

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي

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

العام الخامس - العدد 40 - أبريل 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 بوظريكي، 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 مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)

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

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

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

د. نوفل علي عبد الله الصقو، 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. جمال الدين ايت الطاهر، جامعة الحسن الثاني، المملكة المغربية.

د. عبداللاوي خديجة، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، الجزائر.

د. فيصل بوخالفة، جامعة سطيف 2، الجزائر.

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 وآخر بإحدى 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

- الافتتاحية 9
- أثر السياسة التشريعية على العقار الوقفي في الجزائر 11
حمرا العين عبد القادر، جامعة ابن خلدون ، الجزائر
- الحقوق المالية المترتبة على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية: دراسة مقارنة 31
محمد عماد احمد عرعر اوي، جامعة آل البيت، الأردن
- إشكالية التقيد بمواعيد الطعن في الحكم القضائي في ظل الظروف الطارئة (العراق
ومصر ولبنان أنموذجاً) 63
عبد المنعم عبد الوهاب العامر ، نقابة المحامين في العراق
- استنجاز الأرحام كنوع جديد من الإتجار بالبشر بين الشرعية والتجريم في ظل أحكام
الشرعية الاسلامية والاتفاقيات الدولية 87
فاطمة محمد عبدالله، جامعة الأمير سلطان
- Les mesures coercitives unilatérales en droit international : le cas des
sanctions américaines depuis 2018 à l'encontre de l'Iran 109
Selma SASSI, Université Alger 1

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

الافتتاحية

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

جيل الأبحاث القانونية العميقة كعادتها بين القانون العام والخاص مثرية رصيد المجلة بمقالات وأبحاث معمقة رصينة.

فلقد عالج الموضوع الأول السياسة التشريعية الجزائرية فيما يخص الأملاك الوقفية مبينا دورها في التنمية الاجتماعية والاقتصادية .

لينتقل الموضوع الثاني لمعالجة الحقوق المالية المترتبة على انقضاء الرابطة الوظيفية، ضمن دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري، موضحة القصور المستخلص من التشريعات النازمة للوظيفة العامة في الأردن فيما يتعلق بهذه الحقوق للموظف الذي تنتهي خدمته بصورة مبتسرة.

أما الموضوع الثالث فلقد عالج إشكالية التقيد بمواعيد الطعن في الحكم القضائي في ظل الظروف الطارئة، سيما بسبب تعطيل المؤسسات الرسمية نتيجة للحجر الصحي الذي فرض مؤخرا إثر تفشي جائحة كورونا المستجد، مقارنا بين الوضع في كل من العراق مصر ولبنان .

فحين تناول الموضوع الرابع ظاهرة جديدة ولدت إشكاليات قانونية وشرعية متفرعة، والمتمثلة في استئجار الأرحام، معتبرا إياها كنوع جديد من الإتجار بالبشر واستغلال المرأة وموضحا موقف كل من القانون الدولي والشريعة الإسلامية السمحاء منها.

لنختم العدد ببحث باللغة الفرنسية تعمق في دراسة تأطير القانون الدولي للتدابير القسرية الانفرادية وعلى وجه التحديد حالة الجزاءات الأمريكية ضد إيران منذ عام 2018.

نشكر كل من ساهم في هذا العدد، من باحثين وكذلك اللجنة العلمية التي يرجع لها الفضل في ضبط ومراجعة المواد المرسله ... والله الموفق في الأول والآخر.

سرور ظالبي

المشرفة العامة ومديرة التحرير

أثر السياسة التشريعية على العقار الوقفي في الجزائر

The effect of legislative policy on the waqf property in Algeria

الدكتور: حمرا العين عبد القادر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر.

