف بها أو أن يكون حاملاً وثيقة تقوم مقام الجواز صادرة من سلطة مختصة تحول حاملها حق العودة إلى البلد الذي صدرت منه الوثيقة.

وبالمقارنة مع القانون القطري الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم رقم (4 لسنة 2009) فنلاحظ أنه قد نص على أيضاً على عدم جواز دخول الوافد إلى الدولة أو الخروج منها إلا إذا كان يحمل جواز أو وثيقة سفر سارية المفعول، فضلاً عن حصوله على سمة دخول من الجهات المختصة يبين فيها الغرض من دخول البلاد.

2- أن يكون حائزاً على سمة الدخول مؤشرة في جواز سفره أو وثيقة السفر.

⁽¹⁾ باقر النجار، العمالة الأجنبية وقضايا الهوية في الخليج العربي، مجلة عمران، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات، العدد 3، 2013، ص 8.

⁽²⁾ المادة (3) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978).

3- أن يسلك في دخوله العراق أو خروجه منه إحدى الطرق المعينة في قانون جوازات السفر. وإلى هذا أشار القانون الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم القطري رقم (4 لسنة 2009) في المادة (3) منه والتي نصت على الآتي: "لا يجوز للوافد أو الخروج منها إلا من المنافذ، التي يحددها الوزير لدخول الدولة أو الخروج منها..".

4- أن يملاً ويوقع استمارة خبر الوصول التي يقرر شكلها الوزير".

وبالمقارنة مع القانون القطري رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم فنلاحظ أن المادة (5) منه قد نصت على الآتي: "على كل من الكفيل والوافد مراجعة الجهات المختصة، خلال سبعة أيام عمل من تاريخ دخول الوافد إلى البلاد، لاستكمال إجراءات الترخيص بالإقامة أو زيارة العمل. ويجوز للجهة المختصة أن تصرح للكفيل أو الوافد بأن ينيبا عنهما من يقوم ببعض الإجراءات..".

فضلاً عما تقدم فقد اشترط المشرع القطري على الوافد خلال إقامته في الدولة إن يقدم إلى الجهات المختصة، جواز أو وثيقة السفر متى ما طُلب منه ذلك وأن يدي بما يُسأل عنه من بيانات في المدة التي حُددت له، وفي حالة فقد أو تلف جواز أو وثيقة السفر عليه أن يبلغ الجهة المختصة فور اكتشافه ذلك فضلاً عن استخراج بدل فاقد أو تالف⁽¹⁾.

بالإضافة لما تقدم فقد نص المشرع العراقي في قانون إقامة الأجانب رقم (118 لسنة 1978) على سمة أو تأشيرة الدخول وهي: إذن بدخول الوافد الدولة⁽²⁾ في المادة (1/6) منه وكالآتي: "سمة الدخول- الموافقة على دخول الأجنبي أراضي الجمهورية العراقية يؤشر في جواز سفره من القنصل العراقي أو من يقوم مقامه أو أي جهة ترعى مصالح الجمهورية العراقية في الخارج أو من يخوله الوزير".

وفيما يتعلق بسمة الدخول نلاحظ أن المشرع العراقي قد ذكر السمات بالغرض منها، كسمة المرور مثلاً والسمة السياسية وغيرها من سمات الدخول ولم يشر مطلقاً إلى سمة العمل، وهذا الأمر من الأهمية إذ يمكن للمستقدم استغلال الوضع والتكسب بالإقامة بوعده الوافد بتوفير فرصة عمل مثلاً وحصوله على الإقامة بمقابل نقدي، وبهذا الشأن نرى ضرورة النص على سمة العمل وإمكان دخول الوافد لغرض العمل باتباع الإجراءات القانونية الخاصة بالعمل فضلاً عن الإقامة⁽³⁾.

⁽¹⁾ المادة (6) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽²⁾ المادة (1) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽³⁾ للمزيد من المعلومات يُرجع نص المادة (4) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978).

فضلاً عما تقدم نلاحظ أن سمات الدخول محددة فيها الإقامة بمدد معينة وبالتالي نرى ضرورة تحديد سمة دخول العمل بمدة معينة وعند الاستمرار يجب تحديد التراخيص الخاصة بها، وربط سمة الدخول للعمل باحتياجات سوق العمل الفعلية من الاختصاصات المطلوبة.

وعند استقراء أصل المادة (4) من القانون القطري الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم القطري رقم (4 لسنة 2009)، نجد أنها تنص على حظر منح سمة الدخول للعمل للوافد الذي سبق له الإقامة في الدولة للعمل إلا بعد مرور سنتين من تاريخ المغادرة⁽¹⁾، ونعتقد أن لهذا الشرط آثار إيجابية وتوفير فرص العمل للموارد البشرية الوطنية، بالإضافة إلى عدم ترسيخ شعور المواطن بإزاء هذه المهنة واعتقادهم بكونها عمل وضيع وخاص بالوافد، وعلى أساس ذلك كان الأجدر بالمشرع العراقي السير على خطى المشرع القطري بالنص صراحة على هذا الشرط.

يتضح من نص المادة (1/6) من قانون إقامة الأجانب العراقي المذكور سلفاً، أن سمة الدخول أمر مهم لا بدّ من تأشيرته في جواز سفر الوافد، ويتفق قانون تنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم القطري رقم (4 لسنة 2009) إلى حدّ ما مع القانون العراقي، إذ نلاحظ إنه قد نص في المادة (2) منه على الآتي: "لا يجوز للوافد دخول الدولة إلا إذا كان يحمل جواز أو وثيقة سفر سارية المفعول، وحاصلاً على سمة دخول من الجهة المختصة مبيناً فيها الغرض من الدخول".

وللحصول سمة الدخول يجب توافر الشروط التي تطلبها القانون وهي شروط تتعلق بطالب السمة وشروط أخرى تتعلق بالبيانات الواجب عليه تقديمها إلى الجهات المختصة.

أما بالنسبة للشروط الواجب توافرها في طلب سمة الدخول فهي كالآتي⁽²⁾:-

1- أن يقدم إلى المثلثية العراقية في الخارج ما يثبت إمكانياته المالية للمعيشة خلال مدة بقائه في جمهورية العراق، ونرى لهذا الشرط أهمية كبيرة وضرورة احترازية للوقاية من مما يمكن أن يقع من مخاطر اقتصادية وأمنية ناتجة عن عدم حصول الوافد على عمل مما يقوده للحصول عليه بطرق غير مشروعة.

2- عدم وجود مانع من دخوله أراضي جمهورية العراق لسبب يتعلق بالصحة العامة أو الأمن أو الآداب العامة أو الاقتصاد القومي، إذ نرى ضرورة خضوع الوافد لفحص طبي ونرى لهذا القيد أهمية كبرى تتجسد في التحقق من اللياقة الطبية أو الصحية للوافد بحيث يكون خالياً من الأمراض

⁽¹⁾ المادة (4) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽²⁾ المادة (5) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978).

المعدية التي قد ينقلها هؤلاء الوافدين من دولهم، لذا فإن الفحص الطبي لازماً لمنع انتشار الأمراض والأوبئة.

3- أن لا يكون متهماً أو محكوماً عليه خارج العراق بجرمة يجوز تسليمه من أجلها.

4- أن لا يكون قد صدر أمر بأبعاده من جمهورية العراق.

وبهذا الشأن يقع على عاتق الجهات المختصة في الجوازات التأكد من تأشيرات الدخول والموافقة من الجهات المختصة وهذا ما يضمن عدم تسلل الأشخاص إلى الجمهورية العراقية بطرق غير مشروعة.

أما فيما يخص البيانات الواجب تقديمها من قبل طالب السمة فهي كالآتي⁽¹⁾:-

1- الغرض من دخوله أراضي الجمهورية العراقية.

2- الجهة التي ستمده بالمال في حال نفاذ ماله.

3- عنوانه الذي سيحل فيه في الجمهورية العراقية.

4- نسختين من تصويبه الشمسي.

5- أي معلومات أخرى يقررها الوزير.

الفرع الثاني: شروط وإجراءات منح الإقامة

بعد توافر الشروط الخاصة بدخول الأجانب وخروجهم من العراق لابد من الحصول على ترخيص بالإقامة إذ يعدّ الترخيص بالإقامة من أهم شروط الحصول على إقامة مشروعة.

وينصرف معنى الترخيص الخاص بالإقامة إلى الإذن الذي يُمنح للأفراد من الجهات الإدارية المختصة للسماح لهم بالإقامة بعد أن تتحقق من توافر الشروط القانونية اللازمة لذلك⁽²⁾.

وقد نصّ المشرع العراقي في المادة (1/7) على وثيقة الإقامة وكما ذكرنا فيما تقدم بأنها الوثيقة التي تتضمن الأذن للأجنبي بالإقامة في العراق واشترط أن تكون صادرة من سلطة عراقية مختصة.

أما القانون القطري الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم رقم (4 لسنة 2009) فقد نصّ على الإجازة أو الترخيص كشرط للحصول على الإقامة إذ نصّ في المادة (9) منه على الآتي: « يجب على كل وافد للإقامة في الدولة أن يحصل من الجهة المختصة على ترخيص بذلك ويلتزم الكفيل بإنهاء

⁽¹⁾ المادة (6) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978).

⁽²⁾ عبد الأمير علي موسى، النظام القانوني للتأشيرات والإجازة في التشريع العراقي، (رسالة ماجستير)، جامعة بغداد، 1981، ص 106.

إجراءات الإقامة وتجديدها، على أن يتم التجديد خلال مدة لا تتجاوز تسعين يوماً من تاريخ انتهائها وعلى الكفيل تسليم المكفول جوازه أو وثيقة سفره بعد الانتهاء من إجراءات الإقامة أو تجديدها⁽¹⁾.

يتضح من نص المادة أعلاه، أهمية الحصول على إقامة مشروعة، ونلاحظ أن المشرع القطري قد ألزم كفيل الإقامة بإنهاء إجراءات الإقامة وبالتالي يقع على عاتق الكفيل الالتزام بما نص عليه القانون وهذا الشرط له أهميته لضمان عدم وجود وافد مخالف لشروط الإقامة، ولم يُضمن المشرع العراقي قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118) لسنة 1978 بنداً ينص على كفيل الإقامة وقد فعل حسناً بذلك لتجنب التكسب بالإقامات الذي يمكن أن يتم بواسطة الكفلاء فضلاً عن أهمية التعامل المباشر مع الجهات المختصة بدلاً من التعامل مع الكفيل.

فضلاً عما تقدم فقد تضمن القانون القطري أيضاً شرطاً بعدم جواز مخالفة الوافد الذي رُخص له بالدخول أو الإقامة لغرض معين أو العمل في جهة معينة مخالفة الغرض الذي رُخص من أجله، وعليه مغادرة البلاد خلال تسعين يوماً بعد انتهاء هذا الغرض أو العمل، أو إلغاء الإقامة لأي سبب⁽¹⁾، ونعتقد بأن هذا الشرط له أهميته للحدّ قدر الإمكان من الآثار السلبية والجرائم التي تقع من بعض الوافدين.

وفيما يخص إجراءات الإقامة في العراق نلاحظ أن المادة (10) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118) لسنة 1978) قد نصت عليها وهي كالآتي:

”1- على الأجنبي أن يملاً ويوقع الاستمارة التي يقرر شكلها الوزير ويقدمها إلى ضابط الإقامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ دخوله ويجوز للمدير أو ضابط الإقامة إعفاء الأجنبي من الحضور شخصياً لاعتبارات خاصة بالمجاملات الدولية أو لعذر مقبول وفي هذه الحالة تقبل مراجعة من ينوب الأجنبي في تقديم الاستمارة المذكورة، ويستثنى من ذلك الأجنبي المقيم في أراضي الجمهورية العراقية ومن يحمل سمة زيارة أو سياحة“.

وبالمقارنة مع المشرع القطري نلاحظ بأنه قد نص على الإجراءات الخاصة بمنح الإقامة في المادة (5) من قانون رقم (4) لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم والتي ألزمت الكفيل والوافد بمراجعة الجهات المختصة، في مدة حددها بسبعة أيام من تاريخ دخول الوافد إلى البلاد، لاستكمال إجراءات الترخيص بالإقامة، ويمكن للكفيل أو الوافد إنابة غيره للقيام بهذه الإجراءات. وعلى الوافد خلال مدة إقامته في الدولة إن يقدم إلى الجهة المختصة جواز أو وثيقة السفر متى ما طُلب منه ذلك، وأن يدلي بالبيانات التي يُسأل عنها في المدة المحددة من قبل الجهات المختصة⁽²⁾.

⁽¹⁾ المادة (11) من قانون رقم (4) لسنة 2009) القطري الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم

⁽²⁾ المادة (6) من قانون رقم (4) لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

فضلاً عما تقدم فقد نص القانون القطري المذكور سلفاً، إلى مسألة كفالة الوافد ونص على أن يكون لكل وافد مُنحت له سمة لدخول الدولة كفيل⁽¹⁾، وعلى أساس ذلك يمكننا طرح التساؤل الآتي: ما هي الشروط الواجب توافرها في كفيل إقامة الوافد أو المستقدم؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول بأن المشرع العراقي لم يشر في قانون إقامة الأجانب على كفيل الإقامة، أما المشرع القطري فقد أشرط توافر عدة شروط في كفيل الإقامة وهي كالاتي⁽²⁾:-

1- أن يكون قطرياً، أو وافداً مقيماً في الدولة وفقاً للقانون، فإذا كان الكفيل شخصاً معنوياً تعين أن يكون مركزه الرئيسي في الدولة أو له إدارة فرعية بها. ونعتقد أن غرض تحديد الشخص على هذا النحو هو التحقق من شخصية كفيل الإقامة أو صاحب العمل وصفته، ومدى أحقيته باستقدام الوافدين على كفالته وتحمله المسؤولية.

2- أن يكون مؤهلاً لتحمل تبعات الكفالة التي يفرضها هذا القانون، وأن يلتزم بعمل الوافد لديه وتحت إشرافه إذا كان قادماً للعمل. وهذا الأمر له أهميته أيضاً إذ يساعد في التخلص من مسألة هروب الوافدين القادمين للدولة لغرض العمل، خاصة في حالة عدم التزامه بتوفير العمل أو إجبار الوافد على القيام بعمل آخر أو بأجر لا يتناسب وطبيعة العمل، إذ أن التزام المستقدم بعمل الوافد وأشرافه ورقابته عليه يساعد الوافد على الالتزام بعمله بالشروط والإجراءات المتفق عليها مع المستقدم، فضلاً عن حماية الأمن الوطني من مخاطر البطالة وبالتالي الجريمة التي تقع من هؤلاء الوافدين، وبهذا الشأن لا بدّ للمستقدم من أن يقدم ضمانات تثبت تحمله تبعات الاستقدام والتزامه اتجاه الوافد القادم لغرض العمل، ونعتقد أن لهذا الأمر أهمية بالغة للتخلص من سطوة المستقدمين وبالتالي التخلص من الاتجار بالإقامات، ونرى بهذا الشأن أن تشكل لجنة مختصة للتفتيش والمراجعة لضمان تحقق أحكام القانون والتزام المستقدمين.

⁽¹⁾ للمزيد من التفاصيل يُراجع نص المادة (18) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽²⁾ المادة (19) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

وفيما يخص مسؤولية كفيل الإقامة نلاحظ أن المشرع القطري قد أكد على أن يكون الكفيل مسؤولاً عما يترتب من التزامات في ذمة مكفولة الوافد، إذ اخطر عنها ووافق بها كتابته، ولم تكن للمكفول أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها⁽¹⁾، وفي إخلال الكفيل بالتزاماته اتجاه مكفوله الوافد فعندئذٍ جاز للوزارة إذا كان الكفيل موظفاً عاماً، استيفاء نفقات ترحيله من راتبه ومستحققاته بالتنسيق مع جهة عمله⁽²⁾، وقد فعل المشرع القطري حسناً بالنص على ذلك لضمان عدم تخلي المستقدم عن التزامه اتجاه الوافد خاصة الوافد لغرض العمل، وبالتالي التقليل من نسب الجرائم المرتكبة من الوافدين الباحثين عن فرص عمل.

أما الالتزامات التي يجب على الكفيل تحملها فقد نص عليها المشرع القطري في المادة (24) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم ومن هذه الالتزامات: إعادة الوافد الخاضع لقانون العمل الذي يكفله إلى بلده عند انتهاء ترخيص إقامته أو إلغائها أو صدور أمر بترحيله. فأن أمتنع الوافد عن مغادرة البلاد في هذه الحالات فعندئذٍ يقع على عاتق الكفيل إخطار السلطات المختصة لترحيله مع سداد نفقات الترحيل، وذلك بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ الإبلاغ عن هروبه، ونرى لهذا الالتزام أهمية بالغة لضمان إلزام المستقدم بتنفيذ متطلبات القانون وبالتالي ضمان حماية الأمن الاقتصادي والاجتماعي من مخاطر الوافدين، فضلاً عما تقدم للسلطات المختصة إلزام كفيل الإقامة بتقديم كفالة بنكية، لضمان وفاء الكفيل بالتزاماته اتجاه الوزارة والوافد⁽³⁾، ولهذا الضمان أهمية كبرى تتجسد بعدم قدرة المستقدمين بترك الوافدين حال استقدامهم وحصولهم على الربح المادي.

أن المشرع القطري في القانون المذكور آنفاً وكضمان لالتزام الكفلاء بمن يستقدمونهم من الوافدين، فقد تطلب أن يكون إذن خروج الوافد موقفاً من كفيل الإقامة، أو وكيله أمام الجهات المختصة، وأن يكون توقيعه على إذن الخروج مطابقاً لتوقيعه المحفوظ لدى هذه الجهات⁽⁴⁾.

وبناء على ما تقدم نلاحظ أن المشرع العراقي لم ينص على التزامات أو شروط يجب توافرها لضمان التزام المستقدم بتوفير فرص العمل المتفق عليها لمن استقدمهم من الوافدين لغرض العمل خاصة إذا كان المستقدم هو نفسه صاحب العمل سوى بعض النصوص في قانون العمل النافذ رقم (37 لسنة 2015) والخاصة بإلزام صاحب العمل بمنح العامل الذي استقدمه إلى العراق تذكرة سفر إلى البلد الذي استقدمه منها على نفقته ما لم يكون قد انقطع عن العمل قبل انتهاء مدة العقد لسبب غير مشروع، فضلاً عن

⁽¹⁾ المادة (23) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽²⁾ المادة (25) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽³⁾ للمزيد من التفاصيل يُراجع المادة (24) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽⁴⁾ للمزيد من التفاصيل يُراجع المادة (26) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

تحمله نفقات نقل جثمانه إلى بلده وذلك عند طلب ذويه⁽¹⁾، وهذا النقص التشريعي يسمح للمستقدمين من التمادي في الاستقدام مقابل الربح المادي، لذا نرى من الضروري تضمين القوانين على التزامات وتحديد مسؤوليات وشروط يجب توافرها في المستقدم اتجاه من يستقدمهم.

فضلاً عما تقدم، نلاحظ أن المشرع القطري قد عمل على تحديد المسؤول عن كفالة الوافد وحددها بصاحب العمل إذا كان الوافد لغرض العمل أو مضيفه المقيم في الدولة إذا كان غرض الوافد الزيارة⁽²⁾. وعلى الرغم من إغفال المشرع العراقي تحديد مسؤوليات والتزامات مسقدم الوافد إلا أنه عمل في نفس الوقت على إعطاء الحق للوزارة ومنظمات الأعمال فضلاً عن منظمات أصحاب العمل كلاً على حده بإجراء اتصالات وتبادل المعلومات مع الجهات المناظرة لها في دول العمال الأجانب التي قدموا منها وعقد الاتفاقيات الثنائية بهدف متابعة شروط استخدام وظروف عمل هؤلاء العمال من كلا الطرفين وذلك بغية ضمان الاستخدام العادل والمساواة في الفرص والمعاملة⁽³⁾.

المطلب الثالث : الآثار الاقتصادية الناتجة عن منح الإقامة التكميبي

ينتج عن تزايد تدفق الوافدين وعدم وجود ضوابط تحدد استقدامهم إلى آثار اقتصادية تؤثر سلباً على الاقتصاد الوطني وتمثل هذه الآثار بالآتي:-

1- التحويلات المالية المتزايدة للوافدين إلى بلدانهم الأصلية، تجعل أثر هؤلاء الوافدين على السوق المحلي يقل بدرجة كبيرة عما تشير إليه دخولهم خاصة من يحصل منهم على فرص عمل، ويمكن ملاحظة الأثر السلبي لهذه التحويلات على الاقتصاد الوطني بشكل واضح إذ تشكل هذه التحويلات استنزافاً لموارد العراق وتسرب مخزوناً كبيراً من العملات الأجنبية الصعبة إلى خارج البلاد، ويتضح من خلال حجم التحويلات النقدية بأنها تشكل نسبة كبيرة من إيرادات الدولة وهذه التحويلات الباهظة ذات آثار اقتصادية مدمرة بصورة مباشرة للاقتصاد العراقي، لما تحدثه من نزيف في السيولة المحلية ليصب في شرايين اقتصاديات دول أخرى، وتعمل في نفس الوقت على دعم الاقتصاد في دول العمالة الوافدة⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ المادة (35) من قانون العمل العراقي النافذ رقم (37 لسنة 2015).

⁽²⁾ للتفاصيل يُراجع نص المادة (21) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽³⁾ للمزيد من التفاصيل يُراجع نص المادة (30/أولاً وثانياً) من قانون العمل العراقي النافذ رقم (37 لسنة 2015).

