

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche - www.jilrc.com - law@journals.jilrc.com

العام الخامس - العدد 38 - فبراير 2020





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المشرفة العامة ومديرة التحرير: أ.د. سرور طالبی

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

رئيس اللجنة العلمية:

أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)

أسرة التحرير:

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د. العيساوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعدي - سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

أ.د. ماهر خضير (المحكمة العليا الشرعية في القدس)

د. الحسن أبكاس (جامعة محمد الخامس بالرباط، المملكة المغربية).

د. جمال عبده عبد العزيز سيد (الكلية التكنولوجية بوسط الوادي، مصر).

د. حسيني إبراهيم احمد (جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية).

د. زينب محمد جميل الضناوي (جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية).

د. عماد صوالحية (جامعة العربي التبسي، الجزائر).

د. فيصل بوخالفة (جامعة سطيف، الجزائر).

د. كمال محمد الأمين (جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر).

د. محمد الشيخ باسي (جامعة انواكشوط العصرية، موريتانيا)

د. محمد عبد الحفيظ عبد الرحمن المناصير (جامعة ظفار، سلطنة عمان).

د. معتز قفيشة (جامعة الخليل، فلسطين).

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافق فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث العميقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
 - الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
 - تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
 - يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
 - أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
 - أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث العميقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
 - ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخرى بلغة اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).
- بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث سيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تدرج الهوامش ألياً في نهاية كل صفحة وقائمة المصادر والمراجع في نهاية المقال.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الإلكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@journals.jilrc.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • الرقابة الوصائية على قرارات المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية رقم 10_11، فريد دبووشة (جامعة الجزائر1).
- 49 • آليات حماية العقار الفلاحي في التشريع الجزائري، أحمد برادي (جامعة تماراست) شتوان حنان (جامعة عبد الحميد بن باديس).
- 71 • إشكالية الاختصاص القضائي في ظل قانون الجنسية المغربي، مصطفى سدي (جامعة محمد الخامس).
- 93 • جريمة الاتجار بالبشر: دراسة تحليلية نقدية على ضوء بعض التشريعات الدولية والعربية، عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم - آلاء ناصر أحمد باكير.
- 119 • أثر انتقال الكويت إلى نظام السجل العقاري العيني على التملك بدعوى الحيازة، هشام العبيدان (كلية الدراسات التجارية في الكويت).

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2020

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي فضله تتم الصالحات

تنوعت مواضيع العدد الثامن والثلاثين من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة بتنوع القوانين التي تناولتها، بحيث كانت مزيجا بين القانون العام والخاص، كما سلطت الضوء على تشريعات عربية مختلفة في مجالات محددة .

فلقد تناول البحث المعمق الأول الرقابة الوصائية على قرارات المجالس المحلية المنتخبة والتي تعرف في الجزائر بالمجلس الشعبي البلدي، سواء كانت تلك الرقابة على الأعضاء أو على تلك المجالس وأعمالها، وما يترتب على ذلك من تضيق ومن مساس باستقلاليتها.

ليسلط البحث الثاني الضوء على آليات حماية العقار الفلاحي في التشريع الجزائري من تحويل وجهتها والعقوبات الجزائية والإدارية المترتبة على هذا التحويل، مقترحا بعض الحلول لضمان تطبيق هذه العقوبات. أما البحث الثالث فلقد عالج إشكالية توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في ظل قانون الجنسية المغربي متوقفا عند الاختصاص الإقليمي "الترابي" والنوعي.

لينتقل البحث الرابع لدراسة جريمة الاتجار بالبشر على ضوء بعض التشريعات العربية وفي إطار القانون الدولي، متوقفا عند صورها وأشكالها وعلاقتها بالعبودية، الاستغلال الجنسي، العمل القسري والاتجار بالأعضاء البشرية... وغيره.

لنختم العدد ببحث معمق آخر يتوسع في شرح أثر انتقال الكويت إلى نظام السجل العقاري العيني على التملك عند مرور مدة التقادم الطويل على حياة العقار.

نشكر كل من ساهم في إثراء العدد بهذه الأبحاث القيمة التي ستنال بكل تأكيد اهتمام الباحثين في مجال القانون، كما نشكر اللجنة العلمية التي سهرت معنا على تقييمها ومراجعتها .

والله الموفق في الأول والآخر

سرور طالبي / المشرفة العامة ومديرة التحرير

الرقابة الوصائية على قرارات المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية رقم 11-10

The tutelary control on the decisions of the Municipal People's Assembly under the Municipal Law No 11-10

ط/د. فريد دبوشة، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

Farid deboucha, State and public institutions, Faculty of law, Algiers University1

Summary:

Tutelary control is considered as one of the most important means by which the elected local assemblies can be controlled, whether over members control, or over the body as a whole or over the works of the elected assembly, and this to ensure the stability and effective functioning of the elected assembly works, but this control is not absolute, but the municipal law N11-10 provides guarantees for the local elected to face the tutelary control, by means of judicial appeal and administrative grievance.

However, this means has become a tool that restricts the freedom of initiative for the Municipal People's Assembly, through tightening the tutelary control exercised by the Mayor, who exercises a wide control over the Assembly members, the Assembly as a whole and even on his works. The intention of legislator became clear through the law N11-10 related to the municipalatny, which consecrate the continuity of narrowing the freedom of the elected assembly in the local management.

Keywords: Decentralization, elected assembly, assembly members, tutelary control, local management.

ملخص:

تعتبر الرقابة الوصائية من بين أهم الوسائل التي يمكن بواسطتها رقابة المجالس المحلية المنتخبة، سواء الرقابة على الأعضاء أو الرقابة على الهيئة ككل أو الرقابة على أعمال المجلس المنتخب، وهذا ضمانا لاستقرار والسير الحسن لأعمال المجلس المنتخب، غير أن هذه الرقابة لا تأخذ على إطلاقها، بل نص قانون البلدية رقم 10-11 على ضمانات للمنتخب المحلي لمواجهة الرقابة الوصائية، وهذا من خلال وسيلة الطعن القضائي والتظلم الإداري.

غير أن هذه الوسيلة أصبحت كأداة لتقييد حرية المبادرة لدى المجلس الشعبي البلدي، من خلال تشديد الرقابة الوصائية الممارسة من طرف الوالي، هذا الأخير يمارس رقابة واسعة على أعضاء المجلس والمجلس ككل وحتى على أعماله، واتضح نية المشرع في تكريس استمرارية التضييق من استقلالية المجلس المنتخب من خلال القانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية.

الكلمات المفتاحية: اللامركزية، المجلس المنتخب، أعضاء المجلس، الرقابة الوصائية، التسيير المحلي.

مقدمة:

لقد جسّد المؤسس الدستوري الجزائري من المجلس الشعبي البلدي، الإطار المؤسساتي الذي يعبر فيه المواطن عن إرادته محلياً، وفضاءً لمشاركته في تسيير الشؤون العمومية¹، حيث يساهم المجلس إلى جانب الدولة في تسيير هذه الشؤون، لاسيما في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والأمن وترقية الإطار المعيشي للمواطن، فالمجلس يساهم في مختلف الميادين المتعلقة بحياة المواطنين في إقليم البلدية².

حيث يتمتع المجلس الشعبي البلدي بصلاحيات واسعة تمسّ جميع المجالات ضمن الإطار المحلي، وهذا راجع لكون المشرع قد انتهج في تحديده لاختصاصات المجلس النموذج الفرنسي، حيث أخذ بمبدأ عدم حصر هذه الصلاحيات، وكرّس عمومية مجال اختصاص البلدية، وهذا ما من شأنه الاستجابة لكافة الانشغالات المحلية، دون انتظار تدخل الدولة بحكم أن سبب وجودها، هو التكلّف بكافة مشاكل المواطنين على المستوى المحلي.

وإذا كانت مسألة توزيع الاختصاص بين الإدارة المركزية والجماعات المحلية تعتبر مسألة مهمة جدا، بالنظر إلى دورها في تكريس استقلالية المجلس المنتخب، غير أن التشريع الجزائري لم يتطرّق لهذه

¹ انظر المواد 15-16-17 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، ص 08.

² سامي الوافي، نظام البلدية في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2015، ص 75.

الاستقلالية¹، وعدم إعطاء الأهمية لموضوع تكريس توزيع الاختصاص بين الدولة والجماعات المحلية، وهذا ما يشكّل غياب ضمانات تكريس اختصاص المجلس واستقلاليته اتجاه السلطة المركزية، وهذا ما يؤدي إلى تدخل الدولة بشتى الوسائل في صلاحياته، وذلك لعدم وجود ضمانات دستورية وتشريعية تحول دون ذلك، كما أنه سيؤثر حتما على حجم صلاحيات المجلس وفي كيفية ممارستها².

ورغم أهمية مبدأ الانتخاب في تدعيم استقلالية المجلس المنتخب، إلا أنه من الناحية العملية يرتّب هذا المبدأ نتائج سلبية، أبرزها تلك المتعلقة بضعف أغلبية المنتخبين من حيث المستوى العلمي والكفاءة، وعدم قدرتهم على ممارسة الصلاحيات التمثيلية، وهذا بسبب افتقارهم إلى الكفاءة والخبرة اللازمة، مما يفتح المجال واسعا أمام تدخل السلطة المركزية³.

ويكون هذا التدخل عبر الرقابة الوصائية أو الرقابة الإدارية⁴، كما يسميها أغلب فقهاء القانون الإداري، هي تلك الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية أو ممثلها على الجماعات المحلية، وتهدف هذه الرقابة إلى

¹ بلال فؤاد، "محدودية الوسائل القانونية المكرسة لحرية تسيير الجماعات المحلية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 01، 2018، ص365.

² صليحة ملياني، "الوصاية الإدارية على المجالس الشعبية البلدية والولائية"، دار الراجعية للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص85-86.

³ نادية تياب، "مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 02، لسنة 2010، ص25.

⁴ إذا كانت فكرة الرقابة الإدارية أو الوصائية، تدل على رقابة السلطات المركزية لعمل الجماعات المحلية، غير أن هنالك اختلاف فقهي حول تحديد المصطلح، فيرى جانب من الفقه أنه من الأفضل استعمال مصطلح الرقابة الإدارية باعتبارها الأقرب إلى أداء المعنى المقصود من الرقابة، إذ أن هنالك اختلاف كبير بين المصطلحين، فالمقصود بالوصاية المدنية في القانون الخاص، هو حماية حقوق ناقصي أو عديبي الأهلية، أما الوصاية الإدارية، فإنها لا تتعلق بهذه الحالات، إذ أن الهيئات المحلية لها كامل الأهلية في ممارسة التصرفات القانونية الموكولة لها، كما أن الغرض من فرض الوصاية على ناقص الأهلية هو حمايته في شخصه أو ماله، غير أن الغرض من فرض الوصاية الإدارية فهو حماية المصلحة العامة من تخاذل وانحراف الهيئات اللامركزية عند قيامها ب استراتيجياتها.

أما جانب آخر من الفقه، فيدافع على مصطلح الوصاية الإدارية ويفضله على مصطلح الرقابة، وهذا من خلال الاحتفاظ بمدلول الوصاية الإدارية للدلالة على رقابة الدولة على الهيئات المحلية، غير أنه قد تكون الرقابة أوسع ولا تفيد رقابة السلطة المركزية على المجالس المحلية، وهذا باستعمالها وسائل غريبة عن وسائل الوصاية، خاصة وأن مصطلح الوصاية الإدارية يمكننا من التفريق بين الوصاية الإدارية والرقابة الرئاسية، في حين أن الرقابة الإدارية تشمل الرقابة الرئاسية ويخلط بينهما، لذلك اتجه الفقه إلى استعمال مصطلح الوصاية الإدارية. انظر: صليحة ملياني، المرجع السابق، ص233-234.

أما من جانب التشريعات، نجد أن هنالك نموذجين من الرقابة، فهناك النموذج الانجليزي الذي يمنح استقلال واسع للهيئات المحلية اتجاه السلطات المركزية، التي تقوم بإشراف خفيف على أعمال الهيئات المنتخبة، أما النموذج الثاني فهو المطبق في فرنسا، حيث اتسم بشدة الرقابة الممارسة من طرف السلطات المركزية على المجالس المحلية، وقد تنوعت مظاهر هذه الرقابة، وأفرغت استقلالية الجماعات المحلية من محتواها، لكن نجد أن التشريع الفرنسي قد تراجع عن الرقابة الوصائية، بداية من دستور 1946 ثم دستور 1958، وقد اتجه في سنة 1982 نحو إلغاء الرقابة الإدارية وتعويضها بالرقابة القضائية. انظر: نور الهدى رويحي، "إصلاح نظام الجماعات الإقليمية: البلدية في إطار القانون 10-11" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر 1، 2012، ص188.

انظر أيضا: هشام بن زروق، "تطور الوصاية الإدارية على أعمال البلدية في الجزائر: دراسة في إطار قوانين البلدية"، مجلة العلوم الاجتماعية، كلية الحقوق، جامعة عمر ثليجي، الأغواط، العدد 22، جوان 2016، ص15.

تحقيق احترام مبدأ الشرعية، وكذلك تأمين السير الحسن للهيئات المنتخبة على المستوى المحلي، عن طريق مراقبة الملائمة، وذلك تفاديا لسوء استعمال أموال الجماعات المحلية¹.

إذ تعتبر الرقابة الوصائية الوجه الأخر المقابل لاستقلالية المجلس المنتخب، خاصة وأن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما تخضع لضوابط وحدود حتى لا تخرج عن سيطرة السلطة المركزية أو اللامركزية، لذلك عندما يكون الاستقلال نسبي، تبقى العلاقة قائمة بين السلطتين كي تتمكن من مراقبة أداء المجلس لاختصاصاته التمثيلية، تحت إشراف السلطات المركزية بما يحقق التجانس لعمل هذه المؤسسات، ويدعم وحدة الدولة سياسيا وقانونيا وإداريا².

وتعتبر الرقابة الوصائية من بين أهم الوسائل التي يمكن بواسطتها رقابة المجالس المحلية المنتخبة، سواء الرقابة على الأعضاء أو الرقابة على الهيئة ككل أو الرقابة على أعمال المجلس المنتخب، وهذا ضمانا لاستقرار والسير الحسن لأعمال المجلس المنتخب، غير أن هذه الرقابة لا تأخذ على إطلاقها، بل نص قانون البلدية رقم 10-11 على ضمانات للمنتخب المحلي لمواجهة الرقابة الوصائية³، وهذا من خلال وسيلة الطعن القضائي والتظلم الإداري.

ولمعالجة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

إذا كان المشرع الجزائري وعبر كافة الإصلاحات المتعلقة بالجماعات المحلية، قد سعى نحو إعطاء استقلالية أكثر للمجالس الشعبية البلدية في تسيير الشؤون المحلية، فهل تمكن قانون البلدية رقم 10-11 من تكريس حرية المبادرة وصنع القرار على المستوى المحلي من طرف المجالس البلدية، وهذا عبر التخفيف من شدة الرقابة الوصائية الممارسة على هذه المجالس المنتخبة، أم أنه قد اتجه نحو التشديد من الرقابة الوصائية، وبذلك رهن مكانة المجلس المنتخب باعتباره قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية؟.

وللإجابة على إشكالية البحث، قسمنا موضوع الدراسة إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول، أنواع الرقابة الممارسة على المجلس الشعبي البلدي، ثم في المبحث الثاني تناولنا فيه الضمانات القانونية لمواجهة الرقابة الوصائية الممارسة على المجلس المنتخب من طرف الوالي ورئيس الدائرة.

¹ نادية تياب، "مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 02، لسنة 2010، ص26.

² صليحة ملياني، المرجع السابق، ص231-233.

³ مبروك عبد النور- سالم محمد فاضل نور الدين أعلي، "الوصاية الإدارية ضمانة لاستقلالية الجماعات المحلية"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد01، 2019، ص50.

المبحث الأول: ضمان حسن سير المجلس الشعبي البلدي كمبرر لتشديد الرقابة الوصائية

إذا كانت اللامركزية الإدارية هي توزيع الوظيفة الإدارية ما بين الحكومة وهيئات مستقلة إقليمية أو مصلحة، تباشر اختصاصاتها التمثيلية تحت رقابة السلطة التنفيذية وإشرافها¹، فإن هذا يدل على أن مبدأ اللامركزية هو نظام وسط، حيث لا يترتب عليه الخضوع والتبعية للنظام المركزي من جهة، والاستقلال التام والمطلق عن الدولة من جهة أخرى، فلا بد من ربط الهيئة المحلية بالجهاز المركزي، وهذا عن طريق أحد الأركان التي يقوم عليها النظام اللامركزي والمتعلق بالرقابة، والتي تتجسد في الوصاية الإدارية التي تهدف إلى الحفاظ على وحدة الدولة وتجسيد مبدأ المشروعية².

وإذا كانت الجزائر كغيرها من الدول قد تبنت النظام الإداري اللامركزي، حيث كرست ولو بصفة محتشمة عبر دساتيرها هذا المبدأ، بالإضافة إلى تكريسه في قوانين الجماعات المحلية المتعاقبة، آخرها قانون البلدية لسنة 2011، هذا الأخير قد فصل في نوعية العلاقة التي تربط الأجهزة المكلفة بتسيير الجماعة الإقليمية بالسلطة المركزية، ونقصد هنا صور الرقابة الوصائية التي تمارسها السلطة الوصية على المجلس المنتخب.

بالرجوع إلى كل قوانين البلدية المتعاقبة، نلاحظ أن التشريع الجزائري قد سار على نفس النموذج الفرنسي التقليدي³، من خلال التشديد والتنوع في صور الرقابة الممارسة على المجلس الشعبي البلدي، سواء على الأعضاء المنتخبين (المطلب الأول)، أو الرقابة الممارسة على المجلس كهيئة وعلى أعماله (المطلب الثاني)، هذه الأخيرة تعد الأكثر استعمالاً وتأثيراً من بين صور الرقابة الأخرى التي كرسها المشرع، وصلت إلى حد إمكانية المساس بالطابع اللامركزي للمجلس المنتخب⁴، وهذا بسبب السلطة الكبيرة التي تتمتع بها جهات الوصاية، حيث جعلها في مركز أكثر قوة من المجلس الشعبي البلدي، وتشكل تهديداً لاستقلالية البلدية.

وإذا كانت حجة السلطة المركزية لتبني نظام الوصاية الإدارية، هو توجيه الجماعات المحلية حديثة العهد، وحجتها للاستمرار هنا هو سوء التسيير الذي تشهده أغلب بلديات الوطن⁵، هذه الحجة مازالت سارية

¹ نسيمه قادري، "الوصاية المشددة على أعمال الجماعات الإقليمية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 01، لسنة 2016، ص 259-260.

² 11- Philippe PONDAVEN, contrôle de légalité et collectivités territoriales, berger-levrault édition, paris, 2011.

³ Jean-Bernard AUBY, Droit des collectivités locales, 05^{ème} édition, P.U.F, paris, 2009, p.335.

⁴ فاطمة الزهراء تيشوش- خديجة بقشيش، "الجماعات المحلية في الجزائر بين الاستقلالية والتبعية الإدارية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 03، 2016، ص 385.

⁵ عتيقة بلحيل، "فعالية الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة المحلية"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول "دور ومكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية"، المنعقد يومي 03-04 ماي 2009، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 06، ماي 2009، ص 193. انظر أيضاً: حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2004، ص 166.

في قانون البلدية الحالي رقم 10-11، الذي وسّع من شدة هذه الرقابة، سواء على المجلس كهيئة وعلى أعضائه، أو على أعمال المجلس المنتخب.

المطلب الأول: تشديد الرقابة الوصائية على الأعضاء المنتخبين.

تلعب الرقابة المفروضة على الإدارة العامة دورا هاما في احترام مبدأ المشروعية وسيادة القانون، فالدستور الجزائري جعل من الرقابة وظيفة متميزة بجانب الوظائف الأخرى الأساسية، ومن أهم صور الرقابة على الإدارة العامة هنالك الرقابة السياسية والتشريعية والقضائية والرقابة الإدارية أو الوصائية، هذه الأخيرة تعد رقابة داخلية خلافا لأنواع الأخرى، فهي تمارس بواسطة قرارات إدارية، تستلزم توافر الأركان القانونية من سبب واختصاص ومحل وإجراءات والغاية من القرار¹.

ولقد كرس المشرع هذا النوع من الرقابة بغرض تحقيق عدة أهداف، منها رقابة المشروعية من أجل مطابقة تصرفات الإدارة المحلية للقانون، وكذلك رقابة الملائمة وتظهر من خلال حرية الإدارة في اتخاذ القرار الذي تراه مناسبا، بالإضافة إلى رقابة الفعالية وتظهر من خلال رقابة وسير الأعمال بصورة مستمرة ومنظمة.

إذا كانت السلطة الوصية تمارس رقابتها على الأشخاص المعيّنين بالوحدات اللامركزية عن طريق الرقابة الرئاسية التي تمارسها هيئات عدم التركيز والمتمثلة في الوالي والإدارة المساعدة له، وهذه الرقابة لا تطرح أي إشكال قانوني أو عملي، غير أن ممارسة الرقابة الوصائية على الأعضاء المنتخبين هو الذي يثور التساؤل بشأنها²، خاصة وأن هؤلاء الأعضاء لا يرتبطون مع أية جهة برابط التبعية والخضوع³.

وإذا كان المشرع قد حدّد في قانون البلدية أنواع الرقابة التي يخضع لها المنتخب المحلي والمتمثلة في الإيقاف (الفرع الأول) والإقصاء (الفرع الثاني) والاستقالة التلقائية (الفرع الثالث)، لكن ظهر بوضوح تدعيم سلطة الوالي في تطبيق هذه الحالات وهذا ما يؤثر على استقلالية المجلس المنتخب.

¹ عبد الحميد بن عيشة، تطور نظام الوصاية الإدارية على المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري- دراسة مقارنة-المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، العدد 01، مارس 2018.

² مارس الوالي أيضا إلى جانب الرقابة الوصائية، رقابة رئاسية على رئيس المجلس الشعبي البلدي، وهذا في حالة عدم قيامه بمهامه بصفته ممثلا للدولة، وهنا يكون في علاقة تبعية له، إذ يمارس عليه السلطة الرئاسية كغيره من الموظفين، بحيث يلتزم رئيس المجلس بتوجيهات الوالي، وتخضع كافة أعماله التي يمارسها لرقابة والي الولاية، ولهذا ألزمت المادة 98 من قانون البلدية على رئيس المجلس، بإرسال كافة قراراته إلى الوالي خلال 48 ساعة بغرض بسط الرقابة عليها وعدم دخولها حيز النفاذ إلا بمرور شهر كامل من تاريخ إرسالها للوالي، وهو ما قد تتعرض له هذه القرارات المتخذة من سحب أو إلغاء أو تعديل خلال هذه المدة. انظر: بهي لطيفة، "استقلالية البلدية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2013-2014، ص96.

³ عبد الحميد بن عيشة، نفس المرجع، ص107.

الفرع الأول: تدعيم سلطة الوالي في إيقاف عضو المجلس الشعبي البلدي.

يقصد بتوقيف العضو المنتخب، هو تجميد عضويته مؤقتا، في حالة تعرضه لمتابعة جزائية تحول دون مواصلته في ممارسة مهامه النيابية¹، ولقد نص قانون البلدية رقم 10-11 في المادة 43 على هذه الحالة، حيث نصت: "يوقف بقرار من الوالي كل منتخب تعرض لمتابعة قضائية بسبب جناية أو جنحة لها صلة بالمال العام أو لأسباب مخلة بالشرف أو كان محل تدابير قضائية لا تمكنه من الاستمرار في ممارسة عهدته الانتخابية بصفة صحيحة، إلى غاية صدور حكم نهائي من الجهة القضائية المختصة".

ومن خلال هذه المادة نستنتج أن تجميد العضوية هو ناتج عن متابعة جزائية والتي حددها المشرع، حيث تتمثل في جناية أو جنحة تتعلق بالمال العام، أو أسباب مخلة بالشرف، أو يكون المنتخب محل تدابير قضائية، وهنا يجب الإشارة إلى أن قانون البلدية السابق رقم 08.90 نجده لم يحدد الجرائم التي تترتب عنها تجميد العضوية²، ولكن اكتفى بالنص على المتابعة الجزائية، وهذا ما تستعمله الجهات الوصية كأسلوب للتعسف في حق المنتخب³.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع في قانون البلدية الحالي قد حذف ضمانه جده هامة⁴، حيث نجد أن توقيف العضو يكون بقرار من الوالي، لكن القانون السابق رقم 08-90 كان يجبر الوالي بتسبيب القرار، ومنه فالتشريع الحالي يدعم الوالي بسلطة تقرير واسعة، إذ يكفي فقط تعرض المنتخب لتدابير قضائية بسيطة يرى الوالي أن من شأنها عرقلته في ممارسة مهامه حتى يصدر قراره بتوقيف عضو المجلس الشعبي البلدي.

بالإضافة كذلك نجد أن المشرع قد ألغى ضمانه أخرى في صالح المنتخب، والمتمثلة في استشارة المجلس الشعبي البلدي، وهي تمثل إجراء جوهريا يترتب عن مخالفته البطلان، وضمناة للمنتخب في مواجهة سلطة الوالي⁵، لكن قانون البلدية رقم 10-11 قد تراجع عن ذلك ومنح السلطة التقديرية الواسعة للوالي، وهذا ما يؤثر على استقلالية المجلس الشعبي البلدي.

الفرع الثاني: تدعيم سلطة الوالي في إقصاء عضو المجلس الشعبي البلدي.

يعد الإقصاء إسقاطا كلي ونهائي لعضوية المنتخب بالمجلس، وهذا نتيجة حتمية لثبوت الإدانة الجزائية من طرف الجهة القضائية المختصة بصفة نهائية، ويتحقق هذا الوضع تسقط عضوية المنتخب المدان

¹ المادة 32 في فقرتها الأولى من قانون البلدية رقم 08-90، المرجع السابق، ص 491.

² إبراهيم ملاوي-سعايدية حورية، "إصلاح نظام الجماعات المحلية ومبرراته: دراسة مقارنة بين الجزائر والمغرب"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، ص 39.

³ عبد الناصر صالح، أثر الرقابة الإدارية الوصائية على استقلال البلديات في القانون 10-11 المتعلق بالبلدية، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المركز الجامعي للبيضاء، العدد 02 ديسمبر 2014، ص 173.

⁴ ناصر لباد، "الوجيز في القانون الإداري"، الطبعة الثانية، سطيف، الجزائر، 2008، ص 142.

⁵ عبد الحميد بن عيشة، المرجع السابق، ص 111.

ويستخلف بالمرشح الذي يليه في نفس القائمة الانتخابية¹، ووفق هذا الإطار نجد أن قانون البلدية الحالي، ومن خلال نص المادة 44 منه، قد تضمن هذا الإجراء ونص على أنه: "يقص بقوة القانون من المجلس، كل عضو مجلس شعبي بلدي كان محل إدانة جزائية نهائية للأسباب المذكورة في المادة 43، يثبت الوالي هذا الإقصاء بموجب مقرر...".

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن إقصاء العضو يكون بناء على قرار من الوالي، لكن عندما نرجع لقانون البلدية السابق 90-08، نجد أن المجلس هو الذي يعلن الإقصاء، بناء على مداولة، ثم يصدر الوالي قراره بالاعتماد على المداولة²، ليبقى فقط للوالي سلطة تثبيت قرار الإقصاء.

غير أن المشرع في قانون البلدية الحالي³ قد وسّع سلطات الوالي الوصائية على المجلس المنتخب، وتراجع عما كان مكرسا سابقا في إطار الأمر 67-24 المعدل والمتمم بالقانون رقم 81-09، هذا الأخير أعطى دعما كبيرا للامركزية، وهذا من خلال دور المجلس المنتخب في إقصاء العضو، بحيث يجتمع وجوبا لإبداء رأيه بعدها يرفع الوالي هذا الرأي إلى وزير الداخلية⁴.

الفرع الثالث: الإنقاص من الضمانات المقدمة لعضو المجلس المنتخب في حالة الاستقالة التلقائية.

تعد إقالة العضو المنتخب آلية رقابية هامة مفروضة على أعضاء المجلس، حيث يتم بموجبها إسقاط العضوية على المنتخب في حال غيابه المتكرر وغير المبرر عن دورات المجلس⁵، وفي هذا الإطار تنص المادة 45 من قانون البلدية على أنه: "يعتبر مستقيلا تلقائيا من المجلس الشعبي البلدي، كل عضو منتخب تغيب بدون عذر مقبول لأكثر من ثلاث دورات عادية خلال نفس السنة، في حالة تخلف المنتخب عن حضور جلسة السماع رغم صحة التبليغ، يعتبر قرار المجلس حضوريا، يعلن الغياب من طرف المجلس الشعبي بعد سماع المنتخب المعني ويخطر الوالي بذلك"، من الواضح أن هدف المشرع من هذه الإجراءات، هو دفع المنتخب أكثر على الالتزام بحضور دورات المجلس، ومحاربة ظاهرة الغياب التي بدأت تتوسع أكثر فأكثر.

ونجد كذلك أن المشرع قدم ضمانات للمنتخب المتغيب، تتمثل في سماعه من قبل المجلس لتبرير غيابه، أما إذا تغيب رغم صحة التبليغ المرسل إليه، عدّ قرار المجلس بإقرار الاستقالة صحيح، غير أنه لو نرجع للأمر

¹ المادة 33 من قانون البلدية رقم 90-08، المرجع السابق، ص 491.

² بالرجوع إلى المادة 46 من قانون الولاية رقم 12-07، نلاحظ أن هنالك تناقض واضح في التشريع المتعلق بالجماعات المحلية، وهذا مع المادة 44 من قانون البلدية رقم 11-10، لأن المجلس الشعبي الولائي هو الذي يقر الإقصاء بموجب مداولة، ويتم تثبيته بعد ذلك بموجب قرار من وزير الداخلية، وهذا على عكس قانون البلدية الذي أقصى سلطة المجلس في إقرار إقصاء العضو بموجب مداولة.

³ المادة 92 من القانون رقم 81-09، المؤرخ في 04 جويلية 1981 المعدل والمتمم للأمر 67-24، المؤرخ في 18 جانفي 1967 المتضمن القانون البلدي، لجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 07 جويلية 1981.

⁴ هاني علي الطهراوي، "قانون الإدارة المحلية، الحكم المحلي في الأردن وبريطانيا"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 148.

⁵ نور الهدى روبي، المرجع السابق، ص 190.

24.67 المعدل والمتمم بموجب القانون 81 - 09، فقد أعطت للمنتخب ضماناً جدياً هامة، إذ يمكن له الطعن قضائياً والدفاع عن حقه، وهذا عكس قانون البلدية الحالي الذي جاء خالياً من هذه الضمانة¹.

وبذلك يكون المشرع من خلال قانون البلدية قد شدد ووسّع الرقابة على الأشخاص المنتخبين، واقترب أكثر من محتوى قانون البلدية لسنة 1967، وتوجه نحو تكريس منطق الموظف أكثر منه المنتخب، وإن كانت الغاية من ذلك ضبط حضور دورات المجلس وضمان سيرها ومشروعيتها، وامتدت هذه الرقابة إلى المجلس الشعبي البلدي كهيئة، من خلال توسيع نطاق حل هذه المجالس المنتخبة.

المطلب الثاني: مظاهر تشديد الرقابة الممارسة على المجلس الشعبي البلدي كهيئة جماعية وعلى أعماله.

تتحدد الرقابة الوصائية على المجالس البلدية في آلية وحيدة تتمثل في إمكانية حل المجلس المنتخب، وفقاً للشروط المحددة قانوناً، ذلك بعد إلغاء آلية الوقف أو تعليق عمل المجلس لفترة محددة، كما كانت في ظل الأمر 24.67، وبالتالي فالحل إجراء خطير، لأنه ينتج عنه إنهاء حياة المجلس وتجريد أعضائه من صفة العضوية نهائياً²، إذ هو رخصة للسلطات المركزية، تستخدمها إذا ما قدرت أن المجالس قد انحرفت بالسلطة أو حل بها من الأسباب والعوامل ما يجعلها عاجزة عن أداء مهامها التمثيلية.

ورغم خطورة هذا الإجراء لمساسه بمبدأ الديمقراطية³، وتعديه على إرادة الناخبين، غير أن المشرع قد وسع من نطاق حل هذه المجالس المنتخبة وكذلك التضييق من استقلالية البلدية، من خلال الجهة التي تخلف المجلس الذي تم حله وكذلك الاختصاصات الممنوحة لها (الفرع الأول)، بالإضافة إلى الرقابة الوصائية الممارسة على المجلس الشعبي البلدي كهيئة جماعية، نجد كذلك أن جهات الوصاية، لها حق الرقابة على أعمال المجلس المنتخب، من خلال عدة آليات، وتتمثل في سلطة المصادقة والبطالان والحلول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التوسيع من نطاق حل المجالس الشعبية البلدية.

بالنظر إلى خطورة هذا الإجراء، خاصة وأنه الأكثر تأثيراً على مبدأ الديمقراطية وعنصر الانتخاب⁴، لذلك يكون من الضروري أن تتوفر العديد من الضمانات، حماية للمجلس المنتخب من تعسف الجهة الوصية، وهو ما أخذه المشرع بعين الاعتبار، من خلال تحديده لحالات محصورة يجوز فيها حل المجلس الشعبي البلدي،

¹ نور الهدى روبي، نفس المرجع، ص 190.

² أميرة رزيق، "حل المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2008-2009، ص 63.

³ بوحانة ثابتي، "مستقبل وآفاق البلدية في الجزائر في ظل القانون 10-11"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 04، 2012، ص 240.

⁴ عبد الحميد بن عيشة، المرجع السابق، ص 121.

ولكن رغم ذلك لو نقارن بين أول قانون البلدية بالأمر 67-24¹ مع قانون البلدية 90-08 وكذلك قانون البلدية الحالي، نرى أن هنالك توسيع كبير في نطاق حل المجلس المنتخب.

الفقرة الأولى: حالات حل المجلس الشعبي البلدي في إطار قانون البلدية 90.08

بالرجوع لأحكام قانون البلدية السابق رقم 90.08، نجده قد حدّد حصرا الحالات التي يمكن فيها حل المجلس الشعبي البلدي، وهذا عبر نص المادة 34، وتمثلت هذه الحالات في 05 أسباب وهي كالتالي:

1. عندما يصبح عدد المنتخبين أقل من نصف عدد الأعضاء بعد تطبيق أحكام الاستخلاف:

تعتبر هذه الحالة منطقية، لأن النقص يخل بالتسيير الجماعي للمجلس، بحيث لا يمكن أن يستمر في عقد دوراته وجلساته وفقد نصف أعضائه، وهنا لا بد من اللجوء للقوائم الاحتياطية، وهذا بحسب العارض الذي يصيب العضو المنتخب، وهنا يقوم الوالي بإعداد التقرير وإحالته إلى وزير الداخلية، هذا الأخير يعد تقريره ويحيله على مجلس الوزراء لاستصدار مرسوم الحل.

2. حالة استقالة جماعية لأعضاء المجلس:

وهي الحالة التي يعبر فيها أعضاء المجلس عن رغبتهم في التخلي عن العضوية بالمجلس، وهذا ما يؤدي إلى إفراغ المجلس من محتواه²، ويكون الحل نتيجة لذلك، غير أن المشرع في هذه الحالة لم يحدد الإجراءات الضرورية لذلك، خاصة فيما تعلق بالجهة التي تقدم إليها الاستقالة، وهل تقدم الاستقالة بصفة فردية أو بصفة جماعية³.

3. حالة وجود خلافات خطيرة بين أعضاء المجلس الشعبي البلدي:

تمثل المجالس الشعبية البلدية هيئة المداولة التي تجسد مبدأ الديمقراطية على المستوى المحلي، حيث تجمع المجالس كافة الأطياف السياسية باختلاف انتماءاتها⁴، وهو ما يجعل من اختلاف توجهاتهم السياسية أمر طبيعي⁵، لكن إذا تعرضت هذه المجالس لاختلافات خطيرة تعيق السير العادي لهيئات البلدية، وهنا يوجه الوالي إعدارا لها، وفي حالة عدم الاستجابة، تتخذ إجراءات الحل.

وهنا أراد المشرع أن يتفادى الإنزلاقات الخطيرة التي قد تعرفها المجالس، أو التعطل الذي قد يشهده تسيير البلدية، بالنص على هذه الحالة نظرا للطابع التمثيلي المتنوع في تركيبها السياسية، مما يؤدي إلى توقيف

¹ المادة 111 من الأمر 24-67 المتضمن قانون البلدية، المرجع السابق، ص 100.

² سامي الوافي، نظام البلدية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 186.

³ نور الهدى روجي، المرجع السابق، ص 191.

⁴ أميرة رزيق، المرجع السابق، ص 33.

⁵ سامية رايس، "الرقابة الوصائية على المجالس البلدية في النظامين الجزائري والتونسي"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة العربي التبسي، تبسة، العدد 12، ديسمبر 2016، ص 257.

عمل المجلس وجمود نشاطه، ولذلك منح المشرع للسلطة الوصية كامل الحرية لتقدير الوضع، واتخاذ قرارات حل المجالس، في حالة وجود اختلالات خطيرة بين الأعضاء أو أن هذه الاختلافات أدت إلى التأثير على السير العادي لأعمال المجلس، وتعطيل مصالح المواطنين.

4. عندما يكون الإبقاء على المجلس مصدرا لاختلالات خطيرة:

تم النص على هذه الحالة بموجب الأمر 03.05 المعدل والمتمم لقانون البلدية رقم 108.90، حيث يتم حل المجلس، في حالة يكون الإبقاء على المجلس من شأنه أن يشكل مصدرا للاختلال في التسيير أو يمس بمصالح المواطنين، غير أن أكبر إشكال يثار هنا هو حول العبارة الواردة في المادة 34 منه: "يشكل مصدرا للاختلال في التسيير ويمس بمصالح المواطنين وسكينتهم"، في عبارة غير دقيقة وتحمل عدة تأويلات، فتمنح للسلطة الوصية كامل الحرية لتقدير ما تراه خطيرا، ومصدرا لاختلالات خطيرة في تسيير الشؤون المحلية.

5. في حالة اندماج بلديات أو ضمها أو تجزئتها².

تعتبر هذه الحالة وضع قانوني منطقي لا يثير أي إشكال بحيث إذا كان النظام القانوني للبلديات محل تعديل قانوني، يضم بلديات إلى بلديات أخرى، أو تجزئتها وفق إعادة التقسيم الإقليمي للدولة أو حتى إعادة النظر في نظامها القانوني، وهنا يستوجب في هذه الحالة اتخاذ إجراء حل المجالس البلدية³، فلا يتصور أن يتم تسيير البلدية بمجلسين في آن واحد، أو يدير مجلس واحد بلديتين معا.

الفقرة الثانية: حالات حل المجلس الشعبي البلدي في إطار قانون البلدية رقم 10.11

بالرجوع لأحكام قانون البلدية الحالي، نجده توسّع وتشدد في حالات حل المجلس المنتخب⁴، إذ بعدما كانت هنالك 05 حالات في قانون البلدية السابق رقم 08-90، نجد أن التشريع الحالي، قد أضاف ثلاث حالات أخرى لم ترد في القانون السابق، وأصبحت حالات حل المجلس متعددة ومتنوعة لتشمل 08 حالات.

¹ المادة الأولى من الأمر 03-05، المؤرخ في 01 جمادى الثانية 1426 الموافق لـ 18 جويلية 2005، يتم القانون رقم 08-90 المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 50، المؤرخة في 19 جويلية 2005، ص 35.

² بالرجوع إلى قانون البلدية رقم 11—10، نجد أنه لم يحدد إجراءات التجزئة والضم بل تركها للتنظيم، كما أنه لم يحدد سبب ضم البلديات لبعضها أو تجزئتها، وقد يرجع سبب التجزئة إلى اتساع حجم البلدية، مما يؤدي إلى بعد الإدارة المحلية من المواطن، وعدم الاستفادة من خدماتها، أما سبب الضم فقد يرجع إلى صغر حجم البلدية، وكانت تعاني من قلة الإمكانيات البشرية والموارد المالية الضرورية للتنمية المحلية، والرغبة في الحصول على عائدات أكبر من الضريبة لتمويل المشاريع المحلية. أميرة رزق، المرجع السابق، ص 41.

³ علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 155.

⁴ وناس يحي- عصام نجاح، "حرية إدارة الجماعات الإقليمية دراسة مقارنة"، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد 08، لسنة 2016، ص 31.

1. حل المجلس الشعبي البلدي في حالة خرق أحكام دستورية:

لقد تم تكريس هذه الحالة لأول مرة في قانون البلدية الحالي عبر نص المادة 46 منه، وهذا انطلاقاً من اعتبار أن البلدية مؤسسة دستورية، يجب عليها الخضوع لكافة القواعد الدستورية¹، احتراماً لمكانة الدستور في الدولة، حيث يكون جزاء مخالفة أحكامه من طرف المجالس الشعبية البلدية هو الحل.

2. حل المجلس في حالة إلغاء انتخاب جميع أعضاء المجلس الشعبي البلدي.

هذه الحالة كذلك تم تكريسها لأول مرة في التشريع الجزائري، عبر نص المادة 46 من قانون البلدية، لكن هنا المشرع لم يوضح أسباب إلغاء الانتخابات، وقد يرجع ذلك سلطة الوصايا لتطبيق هذه الحالة، سواء تعلق الأمر بأوضاع المجلس، أو بالعملية الانتخابية والظروف التي جرت فيها، وقد يستند تقريرها إلى حكم قضائي يصدر بمناسبة منازعة تتعلق بالعملية الانتخابية لأعضاء المجالس الشعبية البلدية².

3. حالة حدوث ظروف استثنائية تحول دون تنصيب المجلس المنتخب.

هي حالة أضافها المشرع، حيث تتمكن السلطة الوصية بموجبها من حل المجلس، غير أن المشرع في هذه الحالة استعمل مصطلحات غير دقيقة، وهذا فيما يتعلق بعبارة الظروف الاستثنائية³، حيث يثور التساؤل حول معيار تقدير الظرف الاستثنائي ودرجته، خصوصاً وأن حل المجلس قبل تنصيبه بسبب ظروف استثنائية يفترض إجراء انتخابات من أجل انتخاب مجلس جديد، وهنا يجب تحديد طبيعة الظرف الاستثنائي الذي لا يمكن بسببه تنصيب المجلس، لكن يمكن إجراء انتخابات لانتخاب مجلس جديد بعد حل المجلس الأول الذي لم ينصب بعد⁴.

الفقرة الثالثة: ضعف ضمانات حماية المجالس الشعبية البلدية الخاضعة لإجراء الحل.

اعتباراً مما سبق، يتضح لنا خطورة آلية حل المجلس المنتخب، وهو ما يتطلب توضيح تطبيق هذه الآلية والجهة المخوّل لها تطبيقها، وهذا كضمانة وحماية للمجلس ودعم للسلطة الشعبية من تعسف سلطة الوصاية، وهنا حاول المشرع توفير بعض الضمانات وهذا من خلال نص المادة 47 من قانون البلدية، إذ يتم حل المجلس الشعبي البلدي بموجب مرسوم رئاسي، بناء على تقرير من وزير الداخلية، وهنا حسن فعل المشرع عندما حدد الجهة التي لها حق الحل، وهي كضمانة من تعدد السلطات المخوّل لها حل المجلس.

وعند صدور المرسوم الرئاسي المتضمن حل المجلس، تسقط صفة العضوية عن كافة أعضاء المجلس، وحرصها على حماية مصالح المواطنين المحلية، أكد المشرع على ضرورة تنصيب مندوبين يستخلفون المجلس،

¹ لندة أونيسي، "ضمانات القواعد الدستورية في الجزائر"، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 10 لسنة 2014.

² عبد الحميد بن عيشة، المرجع السابق، ص 121.

³ صليحة ملياني، المرجع السابق، ص 278.

⁴ كمال جغلاب، "الإدارة المحلية وتطبيقها، الجزائر-بريطانيا-فرنسا"، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 164.

حفاظا على سير المجلس وعدم تعطيل المصلحة العامة المحلية، إذ تقوم جهة الوصاية، خلال عشر أيام التي تلي حله، تعيين متصرفا وعند صدور المرسوم الرئاسي المتضمن حل المجلس، تسقط صفة العضوية عن كافة أعضاء المجلس، وحرصها على حماية مصالح المواطنين المحلية، أكد المشرع على ضرورة تنصيب مندوبين يستخلفون المجلس، حفاظا على سير المجلس وعدم تعطيل المصلحة العامة المحلية، إذ تقوم جهة الوصاية، خلال عشر أيام التي تلي حله، تعيين متصرفا ومساعدين، توكل لهم مهمة تسيير شؤون البلدية، وتنتهي مهامهم بقوة القانون بمجرد تنصيب مجلس جديد¹.

لكن لو نرجع لقانون البلدية السابق 08.90 وفي مادته 36، نجده قد نص على تعيين مجلس مؤقت يخلف المجلس الذي تم حله، والذي من مهامه هو تسيير الأمور الجارية والقيام بالإجراءات المستعجلة، التي تكفل الحفاظ على أملاك البلدية و/أو حمايتها، لكن المشرع في قانون البلدية الحالي رقم 10-11، قد وسّع من صلاحيات المتصرف ومساعديه، لتشمل كل ما كان المجلس السابق يقوم به من صلاحيات، وهذا ما يعطي لسلطة الرقابة الحرية الكاملة في نقل البلدية من نطاق اللامركزية إلى عدم التركيز الإداري في هذه الفترة².

خاصة وأن المتصرف والمساعدين هم أشخاص معينين من طرف الوالي، ولم يتم إشراك المواطنين أو من ينوب عنهم من المنتخبين لتسيير شؤونهم في هذه الفترة، وهذا ما يهدد استقلالية الجماعات المحلية، لاسيما وأن السلطة الرئاسية تفتح مجالا واسعا لرقابة الرئيس على أعمال مرؤوسيه، مقارنة بالوصاية الإدارية.

وبالرجوع للجدول المتعلق بآثار الحل، نلاحظ أنه بالرغم من أن حل المجلس من طرف الجهاز التنفيذي يعد من أخطر أنواع الرقابة الممارسة على المجلس المنتخب، وعلى ممارسة الديمقراطية في التسيير المحلي، نلاحظ أن المشرع وعبر كل النصوص المتعاقبة للجماعات المحلية، قد عالج آثار الحل بنوع من الغموض والتناقض، والتراجع عن العديد من الضمانات التي كانت في صالح المواطن على مستوى بلديته.

¹ المادة 48 من قانون البلدية رقم 10-11، المرجع السابق، ص11.

² نصر الدين بن طيفور، "أي استقلالية للجماعات المحلية الجزائرية في ظل مشروع جوان 1999 لقانوني البلدية والولاية"، مجلة الإدارة، العدد 22، لسنة 2001، ص16.

انظر كذلك: بوحانة ثابتي، المرجع السابق، ص240.