Hameurlaine Abdelkader, Faculty of Law and Political Science, Ibn Khaldoun University-

Abstract:

Algeria was endowed with significant endowment properties. With the entry of the French colonizer, he confiscated it on the pretext of obliterating all the features of Islamic civilization. As for the day after independence, the absence of legal protection of the endowments was seized, and its ownership was claimed by individuals, as the state considered it national property, and then nationalized it within the framework of legal texts. However, with the beginning of the nineties, the endowment property rights were constitutionalized, and this was embodied by setting legislative and regulatory texts aimed at recovering the nationalized endowment properties, as well as adding new mechanisms and formulas to develop the endowment property, Accordingly, the research aims to show the extent of the effectiveness of these legal frameworks in the development of the endowment king, and to restore its pioneering role in social and economic development. As for the results obtained in general, they are embodied in the necessity of a political will of the state that really embodies the legal status of the endowment property by retrieving the nationalized from it by harnessing resources. The financial and human resources, sufficient and specialized, as well as establishing effective and continuous monitoring of the exploitation of endowment properties through the formulas developed, with detailed provisions to be clarified by model contracts.

Key words: Waqf property, development, investment, endowment law.

الملخص:

كانت الجزائر تزخر بأموال وقفية معتبرة، وبدخول المستعمر الفرنسي قام بمصادرتها بحجة طمس كل معالم الحضارة الإسلامية، أما غداة الاستقلال فبغياح الحماية القانونية للأوقاف، تمّ الاستلاء عليها، وادعاء ملكيتها من قبل الأفراد، كما اعتبرتها الدولة أملاكاً وطنية، ومن ثمّ تأميمها في إطار نصوص قانونية، غير أنه ومع بداية التسعينات تمّ دسترة حقوق الملكية الوقفية، وجُسد ذلك بوضع نصوص تشريعية وتنظيمية تهدف إلى استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة، فضلا عن اضماء آليات وصيغ جديدة لتطوير العقار الوقفي، وعليه فالبحث يهدف إلى تبيان مدى نجاعة هذه الأطر القانونية في تنمية الملك الوقفي، وارجاع دوره الريادي في التنمية الاجتماعية والاقتصادية، أما النتائج المتوصل إليها فتجسد عموماً، في ضرورة وجود إرادة سياسية للدولة تجسد فعلاً المركز القانوني للعقار الوقفي من خلال استرجاع المؤتمر منه بتسخير الموارد المالية والبشرية الكافية والمتخصصة، فضلا عن ارساء رقابة فعلية ومستمرة لاستغلال الأملاك الوقفية من خلال الصيغ المستحدثة، مع تبيان أحكامها التفصيلية بعقود نموذجية.

الكلمات المفتاحية: العقار الوقفي، التنمية، الاستثمار، قانون الأوقاف.

مقدمة:

حقيقة تاريخية أن الجزائر كانت تتمتع بثروة عقارية وقفية هائلة، ساهمت على مرّ العصور والأقطار في بناء الحضارة الإنسانية والاجتماعية في المجتمعات الإسلامية، الشيء الذي شكّل موروثاً حضارياً متجدداً لا يمكن الاستهانة به، فهذا الكم الهائل من الأملاك الوقفية، لاسيّما الأراضي والعقارات والمباني، فضلاً عن المحلات التجارية والسكنية يمكن أن يشكل مورداً أساسياً ذاتياً للتنمية والاستثمار في الكثير من المشاريع الاقتصادية والقطاعات الخدمية، غير أن هاته الأملاك تعرضت للنهب والاستلاء إبان الاستعمار الفرنسي بحجة طمس كل مظاهر التكافل الاجتماعي الذي يشكل دعامة أساسية للحضارة الإسلامية لا يمكن الاستهانة بها، واستمر الوضع على ما هو عليه حتى غداة الاستقلال، لنأمل بعدها بإرجاع الدور الريادي التنموي للمؤسسة الوقفية وما تلعبه من دور بارز على مستوى الحياة الاجتماعية والاقتصادية، لكن الأمر كان بخلاف ذلك، إذ استمر التهميش والإهمال، فضلاً عن الاستلاء على الكثير من الممتلكات العقارية الوقفية، فالتأمل لحركية التشريع العقاري عموماً يجده يعتبر الملكية الموقوفة ملكية عمومية ويمنحها للخواص في إطار الثورة الزراعية، أو في سياق ما يُعرف بالاحتياطات العقارية.