⁽⁴⁾ عبد القادر أسحق إسماعيل، التنمية الاقتصادية في دول مجلس التعاون الخليجي ومناقسة الموارد البشرية الوافد لمثيلاتها الخليجية، الأكاديمية العربية بالدنيمارك، كلية الإدارة والاقتصاد، 2009، ص11 و13 وصالح أحمد سالم هويمل العامري،

- 2- التكاليف المالية للوافدين لها أثر كبير على الاقتصاد الوطني وتمثل هذه التكاليف بزيادة الضغط على السلع والخدمات، مما يؤدي إلى زيادة النفقات، إذ نلاحظ أن الوافدين يحصلون على خدمات التعليم والصحة فضلاً عن استخدام المرافق العامة دون مقابل أو بمقابل رمزي مما يساهم في رفع معدلات الأنفاق الحكومي العام لدعم تلك الخدمات والسلع وهذا بدوره يؤدي إلى ارتفاع العجز في الميزانية العامة للدولة⁽¹⁾.
- 3- ازدياد واحتقار بعض المهن نتيجة لممارستها من قبل الوافدين لفترات طويلة⁽²⁾، لذلك نرى أن المشرع العراقي قد فعل حسناً عندما أشتراط أن تكون مدة أجازة العامل الأجنبي سنة واحدة وتحدد فقط عند الحاجة أي تحديد مدة عمل العامل الوافد⁽³⁾.
- 4- أعاققة برامج التنمية البشرية وذلك بسبب تزايد أعداد العمالة الوافدة وإغراق أسواق العراق من هذه العمالة بأجور منخفضة⁽⁴⁾، ونلاحظ أن هذا الأمر يعيق تشغيل المواطنين العراقيين وتأهيلهم لسد احتياجات العراق من العمالة لوجود عمالة وافدة مدربة وجاهزة وبأجور منخفضة في نفس الوقت، وبالتالي حرمانهم من فرص تطوير قدراتهم ومهاراتهم.

التغطية الصحفية لقضية العمالة الوافدة في صحافة الإمارات (دراسة تحليلية)، (رسالة ماجستير)، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية العلوم الإنسانية، عمان ص 45.

⁽¹⁾ د. إبراهيم بن عبد الكريم بن عيبان، مرجع سابق، ص 17.

⁽²⁾ بان علي حسين المشهداني، العمالة في دول مجلس التعاون الخليجي (التحديات والحلول)، مركز دراسات البصرة والخليج العربي، مجلة الاقتصادي الخليجي، العدد 24، 2013، ص ص 3.

⁽³⁾ المادة (5) من التعليمات الخاصة بممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (18 لسنة 1879).

⁽⁴⁾ د. إبراهيم بن عبد الكريم بن عيبان، مرجع سابق، ص 17.

المبحث الثاني : الجرائم الناتجة عن منح الإقامة التكمي وآليات مكافحتها أو الحدّ

منها

أن استقدام أعداد كبيرة من الوافدين للإقامة في العراق لقاء مبالغ مالية متفق عليها بين الوافد والمستقدم، بالتأكيد يعود بجوانب سلبية على الأمن الاقتصادي والاجتماعي والسياسي مكوناً بيئة غير آمنة لعدم التزام المستقدم أي الأشخاص المسؤولين عن استقدام الوافدين سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أم معنويين كأن يكونوا شركات أو مكاتب خاصة تعمل على استقدام الوافدين الأجانب مقابل مبالغ نقدية وعدم التزامهم بالاتفاقات التي يعقدونها مع الوافد، وكنيجة لعدم وجود تشريع خاص ينظم الاستقدام فضلاً عن قصور قوانين الإقامة، الأمر الذي قد يؤدي بهؤلاء الوافدين إلى العمل لحسابهم الخاص دون موافقات أو تراخيص رسمية تسمح بذلك وتمثل هذه الفئة جزءاً من العمالة الهامشية أو السائبة التي تدخل إلى البلاد بتأشيرات بوساطة المستقدم أي المتكسب من منح الإقامة، مقابل مبالغ نقدية يدفعها الوافد إلى المستقدم، ويمكننا القول بأن خطورة هذا النوع من الوافدين يكمن في كونهم فئة غير مسيطر عليها لا تخضع لضوابط في حركتها وانتقالها.

يتضح مما تقدم بأن هناك وافدين يبحثون عن فرص عمل، ويتحول وجودهم الجماعي إلى بؤرة للجريمة في بعض المدن الرئيسية، حيث تتركز الكثافة السكانية وتوجد الأحياء العشوائية، وتتوافر فرص الإيواء لهم للهروب من متابعة الجهات الأمنية لهم لتطبيق الأنظمة المتعلقة بالإقامة والعمل، وإذا كان هناك دور حقيقي لبعض المستقدمين في خلق الجريمة، فإن ذلك غير مفعّل من الناحية النظامية، كما أن آليات تتبع هؤلاء الوافدين والمستقدمين لا تحقق الغرض منها، وهو ترحيل الحالات الخطرة، منها فضلاً عن فرض عقوبات صارمة على مستقدميها.

ولأهمية ما تقدم سنوضح في هذا المبحث جرائم ناتجة عن الاتجار بالإقامات وآليات مكافحتها أو الحدّ منها، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول نماذج جرمية ناتجة عن منح الإقامة التكمي، أما في المطلب الثاني فسيخصص لآليات مكافحة منح الإقامة التكمي أو الحدّ منها.

المطلب الأول : نماذج جرمية ناتجة عن منح الإقامة التكمي

سنتناول في هذا المطلب نماذج جرمية ناتجة عن منح الإقامة التكمي وكالاتي:-

الفرع الأول: جرائم السرقة

تشمل سرقة السيارات والمنازل والمحلات التجارية والدراجات فضلاً عن محاولات السرقة والسرقة بالإكراه، ونرى أن جرائم السرقة تقع من الوافدين وذلك لتفاهم مشكلة البطالة بين صفوفهم بسبب عدم التزام المستقدم لغرض العمل بتوفير العمل ألالزم والذي من أجله يجب استقدامهم، فضلاً عن ذلك عدم

تفعيل النصوص القانونية الخاصة بالتزامات المستقدم، مما يؤدي إلى عدم تحقيق الأمن الوظيفي وهذا بدوره يؤدي إلى ارتفاع معدلات الجريمة.

أن البطالة والتي تنتج عن استخدام أعداد كبيرة من الوافدين دون حصولهم على العمل المطلوب تشكل مشكلة من أهم المشاكل التي تسعى الدول رغبة في حلها وأزالتها إذ تعمل تلك الدول على إتباع مختلف الوسائل للقضاء عليها أو الحد منها، لما لها من آثار خطيرة على الأمن الوطني الاقتصادي والجناحي تبدأ بالفقر وتنتهي بالانحراف والجريمة. إذ يعدّ الأمن الاقتصادي من أهم مؤشرات الأمن البشري، فالأمن الاقتصادي هو حجر الزاوية الأساس في استقرار المجتمع والحماية من الفقر والتهديدات الخطيرة المفاجئة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الجرائم الأخلاقية

ترتكب الجرائم الأخلاقية من بعض الوافدين وذلك لأسباب تتعلق بهم وبخصائصهم المتميزة عن مواطني الدولة، ونلاحظ أن من أهم أسباب إقدام الوافدين على ارتكاب الجرائم الأخلاقية هي اختلاف ثقافة الوافدين عن مواطني الدولة، إذ أن بعض هذه الأفعال هي أفعال غير مجرمة في ثقافتهم وفي دولهم الأم فضلاً عن عدم تجريمها في تشريعاتهم، الأمر الذي يؤدي بهم إلى ارتكاب هذه الأفعال المجرمة خاصة من قبل غير المسلمين منهم، ومن الجرائم الأخلاقية التي يرتكبها الوافدين هي جرائم الدعارة والاعتصاب والإجهاض ومحاولة الزنا وغيرها⁽²⁾.

بالإضافة لما تقدم نلاحظ إن ارتفاع نسبة الذكور الذين يمثلون الأغلبية من الوافدين يؤدي إلى ارتفاع معدلات الجرائم الأخلاقية⁽³⁾

يتضح مما تقدم أن اختلاف الثقافات بين الوافدين وبين مواطني الدولة يمكن ملاحظتها في المجتمع العراقي خاصة وأن المجتمع العراقي يتميز بخصوصية من حيث كونه من المجتمعات المحافظة وارتباطه بالقيم الدينية والعربية وتقاليدها العريقة، ووجود الوافدين من جميع بلدان العالم باختلاف عاداتها وتقاليدها ولغاتها وقيمها الاجتماعية، وتميزها بثقافات مختلفة ومغايرة للأنظمة في العراق وبذلك يقعون في الفعل المجرم، كما أنهم قد يلجئون إلى وسائل غير مشروعة من أجل تحقيق أهدافهم.

الفرع الثالث: جرائم أخرى

⁽¹⁾ بان علي حسين المشهداني، مرجع سابق، ص 2 ود. عيادة سعيد حسين، البطالة في الاقتصاد العراقي: أسبابها_ سبل معالجتها، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد رقم 4، العدد 8، كلية الإدارة والاقتصاد، 2012، ص 91.

⁽²⁾ نعيم بن جزاء الطويرشي، العمالة الوافدة وعلاقتها بالجريمة من حيث أسبابها وأنواعها في المجتمع السعودي، دراسة ميدانية في السجن العام بمدينة جدة، (رسالة ماجستير)، جامعة مؤتة، 2010، ص 26.

⁽³⁾ د. رشود بن محمد الخريف، الخلل السكاني في دول مجلس التعاون الخليجي: الحلول والمواجهة، المؤتمر العربي للسكان والتنمية في الوطن العربي: الواقع والأفاق، جامعة الملك سعود، الرياض، 2009، ص 12.

فضلاً عما تقدم يمكننا القول بأن هناك جرائم أخرى على درجة من الخطورة ومنها جرائم المخدرات والمسكرات كشراب الخمر والأفيون والهيروين وصنعها وبيعها أو حيازتها، ومن المعروف بأن هذا النوع من الجرائم على درجة كبيرة من الخطورة لما يمكن أن تؤدي إلى الإضرار بالأمن الوطني، فضلاً عن ارتكاب جرائم أخرى كالقتل والسرقة للحصول على المال والاعتداء على الأموال العامة أو الخاصة.

بالإضافة لما تقدم يرتكب الوافدون جرائم القتل العمد والقتل الخطأ، والانتحار فضلاً عن الحريق والتزوير والتزييف والنصب والاحتيال، وانتحال شخصية الغير وحيازة السلاح بدون ترخيص فضلاً عن جرائم إتلاف ممتلكات الغير عمداً⁽¹⁾ والتسول وعصابات تهريب البشر، فضلاً عن أن هناك جرائم على درجة كبيرة من الخطورة كجرائم تمرير المكالمات الدولية وجريمة التجسس، ويمكننا القول بأن هناك نوع من الوافدين قد يكون مدفوعاً من جهة خارجية لتحقيق أغراض معينة من تجسس أو نشر أفكار منحرفة أو للتعرف على طبيعة البلد وحال أهلها ونقاط القوة والضعف فيهم فضلاً عن مواطن التأثير عليهم.

يتضح مما تقدم إن استقدام الوافدين الأجانب وكما أشرنا يؤدي إلى نشوء تجمعات سكانية لها قيمها المغايرة وثقافتها المتباينة عن قيم وثقافة المجتمع العراقي وان حاجة هذه التجمعات إلى المال من جهة، فضلاً عن استقدامها من دول قد تعاني من البطالة وسوء الأوضاع الاقتصادية يجعل أمر استمرارية وجودها بحثاً عن العمل والغنى أمراً ممكناً، ويزيد الأمر خطورة مطامع المستقدمين الذين يسعون جاهدين إلى استقدام إعداد من هؤلاء الوافدين استغلالاً لحاجتهم إلى الإقامة وذلك تحقيقاً للأرباح الطائلة بغض النظر عن أمن وسلامة الدولة.

لكل ما تقدم يمكننا القول بأن مشكلة منح الإقامة التكميبي تعد بحد ذاتها جريمة اقتصادية وذلك لخرقها نظم وتشريعات العمل والإقامة وكما هو معروف بأن قواعد قانون العمل تعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها كما يعد المساس بها من قبيل الجريمة وكما أشرنا فيما تقدم فأن مشكلة منح الإقامة التكميبي تعد من المشاكل الخطيرة على الأمن والاقتصاد الوطني.

بعد عرض أنماط الجرائم المرتكبة من قبل الوافدين إلى المجتمع العراقي، يمكننا طرح التساؤل الآتي:

ما أسباب ارتكاب الوافدين لهذه الجرائم؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول بأن مشكلة منح الإقامة التكميبي تعد السبب الرئيس لارتكاب الوافدين لهذه الجرائم، ويعود ذلك إلى عدة أسباب يمكننا تلخيصها بالآتي:

1- الحاجة للمال وهو السبب الأهم بالنسبة الوافدين لارتكاب الجريمة ويمكن القول بأن الفقر الذي

يعاني منه هؤلاء الوافدين وقلة الموارد وسوء الأحوال المعيشية يدفعهم إلى دفع المبالغ النقدية

⁽¹⁾ نعيم بن جزاء الطويرشي، مرجع سابق، ص 27 و28.

للمستقدمين لتوفير إقامة والدخول إلى الدولة لغرض العمل وتحسين ظروفهم المعيشية، هذا إلى جانب أن بعض الوافدين لم يحققوا أهدافهم في الحصول على العمل المتفق عليه مع المستقدم، مما يدفعهم إلى ارتكاب بعض الجرائم والسعي للحصول على المال لتوفير مصدر عيشهم.

2- الجهل بالأنظمة والقوانين ويعود ذلك إلى أن بعض الوافدين قد استقدموا من دول لا تجرم بعض السلوكيات غير المقبولة في المجتمع العراقي والمعاقب عليها قانوناً، كتناول المسكرات والمخدرات والدعارة والزنا وغيرها.

3- ازدياد واحتقار من بعض مواطني الدولة للوافدين من الجنسيات الأخرى فضلاً عن النظرة الدونية لهم وسوء المعاملة يجعلهم يرتكبون بعض الجرائم للتأثر والانتقام.

4- تباين الثقافات والعادات والتقاليد التي يحملها قطاع كبير من الوافدين يساعد في عدم التحانس الاجتماعي والثقافي الأمر الذي يهدد بوجود جرائم وانحرافات سلوكية وأخلاقية.

وبعد التعرف على أهم الجرائم التي يمكن أن ترتكب من الوافدين، يمكننا طرح التساؤل الآتي:
هل من المعقول أن دافع الوافد الذي جاء للإقامة هو دافع إجرامي؟ ومن يقع خلف ارتفاع نسبة الجريمة لدى الوافدين؟

من كل ما تقدم نستطيع الإجابة على هذا التساؤل بالقول أن هذا المستوى من الجريمة قد نتج بفعل منح الإقامة التكميلي وانعدام القانون الخاص الذي يُعني بتنظيمها واستقطابها فضلاً عن قصور التشريعات ذات العلاقة عن مواجهتها وغياب الرقابة الفعالة على المستقدمين ومكاتب الاستقدام، والتي نتج عنها وافدين عاطلين عن العمل جاؤوا من دولهم لتحسين ظروفهم ودخلهم المعيشي وتحولوا إلى عاطلين عن العمل يبحثون عن توفير مصدر الرزق والعيش بوسائل غير مشروعة كالجريمة.

المطلب الثاني : إجراءات الحدّ من منح الإقامة التكميلي والجرائم الناتجة عنها

بعد أن أوضحنا الآثار الخطيرة لمشكلة منح الإقامة التكميلي والمتمثلة بالجرائم الناتجة عنها، فضلاً عن آثارها الاقتصادية على الاقتصاد الوطني، لابدّ من اتخاذ عدة إجراءات لمكافحة هذه الظاهرة الخطيرة والمتعددة الإبعاد أو الحدّ من مخاطرها.

إذ يقع على عاتق السلطات المختصة بحماية الأمن الوطني والضبط الإداري اتخاذ الإجراءات اللازمة لوضع آلية وخطة أمنية إستراتيجية لتنظيم عملية استقدام الوافدين وإقامتهم ووضع التزامات وضوابط محددة

وإلزام جهات الاستقدام بها، فضلاً عن تفعيل دور الرقابة والفرق التفتيشية الميدانية والقضاء قدر الإمكان على شركات ومؤسسات استقدام الوافدين الوهمية.

ولأهمية ما تقدم سنتناول في هذا المطلب الإجراءات الواجب اتخاذها للحدّ من مشكلة منح الإقامة التكمي وبالتالي تلافي آثارها الاقتصادية والجرائم الناتجة عنها وذلك في فرعين اثنين، نوضح في الفرع الأول: الإجراءات الاحترازية أما في الفرع الثاني: فسنتناول فيه الإجراءات العقابية التي تساهم في الحدّ من منح الإقامة التكمي.

الفرع الأول: الإجراءات الاحترازية

للحدّ من مشكلة منح الإقامة التكمي وتلافي آثارها السلبية إجراءات احترازية لا بدّ من اتخاذها لوقاية الأمن الوطني مما يمكن أن يتعرض له من مخاطر نتيجة تدفق أعداد كبيرة من الوافدين ومن مختلف الدول العربية والأجنبية إذ يقع على عاتق الجهات المختصة من وزارة الداخلية ووزارة العمل في العراق، فضلاً عن الجهات المعنية باستقدام الوافدين للإقامة من مؤسسات ومكاتب وشركات ووكالات ضرورة وضع الحلول الناجعة للتخلص مما يمكن أن يتعرض له الأمن الوطني من خطر، وبهذا الجانب نعتقد بأنه لا بدّ من رفع تكاليف استقدام الوافدين بشكل تدريجي عن طريق النص في التشريع على زيادة رسوم الاستقدام، أو التأشيرات أو رخص الإقامة والعمل أو تجديدها، وفي حالة استقدام الوافدين لغرض العمل نرى بأنه لا بدّ من رفع تكاليف استقدام العمالة الوافدة أيضاً، فضلاً عن تطبيق سياسة فرض رسوم على أجورها وتطبيق سياسة الحدّ الأدنى للأجر مما يعني تكاليف إضافية يتحملها المسؤول عن الاستقدام وبالتالي تتساوى تكاليف العمالة الوافدة إلى حدّ ما مع تكاليف العمالة الوطنية العراقية، بالإضافة لذلك لا بدّ للدولة العراقية من العمل على تشجيع القطاع الخاص على الاستعانة بالعمالة الوطنية العراقية، من خلال المكافآت والحوافز فضلاً عن الإعانات الحكومية للشركات والمؤسسات الخاصة التي تعمل على تدريب العمالة الوافدة، وبهذا الصدد يمكننا القول بأن على الجهات المختصة تبني مبدأ الوقاية من المخاطر بدلاً من انتظارها.

وللحدّ من المشكلة نعتقد بأنه لا بدّ من إنشاء شركات مساهمة متخصصة في تدريب وتأهيل العمالة الوطنية لتكون حلقة وصل بين الأيدي العاملة الوطنية والسوق بحيث تتعرف على الاحتياج الفعلي للسوق، كما ونوعاً، ثم تقوم بتوفير برامج تدريب بحسب طبيعة العمل المطلوب شغله في القطاع الخاص، وبجميع ميادينه، وهذا الأمر سيحقق جانباً اقتصادياً وأمنياً، فضلاً عن كونه البديل المناسب للتخفيف من وقوع جرائم من بعض العمالة الوافدة.

فضلاً عما تقدم نعتقد أنه يمكن الحدّ من منح بالإقامة التكمي وخاصة الإقامة لغرض العمل بتطبيق سياسات توطين العمالة وتفضيل العمالة العراقية أي إن تكون العمالة عراقية بالدرجة الأساس.

والتوطين التوظيف أو إحلال الموظف المواطن مكان الموظف الوافد، والتوطين هو: تأهيل المواطن للقيام بمهام وظيفية معينة كانت مستندة أعمالها إلى كفاءات غير وطنية، بشرط أن تكتمل جميع العناصر لأداء العمل في المواطن⁽¹⁾.

يتضح من التعريف المذكور آنفاً بأن التوطين هو نظام متكامل لإدارة الموارد البشرية لتشجيعها للعمل وتنمية قدراتها وطاقاتها لتحقيق أهدافها.

يمكن تطبيق التوطين إعداد قوائم بالمهن المطلوب استقدام الوافدين للعمل بها فضلاً عن حظر بعض المهن بحيث لا يجوز العمل بها سوى مواطني الدولة، وهذا يساهم ولو بشكل يسير من الحد من مشكلة الإقامة التكمسي لعدم إمكانية الجهة المسؤولة عن الاستقدام الوافدين لهذا الغرض إلا بموافقة الجهات المختصة.

وعلى الرغم من سياسة توطين الوظائف وإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الوافدة فضلاً عن تفضيل العمالة العراقية إلا إنها تبقى قاصرة عن الاستجابة لمتطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية وحاجة المجتمع العراقي من قوى العمل، لذا نرى بأن تعريب العمالة الوافدة قد يكون الأفضل للمحافظة على قوى العمل الماهرة، فبدلاً من أن تكون العمالة الوافدة أجنبية يمكن الاعتماد بشكل أكبر على العمالة الوافدة العربية لكونها الأقرب إلى ثقافة المجتمع العراقي، فضلاً عن ربط تأشيرة أو سمة الدخول بالعمل وتحديد الترخيص عند انتهاء المدة.