جدول يوضح آثار حل المجلس الشعبي البلدي عبر كل النصوص القانونية المتعاقبة

قانون البلدية 10-11	قانون البلدية 08-90	الأمر 24-67 المتضمن قانون البلدية	
المادة 48 من قانون البلدية (03 أعضاء) - التراجع عن الأخذ بعين الاعتبار الكثافة السكانية	- المادة 02 من المرسوم التنفيذي 344-90 (ج.ر. عدد 47) 03 أعضاء من بينهم الرئيس. - التراجع عن الأخذ بعين الاعتبار الكثافة السكانية	المادة 114 (عدد الأعضاء بين 05 و 11) حسب الكثافة السكانية للبلدية	عدد أعضاء المجلس البلدي المؤقت
التراجع عن تحديد صفة الأعضاء المادة 48 (تعيين متصرفا ومساعدين)	- المادة 02 من المرسوم التنفيذي 344-90 (يكون الأعضاء من ضمن موظفي الجماعات المحلية والهيآت العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لهذه الجماعات. - صدر مرسوم رئاسي 05-254 (ج.ر. 51) يخول للأمين العام للبلدية الصلاحيات المؤقتة. - تناقض صريح مع قانون البلدية والمرسوم التنفيذي 344-90.	عدم وجود أية شروط	الشروط الواجب توفرها في الأعضاء

المادة 48) التعيين من طرف الوالي خلال 10 أيام التالية للحل)	المادة 36 من قانون البلدية (التعيين بقرار من الوالي خلال 10 أيام التالية للحل)	المادة 113) (التعيين من طرف عامل العمالة) خلال 10 أيام التالية للحل	طريقة اختيار أعضاء المجلس المؤقت
التراجع عن تحديد الصلاحيات المادة 48 (صلاحيات تتعلق بتسيير شؤون البلدية) أي له نفس الصلاحيات المجلس الذي تم حله.	المادة 2/36 من قانون البلدية (صلاحيات محددة في الأعمال الجارية في الإدارة والقرارات التحفظية المستعجلة والتي تكفل الحفاظ على أملاك البلدية وحمايتها.	المادة 3/114 صلاحيات محددة في الأعمال ذات الصيغة الإدارية، الصرف، والاحتفاظية والمستعجلة.	صلاحيات المجلس المؤقت
المادة 49 في خلال 06 أشهر من تاريخ الحل تجرى انتخابات تجديد المجلس يمكن تمديدها في حالة استحالة تنظيم انتخابات التجديد (المادة 51)	المادة 04/36 06 اشهر كحد أقصى	المادة 115 شهران كحد أقصى	مدة المجلس البلدي المؤقت
بمجرد حل المجلس الشعبي البلدي بمرسوم رئاسي يفقد جميع الأعضاء صفة العضوية في المجلس المنتخب			ملاحظة

وهذا من خلال التراجع عن تحديد صفة أعضاء المجلس المؤقت، بعدما كان قانون البلدية رقم 90-08 والمراسيم التنظيمية، تشترط تعيين الأعضاء من بين موظفي الجماعات المحلية والهيئات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لهذه الجماعات، وذلك لدرابتهم بشؤون البلدية، كما أن صلاحيات المجلس المؤقت كانت في

السابق محددة، غير أن المشرع تراجع عن ذلك، وأعطى كل الصلاحيات التي كانت من اختصاص المجلس السابق، إلى المجلس المؤقت.

كذلك نجد أن المادة 49 من قانون البلدية الحالي، قد أكدت على أن التسيير المؤقت للمجلس يكون في مدة 06 أشهر، لكنها أوردت حكماً آخر، يقضي بعدم إجراء انتخابات التجديد خلال السنة الأخيرة من العهدة الانتخابية، وهو ما يعطي الحق للمتصرف ومساعدته باعتبارهم خليفة للمجلس الذي تم حله، لتسيير شؤون البلدية لمدة تفوق 06 أشهر، خاصة إذا تم الحل في بداية السنة الأخيرة من العهدة، وهذا ما يتناقض مع النص الدستوري، الذي جعل من المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، ومكان مشاركة المواطن في تسيير شؤونه العمومية¹.

الفرع الثاني: توسيع الرقابة الوصائية على أعمال المجلس الشعبي البلدي.

إذا كانت المجالس الشعبية البلدية تمارس اختصاصاتها المتعددة والمتنوعة عبر الوسيلة القانونية وهي المداولات²، غير أنه وحفاظاً على سلامة هذه المداولات ومشروعيتها من جهة، وحفاظاً على دولة القانون والمؤسسات، فلا بد من فحص مدى ملائمة المداولات للتشريع والتنظيم المعمول به³، وعندما نرجع لقانون البلدية رقم 10-11، نجد أن المشرع قد أخضع مداولات المجلس المنتخب إلى إحدى آليات الرقابة والمتمثلة في التصديق (الفقرة الأولى) أو البطلان (الفقرة الثانية) أو الحل (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: سلطة المصادقة على مداولات المجلس الشعبي البلدي.

تخضع مداولات المجلس المنتخب إلى شكل من أشكال الرقابة، والمتمثل في اشتراط التصديق عليها حتى تكون قابلة للتنفيذ، وتكون مداولات المجلس كأصل عام قابلة للتنفيذ دون حاجة إلى موافقة السلطة الوصائية، وهذا بمجرد مرور مدة معينة من إيداعها لدى الولاية كقاعدة عامة، لكن بعض المداولات المذكورة على سبيل الحصر تحتاج إلى مصادقة صريحة من جهة الوصاية حتى تكون قابلة للتنفيذ.

¹ وللأسف فقد ازدادت إشكالات آثار الحل على ممارسة الديمقراطية وعلى المواطن، وهذا من خلال مشروع القانون المتعلق بالجماعات الإقليمية لسنة 2018، إذ نجد أنه تناول حل المجلس في الفصل السابع منه من خلال تخصيص 05 مواد (243-242-241-240-293) وما يلاحظ على هذه المواد، أن الوالي يعين مندوبية تسيير انتقالية، تتكون من الأمين العام للبلدية رئيساً ومن 02 إلى 06 مساعدين، وفي حالة غياب الأمين العام للبلدية أعطى سلطة كبيرة للوالي قصد تعيين موظف مؤهل خلال فترة التسيير.

أما عن استراتيجية ات المندوبية، فقد نص مشروع القانون صراحة، بأن رئيس مندوبية التسيير الانتقالية له نفس صلاحيات المجلس الذي تم حله، وله نفس مهام رئيس المجلس السابق، بالإضافة إلى أن كل قرارات المندوبية وقرارات رئيسها، تخضع لنفس أشكال الرقابة المطبقة على المجلس، ورئيس المجلس الذي تم حله.

² بوحانة ثابتي، المرجع السابق، ص 240.

³ صليحة ملياني، المرجع السابق، ص 284.

وإذا كان التصديق هو عمل قانوني، تعلن بمقتضاه سلطة الوصايا، أن القرار الصادر من طرف المجلس المنتخب، متفق مع أحكام القانون ولا يتعارض مع المصلحة العامة، وأنه واجب التنفيذ¹، فإن تصديق السلطات الإدارية على قرارات وأعمال المجلس الشعبي البلدي يأخذ صورتين، وهما التصديق الضمني (أولاً) والتصديق الصريح (ثانياً).

أولاً: التراجع عن مكتسبات القانون 90-08 فيما يتعلق بتقصير مدة المصادقة على المداولات الغير خاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي.

يكون التصديق على المداولة ضمناً، إذا اعتبر المشرع سكوت سلطة الوصاية بعد انتهاء الأجل الممنوح لها لإعلان رأيها موافقة منها على القرار الخاضع لرقابتها، كما قد يكون التصديق ضمناً، إذا نص القانون على أن سكوت جهة الوصاية ومرور فترة زمنية منصوص عليها على أنه رفض التصديق، وعليه يتضح أن التصويت الضمني يتحدد بموقف المشرع²، حيث نصت المادة 56 من قانون البلدية الحالي على أن "تصبح مداولات المجلس قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد واحد وعشرون يوماً من تاريخ إيداعها بالولاية".

وهنا يتضح أن مداولات المجلس تدخل حيز التنفيذ بمجرد مرور أجل 21 يوم من تاريخ إيداعها، لكن لو نقارن بين التشريع الحالي، وقانون البلدية السابق³، نجد أن المشرع قد غير المدة والتي كانت خمسة عشر يوماً لتصبح حالياً واحد وعشرون يوماً، وهو ما بررته لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات بالمجلس الشعبي الوطني، أن تمديد هذا الأجل، هو يمنح فرصة لجميع الأطراف من أجل نفاذ المداولة والطعن فيها، خاصة بعد المسافة بين مقار البلديات ومقر الولاية بالنسبة لمناطق الجنوب⁴.

وبالتالي نلاحظ أن المشرع في قانون البلدية رقم 11-10 قد تراجع عن مكتسبات القانون السابق، وهذا فيما يتعلق بتقصير مدة المصادقة على المداولات الغير خاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي، حيث خفضت المادة 41 من قانون البلدية رقم 90-08 المدة، من 20 يوماً التي كانت مكرسة في أول قانون بلدي إلى 15 يوماً، لكن التشريع الحالي رفع الأجل إلى 21 يوماً تتم خلالها المصادقة، وهنا يتضح منح سلطة أكبر للوصاية من أجل فحص المداولة، ليبقى التساؤل مطروح، كيف أن أجل 20 يوماً كافي للسلطة الوصائية أن تفحص المداولة في 1967، ونحن اليوم في 2018 ونزيد في الأجل إلى 21 يوماً⁵.

¹ عادل محمود حمدي، "الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية"، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، 1973، ص 169.

² علي خاطر الشنطاوي، "الإدارة المحلية"، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2007، ص 249.

³ المادة 41 من قانون البلدية رقم 90-08، المرجع السابق، ص 491.

⁴ سامي الوافي، نظام البلدية في التشريع الجزائري، نفس المرجع السابق، ص 194.

⁵ هشام بن وزرق، "تطور الوصاية الإدارية على أعمال البلدية في الجزائر: دراسة في إطار قوانين البلدية"، المرجع السابق، ص 17-18.

انظر أيضاً: علاء الدين عشي، "والي الولاية في التنظيم الإداري الجزائري"، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 119.

وإن منح المشرع للمجالس الشعبية البلدية بموجب كل القوانين المتعاقبة، تنفيذ أعمالها بمجرد مرور مدة زمنية من وضعها لدى الولاية دون اشتراط صدور رد صريح منها، غير أن هذه التقنية بعيدة عن الواقع العملي، حيث لا يقوم المنتخبون بتنفيذ المداولات إلا بعد المصادقة الصريحة للوالي، مما يجعل التأشير على المداولات تمثل شرطا لازما بسبب خوف المنتخبين من ممارسة صلاحياتهم، رغم اعتراف القانون بهذه الآلية أو جهلهم بها أصلا.

وفي دراسة قام بها الأستاذ ناصر لباد على بلديات دائرة وادي الزناتي بولاية قلمة، لم يجد أي رئيس مجلس منتخب قد اتخذ المبادرة بتنفيذ المداولات من خلال تفعيل تقنية التصديق الضمني¹، حيث لا يقوم المنتخبون بتنفيذ المداولات إلا بعد المصادقة الصريحة للسلطة الضمني، حيث لا يقوم المنتخبون بتنفيذ المداولات إلا بعد المصادقة الصريحة للسلطة الوصائية، وبالتالي فكل مداولات لم تتم المصادقة عليها، أو لم يتم الرد عليها في الأجل المحددة في القانون، فأنها تعتبر مثل المداولات التي رفضت، أو تنتظر التصديق الصريح عليها من طرف جهات الوصاية.

ثانيا: التوسيع من نطاق المداولات الخاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي.

إذا كان الأصل لنفاذ مداولات المجلس المصادقة عليها ضمنيا، فقد حدد المشرع، بعض المداولات التي تتطلب المصادقة الصريحة، من طرف الجهة المختصة، وبعد التصديق الصريح أمام السلطات الممنوحة للوصاية²، لأنه شرط أساسي لنفاذ المداولات، حيث ألزم قانون البلدية الوالي، بالتصديق مسبقا على بعض المداولات والتي حددها حصرا في المادة 57 منه، "لا تنفذ إلا بعد المصادقة عليها من الوالي، مداولات المجلس الشعبي البلدي التي تخص المسائل التالية:

.الميزانيات والحسابات؛

.قبول الهبات والوصايا الأجنبية؛

.اتفاقيات التوأمة؛

.التنازل عن الأملاك العقارية البلدية".

واضح من نص هذه المادة أن جميع هذه الحالات تحمل في موضوعها خطورة كبيرة، سواء تعلق الأمر بالميزانية، أو الوصايا الأجنبية، بالإضافة إلى التنازل عن الأملاك العقارية، لذا وجب أن تدرس هذه المواضيع جيدا، وإخضاعها للمصادقة الصريحة من طرف الوالي، غير أن ما يلاحظ على هذه المادة، أنها وسعت من المداولات الخاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي، حيث أن في قانون البلدية السابق³، نص فقط على

¹ Nasser LEBED, L'exercice de la tutelle sur les communes de daïra d'oued Znati, Mémoire Magister, Alger, 1993, p85.

² نور الهدى روبي، المرجع السابق، ص194.

³ المادة 42 من قانون البلدية رقم 90-08، المرجع السابق، ص492.

أن المداولات المتعلقة بالميزانيات والحسابات، وكذلك إحداث مصالح ومؤسسات عمومية بلدية، المداولات المتعلقة بالميزانيات والحسابات، وكذلك إحداث مصالح ومؤسسات عمومية بلدية، هي التي تخضع للمصادقة الصريحة من طرف الوالي¹، كما أنه عندما نرجع لمشروع قانون الجماعات الإقليمية، فقد وسّع كثيرا من المداولات الخاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي، حيث وصلت إلى 07 حالات².

وبالمقابل نجد أن المشرع وحماية للمصلحة المحلية من التعطيل والتماطل من طرف الوالي في المصادقة على المداولات، نص على أنه عندما يخطر الوالي من أجل المصادقة على المداولات الواردة في المادة 57، ولم يعلن عن قراره بالرفض أو قبول المصادقة خلال مدة 30 يوما من تاريخ إيداع المداولة بالولاية، فإنها تعتبر مصادقا عليها، وهذا ما يعني أنه وعلى الرغم من أن مداولات المجلس تتضمن أحد المواضيع السالفة الذكر، تعد نافذة إذا لم يصادق عليها الوالي خلال أجل 30 يوما، حيث تعد هذه الفترة قيد زمني مفروض على الوالي في ممارسة الرقابة الوصائية على أعمال المجلس المنتخب.

وبالتالي فإن قانون البلدية الحالي رقم 10-11 ورغم صدوره بعد 21 سنة على قانون 08-90، غير أنه لم يكن في مستواه، وتراجع عن الكثير من المكتسبات في إطار هذا القانون، حيث يجب إعادة تنظيم الرقابة الممارسة على المجلس المنتخب، حتى تتماشى مع تطورات الحكم المحلي في العالم، من خلال تكريس ضمانات أكبر لاستقلالية المجلس المنتخب³.

لتتأكد كذلك استمرارية تشديد الرقابة الوصائية الممارسة على المجلس المنتخب وأعماله، من خلال مشروع قانون الجماعات الإقليمية، حيث نجد تضخم في حالات حل المجلس الشعبي البلدي، بالإضافة إلى

¹ إذا كان قانون البلدية لسنة 1990 حقيقة نجده قد منح مساحة أكبر من الحرية للمجلس المنتخب، وهذا من خلال التقليل من المواضيع الخاضعة للمصادقة الصريحة، لكن للأسف، فالمشكل دائما عندما يصدر التنظيم، خاصة المرسوم التنفيذي رقم 94-215 المحدد لأجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها، هذا الأخير وعلى العكس من قانون البلدية رقم 08-90، نجده قد وسع من المداولات الخاضعة للمصادقة الصريحة، بالإضافة إلى إعطاء صلاحيات جد كبيرة لرئيس الدائرة من أجل المصادقة على هذه المداولات، وهذا ما يطرح إشكال التوافق بين النصين خاصة احترام مبدأ تدرج القوانين.

² Article 234 de l'avant-projet de la loi relative aux collectivités territoriales : Ne sont exécutoires qu'après avoir été approuvées par le wali, dans un délai de trente(30) jours francs, les délibérations de l'assemblée populaire communale portant sur :

- Les budgets, les comptes et la fiscalité locale ;
- La création d'établissements publics locaux ;
- La souscription à des emprunts et à des concours temporaires ;
- Les acquisitions et aliénation de biens immeubles de la commune ;
- Les délégations de services publics locaux et les partenariats économiques ;
- Les conventions de coopération décentralisée avec des collectivités territoriales étrangères ;
- Les dons et legs ;

Et toute autre délibération ayant une incidence financière.

³ هشام بن وزرق، "تطور الوصاية الإدارية على أعمال البلدية في الجزائر: دراسة في إطار قوانين البلدية"، المرجع السابق، ص 16.

ارتفاع عدد المداولات الخاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي إلى 07 حالات، بعدما كانت 04 حالات فقط، وبالتالي يعتبر هذا النص أكثر تشددا من الأمر 24-67، وهذا ما نحاول توضيحه من خلال الجدول التالي:

قانون البلدية رقم 08-90	قانون البلدية رقم 10-11 - مشروع قانون الجماعات الإقليمية	الأمر 24-67 المتضمن القانون البلدي	
41-42-91-92-86-138-46-150 - المرسوم التنفيذي 94- 215	171-61-58-57-56	-200-109-108-102 -216-208-205-202 107-220-219 المادة 105 من المرسوم 82- 31 - المرسوم 30-86	المواد المتعلقة بالمصادقة
-الميزانيات والحسابات - إحداث مصالح ومؤسسات عمومية بلدية	زيادة معتبرة في عدد المداولات الخاضعة للمصادقة الصريحة.	- الميزانيات - نقل الملكية - القروض - الهبات - المناقصات - عدد الموظفين وأجورهم	المواضيع الخاضعة للمصادقة
- الوالي - رئيس الدائرة	- الوالي - وزير الداخلية	- وزير الداخلية - الوالي - رئيس الدائرة	الجهة المختصة بالمصادقة
- عدم المصادقة في أجل 30 يوم يتحول إلى تصديق ضميني. - وجود الطعن القضائي. - تقليص للرقابة لكنها معطلة بالتنظيم	- نفس الأجل. - وجود طعن قضائي - غياب تبرير وتعليل قرار الرفض.	- عدم المصادقة في أجل 30 يوم يتحول إلى تصديق ضميني. - يمكن للمجلس أن يطلب المصادقة من وزير الداخلية. - لا وجود للطعن القضائي.	ملاحظات

الفقرة الثانية: التيسير في إلغاء مداوالات المجلس الشعبي البلدي.

يعتبر الإلغاء قرار إداري، تخذه الجهة الوصية، استنادا إلى سلطتها المحددة بقوة القانون لإزالة قرار الجهة اللامركزية لمخالفته مبدأ المشروعية أو المصلحة العامة، مع مراعاة المواعيد القانونية لضمان استقرار الأوضاع القانونية¹، فالإلغاء هو إجراء أو وسيلة رقابية لاحقة على أعمال المجلس، لأن سلطة الوصاية لا تتدخل إلا بعد صدور القرار من الهيئة المركزية، فتلغيه لكونه مخالفا للقانون ومتعارضاً مع المصلحة العامة. ويعد هذا الإجراء من أهم أوجه الرقابة الممارسة من طرف الجهات الوصية على أعمال المجلس الشعبي البلدي، غير أن دور سلطة الرقابة يقتصر فقط على إلغاء المداولة كليا دون أن تملك إلغائها جزئياً، والموافقة على بعض منها، إذ يعتبر ذلك تعديل للمداولة وهذا ما لا تملكه السلطة الوصائية².

وبالرجوع لأحكام قانون البلدية رقم 10-11 ومشروع القانون المتعلق بالجماعات الإقليمية الجديد ومختلف القوانين المتعاقبة، نجد أن المشرع قد ميّز بين نوعين من البطلان، حيث هناك البطلان المطلق للمداوالات بقوة القانون، وقد حدد المشرع في قانون البلدية المداوالات التي تخضع للبطلان المطلق، غير أنه بالرجوع إلى مشروع قانون الجماعات الإقليمية نلاحظ أنه توسّع كثيراً في حالات البطلان المطلق للمداوالات (أولاً)، ولدينا البطلان النسبي أي المداوالات القابلة للإبطال والمتعلقة بقرارات المجلس التي يشارك فيها أعضاء لهم مصلحة في هذه المداولة (ثانياً).

أولاً: غموض يكتنف حالات البطلان المطلق لمداوالات المجلس الشعبي البلدي.

لقد حدد قانون البلدية الحالي رقم 10³-11، المداوالات الباطلة بقوة القانون وتتمثل في المداوالات المتخذة خرقاً للدستور، وغير المطابقة للقانون، والتنظيمات والمداوالات التي تمس برموز الدولة وشعاراتها، وكذلك المداوالات غير المحررة باللغة العربية، وهنا يتضح موقف المشرع على احترام المداوالات للأحكام القانونية في الدولة، وكذلك أسس الوحدة الوطنية، بالإضافة إلى التقليل من المداوالات الخاضعة للبطلان المطلق، بالمقارنة مع قانون البلدية السابق رقم 08-90، غير أننا نلاحظ أن مشروع قانون الجماعات الإقليمية الجديد قد وسّع من عدد المداوالات التي تبطل بقوة القانون إلى 06 حالات⁴.

¹ عمار بوضياف، "الوصاية على أعمال المجالس البلدية في دول المغرب العربي الجزائر-تونس-المغرب"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد 01، لسنة 2010، ص 10.

² عمر صدوق، "دروس في الهيئات المحلية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 30.

أنظر أيضاً: رمضان محمد بطيخ، "الوسيط في القانون الإداري"، دار النهضة العربية، 1997، ص 212.

³ المادة 59 من قانون البلدية رقم 10-11، المرجع السابق، ص 12.

⁴ Article 233 de l'avant-projet de la loi relative aux collectivités territoriales : Sont nulles de plein droit les délibérations de l'assemblée populaire communale :

- Prise en violation de la constitution et non conformes à la législation et la réglementation en vigueur ;

- Portant atteinte aux symboles et attributs de l'état,

غير أن الإشكال الذي وقع فيه المشرع، هو أن المداولات الماسة برموز الدولة، وشعاراتها، وحتى غير المحررة باللغة العربية، تدخل ضمن نطاق المداولات التي تخرق أحكام الدستور وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات، خاصة وأن المشرع كان ينص في قانون البلديات السابق على بطلان المداولات المخالفة لأحكام الدستور خاصة المواد 02 و03 و09 وللقوانين والتنظيمات¹، يعني أن هذه الحالة تشمل كل الحالات الواردة في قانون البلدية الحالي، خاصة فيما يتعلق بحالة مهمة وهي المداولات التي تتناول موضوع خارج اختصاص المجلس.

كذلك نجد أن إلغاء مداولات المجلس والمتعلقة بإحدى الحالات السالفة الذكر، يكون بموجب قرار من الوالي، غير أن المشرع في قانون البلدية الحالي، قد تراجع عما كان مكرسا في قانون البلدية سنة 1990، عندما لم يشترط تعليق قرار الوالي المبطل للمداولة²، بالإضافة إلى غياب ضمانات أخرى لم يتناولها التشريع الحالي، والمتمثلة في لجوء أي شخص له مصلحة شخصية في ذلك إلى القضاء مطالبا بإياه بإلغائها، وهذا على عكس القانون الحالي للبلدية الذي اكتفى بذكر الحالة وإعطاء سلطة الإلغاء للوالي.

تجدر الإشارة إلى أن آلية الإلغاء التي تم تكريسها عبر كل القوانين المتعاقبة للجماعات المحلية، قد تراجع عنها المشرع الفرنسي منذ صدور قانون 1982 ثم قانون 2004، وأصبح يعتمد فقط على الطعن القضائي من طرف المحافظ³، فإذا وجد في مداولة المجلس خروج عن المشروعية، فإن عمل المجلس يحال إلى المحاكم الإدارية المختصة، وهذا ما يعتبر طعنا قضائيا في مداولة المجلس المنتخب⁴.

ثانيا: التراجع عن الضمانات المكرسة في إطار قانون البلدية 08.90 والمتعلقة بالبطلان النسبي لمداولات المجلس الشعبي البلدي.

يعتبر البطلان النسبي إحدى الآليات الرقابية التي تمكن السلطة الوصية من فرض رقابتها على أعمال المجلس، وذلك لإمكانية إبطال مداولاتها التي تعترضها بعض العيوب، والهدف من هذا الإجراء، هو المحافظة على مصداقية المجلس وشفافية عمله، بإبعاد أعضائه عن كل شبهة.

- Non rédigées en langue arabe ;
- Portant sur un objet ne relevant pas de ses compétences ;
- Prises en dehors des réunions légales de l'assemblée populaire communale ;
- Prises en dehors du siège de l'assemblée populaire communale ;
- La nullité de la délibération est constatée par arrêté du wali.

¹ المادة 42 في فقرتها الثالثة من قانون البلدية رقم 08-90، المرجع السابق، ص 492.

² المادة 42 في فقرتها الخامسة من قانون البلدية رقم 08-90، نفس المرجع، ص 492.

³ مسعود شهبوب، "ضمانات ممارسة المنتخبين المحليين لصلاحياتهم- المثال الخاص بالضمانات القانونية"- مداخلة ألقيت في إطار اليوم الدراسي حول الناخب والمنتخب في المنظومة القانونية الجزائرية، يوم 30 ديسمبر 2009، بالنادي الوطني للجيش، بني مسوس، مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، العدد 08، 2010، ص 57.

⁴ محمد انس جعفر، "ديمقراطية الإدارة المحلية الليبرالية والاشتراكية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 109.

وفي إطار حرص المشرع على ضمان نزاهة وشفافية مداوات المجلس، فقد أكد على عدد من القواعد والإجراءات التي يتوجب على أعضاء المجلس ورئيسه مراعاتها أثناء المداولة وإلا كانت باطلة، وهذا بنص المادة 60 من قانون البلدية الحالي، حيث نصت على حق الوصاية بإبطال مداوات المجلس التي شارك فيها رئيس المجلس أو أحد الأعضاء، وتتعارض مصالحهم مع المصالح المحلية للبلدية، وتمتد هذه الرقابة حتى إلى أزواج المنتخبين وأصولهم وفروعهم إلى غاية الدرجة الرابعة.

وتبطل هذه المداولة بموجب قرار معلل صادر عن الوالي، غير أن المشرع لم يحدد المدة الواجب احترامها من أجل إبطال هذه المداولة، وهذا على عكس قانون البلدية 08.90، الذي يشترط أن يتم الإبطال من طرف الوالي خلال شهر من إيداع محضر المداولة لدى الولاية¹، كما أن نص المادة 60 من قانون البلدية الحالي، لم يحدد الجهة التي تثير حالة تعارض المصالح وتطلب من الوالي إبطال المداولة²، بالإضافة إلى التراجع عما كان مكرسا سابقا في قانون البلدية رقم 08-90، حيث أكد حيث أكد على أن لكل شخص له مصلحة أن يطلب من الجهة القضائية المختصة إلغاء المداولة خلال شهر من تعليقها³.

الفقرة الثالثة: سلطة الوصاية في الحلول محل المجلس المنتخب.

الأصل أن الهيئات البلدية تقوم بممارسة اختصاصاتها وقت ما حدده المشرع، غير أن هذا الأخير يجيز وفي حالات استثنائية حلول الهيئات المركزية محل الهيئات اللامركزية والقيام بأعمالها إذا لم تقم بها بقصد، أو لعجز أو إهمال، وذلك لضمان استمرارية العمل الإداري⁴، وبالتالي فالحلول هو وسيلة رقابية تمكن سلطات الوصاية من الحلول محل المجلس، في حالة امتناعه عن اتخاذ القرارات المتعلقة باختصاصاتها الإجبارية، التي يتعين عليها ممارستها إلزاميا.

وتبعاً لخطورة هذا الإجراء، فإن قانون البلدية قيده من حيث الاختصاص والموضوع والإجراءات⁵، حيث نص قانون البلدية على سلطة حلول الوالي محل المجلس المنتخب كجهاز للمداولة أو الحلول محل رئيس المجلس كجهاز تنفيذي⁶، من خلال المواد 100، 101 و102، وهذا عند عدم اتخاذ السلطات البلدية الإجراءات اللازمة المتعلقة بالحفاظ على الأمن والنظافة والسكينة العمومية وديمومة المرفق العام، لاسيما تلك المتعلقة بالتكفل بالعمليات الانتخابية والخدمة الوطنية والحالة المدنية، وكذلك حالة امتناع رئيس المجلس عن اتخاذ

¹ المادة 45 في فقرتها الثانية من قانون البلدية رقم 08-90، المرجع السابق، ص 492.

² كمال جغلاب، المرجع السابق، ص 161.

³ المادة 45 في فقرتها الثالثة من قانون البلدية رقم 08-90، نفس المرجع، ص 492.

⁴ سامي الوافي، نظام البلدية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 204.

⁵ عبد الحميد بن عيشة، المرجع السابق، ص 137.

⁶ محمد الصالح كشحة، "سلطة الحلول وتطبيقاتها على هيئات البلدية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، العدد 16، جوان 2017، ص 405.

القرارات الموكلة له بمقتضى القوانين والتنظيمات بعد انتهاء آجال الإعدار الموجه له، بالإضافة إلى حدوث اختلال بالمجلس يحول دون التصويت على ميزانية البلدية.

فإذا كانت المجالس المنتخبة البلدية، تمثل المكنة والوسيلة الأساسية لمشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية وأداة لتفعيل مبادئ الديمقراطية، وفقا لما نص عليه الدستور والقانون، وهي بهذا تعكس الإرادة الشعبية المحلية وتكريس اللامركزية الإدارية، غير أن المشرع مكن السلطة الوصية من انتهاج إجراءات رقابية جدّ مشددة في مواجهة المجلس المنتخب، والتي تتجلى أخطرها في حل المجلس استنادا لحالات منصوص عليها في التشريع، وهذا ما يؤثر بشكل مباشر على استقلالية البلدية¹.

مما سبق اتضح أن المشرع مكن السلطة الوصية من ممارسة رقابة واسعة ومتشدة، سواء على المجلس كهيئة أو على المنتخبين، أو حتى على أعمال المجلس المنتخب، خاصة وأن المشرع في قانون البلدية رقم 10-11 قد تراجع عن الكثير من الضمانات التي تم تكريسها في إطار التشريع السابق 08-90.

بالإضافة إلى أن مشروع القانون الجديد المعدل لقانون البلدية رقم 10-11، نجده قد وسّع كثيرا من الرقابة الوصائية خاصة فيما يتعلق بالبطلان المطلق للمداولات، وكذلك الخاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي، مع الاستمرارية في تبسيط أسباب حل المجلس المنتخب، خاصة مع غياب وضعف ضمانات حماية المجالس الشعبية البلدية من سلطة الحل².

غير أن هذه الرقابة لا تأخذ على إطلاقها³، بل أدرج قانون البلدية إضافة جديدة في صالح المنتخبين المحليين والمتعلقة بإجراء التظلم الإداري، وكذلك الطعن القضائي، غير أن هذه الضمانات يعترض تطبيقه في الممارسة عدة عوائق، سواء تعلق الأمر بالنص القانوني في حد ذاته أو المنتخبين المحليين.

المبحث الثاني: الضمانات القانونية لمواجهة الرقابة الوصائية المشددة في إطار قانون البلدية رقم 10-11

إن احترام مبدأ المشروعية يشكّل قيّدا هاما على جميع تصرفات الإدارة، بما فيها ما تصدره من قرارات إدارية، تشكل عصب العمل الإداري، من ذلك يطلق على الدولة تعبير الدولة القانونية، نظرا لخضوعها فيما

¹ عمر صدوق، المرجع السابق، ص30.

أنظر أيضا: عادل ذبيح، "تشكيل المجالس المنتخبة وأثرها على عملها"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 1، 2018-2019، ص303.

² فايزة يوسف، "تأثير النظام الانتخابي الجزائري في تسيير الجماعات الإقليمية"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016، ص280

³ نور الهدى روبي، المرجع السابق، ص200.

تقوم به من إجراءات وأعمال لحكم القانون وإنزال أحكامه فعلياً، فلا تقوم بأي نشاط إلا وفقاً للأوضاع والشروط المقررة لذلك، وعليه فإن الدولة القانونية تقوم على فكرة أساسية هي أن القانون هو الحاكم¹.

وتكريساً لهذا المبدأ، فقد نص قانون البلدية الحالي في مادته 61 على أنه يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي وفقاً للشروط والأشكال المنصوص عليها قانوناً، أن يرفع إما تظلماً إدارياً، أو دعوى قضائية أمام الجهات المختصة ضد قرار الوالي الذي يثبت بطلان أو رفض المصادقة على مداولة المجلس المنتخب.

حيث تخضع قرارات الوالي المتضمنة رقابة مداولات المجلس الشعبي البلدي لرقابة، تركز مبدأ الشفافية والمساءلة في التسيير، وكضمانة قانونية تهدف إلى إحداث توازن بين الجماعة الإقليمية التي تمثل اللامركزية، وسعيها لتحقيق مصالح الهيئة الناجمة على مستوى البلدية، وكذا بين الوصاية الإدارية الساهرة على تطبيق القانون من جهة، وتشجيع السياسة المركزية على حساب المصالح المحلية المتميزة من جهة أخرى².

وبهذا يكون المشرع قد أحدث قفزة نوعية نحو بناء دولة القانون، وهذا من خلال منح آليات تحد من الرقابة الوصائية التعسفية، حيث أعطى لرئيس المجلس كامل السلطة في اختيار اللجوء للتظلم الإداري، أو الطعن القضائي (المطلب الثاني) للحيلولة دون تنفيذ قرارات الوالي باعتباره السلطة المتضمنة بطلان أو رفض المصادقة على المداولات، غير أن هذه الآليات اتضحت عدم فعاليتها في الحد من شدة الرقابة الممارسة على المجلس المنتخب، وهذا على عكس بعض التشريعات المقارنة التي أعطت ضمانات جد واسعة لاستقلالية المجالس المحلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صعوبة تجسيد الضمانات القانونية لمواجهة الرقابة الوصائية المشددة.

لقد أعطى المشرع في قانون البلدية رقم 10-11 وسائل وآليات قانونية للمنتخبين المحليين، يمكن بواسطتها مواجهة الرقابة الوصائية، وتتمثل هذه الآليات، في إجراء التظلم الإداري من طرف رئيس المجلس، وقد تم تكريسه لأول مرة في التشريع الجزائري (الفرع الأول)، بالإضافة لحق رئيس المجلس في الطعن قضائياً ضد قرارات الوالي، المتعلقة بإبطال المداولة أو رفض التصديق عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تخوُّف رؤساء المجالس الشعبية البلدية من ممارسة حقهم في التظلم الإداري ضد قرارات السلطة الوصائية.

يعد التظلم الإداري أحد صور الضوابط الشرعية والضمانات القانونية لكفالة مشروعية القرارات، باعتباره آلية، منحها المشرع لذوي الشأن من أجل الاعتراض على القرارات الإدارية المعيبة التي تمس مصالحهم، حيث يعد التظلم وسيلة إدارية غير قضائية لتحريك عملية الرقابة الإدارية وحل المنازعات ودياً وإدارياً³.

¹ ماجد راغب الحلو، "القضاء الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995، ص 10.

² فايزة يوسف، المرجع السابق، ص 245.

³ سامي الوافي، نظام البلدية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 207.

حيث يعتبر التظلم شكوى يقدمها صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار، أو إلى الجهة الرئاسية، يلتبس فيها إعادة النظر في القرار الإداري الذي أضر بمركزه القانوني سواء بإلغائه أو سحبه، أو تعديله، قبل اللجوء إلى القضاء، وذلك لعدم مشروعيته أو ملائمته، ويهدف هذا الإجراء إلى حل المنازعات الإدارية بأقصر الطرق وبأقل الجهود والتكاليف¹.

يرفع التظلم الإداري ضد القرارات الإدارية، إلى الجهة مصدرة القرار أو إلى السلطة السّلمية، قصد إعادة النظر في موضوعها، أو إجراءاتها، لتحقيق مبدأ المشروعية وتمكين الإدارة من مراجعة قراراتها قبل اللجوء للقضاء، ولهذا إذا اختار رئيس المجلس وسيلة التظلم الإداري، كإجراء لرقابة مشروعية قرارات الوالي الراضة للمصادقة على مداوالات المجلس، فإنه يرفعه ضد الوالي بصفته مصدر القرار، أو إلى وزير الداخلية والجماعات المحلية بصفته رئيسا إداريا للوالي².

وهنا يمكن القول أن المادة 61 من قانون البلدية، قدمت إضافة جديدة تتعلق بالتظلم، فأجازت لرئيس المجلس أن يقدم تظلمًا إداريًا أمام الجهات المختصة، ولم تحدد طبيعة التظلم كونه لأثيا أو رئاسيا، وهذا عكس قانون البلدية لسنة 1967، الذي حدد الجهة التي يكون أمامها وهي وزير الداخلية³.

غير أنه عندما نرجع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴، ومن خلال مادته 830، حيث لم يشر إلى التظلم الرئاسي واكتفى بالنص على التظلم الولائي، وهو ما نستنتجه من عبارة "... يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار..."، وهذا ما يعني تخلي المشرع عن التظلم الرئاسي تبسيطا للإجراءات وضمانا لحسن سير المرافق العمومية، وهذا بالنظر لما قد يسفر عنه التظلم الرئاسي من ثقل الإجراءات والتباطؤ في تنفيذها.

وتجدر الإشارة إلى أن التظلم الإداري يحقق فوائد عديدة، حيث يعتبر إجراء سريع وغير مكلف من الناحية المالية، وقد يحسم النزاع بين المجلس والوالي في أجل قصير، خلافا للمنازعة القضائية التي تستغرق وقتا أطول، وقد تمتد للاستئناف أمام مجلس الدولة، لذلك فقد أحسن النص الجديد عندما كفل لرئيس المجلس أحقية تقديم طعن إداري، يمكن بواسطته الوصول لحل توفيق يفضّل في النزاع وتجنبنا للدعاوي القضائية التي تهدر الأموال والوقت الكبير⁵.

¹ سليمان الطماوي، "القضاء الإداري"، دار الفكر العربي، مصر، 1986، ص 553.

² فايزة يوسف، المرجع السابق، ص 246.

³ المادة 108 من الأمر 24-67 المتضمن القانون البلدي، المرجع السابق، ص 100.

⁴ القانون 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008، ص 08.

⁵ نور الهدى روبي، المرجع السابق، ص 201.

ويجب على رئيس المجلس إذا اختار هذا الإجراء، أن يحترم كافة الشروط المنصوص عليها قانونا، خاصة شرط الأجل والمحدد بـ 04 أشهر من تاريخ تبليغ أو نشر القرار، وأن يكون أمام الجهة المختصة، وإن لم يحدد قانون البلدية هذه الجهة، هل هي الوالي أم وزير الداخلية، غير أنه بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية، فقد اشترط أن يكون التظلم أمام مصدر القرار، أي التظلم أمام الوالي، وهنا نتساءل عن إمكانية هذا الأخير التراجع عما أصدره، أمام انعدام ما يجبره عن ذلك.

كما يعد سكوت الوالي عن الرد على التظلم المقدم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، بمثابة قرار الرفض يحتسب من تاريخ تبليغ الطعن، وفي هذه الحالة يستفيد رئيس المجلس من أجل شهرين إضافيين لتحريك الدعوى القضائية الإدارية، أما في حالة رد الوالي فيحتسب أجل شهرين من تاريخ التبليغ¹.

الفرع الثاني: عدم ممارسة رؤساء المجالس الشعبية البلدية لحقهم في الطعن القضائي ضد قرارات السلطة الوصية.

بالإضافة لإمكانية المنتخب البلدي الطعن إداريا حول قرار الوالي المتعلق بالمداولة، أعطى كذلك قانون البلدية ضمانا أخرى تتمثل في إمكانية المجلس المنتخب عن طريق رئيسه أن يطعن لدى الجهة القضائية المختصة، في كل قرار صادر عن الوالي، موضوعه إبطال مداولة أو أن يرفض المصادقة عليها، وهذا حل منصف من جانب المشرع.

فإذا حدثت منازعة بين السلطة الإدارية ممثلة في الوالي، والسلطة المنتخبة ممثلة في المجلس المنتخب، لذا حرص المشرع على إبراز طرق لتسوية هذا النزاع²، بحيث يمكن أن يعرض النزاع على هيئة محايدة هي السلطة القضائية ممثلة في القضاء الإداري، وهذا خلافا للنظام المركزي، إذ لا يمكن للمرؤوس الطعن في قرار رئيسه الإداري، بسبب السلطة الرئاسية.

وبالتالي قد جعل المشرع الجزائري من القضاء، وسيلة وملجأ للمجالس الشعبية البلدية قصد الفصل في مشروعية قرارات الوصاية المبطللة لأعمال المجلس، إذ يعتبر القضاء حاميا مبدأ المشروعية، ويتصدى للقرارات التي تتخذها الجهات الإدارية مخافة للنصوص القانونية المعمول بها، حماية للمجلس المنتخب من تعسف السلطة الوصائية، عن طريق القرارات التي تتخذها في إطار الرقابة على أعمال المجلس، مما يستدعي تدخل القضاء لفض النزاعات الناشئة بين أشخاص القانون العام³.

¹ انظر المادة 830 في فقرتها الثانية والثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، المرجع السابق، ص 78.

² عمار بوضياف، "الرقابة الإدارية على مداوات المجالس الشعبية البلدية في التشريع الجزائري والتونسي"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول "دور ومكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية"، المنعقد يومي 03-04 ماي 2009، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 06، ماي 2009، ص 24.

³ فايزة يوسف، المرجع السابق، ص 246.

والجهة المختصة بالفصل في المنازعات الإدارية والتي تكون الولاية طرفا فيها باعتبارها مدعى عليها هي المحاكم الإدارية التي تم استحداثها بموجب القانون رقم 98.02¹، وفي هذا الإطار قد أكدت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات التي تكون الولاية طرفا فيها، تكريسا للمعيار العضوي وطبيعة أطراف النزاع، ومن الطبيعي القول أن قرار المحكمة الإدارية يقبل الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة طبقا للقانون العضوي 01.98 المتعلق بمجلس الدولة²، وطبقا للقانون 02.98 المتعلق بالمحاكم الإدارية.

وفي هذا الإطار يفحص القاضي الإداري مشروعيات قرارات الوالي، والمتضمنة الرقابة على مداوات المجلس المنتخب، من حيث الاختصاص، والشكل والإجراءات القانونية، وتمتد رقابته إلى فحص المشروعية الداخلية لهذه القرارات، ليراقب محلها والأسباب الدافعة لاتخاذها، ومدى سعيها لتحقيق المصلحة العامة، من خلال فحص ركن الغاية من القرار المتخذ³.

كما يؤدي تأكيد القاضي الإداري من عدم مشروعية القرار الإداري المتخذ من طرف للوالي، الذي يرفض بموجبه المصادقة على مداولة المجلس المنتخب، أو يقر ببطلانها، إلى إلغائه وإعدام أثره القانونية، مما يسمح بتنفيذ المداولة بعد الحصول على النسخة التنفيذية للحكم القضائي⁴.

وبذلك يكون استقلال البلدية حقا قابله المشرع بالحماية القضائية، يمكن ممثلها عند اللزوم اللجوء لطعن قضائي في أعمال جهة الرقابة الوصائية التي تتجاوز سلطاتها الرقابية، كما حددها القانون⁵، وذلك من أجل الحكم بإلغاء العمل الوصائي غير المشروع، إلا أن الواقع العملي يطرح قلة أو انعدام استعمال هذه الوسيلة من طرف أغليته بلديات الوطن، وهذا إما لجهل معظم المنتخبين بها، أو لعدم تحملهم مسؤوليتهم، وهذا ما زاد طغيان الرقابة الوصائية عليها⁶.

¹ القانون رقم 98-02، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 01 جوان 1998، ص 08.

² القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، يتعلق باستراتيجية ات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1439 الموافق لـ 04 مارس 2018 الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 07 مارس 2018، ص 06.

³ فايزة يوسف، المرجع السابق، ص 248.

⁴ فايزة يوسف، نفس المرجع، ص 248.

⁵ عبدالله دحمانية، "رقابة الوالي على مداوات المجالس الشعبية البلدية بين النص القانوني والواقع العملي"، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، العدد 32، 2018، ص 639.

⁶ نور الهدى روبي، المرجع السابق، ص 202.

خاصة وأن هذا الإجراء رغم أهميته، إلا أنه يطرح إشكالا قانونيا يتعلق بسلطة القاضي الإداري، في إصدار أوامر للوالي بغرض المصادقة على مداولة رفض التصديق عليها، خاصة إذا تعلق الأمر بمحاور تخصص رقابة الملائمة، إذ قد تقدر سلطة الوصاية ممثلة في الوالي بأن الوضع لا يسمح بتنفيذ المداولة رغم شرعيتها¹. ورغم تكريس قوانين البلدية المتعاقبة لضمانات في مواجهة الرقابة الوصائية المشددة، من خلال الطعن القضائي لمخاصمة قرار الوالي برفض المصادقة على مداولة المجلس المنتخب، كما أضاف قانون البلدية الحالي، إمكانية التظلم الإداري من طرف رئيس المجلس، ضد قرار الوالي القاضي ببطلان أو عدم المصادقة على المداولة، لكن نجد أن الممارسة العملية أثبتت عدم لجوء المنتخبين المحليين لمثل هذا الإجراء². خاصة وأن المشرع قد حرم المنتخبين من ممارسة هذه الضمانات، من خلال عدم إلزام الجهات الوصية بتسبيب قراراتها الراضية للمصادقة على المداولة، وهذا ما يؤدي إلى تعسف الولاية في استعمال حقهم في رفض المصادقة، مما يصعب عملية الطعن القضائي من طرف المجلس المنتخب ضد قرارات الجهة الوصية³.

المطلب الثاني: ضرورة مسايرة بعض التشريعات المقارنة التي منحت ضمانات أوسع لمواجهة الرقابة الوصائية: "تكريس الرقابة القضائية".

لقد اتضح أن المشرع الجزائري وعبر كافة قوانين البلدية المتعاقبة، مازال يسير على نفس منهج المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالتصديق على أعمال المجلس الشعبي البلدي، فقبل سنة 1982 كانت الرقابة على البلديات الفرنسية تتم من طرف المحافظ أو مساعديه أو المجلس العام واللجنة الدائمة، وذلك بالنسبة للقرارات ذات الطبيعة الهامة وخاصة الأمور المالية.

لكن بعد صدور قانون 21 مارس 1982⁴، فقد تم تكريس حرية أكبر للمجلس المنتخب، وهذا من خلال إلغاء الرقابة الوصائية والاعتماد على الرقابة القضائية، ومنذ صدور هذا التشريع أصبحت كل القرارات الصادرة عن المجالس الشعبية البلدية الفرنسية تنفذ بقوة القانون بعد نشرها، أما الاستثناء فيتعلق ببعض المواضيع المتعلقة بالضبط الإداري وإبرام العقود والقرارات المتعلقة بالتعيين والترقية أو الجزاءات والتسريح، حتى في هذه الحالات فالمحافظ تم تقييد سلطته بفحص شرعية القرارات دون الملاءمة.

¹ عمار بوضياف، "الرقابة الإدارية على مداولات المجالس الشعبية البلدية في التشريع الجزائري والتونسي"، مداخلة أُلقيت بمناسبة الملتقى الدولي حول "دور ومكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية"، المنعقد يومي 03-04 ماي 2009، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 06، ماي 2009، المرجع السابق ص 24.

² هشام بن وزرق، "تطور الوصاية الإدارية على أعمال البلدية في الجزائر: دراسة في إطار قوانين البلدية"، المرجع السابق، ص 18.

³ Taib ESSAID, La Démocratie à L'épreuve de la décentralisation : l'exemple de la commune En Algérie, Revue Idara, N01, Algérie, 1991, p 68.

⁴ Loi n82-213 du 02 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, journal officiel de la république française du 03 mars 1982, p730

فإذا كانت شرعية يقوم المحافظ بإعلام المجلس المنتخب، وإذا كانت غير ذلك فعليه إخبار المجلس في أجل 20 يوماً، بأنه سوف يلجأ للقضاء للطعن في صحة المداولة في أجل شهرين من تبليغه، بالإضافة إلى أن سلطة تعليق تنفيذ هذه المداولة هي من اختصاص القضاء.

ولقد تدعمت هذه الضمانات أكثر بصدور القانون 2004-1809¹، حيث كرس مبادئ جديدة لعلاقة السلطة المركزية بالبلديات، وأدخلت تعديلات على الرقابة الإدارية الممارسة على المجلس المنتخب، وهذا من خلال تقليص مدة تحويل القرارات الفردية في ميادين الوظيفة العمومية والتعمير إلى 15 يوماً من توقيعها، خاصة وأن إرسال أعمال المجلس إلى ممثل الدولة يكون عن طريق الوسائل الالكترونية.