وعليه فإنّ الوضعية التي وصلت إليها الأوقاف حتمت على الدولة الجزائرية، ضرورة إحيائه والتفكير في كيفية الاستفادة منه في دعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتمّ ذلك فعلاً من خلال اضماء حماية دستورية للأملاك الوقفية، وتصنيفها كملكية مستقلة عن الأملاك الوطنية، ومن ثمّ بدأت هذه الحماية المتأخرة بالملك الوقفي وذلك بصدور قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، كما توجّه هذا الاهتمام بضمّ قطاع

الأوقاف إلى صلاحيات وزارة الشؤون الدينية ، حيث تمّ إنشاء مديرية مكلفة بالأوقاف¹ تحوي مديرية فرعية مكلفة باستثمار الأموال الوقفية ، وبذلك تطورت إدارة الأوقاف في الجزائر بشكل جعل الوزارة الوصية تتمكن من استرجاع بعض الأملاك الوقفية التي ضاعت خلال الاستعمار وبعده ، كما تمّ استحداث صيغ قانونية جديدة لاستثمار وتنمية الملكية الموقوفة ، بغية إخراجها من حالة الركود ، وتطوير سُبُل استغلالها، ومن ثمّ الرُقّي بالوقف ليكون أكثر نفعاً وخدمة للصالح العام .

بيد أنه ورغم كل الإجراءات والنصوص التشريعية والتنظيمية، وجهود الدولة للنهوض بالمؤسسة الوقفية، إلا أن الأوقاف الجزائرية ما تزال تعاني من الضياع، ليس بسبب إهمال الوزارة الوصية، ولا من انعدام القوانين، ولكن لأسباب عديدة ومتعددة، وعليه فالبحث تتجلى أهميته في تبيان أسباب عدم نجاعة هذه الأطر القانونية في تنمية وتطوير الملك الوقفي، وتهدف من خلاله إلى معالجة سُبُل استثمار المؤسسة الوقفية، وارجاع دورها الريادي في التنمية الاجتماعية والاقتصادية.

ومن ذلك لنا أن نتساءل عن إشكالات السياسة التشريعية للأملاك العقارية الوقفية في الجزائر، وآليات تفعيلها من أجل التنمية المنشودة ؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإننا نعتمد المنهج الوصفي التحليلي، وذلك باستقراء النصوص القانونية وتحليلها تماشياً والآراء الفقهية الواردة في هذا الشأن، ومنه فقد تمّ تقسيم هذه الورقة البحثية إلى النقاط التالية:

المبحث الأول: إشكالات الإطار القانوني للأملاك العقارية الوقفية في الجزائر

المطلب الأول: الحركية السلبية للتشريع الوقفي

المطلب الثاني: الجوانب الإدارية للملك الوقفي

المبحث الثاني: جهود الدولة لتنمية العقار الوقفي ، والحلول المقترحة لاسترجاعه وُسبُل استثماره

المطلب الأول: جهود الدولة لتطوير وتنمية العقار الوقفي

المطلب الثاني: الحلول المقترحة لاسترجاع العقار الوقفي وُسبُل استثماره

¹ - وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 470/94 المؤرخ في 1995/12/25 والمتعلق بإنشاء مديرية مكلفة بالعدد 01 لسنة 1994 والذي ألغي بالمرسوم التنفيذي 146/2000 المؤرخ في 2000/06/28 ، ج ر العدد 38 لسنة 2000 ، الجزائر.

المبحث الأول : إشكالات الإطار القانوني للأموال العقارية الوقفية في الجزائر

تميزت الفترة الزمنية الممتدة بعد الاستقلال بحركية واسعة للنصوص القانونية المتعلقة بالأموال الوقفية، غير أنه وباستقراء هذه الديناميكية والحركية لقواعد التشريع الوفي، نجدتها تحمل في طياتها الجانب السلبي في ظل التدهور المقتن للثروة الوقفية الهائلة التي كانت تزخر بها الجزائر، الشيء الذي أثر على تنمية واستثمار هذه المؤسسة، وعليه سنتطرق إلى الحركية السلبية للنصوص التشريعية عموما (المطلب الأول)، ثم نتناول بعدها الجانب التسييري والتنموي للملك الوفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الحركية السلبية للتشريع الوفي