أما عن تحديد مسؤوليات المتقدم فهنا لا بد من وضع ضوابط وإجراءات وقائية يلتزم بها المتقدم أو المسؤول عن الإقامة أو الاستقدام، وفي هذه الحالة يجدر بالجهات المختصة تحديد مسؤولياته قانوناً وذلك بالنص في التشريع على التزامات المتقدم للحد من مخاطر الوافدين الناتجة عن منح الإقامة نظير مبالغ مالية متفق عليها بين الوافد والمستقدم، فضلاً عن النص في التشريع على مجموعة من الشروط الواجب توافرها في المتقدم للوافدين، وهذه الشروط تتمثل بالآتي:-

1- يجب أن يكون لدى المتقدم منشأة أو مؤسسة أو شركة أو وكالة تعمل بشكل فعلي، ونعتقد أن لهذا الشرط أهمية كبيرة لارتباط ذلك بمبرر الحاجة للاستقدام والإقامة من جهة، ومنع منح الإقامة التكمسي من جهة أخرى.

2- توفير السبب الحقيقي لصاحب المؤسسة لاستخدامه الوافد وحاجته إليه خاصة إذا كان الاستقدام والإقامة لغرض العمل، ونلاحظ بأن هذا الشرط له أهميته للحد من العمالة السائبة أيضاً واستغلال

⁽¹⁾ أحمد مبارك سالم، كثافة العمالة الوافدة في دول مجلس التعاون وأثرها في سياسات التوطين، مملكة البحرين، 2014، ص 97.

أصحاب العمل لتراخيص الاقامات في غير غرضها وجعلها متاجرة مع الوافدين، لذلك نعتقد أن على الجهات المختصة النص على هذه المبررات في التشريع.

3- ثمة شرط آخر يجب على المتقدم استيفاءه كشرط لاستقدام الوافدين، وهو تحمله رسوم ونفقات الاستقدام ورخص الإقامة وتجديدها وما يترتب على تأخير ذلك من غرامات ورسوم تغيير المهنة وتذكرة عودة الوافد إلى موطنه، إذ نرى بأن هذا الشرط يحمل في طياته بُعداً آخر فضلاً عن الحدّ من مشكلة منح بالاقامات يتمثل في حماية العمالة الوطنية إذ تختلف الدول في تحديد مقدار الرسوم وفقاً لما تراه للحدّ من الاستقدام.

4- ضمان حقوق الوافد في العمل المتفق عليه وبالأجر المحدد من قبل المتقدم للإقامة لغرض العمل وذلك بتحديد الحد الأدنى للأجور فضلاً عن إلزام المتقدم بعدم تشغيل العامل في مهنة غير المتفق عليها إلا بموافقته، وبخلاف ذلك يعتبر المتقدم قد خالف الأحكام المنصوص عليها في قانون العمل العراقي النافذ بعدم جواز إجبار العامل على العمل في مهنة أو اختصاص معين⁽¹⁾.

مما تقدم يتضح بأن كل تلك الجرائم تجعلنا نعيد النظر باستقدام الوافدين والاستفادة من تجارب البلدان التي سبقتنا وخاصة العربية منها والعمل على تنظيمها وتقنينها والحدّ من استقدام الوافدين وملاحقة غير المشروع منها وإبعاده عن البلاد، وبإمعان النظر في كل ما تقدم نرى أن الفائدة للأمن الجنائي والاقتصاد العراقي تكمن في تحديد مسؤوليات والتزامات المتقدم ووضع نظام رقابي صارم لمحاسبة المخالف للقضاء قدر الإمكان على مشكلة منح الإقامة التكمي.

الفرع الثاني: الإجراءات العقابية

على الرغم من الإجراءات التي تتخذها الدول لاستقدام الوافدين للحدّ من مخاطر منح الإقامة التكمي، والجرائم الناتجة عنها، من خلال النظم والإجراءات فضلاً عن التأشيرات، الترخيص، إجراءات الإقامة، الضبط الإداري، المتابعة الأمنية للجهات المختصة، فضلاً عن الفرق التفتيشية الميدانية عن أماكن المقيمين والوافدين والمؤسسات والوكالات المعنية بالاستقدام، إلا أن مشكلة منح الإقامة التكمي وخطورها على الأمن الوطني مازالت قائمة، ومازال هناك إعداد من المتقدمين يتاجرون بإقامات الوافدين للحصول على المبالغ النقدية مقابل توفير الإقامة، وللتخلص من هذه المشكلة لا بدّ من تطبيق العقوبات المنصوص عليها قانوناً.

⁽¹⁾ نصت المادة (8/أولاً) من قانون العمل العراقي النافذ لسنة رقم (37 لسنة 2015) على الآتي: «يحظر هذا القانون العمل

الجبري أو الإلزامي بكافة أشكاله».

وبهذا الشأن نلاحظ أن المادة (1/24) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978) قد نصت على الآتي: "يعاقب بالسجن أو بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات ولا تقل عن ثلاث سنوات مع مصادرة ما مجوزته من أموال كل من خالف أحكام إحدى المواد الثالثة... من هذا القانون"، والمادة (3) تخص الشروط الخاصة بدخول الأجنبي الجمهورية العراقية والتي أشرنا إليها عند الحديث عن دخول الأجانب وخروجهم من العراق في المبحث الأول من البحث.

كما نصت المادة (2/24) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978) على الآتي: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام إحدى المادتين السادسة أو الحادية عشرة من هذا القانون أو ساعد غيره على ارتكاب هذه المخالفة. ويعاقب بنفس هذه العقوبة كل من ذكر إمام السلطة المختصة أقوالاً كاذبة أو قدم إليها أوراقاً أو مستندات غير صحيحة مع علمه بذلك بقصد دخوله أراضي جمهورية العراق أو إقامته فيها أو خروجه منها".

يتضح من المادة (2/24) سالفه الذكر أن المشرع قد عمل على تطبيق عقوبة الحبس والغرامة في حالة مخالفة المادة (6) من القانون والتي نصت على البيانات الواجب تقديمها من قبل طالب سمة الدخول وقد فعل المشرع العراقي حسناً بالجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة لخطورة الوضع. أما الفقرة (3) من نفس المادة المذكورة أعلاه فقد نصت على الآتي: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على خمسمائة دينار ولا تقل عن مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام إحدى المواد العاشرة...".

والمادة (10) الخاصة بإجراءات الحصول على سمة الدخول، لضمان حسن تطبيق القانون والتخلص من الإقامات غير المشروعة قانوناً.

وبالمقارنة مع القانون القطري رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم فقد نص في المادة (51) منه على الآتي: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تزيد عن خمسين ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من خالف أي من أحكام المواد 2 و3 و11.. من هذا القانون، وتكون العقوبة في حالة العودة الحبس مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تتجاوز ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف ريال ولا تزيد على مائة ألف ريال، إذا ارتكب جريمة مماثلة خلال سنة من تاريخ إتمام تنفيذ العقوبة المحكوم بها أو سقوطها بمضي المدة".

يتضح من المادة المذكورة سلفاً، أن المشرع القطري قد اتبع عقوبتي الحبس والغرامة لمن يخالف أحكام المواد المذكورة والخاصة بدخول الوافدين إلى الدولة والخروج منها، وبذلك نلاحظ اتفاق المشرع العراقي مع المشرع القطري في النص على العقوبة الخاصة بمخالفة القواعد القانونية المنظمة لخروج ودخول الوافدين.

إما المادة (11) فهي الخاصة بعدم جواز مخالفة الوافد للغرض من الإقامة والذي رُخص له من أجله. كما نلاحظ من المادة (51) متقدمة الذكر أن المشرع القطري قد عالج مسألة العود ولم يذكر ذلك المشرع العراقي، وبالتالي ندعو المشرع العراقي على السير على خطى المشرع القطري للتخلص من الوافدين المخالفين لشروط الإقامة.

فضلاً عما تقدم فقد نص القانون القطري رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم (في المادة (52) منه على الآتي: ” يعاقب بالغرامة التي لا تزيد على عشرة آلاف ريال كل من خالف إي من أحكام المواد (5/فقرة أولى)، (6)،...، (9)، .. “، أن المواد المشار إليها أعلاه في المادة (52) من القانون القطري خاصة بدخول وخروج الوافدين وإقامتهم.

ونلاحظ أن المشرع القطري أكد على عدم جواز وقف تنفيذ عقوبة الغرامة المحكوم بها، وقد فعل حسناً بالنص على ذلك لخطورة الوضع وللحد قدر الإمكان من مشكلة منح الإقامة التكمسي. المادة.

بالإضافة إلى العقوبات سالفة الذكر، نلاحظ أن قانون إقامة الأجانب العراقي قد نص على عقوبات أخرى تضمنتها المادة (14) منه والتي نصت على الآتي: ” لمخافضي المحافظات المجاورة للحدود وللمدير في المحافظات الأخرى أن يأمرؤا بإخراج أي أجنبي يدخل أراضي الجمهورية العراقية بصورة غير مشروعة “. أما المادة (15) من القانون ذاته فقد أوضحت حالة إبعاد الأجنبي من قبل الوزير المختص أو من يخوله إن يقرر إبعاد الأجنبي المقيم في العراق بصورة مشروعة لكنه غير مستوفي الشروط المحددة قانوناً أو فقد احد هذه الشروط بعد دخوله العراق⁽¹⁾.

بالإضافة إلى إبعاد الأجنبي يمكن حجزه خاصة إذا كان يُخشى منه على الأمن الوطني ويكون الحجز مؤقتاً، فضلاً عن ذلك يمكن أن يكون الحجز تنفيذياً لأمر قضائي نهائي صادر من محكمة مختصة ومتضمناً أبعاد الأجنبي من أراضي الجمهورية العراقية⁽²⁾.

يتضح مما تقدم أن المشرع العراقي أعتمد على أسلوب العقاب المالي بالإضافة إلى العقوبات السالبة للحرية، وقد فعل حسنٌ وذلك لخطورة المشكلة، فضلاً عن هذه العقوبات، كان من الأجدر بالمشرع العراقي النص على سحب رخصة العمل أو تعليقها حين البت في الأمر في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها قانوناً.

⁽¹⁾ المادة (53) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

⁽²⁾ المادة (15) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978).

وبالمقارنة مع القانون القطري رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم نلاحظ هو الآخر قد نص على ترحيل الوافد الذي يثبت أن في وجوده في الدولة ما يهدد أمنها أو سلامتها في الداخل أو الخارج أو يضر بالاقتصاد الوطني أو الصحة العامة أو الآداب العامة⁽¹⁾. كما يمكن وعند الضرورة توقيف الوافد إذا صدر حكم قضائي بإبعاده أو أمر بترحيله من البلاد، لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتجديد، أما في حالة تعذر تنفيذ الحكم فيمكن عندئذ فرض إقامة عليه في جهة معينة لمدة أسبوعين قابلة للتجديد بدلاً من توقيفه⁽²⁾.

يتضح مما تقدم أنفاق المشرع العراقي إلى حد ما مع المشرع القطري في العقوبات والإجراءات المتخذة لتنظيم الإقامة وللحد قدر الإمكان من منح الإقامة التكميبي، كما يتضح بأن المشرع العراقي ركز على الوافد ولم يشير إلى إجراءات وعقوبات تطبق على المستقدم في حالة استقدامه للوافدين بشكل غير مشروع ونظير مبالغ نقدية متفق عليها بين الوافد والمستقدم، الأمر الذي يتطلب تدخلاً تشريعياً لتنظيم التزامات المستقدم للحيلولة دون إساءة استعمال السلطة الممنوحة له بموجب القانون.

¹ المادة (17) من قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118 لسنة 1978).

² المادة (37) من قانون رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.

خاتمة

وفي خاتمة هذا البحث يطيب لنا أن ندون أهم النتائج والتوصيات التي خرجنا بها تحقيقاً للفائدة العلمية والعملية وكالآتي:-

أولاً: النتائج

1- أن تدفق الوافدين نتيجة منح الإقامة التكميلي وبأعداد كبيرة وغير مخطط له، تؤدي إلى زيادة الضغط على السلع والخدمات، وهذا ما يؤدي إلى تحمل ميزانية الدولة أعباء كبيرة، فضلاً عن ذلك أن وجود الوافدين لغرض العمل وزيادتهم عن الاحتياج الفعلي، هو سبب من أسباب توجهه بعضهم والذين قدموا للعمل إلى غرض آخر وهو تحصيل المال عن طريق الجريمة والإخلال بالأمن.

2- لاحظنا أن التحويلات النقدية للوافدين إلى دولهم تحتل نسبة كبيرة من العملات الصعبة والتي تشكل خطراً اقتصادياً كبيراً على الاقتصاد العراقي الوطني لما تؤدي تلك التحويلات من هروب العملة الصعبة واستنزاف الموارد المالية لتصب في اقتصاديات دول أخرى.

3- يعدّ أمن وسلامة الدولة مقصد من أهم المقاصد التي تسعى الدول إلى تحقيقها، وأن وجود الوافدين نتيجة منح الإقامة التكميلي يؤدي إلى تزايد نسبة الجريمة كجرائم السرقة والمخدرات وغيرها من الجرائم والتي تسعى الدول جاهدة إلى التخلص منها.

4- لاحظنا أن سبب ارتكاب بعض الجرائم فضلاً عن كون الإقامة غير مشروعة كانت لسوء معاملة مواطني الدولة للوافدين، فضلاً عن جهلهم بالأنظمة القانونية للدولة خاصة تلك التي تجرم أفعال مباحة في دولهم.

5- إن دراسة مشكلة منح الإقامة التكميلي وسبل الحد منها وعلاقتها بالجريمة في أي زمان أو مكان إنما يستلزم البحث في شروط الحصول على إقامة مشروعة وما تتضمنه من شروط قانونية وإجراءات موضوعية.

6- عدم وجود قانون يُعني بتنظيم الوافدين وإقامتهم واستقدامهم فضلاً عن عدم وجود عقوبات صارمة مما يجعل المستقدمين يتمادوا في مخالفة النظام.

- 7- غياب الرقابة الفعالة على وكالات وشركات الاستقدام وعدم تحديد التزاماتهم ومسؤولياتهم قانوناً أدى إلى انتشار مشكلة منح الاقامات التكميبي وظهور مكاتب الاستقدام الوهمية التي تتاجر بالاقامات مقابل مبالغ نقدية تدفع لهم ممن يتم استقدامهم.
- 8- عدم وجود قانون يُعنى بتنظيم الاستقدام فضلاً عن عدم وجود عقوبات صارمة مما يجعل المستقدمين يتمادوا في مخالفة النظام.

ثانياً: التوصيات

- 1- نحث الجهات المختصة على إصدار تشريع لتنظيم وتقنين استقدام الوافدين يُفصل فيه كل الأمور التنظيمية والجزائية والاستنارة بذلك بآراء الخبراء والمختصين على الصعيدين العلمي والأكاديمي.
- 2- نقيب بالبرلمان العراقي على تشريع قانون جزائي خاص يجرم من خلاله منح الإقامة التكميبي وسوء استعمال السلطة من قبل المستقدم، مع ملاحقة هذا الأخير ومقاضاته بعقوبات صارمة مانعة للحرية.
- 3- تضمين القوانين على شروط يلتزم بها صاحب العمل أو مكاتب الاستقدام تتعلق بعدم السماح لأي منهم أن يجلب عمالة أكثر من العدد المطلوب، والتأكد من وجود مؤسسات وشركات فعلية يمارس فيها العاملون إعمالهم ويأخذون الأجر منهم، بالإضافة إلى تضمين القوانين ل ضمانات تكفل حماية حقوق الوافدين المالية والمعيشية تجاه صاحب العمل أو المستقدم.
- 4- تشديد الرقابة على المؤسسات والشركات المعنية بالاستقدام وتشديد العقوبة على من يستقدم عمالة هامشية زائدة عن الاحتياج الفعلي.
- 5- وبالنظر لخطورة الآثار السلبية والجرائم الناتجة عن منح الإقامة التكميبي، نوصي الجهات المختصة بأهمية وضع منظومة وقائية لتعزيز المراقبة على المنافذ الحدودية وحركة العبور، فضلاً عن إدارة الجوازات لضبط الاستقدام وحركة الوافدين من دولهم إلى العراق.
- 6- تشديد الرقابة على شروط منح تراخيص الإقامة ووضع ضوابط أكثر إلزاماً للشركات والمؤسسات التي تقوم باستقدام عمالة من الخارج بشكل دوري.

- 7- ندعو الجهات المختصة إلى تشكيل فرق للحملات الأمنية الميدانية المستمرة لملاحقة وضبط المخالفين لقوانين الإقامة فضلاً عن الأشخاص الهاربين من كفلائهم ويتم ذلك بالتعاون والتنسيق مع كافة الجهات المعنية للحد منها.
- 8- ربط تأشيرة الدخول باحتياجات سوق العمل تحديد الاحتياجات الفعلية من الاختصاصات المطلوبة من العمالة الوافدة.
- 9- العمل على ترحيل المخالفين فوراً بعد أن تثبت إدانتهم وتطبيق العقوبات المقررة قانوناً، ووضعهم على قائمة المحظورين من الدخول إلى الجمهورية العراقية، فضلاً عن سحب رخصهم، وبالتالي الحد من الخطورة الأمنية.
- 10- ضرورة تقنين العمالة والعمل على تطبيق الموازنة بين العمالة الوافدة والعمالة الوطنية وحصر أعداد العمالة الهامشية وخاصة الذين لا عمل لهم والعمل على ترحيلهم فوراً من البلاد.
- 11- نقترح على الجهات المختصة بإعداد برامج توعية تحث المواطنين على التعامل بإيجابية مع الوافدين وعكس ثقافة المجتمع فضلاً عن بيان المخاطر والآثار السلبية للوافدين الناتجة عن سوء المعاملة.
- 12- وضع عقوبات صارمة والتزامات خاصة بالمستقدم، فضلاً عن الرقابة الفعالة في أماكن العمل ومكاتب الاستقدام لضمان التأكد من مدى تطبيق أحكام القانون.

قائمة المراجع

الرسائل الجامعية

- 1- صالح أحمد سالم هومل العامري، التغطية الصحفية لقضية العمالة الوافدة في صحافة الإمارات (دراسة تحليلية)، (رسالة ماجستير)، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، كلية العلوم الإنسانية، عمان، 2008.
- 2- عبد الأمير علي موسى، النظام القانوني للترخيص أو الإجازة في التشريع العراقي، (رسالة ماجستير)، جامعة بغداد، 1981.
- 3- نعيم بن جزاء الطويرشي، العمالة الوافدة وعلاقتها بالجريمة من حيث أسبابها وأنواعها في المجتمع السعودي، دراسة ميدانية في السجن العام بمدينة جدة، (رسالة ماجستير)، جامعة مؤتة، 2010.

البحوث

- 1- إبراهيم بن عبد الكريم بن عيان، العمالة الوافدة في المملكة العربية السعودية والآثار السلبية المترتبة على وجودها وأدوار المؤسسات التربوية في الحدّ من استفادتها وتلافي آثارها، دراسات نفسية وتربوية، عدد 6، مخبر تطوير الممارسات النفسية والتربوية، جامعة الشقراء، المملكة العربية السعودية، 2011.
- 2- أحمد مبارك سالم، كثافة العمالة الوافدة في دول مجلس التعاون وأثرها في سياسات التوطين، مملكة البحرين، 2014.
- 3- باقر النجار، العمالة الأجنبية وقضايا الهوية في الخليج العربي، مجلة عمران، العدد 3، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات، 2013.
- 4- بان علي حسين المشهداني، مركز دراسات البصرة والخليج العربي، مجلة الاقتصادي الخليجي، العدد 24، 2013.
- 5- عبد الحافظ عبد الهادي عبد الحميد، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
- 6- عبد القادر أسحق إسماعيل، التنمية الاقتصادية في دول مجلس التعاون الخليجي ومنافسة الموارد البشرية الوافد لمثيلاتها الخليجية، الأكاديمية العربية بالدنيمارك، كلية الإدارة والاقتصاد، 2009.
- 7- د. عيادة سعيد حسين، البطالة في الاقتصاد العراقي: أسبابها_ سبل معالجتها، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 4، العدد 8، كلية الإدارة والاقتصاد، 2012.
- 8- د. رشود بن محمد الخريف، الخلل السكاني في دول مجلس التعاون الخليجي: الحلول والمواجهة، المؤتمر العربي للسكان والتنمية في الوطن العربي: الواقع والأفاق، جامعة الملك سعود، الرياض، 2009.

القوانين والتعليمات

- 1- قانون العمل العراقي النافذ لسنة رقم (37 لسنة 2015).
- 2- قانون إقامة الأجانب العراقي النافذ رقم (118 لسنة 1978).
- 3- القانون القطري رقم (4 لسنة 2009) الخاص بتنظيم دخول وخروج الوافدين وإقامتهم وكفالتهم.
- 4- التعليمات الخاصة بممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (18 لسنة 1879).

أهمية مبادئ سنتياغو في إرساء قواعد حوكمة صناديق الثروة السيادية

الباحثة . هجيرة زقاد

الأستاذة . إبتسام قويدر

طالبة دكتوراه

أستاذة مساعدة . أ .

كلية العلوم السياسية - جامعة قسنطينة 3 - الجزائر

zeggad_hadjira@yahoo.fr

_ibtissemkouider@yahoo.fr

الملخص :

نظرا للأهمية المتنامية لصناديق الثروة السيادية في النظام المالي العالمي وقصد القضاء على المخاوف المتعلقة بعمل هذه الصناديق والمرتبطة بسرية نشاطاتها واتجاهاتها ودوافعها في خياراتها الإستثمارية وافتقارها للإفصاح وللشفافية في عملها واستغلالها للنفوذ السياسي في التحكم بأدوات القرار الإقتصادي للشركات التي تستحوذ عليها ، قامت مجموعة العمل الدولية التابعة لصندوق النقد الدولي بإرساء مجموعة من المبادئ عرفت بمبادئ سنتياغو من أجل التوصل إلى أفضل الممارسات في مجال إدارة هذه الصناديق ومحاوله إدماجها ضمن قواعد النظام المالي العالمي المعاصر . وبذلك تهدف هذه الورقة البحثية إلى النظر في أهمية ودور هذه المبادئ في إقامة إطار قانوني ومؤسسي شامل لصناديق الثروة السيادية وتوفير هيكل سليم للحوكمة يكفل الضوابط التشغيلية ويضمن سلامة إدارة المخاطر ويعزز من مساهمة هذه الصناديق في دعم الإستقرار في الإقتصاد العالمي .