بالإضافة إلى التقليل من عدد المداولات التي يفرض تحويلها إلى ممثل الدولة قبل تنفيذها، حيث أقصى من قائمة الأعمال المعنية بالإرسال إلى المحافظ، القرارات المتعلقة بتوقف السيارات، وكذلك القرارات المتعلقة بتسيير المستقبل الوظيفي للموظفين وشهادات المطابقة المتعلقة بالتعمير، وفي هذا الإطار يجوز لممثل الدولة أن يطلع في أي وقت على المداولات التي يفرض التشريع إرسالها للمحافظ، وله فقط الحق للجوء للقضاء يطلب إلغاء هذه الأعمال خلال أجل شهرين من تاريخ طلبه.

وإذا كانت حرية الجماعات المحلية في التسيير أحد أهم مظاهر اللامركزية الإدارية، لأن هذه الحرية من شأنها جعل المجلس المنتخب صاحب سلطة واتخاذ القرار على المستوى المحلي، مما يمكنه من الاستجابة لانشغالات السكان، غير أن هذا المبدأ قد تجاهله المؤسس الدستوري، إذ أغفل التطرق لحرية المجلس المنتخب في التسيير، مع تهميش كلي للامركزية، مما يجعل السلطة التنفيذية والتشريعية المتحكم الفعلي في اختصاصات الجماعات المحلية.

غير أن هذا المفهوم مرتبط بالإصلاح الدستوري والتشريعي الفرنسي منذ 2003، وهذا بموجب المادة 72 في فقرتها الثانية والثالثة والتي كرست حقيقة حرية المجلس المنتخب في التسيير المحلي، كما تدعمت هذه الحرية أكثر من خلال دسترة آليات الديمقراطية التشاركية، والاعتراف بسلطة تنظيمية محلية، واعتماد أساليب جديدة في توزيع الاختصاصات بين الدولة والجماعات المحلية.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

¹ Loi n2004-809 du 13 Aout 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, journal officiel de la république française, n190, du 17 Aout 2004.

ومنه نجد أن الإطار القانوني المؤطر للرقابة الوصائية في الجزائر، يتسم بالاستمرارية في التشديد من خلال الاستحواذ على سلطة اتخاذ القرار، وهذا عبر كل نصوص الجماعات الإقليمية المتعاقبة، هذه الأخيرة تأثرت بالنموذج الفرنسي التقليدي الساري قبل 1982، لكن نجد أن المشرع الفرنسي وبعد صدور قانون 21 مارس 1982، فقد أدخل تغييرات جذرية على نظام الرقابة الوصائية، من خلال علاقة الدولة بالجماعات المحلية، ليتجه نحو منح حرية أكبر للمجلس المنتخب، عبر إلغاء الرقابة الوصائية وتعويضها بالرقابة القضائية.

وتظهر ملامح تقييد حرية المبادرة لدى المجلس الشعبي البلدي، من خلال تشديد الرقابة الوصائية الممارسة من طرف الوالي، هذا الأخير يمارس رقابة واسعة على أعضاء المجلس والمجلس ككل وحتى على أعماله، واتضح نية المشرع في تكريس استمرارية التضييق من استقلالية المجلس المنتخب من خلال القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية، وامتدت كذلك لمشروع القانون المتعلق بالجماعات الإقليمية، والموجود حاليا على مستوى الأمانة العامة للحكومة.

خاتمة:

ومن خلال ما سبق، تظهر الوصاية وشدتها كمظهر من مظاهر السلطة الرئاسية، فهي تتدخل تلقائيا في كل المجالات العائدة للمجالس الشعبية البلدية، فتسير أكثر مما تراقب، حيث تمارس السلطة الوصائية رقابة واسعة ومشددة، سواء على الأعضاء، أو المجلس ككل ومن خلال ما سبق، تظهر الوصاية وشدتها كمظهر من مظاهر السلطة الرئاسية.

فهي تتدخل تلقائيا في كل المجالات العائدة للمجالس الشعبية البلدية، فتسير أكثر مما تراقب، حيث تمارس السلطة الوصائية رقابة واسعة ومشددة، سواء على الأعضاء، أو المجلس ككل أو أعمال المجلس من خلال مداولاته، وما تتعرض له من مصادقة وإلغاء وحلول، وتزداد شدة الرقابة أكثر من خلال ضعف ميزانية البلدية وقلة مواردها، فتتدخل الدولة شكل واسع لحماية الأموال العمومية من سوء التسيير من طرف المنتخبين الذين أثبتوا محدوديتهم في تسيير شؤون البلدية.

وبالتالي فإن قانون البلدية الحالي رقم 10-11 ورغم صدوره بعد 21 سنة على قانون 08-90، غير أنه لم يكن في مستواه، وتراجع عن الكثير من المكتسبات في إطار هذا القانون، حيث يجب إعادة تنظيم الرقابة الممارسة على المجلس المنتخب، حتى تتماشى مع تطورات الحكم المحلي في العالم، من خلال تكريس ضمانات أكبر لاستقلالية المجلس المنتخب في تسيير الشؤون المحلية.

وهذا ما لم يستفد منه التشريع الجزائري، والذي سعى إلى التضييق على حرية المبادرة من طرف المجلس الشعبي البلدي، خاصة فيما يتعلق بالتصديق الصريح على مداولات المجلس، إذ نجد أن قانون البلدية رقم

10-11، قد وسّع من قائمة المداوالت الخاضعة للتصديق الصريح من طرف الوالي، بالإضافة إلى مداوالت أخرى يصادق عليها رئيس الدائرة، وفقا لما ينص عليه المرسوم التنفيذي رقم 94-215، وهذا ما يشكل تعدي على مبدأ تدرج القوانين.

بالإضافة إلى رفع مدة المصادقة على المداولة إلى 21 يوم من إيداعها لدى الولاية، وهذا ما يعطل مصالح البلدية، بالإضافة إلى التراجع عن مكتسبات القانون السابق للبلدية رقم 90-08، من خلاله نجد أن اشتراط تصريح الوالي ببطان المداولة يكون بموجب قرار معلل، وهذا ما تراجع عنه التشريع الحالي، ونص فقط على أن يعاين الوالي بطلان المداولة بقرار.

لتتأكد كذلك استمرارية تشديد الرقابة الوصائية الممارسة على المجلس المنتخب وأعماله، من خلال مشروع قانون الجماعات الإقليمية، حيث نجد تضخم في حالات حل المجلس الشعبي البلدي، بالإضافة إلى ارتفاع عدد المداوالت الخاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي إلى 07 حالات، بعدما كانت 04 حالات فقط، وبالتالي يعتبر هذا النص أكثر تشددا من الأمر 67-24.

وإن أعطى المشرع ضمانات للمنتخبين من أجل التصدي لهذه الرقابة الواسعة، من خلال إجراء التظلم الإداري والطعن القضائي، إلا أن هذه الضمانات تحتاج لمنتخب كفئ وجريء لممارستها، إذ نجد أن المنتخبين لم يحركوا ساكنا أمام هذه الوصاية المشددة، خاصة وأن رغم التكريس الضمني لها، إلا أن المنتخبون يفضلون الانتظار من أجل الحصول على الموافقة الصريحة من طرف الوالي، لتكون كضمان لصحة مداولاتهم، وهذا التصرف إما عن جهل أو التهرب من المسؤولية.

وبالتالي إذا كان مبدأ الانتخاب هو الضامن لاستقلال المجلس الشعبي البلدي في ممارسة مهامه التمثيلية، باعتبار أن هذه الأجهزة منتخبة من طرف مواطني البلدية، غير أن هذه الضمانة الدستورية أصبحت عائقا، ووسيلة لإضعاف الجماعات المحلية من حيث مساهمتها في اتخاذ القرار على مستوى البلدية، وممارسة صلاحياتها التمثيلية، وهذا بسبب سوء التسيير الحاصل في العديد من البلديات.

مما حتمّ تشديد الرقابة الوصائية الممارسة من طرف الوالي، هذا الأخير يمارس رقابة واسعة على أعضاء المجلس، والمجلس ككل وحتى على أعماله، وهذا ما يعتبر استحوادا على سلطة اتخاذ القرار، خاصة مع إمكانية امتداد سلطة رئيس الدائرة إلى المصادقة الصريحة على بعض المداوالت من خلال المرسوم التنفيذي رقم 94-215.

لتتأكد كذلك استمرارية تشديد الرقابة الوصائية الممارسة على المجلس المنتخب وأعماله، من خلال مشروع قانون الجماعات الإقليمية، حيث نجد تضخم في حالات حل المجلس الشعبي البلدي، بالإضافة إلى ارتفاع عدد المداوالت الخاضعة للمصادقة الصريحة من طرف الوالي إلى 07 حالات، بعدما كانت 04 حالات

فقط، وكذلك ارتفاع في حالات البطلان المطلق للمداولات، حيث أصبحت 06 حالات بعدما كانت 04 حالات فقط، بالتالي يعتبر هذا النص أكثر تشددا من الأمر 67-24.

ومن أجل تفعيل دور المجلس المنتخب في تمثيل المواطن، وتلبية انشغالاته على المستوى المحلي، فمن الضروري الاهتمام أكثر بمبدأ اللامركزية، وخاصة المجلس الشعبي البلدي من طرف المؤسس الدستوري، باعتبار أن البلدية هي قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم العمومية، لذلك وجب الاهتمام أكثر بهذه المؤسسة، بالإضافة إلى ضرورة التأكيد على استقلالية المجلس المنتخب، وحرية في اتخاذ القرار على المستوى المحلي خاصة فيما يتعلق بالاستقلالية المالية للبلدية، على غرار معظم التشريعات المقارنة مثل المؤسس الدستوري الفرنسي والتونسي والمغربي.

خاصة وأن حرية الجماعات المحلية في التسيير، تعتبر أحد أهم مظاهر اللامركزية الإدارية، لأن هذه الحرية من شأنها جعل المجلس المنتخب صاحب سلطة واتخاذ القرار على المستوى المحلي، مما يمكنه من الاستجابة لانشغالات السكان، غير أن هذا المبدأ قد تجاهله المؤسس الدستوري، إذ أغفل التطرق لحرية المجلس المنتخب في التسيير، مع تهميش كلي للامركزية، مما يجعل السلطة التنفيذية والتشريعية المتحكم الفعلي في اختصاصات الجماعات المحلية.

بالإضافة إلى ضرورة منح استقلالية أكبر للمجالس الشعبية البلدية في ممارسة اختصاصاتها التمثيلية، فالرقابة الوصائية المفروضة على هيئة المجلس وأعماله وأعضائه، أصبحت عائقا أمام المجلس للقيام بدوره الحقيقي في تمثيل المواطن وتحقيق متطلباته، ولذلك وجب ترك المبادرة واتخاذ القرار على المستوى المحلي، وهذا عن طريق إلغاء الرقابة الوصائية وتعويضها بالرقابة القضائية، كما هو معمول به في عدة تشريعات مقارنة.

قائمة المراجع:

أولا: المراجع باللغة العربية:

الكتب:

- 01- الحلو ماجد راغب، "القضاء الإداري"، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1995.
- 02- الشنطاوي علي خاطر، "الإدارة المحلية"، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2007.
- 04- الطماوي سليمان، "القضاء الإداري"، دار الفكر العربي، مصر، 1986.
- 05- الطهراوي هاني علي، "قانون الإدارة المحلية، الحكم المحلي في الأردن وبريطانيا"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

- 06- الوافي سامي، نظام البلدية في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2015.
- 07- بطيخ رمضان محمد، "الوسيط في القانون الإداري"، دار النهضة العربية، 1997.
- 08- جعفر محمد انس، "ديمقراطية الإدارة المحلية الليبرالية والاشتراكية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- 09- جغلاب كمال، "الإدارة المحلية وتطبيقاتها، الجزائر-بريطانيا-فرنسا"، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 10- حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2004.
- 11- حمدي عادل محمود، "الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية"، دار المفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة.
- 12- صدوق عمر، "دروس في الهيئات المحلية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- 13- عشي علاء الدين، "والي الولاية في التنظيم الإداري الجزائري"، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 14- عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- 15- لباد ناصر، "الوجيز في القانون الإداري"، الطبعة الثانية، سطيف، الجزائر، 2008.
- 16- ملياني صليحة، "الوصاية الإدارية على المجالس الشعبية البلدية والولائية"، دار الريا للناشر والتوزيع، الأردن، 2016.

المقالات:

- 01- أونيسي لندة، "ضمانات القواعد الدستورية في الجزائر"، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 10 لسنة 2014.
- 02- بلال فؤاد، "محدودية الوسائل القانونية المكرسة لحرية تسيير الجماعات المحلية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 01، 2018.
- 03- بلحبل عتيقة، "فعالية الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة المحلية"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول "دور ومكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية"، المنعقد يومي 03-04 ماي 2009، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 06، ماي 2009.

- 04- بن طيفور نصر الدين، "أي استقلالية للجماعات المحلية الجزائرية في ظل مشروع قانون 1999 لقانوني البلدية والولاية"، مجلة الإدارة، العدد 22، لسنة 2001.
- 05- بن عيشة عبد الحميد، تطور نظام الوصاية الإدارية على المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري- دراسة مقارنة-المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، العدد 01، مارس 2018.
- 06- بن وزرق هشام، "تطور الوصاية الإدارية على أعمال البلدية في الجزائر: دراسة في إطار قوانين البلدية"، مجلة العلوم الاجتماعية، كلية الحقوق، جامعة عمر ثليجي، الأغواط، العدد 22، جوان 2016.
- 07- بوحانة ثابتي، "مستقبل وآفاق البلدية في الجزائر في ظل القانون 10-11"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 2012، 04.
- 08- بوضياف عمار، "الوصاية على أعمال المجالس البلدية في دول المغرب العربي الجزائر-تونس-المغرب"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، العدد 01، لسنة 2010.
- 09- بوضياف عمار، "الرقابة الإدارية على مداوات المجالس الشعبية البلدية في التشريع الجزائري والتونسي"، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الدولي حول "دور ومكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية"، المنعقد يومي 03-04 ماي 2009، بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 06، ماي 2009.
- 10- تياب نادية، "مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 02، لسنة 2010.
- 11- تيشوش فاطمة الزهراء- خديجة بقشيش، "الجماعات المحلية في الجزائر بين الاستقلالية والتبعية الإدارية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 03، 2016.
- 12- دحامنية عبد الله، "رقابة الوالي على مداوات المجالس الشعبية البلدية بين النص القانوني والواقع العملي"، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، العدد 32، 2018.
- 13- رايس سامية، "الرقابة الوصائية على المجالس البلدية في النظامين الجزائري والتونسي"، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة العربي التبسي، تبسة، العدد 12، ديسمبر 2016.
- 14- شهبوب مسعود، "ضمانات ممارسة المنتخبين المحليين لصلاحياتهم- المثل الخاص بالضمانات القانونية- مداخلة أقيمت في إطار اليوم الدراسي حول الناخب والمنتخب في المنظومة القانونية الجزائرية، يوم 30

- ديسمبر 2009، بالنادي الوطني للجيش، بني مسوس، مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، العدد 2010، 08.
- 15- صالح عبد الناصر، أثر الرقابة الادارية الوصائية على استقلال البلديات في القانون 10-11 المتعلق بالبلدية، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، المركز الجامعي للبيوض، العدد 02 ديسمبر 2014.
- 16- قادري نسيم، "الوصاية المشددة على أعمال الجماعات الإقليمية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني"، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، العدد 01، لسنة 2016.
- 17- كشحة محمد الصالح، "سلطة الحلول وتطبيقاتها على هيئات البلدية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، العدد 16، جوان 2017.
- 18- مبروك عبد النور- سالم محمد فاضل نور الدين أعلي، "الوصاية الإدارية ضمانا لاستقلالية الجماعات المحلية"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد 01، 2019.
- 19- ملاوي إبراهيم -سعايدية حورية، "إصلاح نظام الجماعات المحلية ومبرراته: دراسة مقارنة بين الجزائر والمغرب"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي.
- 20- وناس يحيى- عصام نجاح، "حرية إدارة الجماعات الإقليمية دراسة مقارنة"، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد 08، لسنة 2016.

رسائل الدكتوراه:

- 01- ذبيح عادل، "تشكيل المجالس المنتخبة وأثرها على عملها"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2018-2019.
- 02- يوسف فايزة، "تأثير النظام الانتخابي الجزائري في تسيير الجماعات الإقليمية"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016.

مذكرات الماجستير:

- 01- بهي لطيفة، "استقلالية البلدية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2013-2014.

02- رزيق أميرة، "حل المجلس الشعبي البلدي في القانون الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2008-2009.

03- روبيجي نور الهدى، "إصلاح نظام الجماعات الإقليمية: البلدية في إطار القانون 10-11" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر1، 2012.

ثانيا: النصوص القانونية

الديساتير:

01- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

القوانين العضوية:

01- القانون العضوي رقم 98-01، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 01 جوان 1998، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 16 جمادى الثانية عام 1439 الموافق لـ 04 مارس 2018 الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 07 مارس 2018.

القوانين العادية:

01- القانون رقم 81-09، المؤرخ في 04 جويلية 1981 المعدل والمتمم للأمر 67-24، المؤرخ في 18 جانفي 1967 المتضمن القانون البلدي، الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخة في 07 جويلية 1981.

02- القانون 90-08، المؤرخ في 07 أفريل 1990، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 11 أفريل 1990.

03- القانون رقم 98-02، المؤرخ في 04 صفر عام 1419، الموافق لـ 30 ماي 1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 37، المؤرخة في 01 جوان 1998.

04- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 23 أفريل 2008.

05- القانون رقم 11-10، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـ 22 يونيو 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، لـ 03 جويلية 2011.

الأوامر:

01- الأمر 24-67 المؤرخ في 18 جانفي 1967 المتضمن القانون البلدي، الجريدة الرسمية، العدد 06 لسنة 1967.

النصوص القانونية المقارنة:

- 01- Loi n82-213 du 02 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, journal officiel de la république française du 03 mars 1982.
- 02- Loi n2004-809 du 13 Aout 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, journal officiel de la république française, n190, du 17 Aout 2004.

الوثائق:

1- مشروع قانون الجماعات الإقليمية لسنة 2018.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

Les ouvrages :

- 01- AUBY Jean-Bernard, Droit des collectivités locales, 05^{ème} édition, P.U.F, paris, 2009.
- 02- PONDAVEN Philippe, contrôle de légalité et collectivités territoriales, berger-levrault édition, paris, 2011.

Les mémoires :

- 01- LEBED Nasser, L'exercice de la tutelle sur les communes de daïra d'oued Znati, Mémoire Magister, Alger, 1993.

Les articles :

- 01- ESSAID Taib, La Démocratie à L'épreuve de la décentralisation : l'exemple de la commune En Algérie, Revue Idara, N01, Algérie, 1991.
- 02- MANCIAUX Hélène, le contentieux entre personnes publiques, R.R.J, volume N01, 2004.

آليات حماية العقار الفلاحي في التشريع الجزائري

The mechanisms of agricultural estates protection in Algerian law

د. أحمد برادي، أستاذ محاضر قسم "أ"، جامعة تمنراست، الجزائر.

Dr. Ahmed Beradi, Tamanrasset University Center

أ. شتوان حنان، باحثة دكتوراه تخصص قانون عقاري، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم.

Hanane CHATOUANE, AbdelHamid ben Badis University of Mostaghanem

ملخص:

يتحدث البحث عن آليات حماية العقار الفلاحي، حيث قسم إلى ثلاثة محاور: الأول خصص للإطار المفاهيمي للعقار الفلاحي، أما المحور الثاني فتناول حماية العقار الفلاحي والمحور الثالث تطرقنا فيه لأساليب تحويل الأراضي الفلاحية واقتطاعها لغرض التعمير، وقد خلصنا إلى أن المشرع الجزائري قد حرص على إبقاء الأرض الفلاحية على طبيعتها ومنع تحويل وجهتها، ورتب عقوبات جزائية وأخرى إدارية على المعتدين عليها. لكن هذه القوانين ظلت حبرا على ورق جراء صعوبة تطبيقها على أرض الواقع، واختراقها من قبل السلطات أنفسهم، وغياب الإرادة السياسية للمحافظة على هذه الثروة واستغلالها الاستغلال الأمثل.

الكلمات المفتاحية: حماية الأراضي الفلاحية، الاقتطاع، العقار الفلاحي، التعمير.

Abstract

This paper focuses on the mechanisms of agricultural estates protection. It is divided into three chapters: the first one is about the notion of agricultural estates, the second examines the protection of agricultural estates, and in the third chapter we tackle the means to transform the agricultural estates to urbanity destination. In conclusion we deduced that Algerian law confirms remaining of the nature of agricultural properties by forbidding their transforming, it provides criminal and administrative sanctions on the aggressors. However these laws are not applicable on the ground for they are difficult to be exercised, and because of their violation by the government itself, and finally because of the lack of political will to safeguard and best exploit these resources.

Key words: Agricultural estates protection, discount, agricultural property, urbanism

مقدمة:

يعتبر العقار الفلاحي من أهم القطاعات الحساسة جدا، باعتبارها ثروة حقيقية للدولة، حيث تدر بأموال طائلة على الخزينة العمومية في إطار التنمية الاقتصادية المستدامة، كما تؤدي إلى الاكتفاء الذاتي وتحقيق الأمن الغذائي وإنهاء التبعية للخارج، وبالتالي التقليل من الاستيراد يقابله الزيادة في قيمة الصادرات خارج مجال المحروقات وتنوع مصدر الثروة، والرفق بالدولة إلى مصاف الدول النامية، بالإضافة إلى المساهمة في خلق التوازن البيئي... وغيرها، وهذا في حالة ما إذا وضعت أطر قانونية فعالة لاستغلالها والاستفادة منها بطريقة مثلى، بالإضافة إلى رسم الدولة استراتيجية سياسية للاهتمام بها واستثمارها وإيجاد أنجع السبل لذلك.

وقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للعقار الفلاحي من الناحية التنظيمية، وقد برز هذا الاهتمام من خلال سنه لأول مرسوم في هذا الإطار، مباشرة بعد الاستقلال، تحت رقم 95/63 المؤرخ في: 22 مارس 1963م يتضمن استغلال العقارات الفلاحية الشاغرة، ثم ألغاه بمقتضى الأمر 653/68 الخاص بالتسيير الذاتي في الفلاحة، الذي منح بمقتضاه المشرع الجزائري حق الانتفاع الدائم للفلاحين على الأراضي الفلاحية بدون مقابل. لكن لم يلبس طويلا حتى تم التخلي عليه بمقتضى الأمر 73/71 الخاص بالثورة الزراعية، ثم بعد ذلك سن قانون 18/83 المتعلق بحياسة الملكية العقارية الفلاحية عن طريق الاستصلاح، ومن ثم أصدر قانون 19/87 المؤرخ في: 8 ديسمبر 1987م يبين كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، حيث أقر حق الانتفاع الدائم للمنتجين.

ومن جهة أخرى وفي إطار المحافظة على التوازنات العمرانية، صدر القانون رقم 25/90 المعدل والمتمم المتضمن التوجيه العقاري، الذي يشكل منعرجا جديدا في تنظيم العقار الفلاحي وفق توجيهات أكثر فعالية وعقلانية وواقعية، فأعطى مفهوما جديدا لمسألة الملكية العقارية وتصنيفا دقيقا وواضحا لنوعية العقار الفلاحي، وكذا تطهير التعامل في العقار الفلاحي من المضاربات والتصرفات الفوضوية.

وزيادة في حماية الأراضي الفلاحية من أشكال التعدي الناجمة عن التوسع العمراني وغير العقلاني فقد أصدر المشرع سلسلة من القوانين منها القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، والذي حاول من خلاله المشرع وضع استراتيجية لتنظيم عملية البناء من خلال تحديد ضوابط وأحكام الرقابة على عمليات البناء والتشييد لضمان صلاحيتها، وحتى تتم وفق أسس وقواعد هندسية ومعمارية وقانونية مطلوبة بحسب النظام العام العمراني.

وفي إطار السعي إلى تحديد عناصر توجيه الفلاحة الوطنية التي تسمح لها بالمساهمة في تحسين الأمن الغذائي للبلاد، واثمين وظائفها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، من أجل تشجيع مساهمتها في جهود التنمية المستدامة للفلاحة، صدر قانون 16/08 مؤرخ في: 3 أوت 2008م يتضمن التوجيه الفلاحي.

وبسبب عدم نجاعة حق الانتفاع الدائم في استغلال الأراضي الفلاحية، بسبب الفلاحين الانتهازيين، الذين قام البعض منهم ببيع تلك الأراضي، وقام آخرون بتغيير وجهتها من أراض فلاحية إلى أراض لتشييد البناءات، أقر المشرع أسلوب آخر في تعامله مع العقارات الفلاحية بهدف إعطاء ديناميكية جديدة لهذا القطاع والدفع به للأمام، والزيادة في حمايته من التوسع العمراني جراء تحويل وجهته، والإهمال الذي طاله بسبب عدم الاهتمام والتسيب من قبل ملاكها، بمقتضى قانون 03/10 مؤرخ في: 15 أوت 2010م يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، والمتمثل في أسلوب الامتياز.

في ظل كل هذه الإجراءات والتدابير المتخذة من قبل المشرع الجزائري، بهدف حماية هذا النوع من العقارات واستغلالها الاستغلال الأمثل، طرح التساؤل الآتي: ما هي أوجه الحماية التي أقرها المشرع الجزائري على العقار الفلاحي؟ وهل استطاع من خلالها أن يحد من استنزاف العقارات الفلاحية وتغيير وجهتها؟

للإجابة على هذه الإشكالية تقتضي تقسيم البحث إلى ثلاثة محاور، حيث خصص الأول للحديث عن الإطار المفاهيمي للعقار الفلاحي، تلاه المحور الثاني الذي أدرجنا فيه أطر الحماية التي أقرها المشرع الجزائري للعقار الفلاحي حسب ما أصدره من قوانين في هذا المجال، وأخيرا كمحور ثالث تطرقنا لأساليب وطرق تحويل الأراضي الفلاحية الموجهة لغرض التعمير والقيود التي فرضها المشرع الجزائري على هذه التحويلات.

وفق المنهج الاستقرائي الذي يعتمد على تتبع النصوص القانونية وتحليلها لاستنباط الأحكام القانونية الواردة ضمن مضامينها.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للعقار الفلاحي.

بالرغم من أن قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم لا يعد قانون فلاحى بحت، لأنه يتناول الوعاء العقاري ككل، سيما تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير، وتكوين وتحويل المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي والموازنة بين وظائف السكن والفلاحة والصناعة، إلا أنه أفرد حيزا مهما للعقار الفلاحي من خلال تقرير حمايتها في ظل أدوات التهيئة والتعمير.

وقد سبقه صدور قانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، الذي يعتبر الإطار المرجعي لتطبيق السياسة العقارية في البلاد، باعتبار أن جزءا هاما من أحكامه قد خصص لمعالجة العقار الفلاحي.

وتأسيسا على ذلك سنحاول التعرض إلى حصر مفهوم العقار الفلاحي وأهم تصنيفاته.

أولاً: مفهوم العقار الفلاحي:

اجتهد الفقهاء في تعريف هذا النوع من العقارات البالغة الأهمية، ومن بين التعاريف التي سيقى في هذا

الإطار:

عرف على أنه: "ذلك الحق العيني الأصلي، الذي يرد على أرض زراعية، ويعطي لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، فكون الأرض الزراعية، هو الذي يؤدي إلى وصف الملكية بهذا الوصف".¹

أما الأرض الزراعية فقد عرفت بأنها: "تلك الأراضي التي تستغل عن طريق زراعتها بأي محصول كان، وأنه يكفي أن تكون صالحة للزراعة، حتى ولم يتم زراعتها حتماً".²

وقد عرف العقار الزراعي أو ما يعرف بالأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية بمقتضى نص المادة 04 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري المعدل والمتمم³ كما يلي: "كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات، إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان، أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله".

وقد انتقد هذا التعريف من حيث كونه أهمل الجانب القانوني للعقار الفلاحي، والذي يتمحور أساساً حول حق الملكية إذ أورد بمصطلحات تقنية تميل إلى علم الاقتصاد الزراعي أكثر ما تفسر العلاقة القانونية التي يتألف منها العقار الفلاحي.⁴

ثانياً: تصنيف العقار الفلاحي:

طبقاً لنص المادة 23 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، فقد صنفت الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها إلى ثلاث أصناف تندرج ضمنها: فيمكن أن تكون أملاكاً للخوادم، أو أملاكاً وقفية أو أملاكاً وطنية، والأراضي الفلاحية تدخل تحت الأملاك الوطنية التي هي ملك للدولة دون سواها.

وقد قسمت المادة 5 من نفس القانون الأراضي الفلاحية بالنظر إلى عدة عوامل أهمها علم التربة، الانحدار، المناخ والسقي إلى أربعة أقسام حسب الآتي: أرض زراعية خصبة جداً، أرض زراعية خصبة، أرض زراعية متوسطة الخصوبة وأرض زراعية ضعيفة الخصوبة.

غير أنه وبالنظر للأهمية الاقتصادية والاجتماعية للأراضي الفلاحية، فإن المشرع وبغض النظر عن تصنيفها القانوني أعطى للدولة صلاحيات واسعة للتدخل من أجل استغلالها استغلالاً أمثل، ومنع تحويلها عن وجهتها الفلاحية خارج الحالات التي نظمها قانون التهيئة والتعمير.⁵

¹ معوض عبد التواب، الإصلاح الزراعي، در ط، دار الكتاب الحديث، 1993م، ص9.

² محمد حسن قاسم، الملكية الزراعية-الإيجار الزراعي، در ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة-مصر، 1997م، ص22.

³ القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم، جريدة لسنة 1990، عدد49.

⁴ عجة الجليلي، أزمة العقار الفلاحي (من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام)، در ط، دار الخلدونية للنشر ولتوزيع، الجزائر، 2005 ص240.

⁵ زروقي ليلي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، در ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص196.

علاوة على ذلك فإن القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم¹، وبمقتضى أحكام المواد 19 إلى 23، فقد نص على أن المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، قد قسم إقليم البلديات إلى: قطاعات معمرة، قطاعات مبرمجة للتعمير، قطاعات تعمير مستقبلية وقطاعات غير قابلة للتعمير.

هذه الأخيرة التي يمكن بمقتضاها أن تكون حقوق البناء منصوصا عليها ومحددة بدقة، وبنسب تتلاءم مع الاقتصاد العام لمناطق هذه القطاعات، وهذا النوع من القطع الأرضية لا يمكن لها مبدئيا استقبال بنايات إلا في حالات يتم تقديم ترخيص بشأنها وبصفة استثنائية، وبالتالي تقييمها على أساس أراض فلاحية أو ذات وجهة فلاحية وتقييم بالهكتار.

المحور الثاني: حماية الأراضي الفلاحية

بالنظر إلى خصوصية وحساسية الأراضي الفلاحية، فقد أولاهها المشرع حماية وعناية خاصة، بإصداره مجموعة من القوانين الهامة والأساسية التي نذكر منها: قانون التوجيه العقاري، قانون التهيئة والتعمير وكذا قانون أملاك الدولة، قانون الامتياز الفلاحي... وغيرها.

وحتى لا تبقى هذه الخصوصية مجرد سمة، فقد وجدت السلطة نفسها مجبرة على خلق أدوات ومخططات هدفها تعزيز عملية المحافظة على الطابع الفلاحي تتمثل في الآتي:

أولاً: حماية الأراضي الفلاحية ضمن مخطط شغل الأراضي:

يعتبر مخطط شغل الأراضي من المخططات المحلية للتهيئة، التي يلجأ إليها المشرع من أجل التخطيط لتوجهات التعمير المرسومة في التخطيط التوجيهي للتهيئة والتعمير².

ويعد الأداة الثانية للتعمير التي جاء بها القانون 29/90، إلى جانب المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، والذي بموجبه يحدد حقوق استخدام الأراضي والبناء³، حيث أشارت المادة 31 من القانون 29/90 على أنه المخطط الذي يحدد بالتفصيل في إطار توجيهات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير حقوق استخدام الأراضي والبناء.

وقد استهدف المخطط في المادة المذكورة سالفاً مجموعة من الأهداف الأساسية للتهيئة العمرانية من ضمنها تقرير حماية الأراضي الفلاحية ووقايتها، وتقييد البناء فيها بشكل يضمن الاستغلال العقلاني لها، والمحافظة على التوازنات الطبيعية من كل أشكال التعدي والزحف العمراني عليها.

¹ القانون 29/90 المؤرخ في: 01/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، ج ر لسنة 1990، عدد 52.

² HENRI JACQUOT, FRANCOIS PRIET, droit de l'urbanisme, 3^e édition, Dalloz, paris, 1998 p 167

³ اقلولي ولد راجح صافية، قانون العمران الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص2015.

وباستقراء نص المادة الأولى من القانون 29/90، فإنه يتضح أن وثائق التعمير والمتمثلة في المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير ومخطط شغل الأراضي. تتضمن القواعد الرامية إلى تنظيم إنتاج الأراضي القابلة للتعمير وتكوين وتحوير المبنى في إطار التسيير الاقتصادي للأراضي، والموازنة بين وظيفة السكن والفلاحة والصناعة ووقاية المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي، على أساس احترام مبادئ وأهداف السياسة الوطنية للتهيئة العمرانية.

كما أن رخصة البناء يجب أن يراعي في التحضير لمنحها توجهات مخطط شغل الأراضي¹، خاصة تلك المتعلقة بمجال حماية البيئة والمحافظة على الاقتصاد الوطني². مع إلزامية استشارة بعض الأشخاص العمومية في ذلك المنح قبل أعداد الرخصة، والتي من أهمها المصالح الفلاحية على مستوى الولاية³.

وحتما فإن حماية الأراضي الفلاحية مدرجة ضمن أولوياتها ومقاصدها، انطلاقا من أن الجزائر تواجه ضرورة رفع إنتاجها الفلاحي لتلبية حاجيات سكانها المتزايدة باستمرار، وبالتالي ضمان أمنها الغذائي، الأمر الذي يحتم علينا ضرورة حماية هذا النوع من الأراضي⁴.

وفي هذا الإطار فإن القطع الأرضية لا تكون قابلة للبناء إلا إذا روعيت فيها بعض الشروط، والتي من بينها: وجوب احترامها للحدود التي لا تتعارض مع القابلية للاستغلال الفلاحي عندما تكون على أرض فلاحية⁵.

وهو أحد التوجيهات الأساسية التي أشار إليها المشرع الجزائري في إطار تحديد أدوات التهيئة والتعمير، حيث اشترط المحافظة على النشاطات الفلاحية، وحماية المساحات الحساسة والمواقع والمناظر، بالإضافة إلى تعيين الأراضي المخصصة للنشاطات الاقتصادية وذات المنفعة العامة⁶.

وقد أضاف المشرع الجزائري من أجل إضفاء حماية أكبر وتوسيع دائرة ضبط المعتدين على العقارات الفلاحية ومخالفة الضوابط القانونية الخاصة بالتهيئة والتعمير، أعوان مكلفين ببعض مهام الضبطية

¹ يقرر إعداد مخطط شغل الأراضي عن طريق مداولة من المجلس الشعبي البلدي. انظر: المادة 1 من المرسوم التنفيذي 178/91 المؤرخ في: 28 ماي 1991م يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها. ج ر لسنة 1991، عدد 26، بتاريخ: 1 جوان 1991، ص 58. معدل ومتمم بمقتضى المرسوم التنفيذي 318/05 المؤرخ في: 10 سبتمبر 2005م، ج ر لسنة 2005م، عدد 62، بتاريخ: 11 سبتمبر 2005م، ص 11.

² المادة 38 من المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في: 28 ماي 1991، يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك. ج ر لسنة 1991، عدد 26، بتاريخ: 1 جوان 1991، ص 42.

³ المادة 39 من المرسوم التنفيذي 176/91.

⁴ مجاوي منصور، النظام القانوني للترخيص بأعمال البناء في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2001، ص 30.

⁵ المادة 2 من قانون 05/04 مؤرخ في: 14 أوت 2004م، المعدل والمتمم للمادة 4 من قانون 29/90 المؤرخ في: 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير. ج ر لسنة 2004م، عدد 51، صادرة بتاريخ: 15 أوت 2004، ص 4.

⁶ المادة 4 من قانون 05/04 المعدلة للمادة 11 من قانون 29/90.

القضائية في هذا المجال، كإضافة لرجال الضبط القضائي، المذكورين ضمن بصفة إجمالية ضمن المادة 14 ق ج¹، وهم: مفتشي التعمير، أعوان البلدية المكلفين بالتعمير وموظفي إدارة التعمير والهندسة المعمارية². وفي هذا الصدد نجد أن المنشور الوزاري رقم 558 الصادر عن وزير الفلاحة والتنمية الريفية بتاريخ: 2014/09/03³، قد أكد على ضرورة اتخاذ كل التدابير الضرورية اللازمة للتطبيق الصارم للقانون من طرف السلطات المحلية، وبالأخص مدراء المصالح الفلاحية ومحافظي الغابات للولايات من أجل التدخل لحماية الأراضي الفلاحية بصفة دائمة لمحدودية مساحتها والتي لا تمثل سوى 3.5% من المساحة الإجمالية للبلاد، خاصة وأن هذه الأراضي قد استهلكت بشكل مفرط وغير مسبوق بسبب عملية إلغاء تصنيف الأراضي الفلاحية وتوجيهها لأغراض البناء والتصنيع، واكتسابها بطرق غير مشروعة، وبسبب خرق القوانين وتنظيمات الجمهورية، وباللجوء كذلك إلى الحلول السهلة لاقتطاع الأراضي الفلاحية والتي غالباً ما تكون على حساب الأراضي الخصبة بما فيها المسقية والمغروسة. حيث ألزم السلطات المحلية وبالأخص مدراء المصالح الفلاحية ومحافظي الغابات للولايات باتخاذ التدابير الضرورية للتطبيق الصارم للقانون بما في ذلك اللجوء إلى المحاكم المختصة لوضع حد لهذه الوضعية.

ثانياً: حماية الأراضي الفلاحية ضمن قانون التوجيه الفلاحي:

جاء هذا القانون من أجل رسم السياسة العامة للنشاط الفلاحي، وتثمين العقار الفلاحي كأحد وسائل التنمية الاقتصادية، كما صدر بهدف إرساء ضوابط جديدة لطرق استغلال الأراضي الفلاحية، والمتمثل أساساً في تسوية العقار الفلاحي الذي يتربع على مساحة لا تمثل سوى 3.5% من المساحة الإجمالية للبلاد، ولا تشكل المساحة المسقية منها سوى 1/8 طبقاً للمنشور الوزاري رقم 558 المؤرخ في 2014/11/03 السالف الذكر، مما يجعل حجم هذه الأراضي في تناقص مستمر، وهذا ما يستدعي ضرورة الحفاظ عليها بصفة دائمة.

وفي مقابل ذلك نجد أن قانون 08/16 المتضمن التوجيه الفلاحي مؤرخ في: 30 أوت 2008م⁴، وطبقاً لما ورد ضمن المادة 15 منه، ودون الإخلال بالمادة 36 من قانون التهيئة والتعمير، فإنه لا يمكن إلغاء تصنيف الأراضي الفلاحية الأخرى إلا بموجب التنظيم.

وعموماً قد استهدف هذا القانون توفير حماية خاصة للعقار الفلاحي وتمثل أساساً في:

¹ والمتمثلين في: ضباط الشرطة القضائية، أعوان الضبط القضائي، والموظفين والأعوان المنوط بهم قانوناً بعض مهام الضبط القضائي. أنظر: نص المادة 14 من الأمر 155/66 المؤرخ في: 8 جوان 1966م، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم. ج ر لسنة 1966م، عدد 48، صادرة بتاريخ: 10 جوان 1966م.

² نص المادة 76 مكرر المضافة بمقتضى المادة 8 من قانون 05/04 المعدل والمتمم للقانون 29/90 المؤرخ في: 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير.

³ Circulaire n 558 datée le 03 septembre 2014, le ministre de l'agriculture et du développement rural concernant la préservation des terres agricoles.

⁴ القانون 16/08 المؤرخ في 30 أوت 2008 المتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر لسنة 2008، عدد 46، ص 4.

- 1_ تأسيس مخططات التوجيه الفلاحي، والتي تعد بمثابة الإطار المرجعي لأعمال حفظ الفضاءات الفلاحية والمحافظة عليها، واستغلالها العقلاني واستعمالها الأفضل ضمن القدرات الطبيعية.
 - 2_ تكليف المستثمرين الفلاحيين سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، بالاستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية¹، بطريقة تضمن تنمية فلاحية مندمجة ومنسجمة ومستدامة على المستوى المحلي والوطني.
 - 3_ عدم جواز التصرف في الأراضي الفلاحية والأراضي ذات الوجهة الفلاحية، بشكل يؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية²، أو كان مآل هذا التصرف أن يفضي إلى تشكيل مستثمرات ذات مساحات أقل من الحدود الدنيا، أو إلى تجزئتها بحيث يصعب استغلالها استغلالاً رشيداً بسبب تشتت القطع³.
 - كما أورد المشرع الجزائري بموجب القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري، مجموعة من النصوص القانونية تهدف حماية الأراضي الفلاحية، من ضمنها ما نصت عليه المادة 35 التي تلزم أصحاب العقارات الفلاحية بالمساهمة الإيجابية في زيادة الطاقة الإنتاجية، بغض النظر عن الصنف القانوني التي تنتهي إليه المستثمرة الفلاحية، تحت طائلة سقوط حق الملكية.
 - 4_ حضر البناء داخل المستثمرات الفلاحية، خاصة الواقعة في الأراضي الخصبة جداً أو الخصبة، إلا في حالات يتطلب فيها رخصة صريحة تقدم وفق الأشكال والشروط التي تحددها الأحكام التشريعية المتعلقة بالتعمير..
 - 5_ أنه في حالة عدم استغلال الأراضي الفلاحية يتم إسقاط حق التملك، وذلك حسب نص المادة 48 من القانون 25/90.
- وفي رأي بعض الفقهاء أن المفهوم الجديد للتعسف في استعمال الحق، جاء مخالفاً لأحكام نص المادة 41 من القانون المدني، والتي تشترط لقيام التعسف ثبوت نية الإضرار بالغير، أو الحصول على فائدة غير مشروعة أو قليلة الأهمية بالنسبة إلى حجم الضرر⁴.

¹ المادة 08 من القانون 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي.

² المادة 14 من قانون 16/08. تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري أقر حماية جزائية فرض بمقتضاها عقوبات على من يقوم بالاعتداء على الأراضي الفلاحية، من ضمنها المادة 87 من قانون 08/16 المتضمن التوجيه الفلاحي، التي نصت على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 150.000 دج إلى 500.000 دج، كل من يغير الطابع الفلاحي لأرض مصنفة فلاحية أو ذات وجهة فلاحية، خلافاً لأحكام المادة 14 من هذا القانون."، كما عاقبت المادة 89 من نفس القانون الشخص المعنوي، الذي فرضت عليه غرامة لا تقل عن أربع (4) مرات عن الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي، أي ما يعادل قيمة 2000.000 دج أو أكثر.

³ المواد 22، 23، 24 من القانون 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي.

⁴ حجة الجليلي، المرجع السابق، ص 244

كذلك ما نصت عليه المذكرة الصادرة عن المدير العام للعميران والهندسة المعمارية¹، والتي تحرص على حماية الأراضي الفلاحية العمومية والخاصة، وذلك بانتهاج السلطات العمومية سياسة تهدف من وراءها السلطات العمومية (الفلاحة، العمران....) إلى وضع حدا للوضعية المضرة بالعقار الفلاحي، تمثلت في دعوة كل المحافظين العقاريين إلى الامتناع من إشهار بعض العقود، على خلفية لجوء بعض الخواص إلى بيع حقوق مشاعة (200 م²، 300 م²....) على أراضي فلاحية ذات ملكية خاصة، حتى أن هذه الظاهرة أخذت في الازدياد مما قد يعرض الذمة العقارية الفلاحية للخطر، والغرض من هذه المعاملات هو إنشاء تخصيصات غير قانونية، بواسطة وكالات عقارية وتكريسها بعقود توثيقية.

وعلى اعتبار أن الحقوق المشاعة المباعة بهذه الطريقة، انتهكات لمساحات محددة في غياب اعتراضات وتدابير مناسبة للحفاظ على هذه الفئة من الأراضي متخذة من طرف مصالح الفلاحة، العمران والجماعات المحلية، وتستعمل كأوعية لبنانيات تشيد بطريقة غير قانونية (بدون رخصة تجزئة ولا رخصة بناء)، مما يؤدي إلى إنشاء أحياء فوضوية، فالأمر يتعلق في هذه الحالة بممارسة ضارة بالفلاحة، مما ينجر عنه تقليل المساحة الفلاحية المفيدة للبلاد.

ثالثاً: حماية الأراضي الفلاحية وفق قانون الامتياز الفلاحي

في إطار الحفاظ على الأراضي الفلاحية، وحرصاً من المشرع الجزائري على توفير حماية أكثر لها بصفتها تدخل ضمن الملكية العامة للدولة، والحد من سيطرة الفلاحين عليها، بالإضافة إلى التأخر الحاصل في النهوض بهذا القطاع الحساس، وفق الصيغة القديمة التي سنهها المشرع الجزائري بمقتضى قانون 19/87 المؤرخ في: 8 ديسمبر 1987م يبين كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم²، والمتمثلة في حق الانتفاع الدائم، أصدر قانون 03/10 المؤرخ في: 15 أوت 2010 يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية³ الذي ألغى القانون القديم، واستحدث ما يسمى بحق الامتياز⁴.

والذي عرفته المادة 1/4 منه بقولها: "الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصاً طبيعياً من جنسية جزائرية، يدعى في صلب النص «المستثمر صاحب الامتياز» حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة

¹ Note n 4270 du 21.04.2014, le directeur générale de l'urbanisme et de l'architecture.

² قانون 19/87 المؤرخ في: 8 ديسمبر 1987م يبين كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر لسنة 1987م، عدد 50، صادرة بتاريخ: 9 ديسمبر 1987. ملغى بمقتضى قانون 03/10.

³ قانون 03/10 المؤرخ في: 15/08/2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج ر لسنة 2010، عدد 46، ص 4.

⁴ تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري تبنى هذا النظام من سنة 2008م، بموجب إصداره لقانون 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي، حيث نصت المادة 1/17 منه على ما يلي: "يشكل الامتياز نمط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة..."، ثم جاء قانون 03/10 ليفعله ويبين جميع الإجراءات المتعلقة به، تنفيذاً لما ورد ضمن الفقرة الثانية من نفس المادة حسب الآتي: "تحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة بموجب نص تشريعي خاص".

للأمولاك الخاصة للدولة، وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها¹، بناءً على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم، لمدة أقصاها (40) سنة، قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كفاءات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية².

نستشف من خلال النص أن عقد الامتياز يدخل ضمن العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها بالإضافة إلى الطرف الثاني المتمثل في المستثمر المستفيد من الامتياز، ويتعلق بالأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ويكون لمدة محددة لا تتجاوز أربعين (40) سنة.

كما أنه يكون بمقابل إتاوة، ويقصد بها مبلغ مالي يدفع سنوياً من قبل المستثمر المستفيد من الامتياز، بمثابة ضريبة عن الانتفاع، وتختلف باختلاف المناطق الفلاحية، وفقاً للمبالغ المذكورة ضمن قانون المالية لسنة 2010، حسب المناطق ذات الإمكانيات الفلاحية وأصناف الأراضي:

المنطقة "أ": تضم أراضي السهول الواقعة في المناطق الساحلية وشبه الساحلية التي تستفيد من كميات أمطار تساوي نسبة 600 مم فما فوق³.

وقد حدد مبلغ الإتاوة الخاصة بها بـ 3000 دج بالنسبة للأراضي غير المسقية، وبـ 15000 دج بالنسبة للأراضي المسقية⁴.