بعد الاستقلال غدت الجزائر تعاني من فراغ قانوني في مجال الأموال الوقفية، مما جعل هذه الأخيرة عرضة لكل أنواع التجاوزات والاستيلاء بدون وجه شرعي من الأفراد والجماعات، وذلك بالرغم من وضوح الحكم الشرعي الذي يقضي صراحة بأن أموال الوقف أو الحبوس ليست من الأموال القابلة للتصرف فيها، ولا هي من أموال الدولة بالمفهوم القانوني المعاصر، وإنما هي ملك لكل المسلمين، وعلى الدولة شرعا واجب الإشراف عليها، وحسن تسييرها وتنميتها والحفاظ عليها، وضمان صرف ريعها وفقا لإرادة الواقفين بما يتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية الغراء¹.

إن التفسير القانوني لهذه الوضعية، يمكن أن يجد مصدره في الآثار المترتبة من جزاء صدور وتطبيق المرسوم رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد سريان القوانين الفرنسية في الجزائر، ما عدا تلك التي تمس السيادة الوطنية².

وبناء على ما تقدم، أدمجت كل الأموال والأراضي ضمن الأموال الشاغرة وأموال الدولة، ومنه فهذه الحالة أفرزت آثارا سلبية على الأموال الوقفية بالرغم من صدور المرسوم رقم 64/283 المؤرخ في 1964/09/17 المتضمن نظام الأموال الحبسية العامة³، والذي بقي حبيسا لأفكاره النظرية ولم يلق تطبيقا من طرف الإدارة الجزائرية في ظل عدم تبيانها للأحكام القانونية التي تلزم الإدارة حماية الأوقاف من الإهمال والضياع.

¹ - ناصر الدين سعيدوني، تاريخ الوقف ودوره الاجتماعي والإقتصادي، محاضرة قدمت لدورة ادارة الأوقاف الإسلامية المنعقدة بالجزائر من 21 إلى 25 نوفمبر 1999، نشر وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1999، ص 9 وما بعدها.

² - الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 1963 الجزائر.

³ - الجريدة الرسمية العدد 35 لسنة 1964، الجزائر.

هذا وتواصلت صور التعدي على الأملاك الوقفية، إذ صدر الأمر رقم 73/71 المتضمن قانون الثورة الزراعية، وتمّ من خلاله تأمين كل الأراضي الوقفية واعتبارها أملاك وطنية، ومنحها للخواص في إطار قاعدة الأرض لمن يخدمها، يحدث هذا رغم تأكيد المادة 34 من الأمر 73/71 على استثناء الأوقاف من عملية التأمين¹.

واستمرت هذه الوضعية السلبية للأوقاف، وازدادت تدهورا بعد صدور القانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/07 المتضمن التنازل عن أملاك الدولة²، بحيث لم يستثن هذا الأخير الأملاك الوقفية من عملية التنازل، وتمّ التنازل عنها باعتبارها من أملاك الدولة، على الرغم من أن الوقف قانونا هو حبس العين عن التملك والتصديق بالمنفعة، وشرعا هو تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة أو الربح أو المنفعة، فالمقصود من ذلك أن الوقف تكون فيه ملكية الرقبة لله تعالى، أما حق المنفعة فيمنح في سبيل البر والإحسان³، كما أن صدور قانون الأسرة رقم 11/84 الذي خصّص الفصل الثالث منه لتحديد مفهوم الوقف لم يكن كافيا لضمان الحماية القانونية والعملية للأوقاف⁴.

لكن بصدور دستور 1989/02/23 مكن من إقرار حماية على الأملاك الوقفية في أحكام المادة 49 منه، من خلال تصنيف الأملاك إلى خاصة وعامة وموقوفة.

هذا وبدأ يتجسد الوجود القانوني للأوقاف بصدور قانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، الذي صنف صراحة الأوقاف ضمن الأصناف القانونية العامة المعترف بها في الجزائر، ضمن أحكام المادة 23 منه، كما ألغيت أحكام قانون الثورة الزراعية، ومن ثمّ امكانية استرجاع الأملاك الوقفية المؤمّمة في إطار هذا القانون⁵، وفي ذات السياق أبرز هذا القانون حرصه على أهمية الأوقاف بتخصيص المادتين 31 و 32 منه لتأكيد استقلالية التسيير الإداري والمالي للأوقاف، وخضوعها لقانون خاص، وعلى هذا الأساس صدر القانون رقم 10/91 المنظم للأوقاف⁶.