الكلمات المفتاحية : صناديق الثروة السيادية - الحوكمة - مبادئ سنتياغو

Résumé :

En raison de l'importance croissante des fonds souverains dans le système financier mondial et pour l'élimination des soucis provenant du travail de ces fonds vu la confidentialité de leurs activités, leurs tendances et le but visé en choisissant ses investissements et comme conséquence de l'absence de divulgation et de la transparence de ses travaux ainsi que leurs exploitation de l'influence politique afin de

dominer les outils de décision économique des entreprises qu'elle enjoint, le Groupe de travail international dépendant au FMI international établissait un ensemble de principes appelées "les principes de Santiago" afin de réaliser les meilleures pratiques dans la gestion de ces fonds et d'essayer de les intégrer dans les règles mondiales contemporaines du système financier. Ainsi, cette recherche vise à considérer l'importance et le rôle de ces principes pour établir un inclusif cadre juridique et institutionnel des fonds souverains, de fournir une structure de gouvernance solide pour assurer les contrôles opérationnels, assurer la gestion des risques et de renforcer la contribution de ces fonds pour soutenir la stabilité de l'économie mondiale.

Mots clés : les fonds souverains , gouvernance , Principes de Santiago .

مقدمة :

أصبحت صناديق الثروة السيادية أهم قضايا دنيا المال على المستوى العالمي على الرغم من عدم حدوثها إذ تعود نشأتها إلى الخمسينات من القرن الماضي ، لكن ترجع هذه الأهمية إلى النمو المتزايد الذي تشهده الساحة المالية الدولية في أعداد وأصول صناديق الثروة السيادية في السنوات الأخيرة ، بالإضافة إلى دورها الفعال والمتنامي في التخفيف من حدة الأزمة المالية العالمية الأخيرة حيث ساهمت صناديق الثروة السيادية في إعادة رسملة العديد من المؤسسات الإقتصادية وحماتها من طائلة الإفلاس وبذلك لعبت صناديق الثروة السيادية دورا كبيرا في تحقيق الإستقرار في الإقتصاد العالمي ، ونظرا لهذه الأهمية التي تكتسبها صناديق الثروة السيادية والدور الذي تلعبه في النظام المالي العالمي ازدادت المخاوف التي أبدتها الهيئات والمنظمات المالية الدولية إزاء هذه الصناديق والمتعلقة خاصة بعدم التزام معظمها بمعايير الحوكمة المتعارف عليها وافتقارها للإفصاح والشفافية ، لذلك حاولت هذه المنظمات وعلى رأسها صندوق النقد الدولي وضع أسس ومبادئ تعمل على تعزيز حوكمة صناديق الثروة السيادية وتقلل من مخاوف مختلف الأطراف اتجاهها ، فكانت بذلك مبادئ سنتياغو التي تعتبر مرجعا أساسيا تسترشد به صناديق الثروة السيادية في مختلف الجوانب القانونية والمؤسسية والإستثمارية .

من خلال ما سبق يمكن صياغة إشكالية الدراسة في التساؤل الرئيسي التالي :

كيف يمكن لمبادئ سنتياغو المساهمة في إرساء قواعد حوكمة صناديق الثروة السيادية ؟

ويندرج تحت هذا التساؤل التساؤلات الفرعية التالية :

- ما المقصود بصناديق الثروة السيادية ؟ وماهي مختلف المبررات والدوافع لإنشائها ؟
- ماهي أهداف مجموعة العمل الدولية من وضع مبادئ سنتياغو ؟
- ماهو مضمون هذه المبادئ ؟ وماهي مختلف المحاور والمجالات التي تغطيها ؟
- فيما تكمن أهمية مبادئ سنتياغو في إرساء قواعد حوكمة صناديق الثروة السيادية ؟

أهمية البحث :

يندرج البحث ضمن المواضيع التي تدور حولها كتابات ونقاشات مستفيضة في الفترة الأخيرة ، فعلى الرغم من أن موضوع صناديق الثروة السيادية ليس بالموضوع الحديث إلا أن النمو الذي عرفته هذه الصناديق وتزايد حصتها ضمن النظام المالي العالمي بالإضافة إلى دورها الفعال في معالجة الأزمة المالية العالمية الأخيرة زاد من قيمة الموضوع وأظهره بشكل أكثر أهمية ، كما تكمن أهمية البحث في أنه يعالج هذا الموضوع من جانب حوكمة صناديق الثروة السيادية التي تعنى بمجموعة من الأسس والمبادئ اللازمة لنجاح الصناديق السيادية في تحقيق الإستقرار في الإقتصاد العالمي وضمان استمرار منافعها الإقتصادية والمالية .

- أهداف البحث :

- يسعى البحث إلى تحقيق الأهداف التالية :
- عرض الإطار النظري لصناديق الثروة السيادية .
- إبراز مختلف الأسباب التي أدت إلى تبني مبادئ سنتياغو .
- توضيح مضمون مبادئ سنتياغو وتحديد مختلف المحاور والمجالات التي تغطيها .
- بيان مساهمة مبادئ سنتياغو في إرساء قواعد حوكمة صناديق الثروة السيادية

منهج البحث :

بغرض الإجابة على الإشكالية المطروحة نعلم في بحثنا هذا على كل من المنهج الوصفي والمنهج التحليلي حيث نتبنى المنهج الوصفي لتوضيح مختلف المفاهيم المتعلقة بالبحث ، ونتبنى المنهج التحليلي لتفسير هذه المفاهيم وتحليلها واستخلاص نتائجها .

عناصر البحث :

للإجابة على الإشكالية المطروحة قمنا بتقسيم البحث إلى جزئين أساسيين وذلك كمايلي :

أولاً : الإطار النظري لصناديق الثروة السيادية : لاشك أن المدخل للبحث في أي موضوع يكون عن طريق التعريف به وتحديد مفاهيمه ، وبذلك نقوم في هذا الجزء بتحديد ماهية صناديق الثروة السيادية ، إبراز خصائصها ومميزاتها ، توضيح أهدافها ومختلف أنواعها بالإضافة إلى استعراض أهم صناديق الثروة السيادية الموجودة في العالم .

ثانياً : دور مبادئ سنتياغو في تفعيل حوكمة صناديق الثروة السيادية : ويخصص هذا الجزء لإبراز طبيعة مبادئ سنتياغو ، توضيح مختلف الأسباب التي أدت إلى تبنيها ، تحديد مضمون هذه المبادئ والمجالات التي شملتها بالإضافة إلى إبراز أهميتها في إرساء قواعد حوكمة صناديق الثروة السيادية .

أولاً : الإطار المفاهيمي لصناديق الثروة السيادية

لقد جاء نمو الكيان المؤسسي للصناديق السيادية كاستجابة قوية للتراكمات الحالية في الموجودات الأجنبية للقطاع الحكومي للدول على المستوى العالمي ، والصناديق السيادية التي شاع استخدامها اصطلاحاً بصناديق الثروة السيادية ليست بالأمر الجديد لاسيما في البلدان الغنية بالموارد الطبيعية والنفطية .

1 - تعريف صناديق الثروة السيادية ومميزاتها :

لقد وردت العديد من التعاريف لصناديق الثروة السيادية وذلك من طرف باحثين وهيئات ومنظمات اقتصادية دولية ، ومن هذه التعاريف نذكر مايلي :

- صناديق الثروة السيادية كما يعرفها صندوق النقد الدولي هي صناديق أو ترتيبات استثمار عامة ذات أغراض محددة مملوكة للحكومة وخاضعة لسيطرتها ، مهمتها الإحتفاظ بالأصول وإدارتها لأهداف اقتصادية متوسطة وطويلة المدى وذلك باستخدام استراتيجيات استثمارية تتضمن الاستثمار في الأصول المالية الأجنبية . ويتم بناء هذه الصناديق من عمليات الصرف الأجنبي أو عوائد عمليات التخصيص أو فوائض المالية العامة أو عوائد صادرات السلع أو كل هذه العوائد مجتمعة¹ .

- صناديق الثروة السيادية كما تعرفها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE هي مجموعة من الأصول المالية المملوكة من طرف الحكومة والمدارة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لتحقيق أهداف وطنية

¹ ماجد عبد الله المنيف ، صناديق الثروة السيادية ودورها في إدارة الفوائض النفطية ، بحوث إقتصادية عربية ، مركز

دراسات الوحدة العربية ، العدد 47 ، 2009 ، ص 62 .

والممولة إما باحتياطات الصرف الأجنبي أو صادرات الموارد الطبيعية أو الإيرادات العامة للدولة أو أية مداخيل أخرى¹.

- صناديق الثروة السيادية كما يعرفها المعهد الماكينزي هي تلك الصناديق الممولة من احتياطات البنوك المركزية والهادفة إلى تعظيم العوائد المالية بمحددات مخاطر معينة²

- صناديق الثروة السيادية كما يعرفها البنك الألماني " دوتشيه " هي وسائط مالية مملوكة للدولة تقوم بالاحتفاظ وإدارة الموارد المالية العامة وتستثمرها في أصول متنوعة ، وهذه الموارد ناتجة عن سيولة إضافية في القطاع العام بسبب فوائض الميزانية أو الاحتياطات الرسمية للبنوك المركزية³.

- صناديق الثروة السيادية هي صناديق استثمار متخصصة تنشؤها الحكومات أو تمتلكها بغية الاحتفاظ بالموجودات المالية لأغراض طويلة المدى ، وعادة ما تكون هذه الصناديق ممولة من الاحتياطات الدولية أو غيرها من مصادر العملة الأجنبية⁴.

تشير التعاريف السابقة على الرغم من عموميتها إلى أن صناديق الثروة السيادية صناديق تنشؤها الدول لأغراض استثمارية أو إدارية ، ويتم تمويل هذه الصناديق عن طريق فوائض المدفوعات الجارية أو فوائض الميزانية أو احتياطات النقد الأجنبي أو عوائد الخوصصة أو عوائد السلع المصدرة .

كما تشير التعاريف السابقة إلى أن صناديق الثروة السيادية تتسم بمجموعة من الخصائص تتمثل أهمها فيما يلي⁵:

¹ نبيل بولفليح ، دور صناديق الثروة السيادية في تمويل اقتصاديات الدول النفطية ، أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2011 ، ص ، 86 .

² سليمان عبد الكريم ، دور صناديق الثروة السيادية في ترشيد الإيرادات النفطية ، مذكرة ماجستير ، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، ص ، 3 .

³ ماجد عبد الله المنيف ، صناديق الثروة السيادية ودورها في إدارة الفوائض النفطية ، مجلة النفط والتعاون العربي، منظمة الدول العربية المصدرة للبترو ، المجلد 35 ، العدد 129 ، 2009 ، ص 214 .

⁴ مظهر محمد الصالح ، صناديق الثروة السيادية : تقييم أولي لتجربة صندوق تنمية العراق ، البنك المركزي العراقي ، 2008 ، ص ، 1 .

⁵ كمال العقريب ، تقييم واقع ودور صناديق الثروة السيادية في تحقيق الإستقرار في الإقتصاد العالمي ، مجلة الإقتصاد الجديد ، جامعة خميس مليانة ، الجزائر ، المجلد 01 ، العدد 10 ، 2014 ، ص ، 117 .

- صناديق الثروة السيادية ملك للحكومات أي أن أصولها ملك للدولة وليس للقطاع الخاص كما أنها تخضع لإدارة ومراقبة الدولة من خلال هيئة مستقلة عن باقي الهيئات الحكومية مثل البنك المركزي.
- أصول هذه الصناديق عبارة عن احتياطات ناتجة عن فوائض التصدير (تصدير المواد الأولية كالبترول تصدير المنتجات الصناعية) أو فوائض الميزانية العامة للدولة .
- إدارة أصول صناديق الثروة السيادية يختلف عن إدارة الاحتياطات الرسمية من العملات الأجنبية والذهب .
- تتبع صناديق الثروة السيادية استراتيجية استثمارية طويلة المدى ومرتفعة المخاطر كما أنها تستثمر في أصول خارج البلد .

هذا ويتضح أن الصناديق السيادية تتميز عن غيرها من الهيئات المالية الأخرى حيث¹ :

- تتميز صناديق الثروة السيادية عن البنوك المركزية من حيث أهدافها، فهي تسعى إلى الاستثمار وليس إلى إدارة السياسة النقدية وسياسة الصرف ، ويغلب على محفظة أصولها الاستثمار في الأسهم في حين أن البنوك المركزية تستثمر أساسا في السندات كونها ملزمة بالاحتفاظ بمستوى معين من السيولة لمواجهة التغيرات في أسعار الصرف.
- تتميز صناديق الثروة السيادية عن صناديق المعاشات العمومية لكون موارد هذه الأخيرة تأتي أساسا من الاشتراكات من جهة وهي تهدف إلى تمويل معاشات الأجيال القادمة من جهة ثانية .
- تتميز صناديق الثروة السيادية عن المؤسسات العمومية حيث تأخذ المؤسسات العمومية شكل شركات تجارية وتخضع بموجب ذلك للقانون التجاري والأمر ليس كذلك بالنسبة للصناديق السيادية التي هي عبارة عن صناديق استثمار كما أن وظيفة الشركات الأساسية هي إنتاج السلع والخدمات في حين أن الوظيفة الأساسية للصناديق السيادية هي استثمار الأصول المالية .

2 - مبررات ودوافع إنشاء صناديق الثروة السيادية :

تباين مبررات ودوافع إنشاء صناديق الثروة السيادية من بلد لآخر وذلك حسب مميزات وخصائص الهيكل الاقتصادي ومصدر الفائض المالي المحقق، وعلى العموم يمكن تلخيص هذه المبررات فيما يلي² :

¹ عبد المجيد قدي ، الصناديق السيادية والأزمة المالية الراهنة ، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا ، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الشلف ، العدد 6 ، 2010 ، ص ، 2 .

² نبيل بوقليح ، مرجع سابق ، ص ص ، 88 - 89

- التحسب لنضوب الموارد الطبيعية وعملا بمبدأ تحقيق العدالة بين الأجيال دون أن ننسى تقلص الطلب على النفط بسبب ظهور البدائل الجديدة بغض النظر عن النضوب .

- الطاقة الإستيعابية للاقتصاد الوطني وإمكانية تنوع قاعدته التي تعتمد على حجم الاحتياطي والإنتاج ، وبالتالي حجم العائدات بالنسبة للفرد وكذلك حجم الاقتصاد مقارنة بتلك العائدات وعوامل أخرى مرتبطة بالإمكانات الحالية والممكنة للاقتصاد الوطني ، وهذا يعني أن اقتصادات البلدان صغيرة الحجم قليلة السكان وذات إمكانات التنوع المحدودة يكون لديها حافز أكبر لإنشاء صناديق سيادية .

- وجود انعكاسات سلبية للتدفقات المالية الناتجة عن الثروة الطبيعية أو ما يعرف بأثر المرض الهولندي¹ على اقتصاديات الدول المالكة لها يفرض عليها إنشاء آلية لادخار الفائض المالي أو استثماره خارجيا للحفاظ على استقرار النشاط الاقتصادي وحماية القطاع الصناعي من تداعيات هذا المرض.

- تعرض احتياطات الصرف الأجنبي لمخاطر مرتبطة بتقلبات معدلات الفائدة وسعر الصرف الأجنبي يفرض على الدول تنوع مجالات توظيف هذه الاحتياطات وهو ما يمكن القيام به عن طريق إنشاء صناديق سيادية تقوم باستثمار جزء من هذه الاحتياطات في أصول مالية متنوعة تساعد على التقليل من المخاطر المالية .

- يمكن لصناديق الثروة السيادية أن تساعد في نقل التكنولوجيا إلى الدول المالكة حيث تؤدي الاستثمارات المباشرة وغير مباشرة لهذه الصناديق في الدول المتقدمة إلى توسيع حجم المبادلات الاقتصادية بما فيها عمليات نقل التكنولوجيا والمعارف .

3 - أهداف صناديق الثروة السيادية :

إن لكل صندوق سيادي طبيعته الخاصة والأسباب التي تدعو إلى تأسيسه وكذلك الأهداف الخاصة به ، لكن الأهداف العامة والمشاركة لصناديق الثروة السيادية تدور غالبا حول مايلي¹ :

¹ المرض الهولندي في الإقتصاد هو تعبير يشير إلى الآثار السلبية لحدوث زيادات كبيرة في دخل بلد ما ، والمرض الهولندي أو كما يطلق عليه البعض " لعنة الموارد " هي وضعية اقتصادية عاشتها هولندا في القرن العشرين نتيجة اكتشاف احتياطات كبيرة من الغاز الطبيعي في بحر الشمال أدت إلى تحقيق مداخيل قياسية ، وعلى عكس ما كان موقعا كان لهذه المداخيل آثارا سلبية وانعكاسات خطيرة على الإقتصاد الهولندي حيث ارتفع سعر الصرف الحقيقي للعملة الهولندية وتراجعت تنافسية المنتجات الصناعية لهذا البلد في الأسواق العالمية ،

- تحقيق الإستقرار وحماية الإقتصاد الوطني من التقلبات الحادة في أسعار السلع المصدرة وأسعار النفط على وجه التحديد وبالتالي العمل على تجنب العجز في ميزانيات الدول .

- أداء دور الاحتياط بالنسبة للدول المالكة لها وذلك بتحويل جزء من عوائدها لصالح الأجيال القادمة بعد نضوب المواد الأولية .

- تنويع الاقتصاد بالتوسع في الأنشطة غير النفطية خاصة مما يساعد على تقليص الإعتماد على واردات السلع الاستهلاكية ومن ثم تأثيرات التضخم المستورد ، أي تنويع مصادر الناتج المحلي الخام بتطوير أنشطة جديدة كما هو حال صندوق أبو ظبي الذي ساهم في تطوير السياحة وصناعات التسلية والأنشطة الأخرى غير المرتبطة بالمواد الأولية.

- تحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية .

- المحافظة على الوظائف التي توفرها الشركات بدعمها لرؤوس أموال الشركات المتعثرة.

- تنمية الدول المستقبلية لاستثمارات الصناديق وذلك بتمويل الهياكل القاعدية. وهذا ما دفع رئيس البنك العالمي إلى الاقتراح على هذه الصناديق استثمار 1% من أصولها في المؤسسات الإفريقية بالتعاون مع البنك.

- مساعدة السلطات النقدية على إنفاق السيولة غير المرغوب قبيها .

4 - أنواع صناديق الثروة السيادية :

هناك أنواع عديدة للصناديق السيادية وذلك حسب العديد من المعايير نذكر منها مايلي :

4 - 1 - وفقا لهدفها الأساسي : تنقسم الصناديق السيادية إلى الأنواع التالي²:

أ. صناديق الاستقرار: ويتمثل هدف هذه الصناديق في حماية الميزانية والاقتصاد ككل من تذبذبات أسعار المواد الأولية والسلع المصدرة .

¹ معهد الدراسات المصرفية ، صناديق الثروة السيادية ، السلسلة السادسة ، العدد 5 ، الكويت ، 2013 ، ص ، 3

² إباد حماد ، إدارة الصناديق السيادية وصناديق التحوط ، رسالة ماجستير ، كلية الإقتصاد ، جامعة دمشق ، 2009 ص

ب . صناديق الإدخار للأجيال القادمة: وأحيانا يطلق عليها صناديق الميراث أو الأجيال والهدف من هذه الصناديق ضمان حصة من الثروة للأجيال القادمة حتى يكون في مقدورهم التمتع بمستويات معيشية لا تقل عما تتمتع به الأجيال الحالية بعد نضوب المورد الطبيعي.

ج . صناديق استثمار الاحتياطيات : ويتم إنشاؤها لزيادة العائد على الاحتياطيات حيث تقوم هذه الصناديق بتوظيف أصولها في الأسواق المالية العالمية مهما كانت أداة الاستثمار المستخدمة عقارات أو أوراق المالية أو ذهب أو عملات أجنبية... الخ مثل هيئة أبوظبي للاستثمار وجهاز قطر للاستثمار .

د . صناديق التنمية : وهي صناديق يتم إنشاؤها في العادة لتمويل المشاريع الاجتماعية - الاقتصادية أو تشجيع السياسات المتبعة في قطاعات النشاط والتي يمكن أن تعزز نمو الناتج المحتمل في البلد المعني .

4 - 2 - وفقا لمصادر دخلها : تنقسم الصناديق السيادية حسب هذا المعيار إلى ¹ :

أ . الصناديق الممولة عن طريق عوائد المواد الأولية : هي صناديق تنشئها الدول المصدرة للمواد الأولية وأساسا النفطية وذلك أنه تطرح أمام هذه الدول إشكالية استغلال هذه المواد التي يتسم معظمها بقابلية النضوب حيث وجدت هذه الدول في فكرة الصناديق السيادية حلا للمحافظة على نصيب الأجيال من هذه الثروات .

ب . الصناديق الممولة بفوائض المدفوعات الجارية : تتمثل مواردها أساسا في فائض الميزان التجاري واحتياطيات الصرف ، ويوجد هذا النوع من الصناديق في الدول غير النفطية .