المنطقة "ب": تضم أراضي السهول التي تستفيد من كميات أمطار تتراوح ما بين 450 إلى 600 مم⁵.

وقد حدد مبلغ الإتاوة الخاصة بها بـ 3000 دج بالنسبة للأراضي غير المسقية، وبـ 15000 دج بالنسبة للأراضي المسقية⁶.

المنطقة "ج": تضم أراضي السهول التي تستفيد من كميات أمطار تتراوح ما بين 350 و 450 مم⁷.

¹ شرح المشرع الجزائري هذا المصطلح ضمن الفقرة الثانية من نفس المادة 2/4 ضمن قانون 03/10، والتي جاءت كالآتي: " يقصد في مفهوم هذا القانون بـ الأملاك السطحية: مجموع الأملاك الملحقة بالمستثمرة الفلاحية ولا سيما منها المباني والأغراس ومنشآت الري.

² وقد عرفه المشرع الجزائري بنفس التعريف بمقتضى المادة 3 من قانون 16/08، بقوله: " الامتياز: هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل إتاوة سنوية."

³ المادة 2 من المرسوم التنفيذي 124/12 مؤرخ في: 19 مارس 2012م، يحدد المناطق ذات الإمكانيات الفلاحية التي يعتمد عليها كأساس لحساب إتاوة أملاك الدولة بعنوان حق الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة. ج ر لسنة 2012، عدد 17، صادرة بتاريخ: 25 مارس 2012م، ص 8.

⁴ أمر 01/10 مؤرخ في: 26 أوت 2010م، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010م. ج ر لسنة 2010م، عدد 49، صادرة بتاريخ: 29 أوت 2010م، ص 4.

⁵ مرسوم تنفيذي 124/12، نفس المرجع والصفحة.

⁶ أمر 01/10، نفس المرجع والصفحة.

⁷ مرسوم تنفيذي 124/12، نفس المرجع والصفحة.

وقد حدد مبلغ الإتاوة الخاصة بها بـ 2000 دج بالنسبة للأراضي غير المسقية، وبـ 10000 دج بالنسبة للأراضي المسقية¹.

المنطقة "د": تضم كل الأراضي الفلاحية، بما فيها تلك الواقعة بالمناطق الجبلية، التي تستفيد من كميات أمطار تقل عن 350 مم².

وقد حدد مبلغ الإتاوة الخاصة بها بـ 800 دج مهما كانت نوعية الأرض³.
ونشير هنا إلى أن هذه المبالغ قد خفضت بمقتضى قانون المالية التكميلي لسنة 2011، حسب النسب الآتية⁴:

- 90% خلال مرحلة الاستصلاح لفترة أقصاها 5 سنوات تحدد حسب طبيعة الاستثمار.

- 50% خلال مرحلة الاستغلال لمدة أقصاها 3 سنوات.

- بالدينار الرمزي لهكتار خلال فترة تمتد من 10 سنين إلى 15 سنة، ويرتفع التخفيض بعد هذه المدة إلى 50% من إتاوة أملاك الدولة، بالنسبة للمستثمرات الجديدة الموجودة في ولايات الجنوب والهضاب العليا. ويتم منح الامتياز وفق طريقتين، تتمثلان في⁵:

أ_ تحويل حق الامتياز الدائم إلى امتياز: يستفيد من هذا النوع من الامتياز أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية والفردية الذين استفادوا من أحكام القانون 19/87 المؤرخ في: 8 ديسمبر 1987، والحائزين على: عقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية أو قرار من الوالي⁶.

ب_ الحصول مباشرة على حق الامتياز: وذلك عن طريق إدارة الأملاك الوطنية بناءً على الطلب المقدم من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بعد ترخيص من الوالي، عن طرق إعلان الترشح الذي يباشر به الديوان المذكور، ويخص هذا الامتياز الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتوفرة⁷.

¹ أمر 01/10، نفس المرجع والصفحة.

² مرسوم تنفيذي 124/12، نفس المرجع والصفحة.

³ أمر 01/10، نفس المرجع والصفحة.

⁴ المادة 19 من قانون 11/11 مؤرخ في: 18 جويلية 2011م يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011. ج ر لسنة 2011، عدد 40، صادرة بتاريخ: 20 جويلية 2011م، ص 4.

⁵ المادتين 5 وما يليها، و17 وما يليها من قانون 03/10، وتطبيقاته بمقتضى المرسوم التنفيذي 326/10 مؤرخ في: 23 ديسمبر 2010م، يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر لسنة 2010، عدد 79، صادرة بتاريخ: 29 ديسمبر 2010م، ص 11.

⁶ المادة 5 وما يليها من قانون 03/10. المادة 2 وما يليها من المرسوم التنفيذي 326/10.

⁷ المادة 17 من قانون 03/10. المادة 25 من المرسوم التنفيذي 326/10.

وتبعاً لهذا نستنتج أن المشرع الجزائري بتغييره لطريقه استغلال الأرض من الملكية الكاملة التي تمنح للمالك الحق في استغلال الشيء واستعماله بالإضافة إلى التصرف فيه بجميع أشكاله سواء بالبيع أو الهبة أو الإيجار... وغير ذلك، إلى حق الانتفاع فقط الذي يبيح للشخص أو الأشخاص المنتفعين الاستغلال والاستعمال دون التصرف، بالإضافة إلى تحديده مدة زمنية محددة قدرت بـ40 سنة قابلة للتجديد، وكذا تخصيصه لإتاوة تدفع كضريبة مقابل الانتفاع. أراد أن يحافظ على أملاك الدولة من جهة، ويرفع من قيمة الإنتاج الزراعي والاستغلال الأمثل لهذه الثروة، بعدما أثبتت الطريقة السابقة المتمثلة في الانتفاع الدائم فشلها.

وقد أقر المشرع الجزائري في هذا الإطار ضمن هذا القانون جزاءات قد تفرضها الإدارة للمستثمر صاحب الامتياز المخل بالتزاماته¹، وذلك بعد إثبات هذا الإخلال بمقتضى محضر إثبات يعده المحضر القضائي بعد معاینته للواقعة. حيث تتمثل في إعداره من قبل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، بضرورة التقيد بالتزاماته التعاقدية الواردة ضمن دفتر الشروط، ومنحه مهلة قانونية لتنفيذ ذلك، وفي حالة عدم الامتثال بعد انقضاء المدة القانونية الممنوحة له، يقوم الديوان الوطني بإخطار إدارة الأملاك الوطنية، التي تقوم بفسخ عقد الامتياز. وقد منح القانون حق الطعن في قرار الفسخ الإداري أمام الجهات القضائية في غضون شهرين من تاريخ التبليغ من قبل الديوان.²

المحور الثالث: طرق تحويل الأراضي الفلاحية والموجهة لأغراض البناء

لقد رتب المشرع الجزائري على عاتق أصحاب الأراضي الفلاحية من ملاك وذوي الحقوق التزامات بضرورة المحافظة على الطابع الفلاحي لها وضرورة استغلالها، غير أن طلبات قطاع التعمير المتزايدة قد طالت الأراضي الفلاحية، فكان لزاماً تقييد عمليات تحويل الأراضي الفلاحية وفرض شروط للقيام بأشغال خارج القطاع الفلاحي، إلا في حالات يتم فيها وجهة هذه الأراضي لغرض البناء وهي:

أولاً- نزع ملكية العقار الفلاحي:

إجراء نزع الملكية هو حق مكرس بموجب الدستور إذ نصت المادة 22 من التعديل الدستوري 01/16 بتاريخ: 6 مارس 2016م³، على أنه "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف". غير أنه قد تلجأ الإدارة في بعض الأحيان إلى استخدام أساليب استثنائية من أجل حيازة أموال واكتساب ممتلكات خاصة، والغرض من ذلك تحقيق منفعة عمومية وإلا عد الإجراء استيلاء.

¹ يعد إخلالاً بالالتزام طبقاً لنص المادة 29 من قانون 03/10 ما يلي: "تحويل الوجهة الفلاحية للأراضي، أو عدم استغلالها، تأجيرها من الباطن وعدم دفع الإتاوة لمدة سنتين متتاليتين.

² المادة 28 من قانون 03/10.

³ قانون رقم 01/16 المؤرخ في: 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر لسنة 2016، عدد 14.

والمتعارف عليه أن تدابير وإجراءات نزع الأموال والممتلكات¹ تتم:

- بإصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية.

- تحديد كامل للأماكن والحقوق العقارية المطلوب نزعها، وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق المطلوب نزعها.

- قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.

- كما يجب توفر الاعتمادات اللازمة للتعويض القبلي عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.

هذا وإن قرار نزع الملكية يتم تبليغه للمنزوع ملكيته، على أن تتكفل الإدارة بإجراءات شهره قبل إتمام الحيازة من قبل المستفيد، كما أن القانون يكفل حقوق المعنيين بعملية نزع ملكيتهم، بحق لجوءهم إلى القضاء للطعن في مشروعية القرار الإداري، وكذا إعادة تقييم التعويض المستحق وفقا للمنازعات الإدارية.

فإشكالية توفير الأوعية العقارية لتلبية الحاجيات في مجال إنجاز منشآت أساسية ومشاريع عمومية، أصبح في بعض الأحيان حتمية للجوء الدولة إلى اقتطاع أراضي فلاحية.

في هذا الإطار وطبقا للتعليمية رقم 02 المؤرخة في 12 ماي 2013، المتعلقة باقتطاع أراضي فلاحية من أجل تلبية الحاجيات الضرورية، فإن كل الأوعية العقارية المسجلة في إطار الخماسي 2010-2014، والموجهة لغرض إنجاز برامج مساكن عمومية ومرافق جماعية، سيتم اقتطاعها بناء على أحكام تعليمية الوزير الأول رقم 01 المؤرخة في 16/04/2010، والتعليمية الوزارية المشتركة رقم 191 المؤرخة في 29 مارس 2011، وذلك مهما كان موقعها داخل القطاعات القابلة للتعمير، أو في القطاعات غير قابلة للتعمير.

وبناء على التعليمية المذكورة أعلاه، يؤخذ بالحسبان عند اختيار الأوعية العقارية:

- الجدوى الاقتصادية للمستثمرة الفلاحية المعنية.

- الجوار المباشر للقطاع القابل للتعمير.

- شغله الأمثل على أن يتم تفادي أي فائض في المساحة.

- شروط قابلية الموقع للبناء وجدواه، من حيث إمكانية الوصول وإنجاز شبكات مختلفة.

¹ المادة 03 من القانون 91-11 المؤرخ في: 27 أبريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل والمتمم، ج ر لسنة 1991، عدد 21.

ومن باب الاستثناء يتم حيازة الأراضي الفلاحية قصد إنجاز مشاريع ذات ضرورة ملحة لاستعمالها كأوعية عقارية والمتمثلة في:

- مراكز للتحويل الكهربائي

- محطات لتوسيع نطاق الغاز

- خزانات وأبراج المياه.

- مؤسسات مدرسية ومؤسسات جوارية للصحة العمومية.

كما أكدت نفس التعليمات بأن الأراضي ذات القدرات الزراعية العالية، لاسيما المسقية والقابلة للسقي أو المتضمنة مغارس، فإنها تستثنى تماما من اختيار الأرض، كما تستثنى الأراضي الغابية التي تظل مسيرة بموجب الأحكام التشريعية والتنظيمية.

ثانياً_ استرجاع الأراضي الفلاحية المتواجدة بداخل القطاعات القابلة للتعمير واستعمالها لغرض البناء:

يتطلب تحويل الأراضي الفلاحية مهما كان تصنيفها، سواء كانت من فئة الأراضي الخصبة جدا أو الخصبة إلى أراضي قابلة للتعمير، باستصدار نصوص تشريعية تحدد القطع الأرضية المعنية بالعملية، وذلك طبقاً لنص المادتين 36 و37 من قانون التوجيه العقاري.

واستناداً إلى المرسوم التنفيذي رقم 313/03 المؤرخ في 16/09/2003 الذي يحدد شروط وكيفيات استرجاع أراضي فلاحية تابعة للأموال الوطنية والمدمجة في القطاع العمراني¹ وكذا نص المادة 53 من قانون المالية 1998²، فإنهما يسمحان باسترجاع الأراضي الفلاحية التابعة للقطاع العمومي (من مستثمرات فلاحية جماعية وفردية)، الواقعة بداخل القطاعات القابلة للتعمير وفق إجراءات خاصة، بدون اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية كونها تستغرق وقتاً أطول وتحتاج تكلفة أكبر.

فطيلة هذه المدة و إلى غاية صدور القانون 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي، كان هناك جهازان قانونيان يسيرون استعمال الأراضي الفلاحية لأغراض البناء وهما:

1- الجهاز المتعلق بالاسترجاع المنصوص عليه بموجب المادة 53 من قانون المالية 1998 والمرسوم التنفيذي رقم 313/03 السالف الذكر، الذي تم بموجبه إنشاء لجنة ولائية تتكفل بدراسة الملفات المودعة من قبل

¹ المرسوم التنفيذي رقم 313/03 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2003م، يحدد شروط وكيفيات استرجاع الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية، المدمجة في قطاع عمراني، ج ر لسنة 2033، عدد 57، ص8.

² قانون رقم 02/97، المؤرخ في 31 ديسمبر 1997م، يتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر لسنة 1997، عدد89.

الإدارة التقنية التي ترغب في إنجاز مشاريعها فوق أراض فلاحية تابعة للمستثمرة ، يترأسها الوالي، وقد سميت بلجنة استرجاع الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية، تضم مختلف المصالح ، وتقدم رأيا حول عملية الاسترجاع في آجال لا تتجاوز 15 يوما بقبول أو رفض المشروع المقترح إنجازها.

وفي حالة قبول المشروع يعرض الوالي الملف على رئيس المجلس الشعبي الولائي للبت فيه في آجال محددة، وله إبداء رأي إما بقبول المشروع أو رفضه. وعندما يتم قبول المشروع من قبل كل من اللجنة الولائية وكذا المجلس الشعبي الولائي، يصدر الوالي قرار الاسترجاع لصالح الدولة باقتراح من المدير الولائي للمصالح الفلاحية مقابل تعويض.

2- أما الجهاز الثاني فهو الجهاز المتعلق باقتطاع الأراضي الفلاحية المتواجدة خارج القطاعات القابلة للتعمير المنصوص عليه ضمن تعليمة الوزير الأول رقم 15 المؤرخة في 2006/12/06.

غير أنه بصدور القانون 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي لاسيما في نص المادة 15 منه، والتي أكدت على أنه لا يمكن إلغاء تصنيف الأراضي الفلاحية الواقعة بداخل القطاعات القابلة للتعمير، وتلك الواقعة خارج القطاعات القابلة للتعمير.

واستنادا إلى هذه المادة فإنه لا يمكن إجراء أي عملية إلغاء تصنيف (استرجاع أو اقتطاع)، إلا عن طريق قانون أو مرسوم يتخذه مجلس الوزراء.

كما أكدت المادة 91 من القانون 16/08 أن كل الأحكام المخالفة لقانون التوجيه العقاري تعتبر لاغية.

وفي هذا الصدد صدرت تعليمة صادرة عن وزير الفلاحة والتنمية الريفية رقم 533 مؤرخة في 11 نوفمبر 2009، تؤكد على ضرورة إصدار قانون أو مرسوم متخذ من طرف مجلس الوزراء بالنسبة لإلغاء تصنيف الأراضي الفلاحية الواقعة بداخل قطاعات تعمير المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

غير أن هذه التعليمة ألغيت بصدور تعليمة وزارية رقم 553 مؤرخة في 13 أبريل 2010 بموجبها تم التأكيد على أن كفاءات إلغاء تصنيف الأراضي الفلاحية، تحدد عن طريق تعليمة من الوزير الأول.

وقد صدرت بالفعل تعليمة عن الوزير الأول تحت رقم 01 بتاريخ 19 أبريل 2010، تحدد بموجبها كفاءات وإجراءات إلغاء تصنيف الأراضي الفلاحية من أجل توجيهها لغرض البناء، حيث يتم التكفل بدراسة طلبات إلغاء التصنيف من طرف لجنة تقنية يترأسها ممثل وزارة الفلاحة والتنمية الريفية، ويعود القرار النهائي للمجلس الوزاري المشترك، ويبقى هذا الإجراء إجراء مؤقتا إلى غاية تعديل القانون 16/08 المؤرخ في 03 أوت 2008.

وبعدها صدرت التعليمات رقم 02 المؤرخة في 12/05/2013 السابقة الذكر، وقد أقرت بأن إلغاء تصنيف الأراضي وحيازتها لإنجاز مشاريع ذات ضرورة ملحة، يتم الفصل فيها بموجب قرار من والي الولاية، قبل أن يكرس لاحقا بموجب مرسوم تنفيذي، وتتم حيازة الأراضي فور إعداد مقرر تصنيفها ومقرر التعويض.

ويجب عند دراسة ملف الاقتطاع ينبغي أن يكون متضمنا:

- طلب معلل من القطاع أو الوالي المعني.

- المحضر النموذجي للجنة المحلية مزودا بالمعلومات ومؤشرا عليه.

- البطاقة التقنية لقطعة الأرض مشفوعة برأي مديرية المصالح الفلاحية.

- مقرر تقدير المشروع ومخطط تعيين مرسوم.

- حدود القطعة المعنية بالمشروع.

كما أشارت المذكرة رقم 9898 المؤرخة في 09 أكتوبر 2013 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية، عن إلغاء تصنيف أراضي فلاحية بموجب مقررات للجنة الوزارية المشتركة، المكلفة بدراسة طلبات اقتطاع أراض فلاحية من أجل تلبية الحاجيات الضرورية، المرتبطة بإنجاز مشاريع عمومية للتنمية المنعقد بتاريخ 12 أوت 2013¹. وسيتم تجميد العملية خلال المرحلة المقبلة، إلى غاية الانتهاء من عملية المسح والمقرر إنهاؤها خلال السنوات المقبلة.

خاتمة:

وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج تتمثل في الآتي:

_ تعددت أوجه الحماية التي كفلها المشرع الجزائري للعقار الفلاحي، حيث تمثلت في الحرص على الإبقاء على طبيعتها والعمل على استغلالها الاستغلال الأمثل، من خلال ما قدمته من أوجه للاستغلال كان آخرها أسلوب الامتياز الذي يمنح الشخص الحق في الانتفاع في الأرض مدة محددة مقابل إتاوة يدفعها، كما أنه ألزم احترام طبيعة الأرض الزراعية وتجنب المساس بها أثناء إعداد أدوات التهيئة والتعمير.

_ من بين أطر الحماية أيضا نجد الحماية الجزائية، تمثلت في ردع الجاني الذي يقوم بتغيير طبيعة الأرض الفلاحية، بتسليط عقوبة عليه قد تصل إلى خمس سنوات حبس و500.000 دج، بالإضافة إلى منحه لبعض

¹ انظر الملحق رقم "1" يتعلق بنماذج لبعض المشاريع، التي تم اقتطاعها من أراض فلاحية.

الأعوان المختصين صفة الضبطية القضائية، في إطار إجراءات التحري والقبض على المعتدين وهم: مفتشي التعمير، أعوان البلدية المكلفين بالتعمير وموظفي إدارة التعمير والهندسة المعمارية.

_ سلط المشرع الجزائري عقوبات إدارية أيضا على المخل بالتزاماته المتمثلة في عدم استغلال الأرض أو تحويل وجهتها وطبيعتها، أو تأجيرها، أو عدم دفع الإتاوة لمدة سنتين قد تصل إلى حد فسخ عقد الامتياز الممنوح للمستثمر.

_ منح المشرع للسلطات المركزية صلاحيات تمارس كاستثناء من المبدأ العام، في إطار ضيق جدا ووفق إجراءات قانونية صارمة، مكثهم بمقتضاها نزع ملكية الأرض الفلاحية أو اقتطاعها لأجل البناء العمراني، حسب مكان الأرض ونوعيتها.

_ رغم المجهودات المبذولة من قبل المشرع الجزائري، إلا أن التسرع الكبير الذي اتسم به في سن هذه القوانين، وعدم الثبات على حل واحد، بطريقة غير متأنية وغير مدروسة، رغبة في إيجاد الحلول الناجعة للاستغلال الأمثل للعقار الفلاحي والحفاظ عليه أثرت سلبا عليه وأدخلته في متاهة عدم الاستقرار، وبالتالي قلة الفائدة وضعف النتيجة.

_ الواقع يبين أن جل الأراضي الفلاحية والتي تصنف في إطار الأراضي الخصبة جدا، قد حولت إلى مناطق عمرانية دون مراعاة خصوصيتها، كما هو الحال مع سهل متيجة بالجزائر العاصمة وضواحيها، وهو ما أدى إلى إلحاق ضررا جد كبير بالفلاحة الجزائرية.

_ غياب التطبيق الفعلي للرقابة أدى بالعديد من الفلاحين إلى الإخلال بالتزاماتهم.

وعليه تقترح التوصيات الآتية:

_ تقليص الأراضي الفلاحية الممنوحة لصالح المستثمرين الصناعيين، وحصرتها في تلك التي انخفض مردودها إلى أقل من 30% لتصنف ضمن خانة الأراضي البور.

_ على المشرع الجزائري توفير أساليب أخرى أكبر فاعلية للمحافظة على العقار الفلاحي واستغلاله الاستغلال الأمثل، كمنح الإعانات مع الرقابة الصارمة، ومنح امتيازات أكبر كتوفير الأسواق أو سن قوانين تنص على إمكانية عقد اتفاقيات بينهم وبين المستثمرين في مجال الصناعة.

_ استثناء الأراضي الفلاحية من نزع الملكية للمنفعة العامة وفقا لقانون 11/91.

قائمة المراجع:

- اقلولي ولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- زروقي ليلي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، د ر ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- عجة الجيلالي، أزمة العقار الفلاحي (من تأميم الملك الخاص إلى خصخصة الملك العام)، د ر ط، دار الخلدونية للنشر ولتوزيع، الجزائر، 2005.
- محمد حسن قاسم، الملكية الزراعية_الإيجار الزراعي_، د ر ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة-مصر، 1997م.
- معوض عبد التواب، الإصلاح الزراعي، د ر ط، دار الكتاب الحديث، 1993م.
- مجاجي منصور، النظام القانوني للترخيص بأعمال البناء في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2001.
- HENRI JACQUOT , FRANCOIS PRIET, droit de l'urbanisme, 3^e édition , Dalloz, paris, 1998.
- أمر 155/66 المؤرخ في: 8 جوان 1966م، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم. ج ر لسنة 1966م، عدد 48، صادرة بتاريخ: 10 جوان 1966م.
- أمر 01/10 مؤرخ في: 26 أوت 2010م، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010م. ج ر لسنة 2010م، عدد 49، صادرة بتاريخ: 29 أوت 2010م، ص4.
- قانون 19/87 المؤرخ في: 8 ديسمبر 1987م يبين كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر لسنة 1987م، عدد50، صادرة بتاريخ: 9 ديسمبر 1987.
- القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم، ج ر لسنة 1990، عدد49.
- القانون 29/90 المؤرخ في: 01/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، ج ر لسنة 1990، عدد52.
- قانون 11-91 المؤرخ في: 27 أفريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل والمتمم، ج ر لسنة 1991، عدد 21.
- قانون رقم 02/97، المؤرخ في 31 ديسمبر 1997م، يتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر لسنة 1997، عدد89.

- قانون 05/04 مؤرخ في: 14 أوت 2004م، المعدل والمتمم للمادة 4 من قانون 29/90 المؤرخ في: 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير. ج ر لسنة 2004م، عدد 51، صادرة بتاريخ: 15 أوت 2004.
- القانون 16/08 المؤرخ في 30 أوت 2008 المتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر لسنة 2008، عدد 46، ص 4.
- قانون 03/10 المؤرخ في: 15/08/2010، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، ج ر لسنة 2010، عدد 46، ص 4.
- قانون 11/11 مؤرخ في: 18 جويلية 2011م يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011. ج ر لسنة 2011، عدد 40، صادرة بتاريخ: 20 جويلية 2011م، ص 4.
- قانون رقم 01/16 المؤرخ في: 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر لسنة 2016، عدد 14.
- المرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في: 28 ماي 1991، يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك. ج ر لسنة 1991، عدد 26، بتاريخ: 1 جوان 1991.
- المرسوم التنفيذي 178/91 المؤرخ في: 28 ماي 1991م يحدد إجراءات إعداد مخططات شغل الأراضي والمصادقة عليها ومحتوى الوثائق المتعلقة بها. ج ر لسنة 1991، عدد 26، بتاريخ: 1 جوان 1991.
- المرسوم التنفيذي 313/03 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2003م، يحدد شروط وكيفيات استرجاع الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية، المدمجة في قطاع عمراني، ج ر لسنة 2033، عدد 57، ص 8.
- المرسوم التنفيذي 318/05 المؤرخ في: 10 سبتمبر 2005م، ج ر لسنة 2005م، عدد 62، بتاريخ: 11 سبتمبر 2005م.
- المرسوم التنفيذي 326/10 مؤرخ في: 23 ديسمبر 2010م، يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، ج ر لسنة 2010، عدد 79، صادرة بتاريخ: 29 ديسمبر 2010م، ص 11.
- المرسوم التنفيذي 124/12 مؤرخ في: 19 مارس 2012م، يحدد المناطق ذات الإمكانيات الفلاحية التي يعتمد عليها كأساس لحساب إتاوة أملاك الدولة بعنوان حق الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة. ج ر لسنة 2012، عدد 17، صادرة بتاريخ: 25 مارس 2012م.
- Circulaire n 558 datée le 03 septembre 2014, le ministre de l'agriculture et du développement rural concernant la préservation des terres agricoles.
- Note n 4270 du 21.04.2014, le directeur générale de l'urbanisme et de l'architecture.

ملحق رقم 1:

نماذج لبعض المشاريع، التي تم اقتطاعها من أراض فلاحية.

بالنسبة لوزارة الدفاع الوطني:

الولاية	المساحة بالهكتار	طبيعة المشروع	عدد المشاريع
بجاية	0.8	مركز للدرك الوطني	11
بجاية	19.4	مركز للدرك الوطني	
بجاية	0.4	مركز للدرك الوطني	
بجاية	0.5012	مركز للدرك الوطني	
بجاية	0.3622	مركز للدرك الوطني	
بجاية	0.3438	مركز للدرك الوطني	
البليدة	6	مركز الأمن الجهوي العسكري 1	
مستغانم	0.3503	مركز للدرك الوطني	
مستغانم	30.0105	الدرك الوطني للتدخل السريع	
وهران	2	مؤسسة تبريد	
البيضا	50	مستودع للتخزين	

المصدر: المذكرة رقم 9898 المؤرخة في 09 أكتوبر 2013 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية، بخصوص إلغاء تصنيف أراضي فلاحية.

وزارة الداخلية والجماعات المحلية

بجاية	0.1429	وحدة الحماية المدنية	08
بجاية	0.8	مركز أمن الطرقات	
الجزائر	4.5325	مقبرة	
سوق أهراس	14	وحدة أمن الطرقات	
سطيف	20	وحدة أمن الطرقات	
سطيف	3.3509	نزل للإقامة	
سطيف	8	وحدة أمن الطرقات	
البليدة	2.5	مقبرة	

المصدر: المذكرة رقم 9898 المؤرخة في 09 أكتوبر 2013 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية، بخصوص إلغاء تصنيف أراضي فلاحية.

وزارة العدل

بجاية	7	سجن 300 مكان	03
برج بوعريج	0.4973	مقر منظمة المحامين	
برج بوعريج	0.4606	مجلس قضائي	

المصدر: المذكرة رقم 9898 المؤرخة في 09 أكتوبر 2013 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية، بخصوص إلغاء تصنيف أراضي فلاحية.

وزارة الطاقة والمناجم

سطيف	0.0639	محطة بنزين	08
سطيف	30	محطة توليد الكهرباء	
تيسمسيلت	1.5	محول كهربائي 30/60	
تيسمسيلت	4.5	محول كهربائي 60/220	
البليدة	15	محطة توليد الكهرباء	
البليدة	6	محول كهربائي 60/220	
البليدة	6	محول كهربائي 60/220	
الجزائر	0.054	محطة بنزين	

المصدر: المذكرة رقم 9898 المؤرخة في 09 أكتوبر 2013 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية، بخصوص إلغاء تصنيف أراضي فلاحية.

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

سطيف	1.12	مسجد	08
سطيف	0.08	مسجد	
سطيف	0.05	مسجد	
سطيف	0.1516	مسجد + مدرسة قرآنية	
البليدة	0.05	مسجد	
البليدة	0.2	مسجد	
البليدة	0.25	مسجد	
البليدة	0.035	مسجد	

المصدر: المذكرة رقم 9898 المؤرخة في 09 أكتوبر 2013 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية، بخصوص إلغاء تصنيف أراضي فلاحية.

وزارة تهيئة الإقليم والبيئة والمدينة

تيسمسيلت	2	مراقبة المفرغة العمومية	05
تيسمسيلت	5	مراقبة المفرغة العمومية	
ميلة	8.7398	مراقبة المفرغة العمومية	
ميلة	12.7982	مركز للردم التقني للنفايات	
سطيف	125	حديقة ترفيه	

المصدر: المذكرة رقم 9898 المؤرخة في 09 أكتوبر 2013 الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية، بخصوص إلغاء تصنيف أراضي فلاحية.

إشكالية الاختصاص القضائي في ظل قانون الجنسية المغربي

The problem of judicial jurisdiction under the Moroccan Nationality law

ط/د. مصطفى سدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، جامعة محمد

الخامس - الرباط

SADNI Mustapha, Doctorant F.S.J.E.S Souissi, Université Mohamed V - Rabat

Abstract

This study aims to break down the legal system of jurisdiction in Moroccan nationality disputes by highlighting how jurisdiction is distributed by the Moroccan legislature between the ordinary judiciary, as the holder of public jurisdiction, and the administrative judiciary, which determines the administrative decisions on nationality.

And, this research addressed the specificities of dual jurisdiction in the consideration of nationality disputes through the establishment of rules of territorial and qualitative competence. And the identification of all forms of judicial proceedings arising from nationality disputes and their legal effects on the legal status of the Public Prosecutor's Office. The jurisprudence of judgments in those judicial proceedings is also relevant.

Key words: Jurisdiction, nationality, ordinary jurisdiction, administrative jurisdiction, institution of the Public Prosecutor's Office

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تفكيك النظام القانوني المتعلق بالاختصاص القضائي في منازعات الجنسية المغربية من خلال إبراز كيفية توزيع الاختصاص القضائي من طرف المشرع المغربي بين القضاء العادي، باعتباره صاحب الولاية العامة، والقضاء الإداري الذي يفصل في المقررات الإدارية المتعلقة بالجنسية. بالإضافة إلى ذلك، عالج هذا البحث خصوصيات ازدواج القضاء في نظر منازعات الجنسية من خلال بيان قواعد الاختصاص الترابي والنوعي، وتحديد كافة صور الدعاوى القضائية الناشئة عن منازعات الجنسية وأثارها القانونية على المركز القانوني لمؤسسة النيابة العامة من جهة، وحجية الأحكام الصادرة في نطاق تلك الدعاوى القضائية من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص ، الجنسية، القضاء العادي، القضاء الإداري، مؤسسة النيابة العامة.

مقدمة

يُعتبر الحق في الجنسية من الحقوق الإنسانية المحمية من طرف القانون الدولي بمقتضى المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي ما فتئت تؤكد على ضرورة احترامها.

وإذا كانت الجنسية هي أداة لتحديد هوية الشخص ووسيلة لتوزيع الأفراد دولياً، وذلك عن طريق بيان الدولة التي ينتسب إليها قانونياً وسياسياً، فهي من هذه الناحية من نُظُم القانون العام، وهذا يعني أن الدولة تستأثر بوضع أحكام فرضها وفقدانها واستردادها وإثباتها بواسطة تشريع خاص يصدر عن السلطة التشريعية في الدولة، ولا يملك أحد من الأفراد أو الدول الأجنبية التدخل في هذه المسألة لأنها متعلقة بعمل سيادي.

ولكل السؤال هنا من يملك الاختصاص في تطبيق قانون الجنسية؟ ومن له الاختصاص القضائي في الفصل في منازعات الجنسية؟ فقد يثار خلاف بين الدولة والفرد في شأن الجنسية، إثباتاً أو نفيًا، وذلك إما أمام السلطة الإدارية في الدولة ممثلة في السلطة التنفيذية الموكول إليها تطبيق قانون الجنسية أي في غير منازعة قضائية، وإما أمام السلطة القضائية المختصة التي لها حق الولاية العامة في الدولة، وهذا يثير إشكالية توزيع ممارسة الاختصاصات في قضايا الجنسية بين السلطة التنفيذية ممثلة بالسلطة الحكومية المختصة والسلطة القضائية ممثلة بالمحكمة المختصة.

حدود الدراسة

في ظل إشكالية توزيع الاختصاص بين السلطة التنفيذية (الحكومة) والسلطة القضائية (المحكمة المختصة) في البت في منازعات الجنسية، ستقتصر هذه الدراسة في تفكيك النظام القانوني الخاص

بالاختصاص المسند إلى السلطة القضائية فقط، نظرا لما يطرحه موضوع الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية من إشكالات فقهية وقضائية وتشريعية.

أهمية الدراسة

تتجلى الأهمية النظرية لموضوع: "إشكالية الاختصاص القضائي في ظل قانون الجنسية المغربي" فيما يقد تسهم به نتائجها في إثراء المعرفة القانونية في فقه الجنسية، وخاصة الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية، مع بيان مختلف الخصوصيات التي يتميز بها النص القانوني المغربي على مستوى الشكل أو الموضوع، وكذا تحديد موقف القضاء المغربي من مختلف الإشكالات التي يطرحها موضوع البحث من خلال توظيف العمل القضائي المغربي والمقارن في مقارنة موضوع الدراسة.

كما قد تساهم هذه الدراسة من الناحية العملية في رفع اللبس القانوني عما يترتب عليه اختصاص القضاء في الفصل في منازعات الجنسية من آثار قانونية على عدة مستويات منها على الخصوص:

- مدى ارتباط منازعات الجنسية المغربية بمبدأ السيادة الوطنية وحق الدولة الاستثنائي في وضع تشريع الجنسية،
- مدى خضوع القرارات الملكية الصادرة في مسائل الجنسية لرقابة القضاء عامة والقضاء الإداري خاصة،
- مدى ارتباط طبيعة الدعاوى القضائية الناشئة عن منازعات الجنسية بالمركز القانوني لمؤسسة النيابة العامة من جهة، وبحجية الأحكام الصادرة في نطاق هذه منازعات من جهة أخرى.

هدف الدراسة

فإذا ثبتت أهمية مقارنة البحث على المستوى النظري والعملي، فإن الهدف من دراسة موضوع "إشكالية الاختصاص القضائي في ظل قانون الجنسية المغربي" يتجلى فيما يلي :

- معرفة كيفية توزيع المشرع المغربي لموضوع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري.
- إبراز مظاهر وطبيعة تدخل مؤسسة النيابة العامة في منازعات الجنسية.
- بيان قواعد الاختصاص المحلي والنوعي للمحاكم الابتدائية في منازعات الجنسية.
- تحديد صور الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء الإداري في منازعات الجنسية.

إشكال الدراسة

يتمحور الإشكال الذي يطرحه هذا الموضوع في تحديد خصوصيات النظام القانوني المتعلق بالاختصاص القضائي في منازعات الجنسية المغربية.

وعن هذا الإشكال المركزي، يتفرع مجموعة من التساؤلات وهي:

- ما هو حدود نطاق اختصاص القضاء العادي والإداري في منازعات الجنسية المغربية؟
- ما هي أنواع الدعاوى القضائية المثارة في منازعات الجنسية؟

- ما هي الآثار القانونية لمختلف الدعاوى القضائية على المركز القانوني لمؤسسة النيابة العامة؟

- ما هي الآثار القانونية لمركز مؤسسة النيابة العامة على حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية؟

- ما هي أشكال الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على المقررات الإدارية المتعلقة بالجنسية؟

فرضيات الدراسة

من أجل مقارنة إشكال الدراسة والتساؤلات المتفرع عنه، تم صياغة فرضيتين للبحث وهي كالتالي:

- لاعتبارات حقوقية، أخرج المشرع المغربي مسائل الجنسية من دائرة السيادة وهو ما يفترض تأهيل القضاء

للنظر في منازعات الجنسية.

- لاعتبارات أمنية وسياسية، عزز المشرع المغربي دور وزارة الداخلية في معالجة قضايا الجنسية وتعقيد

مساطر تسويتها.

منهاج الدراسة

من أجل فحص مدى صلاحية فرضيتي البحث والإحاطة بتركيز بأهم الإشكالات التي يطرحها الموضوع، كان

علي أن أتبع منهجا وصفيا تحليليا مقارنا، تبسيطا لمجال هذه الدراسة، وإبرازا لخصوصياتها، من خلال معالجة

مختلف الإشكالات التي يطرحها الموضوع في مختلف جوانبه الموضوعية والمسطرية.

خطة الدراسة

ولمقاربة هذه الإشكالية، سيتم اعتماد التقسيم التالي:

- المبحث الأول: اختصاص القضاء العادي في منازعات الجنسية المغربية كقاعدة.

- المبحث الثاني: اختصاص القضاء الإداري في منازعات الجنسية المغربية كاستثناء.

المبحث الأول: اختصاص القضاء العادي في منازعات الجنسية المغربية كقاعدة.

اتجهت بعض تشريعات الجنسية المقارنة إلى عقد الاختصاص للقضاء العادي في فصل منازعات الجنسية،

في ظل نظام القضاء الموحد حيث لا تمييز بين الأفراد وبين الإدارة من جهة، ولا بين التصرفات القانونية للإدارة

عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص.

وفي هذا الإطار، توفر المحاكم الابتدائية للمتقاضين، لاسيما الأفراد منهم، ضمانات إجرائية وموضوعية

أكثر حماية (المطلب الثاني)، إذ تسمح بتدخل مؤسسة النيابة العامة لمباشرة دورا ذو طبيعة قضائية، حيث

خوّل لها المشرع المغربي مركزا قانونيا متميزا في منازعات الجنسية المغربية من خلال تدخلها القضائي (المطلب

الأول).

المطلب الأول: مظاهر تدخل مؤسسة النيابة العامة في منازعات الجنسية.

بغض النظر عن مركز مؤسسة النيابة العامة في قضايا الجنسية، فإن مظاهر الحضور القضائي لهذه المؤسسة في منازعات الجنسية يبرز بشكل أوضح من خلال ممارستها للطعن في صحة التصريحات المقدمة لاكتساب الجنسية المغربية أو التخلي عنها (الفقرة الأولى) وكذا التدخل كطرف نشيط في مختلف دعاوى الجنسية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطعن في صحة التصريحات الرامية إلى اكتساب الجنسية أو التخلي عنها.

أولاً- اختصاص ممارسة الطعن بسبب التعارض مع مقتضيات قانون الجنسية.

قد يحدث أن لا يكون التصريح مستوفياً لجميع الشروط الشكلية والجوهرية ومع ذلك تقع الموافقة عليه من طرف وزير العدل إما بواسطة قرار صريح بالموافقة؛ ففي هذه الحالة يجيز الفصل 28 من قانون الجنسية المغربية الطعن في صحة ذلك التصريح، وهذا الطعن قضائي لا إداري.

وفي هذا الصدد، يُعتبر الفصل 28 الاطار المرجعي الذي يُنظم مسألة الطعن في صحة التصريحات التي وقع الموافقة عليها بصورة صريحة من طرف السلطة الإدارية المكلفة بالعدل. فهو يجيز لوكيل الملك أن يطعن أمام المحكمة الابتدائية في صحة تصريح وقعت الموافقة عليه¹، وذلك من دعوى قضائية تُقدم من طرف النيابة العامة ضد صاحب التصريح، كما يُمكن أن يقدمها كل شخص له مصلحة شخصية ومباشرة في ذلك، وفي هذه الحالة يجب إدخال النيابة العامة فيها، كما يمكن لصاحب التصريح نفسه أن يقدم الدعوى ضد النيابة العامة².

الجدول رقم 01: نشاط النيابة العامة في قضايا الجنسية خلال سنة 2018

المجموع	المحاكم الابتدائية	محاكم الاستئناف	الموضوع
09	00	09	الطعن في صحة تصريح بالجنسية وقعت الموافقة عليه

المصدر: تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018.

1 - النيابة العامة لدى محكمة النقض، "بعض مهام النيابة العامة"، مجلة منبر النيابة العامة، العدد 9 لسنة 2017، ص 117.

2 - الحسني فاطمة، "دور النيابة العامة ووظيفتها أمام القضاء المدني في التشريع المغربي (1)"، مجلة الملحق القضائي، عدد 14، مارس 1985، ص

ثانيا - اختصاص إقامة الدعوى العمومية بسبب التزوير والتزيف والانتحال.

قد يعتمد البعض في سبيل إثبات تمتعه بجنسية معينة أو نفيها عنه إلى تقديم مستندات مزورة، أو الإدلاء ببيانات كاذبة أو شهادة الزور، وقد راعى مشرعو الجنسية هذا الأمر فقررنا عقوبات رادعة لهذا الغش عندما يتوافر قصد الغش لدى الطرف المعني¹.

ويأتي وصف تلك العقوبة بأنها رادعة لكونها مغلطة حيث تكون في أغلب الأحيان مزدوجة وهو ما يمثل خروجاً على القواعد العامة في العقوبة؛ ويبدو ازدواج عقوبة الغش في إثبات الجنسية من جهتين:
الجهة الأولى: النص على عقوبة جزائية للغش في إثبات الجنسية.

وتنص على تلك العقوبة قوانين الجنسية وهي في الغالب الحبس والغرامة أو إحداها؛ وهكذا تنص المادة 27 من قانون الجنسية المصرية على: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد تنص عليها قوانين أخرى، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات كل من أبدى أمام السلطات المختصة بقصد إثبات الجنسية له أو لغيره أو بقصد نفيها عنه أو عن غيره أقوالاً كاذبة أو قدم إليها أوراقاً غير صحيحة مع علمه بذلك".

أما بالنسبة لتشريع الجنسية المغربية، فإنه لا يتضمن أية إشارة إلى مسألة النص على عقوبة جنائية لزرع الغش والتدليس في إثبات الجنسية المغربية أو اكتسابها تاركا المجال لإعمال قواعد ونصوص القانون الجنائي وخاصة الفصول 351 إلى 356 والفصول 360 إلى 379.

وعلى مستوى العمل القضائي، نورد حيثيات حكم صدر حديثاً عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء² بتاريخ 26 دجنبر 2019 (الجنايات الابتدائية الجرائم المالية تلبسي) في شأن أعضاء شبكة دولية متخصصة في تجنيس إسرائيليين بالجنسية المغربية، قضى بعقوبات تراوحت بين ستة أشهر حبسا وست سنوات سجنا نافذة في حق 28 متورطا منهم سبعة يحملون الجنسية الإسرائيلية.

والجدير بالذكر أن هذه الشبكة تعتمد أسلوباً محترفاً يتمثل في تزوير عقود ازدياد لفائدة أجنبي يحملون جوازات سفر إسرائيلية، بدعوى أنهم ينحدرون من أصول مغربية، وتقديمها ضمن دعاوى قضائية للتماس التصريح بالتسجيل في أرشيف الحالة المدنية، وبعدها تعمل على استخراج رسوم الحالة المدنية بهويات مواطنين مغاربة معتنقين للديانة اليهودية، مما أدى إلى حصول عدد من الإسرائيليين، الضالعين في أنشطة إجرامية عابرة للحدود الوطنية، على الجنسية المغربية بطرق احتيالية.

1 - حسام الدين فتحي ناصف، "نظام الجنسية في القانون المقارن"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 315.

2 - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء (غرفة الجنايات الابتدائية الجرائم المالية تلبسي) في الملف عدد 2019/2624/1425 صادر بتاريخ 26 دجنبر 2019، قرار غير منشور.

الجدول رقم 02: نشاط النيابة العامة في قضايا الغش والتحايل على القانون

المجموع	عدد الملفات		الموضوع
	سنة 2018	سنة 2017	
227	142	85	قضايا الزور الفرعي
765	411	354	تزوير الأوراق الرسمية أو العمومية
35	22	13	تزييف أختام الدولة والطوابع
3907	1933	1974	تزوير الوثائق الإدارية والشهادات
293	293	-	التوصل بغير حق إلى تسلم وثائق تصدرها الإدارات العامة
239	239	-	الإدلاء بتصريحات مخالفة للحقيقة أمام عدل

المصدر: تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018/2017.

الجهة الثانية: النص على عقوبة سحب الجنسية المكتسبة بالغش والتحايل على القانون.

قد لا تقتصر بعض تشريعات الجنسية على النص على عقوبة جنائية في حق كل من ثبت في حقه استعمال الغش ووسائل تدلسية أخرى لاكتساب أو إثبات الجنسية الوطنية، بل تعتمد بعض قوانين الجنسية على تقرير جزاء آخر يتمثل في النص على عقوبة سحب الجنسية المكتسبة أو المثبتة بواسطة التحايل على القانون بناء على الغش أو نتيجة الإدلاء ببيانات كاذبة.

وهكذا تنص الفقرة الثانية من الفصل 14 من قانون الجنسية المغربية على: "إذا أدلى الأجنبي عن قصد بتصريح مزيف أو استظهر بورقة تتضمن إدعاء كاذبا أو مخطئا أو استعمل وسائل تدلسية للحصول على التجنيس، فيجوز إلغاء الوثيقة بنفس الصيغة التي صدرت بها، على أنه يجوز للمعني بالأمر الواجب إعلامه قانونيا أن يدلي بحجج ومذكرات في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من اليوم الذي يطلب منه فيه الإدلاء بذلك".

من خلال ما سبق يتضح الحضور القضائي المزدوج للنيابة العامة في منازعات إثبات الجنسية من خلال تدخلها من أجل الطعن في التصريحات والطلبات الرامية إلى الدخول أو الخروج من الجنسية المغربية، وكذا من خلال انتصابها كطرف رئيسي لإقامة الدعوى العمومية في جميع القضايا المرتبطة بجرائم التزوير والانتحال من أجل اكتساب أو إثبات أو نفي الصفة الوطنية، وتارة أخرى كطرف منضم في جميع القضايا المرتبطة بالنظام العام، قضايا الأسرة والزور الفرعي.

الفقرة الثانية: التدخل في دعاوى إثبات حيازة الجنسية المغربية.

إذا كانت طبيعة تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة ذات الطبيعة الزجرية لا تثير إشكالات معقدة، لأنها تعتبر دائما طرفا رئيسيا في الدعوى العمومية، وذلك بناء على محدد أساسي ومعيار ثابت هو طبيعة الدعوى؛ فإن مركزها القانوني في قضايا الأسرة ذات الطبيعة المدنية تثير العديد من الإشكالات القانونية والعملية التي تتمحور حول الصفة التي تتدخل بها النيابة العامة في هذه القضايا؛ وهل تعتبر طرفا رئيسيا أم طرفا منضمًا فيها؟ فبالرجوع إلى تشريع الجنسية، نجد المشرع قد جعل النيابة العامة بمقتضى قانون الجنسية المغربية طرفا رئيسيا أصليا في كافة المنازعات القضائية المتعلقة بالجنسية¹.

الجدول رقم 03: نشاط النيابة العامة في قضايا الجنسية خلال سنة 2018

المجموع	المحاكم الابتدائية	محاكم الاستئناف	الموضوع
38	1	37	دعاوى إثبات الجنسية
2	0	2	دعاوى إثبات عدم التمتع بالجنسية
1	0	1	قضايا أخرى
41	01	40	المجموع العام

المصدر: تقرير رئيس النيابة العامة حول تنفيذ السياسة الجنائية وسير النيابة العامة 2018.

أولا - طبيعة تدخل مؤسسة النيابة العامة النيابة العامة في الدعوى الرئيسية.

الدعوى الرئيسية هي "الدعوى التي تهدف إلى الفصل في مسألة الجنسية بصفة رئيسية ومجردة وتكون الغاية المباشرة منها الحكم بأن شخصا ما متمتع بالجنسية المغربية أو غير متمتع بها".