غير أن النصوص المنظمة له تأخرت إلى حين صدور المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 والمتعلق بشروط إدارة الأملاك الوقفية⁷، وفي ذات الوقت بقيت الأملاك الوقفية عرضة للاستلاء بحجة، تارة

¹ - خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ط1، ص 21.

² - الجريدة الرسمية العدد 06 لسنة 1981، الجزائر.

³ - عرّف المشرع الجزائري الوقف في المادة 03 من قانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1411 هـ الموافق 27 أفريل 1991م على أنه: "حبس العين عن التملك على وجه التأييد، والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

⁴ - قانون 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر العدد 24 لسنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، ج ر العدد 15 لسنة 2005، الجزائر.

⁵ - تمّ إلغاء قانون الثورة الزراعية بموجب المادة 75 من قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم، ج ر العدد 49 لسنة 1990، الجزائر.

⁶ - قانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1411 هـ الموافق ل 27 أفريل 1991 والمتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، ج ر العدد 21 لسنة 1991، المؤرخ في 08/05/1991، الجزائر، والمنظم في 50 مادة.

⁷ - الجريدة الرسمية العدد 90 لسنة 1998، الجزائر.

في إطار التأميم ، وتارة أخرى في إطار الحيازة المقترنة بالتقادم المكسب ، بالرغم من القاعدة التي تقضي بعدم جواز التصرف في الملك الوقفي، ومن ثمّ عدم امكانية كسبه بالتقادم المكسب¹.

هذا وجاء النص التشريعي 07/01 يعدل ويتمم قانون 10/91 ويتكلم عن استثمار وتنمية الأملاك الوقفية بصيغ مختلفة ، لاسيّما المزارعة والمساقاة ، والترميم والتعمير وغيرها ، هذا من الناحية القانونية ، لكن ماهو موجود وواقع ، فإن الحقيقة من ذلك أن الأملاك الوقفية بالرغم من الحماية الدستورية المجسدة والمتأخرة جدا ، وفي ظل ترسانة من النصوص القانونية التي سعت إلى اضافة أكثر حماية للملك الوقفي من خلال ضرورة استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة في إطار الثورة الزراعية ، أو الاحتياطات العقارية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تضمنت هاته النصوص ضرورة تنمية واستثمار الملك الوقفي ، فإن الواقع من هذا أنه لم يتم استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة ، وبقي الأمر يتراوح بين عدم المتابعة القضائية لاسترجاع الأملاك ، وبين أروقة المحاكم على قلتها ، وهذا راجع الى عدم وجود آليات واضحة للاسترجاع ، سيّما تسخير موارد بشرية مختصة، وتوسيع اختصاصاتها والابتعاد عن مركزية القرار وغيرها، وفي ذات السياق فإن تنمية واستثمار الأملاك العقارية لا يكون في إطار الصيغ التي جاءت بها النصوص القانونية ، وانما تؤجر في الغالب بأثمان زهيدة وبخسة ، لا ترق إلى مصطلح وفكرة التنمية والاستثمار.

وعلى كل ، وفي ظل عدم وجود إرادة سياسية من الدولة لاسترداد واسترجاع الأملاك الوقفية المؤممة، فضلا عن عدم التطبيق الصارم للتشريع الوقفي، فإن الوقف كمؤسسة لها أثرها الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع، لا يمكنه أن يلعبه في ظل ما هو سائد .

المطلب الثاني: الجوانب الإدارية للملك الوقفي

في إطار تسيير الوقف على الصعيد المركزي، فقد أحدث المشرع الجزائري أجهزة مركزية تتجسد في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الممثلة في شخص وزيرها المكلف بالأوقاف، وكذا اللجنة الوطنية للأوقاف، وعليه سيتم الكلام عن ادارة الوقف ، والفروع الولائية ، بالإضافة إلى لجنة الأوقاف .