ج . الصناديق الممولة بعوائد الخوصصة: دخلت الكثير من الدول في برامج واسعة لخوصصة القطاع العمومي أدت إلى حصولها على عوائد مالية ضخمة وتخوفا من أن تقود هذه العوائد إلى توسع كبير في الإنفاق العمومي والذي يمكن أن يؤدي إلى حالة من التضخم غير مقدور على التحكم فيها وانطلاقا من كون المؤسسات التي تم خصصتها هي ملك عام لجميع الأجيال يتم تحويل كل أو جزء من عوائد الخوصصة إلى صناديق سيادية.

د . الصناديق الممولة بفائض الميزانية : تلجأ بعض الحكومات مباشرة عندما تحقق فائضا في الميزانية العامة للدولة إلى تحويل هذا الفائض لاستثماره في الأصول المالية قصد تحقيق عوائد من جهة وتوجيه المعطيات الاقتصادية من جهة ثانية . وعندما يلاحظ توالي تحقيق هذه الفوائض وارتفاع مستواها يتم اللجوء إلى تكوين صناديق سيادية قصد استثمار هذه الفوائض وتنميتها بشكل أفضل .

¹المرجع السابق ، ص ، 7 .

وتجدر الإشارة إلى أن الصناديق السيادية الممولة بعوائد المواد الأولية تمثل نسبة كبيرة من الصناديق السيادية وبهذا تعتبر عوائد المواد الأولية خاصة البترول والغاز المصدر الأساسي لأصول أكبر الصناديق السيادية في العالم مما يجعل التساؤل عن مدى قدرتها على الحصول على الأموال في ظل اتجاه تدهور أسعار النفط في الآونة الأخيرة .

4 - 3 - وفقا لمجال عملها : تنقسم الصناديق السيادية في هذه الحالة إلى ¹:

أ. صناديق سيادية محلية : وهي الصناديق التي يتركز نشاطها داخل البلد ، أي يتم توظيف الفوائض المالية لهذه الصناديق في مختلف المجالات والفرص المتاحة للاستثمار في الداخل ، وتحقق هذه الصناديق باستثمارها في الداخل فوائد كبيرة لاقتصادها الوطني من حيث التسريع من وتيرة التنمية الاقتصادية وزيادة الناتج المحلي الإجمالي ، ومن هذه الصناديق نجد صندوق ضبط الإيرادات في الجزائر وصندوق الاستقرار في روسيا .
ب. صناديق سيادية دولية : تستثمر بعض الدول صناديقها السيادية في الخارج لتجنب أعراض ما يعرف في الأدبيات الاقتصادية بالمرض الهولندي وذلك بأدوات وآجال يتم تحديدها أو ترك لاجتهاد القائمين على تلك الصناديق مثل هيئة أبوظبي للإستثمار وصندوق المعاشات الحكومي النرويجي .

4 - 4 - وفقا لدرجة الاستقلالية : تنقسم بدورها إلى ²:

أ. صناديق سيادية حكومية : وهي صناديق سيادية تابعة للحكومة ولا تتمتع باستقلالية القرار كما أنها لا تخضع للرقابة المستقلة والمساءلة على غرار صندوق ضبط الموارد في الجزائر .
ب. صناديق سيادية مستقلة نسبيا : وهي صناديق سيادية تتمتع باستقلالية نسبية عن الحكومة إذ تديرها الحكومة بالإضافة إلى البنك المركزي، كما أنها تخضع لرقابة ومساءلة السلطة التشريعية والرأي العام على غرار صندوق النفط النرويجي .

5 - أهم صناديق الثروة السيادية في العالم :

إن صناديق الثروة السيادية ليست بالظاهرة الحديثة إذ يعود تاريخها إلى الخمسينات من القرن الماضي أين تم إنشاء أول صندوق سيادي من طرف دولة الكويت عام 1953 ثم ظهرت بعد ذلك مجموعة منها في

¹ سليمان عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص ، 6 .

² نيل بوفليخ ، دور صناديق الثروة السيادية في معالجة الأزمة المالية والاقتصادية العالمية ، مجلة بحوث اقتصادية وعربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، العدد 48 ، 2009 ، ص ، 100 .

السبعينات مثل صندوق سنغافورة . إلا أنها بدأت تنشط بصورة مفرطة في العقود الأخيرة حتى وصل عددها منتصف عام 2008 إلى 53 صندوقا ، واستحوذت تلك الصناديق على القطاع المالي وأخذت حصصا كبيرة في مؤسسات عملاقة مثل مورغان ستانلي وبيرسرين وميريل وسيتي غروب¹.

وقد أصدرت مؤسسة الصناديق السيادية SWFI المختصة بالإحصاءات المتعلقة باستثمارات الدول أحدث تصنيفاتها لأكبر الصناديق السيادية حجما في العالم والمتعلق بشهر جوان 2017 ، حيث احتل صندوق التقاعد و التأمينات الإجتماعية الأمريكي المرتبة الأولى كأكبر صندوق سيادي في العالم بموجودات قدرت بـ 2911.4 مليار دولار وجاء صندوق المعاشات التقاعدية الحكومي الياباني في المرتبة الثانية بنحو 1328 مليار دولار تلاه صندوق التقاعد الحكومي النرويجي في المرتبة الثالثة بنحو 954.1 مليار دولار.

وفيمايلي جدول يضم أكبر عشر صناديق سيادية في العالم :

جدول رقم 01 : أكبر عشر صناديق سيادية العالم

المرتبة	الصندوق السيادي	الدولة	حجم الأصول (مليار دولار)
01	صندوق التقاعد و التأمينات الإجتماعية	الولايات المتحدة الأمريكية	2911.4
02	صندوق المعاشات التقاعدية الحكومي	اليابان	1328
03	صندوق التقاعد الحكومي	النرويج	954.1
04	جهاز أبوظبي للاستثمار	الإمارات	828

¹بشير هادي عودة ، انعكاسات الأزمة لمالية العالمية على اقتصاديات دول الخليج العربي ، متاح على الموقع :

بتاريخ : 2015/03/31 على الساعة 19:20 . <http://www.docudesk.com>

813.5	الصين	شركة الصين للاستثمار	05
524	الكويت	الهيئة العامة للاستثمار	06
515.9	السعودية	مؤسسة النقد العربي السعودي	07
507.5	كوريا الجنوبية	صندوق معاشات التقاعد الوطني	08
500.3	هونغ كونغ	محفظة الاستثمار التابعة لمؤسسة النقد بهونغ كونغ	09
483.3	الولايات المتحدة الأمريكية	صندوق الإيداع و التقاعد	10

Source : <http://www.swfinstitute.org/fund-rankings> , june 2017

نلاحظ من خلال الجدول أن دول الخليج العربي الغنية تصدرت باستثماراتها النفطية الترتيب على المستوى العربي، فجاءت الإمارات في المرتبة الأولى عربيا والمرتبة الرابعة عالميا بعد النرويج. وحلت الكويت صاحبة أقدم صندوق سيادي في المرتبة الثانية عربيا أما المرتبة الثالثة فكانت للسعودية .

وتجدر الإشارة كذلك أن هناك نماذج مختلفة من الصناديق السيادية العالمية يمكن استخلاص دروس منها وتجنسّد في ثلاثة بلدان هي النرويج ، سنغافورة ، والصين حيث يعتبر الصندوق السيادي الخاص بالنرويج نموذجا مثاليا لأفضل الممارسات الاستثمارية لأنه يعمل في إطار منظم و شفاف. وقد سمحت الحوكمة والشفافية للصندوق أن يعزّز العائدات المالية على الإيرادات من بيع النفط ، وتعزيز استقرار الاقتصاد العام . كما أن نجاح سنغافورة في تعزيز النمو الاجتماعي الاقتصادي هو مثال إيجابي للصناديق السيادية يمكن الاحتذاء به حيث نجح الصندوق في إدارة الشركات الحكومية وتعزيز تنمية قطاعات عديدة كالتكنولوجيا، النقل والخدمات اللوجستية . بالإضافة إلى الصناديق السيادية في الصين والتي تعتبر مهمة لما تعكس هذه الصناديق من سعي الصين وراء التنمية الاجتماعية والاقتصادية والطريقة التي تتعامل بها مع أهدافها الاستثمارية .

ثانيا : دور مبادئ سنتياغو في تفعيل حوكمة صناديق الثروة السيادية

أمام النمو المتزايد لصناديق الثروة السيادية وزيادة دورها على مستوى الأسواق المالية العالمية ، عمل صندوق النقد الدولي على إيجاد آليات تمكن من إدماج هذه الصناديق ضمن قواعد النظام المالي العالمي. وهكذا قامت اللجنة الدولية للشؤون النقدية والمالية بدعوة من الصندوق في أكتوبر 2007 إلى إقامة حوار مع البلدان الأعضاء قصد وضع مجموعة من القواعد التي تحكم الممارسات في مجال إدارة الصناديق السيادية. وعمل صندوق النقد الدولي في ذات الوقت بهذا الخصوص مع منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية .

1- طبيعة مبادئ سنتياغو:

حاولت المنظمات الإقليمية والعالمية وعلى رأسها صندوق النقد الدولي وضع قواعد وأسس معينة من أجل تعزيز حوكمة صناديق الثروة السيادية وبالتالي التقليل من مخاوف مختلف الأطراف اتجاهها ، فبعد اعتراف اللجنة الدولية للشؤون النقدية والمالية¹ في أكتوبر 2007 بالدور الهام لصناديق الثروة السيادية في الحفاظ على الاستقرار النظام النقدي والمالي الدولي، قام صندوق النقد الدولي في الاجتماع الذي عقد في واشنطن يومي 30 أبريل و01 ماي 2008 بتأسيس مجموعة العمل حول صناديق الثروة السيادية وكلفت بتحديد مجموعة من المبادئ التي تهدف إلى تحسين حوكمة صناديق الثروة السيادية علما أن رئاسة اللجنة يشترك فيها ممثل عن دولة الإمارات العربية المتحدة بالإضافة إلى ممثل عن صندوق النقد الدولي، وبالفعل فقد عقدت المجموعة ثلاث اجتماعات في كل من واشنطن ، سنغافورة بتاريخ 02 سبتمبر 2008 وفي اجتماع سانتياغو بالشيلي توصلت المجموعة إلى اتفاق حول مجموعة من المبادئ والممارسات المتعارف عليها GAPP² وافق أعضاؤها على تسميتها بمبادئ سنتياغو التي تتكون من أربعة وعشرين مبدأ . وقد اعتمدت مجموعة العمل في أداء مهمتها على نتائج عملية المسح التي قام بها صندوق النقد الدولي لاستطلاع الهياكل والممارسات الحالية لصناديق الثروة السيادية كما اعتمدت على المبادئ والممارسات الدولية التي تلقى قبولا واسع النطاق في نفس مجال نشاط الصناديق السيادية واستمدت معلومات من عدد من الدول المستقبلية لاستثمارات الصناديق على غرار دول أوروبا الغربية بالإضافة إلى الولايات المتحدة الأمريكية ، أستراليا، البرازيل، اليابان، الهند بالإضافة إلى بعض المنظمات الإقليمية والعالمية على غرار المفوضية الأوروبية ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية والبنك الدولي.

¹ - تضم اللجنة الدولية للشؤون النقدية والمالية أعضاء مجلس محافظي صندوق النقد الدولي الذي يتألف من ممثلين لجميع البلدان الأعضاء في صندوق النقد الدولي ووزارة المالية ومحافظو البنوك المركزية والبالغ عددها 185 بلدا .

² GAPP : generally accepted principles and practices

وبذلك تضم وثيقة مبادئ سنتياغو مجموعة من المبادئ والممارسات الطوعية وغير الإلزامية التي تدعمها مجموعة الدول الأعضاء في مجموعة العمل الدولية والتي إما تطبقها بالفعل أو تطمح إلى تطبيقها وهي مبادئ وممارسات عامة يمكن أن تحققها البلدان بجميع مستوياتها من حيث مراحل التنمية الاقتصادية ومن المتوقع أن تكون هذه المبادئ مرشدا لصناديق الثروة السيادية الحالية والمستقبلية في مختلف جوانب أنشطتها الاستثمارية وأن تساعد على تقديم الإرشاد اللازم لأي إصلاح قانوني ومؤسسي يتعلق بها، وتعمل صناديق الثروة السيادية باعتبارها مؤسسات استثمارية على أساس من حسن النية وتستثمر أصولها في ضوء المخاطر الاقتصادية والمالية واعتبارات العائد ، ومن هذا المنطلق تلتزم هذه الصناديق بمتطلبات التنظيم والإفصاح المتبعة في البلدان المالكة والبلدان المستقبلة لاستثمارات الصناديق¹.

2 - أسباب تبني مبادئ سنتياغو:

يرى الخبراء أن هناك عددا من السلبيات المرتبطة بعمل صناديق الثروة السيادية ، وقد كانت هذه السلبيات سببا في تأسيس مجموعة العمل الدولية وإرساء مبادئ سنتياغو، وتمثل هذه السلبيات فيما يلي²:

- سرية نشاطاتها واتجاهاتها ودوافعها في خياراتها الاستثمارية .
- افتقارها للشفافية في أداء أعمالها حيث أن معظمها لا يكشف عن حجم عوائد الاستثمارات وكيفية توزيعها .
- استغلال نفوذها السياسي على الشركات التي تستحوذ عليها للتحكم بأدوات القرار الاقتصادي فيها.
- وتبعاً لذلك تم تأسيس مجموعة عمل دولية في 1 ماي 2008 لتحديد مجموعة من المبادئ الطوعية تسمح بفهم أوضح للإطار المؤسسي الذي تركز عليه صناديق الثروة السيادية ونظام حوكمتها وعملياتها الاستثمارية بما يدعم المحافظة على مناخ استثماري منفتح ومستقر، وعقد لذلك جلسات عمل في واشنطن، سنغافورة وسنتياغو إلى أن توصلت إلى اتفاق أولي حول مبادئها في 2 سبتمبر 2008 وأصبحت هذه المبادئ تسمى بمبادئ سنتياغو وكان عددها أربعة وعشرون مبدأ طوعياً .

¹نبيل بوفليح، مرجع سابق ، ص ، 125 .

²مجموعة العمل الدولية لصناديق الثروة السيادية، إضاءات مالية و مصرفية، نشرة توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية، دولة الكويت، ديسمبر 2013، السلسلة السادسة، (العدد 05).

3 - مضمون مبادئ سنتياغو:

إن مبادئ سنتياغو عبارة عن مدونة قواعد لصناديق الثروة السيادية صممت لتعزيز الحوكمة الرشيدة والشفافية والمساءلة¹ ، حيث أن مفهوم الحوكمة ينطوي على مجموعة من القواعد والأنظمة التي يتم من خلالها ضمان الرقابة المالية والإدارية والحفاظ على مصالح المؤسسة والجهات المتعامل معه².

وعلى العموم يمكن توضيح مضمون هذه المبادئ فيما يلي:

المبدأ 1 : يكون الإطار القانوني الذي يستند إليه صناديق الثروة السيادية سليما وداعما لفعالية تشغيله وتحقيق أهدافه المعلنة .

المبدأ 1-1: يضمن الإطار القانوني سلامة الوضع القانوني لصناديق الثروة السيادية والمعاملات التي يجريها.

المبدأ 1-2: يتم الإفصاح العلني عن أهم مواصفات الأساس والهيكلة القانونية لصناديق الثروة السيادية وكذلك العلاقة بين كل صندوق وغيره من كيانات الدولة .

المبدأ 2 : يتحدد بوضوح غرض السياسة من إنشاء صناديق الثروة السيادية ويتم الإفصاح عنه علنا .

المبدأ 3 : عندما يكون لأنشطة صناديق الثروة السيادية انعكاسات اقتصادية كلية ومحلية مباشرة كبيرة يتم تنسيق هذه الأنشطة تنسيقا كاملا مع السلطات المالية العامة والسلطات النقدية المحلية بغية ضمان الاتساق مع السياسات الاقتصادية الكلية الشاملة .

المبدأ 4: توضع سياسات أو قواعد أو إجراءات أو ترتيبات واضحة ومعلنة بشأن المنهج العام لصناديق الثروة السيادية حيال عمليات التمويل والسحب والإنفاق .

المبدأ 4-1 : يتم الإفصاح علنا عن مصدر تمويل صناديق الثروة السيادية .

المبدأ 4-2 : يتم الإفصاح علنا عن المنهج العام لسحب الأرصدة من صناديق الثروة السيادية والإنفاق منه نيابة عن الحكومة .

المبدأ 5 : يتم إبلاغ الجهة المالكة على أساس يومي بالبيانات الإحصائية ذات الصلة بصناديق الثروة السيادية أو إتاحتها للإدراج في المكان المناسب مع مجموعات البيانات الاقتصادية الكلية حسب الاقتضاء .

المبدأ 6 : يعمل صندوق الثروة السيادي في ظل إطار سليم للحوكمة يحدد تقسيما واضحا وفعالاً للأدوار والمسؤوليات مما يسهل المساءلة والاستقلالية التشغيلية في إدارة الصندوق .

¹ مركز كارنيغي للشرق الأوسط : أين صناديق الثروة السيادية من مبادئ سنتياغو ، متاح على الموقع :

<http://carnegie-mec.org/publications/?fa=40832> بتاريخ على الساعة 2015/04/04 الساعة 08:08.

² مريم الشريف جحنيط ، علاقة الالتزام بمعايير الحوكمة بالأزمة المالية العالمية ، بحث مقدم في الملتقى العلمي الدولي

حول الأزمة المالية و لاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية ، جامعة فرحات عباس، يومي 20-21 أكتوبر 2009.

- المبدأ 7: تحدد الجهة المالكة أهداف صناديق الثروة السيادية وتتولى تعيين أعضاء جهازه الحاكم طبقاً لإجراءات واضحة التحديد، وتمارس الإشراف على عملياته .
- المبدأ 8 : يعمل الجهاز الحاكم بما يحقق مصالح صناديق الثروة السيادية، ويكلف بمهمة واضحة المعالم ويمنح السلطة والاختصاص الكافيان لأداء وظائفه .
- المبدأ 9 : يتولى فريق الإدارة التشغيلية لصندوق الثروة السيادي تنفيذ إستراتيجياته بصورة مستقلة وفي إطار مسؤوليات واضحة التحديد .
- المبدأ 10: يتحدد بوضوح إطار المساءلة عن عمليات صندوق الثروة السيادي بالنص عليه في التشريع أو الميثاق المعني أو غير ذلك من الوثائق التأسيسية أو في اتفاقية الإدارة .
- المبدأ 11: يتم إعداد تقرير سنوي مصحوب بكشوف مالية عن عمليات صندوق الثروة السيادي وكيفية أدائه ، وذلك في الوقت المقرر وطبقاً للمعايير المحاسبية الدولية أو القومية المعمول بها ومع مراعاة متطلبات الاتساق .
- المبدأ 12 : تخضع عمليات صندوق الثروة السيادي وكشوفه المالية للتدقيق السنوي طبقاً للمعايير المحاسبية الدولية أو القومية المعمول بها .
- المبدأ 13 : تتحدد بوضوح المعايير المهنية والأخلاقية الواجبة ويحاط علماً بها أعضاء الجهاز الحاكم لصندوق الثروة السيادي وإدارته وموظفيه .
- المبدأ 14 : يركز التعامل مع أطراف ثالثة لغرض إدارة عمليات صندوق الثروة السيادي على أسس اقتصادية ومالية وتراعى قواعد وإجراءات واضحة .
- المبدأ 15: تدار عمليات صندوق الثروة السيادي وأنشطته في البلدان المضيفة طبقاً لمتطلبات التنظيم والإفصاح المتبعة في البلدان التي يزاول نشاطه فيها .
- المبدأ 16 : يتم الإفصاح علناً عن إطار الحوكمة وأهدافها وكذلك عن كيفية إدارة صندوق الثروة السيادي على أساس من الاستقلالية التشغيلية عن الجهة المالكة .
- المبدأ 17: يتم الإفصاح علناً عن المعلومات المالية ذات الصلة بصندوق الثروة السيادي لتوضيح توجهه الاقتصادي والمالي حتى يتسنى له الإسهام في استقرار الأسواق المالية الدولية وتعزيز الثقة في البلدان المستقبلية لاستثماراته .
- المبدأ 18: تتسم السياسة الاستثمارية لصندوق الثروة السيادي بالوضوح والاتساق مع أهدافه المحددة والمخاطر التي يتعرض لها ودرجة تحمله لها وإستراتيجيته الاستثمارية حسب ما حددتها الجهة المالكة أو الحاكمة ، كما تركز على مبادئ سليمة لإدارة الحافظة .