وقد يقدمها شخص له مصلحة في ذلك، وتوجه حينئذ ضد النيابة العامة فتكون لهذه الأخيرة وحدها صفة المدعى عليها لأن تصرفها في الدعوى يكون كطرف رئيسي²؛ ولا يمكن توجيه هذه الدعوى ضد الإدارات العمومية

1 - عبد السلام حادوش، "تدخل النيابة العامة لدى المجلس الأعلى يكتسي طابع الشمولية والإجبارية"، مجلة الندوة، عدد 3، أكتوبر-نونبر-دجنبر 1986، ص 6.

2 - يُقصد بالطرف الرئيسي أن النيابة العامة مخولة قانونا حق ممارسة الدعوى أمام القضاء المدني، بصفة رئيسية، مدعية أو مدعى عليها، على ضوء الحالات المحددة في القانون، فتكون مدعية إذا كانت هي التي بادرت إلى تقديم الطلب إلى المحكمة بقصد استصدار حكم أو قرار بشأن قضية معينة، وتكون مدعى عليها في الدعوى التي رفعها مباشرة ضدها أحد الأطراف.

ولو كانت هي السبب في النزاع ويُبَلِّغ حينئذ المقال الافتتاحي إلى وكيل الملك في نسختين يوجه هذا الأخير إحداها إلى وزارة العدل.

ويتعين على وكيل الملك الإدلاء بمسئجاته داخل أجل ثلاثة أشهر ويقع البت في القضية بعد إيداع المسئجات أو عند انصرام أجل ثلاثة أشهر؛ ويمكن كذلك أن تكون النيابة العامة وحدها صفة المدعية بحيث يمنحها القانون الحق في رفع الدعوى التي تكون غايتها المباشرة والرئيسية الحكم على شخص بأن يحوز الجنسية المغربية أو العكس.

ولا يمكن لغيرها إقامة هذه الدعوى، وإنما له الحق في التدخل إلى جانبها طبقاً لقواعد التدخل من طرف الغير؛ وفي هذه النقطة بالذات، يستعمل وكيل الملك حق الملائمة المخول له في رفع الدعوى أو عدم رفعها ما عدا في الحالة التي تطلب منه ذلك إحدى الإدارات العمومية¹.

ثانياً- طبيعة تدخل مؤسسة النيابة العامة النيابة العامة في الدعوى بموجب الإحالة.

تتحقق الدعوى بموجب الإحالة في الفرضية التي تكون فيها الجنسية محل خصومة في شكل دفع قصد تسوية منازعة قائمة ومعروضة على أنظار محكمة غير المحكمة المختصة بنظر مسائل الجنسية، فهي بذلك تُعتبر مسألة فرعية أولية تُلزم القاضي بإرجاء البت في النزاع الأصلي إلى أن يقع الفصل في هذا الدفع، وهذا ما أقره المشرع المغربي في قانون الجنسية في الفصل 40 منه.

وعليه، فالنيابة العامة تتصرف في الدعوى كطرف رئيسي بصفتها مدعية أو مدعى عليها طبقاً لمعيار صفة الادعاء، ومعنى ذلك أن النيابة العامة مخولة قانوناً حق ممارسة الدعوى أمام القضاء المدني، بصفة رئيسية، مدعية أو مدعى عليها، على ضوء الحالات المحددة في القانون، فتكون مدعية، إذا كانت هي التي بادرت إلى تقديم الطلب إلى المحكمة بقصد استصدار حكم أو قرار بشأن قضية معينة، وتكون مدعى عليها في الدعوى التي رفعها مباشرة ضدها أحد الأطراف.

ثالثاً- طبيعة تدخل مؤسسة النيابة العامة النيابة العامة في الدعوى الاعتراضية.

الدعوى الاعتراضية "هي مجرد دعوى فرعية ناتجة عن الدفع بمسألة الجنسية في قضية أخرى أصلية جارية يتوقف البت فيها على الفصل أولاً في مسألة الجنسية من طرف ذات المحكمة، على أساس أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع (أو قاضي الدعوى هو قاضي الدفع)".

فالدفع بمسألة الجنسية يُثار من طرف أفراد خصوصيين أمام المحكمة المختصة نفسها، أي أمام المحكمة الابتدائية التي تكون القضية الأصلية راجعة أمامها وليس أمام محكمة أخرى غير مختصة، حيث يجب تدخل النيابة العامة في الدعوى وتقديم مسئجاتها الكتابية.

1 - الشرقاوي الغزواني، "تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا بجامعة محمد الخامس الرباط، دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، 1995، (بدون تاريخ المناقشة)، ص 96.

وهكذا تتدخل النيابة العامة في الدعوى الاعتراضية كطرف منضم وجوبا أو بحكم القانون¹ لأنها لا تكون خصما لأي طرف، وإنما تتدخل لتبدي رأيها لمصلحة العدالة.

ويُقصد بالتدخل الانضمامي للنيابة العامة أنها تتدخل لتبدي وجهة نظرها لفائدة القانون أو لكي تقدم للمحكمة رأيا بشأن الحل القانوني الذي تراه جديرا بالتطبيق، ولرأيها قيمة أدبية في نظر المحكمة لأنه رأي محايد لا موقف لأحد الخصوم ومن ثم فهي ليست مدعية ولا مدعى عليها ولم تتدخل في الدعوى باعتبارها خصما لأحد الأطراف²، فهي لا تنحاز إلى أي طرف وتدخلها منظور فيه إلى الدفاع عن نظام عام أو مصلحة عامة، فهو تدخل ليس بغية ادعاء، بل هو تدخل لإبداء الرأي وفقا لما تقتضيه المصلحة القانونية لأطراف الدعوى³.

وإذا كان الحق في الجنسية من الحقوق الأساسية المضمونة بمقتضى التشريعات الداخلية والمعاهدات الدولية، فإن هذا الحق موضوع تهديد من قبل الأفراد والدولة على السواء مما يستوجب معه تحريك دعوى لحماية هذا الحق، وهو ما يثير إشكالية تحديد جهة القضاء صاحبة الاختصاص في نظر منازعات الجنسية.

المطلب الثاني: اختصاص المحاكم الابتدائية في منازعات الجنسية المغربية.

يُقصد بالاختصاص القضائي "قدرة جهة أو جهات القضاء على نظر نزاع معين، وعدم الاختصاص القضائي هو انتفاء هذه القدرة من جانب جهة أو جهات القضاء عن نظر نزاع معين". وفي هذا الإطار، أسند المشرع المغربي اختصاص الفصل في منازعات الجنسية إلى القضاء العادي، متمثلا في المحاكم الابتدائية؛ وهكذا تقتضي دراسة مسألة القضاء المختص بمنازعات الجنسية المغربية أن نميز بين الاختصاص المحلي من جهة (الفقرة الأولى)، وبين الاختصاص النوعي من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قواعد الاختصاص المحلي في منازعات الجنسية المغربية.

يسند الفصل 38 من قانون الجنسية المغربية الاختصاص الترابي إلى المحكمة التي يقع في دائرة نفوذها موطن الشخص المعني بالأمر سواء كانت الدعوى ترمي إلى الاعتراف له بالجنسية المغربية أو إنكارها عليه، وسواء كان هذا الشخص مدعيا أو مدعى عليه.

1 - ينص الفصل الثامن من قانون المسطرة المدنية المغربية على: "تتدخل النيابة العامة كطرف منضم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها، وكذا في الحالات التي تطلب النيابة العامة التدخل فيها بعد اطلاعها على الملف، أو عندما تحال عليها القضية تلقائيا من طرف القاضي. ولا يحق لها في هذه الأحوال استعمال أي طريق للطعن". فتدخل النيابة العامة يتخذ ثلاث صور وهي: 1- التدخل الوجوبي أو القانوني، 2- التدخل الجوازي، 3- التدخل بناء على طلب من المحكمة.

2 - نجيب بكير، "دور النيابة العامة في قانون المرافعات"، مكتبة عين شمس، القاهرة، الطبعة الأولى، 1974، ص 381، أورده ذ/ محمد عبد المحسن البقالي الحسني، "قضايا النيابة العامة في ظلال أحكام مدونة الأسرة"، إفران للطباعة والنشر، طنجة، الطبعة الأولى، 2014، الهامش 4، ص 17.

3 - أحمد البنوضي، "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور إدريس الفاخوري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، جامعة عبد الملك السعدي، السنة الجامعية 2006/2005، (بدون تاريخ المناقشة)، ص 6.

فمسألة الاختصاص المحلي لا تُثير إذن إشكالات معقدة، فقد عالجه الفصل 38 من قانون الجنسية بالإحالة على القاعدة العامة والتي تُنيط الاختصاص الترابي للمحكمة التي يوجد في دائرة نفوذها موطن أو محل إقامة أو سكنى المدعى عليه؛ وفي حالة عدم وجود موطن أو إقامة أو سكنى في المغرب، هي المحكمة الابتدائية بالرباط.

فإذا كان الاختصاص المحلي لا يثير أية إشكاليات على المستوى المسطري والعملي، فإنه في المقابل يثير الاختصاص النوعي لمنازعات الجنسية إشكاليات قانونية مرتبطة بالأساس بتأثير النظام القضائي المعتمد، سواء كان قضاء موحدًا أم مزدوجًا، على تشريعات الجنسية.

الفقرة الثانية: قواعد الاختصاص النوعي في منازعات الجنسية المغربية.

تعتبر المحاكم الابتدائية هي الجهة القضائية المختصة وصاحبة الولاية العامة من حيث المبدأ في الفصل في المنازعات المتعلقة بالجنسية على أساس أن الدعاوى المرفوعة في هذه النزاعات هي دعاوى ذو طبيعة مدنية. ولكن بما أن التخصص غير موجود في أي نوع من أنواع المحاكم التي يتألف منها الجهاز القضائي المغربي، فإن أية غرفة يمكن لها أن تبت وتفصل من القضايا المعروضة على المحكمة الابتدائية كيفما كان نوع وطبيعة هذه القضايا¹، وبما أن أقسام قضاء الأسرة هي المختصة بنظر القضايا المرتبطة بالحالة المدنية وقضايا الأحوال الشخصية، وحيث أن الجنسية تُعتبر من البيانات الأساسية المكونة لنظام الحالة المدنية للأفراد، فإن قضاء الأسرة هو صاحب الولاية للفصل في منازعات الجنسية دون سواه.

فقضاء الأسرة لا يقتصر على مدونة الأسرة فقط، وإنما يمتد ليشمل كل الموضوعات المرتبطة بالأسرة وكذا القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام الحالة المدنية وكفالة الأشخاص المهملين وقانون الجنسية والميراث وشؤون القاصرين والتوثيق².

وهنا تجب الإشارة إلى أن مدونة الأسرة ليست هي قضاء الأسرة على اعتبار أن اللفظ الأخير يشمل بالإضافة إلى مواد مدونة الأسرة، قضايا الحالة المدنية وقضايا الجنسية³.

وإذا كان المشرع المغربي قد منح للقضاء العادي ممثلًا في المحاكم الابتدائية الولاية العامة للفصل في منازعات الجنسية كقاعدة عامة، فإنه في المقابل استثنى منها المنازعات الناشئة عن تطبيق القرارات الإدارية المتعلقة بالجنسية حيث منح اختصاص نظرها للقضاء الإداري على وجه الاستثناء.

1 - أحمد زوكاغي، "أحكام الجنسية في التشريع المغربي"، مكتبة دار السلام، الرباط، 2006، ص 155.

2 - محمد الصخري، "تدخل النيابة العامة في قضاء الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية رقم 5 حول مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، شتنبر 2004، ص 83.

3 - عبد الكافي ورياشي، "دور النيابة العامة في مدونة الأسرة"، مجلة رسالة الدفاع، العدد 10، سنة 2008، ص 29.

المبحث الثاني: اختصاص القضاء الإداري في منازعات الجنسية كاستثناء.

حدّدَ المشرع المغربي اختصاص السلطة القضائية في نظر منازعات الجنسية حيث منح القضاء العادي الولاية العامة في نظر المنازعات الناشئة بمناسبة تطبيق قانون الجنسية، إلا أنه إذا تعلق الأمر بمقرر إداري بخصوص الجنسية، فالاختصاص يعود في هذه الحالة إلى القضاء الإداري بصفة استثنائية. وينبغي على هذا أن القرارات الصادرة في شأن الجنسية، سواء في إطار السلطة التقديرية أم المقيدة، يجب أن تكون مستوفية لشروط صحتها شكلا وموضوعا، وإلا كانت هذه القرارات موضوع دعوى الإلغاء (المطلب الأول) والتعويض عنها في حالة حصول الضرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دعاوى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية.

يمارس القضاء الإداري رقابة المشروعية على القرارات الإدارية التي تنصب أساسا على الاختصاص المقيد للإدارة (الفقرة الأولى) واستثناء يمارس هذا القضاء رقابة الملائمة على الاختصاص التقديري للإدارة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: رقابة المشروعية على القرارات الإدارية الصادرة في إطار السلطة المقيدة للإدارة.

يُقصد بمبدأ المشروعية أو كما يطلق عليه بعض الفقهاء (مبدأ سيادة القانون) "خضوع الدولة بجميع سلطاتها وأفرادها لقواعد عامة مجردة وملزمة موضوعة سلفا، يحترمها كل من الحاكم والمحكوم على السواء ويشمل نطاق تطبيقه جميع السلطات الحاكمة في الدولة".

وعلى هذا الأساس يقوم قاضي الإلغاء بمراقبة مشروعية القرار الإداري في مختلف عناصره، غير أن رقابته في حالة اختصاص الإدارة المقيد تكون أوسع إطارا من رقابته في حالة السلطة التقديرية، إذ في حالة السلطة المقيدة يبحث قاضي المشروعية في توفر كافة الوقائع والشروط التي استلزمها القانون، فإذا وجد أن القرار الإداري لم يصدر وفق ما فرضه القانون حكم بطلانه.

وهكذا يمارس قاضي الإلغاء رقابة المشروعية على القرارات الإدارية المشوبة بعيب في الاختصاص (أولا) أو بعيب الشكل (ثانيا) أو لمخالفته القانون (ثالثا).

أولا- رقابة المشروعية على القرارات الإدارية المشوبة بعيب الاختصاص .

يمكن تعريف عدم الاختصاص "بعدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة أخرى أو شخص آخر"؛ ويُميّزُ الفقه بين مجموعة من صور عدم الاختصاص منها على الخصوص: اغتصاب السلطة، عيب عدم الاختصاص الموضوعي وعيب عدم الاختصاص المكاني وعيب عدم الاختصاص الزمني.

وفي هذا السياق، صرحت المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة¹ في أحد أحكامها ببطلان شهادة الجنسية الصادرة عن النيابة العامة بالمحكمة الإقليمية بمراكش سابقا بعلّة أن قرار وزير العدل في شأن تفويض اختصاص تسليم شهادات الجنسية المغربية لوكلاء الدولة لدى المحاكم الإقليمية لا يشمل المغاربة المقيمين في الخارج واحتفظ بذلك على هذا الحق ولم يفوضه.

ثانيا- رقابة المشروعية على القرارات الإدارية المشوبة بعيب الشكل.

يُمكن تعريف عيب الشكل بأنه "عدم احترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المحددة لإصدار القرارات الإدارية المنصوص عليها في القوانين المختلفة".

وفي هذا الصدد، أحاط المشرع المغربي القرارات الإدارية الصادرة في مسألة التجريد من الجنسية المغربية بمجموعة من الضمانات من خلال تحديد مسطرة دقيقة لمباشرته، حيث استلزم المشرع اتخاذ الإجراءات قبل وأثناء وبعد صدور الأمر بالتجريد من الجنسية المغربية.

وهكذا فقبل صدور هذا الأمر، يجب اطلاع المعني بالأمر على الإجراء المنوي اتخاذه ضده وإعطائه الفرصة ليقدم ملاحظاته، وأثناء اتخاذ القرار يجب أن يصدر هذا الأخير وفق نفس الصيغة التي منحت على أساسه الجنسية (الظهير بالنسبة للتجنيس الاستثنائي والمرسوم بالنسبة للتجنيس العادي)، وبعد صدور الأمر بالتجريد يجب أن ينشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية.

ثالثا- رقابة المشروعية على القرارات الإدارية المشوبة بعيب مخالفة القانون.

يُعتبر هذا العيب من أهم أوجه الإلغاء وأكثرها تطبيقا في الميدان العملي، ورقابة القضاء فيما يتعلق بمخالفة القانون هي رقابة موضوعية تستهدف التحقق من مدى مطابقة محل القرار الإداري لأحكام القانون أو عدم مطابقته لها.

ويتخذ عيب مخالفة القانون صورا مختلفة، فهو قد يأتي في صورة الخطأ المباشر في تطبيق القانون، وقد يأتي هذا العيب في صورة الخطأ في تفسير القاعدة القانونية أو تأويلها ويأتي بمناسبة الإخلال بأحد المبادئ العامة للقانون.

وعلى مستوى العمل القضائي، صرحت المحكمة الإدارية بالرباط في أحد أحكامها بإلغاء القرار الإداري عدد 14222 الصادر عن رئيس اللجنة الوزارية المكلفة بدراسة النزاعات الناتجة عن تطبيق ظهير شريف بمثابة

1 - حكم المحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة عدد 3417، ملف عدد 2839/76، الصادر بتاريخ 28 دجنبر 1977، أورده ذ/ أحمد عوبيد، "المختار من الأحكام الكبرى للقانون الدولي الخاص الصادرة عن القضاء المغربي"، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2013، ص 36.

قانون¹ في شأن نقل ملكية الأراضي المملوكة للأجانب إلى الدولة، لكون القرار مشوب بتجاوز السلطة ليعيب مخالفة القانون.

وقد أسست المحكمة الإدارية حكمها في كون مقتضيات الظهير الشريف لا تنطبق على الطاعنة بعد حصولها على الجنسية المغربية وتقرر سريان مفعولها بأثر رجعي ابتداء من 26 شتنبر 1963، وكذا في خرق مقتضيات البرتوكول الملحق لاتفاقية الاستيطان المبرمة بين المغرب والجزائر.

وجاء في حيثيات الحكم: "لكن حيث إنه ولئن كانت هذه الشروط لا تتوفر عليها الطاعنة فهي لم تتقدم بطلب الحصول على الجنسية المغربية قبل 02 مارس 1973، ولم تحصل عليها قبل 16 مارس 1973، إلا أنه ما دامت الجهات المختصة قد قررت تخويلها التمتع بكل الحقوق الناتجة عن حصولها على الجنسية المغربية ابتداء من 26 مارس 1963؛ فإن القرار المتخذ بهذا الشأن يبقى ملزماً ما لم يطعن في مدى مشروعيته. لذا فإن عدم إقرار الإدارة المطلوبة في الطعن بما نص عليه قرار الجنسية المبين آنفاً يتناقض مع مصداقية القرارات الإدارية. وحيث إنه تبعاً لذلك، فإن المحكمة ترى أنه بمقتضى قرار الجنسية الذي منح للطاعنة، تُعتبر هذه الأخيرة مغربية بتاريخ 26 شتنبر 1963، وتتساوى في جميع الحقوق مع المواطنين المغربية، وبما أن ملكيتها للعقار موضوع النزاع كانت قائمة، فإن مقتضيات ظهير الاسترجاع لا تنطبق على العقار المذكور"².

الفقرة الثانية: رقابة الملائمة على القرارات الإدارية الصادرة في إطار السلطة التقديرية للإدارة.

يُمكن تعريف السلطة التقديرية "بالهامش من الحرية المتروك للإدارة لممارسة نشاطها"، أي أن الإدارة تتمتع بحرية تقدير الظروف التي تبرر تدخلها من عدمه أو حق اختيار التصرف الذي تراه ملائماً لمواجهة هذه الظروف إذا قررت التدخل؛ وهي بهذه الصفة تُمثل الجانب المقابل للسلطة المقيدة.

إلا أن السلطة التقديرية للإدارة ليست سلطة مطلقة، حيث يمارس قاضي الإلغاء رقابة الملائمة على القرارات الإدارية المشوبة بعيب السبب (أولاً) والمحل (ثانياً) في إطار السلطة التقديرية للإدارة إذا ما هي انحرفت في استعمال السلطة.

أولاً- رقابة الملائمة على القرارات الإدارية المشوبة بعيب السبب.

السبب في القرارات الإدارية هو "مجموعة من الوقائع التي تحدث وتسبق القرار فتدفع رجل الإدارة إصداره"؛ فالمفروض في كل قرار إداري، حتى وإن صدر خال من ذكر أية أسباب، أن يكون مستنداً في الواقع إلى دواع قامت لدى الإدارة حين إصداره وإلا كان القرار باطلاً لفقده ركناً أساسياً هو سبب وجوده ومبرر إصداره.

1 - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1-73-231 بتاريخ 02 مارس 1973، تنقل بموجبه إلى الدولة ملكية العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة التي يملكها أشخاص ذاتيون أو أجانب أو أشخاص معنويون، منشور بالجريدة الرسمية عدد 3149 الصادرة بتاريخ 7 مارس 1973، ص 687.

2 - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 69 الصادر بتاريخ 25 نونبر 2001، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 40، 2001، ص 215.

وهكذا خطى القضاء المغربي خطوة إيجابية نحو فرض نوع من الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة لضمان درجة معينة من الإنصاف والعدالة لتجنب إهدار حقوق المواطنين في بعض الحالات الصارخة، أي البت في الأسباب وتناسها مع القرار المتخذ¹.

وعلى مستوى العمل القضائي، اعتبرت الغرفة الإدارية أن عدم ثبوت توافر الطاعن على الجنسية المغربية وارتكابه لأعمال تمس بالنظام العام تُبرر قرار طرد السيد ابراهام السرفاتي ألبير من المغرب²؛ والملاحظ أن الغرفة الإدارية في هذا القرار والذي جاء لاحقاً للقرار الأول ناقشت الأسباب المعتمدة في قرار الطرد، وقامت بفحصها قبل أن تلخص إلى إقرار مشروعية القرار.

ثانياً- رقابة الملائمة على القرارات الإدارية المشوبة بعيب المحل.

إن محل القرار الإداري هو "الأثر القانوني الذي يترتب عليه حالا ومباشرة متى كان ممكناً وجائزاً قانونياً"؛ وسلطة الإدارة إزاء ركن المحل قد تكون مقيدة وقد تكون تقديرية.

وعلى مستوى العمل القضائي، نلاحظ أن القرارات الصادرة عن القضاء الإداري المغربي في مسائل الجنسية والأجانب يراقب فيها ملائمة القرار الإداري إلى جانب مشروعيته متخذ في ذلك حلاً وسطاً دون إفراط ولا تفريط قوامه الجمع بين رقابة المشروعية ورقابة الملائمة في آن واحد عند فحص القرار الإداري المطعون فيه وعدم الاكتفاء برقابة المشروعية وحدها.

وإجمالاً، إذا كانت دعوى إلغاء المقررات الإدارية عموماً والصادرة في مسائل الجنسية خصوصاً تُعتبر من أهم الوسائل التي يُراقب بها القضاء الإداري نشاط الإدارة، فإن هذه الوسيلة قد لا تكفي لحماية حقوق وحرية الأفراد وفي مقدمتها حق إثبات الجنسية.

فدعوى الإلغاء وإن كانت تؤدي إلى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعية، فإنها لا تكفل مسألة جبر الضرر على ما ترتب على بقاء تلك القرارات فترة من الزمن وهو المجال الذي يستقل به قضاء التعويض.

المطلب الثاني: دعاوى التعويض الناشئة عن تنفيذ قرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية.

دعوى التعويض هي "الدعوى التي يرفعها أحد المتقاضين إلى القضاء للمطالبة بتعويضه عما أصابه من ضرر نتيجة أعمال إدارية"؛ فقضاء التعويض يُكمل قضاء الإلغاء حيث يؤدي إلغاء القرار الإداري المعيب إلى تصحيح الأوضاع وإعلاء المشروعية، بينما يؤدي قضاء التعويض إلى جبر الأضرار الناتجة عنه.

1 - محمد الأعرج، "المنازعات الإدارية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 57، الطبعة الأولى 2007، ص 48.

2 - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) عدد 735، صادر بتاريخ 16 يوليوز 1998، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61 لسنة 2003، ص 193.

وعليه، ففضاء الإلغاء والتعويض متكاملان ويكفلان معا حماية حقوق وحرية الأفراد وفي مقدمتها الحق في الجنسية، وهو ما يدفعنا لإثارة إشكالية نطاق مسؤولية الدولة عن القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة الإدارية (الفقرة الأولى)، ثم التساؤل عن أساس هذه المسؤولية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة.

أولا- مسؤولية الدولة عن القوانين.

أصدر المشرع المغربي ظهير شريف بمثابة قانون تنقل بموجبه إلى الدولة ملكية العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة التي يملكها أشخاص ذاتيون وأجانب أو أشخاص معنويون حيث ينص الفصل 8 منه على: "يترتب عن نقل الملكية المشار إليه في الفصل الأول أعلاه منح تعويض طبق شروط تحدد فيما بعد".

وقد أدى تطبيق هذا القانون إلى إقامة دعاوى قضائية لدى قضاء الإلغاء تستهدف إلغاء القرارات المشتركة الصادرة عن وزير الداخلية ووزير الفلاحة والإصلاح الزراعي ووزير المالية، حيث يركز الطعن في تلك القرارات على العموم على ثلاث مسائل، الأولى تتعلق بالدفع بتواجد العقار محل النقل داخل المدار الحضري، والثانية كون العقار ليس مخصصا للفلاحة أو غير قابل للفلاحة، والثالثة تتعلق بجنسية مالك العقار.

وبخصوص الدفع المتعلق بجنسية مالك العقار، فإن اللجنة المكلفة بحياسة العقار تدفع بكون مالك العقار أجنبيا وتنطبق عليه الشروط الواردة في الفصل الأول من الظهير، في حين يدفع مالك العقار بكونه متمتع بالجنسية المغربية وليس أجنبيا، وهذا ما يؤدي إلى الدفع بالجنسية باعتبارها مسألة أولية تلزم القاضي الإداري بإرجاء البت في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في مسألة الدفع بواسطة الدعوى بموجب الإحالة أو صرف النظر عن ذلك والبت في مسألة الجنسية إلى جانب الدعوى الأصلية وفقا لمقتضيات الفقرة الخامسة من الفصل 40 من قانون الجنسية المغربية¹.

وهكذا إذا أثبت مالك العقار تمتعه بالجنسية المغربية بالإضافة إلى إثبات تواجد العقار داخل الدوائر الحضرية وأنه غير مخصص للفلاحة، فإن قاضي الإلغاء يقضي بإلغاء قرار نقل ملكية هذا العقار إلى ملكية

1 - انظر في هذا الصدد:

- قرار المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) عدد 488، صادر بتاريخ 16 نونبر 1995، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 49-50 لسنة 1997، ص 6.

- قرار المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) عدد 716، صادر بتاريخ 10 مارس 2004، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 150، لسنة 2005، ص 209.
- قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 1662، الصادر بتاريخ فاح يوليوز 2009، منشور بمجلة دلائل الأعمال القضائية، العدد 5 لسنة 2014 ص 112.

- حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 69 الصادر بتاريخ 25 نونبر 2001، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 40، لسنة 2001، ص 215.

الدولة، وإذا عجز مالك العقار عن إثبات الشروط السابقة، فإن قاضي المشروعية يحكم بتأييد القرار المشترك ويَبْتُ في مسألة التعويض.

ثانيا- التعويض عن القرارات الملكية.

إن القاعدة التقليدية التي يسير عليها القضاء المغربي تتمثل في رفضه التعرض لمناقشة الطعون الرامية إلى إلغاء القرارات الملكية، إذ أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) لا تعتبر الملك سلطة إدارية، وهذه القاعدة لا يقتصر أعمالها على دعوى الإلغاء فحسب بل تمتد أيضا لتشمل دعوى التعويض.

ومن هذا المنطلق، فإن صدور الأمر بالتجريد من الجنسية المغربية بمقتضى ظهير شريف صادر عن جلالة الملك في إطار التجنيس الاستثنائي لا يمكن تكييفه باعتباره قرارا إداريا صادر عن سلطة إدارية، مما يجعله محصنا حصانة مطلقة من رقابة ولاية القضاء عموما والقضاء الإداري خصوصا؛ وأن كل ما يملكه المجرى من الجنسية المغربية هو سلوك مسطرة التماس الاستعفاف الملكي لإعادة النظر في أمر التجريد أو في مسألة التعويض عنه.

فإذا كان الاجتهاد القضائي والفهمي والتشريعي قد أقروا مبدأ مسؤولية الدولة عن القرارات الإدارية الصادرة عنها، فإنه في المقابل تظل المسألة المتعلقة بأساس هذه المسؤولية محل خلاف بينهم.

الفقرة الثانية: أساس المسؤولية الإدارية عن أعمال الإدارة.

أولا- مسؤولية الدولة عن أعمالها الإدارية القائمة على أساس الخطأ.

لئن كان الخطأ هو "أساس المسؤولية"، فإن هذا الخطأ يمكن أن يكون شخصا كما قد يكون مرفقيا، مما يستلزم توضيح المعايير الكفيلة للتمييز بينهما.

وهكذا اختلف الاجتهاد الفقهي والقضائي في تحديد هذه المعايير، فهناك من يعتمد معيار الخطأ العمدي¹، الخطأ الجسيم²، الخطأ المنفصل³، الغاية⁴، طبيعة الخطأ⁵؛ فالخطأ المرفقي هو ذلك الخطأ الذي يُنسب إلى

1 - يقوم هذا المعيار أساسا على نية الموظف بمناسبة تأديته لواجباته، فكلما قصد الأضرار وسوء النية كان الخطأ شخصا يتحمل هو نتائجه.
2 - يقوم هذا المعيار على كون الخطأ المرتكب من قبيل الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها القانون الجنائي بحيث لا يمكن اعتباره من المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظف في أداء عمله اليومي.
3 - يقوم هذا المعيار على أساس أنه يجعل كل خطأ مهما كان تافها شخصا لمجرد أنه منفصل عن واجبات الموظف.
4 - يقوم هذا المعيار على عنصر الغاية، فإذا كان هدف الموظف من العمل الذي ترتب عنه الخطأ هو الصالح العام اعتبر خطأ مرفقيا مهما كانت جسامته، أما إذا كان هدفه تحقيق غرض شخصي، فالخطأ يعتبر خطأ شخصا مهما كان يسيرا.
5 - يقوم هذا المعيار على طبيعة الالتزام الذي اخل به، فإذا تعلق الأمر بالالتزام عام يكون الموظف قد ارتكب خطأ شخصا، أما إذا اخل بالالتزام له ارتباط بالعمل الوظيفي فإن الخطأ ينسب إلى المرفق فهو إذن خطأ مرفقي.

المرفق حتى ولو كان الذي قام به ماديا أحد الموظفين ما لم يعتبر الخطأ شخصيا فيتسبب في إحداث الضرر سواء تمثل ذلك الفعل الضار في تصرف قانوني أو عمل مادي¹.

فالتعويض عن هذه التصرفات القانونية أو الأعمال المادية مرتبط بتوافر درجة معينة من الجسامة، إذ أن التعويض لا يتم بمجرد حصول الخطأ، بل يتم التعويض عن الخطأ الذي يمثل خطورة معينة؛ وهكذا فإن مسؤولية الدولة عن القرارات الإدارية التي تصدرها مشروط باتصاف تلك القرارات بعدم المشروعية أي بمخالفتها للقانون وعلى درجة معينة من الجسامة.

وفي هذا الفرض، إذا قام قاضي الإلغاء بالتصريح بعدم مشروعية قرار إداري بإسقاط الجنسية الوطنية عن الفرد، فإن هذا الأخير يحق له المطالبة بتعويض لجبر الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به جراء هذا القرار. وعلى مستوى العمل القضائي، قضى مجلس الدولة المصري بإلزام وزارة الداخلية بدفع تعويض مالي قدره خمسة آلاف جنيه مصري على سبيل التعويض والمصروفات لصالح المدعين جراء صدور القرار الجمهوري رقم 1146 لسنة 1965 بإسقاط جنسية الجمهورية العربية المتحدة عن المدعين بحجة أن هؤلاء غادروا البلاد في 15 يناير 1958 إلى بيروت بقصد عدم العودة.

وجاء في حيثيات القرار: "... الأمر الذي ينحدر بتصريف الإدارة إلى الخطأ الجسيم، ولذلك يكون قد أصاب المدعين ضرر أدبي حقيقي ولا يكفي لجبر هذا الضرر صدور القرار الجمهوري رقم 163 لسنة 1973 بسحب قرار إسقاط الجنسية وإن كان هذا القرار يجبر جانبا من الأضرار، وقدّرت المحكمة التعويض عن الأضرار الأدبية التي أصابت المدعين بمبلغ خمسة آلاف جنيه..."².

فإلى جانب المسؤولية الإدارية التي تقوم على أساس الخطأ، يمكن لهذ المسؤولية أن تقوم بدون توافر ركن الخطأ إذ يكفي قيام علاقة سببية بين نشاط الإدارة والضرر، وهي المسؤولية التي تقوم على أساس المخاطر.

ثانيا- مسؤولية الدولة عن أعمالها الإدارية على أساس المخاطر.

لقد انتهى الاجتهاد الفقهي والقضائي إلى إضافة أساس جديد تكميلي لمسؤولية الدولة يقوم على أساس المخاطر أو المساواة أمام التكاليف العامة، حيث أن أساس هذه المسؤولية هو مبدأ التضامن الاجتماعي الذي يتطلب تحمل المجتمع مخاطر نشاط الإدارة إذ أنه مادام هذا النشاط هو في صالح المجتمع فلا يجوز أن يتحمل الضرر من وقع عليه، ولما كانت الدولة هي الممثلة للمجتمع فعليها تعويض هذا الضرر.

ولقيام مسؤولية الدولة بدون خطأ، لا بد من توافر ركنين فقط وهما الضرر والعلاقة السببية، وللضرر حالات معينة ومن أبرزها:

1 - مليكة الصروخ، "القانون الإداري: دراسة مقارنة"، الطبعة السادسة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، نونبر 2006، ص 617.

2 - قرار منشور بالموقع الإلكتروني لمجلس الدولة المصري، أطلع عليه بتاريخ 21/03/2016.

✓ حالة رفض تنفيذ الأحكام القضائية: وفي هذا الفرض، إذا ترتب ضرر من جراء امتناع الإدارة تنفيذ حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به، تكون مسؤولية الإدارة مثارة في هذه الحالة على أساس المخاطر مما يستوجب أداء التعويض؛ وفي هذا الصدد، صرَّح المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في أحد قراراته: "يشكل امتناع السلطة الإدارية عن تنفيذ المقرر القضائي والحائز لقوة الشيء المقضي به والقاضي على الإدارة بأداء تعويض خرقا للقوانين الأساسية للتنظيم القضائي والمسطرة القضائية، هذا الخرق الذي يمكن أن يصلح كأساس لدعوى التعويض أو الطعن بالإلغاء"¹.

✓ حالة صدور قوانين تلحق أضرارا: ففي هذا الفرض، أدى صدور المشرع المغربي لظهير شريف بمثابة قانون، تنقل بموجبه إلى الدولة ملكية العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة التي يملكها أشخاص ذاتيون وأجانب أو أشخاص معنويون، إلى إقامة دعاوى قضائية لدى قضاء الإلغاء تستهدف إلغاء القرارات المشتركة الصادرة عن وزير الداخلية ووزير الفلاحة والإصلاح الزراعي ووزير المالية، ومن بين ما يركز عليه الطعن في تلك القرارات مسألة مدى تمتع مالك العقار بالجنسية المغربية، حيث تدفع اللجنة المكلفة بحيازة العقار بكون مالك العقار أجنبيا وتنطبق عليه الشروط الواردة في الفصل الأول من الظهير، في حين يدفع مالك العقار بكونه متمتع بالجنسية المغربية وليس أجنبيا، وهذا ما يؤدي إلى إثارة الدفع بالجنسية.

فإذا عجز مالك العقار عن إثبات الشروط السابقة، فإن قاضي المشروعية يحكم بتأييد القرار المشترك ويَبْتُ في مسألة التعويض كجزء لمسؤولية الدولية على أساس المخاطر، حيث ينص الفصل 8 من الظهير على أنه: "يترتب عن نقل الملكية المشار إليه في الفصل الأول أعلاه منح تعويض طبق شروط تحدد فيما بعد".

خاتمة

وفي نهاية هذه الدراسة، سيتم أولا عرض أهم النتائج التي تمَّ التوصل إليها، من خلال الإحاطة بأهم الإشكالات والجوانب التي تثيرها ذات الدراسة، وما تم التوصل إليه من أجوبة بخصوصها. وفي مرحلة ثانية، سيتم استعراض مجموعة من الاقتراحات بشأن ما يمكن عمله، والأخذ به على مستوى التشريع المغربي، وذلك من أجل تدارك النواقص التي تعتره.

أولا- نتائج البحث

- أن المشرع المغربي، وهو بصدد تنزيل مقتضيات قانون الجنسية المغربية، قد وزع اختصاص الفصل في منازعات الجنسية بين جهة القضاء العادي صاحب الولاية العامة، وجهة القضاء الإداري بصفة استثنائية.

1 - قرار المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) عدد 127، صادر بتاريخ 6 مارس 1995، أورده ملكة الصروخ، المرجع السابق، ص 625.

- أن نطاق تدخل مؤسسة النيابة العامة في منازعات الجنسية، يتمظهر من جهة، في الطعن في صحة التصريحات والطلبات الرامية إلى الدخول أو الخروج من الجنسية المغربية، وكذا الحضور القضائي في مختلف صور الدعاوى القضائية في اطار منازعات الجنسية من جهة أخرى.
- أن قواعد الاختصاص المحلي لمنازعات الجنسية أسندت إلى المحكمة التي يقع في دائرة نفوذها موطن الشخص المعني بالأمر سواء كانت الدعوى ترمي إلى الاعتراف له بالجنسية المغربية أو إنكارها عليه، وسواء كان هذا الشخص مدعيا أو مدعى عليه.
- أن قواعد الاختصاص النوعي لمنازعات الجنسية أسندت إلى المحاكم الابتدائية، باعتبارها صاحبة الولاية العامة، للفصل في مختلف دعاوى الجنسية (الدعوى الرئيسية، الدعوى بموجب الإحالة، والدعوى الاعتراضية).
- أن المشرع المغربي منح القضاء الإداري ممثلا في المحاكم الإدارية ومحكمة النقض (الغرفة الإدارية)، صلاحية البت في منازعات الجنسية كلما تعلق الأمر بمقررات ذات طبيعة إدارية متعلقة بالجنسية.
- أن نطاق تدخل القضاء الإداري في منازعات الجنسية ينحصر في إلغاء القرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية والتعويض عنها.
- أن حدود رقابة القضاء الإداري تشمل رقابة المشروعية والملائمة، وبذلك فالمقررات القضائية الصادرة في إطار هذه الرقابة تقتصر حجيتها في إثبات مشروعية تلك المقررات ومدى سلامتها من أوجه الإلغاء، وكذا إثبات مدى توافر عناصر المسؤولية الإدارية الموجبة للتعويض.

ثانيا- الاقتراحات

- المركز القانوني لمؤسسة النيابة العامة في منازعات الجنسية: تعديل الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية بإضافة قضايا الجنسية إلى قائمة القضايا التي يجب أن تبلغ إلى مؤسسة النيابة العامة، وبالموازاة مع ذلك مراجعة مضمون الفصول 39، 40، 41 و42 من قانون الجنسية المغربي، بكيفية تجعل مركز مؤسسة النيابة العامة أكثر وضوحا، علما أن هذا المركز يتغير بتغير طبيعة دعوى الجنسية أمام قضاء الأسرة،
- توسيع نطاق تدخل قضاء الأسرة ليشمل منازعات الجنسية: الإسراع في نشر مشروع قانون رقم 03-73 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، حيث صادق عليه مجلس النواب في إطار القراءة الثانية بتاريخ 11 دجنبر 2018، بعدما صادق عليه مجلس المستشارين بتاريخ 24 يوليوز 2018، إذ ورد في المادة 59 منه على أنه: "ينظر قسم قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث، وكذا قضايا الحالة المدنية والكفالة والجنسية، وفي كل القضايا التي لها علاقة برعاية وحماية الأسرة".

- الزجر في مسائل الجنسية: إضافة مقتضيات جنائية خاصة إلى قانون الجنسية وعدم الاكتفاء بالإحالة على القانون الجنائي، في حق مرتكبي التدليس والتزوير من أجل اكتساب أو إثبات الجنسية المغربية، وعدم حصر الزجر في سحب الجنسية (حالة التجنيس) دون إقران ذلك بعقوبة جنائية مشددة.

لائحة المصادر والمراجع

أ- أعمال جامعية

- ✓ أحمد البنوشي، "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، تحت إشراف الدكتور إدريس الفاخوري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، جامعة عبد الملك السعدي، السنة الجامعية 2006/2005 (بدون تاريخ المناقشة).
- ✓ الشرقاوي الغزواني، "تدخل النيابة العامة في دعاوى المدنية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا بجامعة محمد الخامس الرباط، دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، الرباط، 1995 (بدون تاريخ المناقشة).

ب- كتب

- ✓ أحمد زوكاغي، "أحكام الجنسية في التشريع المغربي"، مكتبة دار السلام، الرباط، 2006.
- ✓ أحمد عوبيد، "المختار من الأحكام الكبرى للقانون الدولي الخاص الصادرة عن القضاء المغربي"، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2013.
- ✓ محمد عبد المحسن البقالي الحسني، "قضايا النيابة العامة في ظلال أحكام مدونة الأسرة"، إفران للطباعة والنشر، طنجة، الطبعة الأولى، 2014.
- ✓ مليكة الصروخ، "القانون الإداري: دراسة مقارنة"، الطبعة السادسة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، نونبر 2006.
- ✓ نجيب بكير، "دور النيابة العامة في قانون المرافعات"، مكتبة عين شمس، القاهرة، الطبعة الأولى، 1974.

ج- دوريات

- ✓ الحسني فاطمة، "دور النيابة العامة ووظيفتها أمام القضاء المدني في التشريع المغربي (1)"، مجلة الملحق القضائي، عدد 14، مارس 1985.
- ✓ عبد السلام حادوش، "تدخل النيابة العامة لدى المجلس الأعلى يكتسي طابع الشمولية والإجبارية"، مجلة الندوة، عدد 3، أكتوبر-نونبر-دجنبر 1986.

- ✓ عبد الكافي ورياشي، "دور النيابة العامة في مدونة الأسرة"، مجلة رسالة الدفاع، العدد 10، سنة 2008.
- ✓ محمد الأعرج، "المنازعات الإدارية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 57، 2007.
- ✓ محمد الصخري، "تدخل النيابة العامة في قضاء الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية رقم 5 حول مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، شتنبر 2004.
- ✓ النيابة العامة لدى محكمة النقض، "بعض مهام النيابة العامة"، مجلة منبر النيابة العامة، العدد 9 لسنة 2017.

جريمة الاتجار بالبشر: دراسة تحليلية نقدية على ضوء بعض التشريعات الدولية والعربية The crime of human trafficking A critical analytical study in the light of some international and Arab legislations

عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم (أكاديمية شرطة دبي) آلاء ناصر أحمد باكير (جامعة اليرموك)

Alaa Naser Ahmed Bakeer

Abdulrahman Ali Ibrahim Ghunaim

Abstract

The study dealt with the issue of human trafficking in some Arab international legislation, and aimed to know the motives and reasons that lie behind the phenomenon of human trafficking, and to clarify the images and forms of human trafficking, in addition to clarifying the concept of the phenomenon of human trafficking in international law and in Arab legislation, and the problem of the study showed that some Arab legislation to date has not tended to enact a law to combat the phenomenon of trafficking in human beings, and it contains deterrent penalties that prevent individuals from engaging in any act of human trafficking, and the study found that the crime of human trafficking is a new form of slavery. It is carried out in several ways that human trafficking gangs use according to the target group, so they may take the form of sexual exploitation especially for women and children, forced labor, forced labor, slavery and the like, or trafficking in human organs, and the study also found that the causes and motives of the crime of human trafficking have multiplied as a result of technological development And the recent information revolution that countries witnessed at the beginning of the twenty-first century, and often these reasons are the result of the environment in which individuals live, and which leads them to join or be one of the victims of human trafficking gangs.

key words:

Human Trafficking, Organized Crime, Palermo Protocol, International Legislation, Arab Legislation.

ملخص:

تناولت الدراسة موضوع الاتجار بالبشر في بعض التشريعات الدولية العربية، وهدفت إلى الإلمام بالدوافع والأسباب التي تكمن وراء ظاهرة الاتجار بالبشر، وتوضيح صور وأشكال الاتجار بالبشر، بالإضافة إلى بيان مفهوم ظاهرة الاتجار بالبشر في القانون الدولي وفي التشريعات العربية، وظهرت مشكلة الدراسة في أن بعض التشريعات العربية إلى الآن لم تتجه إلى سن قانون خاص بمكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر، ويحوي بين طياته العقوبات الرادعة التي تمنع الأفراد من الإقبال على أي فعل من أفعال الاتجار بالبشر، وتوصلت الدراسة إلى أن جريمة الاتجار بالبشر صورة مستحدثة للعبودية، فهي تتم بعدة طرق تستخدمها عصابات الاتجار بالبشر حسب الفئة المستهدفة، لذلك فقد اتخذ شكل الاستغلال الجنسي خاصة للنساء والأطفال، أو العمل القسري والسخرة، أو الاسترقاق وما شابه، أو الاتجار بالأعضاء البشرية، كما توصلت الدراسة إلى أن أسباب ودوافع جريمة الاتجار بالبشر تعددت نتيجة التطور التكنولوجي والثورة المعلوماتية الحديثة التي شاهدها الدول مع بداية القرن الواحد والعشرين، وغالباً هذه الأسباب تكون وليدة البيئة التي يعيش فيها الأفراد، والتي تدفعهم إلى الانضمام إلى عصابات الاتجار بالبشر أو أن يكونوا أحد ضحاياها.

الكلمات المفتاحية: الاتجار بالبشر، الجريمة المنظمة، بروتوكول باليرمو، التشريعات الدولية، التشريعات العربية.

مقدمة

أصبحت ظاهرة الاتجار بالبشر ظاهرة دولية تؤرق المجتمع الدولي، إذ أنها لا تقتصر على دولة واحدة وإنما تمتد لتشمل العديد من الدول نتيجة لكونها أحد أشكال الجريمة المنظمة، إلا أنها تختلف باختلاف صورها وأنماطها من دولة إلى دولة أخرى وفقاً لمفهوم الاتجار بالبشر في تشريعاتها الوطنية، ومدى احترامها لحقوق الإنسان.

حيث شهد المجتمع الدولي في الآونة الأخيرة تصاعد ظاهرة الاتجار بالبشر، فمع تنامي بؤر الصراعات المسلحة سواء الداخلية أو الدولية ووجود كثير من مناطق العالم التي تعاني من الاضطرابات الداخلية، وعدم الاستقرار السياسي وتدهور الأوضاع الاقتصادية، في بعض البلدان لا سيما في بلدان العالم الثالث التي توفر لعصابات الجريمة المنظمة عبر الوطنية ظروف معيشية سهلت وجود موارد متجددة من الضحايا من أجل تحقيق مبالغ طائلة من وراء استغلالهم¹.

¹ محمود شريف بسيوني. الجريمة المنظمة عبر الوطنية ماهيتها ووسائل مكافحتها عربياً ودولياً، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2004، ص80.

وأن الاتجار بالبشر يمثل ثالث أكبر تجارة عالمياً بعد تجارة المخدرات وتجارة السلاح¹، فالنساء والأطفال أهم الضحايا، فالتجار يتخذون من الدول الفقيرة مصدراً للضحايا وتمثل الدول الغنية أسواقاً رائجةً لتجارتهم، حيث أن شبكات الاتجار تمتد عبر الدول، ولا شك بأن هذه التجارة قد تحتل المرتبة الأولى عالمياً في المستقبل، وذلك لأن مخاطرها أقل خطورة من تجارة السلاح وتجارة المخدرات.