- المبدأ 18-1: يسترشد صندوق الثروة السيادي بسياسته الاستثمارية في تقنين مدى انكشافه للمخاطر المالية وإمكانية استخدامه للرفع المالي .
- المبدأ 18-2: تعالج السياسة الاستثمارية مدى إمكانية الاستعانة بمديرين داخليين أو خارجيين للاستثمار كما تعالج أنواع أنشطتهم وطبيعة السلطة المخولة لهم والعملية المتبعة في اختيارهم ومراقبة أداءهم .
- المبدأ 18-3: يتم الإفصاح علنا عن سياسة الاستثمار المعتمدة لدى صندوق الثروة السيادي .
- المبدأ 19: تهدف القرارات الاستثمارية التي يتخذها صندوق الثروة السيادي إلى تعظيم العائد المالي المعدل حسب المخاطر بما يتوافق مع سياسته الاستثمارية واستنادا إلى أسس اقتصادية ومالية .
- المبدأ 19-1: إذا كانت قرارات الاستثمار تخضع لاعتبارات أخرى باختلاف الاعتبارات الاقتصادية والمالية يتم النص بوضوح على هذه الاعتبارات ضمن سياسة الاستثمار ويتم الإفصاح عنها علنا .
- المبدأ 19-2: تدار أصول صندوق الثروة السيادي وفقا للطريقة السليمة والمقبولة عموما في مجال إدارة الأصول .
- المبدأ 20: لا يجوز لصندوق الثروة السيادي السعي لمعرفة معلومات سرية أو اكتساب نفوذ من خلال الحكومة بمفهومها الأوسع أو استغلال مثل هذه المعلومات أو النفوذ في التنافس مع الكيانات الخاصة .
- المبدأ 21: ينظر صندوق الثروة السيادي إلى حقوق ملكية المساهمين باعتبارها عنصرا أساسيا في قيمة استثمارات أصوله ، وإذا اختار أن يمارس حقوق ملكيته فعليه القيام بذلك على نحو يتسق مع سياسته الاستثمارية ويحمي القيمة المالية لاستثماراته ويفصح الصندوق السيادي بشكل علني عن منهجه العام تجاه الأسهم المانحة لحقوق التصويت في الكيانات المدرجة في البورصة بما في ذلك العوامل الأساسية المرشدة لممارسته حقوق الملكية .
- المبدأ 22: يستند صندوق الثروة السيادي إلى إطار يحدد مخاطر عملياته ويقدرها ويديرها .
- المبدأ 22-1: يتضمن إطار إدارة المخاطر معلومات موثوقة ونظما لإبلاغ البيانات في الوقت المقرر، مما يتيح مراقبة المخاطر ذات الصلة وإدارتها .
- المبدأ 22-2: يتم الإفصاح علنا عن المنهج العام المعتمد لإطار إدارة المخاطر.
- المبدأ 23: تقاس أصول صندوق الثروة السيادي وأدائه الاستثماري وترفع تقارير بشأنها لملكها طبقا لمبادئ ومعايير واضحة التحديد .
- المبدأ 24: يجري صندوق الثروة السيادي بشكل مباشر أو من خلال طرف ينوب عنه عملية مراجعة منتظمة لتطبيق المبادئ والممارسات المتعارف عليها.

من خلال عرض مبادئ سنتياغو الأربعة والعشرين يتضح أن هذه الأخيرة تشمل المحاور والمجالات التالية¹ :

✓ المجال الأول : يضم الإطار القانوني والأهداف والتوافق مع السياسات الاقتصادية الكلية، إن هذا الإطار يمثل ركيزة أساسية لإطار مؤسسي قوي وهيكل حوكمة مستقر يقوم عليهما صندوق الثروة السيادي ، كما ييسر عملية صياغة استراتيجيات الاستثمار الملائمة التي تنسق مع أهداف سياسية معلنة.

✓ المجال الثاني : يضم الإطار المؤسسي وهيكل الحوكمة وهو المحور الذي يفصل بين وظائف الجهة المالكة والجهاز الحاكم وفريق الإدارة مما يؤدي إلى تسيير الاستقلالية التشغيلية في إدارة صندوق الثروة السيادي ويكفل اتخاذ قرارات الاستثمار وتنفيذ العمليات الاستثمارية دون تدخل سياسي ، وتعمل سياسة الاستثمار الواضحة على إظهار التزام الصندوق بخطة استثمار وممارسات استثمارية منضبطة.

✓ المجال الثالث : يضم إطار الاستثمار وإدارة المخاطر وهو محور يضم مبادئ تهدف إلى تشجيع سلامة العمليات الاستثمارية للصناديق ومدى خضوع هذه العمليات للمساءلة.

4- أهمية مبادئ سنتياغو في إرساء قواعد الحوكمة:

إن الغرض من مبادئ سنتياغو هو تحديد إطار يعبر تعبيرا دقيقا عن ترتيبات الحوكمة والمساءلة وكذلك إدارة ممارسات الاستثمار على أساس سليم ، كما يتمثل الغرض منها أيضا في ضمان استمرار المنافع الاقتصادية والمالية التي تحققها الصناديق للبلدان والمؤسسات التي تقوم بإتباعها.

ويمكن تلخيص أهمية مبادئ سنتياغو في إرساء قواعد حوكمة صناديق الثروة السيادية في النقاط التالية :

- تعتبر هذه المبادئ بمثابة مرشد لصناديق الثروة السيادية القائمة والمستقبلية في مختلف جوانب أنشطتها الاستثمارية وتساعد في تقديم الإرشاد اللازم لأي إصلاح قانوني ومؤسسي يتعلق بها .

- تساعد هذه المبادئ على ضمان الالتزام بمتطلبات التنظيم والإفصاح وفق الأنظمة الخاصة بالبلدان التي تستثمر فيها هذه الصناديق .

- تسعى هذه المبادئ إلى التأكد من أن استثمارات الصناديق تراعي المخاطر الاقتصادية والمالية واعتبارات العائد² .

¹ www.img-swf.org/pubs/ara/gapplista.pdf le 05/04/2015 à 19:30

² Ibid .

- تساعد على الاحتفاظ بنظام مالي عالمي مستقر وتضمن حرية تدفق رؤوس الأموال والاستثمارات .
 - تعمل على إرساء هيكل شفاف وسليم يكفل الضوابط التشغيلية ويضمن سلامة إدارة المخاطر والمساءلة
 - تسهم في تعميق فهم البلدان المالكة والبلدان المتقبلة والأسواق المالية الدولية لطبيعة صناديق الثروة السيادية .

- تساعد على ضمان استمرار المنافع الاقتصادية والمالية التي تحققها الصناديق للبلدان المالكة والمستقبلة والمؤسسات الاقتصادية¹ .

5- تطبيق مبادئ سنياغو:

تشير الدول الغربية إلى جوانب سلبية فعلا في عمل الصناديق السيادية فهذه الصناديق تفتقر إلى أبسط متطلبات الشفافية في عملها فهي لا تقدم تقارير سنوية مدققة تعكس أدائها المالي والتشغيلي وفقا للمعايير المحاسبية الدولية .

وعلى خلفية هذه الانتقادات تعهد 26 صندوق ثروة سيادي بالالتزام بتنفيذ هذه المبادئ بما جاء فيها من معايير تخص الشفافية والحوكمة الرشيدة والمساءلة. وضمت اللجنة في عضويتها أبرز الصناديق السيادية العربية والأجنبية وكذلك الدول الراغبة في استضافة استثماراتها وهي الإمارات والكويت وقطر والسعودية والبحرين وليبيا وعمان ، إضافة إلى سنغافورة والصين وروسيا والترويج والولايات المتحدة وتشيلي وأذربيجان وإيران وبوتسوانا وكندا وأستراليا ونيوزيلندا وفيتنام. وتمثل مبادئ سنياغو القواعد والممارسات المتعارف عليها في النشاطات التجارية والتي تعبر تعبيرا دقيقا عن ممارسات وأهداف استثمارات الصناديق السيادية ويتمثل الغرض الإرشادي لهذه المبادئ في إلزام الصندوق السيادي بالإفصاح عن حجم وتفاصيل الإنفاق والتمويل إضافة إلى تطبيق معايير الحوكمة لاسيما التقسيم الواضح للوظائف كما تلزم مبادئ سانتياغو الصندوق السيادي بتقديم تقرير سنوي مدقق يعكس أدائه المالي والتشغيلي وفقا لمعايير المحاسبة الدولية. أضف إلى هذا أن هذه المبادئ توجب على الصندوق السيادي الإفصاح عن سياساته الاستثمارية وإدارته للمخاطر إضافة إلى الإفصاح عن أداء أصوله ، وتطالبه بالالتزام بكافة متطلبات التنظيم والإفصاح في البلدان التي يستثمر فيها والتأكد من أن استثماراته تراعي المخاطر الاقتصادية والمالية واعتبارات العائد وبضرورة المساهمة باستقرار النظام المالي العالمي وبحرية تدفق رؤوس الموال والاستثمارات. كما تؤكد هذه المبادئ على أن لا يفرض أي قيد على الصفقات الاستثمارية لدواعي الأمن القومي إلا بالتناسب مع الأخطار الأمنية الحقيقية التي تثيرها الصفقات المعنية.

¹مجموعة العمل الدولية لصناديق الثروة لسيادية : www.iwg-swf.org/pr/pdf/ara/pr0804a.pdf

والملاحظ هو أن أربعة فقط من صناديق الثروة السيادية الستة والعشرين الموقعة على وثيقة مبادئ سنتياغو قد طبقت هذه المبادئ فعلا. ومن هنا فإن الإعلان عن هذه المبادئ لا يطمئن بال الدول المضيفة أبداً، لاسيما إذا لم تحظ هذه المبادئ بتأييد أوسع .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مجموعة العمل الدولية أدركت الطبيعة المتغيرة التي تتسم بها تدفقات رؤوس الأموال الدولية وما يشكله ذلك من تحديات كبيرة لصناديق الثروة السيادية عند تطبيق المبادئ خاصة إذا كانت حديثة النشأة ، وقد يتطلب تطبيق هذه المبادئ فترة انتقالية منها لذلك أقرت المجموعة بإمكانية منح فترة انتقالية للصناديق حديثة النشأة من أجل التكيف مع متطلبات هذه المبادئ وبالنسبة للصناديق السيادية التي لديها خبرة طويلة في المجال الاستثماري فيمكنها أن تنظر في تطبيق المبادئ والممارسات المتعارف عليها باعتبارها معيار للحد الأدنى وبما أن هذه المبادئ عامة وغير مفصلة فإنه يمكن للدولة المالكة للصناديق تطبيقها دون التخوف من إمكانية تعارضها مع الأنظمة والقوانين المعمول بها في هذه البلدان .

كما تقر مجموعة العمل الدولية بإمكانية تحسين عدة جوانب في مبادئ سانتياغو بمزيد من الدراسة والبحث على غرار الجوانب المتعلقة بتقديم معلومات شاملة وموثوقة عن أنشطة صناديق الثروة السيادية في الماضي والحاضر والمستقبل والمخاطر المحتملة على عملياته الاستثمارية وميزانياته العمومية ولتيسير التوصل إلى هذه النتيجة هناك اتجاه نحو تشكيل مجموعة دائمة لصناديق الثروة السيادية حتى تضمن إبقاء مبادئها وممارساتها قيد المراجعة المستمرة حسب مقتضى الحال وتيسير نشرها وسلامة فهمها وتطبيقها، وسوف تتيح هذه المجموعة منبرا لتبادل الأفكار والآراء فيما بينها وبين البلدان المستقبلة لاستثماراتها ويمكن أن تبحث المجموعة أيضا في السبل الممكنة لجمع المعلومات عن عمليات صناديق الثروة السيادية ككل وإتاحتها و نشرها بصفة دورية¹ .

¹نبيل بوفليح ، مرجع سابق، ص ، 126 .

خاتمة:

كخلاصة لما سبق يمكن القول أن صناديق الثروة السيادية عبارة عن أدوات مالية مستحدثة مدارة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة يتم تمويلها من قبل الحكومة لأغراض استثمارية أو ادخارية عن طريق الفوائض المالية المحققة. و قد رحبت المنظمات الدولية بهذه الصناديق شريطة التزامها بمبادئ وقواعد ضابطة لنشاطها وتوصلت الجهود إلى اتفاق حول جملة من المبادئ أطلق عليها مبادئ سنتياغو.

وتهدف هذه المبادئ إلى دعم الإطار المؤسسي ونظام الحوكمة والعمليات الاستثمارية التي تقوم بها صناديق الثروة السيادية ومن المتوقع أن يساعد نشر هذه المبادئ والممارسات على تحسين الفهم السائد لصناديق الثروة السيادية باعتبارها كيانات لها توجه اقتصادي ومالي في كل من بلدان الموطن والبلدان الملتقية ، وينتظر أن يسهم هذا الفهم في استقرار النظام المالي العالمي ويحد من الضغوط الحمائية ويحافظ على المناخ الإستثماري ، ومن شأن هذه المبادئ أيضا أن تتيح لصناديق الثروة السيادية تطوير هيكلها التنظيمي وسياساتها المعتمدة وممارستها الاستثمارية ومراجعتها وتقويتها.

قائمة المراجع :

- ماجد عبد الله المنيف ، صناديق الثروة السيادية ودورها في إدارة الفوائض النفطية ، بحوث إقتصادية عربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، العدد 47 ، 2009 ،
- نبيل بولفليح ، دور صناديق الثروة السيادية في تمويل اقتصاديات الدول النفطية ، أطروحة دكتوراه ، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2011
- سليمان عبد الكريم ، دور صناديق الثروة السيادية في ترشيد الإيرادات النفطية ، مذكرة ماجستير ، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، .
- ماجد عبد الله المنيف ، صناديق الثروة السيادية ودورها في إدارة الفوائض النفطية ، مجلة النفط والتعاون العربي، منظمة الدول العربية المصدرة للبترو ، المجلد 35 ، العدد 129 ، 2009
- مظهر محمد الصالح ، صناديق الثروة السيادية : تقييم أولي لتجربة صندوق تنمية العراق ، البنك المركزي العراقي ، 2008 .
- كمال العقرب ، تقييم واقع ودور صناديق الثروة السيادية في تحقيق الإستقرار في الإقتصاد العالمي ، مجلة الإقتصاد الجديد ، جامعة خميس مليانة ، الجزائر ، المجلد 01 ، العدد 10 ، 2014 .
- عبد المجيد قدي ، الصناديق السيادية والأزمة المالية الراهنة ، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا ، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة الشلف ، العدد 6 ، 2010

-معهد الدراسات المصرفية ، صناديق الثروة السيادية ، السلسلة السادسة ، العدد 5 ، الكويت ، 2013
- إياد حماد ، إدارة الصناديق السيادية وصناديق التحوط ، رسالة ماجستير ، كلية الإقتصاد ، جامعة دمشق ، 2009 ص ، .

-نبيل بوفليح ، دور صناديق الثروة السيادية في معالجة الأزمة المالية والإقتصادية العالمية ، مجلة بحوث اقتصادية وعربية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، العدد 48 ، 2009
-بشير هادي عودة ، انعكاسات الأزمة المالية العالمية على اقتصاديات دول الخليج العربي ، متاح على الموقع :

بتاريخ : 2015/03/31 <http://www.docudesk.com>

- GAPP : generally accepted principles and practices

- مجموعة العمل الدولية لصناديق الثروة السيادية، إضاءات مالية و مصرفية، نشرة توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية، دولة الكويت، ديسمبر 2013، السلسلة السادسة، العدد 05
- مركز كارنيغي للشرق الأوسط : أين صناديق الثروة السيادية من مبادئ سنتياغو ، متاح على الموقع :

بتاريخ <http://carnegie-mec.org/publications/?fa=40832>.

2015/04/04

مریم الشریف جحنيط ، علاقة الالتزام بمعايير الحوكمة بالأزمة المالية العالمية ، بحث مقدم في الملتقى العلمي الدولي حول الأزمة المالية و لاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية ، جامعة فرحات عباس، يومي 20-21 أكتوبر 2009.

-www.img-swf.org/pubs/ara/gapplista.pdf le 05/04/2015

-مجموعة العمل الدولية لصناديق الثروة لسيادية

: www.iwg-swf.org/pr/pdf/ara/pr0804a.pdf

التسرب كآلية مستحدثة لمواجهة تهريب الأشخاص

الأستاذ . فيصل بوخالفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة ليامين دباغين سطيف 2- الجزائر

boukhelfafaycel@gmail.com

مقدمة:

تعاني الجزائر وعلى غرار العديد من دول العالم من ظاهرة تهريب الأشخاص التي تقوم بها شبكات التهريب، مستغلة في ذلك الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية التي يعيشها الأفراد هذا بنقل الأشخاص من دولة إلى أخرى بطرق غير قانونية، من أجل الهجرة بحثا عن مستقبل أفضل مقابل دفع أموال باهظة، إلا أن النشاط الذي تقوم به الشبكات في تهريب تكتفه العديد من المخاطر على حياة المهريين، الذين غالبا ما تنتهي حياتهم بالغرق في وسط البحر ، أو استغلالهم في الجنس أو الدعارة وبيعهم في سوق العبيد أو الرقيق أو الاتجار بهم أو بأعضائهم البشرية، وغالبا ما يكون أكثر الضحايا هم من الأطفال والنساء الذين يعتبرون الطبقة الضعيفة في المجتمع.

لذا و قصد التصدي لهذه الظاهرة الخطيرة لجأ المشرع الجزائري إلى تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2006⁽¹⁾، حيث عزز بموجبه من سلطات و اختصاصات الضبطية القضائية⁽²⁾، خاصة ما تعلق منها باستعمال أساليب التحري الخاصة للبحث والتحري و التحقيق في بعض الجرائم الخطيرة و التي من بينها تقنية "التسرب"، أو "الإختراق"⁽³⁾، مواكبة لما أقرته هيئة الأمم المتحدة في مجال مكافحة تهريب الأشخاص

¹ - أنظر القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 المعدل للأمر 156/66 المؤرخ في 20/جويلية/1966 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 14 الصادرة في 24/ديسمبر/2006.

² - لقد جاء في تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2017 رقم 07/17 المؤرخ في 27/03/2017 تغيير تسمية مصطلح "الضبطية القضائية" بـ "الشرطة القضائية" من خلال ما جاءت به المادة 04 منه والتي تعدل المادة 12 من الأمر 156/66 المؤرخ في 20/جويلية/1966، جريدة رسمية عدد 20 بتاريخ 29/مارس/2017.

³ - كما استعمل المشرع الجزائري مصطلح "الاختراق" في نص المادة 56 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/فيفري/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 الصادرة بتاريخ 20/فيفري/2006.

من خلال اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والتي تعرف باسم "اتفاقية باليرمو"⁽¹⁾، وبروتوكولاتها المكملة لها التي صادقت عليها الجزائر⁽²⁾.

من خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية الآتية: ما مدى نجاعة تقنية التسرب في مكافحة تهريب الأشخاص كجريمة منظمة؟ وهل أحاط المشرع هذه التقنية بكل الضمانات التي تكفل الحماية لمستعمليها؟ و للإجابة عن هذه الإشكالية سيتم التطرق بداية إلى ظاهرة تهريب الأشخاص، ثم سنعكف على دراسة تقنية التسرب كأسلوب من أساليب التحري الخاصة لمكافحة تهريب الأشخاص.

المطلب الأول: ظاهرة تهريب الأشخاص.

سوف نتناول ماهية تهريب الأشخاص في فرع أول ، ثم تهريب الأشخاص المهجرة غير المشروعة في فرع ثان .

الفرع الأول: ماهية تهريب الأشخاص.

لمعرفة ظاهرة تهريب الأشخاص سيتم التطرق بداية إلى التطور التاريخي لهذه الظاهرة، لنعكف بعدها على تعريفها.

أولاً: لمحة تاريخية موجزة عن التهريب البشري.

لقد ظهرت ظاهرت التهريب البشري بعد الحرب العالمية الثانية، ومع سيادة الدول على أراضيها ومعاييرها البرية والبحرية، إذ عرف نشاط هذه الظاهرة في الدول الفقيرة كالدول الإفريقية وبعض الدول الآسيوية ودول أمريكا الجنوبية، كما عرف هذا النشاط صورتين يتم من خلالهما، نشاط فردي من خلال قيام بعض الأشخاص وبمفردهم أو في شكل مجموعات صغيرة بإستعمال قوارب التهريب مقابل مبالغ مالية معينة، أو الصعود في السفن البحرية أو التجارية خلصة ، كما قد تتم بإستخدام الممرات البرية التي تقل فيها

¹ - إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، تم إعتماها بتاريخ 15/نوفمبر/2000 وصادقت عليها الجزائر في 05/فيفري/2002، جريدة رسمية عدد 09 بتاريخ 10/فيفري/2002.

² - بروتوكول منع ووقف الاتجار بالأشخاص بخاصة النساء والأطفال المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي تم إعتماها بتاريخ 15/نوفمبر/2000 والذي صادقت عليه الجزائر بتاريخ 09/نوفمبر/2003 ، ج ر ع 69 ليوم 12/نوفمبر/2003، وبروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي تم إعتماها بتاريخ 15/نوفمبر/2000 والذي صادقت عليه الجزائر بتاريخ 09/نوفمبر/2003 ، جريدة رسمية عدد 69 بتاريخ 12/نوفمبر/2003 .

نقاط المراقبة، ونشاط مهني منظم من خلال التهريب البشري عن طريق عصابات منظمة مقابل كسب مادي، في شكل شبكات التهريب العالمية والتي يتصف فيها أعضاؤها بالإحترافية والخبرة في ميدان الهجرة. إذ يستعمل أعضاؤها في عملية تهريب البشر الممرات البرية والبحرية الغير خاضعة للرقابة والتفتيش، دون تقديم ضمانات خلال رحلات التهريب التي كثيرا ما تنتهي بالغرق في البحر، أو إستغلال الأشخاص في الدعارة أو التجارة في أعضائهم البشرية⁽¹⁾.

ثانيا: تعريف تهريب الأشخاص.

يعرف تهريب الأشخاص أو تهريب المهاجرين على أنه: "تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة أخرى ليست موطنها له أو لا يعد من المقيمين الدائمين فيها من اجل الحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة أخرى"⁽²⁾، أو انه: "جلب ونقل الأشخاص من دولة إلى دولة أخرى بطريقة غير قانونية بهدف تحقيق الربح المادي، ويأخذ تهريب البشر عدة أشكال تبدأ من التعريب الذي يأخذ الشكل التقليدي كما هو الحال في تهريب البشر عبر الطرق البرية والبحرية، سواء كان ذلك باستخدام وسائل النقل البدائية أو المتطورة، وإنهاءا بذلك الشكل الذي يعتمد على التزوير كما هو الحال في تزوير جوازات السفر والتأشيرات. والذي غالبا ما يستخدم وسائل النقل الجوية"⁽³⁾.

كما عرفته المادة الثانية من بروتوكول قمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص بخاصة النساء والأطفال المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية على أن: "الإتجار بالأشخاص تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو إستقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو إستعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الإحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء".

¹ - عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة والجريمة، دون طبعة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2008، ص ص 18، 19.

² - مرجع نفسه، ص. 18.

³ - خالد بن سليم الحربي، ضحايا التهريب البشري من الأطفال، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص 16.

الفرع الثاني: تهريب الأشخاص والمهجرة غير المشروعة

سوف نتعرف على ماهية المهجرة غير المشروعة (أولاً)، ثم الأخطار المختلفة للمهجرة غير المشروعة (ثانياً)، ثم العلاقة بين المهجرة غير المشروعة وتهريب البشر (ثالثاً)، و(رابعاً) التعرف على الفرق بين تهريب البشر والمهجرة غير المشروعة وهذا كما يلي:

أولاً: تعريف المهجرة غير المشروعة

تعرف على أنها: "إنتقال المهاجر من دولة إلى أخرى تسلسلاً دون تأشيرة أو إذن دخول مسبق"⁽¹⁾، كما أنها "تلك المهجرة التي تتم بطرق غير قانونية نظراً لصعوبة السفر وصعوبة المهجرة الشرعية، حيث تعقدت إجراءات السفر وأصبحت المهجرة الشرعية فيها مستحيلة"⁽²⁾.

ثانياً: الأخطار المختلفة للمهجرة غير المشروعة.

تنطوي المهجرة غير المشروعة على أخطار مختلفة مثلة في أخطار اقتصادية وأخرى اجتماعية و أمنية. 01/ الأخطار الاقتصادية للمهجرة غير المشروعة: إن المهاجر غير الشرعي يشكل عبئاً على اقتصاد الدولة التي هاجر إليها، أين يستغل الخدمات المقدمة لمواطني الدولة ويؤدي إلى استهلاكها، كما أن العمالة الوافدة تظهر نوعاً من الإتكالية والكسل لدى المواطنين، لذا تكمن أخطارها في:

- التأثير على حجم الانتاج والنتاج القومي.
- هدر رأس المال البشري.
- هدر الموارد التي انفق على تعليم المواطنين.
- إنتشار الفساد في بعض الأجهزة الأمنية بالرشاوي والوساطة قصد التغاضي عن المهاجرين.
- إنخفاض مستوى المعيشة.
- إنتشار العمالة العشوائية.

¹ - عبد الله سعود السراني، (العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والإتجار بهم)، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية "مكافحة الهجرة غير المشروعة" المنعقدة خلال الفترة من 08-10/02/2010، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 104.

² - أحمد عبد العزيز الأصغر، (الهجرة غير المشروعة، الإنتشار والأشكال والأساليب المتبعة)، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية "مكافحة الهجرة غير المشروعة" المنعقدة خلال الفترة من 08-10/02/2010، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 10.

02/ الأخطار الإجتماعية للهجرة غير المشروعة من بينها:

- التفكك الأسري والانحراف الأخلاقي.

- زيادة نسبة الإعاقة في المجتمع.

- معاناة المهاجرين غير الشرعيين من ظاهرة الإغتراب.

- زيادة الضغط على الخدمات والمرافق في مناطق العمل.

- ظهور الاحياء العشوائية وما لها من سلبيات.

- ظهور عادات غريبة على المجتمع⁽¹⁾.

03/ الأخطار الأمنية للهجرة غير المشروعة: تعد خطرا على الأمن الوطني والسياسي بسبب توغل

بعض العملاء وسط المهاجرين، مما يؤدي إلى ظهور خلايا إرهابية بالدولة، كما تساعد الهجرة غير المشروعة

على دخول أسلحة بمختلف أنواعها وظهور الأفكار المتطرفة، التي قد يستغل بعض أطرافها المعادية للدولة

لزعزعة أمنها واستقرارها.

- الترويج للأفكار المنافية للآداب وخرق القانون.

- الزيادة من جرائم السرقة والنصب والكسب غير المشروع وترويج المخدرات.

- تكييد الدولة أعباء مادية إضافية قصد ملاحقة المخالفين⁽²⁾.

ثالثا: العلاقة بين تهريب البشر والهجرة غير المشروعة .

هناك علاقة وطيدة بين تهريب البشر والهجرة غير المشروعة، التي تكمن في أن غالبية المهاجرين غير

الشرعيين يتم تهريبهم عن طريق عصابات تهريب البشر، التي تستغل بعض السواحل التي تنقص فيها المراقبة

لتهريبهم وتنظيم هروبهم إلى الدول التي يرغبون الذهاب إليها مقابل مبالغ مالية.

لكن غالبا ما تكون الرحلة في البحر محفوفة بمخاطر كثيرة بدءا بالمبالغ الخيالية والمرتفعة التي تطلبها

عصابات التهريب من الأشخاص المهريين، كما ان حياة هؤلاء الأشخاص معرضة للخطر نتيجة إمكانية

غرقهم، إلى جانب أن العصابات أو شبكات التهريب عادة ما يلجؤون وفي حالة الحمولة الزائدة إلى رمي

بعض المهاجرين في البحر لتخفيفها، أو تقوم بتخدير البعض منهم خلال الرحلة بوضع المخدر في الأكل أو

¹ - عبد الله سعود السراي، المرجع السابق، ص 110، 109.

² - عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك، المرجع السابق، ص 81، 82.

المشروبات قصد إستغلالهم في التجارة بأعضائهم، وتسليمهم للعصابات المتخصصة في ذلك لتستولي على أعضائهم لزراعتها مقابل مبالغ مالية ضخمة⁽¹⁾.

رابعا: الفرق بين تهريب البشر والهجرة غير المشروعة.

تهريب البشر والهجرة غير المشروعة مفهومان مختلفان، حيث أن الأول هدفه استغلال الشخص في حين الثاني يتضمن المشاركة في الهجرة غير المشروعة، كما أن تهريب البشر إجراء يتم بموجبه نقل شخص داخل الدولة نفسها أو إلى دولة أخرى لاستغلاله .

إلا أنهما يختلفان في النقاط التالية:

- يتم تهريب البشر عبر الحدود بطريقة غير قانونية عكس الهجرة غير المشروعة التي تكون بطرق قانونية (بجواز سفر مثلا).

- الهجرة غير المشروعة تكون بمبادرة شخصية وإرادية حتى ولو كانت الوسيلة المستعملة في ذلك تشكل خطرا عليه، عكس التهريب البشري الذي تنعدم فيه الموافقة الشخصية للمهربين، حيث يتم تغليطهم من طرف الشبكات الخاصة بالتهريب.

- تهريب البشر يكون من أجل استغلال الضحايا في البلدان المستقبلية لفائدة المهربين، عكس الهجرة غير الشرعية التي تنتهي علاقة المهاجرين بعناصر التهريب البشري بمجرد وصولهم إلى البلدان المتجهين إليها.

- الهجرة غير الشرعية تعتبر جريمة ضد الدولة ولا تعد بمثابة إعتداء على حقوق الإنسان، على عكس التهريب البشري الذي يعد بمثابة إعتداء على حقوق الإنسان الذي ينتج عنه إلزامية وضع إجراءات خاصة غرضها توفير الحماية اللازمة لضحايا التهريب البشري⁽²⁾.

¹ - عبد الله سعود السراني، المرجع السابق، ص 115.

² - Matiada Ngalikpima , esclavage en Europe, le traite des êtres humaines, mémoire pour le diplôme d'université de 3^{eme} cycle, analyse des menaces criminelles contemporaines, année universitaire 2003/2004, p 15, 16.

المطلب الثاني: استعمال تقنية التسرب كأسلوب من أساليب التحري الخاصة

لمكافحة تهريب الأشخاص.

للتعرف على تقنية التسرب والأحكام المتعلقة باستعمالها، سيتم التعرف بداية على أساليب التحري الخاصة في فرع أول، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى التسرب أو الإختراق.

-الفرع الأول: أساليب التحري الخاصة.

لقد ورد استعمال أساليب التحري الخاصة لمكافحة تهريب البشر كجريمة منظمة عبر الوطنية، في المادة 20 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وأوصت باستعمالها في هذا الغرض، التي نصت على أنه: "يتعين على كل دولة طرف، إذا كانت المبادئ الأساسية لنظامها القانوني الداخلي تسمح بذلك، أن تقوم ضمن حدود إمكانياتها ووفقا للشروط المنصوص عليها في قانونها الداخلي، بإتخاذ ما يلزم من تدابير لإتاحة الاستخدام المناسب لأسلوب التسليم المراقب وكذلك ما تراه مناسبا من استخدام أساليب تحر خاصة، مثل المراقبة الإلكترونية أو غيرها من أشكال المراقبة، والعمليات المستترة، من جانب سلطاتها المختصة داخل إقليمها لغرض مكافحة الجريمة المنظمة مكافحة فعالة".

كما جاء المشرع الجزائري بهذه الأساليب لمحاربة هذه الجريمة خلال تعديل قانون الإجراءات الجزائية سنة 2006، بموجب القانون 06 / 22 المؤرخ في 0/ديسمبر/2006 المعدل للأمر 156/66 المؤرخ في 20/جويلية/1966، في الفصل الرابع منه الباب الثاني المادة 65 مكرر 05 تحت عنوان "في إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات وإلتقاط الصور"، وفي الفصل الخامس منه المادة 65 مكرر 11 تحت عنوان "التسرب".

أولا: تعريف أساليب التحري الخاصة

تعرف على أنها: "تلك العمليات أو الإجراءات أو التقنيات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت المراقبة وإشراف السلطة القضائية، بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة المقررة في قانون العقوبات، وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها، وذلك دون علم ورضا الأشخاص المعنيين⁽¹⁾".

¹ - ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 194.

ثانيا: صور أساليب التحري الخاصة في الجزائر

بالرجوع غلى نص المادتين 65 مكرر 05⁽¹⁾ و 65 مكرر 11⁽²⁾ من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006، نجد أن المشرع أدرج عدة صور للبحث و التحري: المراقبة، و إعتراض المراسلات و الأصوات، إلتقاط الصور، التسرب.

كما جاء بصور أخرى في نص المادة 56 من القانون 01/06 المؤرخ في 20/فيفري/ 2006، و المتمثلة في: التسليم المراقب ، التصدد الإلكتروني ، الإختراق. وقد حصر مجال تطبيقها في سبعة فئات من الجرائم التي هي: جرائم المخدرات الواردة في قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية تحت رقم 18/04 المؤرخ في 25/ديسمبر/2004 ، جرائم تبييض الأموال، الجرائم الإرهابية والأعمال التخريبية الواردة في القانون رقم 01/05 المؤرخ في 06/فيفري/2005 الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات الواردة في القانون رقم 04/09 المؤرخ في 05/أوت/2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال و مكافحتها، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية الواردة في قانون العقوبات العام، جرائم الصرف الواردة في قانون الصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج الواردة بالأمر رقم 01/03 المؤرخ في 19/فيفري/2003 وجرائم الفساد الواردة في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تحت رقم 01/06 المؤرخ في 20/فيفري/2006.

الفرع الثاني: التسرب أو الإختراق

سيتم التطرق بداية لتعريف تقنية التسرب، ثم نعكف على إدراج الشروط الشكلية و الموضوعية التي تتطلب لإجرائها مع إدراج الحماية المقررة لمنفذها.

أولا: تعريف التسرب

من الناحية اللغوية: التسرب: تسرب: تسربا [سرب] من الماء، دخل في البلاد: دخلها خفية كقولك :
"تسربت الجواسيس"⁽³⁾.

¹ - أنظر المادة 65 مكرر 05 من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006، المرجع السابق.

² - أنظر المادة من القانون 01/06 المؤرخ في 20/فيفري/2006، المرجع السابق.

³ - المنجد الأبجدي: دار المشرق للتوزيع، الطبعة الثامنة، لبنان، 1980، ص 250.

ولكلمة التسرب كلمة مرادفة لها هي: "الإختراق"، وتعني إختراق: يخترق، إختراقا، الناس، مشى وسطهم⁽¹⁾. والتسرب كذلك مشتق من الفعل تسرب، تسربا، اي دخل و إنتقل خفية ، وهي الولوج والدخول بطريقة او بأخرى إلى مكان أو جماعة⁽²⁾.

من الناحية الفقهية: عرفه البعض على أنه: "تقنية من تقنيات التحري والتحقيق الخاصة تسمح لضابط أو عون شرطة قضائية بالتوغل داخل جماعة إجرامية، وذلك تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية آخر مكلف بتنسيق عملية التسرب، بهدف مراقبة أشخاص مشتبه فيهم وكشف أنشطتهم الإجرامية، وذلك بإخفاء الهوية الحقيقية و تقديم المتسرب لنفسه على أنه فاعل أو شريك"⁽³⁾.

أما من الناحية القانونية فقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 65 مكر 12 من القانون رقم 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية او جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف".

فمن خلال التعاريف السابقة، يمكن نحن تعريف التسرب بأنه: " وسيلة أو إجراء قانوني مخول لضابط الشرطة القضائية خلال القيام بمهمة البحث والتحري الخاصة عن بعض الجرائم الخطيرة والحديثة، وهذا بإذن من النيابة العامة وتحت إشراف ومراقبة السلطة القضائية، حيث تستخدم من خلاله بعض التقنيات والتسرب او التوغل داخل الجماعة الإجرامية والتظاهر بالإشتراك في الجريمة قصد جمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها".

ثانيا: الشروط الشكلية والموضوعية لإجراء عملية التسرب.

من خلال إستعراضنا لنص المادتين 65 مكرر 11⁽⁴⁾ و 65 مكرر 05⁽⁵⁾ من القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 يتضح لنا أن المشرع الجزائري، قد وضع شروطا لإجراء عملية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة، لا سيما في جريمة تهريب الأشخاص كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية، إذ ألزم أن يتم استصدار إذن من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية، والذي

¹ - علي بن هادية وآخرون ، القاموس الجديد للطلاب ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، د ون تاريخ نشر، ص 20

² - سهيل حسيب سماحة، معجم باللغة العربية، الطبعة الأولى، مكتبة سمير، 1984، ص 130.

³ - عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، دار بلقيس للنشر، الجزائر 2016، ص105.

⁴ - المادة 65 مكرر 11 من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 ، المرجع السابق.

⁵ - مرجع نفسه ، المادة 65 مكرر .

يجب أن يكون مكتوبا ومسببا ، ويحمل كامل المعلومات الخاصة بالجريمة التي أستصدر من اجله، وذكر هوية ضابط الشرطة القضائية المسؤول عن العملية ومدة العملية التي لا يمكن أن تتعدى 04 أشهر⁽¹⁾، وهذه الشروط كلها تدخل ضمن الشروط الشكلية لإجراء التسرب.

كما حدد المشرع الجزائري أيضا شروطا أخرى لإجراء التسرب إلى جانب الشروط السابق ذكرها، من خلال ما جاء في نص المادة 65 مكرر 11⁽²⁾ من القانون رقم 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 ، الذي يتطلب وجود حالة ضرورة تلزم اللجوء إلى إستعمال هذه التقنية، كما ألزم ان يكون التسرب تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية منسق للعملية، هذا إلى جانب إمكانية إدراج أو الإستعانة بأشخاص آخرين في العملية، كالفنيين والتقنيين والمخبريين، والتي هي الشروط الموضوعية لإجراء التسرب.

ومن خلال الشروط التي وضعها المشرع الجزائري لإجراء التسرب، نستخلص أن المشرع الجزائري قد جاء فقط بالشروط المطلوبة لإجرائه في حالة البحث والتحري عن جريمة تهريب الأشخاص داخل القطر الجزائري، دون التطرق إلى حالة التحقيق في الجريمة وإجراء التسرب خارج إقليم الدولة من طرف ضباط الشرطة القضائية الجزائريين، والعكس في حالة إجراء التسرب من طرف ضباط الشرطة القضائية الأجانب داخل الدولة الجزائرية، بما أن ظاهرة تهريب البشر هي عبارة عن جريمة عابرة للحدود الوطنية، مما يتطلب وضع أحكاما لهذه الحالات لإجراء التسرب، وهذا في إطار احترام الإتفاقيات الدولية المبرمة بين الدول وإحترام سيادة الدول على أراضيها.

ثالثا: حماية الأشخاص المسندة إليهم إجراء عملية التسرب داخل شبكات التهريب.

لقد ضمن المشرع الجزائري حماية الأشخاص المسندة لهم عملية التسرب بعد إنتهائها، بالإضافة إلى توفيره الحماية اللازمة لأسرهم و المتمثلة في إعفاء ضباط وأعوان الشرطة القضائية المأذون لهم تنفيذ العملية من المسؤولية الجنائية في حالة:

- إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من إرتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها.

- إستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي، وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء، أو الحفظ أو الإتصال" ، وهذا ما نستخلصه من نص المادة 65 مكرر

¹ - مرجع نفسه ، أنظر المادة 65 مكرر 15 فقرة 01 .

² - مرجع نفسه ، المادة 65 مكرر 11 .

14 من القانون 66/22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽¹⁾، حيث جعل المشروع هذه الأفعال مباحة ومبررة غير معاقب عليها وفقا لنص المادة 01/39 من الأمر 156/66 المؤرخ في 08/جويلية/1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم⁽²⁾.

هذا إلى جانب معاقبة كل شخص كشف عن هوية منفي عملية التسرب، بعقوبات تتمثل في الحبس من سنتين (02) إلى خمسة (05) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، وتشدد العقوبة التي تسبب هذا الكشف عن الهوية في أعمال عنف أو ضرب أو جرح على احد هؤلاء الأشخاص أو أزواجهم أو اصولهم المباشرين تكون العقوبة بالحبس من خمسة (05) سنوات إلى عشرة (10) سنوات والغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج وإذا تسبب هذا الكشف في وفاة أحد هؤلاء الأشخاص تكون العقوبة من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة والغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج وهذا ما نستخلصه من نص المادة 65 مكرر 16 من القانون 66/22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽³⁾.

من خلال ما سبق نستنتج أن المشروع قد شدد في العقوبة المقررة للشخص الذي يكشف عن هوية منفي عملية التسرب، لكن ما يأخذ عليه مساواته لعقوبة الشخص المسخر لعملية التسرب مع تلك المقررة للأشخاص الآخرين و هو أمر يتنافى و مقتضيات العدالة باعتبار أن الشخص المسخر على دراية تامة بضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب.

و قد تم توفير الحماية لمنفي عملية التسرب من خلال عدم جواز الاستماع إلى أقوال ضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب كشاهد للإدلاء بشهادته، وإنما يجوز فقط سماع لضابط الشرطة القضائية الذي تجرى العملية تحت مسؤوليته بوصفه شاهدا عن العملية حفاظا على حياة العون و حياة أسرته، وهذا ما أكدته المادة 65 مكرر 18 من القانون 06 /22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية⁽⁴⁾.

¹ - المادة 65 مكرر 14 من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 ،

² -المادة 01/39 من الأمر 156/66 المؤرخ في 08/جويلية/1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 49 الصادرة بتاريخ 11/جويلية/1966.

³ - المادة 65 مكرر 16 من القانون 22/06 المؤرخ في 20/ديسمبر/2006 .

⁴ - المادة 65 مكرر 18 من القانون 22/06 ، المرجع السابق .

خاتمة:

تصدى المشرع الجزائري لظاهرة تهريب الأشخاص باعتبارها جريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية، مواكبة منه في ذلك للتطورات التي شهدتها السياسة العقابية الحديثة في هذا المجال، و لما جاء كذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لمحاربة الجريمة والبروتوكولات المكملة لها المصادق عليها، وقد استعمل في ذلك وسيلة "التسرب" التي تضمنها تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2006، حيث تم تقييدها بمجموعة من الشروط الإجرائية في مقابل توفير العديد من الضمانات لفائدة تنفيذها .

و استحداث تقنية التسرب في التشريع الجزائري فنية مقارنة بالتشريعات العقابية الأخرى، و من ثم فإن الغموض لازال يكتنفها سيما أنها لم تفعل إلا في حالات نادرة بالنظر إلى الخطورة التي يمكن أن تلحق من تنفيذها من جهة، و من جهة أخرى التكاليف الباهظة التي يمكن أن تتطلبها للوصول إلى معرفة عناصر شبكات التهريب البشري والإطاحة بهم.

و لأجل تفادي مثالب النظام القانوني الذي انتاب تقنية التسرب يمكن إدراج التوصيات الآتية :

- بما أن ظاهرة تهريب الأشخاص تعد كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية التي تقوم بها شبكات إجرامية دولية منظمة ومحترفة تتعدى حدود الدول، فإن القيام بعملية التسرب من طرف أعوان الشرطة القضائية الجزائريين والمسخرين لها، قد تتعدى حدود الدولة الجزائرية، غلى جانب عملية التسرب التي يقوم بها أفراد الشرطة القضائية الأجانب داخل الدولة الجزائرية، والمشرع الجزائري أغفل في ذكر هذه الحالات ضمن تعديل سنة 2006، مما يستلزم وضع أحكاما خاصة بهاتين الحالتين.