ولقد اتخذت عصابات الجريمة المنظمة من الحروب والفقر والبطالة بيئة خصبة لممارسة ظاهرة الاتجار بالبشر، لما تدره هذه التجارة على أصحابها من أموال طائلة، الشيء الذي يغذي أكثر انتشار هذه الظاهرة بكل صورها المختلفة.

ونظراً لأهمية هذه الظاهرة وخطورتها اتجه معظم الفاعلون الدولية المتمثلة بالدول والمنظمات الدولية الإقليمية إلى تشريع الظاهرة ووضع تعريف عام وشامل لها، وحاولت قدر الإمكان أن يكون التعريف ملم بالظاهرة من كافة جوانبها وأشكالها، بالإضافة إلى الأفعال التي تتم الظاهرة من خلالها كالتجنيد والنقل والإيواء، وغيرها.

ومن الجدير بالذكر أن ظاهرة الاتجار بالبشر لا تأتي من خلال صورة واحدة أو شكل واحد، وإنما تتخذ أشكالاً وصوراً متعددة، وتعدد أشكالها لم يأت من فراغ، وإنما لتحقيق الربح المادي وتعدد مصادر الدخل، ابتداءً من تجارة الرقيق وانتهاءً بتجارة الأعضاء البشرية، والتي لاقى تجارها بيئة خصبة وعوامل مساعدة كثيرة في مختلف الدول لاسيما الدول النامية منها بسبب الفقر الشديد وتدني مستوى المعيشة فيها، بالإضافة إلى مجموعة من الدوافع والأسباب التي تسهل سير هذه التجارة، والتي سنأتي عليها لاحقاً في الدراسة.

أهمية الدراسة

ستسلط هذه الدراسة الضوء على ظاهرة الاتجار بالبشر في التشريعات الدولية و العربية، واتجاه التشريعات العربية إلى اعتماد التعريف الذي وضعته الأمم المتحدة من خلال بروتوكول باليرمو لمنع ومكافحة الاتجار بالبشر، مع بعض التوسع الذي قام به بعض المشرعون وتحديداً المشرع المصري الذي حاول الإمام بالظاهرة من كافة جوانبها، وتكمن أهمية هذه الدراسة في كونها ستحاول التوسع في أسباب ودوافع هذه الظاهرة والتطرق لأكثر عدد ممكن منها.

مشكلة الدراسة وأسئلتها

انتشرت ظاهرة الاتجار بالبشر بشكل كبير ولم يعد بالإمكان غض النظر عنها من قبل التشريعات العربية، لذلك أدركت معظم التشريعات مدى خطورتها واتجهت نحو وضع قانون مختص بمكافحة هذه الظاهرة التي وصلت إلى مستوى الجريمة، فهي في طبيعة الأمر أحد أشكال الجريمة المنظمة العابرة للقارات، إلا أن بعض

¹ رمضان عيسى الليموني. أمراء الاستبعاد الرأسمالية وصناعة العبيد، ط1، إصدارات إي-كتب، لندن، 2016، ص4.

التشريعات العربية إلى الآن لم تتجه إلى سن قانون خاص بمكافحة ظاهرة الاتجار بالبشر، ويحوي بين طياته العقوبات الرادعة التي تمنع الأفراد من الإقبال على أي فعل من أفعال الاتجار بالبشر، وفي المقابل تتجه بعض الدول إلى إجراء المزيد من التعديلات على قوانينها، بهدف تغيظ العقوبة وجعلها أكثر شدة بحيث تعمل على ردع الأفراد من الإقدام على الاتجار بالبشر.

أسئلة الدراسة

تتبلور مشكلة الدراسة في السؤال الرئيس التالي: ماهية جريمة الاتجار بالبشر في بعض التشريعات الدولية والعربية؟

يتفرع من مشكلة الدراسة الأسئلة الفرعية التالية:

1. ما الصور والأشكال التي يتم الاتجار بالبشر من خلالها؟
2. ما الدوافع والأسباب التي تقف وراء ظاهرة الاتجار بالبشر؟
3. ما المقصود بظاهرة الاتجار بالبشر في القانون الدولي؟
4. ما المقصود بظاهرة الاتجار بالبشر في التشريعات العربية؟

أهداف الدراسة

1. توضيح صور وأشكال الاتجار بالبشر.
2. الإلمام بالدوافع والأسباب التي تكمن وراء ظاهرة الاتجار بالبشر.
3. بيان مفهوم ظاهرة الاتجار بالبشر في القانون الدولي.
4. بيان مفهوم ظاهرة الاتجار بالبشر في التشريعات العربية.

منهجية الدراسة

استخدمت الدراسة المنهجان التحليلي والمقارن، لكونهما الأكثر ملاءمة لطبيعة هذه الدراسة؛ حيث استندت إلى بعض التشريعات الدولية والعربية المتعلقة بظاهرة الاتجار بالبشر، ومقارنة التشريعات من حيث المفهوم والدلالات، وذلك بهدف الكشف عن مدى تقدم بعض التشريعات العربية في الإلمام بهذه الظاهرة، والكشف عن قصور بعض التشريعات الأخرى.

تقسيم الدراسة

تنقسم هذه الدراسة إلى:

المبحث الأول: أشكال ودوافع جريمة الاتجار بالبشر

المطلب الأول: أشكال جريمة الاتجار بالبشر

المطلب الثاني: دوافع وأسباب جريمة الاتجار بالبشر

المبحث الثاني: مفهوم الاتجار بالبشر في التشريع الدولي والعربي

المطلب الأول: مفهوم الاتجار بالبشر في القانون الدولي

المطلب الثاني: مفهوم الاتجار بالبشر في التشريعات العربية

المبحث الأول:

أشكال ودوافع جريمة الاتجار بالبشر

تعاني معظم الدول من انتشار الظاهرة الإجرامية في الوقت الحالي بشكل كبير وسريع وبأشكال مختلفة، ومنها ظاهرة الاتجار بالبشر، ويقف وراء الزيادة الكبيرة في انتشار هذه الظاهرة بأشكالها وصورها الانحلال الأخلاقي والفساد المالي والإداري الذي ساهم بشكل كبير في زيادة معدلات الفقر والبطالة وتدني المستوى المعيشي للأفراد، والأوضاع السياسية والأمنية المتأزمة التي دفعت بالأفراد إلى ترك بلدانهم واللجوء إلى الدول المجاورة خوفاً على أنفسهم وعائلاتهم....، وفي هذا المبحث سنعرض مجموعة من أشكال وصور الاتجار بالبشر بالإضافة إلى دوافع وأسباب هذه الظاهرة.

المطلب الأول: أشكال جريمة الاتجار بالبشر

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى أشكال جريمة الاتجار بالبشر وذلك من خلال الفقرة الأولى: الاستغلال الجنسي للنساء والأطفال، والفقرة الثانية: العمل ألقسري والسخرة، والفقرة الثالثة: الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة به، والفقرة الرابعة: الاتجار بالأعضاء البشرية.

الفقرة الأولى: الاستغلال الجنسي (للنساء والأطفال).

أن جريمة الاتجار بالنساء تأخذ صور كثيرة ومتعددة ومنها العنف والاعتداء الجنسي الذي يتم من خلال عصابات منظمة تمارس هذه الاعتداءات ضمن نطاق جريمة الاتجار بالبشر، وهذه الجريمة تعتبر

من أشنع الجرائم التي ترتكب في حق النساء، وذلك لكونها تمس كرامتهن وإنسانيتهن، فضلاً عن أنها أحد صور تجارة الرق¹.

وتعد الدعارة من أكثر الصور رواجاً و انتشاراً من صور الاستغلال الجنسي للنساء، حيث ينظر أفراد عصابات الاتجار بالبشر إلى النساء على أنهن سلع تعرض للبيع بهدف تحقيق وإشباع الرغبات والملاذات الجنسية²، فيتم استقطاب النساء اللاتي يعشن في ظروف معيشية متدنية جداً أو اللاتي ينشأن في أسر متفككة ويفتقدن لرقابة الأبوين، بالإضافة إلى فشل العلاقات الزوجية التي تبني على أساس الإكراه وعدم رضا أحد الطرفين.

ومن صور استغلال النساء جنسياً العمل في الدعارة مقابل الحصول على المال، أو العمل في شركات (Porn) للتمثيل في الأفلام الإباحية بغض النظر مع من تشارك في الأفلام الإباحية سواء كان إنساناً، أو حيواناً، أو أي شيء آخر كالترويج للأدوات الجنسية المتعددة، أو يتم استغلالها من خلال تجارة زوجها بها وبيعها مقابل الحصول على المال.

أما الطفل فهو الذي يعيش في المرحلة التي تبدأ بالميلاد حتى بلوغ سن الثامنة عشر ميلادية من عمره، وأن فترة المراهقة تعد امتداداً للطفولة بل هي أخطر مرحلة لذا فهي تحتاج حماية أكثر³، لذلك فإن استغلال أي شخص دون سن الثامنة عشر يعتبر من قبيل الاستغلال الجنسي للأطفال.

ويقصد بالاستغلال الجنسي للأطفال: استغلالهم من خلال استخدامهم لخدمة أي شكل من الأشكال الإباحية حيث يتم استخدام الأطفال لإشباع رغبات جنسية للأشخاص الآخرين مقابل الحصول على المال، ومن أشكال الاستغلال الجنسي للأطفال الممارسة الجنسية، البغاء، تصوير الطفل عارياً، أو الاستغلال الجسدي للطفل من خلال الوسائط المتعددة والإنترنت⁴.

كما ويقصد به " اتصال جنسي بين طفل وشخص بالغ من أجل إرضاء رغبات جنسية عند الأخير مستخدماً القوة والسيطرة عليه، ومعنى التحرش الجنسي أوسع من مفهوم الاستغلال الجنسي أو الاغتصاب البدني، فهو يقصد به أشياء كثيرة منها: كشف الأعضاء التناسلية أو إزالة الملابس والثياب عن

¹ حامد سيد حامد. العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي إطلالة موجزة عن مكافحته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص63.

² نوال مجدوب. الاتجار بالبشر كصورة من صور الإجرام المنظم، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، مجلة الكترونية، عدد(4)، 2018، ص6.

³ صلاح رزق يونس. جرائم الاستغلال الاقتصادي للأطفال: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015، ص29.

⁴ أميرة محمد البحيري. الاتجار بالبشر وبخاصة الأطفال من وجهة النظر العلمية والنفسية والاجتماعية والقانونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص311.

الطفل أو ملامسة، أو ملاطفة جسدية خاصة، أو التلصص على طفل، أو تعريضه لصور فاضحة أو لأفلام، أو إجباره على التلفظ بألفاظ فاضحة"¹.

كما ويتم الاستغلال الجنسي للأطفال بطرق متعددة ومنها، عمالة الأطفال، وتجنيد الأطفال، والتسول، والمواد الإباحية، والتبني، والسياحة الجنسية، ونزع الأعضاء، والعمل الجبري، والخدمات المنزلية، والنزاعات المسلحة، والأنشطة الإجرامية، وعمالة السخرة"².

الفقرة الثانية: العمل القسري والسخرة.

اهتمت منظمة العمل الدولية بموضوع "السخرة والعمل القسري أو الخدمة القسرية" على اعتبار أنها شبيهة بالرق، حيث عرفت الخدمة القسرية بأنها "أن السخرة أو العمل القسري يشمل جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض عنوة على أي شخص تحت التهديد بأي عقاب، والتي لا يكون هذا الشخص قد تطوع بأدائها بمحض اختياره ولكن مع استثناء الخدمة العسكرية الإلزامية"³.

وتعد ظاهرة العمل القسري ذات طابع عالمي، ولا توجد دولة بمنأى عنها، ولذلك عنيت التشريعات الدولية بمحاربة هذه الظاهرة ومواجهتها، من خلال حث الدول على تجريم العمل القسري والمعاقبة عليه بعقوبة جنائية، كما أن تحديد العمل القسري يتم من خلال الرجوع إلى طبيعة العلاقة ما بين العامل ورب العمل، وليس من خلال الرجوع إلى مشروعية العمل المؤدى، حيث أن طوعية العمل أو قيام العامل بالعمل بإرادته هو المعول عليه، فلا يشترط لإسباغ وصف العمل القسري على نشاط معين، أن يكون النشاط متوافقاً مع القوانين الوطنية، وبصرف النظر سواء أكان النشاط مشروعاً أم غير مشروع فإن ذلك لا يؤثر على كينونة العمل القسري المرتبطة بحرية العامل في العمل، وليس بنوعية أو مشروعية العمل الذي يقوم به"⁴.

الفقرة الثالثة: الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة به.

أن الاسترقاق والعبودية وجهان لعملة واحدة، حيث عرفت العبودية بأنها "الحالة أو الوضعية التي تمارس فيها بعض أو جميع حقوق الملكية على شخص ما"⁵، وعلى الرغم من أنها محظورة في المادة الرابعة

¹ يوسف حسن يوسف. جريمة بيع الأطفال والاتجار بالبشر، ط1، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2017، ص31-32.

² إبراهيم محمد عبد العزيز. آليات المنظمات الاجتماعية الحكومية والأهلية في مواجهة مشكلة الاتجار بالأطفال، ط1، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 2014، ص112.

³ انظر نص المادة رقم(2) من اتفاقية السخرة رقم(29) لعام 1930م.

⁴ محمد نواف الفواعرة. العمل القسري ما بين التحريم الدولي والتجريم الوطني، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، مجلد(20)، عدد(3)، 2014، ص409.

⁵ انظر نص المادة رقم(1) من الاتفاقية الخاصة بالرق لعام 1926م.

من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م، والتي تنص على أنه لا يجوز استرقاق أحد أو استعباده، إلا أنها موجودة حتى الآن في معظم البلدان"¹.

أما الممارسات الشبيهة بالعبودية فتعرف بأنها "الفعل الرامي إلى نقل أو الشروع في نقل أو محاولة نقل العبيد من دولة إلى أخرى بأي وسيلة نقل كانت، أو تسهيل ذلك، وكذلك أية عمليات تتضمن محاولة تشويه أو كي أو وسم عبد ما أو شخص ما ضعيف المنزلة سواء للدلالة على وضعه أو لعقابه أو لأي سبب آخر كان أو المساعدة على القيام بذلك"².

وبالإضافة إلى الاسترقاق والعبودية هنالك ممارسات تشبه العبودية كإسار الدين و القنانة، حيث يعتبر إسار الدين بمثابة ارتهان مدين مقابل تقديم خدمات شخصية لشخص تابع له مقابل سداد دين عليه، أما القنانة فهي وضع يلزم الشخص بالعيش والعمل على أرض شخص آخر، ويكون ملزم بتقديم الخدمات له سواء كان بمقابل أو بدون مقابل، علماً بأن الشخص الأول لا يملك الحرية في تغيير وضعه"³.

الفقرة الرابعة: الاتجار بالأعضاء البشرية.

إن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية أحد أشكال الاتجار بالبشر، فهي جريمة موجهة ضد الإنسانية لكونها تجعل من جسم الإنسان سلعة تباع وتشتري وهو ما يعد انتهاكاً لحق الإنسان في حماية حياته وحفاظه على جسده وكرامته التي حفظتها له الشريعة الإسلامية والقانون.

ويقصد بالاتجار بالأعضاء البشرية: "كل عملية تتم بغرض بيع أو شراء للأنسجة أو عضو أو أكثر من الأعضاء البشرية وهي تجارة حديثة بالمقارنة بتجارة الأشخاص، أما التبرع بدون مقابل فلا يعد من أعمال التجارة في الأنسجة أو الأعضاء البشرية"⁴.

وغالباً ما تتم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية لصالح الأغنياء على حساب الفقراء، ويكون القاسم المشترك بينهم مجموعة من الأطباء أو الذين يعملون في المهن الطبية كالمختبرات، حيث أن هذه الفئة هي التي تسهل عملية البيع والشراء ونقل العضو من جسد الضحية إلى جسد المستفيد، وقد تتم سرقة العضو من جسد الضحية بشكل قسري، حيث يتم خداعه ونقله إلى مكان الجريمة عن طريق التغيرير به، كأن يتم خطف الطفل ومن ثم تخديره وإجراء الفحوصات الطبية الشاملة له للتأكد من سلامته

¹ انظر المادة رقم(4) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م.

² انظر نص المادة رقم(5) من الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق لعام 1956م.

³ أسماء أحمد الرشيد. الاتجار بالبشر وتطوره التاريخي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص56.

⁴ دلال رميان الرميان. المسؤولية الجنائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2013،

الجسدية، وفيما بعد يقوم الطبيب الذي لا يمتلك من أخلاق وشرف مهنة الطب شيء باستئصال العضو المتفق عليه وبيعه للزبون¹.

بالإضافة إلى ما سبق، نصل إلى نتيجة مفادها أن جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية جريمة تتنافى مع الطبيعة البشرية، وذلك لأن الشريعة الإسلامية ومختلف الأديان السماوية قدست الجسد وحرمت الاعتداء عليه بأي شكل من الأشكال²، فهذه الجريمة جعلت جسم الإنسان موضعاً للتجارة يتم من خلالها استبدال الأعضاء وبيعها مقابل الحصول على المال، ومن خلالها يستطيع الأثرياء شراء أي عضو يحتاجونه في حال تعرضهم هم أو أحد أفراد أسرهم للمرض كتلف العضو أو إصابة العضو بمرض يستحيل منه الشفاء كال فشل الكلوي أو الكبد على سبيل المثال.

ونظراً لخطورة هذه الجريمة التي قد يترتب عليها وفاة الشخص الذي يتم سرقة واستئصال أحد أعضائه، أو إصابته بعاهة مستديمة، الأمر الذي ترتب عليه اتجاه الدول إلى تشريع قانون لتنظيم عملية ونقل وزرع الأعضاء البشرية وتجريم سرقتها أو الاعتداء على الجسد البشري، ويكون هذا القانون إلى جانب قانون مكافحة الاتجار بالبشر على الرغم من أن ظاهر الاتجار بالأعضاء البشرية تعتبر أحد أشكال وصور الاتجار بالبشر.

المطلب الثاني: دوافع وأسباب جريمة الاتجار بالبشر

هنالك العديد من الدوافع والأسباب التي تقف وراء جريمة الاتجار بالبشر وسنذكر منها، غياب الوازع الديني وعدم استشعار رقابة الله، والهجرة من الأرياف إلى المدن، وعدم العدالة في توزيع فرص العمل، و الزواج المبكر للفتيات، وغياب معيل الأسرة، و التفكك الأسري وغياب رقابة الأهل، و عوائد تجارة الاتجار بالبشر، و سياحة الجنس، والصراعات الداخلية والحروب والكوارث الطبيعية، و غياب القوانين والعقوبات الرادعة، و الفساد الحكومي وعدم العدالة في توزيع الثروات، و التطور التكنولوجي.

الفقرة الأولى: غياب الوازع الديني وعدم استشعار رقابة الله.

الأمر الذي يجعل الأفراد يرتكبون المعاصي والمحرمات دون خوف من شيء، فعدم الخوف من الله يجعل الأفراد منعدمي الضمير، مما يجعلهم يتوغلون في مستنقع الرذيلة، وهذا الأمر يأتي نتيجة غياب دور مؤسسات التنشئة الاجتماعية، التي تمثل في الأسرة والمدرسة ودور العبادة وحلقة التعليم الأساسية، حيث أن هذه المؤسسات تمثل نواة المجتمع الأساسية، وانهييار أحد هذه المؤسسات يقود إلى انهيار المجتمع بأكمله.

¹ فايز محمد محمد. المواجهة التشريعية لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية: دراسة مقارنة في القانون المقارن والقانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، عدد(2)، 2013، ص1406.

² أسامة غربي. الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، الجزائر، عدد(5)، 2011، ص 190.

الفقرة الثانية: الهجرة من الأرياف إلى المدينة والنمو المتصاعد في المراكز الصناعية والتجارية في المدن¹. تؤدي الهجرة إلى التطلعات الشخصية إلى الوقوع في شبك المتاجرين بالأشخاص خاصة عند الأقليات المضطهدة التي تعاني انتهاكاً لحقوقها المدنية والقانونية، لذلك فهي ترى أن في الهجرة حياة أفضل ومجتمعاً أحسن، وبالتالي فهي لا تدري أنها أصبحت ضحية من ضحايا الاتجار مقيدة بقيود لا فكاك منها².

الفقرة الثالثة: عدم العدالة في توزيع فرص العمل.

يتم التوظيف بناءً على معيار الوساطة والمحسوبية، الأمر الذي يترتب عليه وصول الأفراد لاسيما الشباب منهم إلى حالة من اليأس وفقدان الثقة في البيئة المحيطة بهم، مما يدفعهم إلى البحث عن تأمين مصدر دخل دون النظر إلى طبيعة العمل الذي سيقومون به.

الفقرة الرابعة: الزواج المبكر وألقسري للفتيات³.

يعتبر هذا الزواج بمثابة تجارة الرقيق فعندما يتجه الأب غير السوي بحكم ولايته على أبنائه إلى تزويج بناته في سن مبكرة دون السن القانوني، فإنه يتعامل معهن على أنهن سلع، فغالباً ما يكون الزوج رجلاً ثرياً، وهذه الحالة تكون أمام تجارة قائمة على البيع والشراء، ولا تمت بصلة إلى الزواج الطبيعي الذي يهدف إلى إقامة حياة مشتركة بين رجل وامرأة لبناء حياة أسرية.

الفقرة الخامسة: غياب معيل الأسرة⁴.

هنالك العديد من الأسباب التي قد تجبر الأطفال على العمل لتأمين دخل يومي لعائلاتهم، فقد يكون الأب سجيناً لتهمة ما، أو متوفياً، أو مفقوداً في حرب، أو مريضاً وغير قادر على الحركة، أو متعاطياً للمخدرات وغيرها من الأسباب التي لا يمكن حصرها، والتي تجبر الأبناء على العمل دون اكتراث بطبيعة العمل ومدى خطورته، حيث يكون هاجسه الأول والأخير هو تأمين قوت يوم عائلته، مما يجعله فريسة سهلة لدى عصابات الاتجار بالبشر.

¹ عبد القادر الشخيلي. جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص57.

² راميا محمد شاعر. الاتجار بالبشر- قراءة قانونية اجتماعية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص14.

³ المرجع السابق، ص14.

⁴ عبد القادر الشخيلي. مرجع سابق، ص58.

الفقرة السادسة: التفكك الأسري وغياب رقابة الأهل¹.

والذي يكون بسبب الطلاق أو عدم تواجد أحد الأبوين مع الأبناء بشكل دائم نتيجة العمل سواء داخل الدولة أو خارجها، أو ضعف الروابط الأسرية نتيجة لعدم التفاهم بين الزوجين التي تنشأ بسبب الزواج بالإكراه الذي يكون بحكم العادات والتقاليد، وهذا التفكك غالباً ما يترتب عليه وجود أبناء في بيئة مفككة مما يجعلهم يلوذون بالفرار من المنزل، واللجوء إلى أحد أوكار عصابات الاتجار بالبشر، وهذا ما يسهم في وجود أعداد كبيرة من المتشردين في العالم.

الفقرة السابعة: عوائد الاتجار بالبشر².

هذه التجارة تدر مبالغ مالية ضخمة تجعل الأفراد الذين يعملون بها غير قادرين على تركها بسبب الأرباح الهائلة التي يجنوها منها، كما أنها تمكنهم من العمل خارج حدود دولهم وتمنحهم فرصة التعارف على كبار تجار الاتجار بالبشر والاتجار بالأعضاء البشرية و السلاح والمخدرات وغيرها من أشكال هذه التجارة.

الفقرة الثامنة: سياحة الجنس التي أصبحت تجارة عالمية مخيفة³.

هذه السياحة لا تختلف عن تجارة الرقيق والدعارة المبطنة، فهي تستهدف الفتيات اللاتي يعانين من الفقر وتدني المستوى التعليمي والمعيشي في بلدانهم، واللاتي غالباً ما يتم الوصول إليهن عن طريق شبكة الإنترنت والإيقاع بهن من خلال مواقع إباحية أو الخداع من خلال جذبهن عن طريق عقود عمل وهمية للوظائف، وبهذه الصورة تصبح الفتيات مجبرات على العمل في أوكار الدعارة، مما يجعلهن أحد ضحايا الاتجار بالبشر.

الفقرة التاسعة: الصراعات الداخلية والحروب والكوارث الطبيعية⁴.

غالباً ما ينتج عن الحروب والصراعات وجود أعداد ضخمة من اللاجئين، حيث يصاحب اللجوء الفقر مما يدفع اللاجئين إلى الاتجاه نحو العمل في تجارة الجنس (الدعارة) لسد حاجياتهم الأساسية، وهذا ما يجعلهم فريسة سهلة لدى عصابات الاتجار بالبشر، حيث يتم إغراؤهم بالمال وبتأمين مسكن أو حياة أفضل من تلك التي يعيشونها داخل المخيمات أو الملاجئ.

¹ مهيرة نصيرة. جريمة الاتجار بالأشخاص وجريمة تهريب المهاجرين: دراسة مقارنة، مجلة دراسات، جامعة عمار ثلجي بالأغواط، الجزائر، عدد(65)، 2018، ص 61.

² محمد جميل النصور. الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية وسبل مكافحتها: دراسة تحليلية في ضوء التشريعات الدولية والوطنية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، مجلد(41)، 2014، ص 1146.

³ سلوى أحمد المرعي. نحو استراتيجية دولية وطنية لمكافحة الاتجار بالنساء، مجلة جامعة تكريت، العراق، مجلد(2)، عدد(6)، 2013، ص 85.

⁴ عبد الله إبراهيم الصادق. آليات مكافحة الاتجار بالبشر في ضوء القوانين السودانية والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، الخرطوم، 2018، ص 103.

الفقرة العاشرة: غياب القوانين وضعف العقوبات الرادعة.

ساهمت في زيادة معدلات جريمة الاتجار بالبشر، كما أن غياب وعي أفراد المجتمع بمدى خطورة جريمة الاتجار بالبشر والعواقب الوخيمة التي تنتج عنها تجعلهم عرضة سهلة في الإيقاع بهم في وحل عصابات الاتجار بالبشر، كما أن غياب الدور الإعلامي المرئي والمسموع في توعية أفراد المجتمع وتعريفهم بمخاطر هذه الجريمة ساهم إلى زيادة معدلات هذه الجريمة بشكل أو بآخر، فقلما نجد وسائل الإعلام تتحدث عن مخاطر جريمة الاتجار بالبشر وما آلت إليه من تطور في أساليب وطرق جذب الأفراد، ليصبحوا ضحايا فيما بعد.

الفقرة الحادية عشرة: الفساد الحكومي وعدم العدالة في توزيع الدخل والثروات.

جعلت طبقات المجتمع متفاوتة، فأصبحت الطبقة العليا في غنى فاحش ومتزايد، والطبقة الفقيرة تزداد فقراً، فهذه الفجوة بين أفراد المجتمع ترتب عليها زيادة في معدلات الفقر والبطالة وانعدام المستوى المعيشي للكثير من الأسر مما دفعهم نحو بيع أحد أبنائهم أو بناتهم أو أعضائهم الجسدية، فغالباً ما نرى أب يبيع أحد بناته تحت مسمى الزواج، أو أم تبيع جزءاً من أعضائها الجسدية لتأمين احتياجات الأسرة، أو اتجاه الأبناء نحو التسول أو الاتجار بالمخدرات وغيرها من الوسائل غير المشروعة، كما أن الفساد الحكومي غالباً ما يكون أصحابه من الداعمين للأعمال المشبوهة وغير الشرعية تحت بظانة استغلال المنصب والسلطة، كحماية تجار السلاح والمخدرات، هذا إن لم يكونوا شركاء لهم.

الفقرة الثانية عشرة: التطور التكنولوجي.

يعتبر التطور التكنولوجي أحد أهم الأسباب الحديثة في القرن الواحد والعشرين والذي يعمل كسلاح ذو حدين، وللأسف الحد السلبي له أكثر انتشاراً وتأثيراً، لا سيما بين أوساط الشباب منهم، حيث بات الشباب يقضون أغلب أوقاتهم على مواقع التواصل الاجتماعي والتي تفتقد للرقابة سواء من الأجهزة الحكومية في الدولة أو الرقابة الأسرية، فسوء استخدام هذه المواقع سهل على أفراد عصابات الاتجار بالبشر جذب أكبر عدد ممكن من الشباب من كلا الجنسين وإغرائهم عن طريق تلبية رغبتهم الجنسية والحصول على عوائد مادية بطرق غير شرعية باعتقادهم أنها سهلة، ولكن في حقيقة الأمر يدفعون أرواحهم وأعراضهم ثمناً لها.

المبحث الثاني:

مفهوم الاتجار بالبشر في التشريع الدولي والعربي

تعددت الاتجاهات التشريعية الدولية والوطنية بشأن تعريف الاتجار بالبشر، وبالرغم من اختلاف الصياغة إلا أنها متفقة من حيث المضمون، ومن هذه التشريعات التي عرفتها سواء كانت موثيق دولية أو إقليمية أو منظمات دولية أو تشريعات وطنية، حيث سنوضح بعض من هذه التشريعات لمفهوم الاتجار

بالبشر في هذا المبحث من خلال مطلبين يخصص أولهما لمفهوم الاتجار بالبشر في القانون الدولي، في حين عالج المطلب الثاني مفهوم الاتجار بالبشر في التشريعات العربية.

المطلب الأول: مفهوم الاتجار بالبشر في القانون الدولي

عرف بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000م في نص المادة رقم (1/3)، على أن الاتجار بالبشر: هو تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم واستقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال ضعف أوضاعهم، 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 قسراً، أو الاستعباد أو الممارسات الشبيهة بالاستعباد، أو الخدمة القسرية أو نزع الأعضاء¹.

ومن خلال استقراء نص المادة لتعريف الاتجار بالبشر وتحليل مضمون النص نجد أنه يتكون من ثلاث عناصر وهي الفعل و الوسائل و أشكال الاتجار ونبين في ذلك على النحو الآتي:

- 1- الفعل: وهي الوسائل المستخدمة لارتكاب تلك الأفعال والأغراض والأهداف والمتمثلة في أشكال الاستغلال المختلفة، ويتمثل في أفعال تجنيد الأشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم.
- 2- الوسائل: حيث تتمثل بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال ضعف أوضاعهم، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال.
- 3- أشكال الاتجار: فهو لغرض الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاستعباد أو الممارسات الشبيهة بالاستعباد، أو الخدمة القسرية أو نزع الأعضاء.

كما ويلاحظ على البروتوكول أنه لم يوضح مفهوم الاستغلال واكتفى في وضع تعداد وأشكال على سبيل المثال، ولم يعرف أيضاً الاستغلال الجنسي كغيره من الموائيق والصكوك الدولية التي عرفت الاستغلال الجنسي، وأن تعداد أشكال الاتجار في نص المادة هذا لا يعني أنه ليس معنى الاتجار بالأشخاص هو الحصول

¹ انظر نص المادة (1/3) من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، لعام 2000م.

على الخدمات الجنسية فقط وإنما يتعدى ذلك ليشمل استغلال الضحايا في العمليات الجنسية واستغلالهم في كافة الأعمال التي من شأنها تقييد حرية الأشخاص وبخاصة النساء والأطفال¹.

نرى أن مفهوم الاستغلال الجنسي كان يجب أن يتضمنه البروتوكول وذلك لما له من أهمية وخطورة تنطويان على مخاطر عديدة سواء أكانت على الصحة العقلية أو النمو الاجتماعي، والذي يعد سبباً من أسباب انتشار فيروس نقص المناعة (الإيدز) كما أن البروتوكول اقتصر على أشكال محددة كما ذكرنا سابقاً وهنا ننوه أنه كان لا بد من إدراج الجرائم المستحدثة لجريمة الاتجار بالبشر في حال توافرت عناصر الجريمة كالتجارب الطبية والبيولوجية والأبحاث على المدنيين كحقن البشر بالكوليرا والتيفوئيد والطاعون والزواج المبكر أو الزواج بالإكراه أو إجبار الأشخاص على التسول أو الدعاية الإباحية أو الأفلام الجنسية أو العمل المنزلي الإجباري وغيرها.

كما عرفت اتفاقية مجلس أوروبا بشأن مكافحة الاتجار بالبشر لعام 2005م الاتجار بالبشر في المادة رقم(4) بأنه "تجنيد أو نقل أو تحويل أو إيواء أو استقبال أشخاص عن طريق التهديد باللجوء إلى استخدام القوة أو استخدامها فعلاً أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استخدام السلطة أو 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 قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستبعاد أو نزع الأعضاء².

نلاحظ أن التعريف سالف الذكر جاء مطابقاً مع التعريف الوارد في بروتوكول الاتجار بالأشخاص بالرغم من أنه احتوى على إدراج صياغة في بعض الألفاظ إلا أنه من حيث المضمون لم يطرأ عليه أي تغيير، وبالتالي لم يطرأ أي تعديل في اتفاقية مجلس أوروبا بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في معالجة قصور بروتوكول الاتجار بالأشخاص عام 2000م.

كما عرفت الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2010م الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال في المادة رقم(11) بأنه "أي تهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة الضعف وذلك من أجل استخدام أو نقل أو إيواء أو استقبال أشخاص لغرض استغلالهم بشكل غير مشروع في ممارسة الدعارة (البغاء) أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة

¹ هاني عيسوي السبكي. الاتجار بالبشر دراسة مقارنة وفقاً للشريعة الإسلامية وبعض القواعد القانونية الدولية والوطنية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 45-46.

² انظر نص المادة رقم(1/4) من اتفاقية مجلس أوروبا بشأن مكافحة الاتجار بالبشر لعام 2005م.

بالرق أو الاستعباد، ولا يعد برضاء الشخص ضحية الاتجار في كافة صور الاستغلال متى استخدمت فيها الوسائل المبينة في هذه الفقرة¹.

يتبين من خلال التعريف أعلاه أنه يتطابق مع النصوص السابقة فيما يتعلق بالوسائل المستعملة، حيث أنه نص على بعض الأفعال التي نص عليها البروتوكول وهي النقل والإيواء والاستقبال، إلا أنه يختلف من حيث غرض الاستغلال، فالغرض في البروتوكول واتفاقية مجلس أوروبا لمكافحة الاتجار بالبشر ورد على سبيل المثال لا الحصر، في حين نجد أن الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة نصت على صور الاستغلال على سبيل الحصر، كما أنها لا تعد نزع الأعضاء البشرية من ضمن صور الاستغلال بل اعتبرتها جريمة قائمة بذاتها².

أما منظمة العفو الدولية فقد عرفت جريمة الاتجار بالبشر بأنها: "انتهاك حقوق الإنسان بما فيها الحق في السلامة الجسدية والعقلية والحياة والحرية وأمن الشخص والكرامة والتحرر من العبودية وحرية التنقل والصحة والخصوصية والسكن والأمن"³.

ويتضح من خلال هذا التعريف أنه جاء وفقاً لاهتمامات المنظمة لحقوق الإنسان، إذ أنه لم يأخذ بعين الاعتبار بتحديد الأفعال والوسائل وأشكال الاتجار بالبشر، كما أنه لم يحدد طبيعة وماهية الاتجار بالبشر. كما عرفته منظمة الأمن والتعاون الأوروبي على أنه "جميع الأعمال المدرجة في التوظيف والاختطاف والنقل وإيواء أو استقبال أشخاص، عن طريق التهديد أو استخدام القوة أو الخداع أو القسر لأغراض الاستغلال أو يجبرون على العمل لدائن في مجتمع آخر غير الذي عاش فيه الشخص من قبل"⁴.

حيث يتضح من خلال تعريف المنظمة اشتماله على الأفعال والوسائل والأشكال التي يتم من خلالها الاتجار بالبشر.

¹ انظر نص المادة رقم(11) من الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام 2010م.

² ماجد حاوي الربيعي. حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي (دراسة مقارنة مع التشريعات الوطنية)، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجزيرة، 2015، ص29.

³ محمد احمد عيسى. الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مجلد(4)، عدد(2)، 2012، ص 191.

⁴ سلوى أحمد المفرجي، مرجع سابق، ص70-71.

* ومن الجدير بالذكر أن دولة فلسطين انضمت للبروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لمنع وقمع ومعالجة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال لعام 2000م في السادس من كانون أول في عام 2017م وهي في صدد مناقشة مسودة مشروع قانون الاتجار بالبشر، كما انضمت دولة فلسطين في الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2010م في الحادي والعشرون من أيار لعام 2013م.

المطلب الثاني: مفهوم الاتجار بالبشر في التشريعات العربية

سنتناول من خلال هذا المطلب بعض التشريعات العربية التي عرفت مفهوم الاتجار بالبشر، ومنها: الفقرة الأولى: التشريع المصري، والفقرة الثانية: التشريع الإماراتي، والفقرة الثالثة: التشريع العراقي، والفقرة الرابعة: التشريع الأردني، والفقرة الخامسة: التشريع الفلسطيني.

الفقرة الأولى: التشريع المصري

عرّف المشرع المصري في القانون رقم (64) بشأن مكافحة الاتجار بالبشر لعام 2010م، الاتجار بالبشر في نص المادة رقم (2) بأنه "يعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من يتعامل بأية صورة في شخص طبيعي بما في ذلك البيع أو العرض أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسليم سواء في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو العنف أو التهديد بهما، أو بواسطة الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو استغلال السلطة أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه- وذلك كله- إذا كان التعامل بقصد الاستغلال أياً كانت صورته بما في ذلك الاستغلال في أعمال الدعارة وسائر أشكال الاستغلال الجنسي، واستغلال الأطفال في ذلك وفي المواد الإباحية أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد، أو التسول أو استئصال الأعضاء البشرية أو الأنسجة البشرية أو جزء منها"¹.

نرى أن التشريع المصري يعد من أوائل التشريعات العربية السبّاقة التي تصدت لمواجهة ظاهرة الاتجار بالبشر، والذي يعتبر نموذجاً رائداً في التشريعات الوطنية لمنع جرائم الاتجار بالبشر، حيث قام المشرع المصري بإعداد قانون خاص بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، و من خلاله وضع تعريفاً واضحاً للاتجار بالبشر.

كما نرى أن المشرع المصري أحسن في صياغة النص ودلالة الألفاظ وذلك رغبة منه في أن يتواءم قانونه الوطني لمكافحة الاتجار بالبشر مع كافة المستجدات والتطورات الحديثة والمتصلة بهذه الجريمة، كما يتضح من خلال النص أن المشرع المصري قد سار على نهج بروتوكول "باليرومو" حيث توسع في مدلول الاتجار بالبشر ليشمل صوراً أخرى للاتجار والمتمثلة في أفعال البيع والعرض للبيع والشراء والوعد بهما ونحن نؤيده في ذلك على أن يكون نموذجاً يحتذى به في التشريعات الوطنية الأخرى.

¹ انظر نص المادة رقم (2) من القانون المصري رقم (64) لعام 2010م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

الفقرة الثانية: التشريع الإماراتي

عملت دولة الإمارات العربية المتحدة على إجراء تعديلات مهمة على قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، وذلك بهدف توفير أكبر قدر ممكن من الحماية والضمانات لضحايا الاتجار بالبشر بحيث يصبح القانون أكثر ملائمة وتوافقاً مع بروتوكول "باليرمو".

ولقد صدر القانون الاتحادي رقم (51) لعام 2006م في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لعام 2015م، والذي عرف الاتجار بالبشر في نص المادة رقم (1) على أنه "1- يعد مرتكباً جريمة الاتجار بالبشر كل من: أ- باع شخصاً أو عرضهم للبيع أو الشراء أو الوعد بهما، ب- استقطب شخصاً أو استخدمهم أو جندهم أو نقلهم، أو رحلهم أو آواهم أو استقبلهم أو سلمهم أو استلمهم سواء داخل البلاد أم عبر حدودها الوطنية بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال النفوذ أو إساءة استغلال حالة الضعف، وذلك بغرض الاستغلال، ج- أو أعطى أو تلقى مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض استغلال الأخير، 2- ويعتبر اتجاراً بالبشر ولو لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة السابقة ما يلي:

- استخدام طفل أو نقله أو ترحيله أو إيواؤه أو استقباله بغرض الاستغلال.
- بيع طفل أو عرضه للبيع أو الشراء.

3- ويشمل الاستغلال في حكم هذه المادة، جميع أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو السخرة أو نزع الأعضاء أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو التسول أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد¹.

نرى أن المشرع الإماراتي سار على نهج بروتوكول "باليرمو" إلا أنه توسع في مدلول الاتجار بالبشر ليشمل صوراً أخرى كما هو الحال في التشريع المصري ويعتبر هذا النهج محموداً من قبل المشرع الإماراتي.

الفقرة الثالثة: التشريع العراقي

لقد عرف قانون مكافحة الاتجار بالبشر في التشريع العراقي رقم (28) لعام 2012م في نص المادة رقم (1/1) الاتجار بالبشر بأنه: "تجنيد أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم، بوساطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة أو ولاية على شخص آخر بهدف بيعهم

¹ انظر نص المادة رقم (1) من القانون الاتحادي رقم (51) لعام 2006م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لعام 2015م.

أو استغلالهم في أعمال الدعارة أو الاستغلال الجنسي أو السخرة أو العمل القسري أو الاسترقاق أو التسول أو المتاجرة بأعضائهم البشرية أو لأغراض التجارب الطبية"¹. بالرغم من أن اغلب التشريعات العربية استهلت تعريف الاتجار بالبشر من البروتوكول (باليرمو) في تشريعاتها الوطنية إلا أننا نلاحظ على التعريف السابق ما يلي:

أن المشرع العراقي قد أغفل في صياغة التعريف عن فعل النقل وهي تعني اشتراك أكثر من شخص في عملية النقل على مراحل والتي تعطي صيغة في أن يكون شريكاً أو شركاء في الجريمة، كما اغفل عن عبارة استغلال حالة الضعف وهي تعني العجز عن توفير الشيء كمن يحتاج تأمين تكاليف العلاج لأطفاله وهو عاجز عن توفيرها فيضطر في هذه الحالة إلى بيع جزء أو أجزاء من أعضائه أو الدخول إلى وكر الدعارة، كما اغفل عن عبارة الاستعباد والممارسة الشبيهة بالرق بالرغم من أنها شائعة في أغلب الدول ومنها العراق.

كما أشار إلى عبارة نزع الأعضاء البشرية كنمط من الجرائم التي تطل الأشخاص مما يؤدي إلى إرباك القائمين على تطبيق القانون، فيخلط بين تطبيق هذا القانون وقانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم (85) لعام 1986م، في حين أشار المشرع الدولي إلى عبارة نزع الأعضاء"².

الفقرة الرابعة: التشريع الأردني

لقد عرف المشرع الأردني جريمة الاتجار بالبشر رقم (9) لعام 2009م في نص المادة رقم (3) من القانون بأنه "1- استقطاب أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بغرض استغلالهم عن طريق التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة ضعف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على هؤلاء الأشخاص، 2- استقطاب أو نقل أو إيواء أو استقبال من هم دون الثامنة عشر متى كان ذلك بغرض استغلالهم ولو لم يقترن هذا الاستغلال بالتهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من الطرق الواردة في البند (1) من هذه الفقرة، 3- وتعني كلمة الاستغلال "استغلال الأشخاص في العمل بالسخرة أو العمل قسراً أو الاسترقاق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء أو الدعارة أو أي شكل من أشكال الاستغلال الجنسي"³.

نلاحظ من خلال التعريف السابق أن المشرع الأردني حصر جريمة الاتجار بالبشر في استقطاب مجموعة من الأشخاص، وهذا يضعنا أمام تساؤل أنه لو تم استقطاب شخص واحد فقط هل تسقط جريمة الاتجار بالبشر؟، لذلك كان من باب أولى أن يضعه في بداية التعريف استقطاب شخص أو مجموعة من الأشخاص، وبالرغم من أنه قد اقتبس تعريف الاتجار بالبشر من البروتوكول إلا أنه لم يتقيد

¹ انظر نص المادة رقم (1/1) من القانون العراقي رقم (28) لعام 2012م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

² ماجد حاوي الربيعي. مرجع السابق، ص 36.

³ انظر نص المادة رقم (3) من القانون الأردني لمنع جريمة الاتجار بالبشر رقم (9) لعام 2009م.

به، حيث أن البرتوكول استخدم مصطلح تجنيد وليس استقطاب، كما أنه لم يضع في عين الاعتبار أن هذا البرتوكول واسع النطاق ويطبق على الصعيد الدولي، ولم يأخذ في عين الاعتبار ضرورة إجراء بعض التغييرات التي تتواءم مع طبيعة المجتمع الأردني.

الفقرة الخامسة: التشريع الفلسطيني

لقد انضمت دولة فلسطين إلى البروتوكول المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال لعام 2000م في عام 2017م، كما انضمت إلى الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2010م في عام 2013م، إلا أنه وحتى الوقت الحالي لا يوجد في دولة فلسطين قانون خاص بها لمكافحة الاتجار بالبشر.

إلا أن المشرع الفلسطيني تطرق إلى بعض الجزئيات التي تندرج تحت جريمة الاتجار بالبشر من خلال بعض القوانين الوطنية النازمة، مثل قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لعام 1936م في المواد من 151 إلى 152¹، وقانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م والذي تناول بعض العقوبات تحت عنوان الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب في المواد من 348 إلى 359 و الجرائم التي تمس المرأة في المواد من 331 إلى 347 والجرائم الواقعة على الحرية والشرف في المواد من 396 إلى 413²، وقانون العقوبات الأردني المعمول به في الضفة الغربية رقم (16) لعام 1960م في المادتين 309 و 389 و اللتين تناولتا البغاء والتسول³، والقرار بقانون رقم (6) لعام 2017م بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية والذي يحظر إجراء أي عمليات تمويل أو بيع أو شراء لأعضاء الجسم بمقابل مادي⁴، وقرار بقانون رقم (10) لعام 2018م المتعلق بشأن الجرائم الالكترونية الذي نص على أنه يخضع للعقاب كل من عمل على إنشاء موقع أو تطبيق حساب الكتروني يساهم من خلاله بنشر معلومات تكون الغاية منها الاتجار بالبشر أو الأعضاء البشرية⁵.

بالإضافة إلى قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لعام 2004م⁶، والقرار بقانون رقم (19) لعام 2012م بشأن تعديل قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لعام 2004م⁷، وقانون العمل الفلسطيني رقم (7) لعام 2000م الذي نص على تنظيم عمل الأحداث في المواد من 93 إلى 99⁸.

¹ انظر قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لعام 1936م.

² انظر المواد في قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م.

³ انظر المادة رقم (309) و المادة رقم (389) من قانون العقوبات الأردني رقم (16) لعام 1960م.

⁴ انظر المادة رقم (3) من قرار بقانون رقم (6) لعام 2017م بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

⁵ انظر المادة رقم (17)، من قرار بقانون رقم (10) لعام 2018م بشأن الجرائم الالكترونية.

⁶ انظر المواد في قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لعام 2004م.

⁷ انظر المواد في قرار بقانون رقم (19) لعام 2012م بشأن تعديل قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لعام 2004م.

⁸ انظر المواد من 93 إلى 99 من قانون العمل الفلسطيني رقم (7) لعام 2000م.

ويبقى السؤال الذي يراودني أنه لماذا توانى المشرع الفلسطيني عن تشريع قانون خاص لدولة فلسطين لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر؟.

علماً بأن جريمة الاتجار بالبشر طالت المجتمع الفلسطيني بشكل أصبح من الصعب التغافل عنه؛ حيث أن دولة فلسطين يحكمها وجود الاحتلال الإسرائيلي، فعلى سبيل المثال قد تأخذ جريمة الاتجار بالبشر في المجتمع الفلسطيني صورة الدعارة، وذلك من خلال دخول الفتيات الأجنيات عن طريق مطار الكيان الصهيوني، ومن ثم الدخول إلى أراضي الضفة الغربية عن طريق المعابر المختلفة، دون إعطاء أي اهتمام لموافقة السلطة الوطنية الفلسطينية على دخولهن، الأمر الذي ترتب عليه عدم القدرة على الوصول إلى إحصائيات دقيقة لمعدلات هذه الجريمة في الضفة الغربية.