و لتفادي المثالب السالف ذكرها يمكن تقديم التوصيات الآتية ذكرها:

- يلتمس من المشرع إقرار إمكانية سماع أقوال عون الشرطة القضائية كشاهد، خاصة إذا كانت أقواله ضرورية في التحقيق، وهذا باستعمال التقنيات الحديثة في الصوت والصورة التي تمكن من إخفاء هويته دون تعريضه للخطر.

- لأجل تحقيق فعالية أفضل لتقنية التسرب يمكن الاستعانة ببعض الأشخاص العاديين أو معتادي الإجرام الذين كانوا ضمن شبكات تهريب البشر لاعتبارات مردها درايتهم التامة بشبكات التهريب.

- يلتمس تكثيف استعمال وسيلة التسرب في محاربة ظاهرة تهريب البشر، لما تحققه عملية التوغل داخل شبكات التهريب من نتائج جد هامة يمكن استغلالها من طرف القضاء في كشف أغوار الجريمة، في مقابل توفير الحماية للعناصر المسند إليها القيام بالعملية وتحفيزها ماديا.
- تكثيف الدورات التدريبية للمتسربين داخل الوطن و خارجه قصد الإطلاع على آخر ما توصلت إليه النظم العقابية في محاربة جريمة تهريب البشر، وفي هذا الإطار لابد من إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف بين الجزائر والدول الأخرى، خاصة الدول التي لها علاقة مباشرة بتهريب الأشخاص مع الجزائر ووضع أحكاما مشتركة في استعمال تقنية التسرب، والتعاون في هذا المجال لمحاربة ظاهرة تهريب البشر.

قائمة المصادر و المراجع.

- المنجد الأبجدي: دار المشرق للتوزيع، الطبعة الثامنة، لبنان، 1980.
- علي بن هادية وآخرون القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون تاريخ نشر.
- سهيل حسيب سماحة، معجم اللغة العربية، الطبعة الأولى، مكتبة سمير، 1984.
- خالد بن سليم الحربي، ضحايا التهريب البشري من الأطفال، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011
- عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة والجريمة، دون طبعة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث الرياض، 2008.
- ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، دار بلقيس للنشر، الجزائر 2016.

-عبد الله سعود السراي، العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والاتجار بهم، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية "مكافحة الهجرة غير المشروعة" ، المنعقدة خلال الفترة من 08-2010/02/10، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.

- أحمد عبد العزيز الأصفر، الهجرة غير المشروعة، الإنتشار والأشكال والأساليب المتبعة، ورقة عمل مقدمة إلى الندوة العلمية "مكافحة الهجرة غير المشروعة" المنعقدة خلال الفترة من 08-2010/02/10، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010

-Matiada Ngalikpima , esclavage en Europe, le traite des êtres humaines, mémoire pour le diplôme d'université de 3^{eme} cycle, analyse des menaces criminelles contemporaines, année universitaire 2003/2004.

ضوابط واداب جلسات التحقيق والمحكمة واختلالاتها

الأستاذ . عبدالرحمن علي علي الزبيب

باحث ومستشار قانوني - اليمن

law771553482@yahoo.comتمهيد

تعتبر جلسات التحقيق والمحكمة أهم عناصر اجراءات التقاضي كونه يبنى عليها الاحكام القضائية والذي قيد عقيدة وقناعة القاضي بما يطلع عليه في مجلس قضاءه من دعاوى وردود وتعقيبات وشهود وادله اثبات وادله نفي وغيرها .

لذلك فاذا تخلل جلسات التحقيق والمحكمة اختلالات وخروج عن الضوابط والاداب سيتسبب ذلك في خلل العدالة وانحراف بوصلة العدالة ويتحقق الظلم ويغيب الانصاف وبالعكس اذا تم الالتزام بالضوابط والاداب في جلسات التحقيق والمحكمة فان العدالة ستحقق هدفها لالتزامها بمسارها الصحيح ويتحقق الانصاف ويغيب الظلم .

نستمع باستمرار شكاوى المواطنين من اختلالات جلسات التحقيق والمحكمة وعدم الالتزام بضوابطها وادابها القانونية مما يتسبب في ضعف ثقة المجتمع في القضاء ولا يمكن تعزيز واستعادة الثقة الاباجراءات ميدانية لتفعيل الالتزام بضوابط واداب التحقيقات والمحاکمات بما لا ينتهك حقوق الانسان ويفسح المجال لطرح المتقاضون ما يرغبون به وفقاً لضوابط القانون بعيداً عن المزاجيه .

وبالاطلاع على المنظومة القانونية الوطنية نلاحظ ان قانون المرافعات قد اوضح بجلاء اداب وضوابط جلسات التحقيق والمحكمة لاهميتها في اجراءات التقاضي وتأثيرها الكبير في مسار العدالة ولكن ؟

الواقع يكتنفه الخلل والملاحظات على جلسات التحقيق والمحاکمات والاقرار بتلك الاختلالات ليس معيب بل خطوة صحيحة لمعالجتها بعد كشفها لتصحيح أي انحراف لان استمرار الاختلالات والتجاوزات في جلسات التحقيق والمحكمة يؤثر سلباً على ثمره التقاضي وهي الاحكام القضائية كما انها تفقد القضاء هيئته واحترامه في المجتمع ولأهمية جلسات التحقيق والمحكمة نساهم بايضاح بعض الاختلالات والملاحظات الموجودة في واقع القضاء نوجز أهمها في التالي :

1. قاعات جلسات التحقيق والمحكمة :

يلاحظ ان معظم قاعات جلسات التحقيق والمحكمة غير ملائمة لضمان سير اجراءاتها فغالباً ماتكون ضيقه وتكتظ بالمتقاضيين ويصعب ضبط النظام بداخلها كما يلاحظ وجود نقص كبير في عدد قاعات الجلسات حيث يتم عمل جدول مناوبه بين القضاة لعقد الجلسات ويتم تأجيل الجلسات ادارياً بسبب عدم وجود قاعة لعقد الجلسات فيها ومن المفترض ان يتم تخصيص قاعه لكل قاضي او هيئة قضاء لعقد الجلسات فيها باستمرار بلا توقف ولا تأجيل كما ان جلسات التحقيقات لدى النيابة تتم في قاعة او مكتب مزدحم يتم التحقيق مع اكثر من شخص في نفس المكان وبعض اعضاء النيابة يحققون في اكثر من ملف في نفس الوقت .

يستوجب ان يتم تشخيص مشكلة نقص واكتظاظ قاعات جلسات التحقيق والمحكمة والشروع في معالجات مناسبة بما فيها تغيير مباني المحاكم والنيابات المستأجره لاختيار مباني اكبر حجماً وقبل ابرام عقد الايجار يتم اولاً انزال لجنة فنية لتقييم احتياج المحكمة والنيابة الطبيعي لعدد قاعات جلسات التحقيقات والمحكمة وعدم التساهل في ذلك لاي مبرر كان والمباني المملوكة للدولة يتم اعداد تصور فني لتوسعة المبنى حتى يغطي الاحتياج والرشوع في توسعتها كما يستوجب تخفيض عدد مكاتب القضاة وتحويلها الى قاعات ودمج مكاتب القضاة في مكتب واحد .

كما يستلزم انزال فرق فنيه متخصصة لتقييم جميع المحاكم والنيابات من حيث المباني وعدد القاعات وحجمها ومدى ملائمة المباني واقتراح المعالجات لاي مشكلة في المباني بما فيها الانتقال الى مبنى اخر ونقترح ان تكون مباني الدولة لها اولوية في الاستغلال بدلاً من الايجار وكذا مباني الاوقاف في كل محافظة بالامكان تخصيصها مباني للمحاكم والنيابات وتوسعتها .

2. اوقات جلسات التحقيق والمحكمة (الزمن) :

يلاحظ وجود اختلالات كبيرة في وقت جلسات التحقيقات والمحكمة حيث يحظر معظم القضاة واعضاء النيابة بعد الساعه العاشرة صباحاً ويغادرون الواحدة ظهراً بمعنى بمعنى ان فترة الجلسات لا تتجاوز الثلاث ساعات ويفترض ان تبدأ جلسات التحقيق والمحكمة في تمام الثامن صباحاً وتنتهي الثالثه عصرأ بواقع سبع ساعات يومياً لتغطية الاحتياج ولتمكين اطراف التقاضي في طرح مالدتهم وعدم التأجيل للجلسات ادارياً اوسبب الازدحام .

ويستلزم ان يتم معالجة هذا الخلل عن طريق اصدار تعميم من مجلس القضاء الاعلى يحدد فترة الدوام اليومي واوقات بدأ الجلسات وانتهاءها بجدول زمني يوقف أي اختلال وانزال فرق تفتيش الى جميع المحاكم والنيابات للتأكد من الالتزام وعدم المخالفه .

3. قائمة جلسات التحقيق والمحاكمة :

بالرغم من النص القانوني بوجوبية اعداد قائمة جلسات التحقيق والمحاكمة مسبقا بحيث يتم تنظيم الجلسات في جدول وتعليقه في لوحه اعلانات المحكمة والنيابة ليعرف اطراف القضايا متى تعقد جلساتهم لكن ؟

في الواقع يحصل الخلل حيث ان بعض المحاكم والنيابات لاتقوم بنشر قوائم جلساتها اليومية قبل عقد الجلسات مما يحدث ارباك لدى المتقاضين .

كما انه يلاحظ ان جدول جلسات التحقيق والمحاكمة شكلي وليس فعلي بمعنى انه يتم مايسمى النداء الاول للمتقاضين لعقد جلساتهم وعند عدم وجود احد الاطراف يتم تاجيلها لما يسمى النداء الثاني وهذا خطأ ويستلزم ان يتم مباشرة فتح محضر التحقيق او المحاكمة مباشرة وفقاً للجدول دون أي تأجيل وعلى جميع المتقاضين الالتزام بالحضور وقت الجلسة بدون تأخير .

كما يلاحظ عدم الالتزام بالقانون فيما يخص ترتيب نظر القضايا في قائمة الجلسات والذي نص القانون على ترتيبها حسب اولوية ورودها للمحكمة وان يتم التأجيل في نفس مكان الجدول في الجلسات القادمة دون تلاعب في قائمة الجلسات حيث يلاحظ ان قضايا وردت للمحكمة او النيابة بوقت قريب تدخل في قائمة الجلسات قبل القضايا القديمة وهذا خلل جسيم يستوجب ضبطه وايقاف التلاعب بقوائم الجلسات .

4. الطاقة الاستيعابية لنظر القضايا وتقسيم الجلسة الى فترتين :

لكل شيء طاقة استيعابية محددده أي تجاوز لها يؤثر على صحتها وجودتها وكذلك جلسات التحقيق والمحاكمة يستوجب ان تكون بعدد معقول ليتم الامام بها وافساح المجال لاطراف القضايا لطرح مآلديهم ولكن ؟

يلاحظ في الواقع اكتظاظ وازدحام عدد القضايا في النيابة والمحاكم المنظورة امام قاضي التحقيق وقاضي المحاكمة فوق طاقته الاستيعابية فمن غير المعقول ان يتم عقد جلسة محاكمة لاكثر من اربعين قضية في اليوم يفترض ان لاتتجاوز عدد القضايا العشرين قضية

يوميّاً على الاكثر واي تجاوز يتسبب في خلل في الاداء وانخفاض في جودة العمل القضائي .

وبسبب اكتظاظ القضايا يتم نظر القضايا بشكل مستعجل دون تمكين اطراف القضايا بطرح مآلدتهم وهذا مخالف للقانون يستبب في انحراف اجراءات التقاضي عن الحق والانصاف كما يتسبب ذلك في تأجيلات لبعض القضايا ادارياً لانتهاء فترة الدوام دون الوصول اليها وعقدها .

ويفترض ان يتم عقد جلسات التحقيق والمحكمة على فترتين زمنية :

الفترة الأولى : من تمام الساعة الثامنة صباحاً حتى الحادية عشر ظهراً ويتم فيها نظر نصف القضايا المجدولة في قائمة الجلسات .

الفترة الثانية : من تمام الحادية عشر والنصف ظهراً وحتى الثالثة عصراً يتم فيها نظر القضايا المتبقية (النصف الثاني من القضايا في قائمة الجلسات) ويتخلل هذه الفترة استراحة لمدة نصف ساعة وقت اذان الظهر لصلاه الظهر وتناول طعام الغداء ثم الاستمرار حتى نهاية الجلسات .

تقسيم جلسات التقاضي لفترتين لها ايجابيات متعددة اهمها عدم تعطيل اليوم كامل على اطراف القضايا كما انها يمنح القاضي والموظفين فرصة للاستراحة والتنظيم بدلاً من العمل لفترة واحدة تعطل وقت اطراف القضايا وترهق القاضي وموظفي القضاء كما ان الاستراحة فرصة لعرض أي اوراق على القاضي بدلاً من اشغال القاضي بها اثناء الجلسات .

5. احترام القضاء وادابه :

للقضاء اداب واخلاق يستوجب على جميع من يدخل حرم القضاء ان يحترمه واي تصرفات خاطئة يجب ان يتم ردعها وقمعها من أي طرف كانت سواء كانت من القاضي او موظفي القضاء او من اطراف القضايا فيستلزم ان لا يتم رفع الصوت اثناء التقاضي وعدم استخدام الفاظ نابيه وان تكون جلسات التحقيق والمحكمة بشكل محترم فلا القاضي يرفع صوته باستمرار ولا اطراف القضايا يتجرأون ويرفعون اصواتهم في حرم القضاء .

فمن غير المعقول التهديد والاستهزاء او استخدام أي الفاظ او تصرفات مسيئة للقضاء سواء من قبل اطراف القضايا او من القضاء وموظفي القضاء .

كما يستلزم ضبط قاعات الجلسات وما يجاورها ومنع الكلام الجانبي في القاعة حتى

يستوعب اطراف التقاضي الاجراءات التي تمت في قضيتهم وكذلك القاضي يستوعب ما يطرحه الاطراف في مجلس قضاءه كما يستوجب منع استخدام الجوال داخل قاعات الجلسات من الجميع من القاضي وموظفي القضاء ومن اطراف القضايا حتى لا يتم الازعاج وقطع الاجراءات كما ينص القانون على افساح المجال لجميع اطراف التقاضي لطرح مآلدتهم دون مقاطعه الا اذا خرجوا عن موضوع القضية وتوثيق جميع ما يطرح في جلسات التحقيق والمحكمة بأمانة واحترام كرامة المواطنين كما الزم القانون هيئة المحكمة بالتوقيع على محاضر الجلسات أولاً بأول دون أي تأخير ومنح اطراف التقاضي صورة من محاضر الجلسات واي تأخير يعتبر تجاوز ومخالفة يستوجب مساءلة مرتكبيها خشية التزوير والتغيير في محاضر الجلسات .

6. تأجيل وتأخير جلسات التحقيق والمحكمة

من ضمن احتلالات الجلسات هو بمخالفة نصوص القانون الضابطه لمواعيد التقاضي وأهمها مخالفة قاعدة عدم تأجيل الجلسات لاكثر من مرتين لسبب واحد حيث يلاحظ وجود تأجيل للجلسات لسبب واحد لعشرات المرات وبالمخالفة لنصوص القانون الذي تحظر التأجيل لنفس السبب مرتين .

بالاضافة الى انه يتم عقد الجلسات في فترات متباعدة للقضايا فيتم نظر القضية في مواعيد بعد شهرين وثلاثة اشهر بالرغم ان القانون نص على انه لايجوز ان تكون الفترة بين جلسة واخرى لاكثر من ثلاثة اسابيع في القضايا العادية والقضايا المستعجلة ومنها القضايا التي على ذمتها سجناء اسبوع

7. تقييم جلسات التحقيق والمحكمة

يلاحظ ان هناك احتلالات متكرره في جميع المحاكم والنيابات في جلسات التحقيق والمحكمة ويعود ذلك الى عدم تقييم الجلسات عن طريق التفتيش القضائي حيث ينحصر اداء التفتيش القضائي فقط على الاوراق والملفات ولايتم الاهتمام بجلسات التحقيق والمحكمة مما يتسبب في استمرارية الخلل بال معالجة ويستلزم ان يقوم التفتيش القضائي بايلاء جلسات التحقيق والمحكمة اهتمام كبير وان يتم انزال فرق تفتيش ميدانية مستمره لجميع المحاكم والنيابات للوقوف على أي اختلال في جلسات التحقيق والمحكمة وتقييم اداء القضاء وموظفي القضاء وضبط أي اختلال وردعه وبامكان التفتيش اعداد اليات رقابة وضبط مناسبة ومنها تصوير جلسات تحقيق ومحكمة ثم يتم تحليل مدى الالتزام باداب وضوابط الجلسات واحالة المخالفين للتحقيق والاجراءات

التأديبيه وهذا سيؤدي الى وجود رادع للجميع لاحترام اداب وضوابط القضاء .

8. اعداد دراسات واستبيانات ميدانية عن اختلالات جلسات التحقيق والمحاكمة

لا يمكن معالجة اختلالات جلسات التحقيق والمحاكمة بشكل جذري الا بمعالجه اسبابها وهنا لا يتم استيعاب الاسباب وتشخيصها وتحديد المعالجات اللازمة لها الا اذا تم اخضاعها للبحث والدراسات الميدانية ليتم الوقوف على الخلل واقترح المعالجات بشكل ابداعي وفعال حيث يلاحظ غياب البحث والدراسات في مجال جلسات التحقيق والمحاكمة الاكاديمية والميدانية .

9. المعالجة السريعة والاستراتيجية :

اختلالات جلسات التحقيق والمحاكمة كبيرة وثقلية وتؤثر سلباً على اعمال وثقة القضاء ويستلزم لمعالجتها عبر مسارين مسار سريع يتم فيها معالجة أي اختلالات مسلكية او ادارية ومسار اخر استراتيجي يتم تشخيصها بشكل فني ودقيق والرشوع في معالجتها بحسب الامكانيات المتاحة ولا يعني هذا التباطوء او ترحيل معالجتها بل يتم وفق مراحل محددة ويستوجب ان يتم شهرياً انجاز شيء في المسار الاستراتيجي حتى يتم المعالجة الشاملة لاختلالات جلسات التحقيق والمحاكمة .

10. التدريب والتأهيل

جلسات التحقيق والمحاكمة اهم عناصر عمل القضاء وهو عمل فني ومهني دقيق جداً لا يمكن اكتسابه بناء على دروس مسبقه بل يستوجب ان يتم عقد دورات تدريب وتأهيل لجميع اطراف التقاضي ابتداءص بالقضاه وموظفي القضاء والمحامين وحتى اطراف التقاضي بحيث يتم توضيح اداب وضوابط التحقيق والمحاكمة للجميع ويتم اكسابهم المعارف والمهارات اللازمة لتحسين اداؤهم واحترامهم للقضاء واجراءاته والوقوف على اختلالاتها ومعالجتها .

ودورات التدريب والتأهيل يجب ان لا تكون فقط موسمية بل مستمره بحيث يتم استقبال ملاحظات فرق التفتيش القضائي وطلب القضاه وموظفي القضاء والمحامين واطراف القضايا الذي لوحظ مخالفتهم لاجراءات واداب وضوابط جلسات التحقيق والمحاكمة ويتم عقد دورات تدريب وتأهيل لهم في اوقات خارج الدوام او في الاجازات سواء الاجازة القضائية او ايام العطل وتقييم مدى استيعابهم لتلك الدورات وتطبيقها في الواقع

11. علانية الجلسات يستلزم تصويرها وتوثيقها

من اهم قواعد الجلسات انها علنية ومن اهم ممارسات العلنية هو افساح المجال لتصوير وتوثيق الجلسات بكاميرات فيديو او ان يقوم مجلس القضاء بتركيب كاميرات فيديو داخل كل قاعه جلسات لتصوير وتوثيق الجلسات والقيام بتقييم اداء القضاة والموظفين اطراف التقاضي وايقاف أي اختلالات يتم ضبطها .

كما بالامكان ان تقوم القنوات الفضائية الرسمية او الخاصة بتصوير مباشر لجلسات التحقيق والمحكمة وبثها في القناة لتظهر أي اختلالات ويتم معالجتها وبالامكان افساح المجال للقنوات الفضائية لتسجيل جلسات المحكمة في جميع المحاكم ونشرها للعامه للاطلاع على أي اختلالات ومعالجتها .

وفي الأخير :

نأمل ان يتم ايلاء جلسات التحقيق والمحكمة اهتمام التفتيش القضائي وان تكون اهم عناصر تقييم اداء القضاة وموظفي القضاء وان يتم انزال فرق تفتيش ميداني باستمرار على جميع النيابة والمحاكمات للوقوف على اختلالات الجلسات وضبط المخالفين ليتم استعادة ثقة المجتمع في القضاء الذي يضعف بسبب تصرفات خاطئة من قبل البعض او بسبب التأخير في دعم القضاء بالتجهيزات اللازمة ليقوم بعمله بتقديم خدمة العدالة والانصاف للمجتمع وفقاً لاجراءات منضبطه ورقابة وتقييم مستمر وتدريب وتأهيل مستمر على الاجراءات الصحيحة لاكساب القضاة وموظفي القضاء المعارف والمهارات اللازمة للقيام بواجبهم القانوني اثناء جلسات التحقيقات والمحكمة وفقاً لاداب والضوابط القانونية و بمايوقف استمرار الاختلالات ويرفع مستوى الانضباط لما لذلك من دور ايجابي في تحسين اداء القضاء وتخفيض هامش الخطأ والخلل الذي يتسبب في معظمها اختلالات جلسات التحقيق والمحكمة ويستوجب اتخاذ اجراءات سريعة وفاعله لتصحيحها وفق ضوابط واداب جلسات التحقيق والمحكمة وضبط اختلالاتها.