ومن الجدير بالذكر أن انضمام فلسطين إلى البروتوكول قد يجعلها بصدد السير على نهج التشريعات العربية الأخرى التي اعتمدت تعريف البروتوكول في تشريعاتها الوطنية.

كما نرى من خلال التعريفات السابقة أن معظم التشريعات العربية اعتمدت على بروتوكول "باليرومو" في وضع تعريف لمفهوم جريمة الاتجار بالبشر، كما أن بعض الدول تتجه نحو تطوير وتعديل قانون الاتجار بالبشر، وذلك لزيادة معدلات هذه الجريمة التي ترجع أسبابها إلى زيادة معدلات الفقر والبطالة وسوء الأوضاع الاقتصادية والسياسية، بالإضافة إلى ذلك سوء استخدام التكنولوجيا ووسائل التواصل المختلفة التي أصبحت تعمل بطريقة ممنهجة لاستقطاب الأفراد ليكونوا ضحايا جريمة الاتجار بالبشر، لا سيما النساء والأطفال منهم.

ويقابل هذه التعديلات وجود بعض الدول التي منذ إصدارها قانون مكافحة الاتجار بالبشر لم تجر عليه أي تعديل أو تغيير، ومن وجهة نظري المتواضعة يعود ذلك إلى سببين أحدهما، أن جريمة الاتجار بالبشر في هذه الدول لم تصل إلى الحد الذي يستدعي إجراء تعديلات على القانون، فمن وجهة نظر بعض التشريعات العربية أن القانون المعمول فيه قد يكون كافياً للسيطرة على هذه الجريمة، والثاني أن هذه الدول لم تجر أي تعديلات على القانون، وذلك من قبيل التعتيم الإعلامي على هذه الظاهرة، بهدف عدم الإفصاح عن المعدلات التي وصلت إليها نسبة جريمة الاتجار بالبشر لديهم.

ومع ذلك، ونتيجة للأوضاع الاقتصادية والسياسية التي يعيشها معظم الدول في المنطقة العربية لا بد من إجراء التعديلات التي تهدف إلى زيادة مستوى المواجهة والردع لجريمة الاتجار بالبشر، ولعدم استهانة الأفراد بها، فالأوضاع السياسية المتأزمة التي شهدتها المنطقة العربية مؤخراً والتي سميت بثورات الربيع العربي، تمخض عنها وجود أعداد كبيرة من اللاجئين الذين اضطروا إلى مغادرة بلدانهم إلى دول أكثر أمناً واستقراراً، حيث أن هؤلاء اللاجئين غالباً ما يعانون من الفقر والأوضاع المعيشية السيئة التي قد تجبرهم على أن يكونوا ضحايا هذه الجريمة بطريقة أو بأخرى.

الخاتمة

شهد العالم في القرن الواحد والعشرين ثورة تكنولوجية ومعلوماتية كبيرة، أدت إلى تغيرات جذرية في العالم أجمع وفي منطقة الشرق الأوسط بشكل خاص، إذ أن هذه المنطقة متعطشة لكل ما هو جديد، ولكن هذا الانفتاح صاحبه الكثير من الظواهر التي ليست وليدة اليوم، وإنما لم تكن مطروحة بهذه الكثرة، كما سهل انتشارها وجود مجموعة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ومن أهمها انتشار الجريمة المنظمة بأشكالها المختلفة بشكل كبير، ووصولها إلى مختلف الفئات العمرية، نظراً للانفتاح الكبير الذي صاحبه العولمة والتطور التكنولوجي في وسائل الاتصال والتواصل.

لذلك، وبناءً على هذا الاستنتاج، فقد ينبثق عن هذه الدراسة دراسات أخرى تركز عليها، وتكون امتداداً لها، كدور مؤسسات المجتمع المدني في التصدي لظاهرة الاتجار بالبشر، أو دور وسائل الإعلام في التصدي لظاهرة الاتجار بالبشر على اعتبار أن وسائل الإعلام في الوقت الحالي أصبحت من أهم العوامل المؤثرة على الأفراد في المجتمع.

وتوصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، نذكر منها:

أولاً: النتائج

- 1- اهتم المجتمع الدولي والعديد من المنظمات الدولية والإقليمية بمكافحة الجريمة المنظمة ومنها جريمة الاتجار بالبشر، وذلك من خلال اتخاذ مجموعة من الإجراءات والتدابير الرامية للوقاية منها، ولقد توجت جهودهم من خلال إبرام بروتوكول الأمم المتحدة لمنع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام 2000م.
- 2- استندت معظم التشريعات العربية في وضع تعريف لها لظاهرة جريمة الاتجار بالبشر إلى بروتوكول باليرمو، مع توجه البعض نحو التوسع في المفهوم وجعله أكثر ملائمة وانسجاماً مع التشريعات الوطنية، كالمرشع المصري والمرشع الإماراتي الذي سار على نفس النهج.
- 3- تعتبر جريمة الاتجار بالبشر صورة مستحدثة للعبودية، فهي تتم بعدة طرق تستخدمها عصابات الاتجار بالبشر حسب الفئة المستهدفة، لذلك فقد اتخذ شكل الاستغلال الجنسي خاصة للنساء والأطفال، أو العمل القسري والسخرة، أو الاسترقاق وما شابه، أو الاتجار بالأعضاء البشرية.
- 4- تعددت أسباب ودوافع جريمة الاتجار بالبشر نتيجة التطور التكنولوجي والثورة المعلوماتية الحديثة التي شهدتها الدول مع بداية القرن الواحد والعشرين، وغالباً هذه الأسباب تكون وليدة البيئة التي يعيش فيها الأفراد، والتي تدفعهم إلى الانضمام إلى عصابات الاتجار بالبشر أو أن يكونوا أحد ضحاياها.

ثانياً: التوصيات

- 1- ضرورة توجه التشريعات العربية إلى مواكبة كل ما هو حديث في هذه الظاهرة بهدف إجراء التعديلات على قوانينها للحد من انتشار هذه الجريمة.
- 2- ضرورة توجه المشرع الفلسطيني إلى سن قانون لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر، وعدم الاكتفاء بالإشارة إلى هذه الظاهرة في بعض القوانين المعمول بها في الدولة.
- 3- ضرورة توعية أفراد المجتمع بمخاطر ظاهرة الاتجار بالبشر من خلال التثقيف الإعلامي بكافة وسائله المرئي والمسموع والمقروء، وذلك نظراً للدور الكبير الذي أصبحت تلعبه وسائل الإعلام في التأثير على الرأي العام.
- 4- ضرورة تخصيص مادة في المناهج الدراسية تولي اهتماماً في التوعية من أثار و مخاطر جريمة الاتجار بالبشر تشمل كافة المراحل التعليمية، بالإضافة إلى الحديث عنها من خلال وزارة الأوقاف ممثلة بالخطب في دور العبادة.

قائمة المصادر والمراجع

❖ الكتب

- إبراهيم محمد عبد العزيز. آليات المنظمات الاجتماعية الحكومية والأهلية في مواجهة مشكلة الاتجار بالأطفال، ط1، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 2014.
- أسماء أحمد الرشيد. الاتجار بالبشر وتطوره التاريخي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- أميرة محمد البحيري. الاتجار بالبشر وبخاصة الأطفال من وجهة النظر العلمية والنفسية والاجتماعية والقانونية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- حامد سيد حامد. العنف الجنسي ضد المرأة في القانون الدولي إطلالة موجزة عن مكافحته طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- راميا محمد شاعر. الاتجار بالبشر- قراءة قانونية اجتماعية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- رمضان عيسى الليموني. أمراء الاستبعاد الرأسمالية وصناعة العبيد، ط1، إصدارات إي- كتب، لندن، 2016.
- صلاح رزق يونس. جرائم الاستغلال الاقتصادي للأطفال: دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015.

- عبد القادر الشخيلي. جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- ماجد حاوي الربيعي. حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي (دراسة مقارنة مع التشريعات الوطنية)، ط1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، 2015.
- محمود شريف بسيوني. الجريمة المنظمة عبر الوطنية ماهيتها ووسائل مكافحتها عربياً ودولياً، ط1، دار الشروق، القاهرة، 2004.
- هاني عيسوي السبكي. الاتجار بالبشر دراسة مقارنة وفقاً للشريعة الإسلامية وبعض القواعد القانونية الدولية والوطنية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
- يوسف حسن يوسف. جريمة بيع الأطفال والاتجار بالبشر، ط1، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان، 2017.
- ❖ الرسائل الجامعية
- دلال ريمان الرميان. المسؤولية الجنائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2013.
- عبد الله إبراهيم الصادق. آليات مكافحة الاتجار بالبشر في ضوء القوانين السودانية والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، الخرطوم، 2018.
- ❖ المجالات والدوريات
- أسامة غربي. الاتجار بالأعضاء البشرية، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، الجزائر، عدد(5)، 2011.
- سلوى أحمد المرجي. نحو استراتيجية دولية وطنية لمكافحة الاتجار بالنساء، مجلة جامعة تكريت، العراق، مجلد(2)، عدد(6)، 2013.
- فايز محمد محمد. المواجهة التشريعية لمكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية: دراسة مقارنة في القانون المقارن والقانون الدولي لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية، جامعة الإسكندرية، مصر، عدد(2)، 2013.
- محمد احمد عيسى. الاتجار بالبشر في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، مجلد(4)، عدد(2)، 2012.
- محمد جميل النسور. الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية وسبل مكافحتها: دراسة تحليلية في ضوء التشريعات الدولية والوطنية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، مجلد(41)، 2014.

- محمد نواف الفواعرة. العمل ألقسري ما بين الترحيم الدولي والترحيم الوطني، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، مجلد(20)، عدد(3)، 2014.
- مهيبة نصيرة. جريمة الاتجار بالأشخاص وجريمة تهريب المهاجرين: دراسة مقارنة، مجلة دراسات، جامعة عمار ثلجي بالأغواط، الجزائر، عدد(65)، 2018.
- نوال مجدوب. الاتجار بالبشر كصورة من صور الإجرام المنظم، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، مجلة الكترونية، عدد(4)، 2018.
- ❖ الوثائق القانونية :
 - قرار بقانون رقم(10) لعام 2018م بشأن الجرائم الالكترونية في دولة فلسطين.
 - قرار بقانون رقم(6) لعام 2017م بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية في دولة فلسطين
 - القانون الاتحادي رقم(51) لعام 2006م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر المعدل بالقانون الاتحادي رقم(1) لعام 2015م في دولة الإمارات العربية المتحدة.
 - القانون العراقي رقم(28) لعام 2012م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في جمهورية العراق
 - قرار بقانون رقم(19) لعام 2012م بشأن تعديل قانون الطفل الفلسطيني رقم(7) لعام 2004م في دولة فلسطين.
 - الاتفاقية العربية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية لعام 2010م.
 - القانون المصري رقم(64) لعام 2010م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر في جمهورية مصر العربية.
 - القانون الأردني لمنع جريمة الاتجار بالبشر رقم(9) لعام 2009م في المملكة الأردنية الهاشمية.
 - اتفاقية مجلس أوروبا بشأن مكافحة الاتجار بالبشر لعام 2005م.
 - قانون الطفل الفلسطيني رقم(7) لعام 2004م في دولة فلسطين.
 - بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، لعام 2000م.
 - قانون العمل الفلسطيني رقم(7) لعام 2000م في دولة فلسطين.
 - قانون العقوبات الثوري لمنظمة التحرير الفلسطينية لعام 1979م في دولة فلسطين.
 - قانون العقوبات الأردني رقم(16) لعام 1960م في المملكة الأردنية الهاشمية.
 - الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق لعام 1956م.

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م.
- قانون العقوبات الفلسطيني رقم (74) لعام 1936م في دولة فلسطين.
- اتفاقية السخرة رقم (29) لعام 1930م.
- الاتفاقية الخاصة بالرق لعام 1926م.

أثر انتقال الكويت إلى نظام السجل العقاري العيني على التملك بدعوى الحيازة

The Impact of Kuwait's transition to the real estate registry system in the case of acquisition, on the grounds of possession

أ. هشام العبيدان، أستاذ منتدب لدى كلية الدراسات التجارية في الكويت

Hisham Al- Obaidan, Delegated Lecturer at the College of Business Studies - Kuwait

Abstract

Through this research, I try to remove the almost applied practical ambiguity about possession claim that leads to the ownership of Kuwaiti real estate. Possessor will have a title regardless of whether the original right of title is proven or not, or even the absence of a legal reason for possession from its basis.

The legal nature of this claim has become more ambiguous after Kuwaiti real estate system has come under the physical real estate registry system in accordance with *the Law No. 21 of 2019*.

Consequently, it was necessary to clarify the provisions related to possession claims in the light of the law of the register of 2019. Also to discuss the constitutional rules imposed by the Constitution of the State of Kuwait, in light of the same general rules and the principles relating to possession claim.

Key Words: *Possession Claim, Real Estate Title, Presumption of Ownership, Long Obsolescence, Personal Real Estate Registry, Physical Real Estate Registry.*

مُلخَص

نُحاول من خلال هذا البحث إزالة الغموض العملي شبه المُطْبِق حول دعوى الحيازة التي تُوَدِّي إلى تملك العقار الكويتي بمجرد مرور مدّة التقادم الطويل على حيازة العقار، ذلك بغضّ النظر عن ثبوت أصل الحق بالملكية من عدمه، أو حتى عدم وجود سبب قانوني للحيازة من أساسه.

وقد ازداد غموض الطبيعة القانونية لهذه الدعوى -وما إذا كانت نتیجتها ستُوَدِّي إلى نقل ملكية العقار- بعد أن باتت العقارات الكويتية تخضع لنظام السجل العقاري العيني بموجب القانون رقم 21 لعام 2019 فيما يخصّ توثيق العقارات والملكية العقارية.

وبالتالي فقد كان لزاماً توضيح الأحكام الخاصّة بدعوى تملك العقار بالحيازة، ذلك في ظلّ بقاء نفس القواعد العامة وأصول المرافعات الخاصّة بدعوى الحيازة نافذة على تملك العقار بدعوى الحيازة في الكويت، وفي ظلّ المبادئ الدستورية الخاصة بالملكية في الكويت.

الكلمات المفتاحية: دعوى الحيازة، الملكية العقارية، الحق العيني، حجية الملكية، أصل الحق بالملكية، التقادم الطويل، سجل الشهر العقاري الشخصي، السجل العقاري العيني.

مُقَدِّمة

يعني تملك العقار بالحيازة، مرور مدة التقادم الطويل على سيطرة الحائز للعقار مع ظهوره بمظهر المالك على مرأى ومسمع الجمهور، دون أن يُطالب المالك بحقه في هذا العقار؛ الأمر الذي يؤدي إلى قيام حق قانوني للحائز بالحفاظ على حيازته؛ خوفاً على الأمن العام، ذلك في الوقت الذي يحقّ فيه للمالك المطالبة باسترداد ملكه أمام القضاء قبل انقضاء مدة التقادم الطويل.

أم بعد انقضاء هذه المدة، فيحقّ للحائز المطالبة بنقل ملكية العقار لاسمه بموجب "الحق العيني" الذي اكتسبه الحائز على العقار بفعل سيطرته المادية عليه¹، وذلك عبر "دعوى الحيازة" *Adverse Possession* "Claims"²؛ بغرض التملك عبر الحيازة كما يُشيرُ جانب من الفقه³.

¹ د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968، الصفحة 209. بينما الحق الشخصي هو في حقيقته رابطة بين شخصين؛ ولذلك فلا يمكن تصور تملك الحق الشخصي بالتقادم. أنظر: المرجع السابق، الصفحة 211.

² Dunk, Thomas, The Best Approach to Adverse Possession, and the Decline of Factual Possession, The Conveyance and Property Lawyer, Vol. 80 (6), 2016, page 331.

³ Pawlowski, Mark and Brown, James, Adverse Possession and the Transmissibility of Possessory Rights – The Dark Side of Land Registration?, 2017, page 1. See:

https://gala.gr.ac.uk/id/eprint/16493/2/16493%20PAWLOWSKI_Adverse_Possession_2017.pdf (15-2-2020).

وقد بدأت حالات واقعية من القضايا تُطرح أمام القضاء الكويتي، تلك التي يهدف الحائز فيها إلى تملك العقارات عبر الحيازة¹.

وتكمن حلقة الوصل بين دعوى الحيازة ونظام السجل العقاري في مدى حجية الملكية الناتجة عن تسجيل العقار في هذا السجل، فالعقار ليس منقولاً لا مالك له أو شيئاً متروكاً²؛ ولذلك إذا كانت حجية الملكية غير مؤكدة في السجل، فيمكن حينئذٍ الحديث عن التملك بالحيازة. أمّا إن كانت حجية الملكية مطلقة فلا يمكن نشوء أي حق عيني على العقار إلاّ للمالكه المسجّل؛ لأنّ قيام أي شخص بالسيطرة على العقار يُعتبر استيلاءً غير مشروعاً وخرقاً لحق الملكية العيني ذو الحجية المطلقة.

وبناءً عليه، تحظى قواعد السجل العقاري بأهمية بالغة الأثر على الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي في الدولة، هذا إلى جانب أنّها تؤثر في مستوى اقتناع الناس بقوة سلطة الدولة وقدرتها على حفظ الحقوق.

وذلك ببساطة لأنّ العقار هو مال غير منقول ذو قيمة باهظة جداً قد لا يستطيع الشخص تعويضها إن ضاعت، وهو الأمر الذي سيقوده نحو التشرد أو عدم الاستقرار على أقل تقدير من جهة، كما أنّه يُشكل بالنسبة للمواطن حلقة الارتباط بالدولة التي ينتمي الشخص إليها من جهة أخرى.

وبالتالي، فقد كان لا بدّ على الدولة أن تحفظ حق الملكية العقارية بشكلٍ دقيقٍ وصارمٍ في آن معاً، وعلى هذا نرى الدول تأخذ على عاتقها مسألة مسك السجلات العقارية بكل جدية وانتظام، ثم توثيق التعاملات الجارية عليه.

ويسمح نظام سجل الشهر العقاري الشخصي في الكويت بتشكيل قلق كبير لمالكي العقارات؛ حيث إنّ هذا النظام النافذ بفعل المرسوم رقم 5 لعام 1959 قد أثبت عدم انضباطه بشكلٍ تامّ، ذلك كما سبق وأن أظهر تطبيقه ذات النتائج في مصر؛ وذلك لأنّه يركّز في التوثيق العقاري على شخصية المالك والعقود التي يُجرىها على العقار، ثم على المالك التالي وهكذا³.

ونتيجةً لذلك، فلم يحظر نظام الشهر العقاري الشخصي في الكويت تملك العقارات الواردة فيه بالحيازة بعد مرور مدة التقادم الطويلة، حتى على العقارات الواردة في سجلات هذا النظام.

¹ لازم، أحمد، مواطن يتقدم بدعوى لوضع اليد على 131 عقاراً في الكويت - يطالب بإثبات ملكيته بالتقادم كون أصحابها لا يعلمون عنها شيئاً، جريدة الرأي الكويتية، 18 سبتمبر 2012. أنظر:

<https://www.alraimedia.com/Home/Details?Id=78dd1c44-0f64-4769-94ed-6a37621e0b0b> (15-2-2020).

² د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968، الصفحات من 17 إلى 25.

³ أي أنّ الغاية من السجل الشخصي هذا تنحصر في شهر التصرفات التي يُجرىها المالك على العلن وإسباغ الصفة الرسمية عليها دون ضمان سلامة الملكية، الأمر الذي لا يمنح قيود السجل القوة الشكلية الكافية لحماية المالك والغير حسن النية؛ حيث إنّ نظام شهر العقود لا يترافق عادةً مع قواعد شكلية صارمة تفرض قوة إثبات قطعية لقيود السجل بل مجرد قواعد تكفل شهر العقود التي يطلب أطرافها شهرها.

وكان لا بدّ في ظلّ الخطة التنموية الكبرى "كويت جديدة 2035" تصحيح كافة الأوضاع القانونية التي تشكل قلقاً اجتماعياً للمواطنين، وحرصاً استثمارياً للأجانب الراغبين بالاستثمار في الكويت؛ الأمر الذي فرض على المشرع الكويتي تغيير نظام الشهر العقاري الشخصي.

وبالفعل، فقد صدر القانون رقم 21 لعام 2019 بغاية الانتقال نحو نظام السجل العقاري العيني، وكان نتيجة هذا الانتقال أنّ السجل العقاري سيَعتمد على خريطة المناطق المساحية لكامل المدن في الدولة بغاية توثيق مواصفات العقارات، ثم قيد تسلسل الملكية القائمة عليها؛ الأمر الذي يعني الانتقال نحو منح قيود السجل العقاري القوة الإثباتية القطعية تجاه الجميع، وهو ما يترافق عادةً مع حظر تملك العقار بالحيازة مهما مرّ الزمن؛ نتيجة وجود حجية علنية مطلقة لملكية العقارات في ظلّ نظام السجل العيني.

وبناءً عليه، فإننا سنعالج أفكار دعوى الحيازة من منظور تغير أحكام السجل العقاري في الكويت من نظام الشهر العقاري الشخصي إلى السجل العيني.

أهداف البحث

يهدف البحث بشكل أسامي إلى:

1. تحليل النصوص الحاكمة لدعوى الحيازة وفق القواعد العامة ونظام الشهر العقاري الشخصي الكويتي، وتكييف طبيعة هذه الدعوى ومدى دستورتيتها في ظلّ هذا النظام.
2. تحليل التغييرات في القواعد العقارية التي تمسّ دعوى الحيازة وفق نظام السجل العيني، وتكييف طبيعة قواعدها في هذا النظام، والخروج بنتيجة توضح مدى إمكانية قيام دعوى الحيازة في ظلّ هذا النظام.
3. توضيح أثر انتقال الكويت من نظام الشهر العقاري الشخصي إلى نظام السجل العقاري العيني على تملك العقارات بدعوى الحيازة من حيث الأثر الواقع بالفعل، ومن حيث الأثر الذي كان يجب أن يقع.

أهمية البحث

يحظى البحث بأهمية استثنائية، ليس فقط من باب أنّه يُعالج إشكالية اجتماعية واقتصادية تمسّ بالاستقرار الأهلي الخاص بالملكية العقارية نتيجة بدء اصطيد العقارات المتروكة وحيازتها فقط في الكويت¹، بل لأنّ الكويت تعيش حالياً مرحلة عقارية انتقالية وحسّاسة، سيتمّ فيها إنشاء مخطّطات مساحية جديدة؛ وبالتالي فإنّ ضرورة الانتقال نحو نظام عقاري قانوني عادل وناجح ومتوافق مع دستور الدولة يبلغ من درجات الأولويات الدرجة الأولى، في حين يبدو تملك العقار بالحيازة أحد العقبات في وجه هذا الانتقال.

¹ أحد صيادي العقارات المهجورة يدعي ملكية أراضٍ ومنازل بقيمة 350 مليون دينار، من يهجر أملاكه 15 عاماً.. يمتلكها غيره.. بالقانون!!، جريدة الوطن الكويتية، بتاريخ 2-3-2013.

إشكالية البحث

يمكن اختصار إشكالية هذا البحث بالتساؤل التالي:

"هل يصحُّ أن تمنح دعوى الحيازة ملكية العقار رغم انتقال الكويت من نظام الشهر العقاري الشخصي إلى نظام السجل العيني؟"

منهج البحث

تعمد دراستنا على المناهج التالية:

1. المنهج التحليلي النقدي لقواعد دعوى الحيازة؛ حيث سنعالج النصوص القانونية بطريقة الانتقال من النص العام إلى التفاصيل بغرض تحديد ثغرات هذه النصوص وعيوبها.
2. المنهج الاستقرائي بغرض تكييف هل إنَّ الحيازة هي سبب من أسباب الملكية أم قرينة عليها، وأثر حجية الملكية على دعوى الحيازة وفق كل من نظام الشهر العقاري الكويتي ثم السجل العيني الجديد في الكويت؛ وذلك عبر الانتقال من الجزئيات التي استخرجناها من التحليل إلى النتائج العامة التي ستحدد الطبيعة القانونية لدعوى الحيازة في ظلِّ النصوص القانونية النافذة، وتوضح أثر طبيعة الحيازة وحجيتها على تملك العقارات عبر الحيازة في كل من نظام الشهر الشخصي ثم العيني للعقارات.
3. المنهج التأصيلي بغرض تحديد مدى دستورية هذه القواعد؛ وذلك عبر استقراء الأفكار والجزئيات الخاصة بالأفكار القانونية، ثم الخروج بمبدأ عام يُعلن عن دستورية أو عدم دستورية تملك العقارات بدعوى الحيازة في ظلِّ كل من نظام الشهر العقاري الشخصي ثم السجل العقاري العيني.

مُخطَّط البحث

حتى نصل إلى أقصى درجات الوضوح بخصوص أثر انتقال الكويت نحو السجل العقاري العيني، علينا دراسة القواعد العامة لدعوى الحيازة أولاً، ثم دراسة القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيازة في ظلِّ نظام الشهر الشخصي ثانياً، وأخيراً القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيازة في ظلِّ السجل العيني ثالثاً، وذلك وفق المخطط التالي:

المبحث الأول: القواعد العامة لدعوى الحيازة في القانون الكويتي

المبحث الثاني: القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيازة في ظلِّ نظام الشهر العقاري "الشخصي"

المبحث الثالث: القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيازة في ظلِّ السجل العقاري "العيني"

المبحث الرابع: بين الآثار المتوقعة والواقعة من انتقال الكويت إلى السجل العيني فيما يتعلَّق بدعوى الحيازة.

المبحث الأول

القواعد العامة لدعوى الحيازة في القانون الكويتي

تنقسم القواعد العامة لدعوى الحيازة في القانون الكويتي إلى: القواعد المنصوص عليها في القانون المدني أولاً، ثم في قانون المرافعات المدنية والتجارية ثانياً.

المطلب الأول

موقف القانون المدني الكويتي من دعوى الحيازة بالارتباط مع نظام الشهر العقاري

سنرى ماهية الحيازة أولاً، ثم نبحث في فكرة حيازة العقار طيلة مدة التقادم الطويل ثانياً، وأخيراً نناقش الحيازة كقرينة على الملكية أو كسبب لاكتسابها ثالثاً.

أولاً: ماهية الحيازة

لقد جاء القانون المدني الكويتي بتعريف "الحيازة" في هذا السياق، فعرفها بأنها: "... سيطرة شخص، بنفسه أو بواسطة غيره، على شيء مادي، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، بأن يُباشِرَ عليه الأعمال التي يُباشِرُها عادةً صاحب الحق"¹. وقد كان الفقه الأمريكي عملياً أكثر في تعريفه للحيازة، فقال أنها: "انتقال الملكية دون مقابل"²؛ فتكون الحيازة هنا سند الحق العيني الذي ينتج عنه انتقال الملكية.

وقد أكد العلامة السنهوري بحق على أن الحيازة ليست حقاً بحد ذاتها؛ بل هي واقعة مادية بسيطة تؤدي لاكتساب الحق العيني، وترخي آثارها تبعاً لذلك³، ثم سار جانب من الفقه العربي في هذا المسار مُعتبراً الحيازة "حالة واقعية"⁴، وهذه الحالة هي سندُ دعوى الحيازة⁵.

ويبدو أن الشخص الذي يدعي بملكية العقار بالحيازة يجب أن يستبق دعواه بإثبات عناصر الحيازة التي تؤول إلى المساس بالملكية، وهي:

¹ المادة 905، القانون المدني الكويتي. أنظر أيضاً: د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 992.

² "... *adverse possession, in which title to property may change hands without compensation*". See: Roth, M. Garrett, Reconciling Competing Systems of Property Rights through Adverse Possession, *Libertarian Papers*, Vol. 10, No. 1, 2018, page 113.

³ د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 785.

⁴ فاضل، أسماء سعدون، انتقال الحيازة وحمايتها في القانون المدني العراقي، مجلة مداد الآداب، العدد 13، عام 2017، الصفحة 453.

⁵ للمزيد من الاطلاع على نظرية الدعوى المدنية في قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، أنظر: عبد الفتاح، عزمي، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، 2011، الصفحة 11 وما بعد.

1. السيطرة على العقار¹، بالذات أو بالواسطة (العنصر المادي)²؛ وذلك عبر ممارسة التصرفات التي يُمارسها صاحب الحق، والتي يجب أن تكون أعمالاً مادية وفق المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي: "كالبناء على الأرض أو إحداث تعديلات في الشيء أو المرور في أرض الجار، أما التصرفات القانونية كالبيع والتأجير فلا تكفي بذاتها للدلالة على السيطرة"³. فإذاً، الحائز هو ذلك الشخص المسيطر على العقار بشكل مستمر⁴ طيلة فترة التقادم الطويل التي تسبق دعوى الحيازة.

2. الظهور بمظهر المالك⁵ (العنصر المعنوي)⁶؛ فالحارس أو الوكيل أو المندوب أو المستأجر، وغيرهم من الحائزين العرضيين لا يمكن يُطلق عليهم وصف: الحائز⁷؛ لأنهم لا نيّة لديهم في التملك، في حين أنّ الحيازة هي بالأساس النيّة التي تمنح سند الملكية كما أشار جانب من الفقه الإنكليزي⁸. كذلك لا يمكن أن تفضي الحيازة إلى الملكية إن كانت واقعة الحيازة تنحصر ببعض الأعمال التي يتسامح معها المالك⁹، فهي لا تُعتبر حيازةً؛ لأنّها لا تدلّ على وجود عنصر القصد المعنوي لاكتساب الحق، فالحائز يعرف أنّ المالك يتسامح معه صراحةً أو ضمناً، فلا يمارس الحائز حينئذٍ تعدياً على الملكية بل حيازةً ماديةً مُتجذّدةً من قصد الظهور بمظهر صاحب الحق¹⁰، وتُعتبر الحيازة في هذه الحال معيبةً بالغموض وغير ذات أثر¹¹؛ فمن شروط الحيازة الهدوء والوضوح¹².

¹ أو "وضع اليد". أنظر: صاعو، عبد الإله، دعاوى الحيازة، مجلة منازعات الأعمال، العدد 24، مايو 2017، الصفحة 202.

² فاضل، أسماء سعدون، مرجع سابق، الصفحة 459.

³ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة 905. أنظر في قضاء محكمة التمييز الكويتية:

الطعن رقم 116، جلسة 16-3-1983.

الطعن رقم 218، جلسة 29-5-1985.

الطعن رقم 171، جلسة 2-4-1989.

⁴ عينيوسي، غدير، خصوصية دعوى الحيازة "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، نوقشت عام 2015، الصفحة 25.

⁵ فيقول الحائز عن العقار: "ملي"، ويقول الناس: "ملك فلان (أي الحائز)". أنظر: المرجع السابق، الصفحة 203.

⁶ فاضل، أسماء سعدون، مرجع سابق، الصفحة 459.

⁷ نوري، إيمان يوسف، التنظيم القانوني لاكتساب ملكية عقار غير مسجل، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد 3، مارس/أذار 2018.

⁸ Nicol, Michael, The Fiction of Adverse Possession: an alternative conceptualisation of the right to control land, thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy PhD, Lancaster University, 2017, page 282.

⁹ المادة 907، القانون المدني الكويتي.

"فالتسامح يفيد الترخيص من المالك، وبالتالي لا يمكن القول إن من يباشر هذه الأعمال يظهر بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، فلا يعتبر حائزاً من يمر من أرض جاره تسامحاً من الجار مراعاةً منه لما يقتضيه الجوار من حسن العلاقات بين الجيران ولا يعتبر حائزاً الابن الذي ينتفع بملك أبيه تسامحاً من الأب وهكذا". أنظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة 907.

¹⁰ د. السهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحات 820 إلى 823.

¹¹ د. السهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 859.

¹² عينيوسي، غدير، مرجع سابق، الصفحة 27 و28.

3. مباشرة أعمال صاحب الحق؛ مثل التأجير أو جمع الثمار أو غير ذلك من النشاطات التي لا يصح أن يقوم بها سوى المالك، وذلك بشكل مترافق مع السيطرة المادية. ويرى جانب من الفقه الأمريكي أن مباشرة هذه الأعمال يجب أن تكون دون موافقة المالك؛ أي بالمخالفة لإرادته¹، وليس فقط أن تكون عنيةً وهادئةً ومستمرةً بعلم المالك.

ولكن أركان الحيابة هذه وإن توافرت فلا أثر لها على عقارات الدولة² أو الأموال الوقفية³؛ فلا يمكن الادعاء بملكية هذه العقارات مهما مرّ الزمن على حيازتها والسيطرة عليها وعلى الرغم من الظهور بمظهر المالك خلال هذه الحيابة.

ثانياً: حيابة العقار طيلة مدة التقادم الطويل

لقد شرح القانون المدني الكويتي واقعة الحيابة التي تؤدي إلى الملكية بانقضاء مدة التقادم الطويل كما يلي: "مَنْ حاز عقاراً أو منقولاً، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، واستمرّت حيازته مدة خمس عشرة سنة، اعتبرت حيازته دليلاً على الحق، ويُحكّم له به، إذا أنكرَ حقّ الغير فيه وأدّعاؤه لنفسه، ولو لم يُبين سبب كسبه"⁴؛ ويبدو ظاهراً أن التقادم المقصود بمرور 15 عاماً على الحيابة هو التقادم المكسب للحق العيني بعد انقضاء مدة التقدم على حيابة العقار، دون إصابتها بأي عيب من عيوب الحيابة كالانقطاع أو الخفاء أو الإكراه أو الغموض في عنصر القصد⁵، حيث يرتبط التقادم المكسب بالحيابة⁶.

ويبدو من هذه المادة الأركان التالية لاكتساب ملكية العقار بالحيابة:

1. الحيابة المترافقة بمظاهر سيطرة المالك.
2. مرور مدة التقادم الطويل؛ أي 15 سنة.

ويمكننا طرح مثال عن هذه الحالة، كأن يقوم الحائز بالجلوس في مجلس جاره مع حمله لمفاتيح المجلس بشكل مستمر لمدة 15 عاماً، فلا يحق له تملك المجلس بالتقادم؛ لأن مالكة قد تسامح مع جاره في إدارة المجلس بغرض استضافة ضيوفهما حفاظاً على حسن الجوار، كما أن الحائز لم تكن لديه نية الاعتداء على ملك جاره في هذه الحالة لأنه يعلم أن جاره قد تسامح معه.

¹ "The legal doctrine of adverse possession is recognized in most western jurisdictions. The doctrine enables the transfer of legal title to property upon the fulfillment of certain conditions, one of which is that the property should have been occupied without the owner's consent". see: Stern, Shai, David Against Goliath: The Distributive Justification for the Adverse Possession Doctrine, New Perspectives on Acquisitive Prescription, 2019, page 159.

² التي تعدّ جزءاً من الأموال العامة أو "الدومين العام". أنظر: د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 998.

³ المادة 906، القانون المدني الكويتي.

⁴ المادة 935، القانون المدني الكويتي.

⁵ د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 840.

⁶ د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968، الصفحة 995.

3. إنكار حق المالك الأصلي استناداً على انقضاء مدة التقادم مع استمرار الحيازة؛ أي إنكار حق المالك المُسجَّل في السجل العقاري بالنظر لواقعة استمرار الحيازة وليس بالاستناد على وجود أصل الحق أو عدمه¹.

والقاعدة الأهم في هذا الخصوص هو عدم إلزام الحائز ببيان السبب المشروع لاكتساب الحيازة؛ فالسيطرة على العقار بالحيازة المادية لمدة 15 عاماً تمنح الحائز المستولي على العقار حق المطالبة بنقل الملكية لاسمه استناداً على هذه الحيازة فقط. فهل الحيازة والحال كذلك قرينة على الملكية أم سبب لاكتسابها؟

ثالثاً: الحيازة قرينة على الملكية أم سبب لاكتسابها؟

تكون واقعة الحيازة في القوانين الوضعية سبباً لاكتساب الملكية بعد انقضاء التقادم الطويل، ذلك حتى وإن كانت بسوء نية كما ذكر العلامة السنهوري²، وكما أكد عليه جانب من الفقه العربي بكل صراحة³، وهذا ما نرى أنه سيؤدي إلى ما يسميه جانب من الفقه الكندي بـ: "الملكية غير مستقرة" "*Precarious Property*"⁴. ولكن هل يمكن اعتبار واقعة الحيازة قرينة على الملكية أم سبباً لاكتسابها وفق القانون المدني الكويتي؟ فهل تعتبر واقعة الحيازة سبباً لدعوى الملكية أم مجرد دليلاً يُساق فيهما؟

نستطيع القول مبدئياً أن الفقه الإسلامي قد رفض فكرة أن تكون الحيازة كواقعة مادية منفصلة عن الحق سبباً لاكتساب الملكية، إلا أن الفقه المالكي أجازها أساساً ادعاء الحائز بأنه هو المالك، عندها لا تُسمع دعوى خصمه⁵. وهذا ما أكّدت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي على اعتبار أن المشرع الكويتي لم يعتبر الحيازة سبباً لاكتساب الملكية⁶؛ وهذا ما يعني أن انتفاء الحيازة يتوازى مع عدم إثبات الدعوى وليس انعدام الحق⁷.

¹ أنظر في الفرق بين الملكية عبر الحيازة وبين الملكية الناشئة عن القيد الأول للملكية لدى: البديري، علي، القيد الأول، مجلة أهل البيت، العدد 8، عام 2009، الصفحة 349.

² د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 984.

³ سليمان، مصطفى ويوسف، جلول، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، نوقشت عام 2014، الصفحة أ.

⁴ Blomley, Nicholas, Precarious Territory: Property Law, Housing, and the Socio-Spatial Order, Antipode Journal, Vol. 0, 2019, page 1.

⁵ حتى أن الفقه الإنكليزي قد أكّد على الوثائق التي تربط بين تسجيل الملكية وحق الملكية وليس الحيازة، واعتبر أن التملك عبر الحيازة هو الجانب المظلم من سوق العقارات. أنظر:

"where title is registered, the basis of title is primarily the fact of registration rather than possession". See: Pawlowski, Mark and Brown, James, op. cit., page 16.

⁶ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة رقم 935.

⁷ فيما يتعلّق بقيام الحق في الدعوى المدنية وفق القانون الكويتي، أنظر لدى: عبد الفتاح، عزمي، مرجع سابق، الصفحة 37.

وقد ذكر المشرع الكويتي جملة: "اعتُبرت حيازته دليلاً على الحق"¹ التي توحي من الناحية السطحية بأنّ الحيازة هي قرينة إثبات للملكية وليست سبباً لاكتسابها، وعلى هذا سار قضاء محكمة التمييز الكويتية². وقد استكملت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني شرحها، حيث ذكرت نص المادة (518) من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك كما أعدته اللجنة التحضيرية الخاصة بتقنين الشريعة الإسلامية تحت إشراف مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة، التي نصّت على أنه: "مَنْ حَازَ عَقَارًا أَوْ مَنْقُولًا مَدَّةً يَقْضِي الْعَرَفَ بِأَنَّ الْحِيَازَةَ فِيهَا حِيَازَةٌ لِمَلِكٍ، فَإِنَّهُ يَسْتَحَقُّهُ وَلَا تُسْمَعُ مَعَهَا دَعْوَى مَنْ يُنَازِعُهُ فِي مَلَكَتِهِ لَهُ وَلَا بَنِيَّتِهِ...". ولكن في غير المذهب المالكي ما يزال سبب حيازة الحائز محل اعتبار وليس عنصراً ساقطاً من التزامات الحائز على عكس ما ذكرت المادة 935 من القانون المدني الكويتي: "... وَيُحَكَّمُ لَهُ بِهِ (الحق)، إِذَا أَنْكَرَ حَقَّ الْغَيْرِ فِيهِ وَأَدَّعَاهُ لِنَفْسِهِ، وَلَوْ لَمْ يُبَيِّنْ سَبَبَ كَسْبِهِ"³؛ وذلك لأنّ الكثير من الفقه الإسلامي - عدا المالكي - يرفض فكرة منح الملكية للحائز لسبب غير شرعي كالاستيلاء بسوء نيّة مثلاً⁴.

فإن قمنا باستقراء العناصر الجزئية من قواعد القانون المدني السابقة جميعاً، سيبدو لنا واضحاً أنّ المشرع الكويتي قد اقترب من اعتبار الحيازة سبباً لاكتساب الملكية وليس قرينةً عليها من حيث روح النص القانوني.

وذلك بشكل أساسي لأنّ الحائز غير ملزم ببيان سبب حيازته على العقارات التي يتمّ نقل ملكيتها عبر نظام الشهر العقاري الشخصي؛ فقد يكون غاصباً للعقار بالقوة وليس لحيازته أي سند شرعي أو قانوني، ورغم ذلك تنتقل الملكية إليه بعد مرور مدة التقادم، وهو ما يرفضه جل الفقه الإسلامي كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي⁵.

¹ المادة 935، القانون المدني الكويتي.

² "من المقرر أن حيازة العقار والظهور عليه بمظهر المالك مدة خمس عشرة سنة يُعتبر قرينة شرعية وقانونية على ملكية الحائز...". أنظر: محكمة التمييز الكويتية:

الطعن رقم 233، جلسة 2000-10-9.

الطعن رقم 118، جلسة 2009-2-4.

³ المادة 935، القانون المدني الكويتي. أنظر أيضاً: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة 935.

⁴ جاء في شرح المادة 935 من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي: "يَشْتَرَطُ أَنْ يَنْكُرَ الْحَائِزُ، عِنْدَ الْمُنَازَعَةِ، حَقَّ الْغَيْرِ وَيَدْعِي الْحَقَّ لِنَفْسِهِ وَلَوْ لَمْ يَبَيِّنْ سَبَبَ كَسْبِهِ لِهَذَا الْحَقِّ، وَهَذَا الشَّرْطُ هُوَ الَّذِي يَبْرُزُ الْفَارِقَ الْجَوْهَرِيَّ بَيْنَ النِّزَاجِ الْإِسْلَامِيِّ وَالنِّزَاجِ الْوَضْعِيَّةِ. وَلَا خِلَافَ بَيْنَ فُقَهَاءِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ فِي ضَرُورَةِ ادِّعَاءِ الْحَائِزِ أَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ وَلَكِنَّمِ اخْتَلَفُوا فِي مَطَالِبَتِهِ بَيَانِ سَبَبِ تَمَلُّكِهِ، وَقَدْ أَخَذَ الْمَشْرُوعُ بِمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ مَشْرُوعُ تَقْنِينِ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ عَلَى مَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ مِنْ أَنَّهُ يَشْتَرَطُ أَنْ يَدْعِيَ الْحَائِزُ حِينَ الْمُنَازَعَةِ مَلَكَتَهُ لِلشَّيْءِ الْحَازِ وَلَوْ لَمْ يَبَيِّنْ سَبَبَ الْمَلَكَتِ، وَذَكَرَتْ اللَّجْنَةُ الَّتِي وَضَعَتْ الْمَشْرُوعَ أَنْ مَا جَرَى عَلَيْهِ (مَنْ أَنَّهُ لَا يَشْتَرَطُ بَيَانِ سَبَبِ الْمَلَكَتِ هُوَ الْقَوْلُ الْمَعْتَمَدُ لِلِاسْتِغْنَاءِ عَنْ بَيَانِهِ بِدَلَالَةِ الْحِيَازَةِ عِلْمًا وَقِيلَ لَا بَدَّ مِنْ بَيَانِ سَبَبِهَا)".

⁵ المرجع السابق.

وسنرى كيف قام قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي بالفصل التام بين الحيابة كواقعة مادية وبين حق الملكية الأصلي في دعوى الحيابة، وأثر ذلك على التملك بالحيابة.

المطلب الثاني

موقف قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي من دعوى الحيابة

بالارتباط مع نظام الشهر العقاري

سنرى تفريق قانون المرافعات الكويتي بين واقعة الحيابة وحق الملكية الأصلي أولاً، ثم نناقش كون الحيابة قرينة على الملكية أم سبب لاكتسابها في قانون المرافعات ثانياً.

أولاً: بين واقعة الحيابة وحق الملكية الأصلي

بعد أن قام القانون المدني الكويتي بتحديد ماهية الحيابة وشرح واقعة حيابة العقار التي تفضي إلى الملكية، قام المشرع الكويتي بتحديد قواعد التقاضي الخاصة بدعوى الحيابة عبر قانون المرافعات المدنية والتجارية.

حيث جاء في هذا القانون القاعدة الأكثر أهمية على الإطلاق بخصوص دعاوى الحيابة ومنها دعوى الحيابة بغرض التملك بعد انقضاء مدة التقادم الطويل، وهي أنه:

"لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيابة بينها وبين المطالبة بالحق والأ سَقَطَ ادِّعَاؤُهُ بِالْحِيَابَةِ. وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَدْفَعِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ دَعْوَى الْحِيَابَةِ بِالْإِسْتِنَادِ إِلَى الْحَقِّ. وَلَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ بِالْحَقِّ قَبْلَ الْفَصْلِ فِي دَعْوَى الْحِيَابَةِ وَتَنْفِيذِ الْحُكْمِ الَّذِي يَصْدُرُ فِيهَا إِلَّا إِذَا تَخَلَّى بِالْفِعْلِ عَنِ الْحِيَابَةِ لْخَصْمِهِ. وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ فِي دَعْوَى الْحِيَابَةِ عَلَى أَسَاسِ ثَبُوتِ الْحَقِّ أَوْ نَفْيِهِ"¹.

يمكننا استنتاج الأحكام التالية من هذا النص:

1. عدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة والملكية²؛ فيبدو لنا أنّ دعوى الحيابة مستقلة في طبيعتها عن دعوى أصل الحق، وتتنافى معها أيضاً؛ أي أنّ المدعي لا يمكن أن يكون حائزاً ومشترياً في آنٍ معاً خلال ادعاء قضائي واحد، حيث إنّ الحائز يستند على حقه النابع من واقعة استمرار الحيابة طيلة فترة التقادم الطويل، بينما المشتري يستند على انتقال أصل الحق إليه بفعل واقعة الشراء. فإن كان المشتري ذاته حائزاً للعقار، ثم أقام دعوى تثبتت شراء استناداً على عقد بيع، فإنّه يخسر لا محالة حقه بالمطالبة بنقل الملكية إليه استناداً على واقعة الحيابة؛ لأنّ دعوى الحيابة ليست فقط مستقلة عن دعوى أصل الحق، بل تتنافى معها أيضاً.

¹ المادة 3، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

² د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 956. أنظر أيضاً: صاعو، عبد الإله، مرجع سابق، الصفحة 207.

2. أمّا إن كان المدعي بالحيازة الذي يُنكرُ حق المالك، قد أظهر الرغبة بالادعاء بأصل الحق، فهنا؛ وحرصاً على أصل الحق، فإنّه يجوز للمدعي قديماً بالحيازة وحديثاً بأصل الحق أن يُطالب بحقه، ولكن بشرط أن يتنازل عن الحيازة لخصمه عبر تخليّيه عن الحيازة لخصمه فتزول الحيازة عنه¹؛ وهكذا يعود النقاش لأصل الحق بغض النظر عن مسائل الحيازة والتقدم.

3. إنّ ثبوت أصل الحق لا أثر له في دعوى الحيازة؛ بما يعني أنّ ثبوت شراء الشخص المدعي بالحيازة للعقار لا يعني شيئاً إن كان قد أسّس دعواه على الحيازة في الوقت الذي كان قد حاز العقار لمدة 14 سنة فقط، أو أنّه حاز هذا العقار لمدة 15 سنة إلاّ أنّه لم يَظهرُ بمَظهر المالك؛ ففي هذه الحالات يخسر المدعي بالحيازة دعواه.

ثانياً: الحيازة قرينة على الملكية أم سبب لاكتسابها في قانون المرافعات؟

باستقراء النتائج المستخرجة عن نص المادة 3 من قانون المرافعات الكويتي المذكور، نستطيع القول بأنّه لا يمكن أن تكون الحيازة قرينة على الملكية وفق قانون المرافعات برأينا؛ لأنّ دعوى الحيازة تتنافى مع المطالبة بأصل الحق بالملكية، بل يُطالب الحائز في دعوى الحيازة بتثبيت الحيازة كأمر واقع قادر على منح الملكية إليه؛ وهكذا يبدو لنا اعتماد الحيازة من المشرع كسبب لاكتساب الملكية بأوضح صورة.

ويبدو لنا أيضاً أنّ الفصل التام بين واقعة الحيازة وبين الحق الأصلي وفق المشرع الكويتي قد أدّى إلى الربط بين الحيازة في حالة التقدم الطويل وبين اكتساب الملكية وليس إثباتها كقرينة؛ فإن كانت الحيازة التي تُفضي إلى الملكية بالتقدم قرينة على الملكية، لكان الدليل على أصل الحق دليلاً صحيحاً في دعوى الحيازة، وهو أمر غير ممكن وفق قانون المرافعات عندما نصّ على أنّه: "وكذلك لا يجوز الحكم في دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه"².

وبخصوص دعوى تملك العقار بالحيازة بعد انقضاء مدة التقدم الطويل، فنرى أنّ أحكام دعوى الحيازة هذه قد جاءت نتيجة اضطرار المشرع الكويتي لعدم اعتبار الملكية الصادرة عن السجل العقاري الشخصي ملكية مطلقة من حيث الحجية؛ فالحائز على عكس بيانات السجل الشخصي لا يُعتبر دائماً مستولياً على العقار. إلاّ أنّ المشرع قد خاطر بحقوق المالك في حال استيلاء الحائز على العقار دون سبب قانوني، وذلك أدى إلى احترام واقعة الحيازة إلى الدرجة التي باتت فيها أقرب لأن تكون سبباً للملكية العقارية.

¹ السهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 897.

² المادة 3، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

المبحث الثاني

القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيازة في ظلّ نظام الشهر العقاري "الشخصي"

صدر في الكويت المرسوم رقم 5 لعام 1959 الخاص بقانون التسجيل العقاري، وقد جاءت أحكامه على أساس نظام الشهر العقاري الشخصي الذي يستند على شخصية المالك وليس عين العقار؛ فالعقارات وفق هذا النظام لا تُعرّف بأرقامها أو مواقعها بل بأسماء مالكيها¹.

وحتى نصل إلى موقف نظام الشهر العقاري الشخصي الكويتي وفق هذا المرسوم من دعوى الحيازة التي تؤول إلى ملكية العقار، علينا بدراسة أثر حجية الملكية الواردة في سجل الشهر العقاري الشخصي على دعوى الحيازة أولاً، ثم في التأصيل الدستوري لملكية العقار بالحيازة وفق نظام الشهر العقاري الشخصي ثانياً.

المطلب الأول

أثر حجية الملكية الواردة في سجل الشهر العقاري الشخصي على دعوى الحيازة

سنبحث في حجية الملكية لدى سجل الشهر العقاري الشخصي أولاً، ثم مشاكل سجل الشهر العقاري الشخصي ثانياً، وأخيراً أثر تكييف الحيازة كقرينة على الملكية أم سبب لاكتسابها على حجية الملكية في سجل الشهر العقاري الشخصي ثالثاً.

أولاً: حجية الملكية في سجل الشهر العقاري الشخصي

إنّ أهم قاعدة عقارية من حيث المغزى على دعوى الحيازة هي حجية الملكية الواردة بموجب القيد على السجل العقاري؛ وذلك لأنّ هذه الحجية تُمثّل مدى قوة القيد العقاري كإثبات من جهة، وتُحدّد إمكانية تملك العقار بالحيازة من جهة أخرى.

ففي الحقيقة، لا يمكن إنكار حجية القيد العقاري في نظام السجل العقاري الشخصي، فالعقد المُسجّل وفق هذا النظام يحوز حجية رسمية، هذا إلى جانب عدم الاعتداد بانتقال الملكية أساساً إذا انتفى التسجيل²، ولكن النقطة الإشكالية ليست في مدى صحة العقد المُصدّق لدى دوائر الشهر العقاري بل في مدى قطعية الملكية لدى كل من البائع والمشتري.

¹ فردي، كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، جامعة قسنطينة، الجزائر، نوقشت في 2008، الصفحة 29.

² المادة 7، المرسوم رقم 5 لعام 1959 بإصدار قانون التسجيل العقاري. أنظر أيضاً لدى: أبو الليل، إبراهيم، أصول القانون، الجزء 2، أصول الحق، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عام 2006، الصفحة 399.

وحيث إنَّ البائع بشخصه هو محل التركيز في نظام الشهر العقاري الشخصي؛ فلا يمكن التأكد من تسلسل المالكين السابقين للعقار بشكل قطعي.

وقد كان المشرع الكويتي أمام خيارين مع نهاية الخمسينات؛

1. إمَّا أن يفرضَ نظامَ السجل العقاري الشخصي بأسرع وقت؛ حتى يتمَّ توثيق البيوع العقارية على البيانات العقارية المتاحة للدولة،

2. أو الانتظار حتى يتمَّ تحديد وتحرير المخططات العقارية في الدولة ليتسنى تقسيم مساحتها إلى مخططات عقارية مُفصَّلة ينتجُ عنها صحيفة عقارية خاصة بكلِّ عقار، وهو الأمر الذي كان سيستغرق وقتاً طويلاً جداً.

وبنتيجة المفاضلة بين حفظ الحقوق بأسرع وقت عبر نظام الشهر العقاري الشخصي، وبين المخاطرة بالحقوق حتى يُصبح نظام الشهر العقاري العيني ممكناً، فقد اختار المشرع الخيار الأول حرصاً على توثيق واستقرار الحقوق بأسرع وقت.

وبناءً عليه، فقد صدر الرسوم رقم 5 لعام 1959 بإصدار قانون التسجيل العقاري، وقد جاء فيه: "تختصُّ دائرة التسجيل العقاري بتسجيل المُحرَّرات المُتعلِّقة بالعقارات"¹.

ويبدو وضحاً من هذا الاختصاص أنَّ دائرة التسجيل العقاري في الكويت هي سجل شهر عقاري شخصي يهدف إلى تسجيل وتصديق المُحرَّرات العقدية التي تُثبتُ التصرفات على العقار.

ثانياً: مشاكل سجل الشهر العقاري الشخصي

نتساءل هنا: ما هي المشكلة الجوهرية في نظام الشهر العقاري الشخصي من حيث حجية الملكية؟

الواقع أنَّ المشكلة الكبرى التي تَظهرُ من سجل الشهر العقاري الشخصي تكمن في أنَّ التركيز يكون فيه مُطلقاً على شخصيَّة المالك وليس العقار²؛ فكيف يمكن إثبات أنَّ المالك المُسجَّل في سجل الشهر العقاري الشخصي قد اشترى من مالك آخر قبله، ثم باعه للمالك التالي هكذا دون تنقطع السلسلة³؟، فهذا الأمر غير قطعي في نظام التسجيل الشخصي.

فالشخص غير المالك إن قام بالتصرف في عقار غيره عبر وثائق مزورة مثلاً، ثم قام المالك بذات التصرف على ذات العقار، فتمَّ تسجيل التصرفين في أوقات زمنية مختلفة ولكن على ذات العقار، فلا يمكن لصاحب

¹ المادة 3، المرسوم رقم 5 لعام 1959 بإصدار قانون التسجيل العقاري.

² الاهواني، حسام، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، جامعة الكويت، عام 1989، الصفحة 286.

³ السهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 988.

المصلحة التأكد من سلامة الملكية إلا إذا كان يعرف أسماء كل المالكين السابقين¹، ثم قد تقع مشكلة في حال التشابه بالأسماء².

فإذا كان العقار مملوكاً بين عددٍ من الشركاء، فإنَّ تصرُّف كل منهم على حصته سيتمُّ تسجيله وشهره في السجل الشخصي بشكلٍ منفصلٍ؛ ولذا فلا يمكن التأكد إلى مَنْ ألت ملكية كل حصة من الحصص بشكلٍ قطعيٍّ بعد أن تمَّت مجموعة من التصرفات المنفصلة على نفس العقار، حتى وإن تمَّ تصديقها كلها في الشهر العقاري الشخصي.

فلو افترضنا أنَّ أحد العقارات كان مملوكاً بين شريكين، وقام أحدهما ببيع العقار إلى شخص آخر، فيما بقي شريكه مالِكاً لهذا العقار، فهنا إن أراد الشريك الذي ما يزال مالِكاً للعقار بيع حصته، وجاء المشتري حتى يشتري كامل حصص العقار، فكيف لهذا المشتري أن يعرف أنَّ الشريك الأول قام ببيع حصته إن كانت كل الوثائق القديمة تشير إلى الشريك البائع على أنه هو المالك؟

وببساطة فإنَّ قيام المالك ببيع العقار مرَّتين هو أمر ممكن في ظلِّ نظام الشهر العقاري لعدم وجود أي ترتيب إداري محكم لبيانات تسلسل الملكية؛ الأمر الذي لا يمنح حجية قطعية لبيانات الملكية الواردة في السجل الشخصي.

وباستقراء هذه المعطيات جميعاً، يمكننا القول بأنَّ المشرع الكويتي إذ هو قد اعتمد على نظام الشهر العقاري، فهو لا يملك فرض حجية مطلقة للملكية وفق سجل الشهر العقاري الشخصي؛ لأنَّ وجود ثغرة بين تصرُّفات المالكين هو أمرٌ واردٌ، وهذا الواقع يطعن في حق الملكية، وينفي القوة المطلقة لبيانات السجل الشخصي³؛ حيث إنَّ حجية الملكية التي يمنحها السجل العقاري الشخصي هي "حجية نسبية" بامتياز⁴.

ونتيجةً لذلك، فقد أكد جانب من الفقه العربي على اقتران الشهر العقاري الشخصي بإمكانية اكتساب الملكية عن طريق التقادم⁵.

وبالتالي فلم يكن أمام المشرع الكويتي سوى أن يسمح بتملُّك العقارات عبر دعوى الحيازة بعد مرور مدة التقادم الطويل في ظلِّ عدم يقينه من حجية الملكية في السجل الشخصي؛ ولكن ما أثر تكييف الحيازة كقرينة أم سبب لاكتساب الملكية على حجية الشهر العقاري الشخصي؟

¹ فردي، كريمة، مرجع سابق، الصفحة 29.

² الاهواني، حسام، مرجع سابق، الصفحة 285.

³ الاهواني، حسام، مرجع سابق، الصفحة 285.

⁴ فردي، كريمة، مرجع سابق، الصفحة 31.

⁵ فردي، كريمة، مرجع سابق، الصفحة 32.

ثالثاً: أثر تكييف الحيازة كقرينة على الملكية أم سبب لاكتسابها على حجية الملكية في سجل الشهر العقاري الشخصي

بدايةً نتساءل هنا:

هل إنَّ المشرع الكويتي قد نظر تجاه الحائز على أنَّه صاحب الحق الأرجح أم صاحب الحق بالحيازة فقط؟

1. فإذا نظر المشرع للحائز على أنَّه صاحب الحق الأرجح في ظلِّ عدم إطلاق حجية الملكية في الشهر العقاري نتيجة ظهوره بمظهر المالك طيلة 15 عاماً وسكوت المالك المقيّد على ذلك، فإنَّ الحيازة تكون قرينة على الملكية وليست سبباً لاكتسابها؛ لأنَّ الحائز يمتلك حينئذٍ الظروف القانونية الأقرب لمظهر المالك الحقيقي في ظلِّ عدم الوثوق بقطعية الملكية.

2. أمّا إذا كان الحائز هو صاحب الحق المطلق في الحيازة التي تؤوّل إلى الملكية، فإنَّ الحيازة حينئذٍ تكون سبباً حقيقياً مستقلاً لاكتساب الملكية دون النظر لسوء نيّة الحائز أو انتقال الحق الأصلي، فينشأ هكذا حدٌّ زمني تنتهي بموجبه صلاحية حق الملكية إذا حاز العقار شخص آخر غير المالك كما قال الفقه الأمريكي¹.

وبغضِّ النظر عن وجهة نظرنا في أنَّ نصوص القانون المدني والمرافعات الكويتي أقرب ما تكون لاعتبار الحيازة سبباً للملكية وليس قرينةً عليها، فما هو تأثير اعتبار الحيازة قرينة أم سبب للملكية على حجية سجل الشهر العقاري الشخصي؟

إذا اعتبر المشرع الحيازة قرينة على الملكية، فهذا الأمر يُساعد في ترميم أخطاء الشهر العقاري الشخصي؛ لأنَّ حجية الملكية غير قطعية فيه ولا ثقة مطلقة في قوة هذا السجل الثبوتية، أمّا إن كانت الحيازة سبباً للملكية وفقاً لتكييف المشرع فإنَّ الحيازة تصلح كبديل للتصرف الناقل للملكية الذي يتمُّ إظهاره في السجل، وهو أمر يمكن أن يتقبَّله المشرع بهدف إصلاح الواقع النظري المُسجَّل بالاعتماد على الواقع العملي القائم لمدة التقادم الطويل.

فما هو التأصيل الدستوري لهذا الواقع القانوني؟

المطلب الثاني

مدى دستورية القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيازة

وفق نظام الشهر العقاري الشخصي

سنبحث في المبادئ الدستورية أولاً، ثم في تأصيل الوضع الخاص بدعوى الحيازة بغرض تحصيل الملكية العقارية في ظلِّ نظام الشهر العقاري الشخصي ثانياً.

¹ "... a temporal dimension to property rights...". See: Roth, M. Garrett, op. cit., page 124.

أولاً: المبادئ الدستورية

لقد صدر الدستور المكتوب لدولة الكويت بتاريخ 11 نوفمبر 1962، أي بعد حوالي ثلاث سنوات من صدور قانون التسجيل العقاري بالمرسوم رقم 5 لعام 1959.

وقد جاء دستور الكويت بمبدأين أساسيين بخصوص الملكية، وهما:

1. "الملكية ورأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي ولثروة الوطنية، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية يُنظّمها القانون"¹.

ويبدو واضحاً أنّ الملكية الفردية تتمتع باحترام دستوري كبير؛ كونها تُعتبر جزءاً من كيان الدولة؛ حيث إنّ هذه الملكية هي العنصر المُحفّز لاقتصاد الدولة، وبالتالي فإنّ أيّ اهتزازٍ في ثقة الناس بحماية الدولة لمليكتهم الفردية سيؤدّي إلى عزوفهم عن التملك في هذه الدولة، وستخسر الدولة سيولتهم، وستفقد عوامل النشاط الاقتصادي كافة؛ ممّا سيدفع الدولة نحو انهيار اقتصادي حتمي.

2. "الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً"².

وبالتالي، يبدو ظاهراً أنّ الدستور الكويتي قد تبنت فكرة الملكية الفردية المصنونة، حتى أنّه منع يد الدولة في التسلط على الأملاك دون قيام حقّ كما شرح جانب من الفقه الكويتي³، وهذا المنطلق ناتج عن كون الملكية الفردية هي جزء من كيان الدولة كما جاء في المبدأ الدستوري السابق، ولكن الأهم أنّ الدستور الكويتي قد حظر بكل صراحة نزع الملكية إلا للمنفعة العامة وفق القانون وبعد التعويض.

ثانياً: التأسيس الدستوري

رغم أنّ انتقال الملكية لا يمكن تصنيفها نزاعاً للملكية بأيّ حال من الأحوال، فلا يوجد مكان للمبدأ المرتبط بفكرة التملك بالحيازة الذي أطلق عليه جانب من الفقه الإنكليزي جملة: "استعمل العقار وإلا ستفقدته"⁴ وفقاً لروح الدستور الكويتي.

¹ المادة 16، دستور الكويت.

² المادة 18، دستور الكويت.

³ المقاطع، محمد عبد المحسن، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، منشورات كلية القانون الكويتية العالمية KILAW، الكويت، الطبعة الثانية، عام 2012، الصفحة 217.

⁴ "Use It or Lose It". See: Raz, Itzhak Tzachi, Use It or Lose It: Adverse Possession and Economic Development, Working Paper, August 2017, page 1. See:

<http://www.eh.net/eha/wp-content/uploads/2017/08/Raz.pdf> (15-2-2020).

فإذا قام شخص سيء النية بالسيطرة غير المشروعة على عقار مُسجَّل بالشهر العقاري لمدة 15 عام، ثم ادَّعى على مالكة المُسجَّل في السجل العقاري الشخصي تأسيساً على الحيَازة فقط¹، ثم إذا أقرَّ القضاء للحائز نقل الملكية؛ فهل يُعتبر ذلك ظلماً غير مبرر دستورياً للمالك؟

لقد حاول الفقه بقيادة العلامة السنهوري وضع المبررات لوقوف القانون إلى جانب الحائز المستولي في مواجهة المالك المُسجَّل في سجل الشهر العقاري الشخصي، حيث إنَّ المشرع يجب أن يقف مع الاستقرار والأمن العام، كما أنَّ الاحتمال الأكبر أنَّ الحائز هو صاحب الحق الأصلي، في ظلِّ عدم يقين حجية الملكية المذكورة في السجل الشخصي، وإن حدثت حالات استيلاء بسوء نية فهي أقلية -وفق هذا الرأي- ويترافق مع إهمال جسيم من المالك².

وبغضِّ النظر عمَّا نراه من أنَّ تصنيف الحيَازة كسبب لاكتساب الملكية بهذه الطريقة يُخالف روح الدستور الكويتي³، فإنَّ المبرر القانوني الأساسي الذي لا يمكن إنكاره لهذا الرأي يكمن في الحجية القانونية غير القطعية -والضعيفة أحياناً- للملكية العقارية في السجل العقاري الشخصي، فكيف ستكون عليه الأمور في ظلِّ السجل العيني؟

المبحث الثالث

دعوى الحيَازة في ظلِّ السجل العقاري "العيني"

انتقلت الكويت إلى نظام السجل العقاري العيني بموجب القانون رقم 21 لعام 2019، فنشأ النظام العيني الذي يُعكس المفهوم الشخصي في تسجيل الملكية، حيث بات التركيز على العقار بدلاً عن شخصية مالكة. إلاَّ أنَّ هذا الانتقال كان شكلياً ورسمياً وليس واقعياً بعد؛ لأنَّ عمليات التحديد المساحي التي يتطلَّها السجل العيني ما تزال في مراحلها الأساسية.

واستمراراً في تقصي ذات المنهج في البحث، فإنَّنا سنقوم بدراسة أثر حجية الملكية الواردة في السجل العقاري "العيني" على دعوى الحيَازة أولاً، ثم مدى دستورية القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيَازة وفق نظام السجل العقاري العيني ثانياً.

¹ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الصفحة 863.

² السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، الصفحة 989.

³ فكان الأفضل أن يتم منح الاحترام أكثر للملكية المسجلة في السجل العقاري الشخصي، والسماح بالملكية عبر الحيَازة بعد انقضاء مدة التقادم الطويل فقط في العقارات غير المسجلة في هذا السجل. أنظر في هذه الفكرة لدى: نوري، إيمان يوسف، مرجع سابق، الصفحة 268.

المطلب الأول

أثر حجية الملكية الواردة في السجل العقاري "العيني" على دعوى الحيازة

سنبحث في ظروف الانتقال نحو نظام السجل العقاري العيني أولاً، وفي حجية الملكية وفق سجل الشهر العقاري العيني ثانياً، ثم في تعارض الملكية عبر الحيازة مع الحجية المطلقة للملكية في السجل العيني، وأخيراً في أثر تكييف الحيازة كقرينة أم سبب لاكتساب الملكية على حجية الملكية في سجل الشهر العقاري الشخصي رابعاً.

أولاً: ظروف الانتقال نحو نظام السجل العقاري العيني

في ظلّ سعي دولة الكويت نحو تطوير قوانينها بغرض النهوض بالبيئة الاجتماعية والاستثمارية، خاصةً بعد اعتماد رؤية كويت جديدة 2035، فقد كان لزاماً على المشرع الكويتي فرض نظام تسجيل عقاري عيني مُحكم من حيث حجية الملكية.

حيث إنّ نظام التسجيل العقاري الشخصي النافذ بموجب المرسوم رقم 5 لعام 1959 ليس بالنظام اليقيني من حيث حجية الملكية العقارية، لكنه كان ضرورياً لإسباغ الصفة الرسمية على التصرفات العقارية بصفة مستعجلة في ظلّ عدم وجود تقسيم مساحي شامل لأرجاء الدولة.

ولكن بعد أن أصبحت الكويت على أعتاب مرحلة انتقالية، وهي مرحلة ما بعد الثروة النفطية، فإنّ إصلاح نظام الملكية العقارية يُعتبر من الأساسيات بهدف كفالة الحقوق والالتزامات؛ ولذلك كان من الواجب الانتقال من سجل الشهر العقاري الشخصي إلى السجل العيني. وفي ذلك تجنّب للإشكاليات التي قد تُسببها الملكية بالحيازة على خطط النمو الاقتصادي في الكويت استشرافاً لرؤية كويت جديدة 2035¹.

وبالفعل فقد صدر القانون رقم 21 لعام 2019 في شأن نظام السجل العيني، وقد عرّف هذا القانون السجل العيني بأنه: "مجموعة من الصحائف التي تُبين أوصاف كل عقار وحالته القانونية والحقوق المترتبة له وعليه والمعاملات المتعلقة به"².

ثانياً: حجية الملكية وفق سجل الشهر العقاري العيني

لقد أثر المشرع الكويتي التغيير الجذري في نظام التسجيل العقاري من التركيز على شخصية المالك عبر توثيق وشهر تصرفاته إلى التركيز على عين العقار عبر تخصيص صحيفة خاصة بكل عقار، فلا يكون الغرض منها فقط تحديد أوصاف العقار وحالته، بل الأهم تسجيل الحقوق والالتزامات المرتبطة بكل عقار والتصرفات التي تجري عليه.

¹ ينظر في إشكالية التملك بالحيازة بالارتباط مع النمو الاقتصادي في الفقه الإنكليزي لدى: Raz, Itzhak Tzachi, op. cit., page 1.

² المادة 1، قانون السجل العيني رقم 21 لعام 2019.

وبهذه الطريقة، فلا يمكن الاحتجاج تجاه المالك بأن ملكيته غير مؤكدة، ذلك حتى وإن كانت ملكية العقار موزعة على عددٍ من الشركاء، ففي هذه الحالة يجب أن يتم تسجيل كافة الحقوق أو التصرفات على كل حصة عقارية على ذات الصحيفة العقارية الخاصة بهذا العقار.

وبناءً عليه، فإن حجية الملكية المقيدة على الصحيفة العقارية هي حجية مطلقة وعلنية تجاه الجميع، فالسجل العقاري العيني يتمتع بالقوة الثبوتية التي تمنح قيوده قرينة قاطعة على الملكية¹.

حيث إن قيد اسم المالك على الصحيفة العقارية يعني أن هذا الشخص هو المالك للعقار أو لحصته من العقار، وذلك ضمن تسلسل مالكين واضح من المالك الأول حتى الأخير.

ولذلك، فإن المالك وفق نظام السجل العقاري العيني لا يقوم في دائرة التسجيل العقاري بتصديقاته العقارية بيعاً أو شراءً، بل يقوم بتسجيل تلك التصرفات على صحيفة العقار وفق ترتيبها الوارد على الصحيفة بكل دقة من حيث التوقيت؛ وهذا يعني أن القوة المطلقة للبيانات يتم منحها للمستندات المشروعة فقط، وهو ما يسمى بـ "مبدأ المشروعية" الخاص بالسجل العيني².

وبالتالي، فلا يمكن الحديث في ظلّ نظام السجل العقاري العيني عن عدم سلامة الملكية، أو إمكانية وجود تصرفات في السجل العقاري غير مسجلة على صحيفة العقار؛ ولذلك فإن حجية الملكية العقارية هي حجية مطلقة في السجل العيني، ويخسر هذه الحجية من يتراخى في التسجيل.

ونتيجة إطلاق حجية الملكية العقارية في السجل العيني، فلا يمكن الحديث عن التملك بالحيازة كقرينة على الملكية؛ لأن الملكية قائمة وثابتة بشكل قطعي بموجب التسجيل على الصحيفة العقارية العينية³. فيما تبدو الحيازة حينئذٍ كواقعة مادية أشبه بالخيال القانوني وليس الحجية القانونية كما أشار جانب من الفقه الإنكليزي⁴.

ثالثاً: تعارض الملكية عبر الحيازة مع الحجية المطلقة للملكية في السجل العيني

نتساءل هنا:

كيف يمكن لحائز العقار المسجل في السجل العيني أن يُطالب بانتقال الملكية إليه استناداً على مرور مدة التقادم الطويل؟

هل يمكن ذلك في ظلّ الحجية المطلقة للملكية للسجل العيني؟

¹ فردي، كريمة، مرجع سابق، الصفحة 36.

² الاهواني، حسام، مرجع سابق، الصفحة 287.

³ لطاعي، نور الدين، نقل الملكية العقارية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، نوقشت عام 2011، الصفحة 19.

⁴ Nicol, Michael, op. cit., page 11.

يبدو لنا أنه وفق أحكام المنطق القانوني ومبادئ العدالة لا يمكن الحديث عن الحيازة التي تؤول إلى الملكية في ظلّ الحجية المطلقة للملكية للسجل العيني، ففي الوقت الذي يمكن الحديث عن العدالة¹ نسبياً إبان السجل الشخصي، فلا قيمة للسجل العيني الذي يكفل سلامة الملكية إن كان بالإمكان السيطرة عليها بالحيازة؟

ولكن الإشكالية في القانون الكويتي باتت الآن تكمن في أنّ القواعد العامة المدنية الكويتية قد تمّ بناؤها على أساس الحجية غير المطلقة للملكية العقارية وفق نظام سجل الشهر العقاري الشخصي، فكيف ستكون المواجهة بين تلك القواعد العامة وبين قواعد السجل العيني في المستقبل؟

الواقع يقول أنّ الدول التي سبقت الكويت في تطبيق نظام السجل العيني قد حظرت اكتساب الملكية بمرور الزمن عبر الحيازة كما في سورية ولبنان²، إلا أنّ قانون السجل العيني في الكويت قد أغفل النص على حظر الملكية بالحيازة رغم اكتساب الملكية المسجّلة على الصحيفة العقارية للحجية المطلقة.

وهذا الأمر في غير محله إطلاقاً، حيث كان يجب حظر تملك العقارات بالحيازة في المناطق التي تدخل السجل العيني تبعاً بعد التحديد المساحي لها، وأن يتمّ استبقاء هذه الدعوى في المناطق غير المحددة كما فعل المشرع الجزائري³؛ أي التي لم يشملها المسح العيني كما شرح جانب من الفقه الجزائري⁴.

فالأثر الواجب للسجل العقاري العيني من الحجية المطلقة للملكية يتنافى مع الحيازة كسبب للملكية، حيث إنّ الحيازة في ظلّ الحجية المطلقة للملكية لا أثر لها، بل إنّ الحيازة - في هذه الحال - يجب أن تكون دليلاً على جرم الاستيلاء على العقار⁵.

رابعاً: أثر تكييف الحيازة كقرينة أم سبب لاكتساب الملكية على حجية الملكية في سجل الشهر العقاري الشخصي

بغض النظر عن وجهة نظرنا في تكييف المشرع الكويتي للحيازة كقرينة أم سبب لاكتساب الملكية، فما هو تأثير هذا التكييف على حجية سجل الشهر العقاري العيني؟

¹ فاضل، أسماء سعدون، مرجع سابق، الصفحة 468.

² "إن مرور الزمن لا يعترض به على الحقوق المسجلة في السجل العقاري". أنظر: المادة 19، قانون السجل العقاري النافذ في سورية ولبنان، رقم 188، عام 1926.

³ فردي، كريمة، مرجع سابق، الصفحة 37. أنظر في تسلسل التنظيم القانوني لعملية الشهر العقاري في الجزائر لدى: بوشراي، بلقاسم، إجراءات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، نوقشت عام 2014، الصفحة 1.

⁴ جباري، رضا، التصرف في ملك الغير، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، نوقشت عام 2017، الصفحة 182.

⁵ أنظر في تجاذبات جريمة الاستيلاء على العقارات المهجورة مع الحيازة السلبية مع سوء نية في الفقه الإنكليزي لدى:

Dunk, Thomas, op. cit., page 337.

1. في حالة كون الحيازة قرينة على الملكية، فمن حيث المبدأ لا أثر لهذه القرينة في ظلّ الحجية المطلقة للسجل العيني؛ بدليل أن قانون السجل العيني قد قال:

"يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ولا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة العقار أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني"¹.

ولكن هذا النص لا يتناول مسألة التقادم الطويل بشكل صريح، وقد يؤدي هذا الغموض إلى تخبط في إمكانية تطبيق التملك بالحيازة حتى إن تمّ تكييف الحيازة كقرينة على الملكية، هذا إلى جانب إمكانية تكييفها كسبب للملكية كما سنرى.

2. فإن كانت الحيازة سبباً للملكية بدليل فصل قانون المرافعات بين واقعة الحيازة التي تستند على التقادم وبين أصل الحق في دعوى الحيازة²، فإنّ الحجية القطعية للسجل العيني لا أثر لها في دعوى الحيازة؛ لأنّ الحيازة ستحل محل التصرف حتى في السجل العيني، وهو الأمر الواجب مواجهته تشريعياً عبر حظر التملك بالحيازة في العقارات المسجّلة بصحائف خاصة في السجل العيني؛ وذلك بغرض سد أية ثغرة في النظام العقاري الكويتي قد تنتج عن اختلاف تفسير إرادة المشرع تجاه دعوى الحيازة.

ونتساءل أخيراً: ما مدى دستورية قواعد السجل العيني المرتبطة بدعوى الحيازة؟

المطلب الثاني

مدى دستورية القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيازة

وفق نظام السجل العقاري العيني

الحقيقة أنّ البحث في دستورية القواعد العقارية المرتبطة بدعوى الحيازة بعد انتقال الكويت نحو نظام السجل العيني تنقسم إلى قسمين أساسيين؛ القسم الأول هو ما يخص الأثر الواجب لاعتماد نظام السجل العيني، فيما يكون القسم الثاني خاصاً بالأثر الواقع وفق الثغرة القانونية القائمة في قانون السجل العيني الحالي.

أولاً: التأصيل الدستوري في ظلّ الأثر الواجب لاعتماد نظام السجل العيني

بالنسبة للأثر الواجب تبعاً لاعتماد نظام السجل العيني، فإنّ الحجية المطلقة للملكية تمنع أي نقاش حول إمكانية الحصول على ملكية العقار بحيازة السيطرة مهما مرّ الزمن على هذه الحيازة غير المشروعة وفق هذا النظام.

¹ المادة 19، قانون نظام السجل العيني رقم 21 لعام 2019.

² المادة 3، قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

فطالما أنّ حجية الملكية مطلقة وعلنية تجاه الكافة، فإنّ الحائز المسيطر يُعتبر مُخالفًا للقانون؛ كونه مستوليًا على عقار يُفترض علمه باسم مالكة المُسجّل على صحيفة العقار؛ وذلك لأنّ حجية قيود السجل العيني مطلقة تجاه الجميع كما مرّ معنا.

وهذا الواقع القانوني هو الواقع المناسب تماماً مع الدستور الكويتي في حماية الملكية الخاصة، وعدم جواز المساس بها إلاّ للمصلحة العامة.

ثانياً: التأميل الدستوري في ظلّ الأثر الواقع وفق الثغرة القانونية القائمة في قانون السجل العيني الحالي

إنّ الأثر الواقعي لاعتماد نظام السجل العقاري العيني وفق الثغرة القانونية القائمة في قانون عام 2019 الحالي يقول بأنّ الحجية المطلقة للملكية في السجل العقاري ستعارض مع القواعد العامة للحيازة التي ما زالت تُجيزُ للحائز الحصول على الملكية دون أن يُلزم ببيان سبب الحيازة فيما يخص السجل العيني.

فإن كانت إمكانية الحديث عن دعوى الحيازة في العقارات غير المحدّدة في السجل العيني والتي ستبقى خاضعةً لسجل الشهر العقاري الشخصي -بغض النظر عن طبيعتها كسبب أم قرينة للملكية-، فإنّ الحديث عن دعوى الحيازة في العقارات المحددة بصحيفة خاصة في السجل العيني يُعتبر ثغرة في النظام القانوني العقاري.

وفي ظلّ وجود إشكالية التعارض مع دعوى الحيازة والحجية المطلقة للملكية في السجل العيني، فإنّ كافة مسائل التعارض بين الحيازة كسبب للملكية والدستور الكويتي ستبقى قائمةً حتى بعد صدور قانون السجل العيني.

حيث إنّ قواعد الحيازة ستصطدم مع قيام حجية مطلقة للملكية العقارية وغموض قانون السجل العيني إزاء اكتساب الملكية بمرور الزمن، الأمر الذي سيضع القضاء الكويتي في حرجٍ كبيرٍ إزاء تطبيق القواعد العامة للحيازة على العقارات ذات الصحائف العقارية المُحدّدة.

ذلك على الرغم من وجود اتجاه لدى المشرع الألماني باعتماد نظام التملك بالحيازة بموجب استصدار قرار قضائي ومضي 30 عاماً على واقعة الحيازة حتى في ظلّ السجل العيني؛ وذلك نظراً لاعتبارات خشية المشرع على اختلاف الواقع مع قيود السجل العيني كما شرح جانب من الفقه العربي¹، إلاّ أنّ هذا الرأي لا يتوافق مع الظروف العقارية في الكويت؛ خوفاً من انتشار جريمة الاستيلاء على العقارات على نحو مُنظّم.

وفي نهاية النقاش الدستوري حول دعوى حيازة العقار بغرض كسب ملكيتها نذكر المبدأ الدستوري التالي:

¹ سليمان، مصطفى ويوسفي، جلول، مرجع سابق، الصفحة 60.

"العدل والحرية والمساواة دعائم المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين"¹، هذا إلى جانب مبادئ حماية الملكية الفردية².

فأين اعتبار الحيازة بسوء نية سبب لاكتساب الملكية من هذا المبدأ أولاً؟

وإن كان التغاضي عن الظلم الذي يحيق بالمالك في ظلّ عدم قطعية ملكيته في سجل الشهر العقاري الشخصي مبرراً، فأين هذا المبدأ العام من سلب الملكية العقارية ذات الحجية المطلقة في السجل العيني بفعل الحيازة ثانياً؟

الواقع يقول أنّه كان من واجب المشرع الكويتي التدخل مبكراً لإعادة ميزان الحقوق إلى مكانها الأصلي منذ أيام مرسوم التسجيل العقاري الشخصي، فكان يجب أن يتم التمهيد لمجموعة من الخرائط العقارية ذات الصحائف التي لا يجوز تملكها بالحيازة مهما مرّ الزمن.

المبحث الرابع

بين الآثار المتوقعة والواقعة من انتقال الكويت إلى السجل العيني فيما يتعلّق بدعوى الحيازة

سنرى كيف كانت هذه الآثار من حيث المتوقّع أولاً، ثم من حيث الواقع ثانياً.

المطلب الأول

الآثار التي كانت متوقعة من إنشاء السجل العقاري العيني في الكويت على دعوى الحياة

لقد كان من المتوقّع بعد اعتماد الكويت لنظام السجل العيني أن يتمّ التالي:

أولاً: ترسيخ التكييف الأساسي لدعوى الحيازة كقرينة على الملكية

كما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي قد أكّدت -وإن نظرياً- على أنّ الحيازة ليست سبباً مباشراً لكسب الملكية كما يراها المشرع الكويتي³، فقد كان يجب أن تتناغم وجهة النظر التشريعية هذه القائمة منذ عام 1980 مع الاتجاه التشريعي العقاري بشكلٍ صريح.

وبالتالي، فقد كان من المتوقّع أن يتناول قانون السجل العقاري في أحكامه الحديثة موقفه من دعوى الحيازة.

¹ المادة 7، الدستور الكويتي.

² للمزيد من التوسّع في هذه المبادئ، أنظر لدى: المقاطع، محمد عبد المحسن، مرجع سابق، الصفحة 217.

³ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، شرح المادة رقم 935.

ثانياً: حظر تملك العقار المُسجَّل في صحيفة السجل العيني بالحيازة

لقد كان مُتوقَّعاً في ظلِّ انتشار دعاوى المطالبة بملكية عقارات في الكويت لمجرّد السيطرة عليها طيلة مدة التقادم الطويل، أن يقومَ المشرع الكويتي بحظر تملك العقارات المُسجَّلة بصحائف عقارية تُوضِّح أوصافها وملاكها والحقوق المرتبطة بها بحجية قطعيّة تجاه الكافة، وذلك مهما مرَّ الزمن على واقعة حيازتها.

حيث إنّ النتيجة المنطقية الواضحة لقيام قرينة الملكية العلنية القطعية تجاه الجميع أن يُعتبَرَ الحائز مستولياً غير شرعيّ على العقار؛ الأمر الذي كان سيُحوّل مالك هذا العقار إخلاء الحائز بالإضافة إلى مطالبته بالتعويض، وحتى تحريك الدعوى العامّة بحقه نتيجة انتهاكه لحُرمة ملكيته الفردية التي حماها الدستور.

إلا أنّ هذه الآثار المُتوقَّعة قد قابلتها من المشرع الكويتي آثارٌ واقعةٌ مختلفةٌ تماماً.

المطلب الثاني

الآثار الواقعة من إنشاء السجل العقاري العيني في الكويت على دعوى الحياة

بدلاً من ترسيخ طبيعة دعوى الحياة كقرينة على الملكية وحظر امتلاك العقار بالحيازة في ظل السجل العقاري العيني، فقد كانت الآثار الواقعة بعد نفاذ القانون رقم 21 لعام 2019 كما يلي:

أولاً: ترسيخ حالة الغموض

رغم التأثير الذي كان مُتوقَّعاً من القواعد العينية العقارية التي كانت تُوجِبُ توضيح المشرع لموقفه من تملك العقارات عبر الحياة، إلا أنّ قانون السجل العيني الكويتي لم ينص على مسألة مرور الزمن أو التقادم البتّة، وهو ما يوضِّح برأينا أنّ المشرع الكويتي لم يربط الآثار القانونية بين القواعد العقارية وغيرها من الدعاوى المرتبطة بها بشكلٍ محكمٍ؛ الأمر الذي أدّى به إلى ترسيخ حالة الغموض إزاء طبيعة دعوى الحياة بدل ترسيخ التكييف الأساسي لهذه الدعوى كقرينة على الملكية لا سبباً لاكتسابها.

ثانياً: فتح باب تملك العقار المُسجَّل في صحيفة السجل العيني بالحيازة

لا يبدو من السكوت التشريعي الواقع في قانون السجل العيني بخصوص الحياة وجود أيّة إمكانية لحظر تملك العقارات عبر الحياة؛ فعلى الرغم من إمكانية التأسيس على شروح المذكرة التوضيحية في اعتبار الحياة -كواقعة- هي دليلٌ مُجرّدٌ لا يصل إلى مرتبة سبب اكتساب الملكية، ممّا سيؤدّي إلى رفض الحياة كدليل في ظلّ الحجية القطعية للسجل العيني، إلا أنّ هذه التفسيرات تبقى محض تقدير واستقراء قضاة الموضوع التي قد تختلف وتتعارض، فتضيق معها ملكية الشخص بسبب مرور مدة التقادم.

فعلى الرغم من قطعية الملكية الواردة على صحيفة العقار بشكلٍ علنيّ، فإنّ الحياة -بالمقابل- هي حقٌّ منفصلٌ عن أصل الحق بالملكية وفق قانون المرافعات الكويتي كما مرَّ معنا؛ وهذا ما يفتح المجال لانتهاك

القرينة العلنية للملكية نتيجة نفاذ أحكام دعوى الحيازة من جهة، وعدم حظر المشرع الكويتي لامتلاك العقار بالتقادم الطويل بموجب دعوى الحيازة في قانون السجل العيني من جهة أخرى.

الخاتمة

بصفة عامة، تبدو فكرة دعوى الحيازة كسبب من أسباب الملكية العقارية غير مقبولة على الإطلاق في ظلّ انتقال الكويت نحو نظام السجل العقاري العيني؛ لأنّ هذه الدعوى تستند على حق العيني المكتسب بالحيازة بعد انقضاء مدة التقادم الطويل في ظلّ عدم قطعية حجية الملكية التي كانت واردة في وثائق سجل الشهر العقاري الشخصي القديم في الكويت.

أمّا برؤية شخصية، فتبدو دعوى الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية وسيلة استيلاء واحتيال خطيرة على المجتمع والاقتصاد الكويتي؛ فقد أدّت مع مرور الوقت إلى تسهيل قيام عصابات لسرقة الأملاك العقارية بالاستناد على ثغرات القانون وضعف حجية الملكية في السجل العقاري الشخصي.

وبالتالي، فإنّ تعديل الرؤية التشريعية نحو الحيازة هو الأمر الضروري في هذا الزمن العقاري الانتقالي من السجل الشخصي إلى العيني في الكويت، خاصةً أنّ هذه المسألة تمس الملكية العقارية التي تربط الإنسان بوطنه وأرضه إلى جانب استثماراته؛ حيث قال الفقه الكندي أنّ: "الأرض هي الحياة" *land is life*¹.

النتائج

1. الحيازة هي قرينة على الملكية وفق المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي؛ إلا أنّ اعتبار الحيازة -كواقعة

مادية منفصلة عن أصل الحق- سبباً للملكية هو أمر ممكن بدليل:

➤ نصّ القانون المدني الكويتي في المادة 935 على عدم إلزام الحائز بإظهار سبب حيازته (قانوني أم

استيلاء) لدى إنكاره حق المالك الأصلي بعد مرور مدة التقادم الطويل في دعوى الحيازة،

➤ فصلُ قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي بين الحيازة (قانونية أم استيلاء) وبين الحق الأصلي

في جميع دعاوى الحيازة، ومنها دعوى التملك بالحيازة بالاستناد على التقادم الطويل، وحظر الاستناد

على الدليل الناتج عن دعوى أصل الحق في دعوى التملك عبر الحيازة.

2. سجل الشهر العقاري الشخصي لا يمنح حجية مطلقة للملكية نظراً لتركيزه على شخصية المالك

وتصرّفاتة، على عكس السجل العيني الذي يُركز على عين العقار فيمنح تبعاً لذلك حجية ملكية مطلقة

تجاه الجميع.

3. يُفترضُ ألاّ يكون للحيازة بعد مرور التقادم الطويل أيّ أثرٍ في ظلّ السجل العقاري العيني الذي يمنح

حجية ملكية مطلقة، إلا أنّ المشرع الكويتي قد أغفل النص على حظر اكتساب الملكية بمرور الزمن في

القانون رقم 21 لعام 2019.

¹ Blomley, Nicholas, op. cit., page 15.

4. تملك العقارات بالحيازة في ظلّ السجل العيني يتنافى مع بنية النظام القانوني العقاري الجديد في الكويت، ويخالف الدستور الكويتي.

التوصيات

1. من الضروري النص على حظر تملك العقارات بالحيازة حتى وإن افترضنا تكييف المشرع الكويتي للحيازة كقرينة وليس سبب لاكتساب الملكية؛ للأسباب التالية:
 - التأكيد على الحجية المطلقة للملكية المسجلة في السجل العيني التي لا ينال منها مرور الزمن.
 - رفع الغموض عن مصير دعوى التملك بالحيازة إزاء العقارات المسجلة في السجل العيني.
 - مواجهة أي تناقض مُمكن في الأحكام القضائية إن ظهر اختلاف في تكييف المشرع الكويتي لطبيعة الحيازة (قرينة أم سبب لاكتساب الملكية)، خاصةً في ظلّ بدء ظهور دعاوى تُطالب بملكية العقارات على أساس واقعة الحيازة أمام القضاء الكويتي.
2. ضرورة إعادة المشرع للنظر في القواعد المدنية العامة لدعوى الحيازة التي تخصّ العقارات التي مازالت خاضعة لنظام السجل العقاري الشخصي، خاصةً في ظلّ قواعد مثل عدم إلزام الحائز بإثبات سبب حيازته القانوني، والفصل بين الحيازة المستندة للتقادم الطويل وبين أصل الحق في الملكية، وكل ذلك بالإسقاط على مبدأ حماية الملكية الفردية واعتبارها جزءاً من الثروة الاجتماعية الكويتية في الدستور الكويتي.
3. إقامة ورشة عمل قضائية عقارية مشتركة بغرض تأكيد نفي أية قيمة للحيازة في الدعاوى التي تتناول العقارات ذات الصحائف العينية في السجل العقاري العيني، وإظهار الغموض في حجية الملكية وفق السجل الشخصي وكيف أنّ انتقال الكويت لنظام السجل العيني قد أنهى هذا الغموض.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- الكتب:

- أبو الليل، إبراهيم، أصول القانون، الجزء 2، أصول الحق، لجنة التأليف والتعريب والنشر، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عام 2006.
- الاهواني، حسام، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، جامعة الكويت، عام 1989.
- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني:
 - ج3، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968.
 - ج8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968.

• ج9، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968.

- عبد الفتاح، عزمي، الوسيط في قانون المرافعات الكويتي، قانون القضاء المدني الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الثانية، عام 2011.

- المقاطع، محمد عبد المحسن، الوسيط في النظام الدستوري الكويتي ومؤسساته السياسية، منشورات كلية القانون الكويتية العالمية KILAW، الكويت، الطبعة الثانية، عام 2012.

2- الأبحاث المحكمة:

- البدري، علي، القيد الأول، مجلة أهل البيت، العدد 8، عام 2009.

- صاعو، عبد الإله، دعاوى الحيازة، مجلة منازعات الأعمال، العدد 24، مايو 2017.

- فاضل، أسماء سعدون، انتقال الحيازة وحمايتها في القانون المدني العراقي، مجلة مداد الآداب، العدد 13، عام 2017.

- نوري، إيمان يوسف، التنظيم القانوني لاكتساب ملكية عقار غير مُسجّل، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد 3، مارس/آذار 2018.

3- الرسائل العلمية

- بوشراي، بلقاسم، إجراءات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص: فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، نوقشت عام 2014.

- جباري، رضا، التصرف في ملك الغير، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، نوقشت عام 2017.

- سليمان، مصطفى ويوسفي، جلول، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة أدرار، الجزائر، نوقشت عام 2014.

- عينبوسي، غدير، خصوصية دعوى الحيازة "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، نوقشت عام 2015.

- فردي، كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، جامعة قسنطينة، الجزائر، نوقشت في 2008.

- لمطاعي، نور الدين، نقل الملكية العقارية على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 1، نوقشت عام 2011.

4- أحكام محكمة التمييز الكويتية <https://www.eastlaws.com/>

- الطعن رقم 116، جلسة 16-3-1983.

- الطعن رقم 218، جلسة 29-5-1985.

- الطعن رقم 171، جلسة 2-4-1989.

- الطعن رقم 233، جلسة 9-10-2000.

- الطعن رقم 118، جلسة 4-2-2009.

ثانياً: المراجع باللغة الإنكليزية

1- Papers:

- **Blomley**, Nicholas, Precarious Territory: Property Law, Housing, and the Socio-Spatial Order, Antipode Journal, Vol. 0, 2019.

- **Dunk**, Thomas, The Best Approach to Adverse Possession, and the Decline of Factual Possession, The Conveyance and Property Lawyer, Vol. 80 (6), 2016.

- **Pawlowski**, Mark and **Brown**, James, Adverse Possession and the Transmissibility of Possessory Rights The Dark Side of Land Registration?, 2017. See:

https://gala.gre.ac.uk/id/eprint/16493/2/16493%20PAWLOWSKI_Adverse_Possession_2017.pdf (15-2-2020).

- **Stern**, Shai, David Against Goliath: The Distributive Justification for the Adverse Possession Doctrine, New Perspectives on Acquisitive Prescription, 2019.

2- Thesis

- **Nicol**, Michael, The Fiction of Adverse Possession: an alternative conceptualisation of the right to control land, thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy PhD, Lancaster University, 2017.

مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2020