¹ الأملاك الوقفية لا تقبل الاكتساب بالتقادم ، وقد منع المشرع الجزائري التصرف في الوقف من خلال تطبيق القاعدة العامة التي تقر أنه من لا يجوز التصرف فيه، لا يجوز كسبه بالتقادم ، وبصدور قانون 02/07 المؤرخ في 2007/ 02/27 المتعلق بتأسيس اجراء لمعينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري ، ج ر العدد 15 لسنة 2007 ، الجزائر، ألغى المرسوم 352/83 المؤرخ في 1883/11/21 والمتعلق بالتقادم المكسب واعداد عقد الشهرة ، ج ر العدد 21 لسنة 1983، ونص في المادة 03 منه صراحة على عدم جواز تملك الأملاك العقارية الوقفية ، لكن عمليا تمّ اكتساب العديد من الأملاك العقارية الوقفية الخاصة ، ومنها الأراضي الوقفية الجرداء عن طريق التقادم المكسب ، واعداد ما يسمى بعقد الشهرة ، الشيء الذي أكدته المحكمة العليا عن طريق غرفة الأحوال الشخصية في قرارها المؤرخ في 2009/02/11 تحت رقم 514789 ، بأنه لا تقادم في الحبس كون عقد الحبس من طبيعة خاصة . أنظر - مجلة المحكمة العليا ، لسنة 2009 ، العدد 2 ، ص 283 .

الفرع الأول: إدارة الأوقاف

إن إدارة الأوقاف ليست مستقلة وقائمة بذاتها ، بل هي إحدى المديرية الفرعية التابعة لمديرية الأوقاف والحج ، فمديرية الأوقاف والحج تضم المديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية ، وكذا المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية ، زيادة على المديرية الفرعية للحج والعمرة ، وكل مكتب فيه عدد ضئيل من الموظفين ، الشيء الذي لا يسمح لهاته الموارد البشرية على قلتها وعدم تخصصها القيام بالمهام المنوط بها في جانبها الوقفي ، إضافة إلى انشغالها بشعيرة الحج ، وعلى ذلك فإن البحث عن الأملاك الوقفية يصعب في ظلّ شساعة الدولة الجزائرية من جهة ، ونقص الهيكل البشري المتخصص من جهة أخرى ¹.

الفرع الثاني: الفروع الولائية لإدارة الأوقاف

تتجسد الفروع الولائية لإدارة الأملاك الوقفية ، في أنه كل ولاية لديها مديرية للشؤون الدينية والأوقاف ، وكل مديرية فيها مصلحة للإرشاد والشعائر الدينية والأوقاف ² ، فالأوقاف لها مكتب واحد ، وهذا غير كافي إطلاقاً ، ذلك أن مكتب الأوقاف التابع لمصلحة الإرشاد والشؤون الدينية والأوقاف ، لا يمكن أن يقوم بالمهام الحقيقية التي يجب أن يُنَاط بها موضوع الأوقاف في الجزائر ، ولذا فإن رئيس هذه المصلحة سيكون مشتتاً بين مشاكل ومشاكل الإرشاد الديني ، وأيضاً بالأمور المتعلقة بالشعائر الدينية ، يضاف إلى ذلك أن في كل مكتب من هذه المكاتب رئيس مكتب ومن يساعده في المهام الموكلة لمكتبه ، والتي لا تتوافق من حيث حجمها وأهميتها مع الحجم المعطى له كمكتب .

ومنه فتخصيص مكتب واحد للأوقاف في هاته المصلحة أمر لا تستسيغه المؤسسة الوقفية بمختلف مشاكلها ، ومن ثمّ فهذا التقسيم يجعلنا نؤكد أن مكتب الأوقاف ليست له القدرة على استيعاب أو حمل الأعباء الوقفية ، لاسيّما أعمال الاسترجاع والتنمية وغيرها .

الفرع الثالث: لجنة الأوقاف ³

تُجسد المركزية الإدارية وتتكون من مدير الأوقاف ، ومدير الإرشاد والشعائر الدينية ، وكذا مدير عن مصالح أملاك الدولة ، بالإضافة إلى مدير الثقافة الإسلامية وممثل الفلاحة والعدل والمجلس الإسلامي ،

¹ . الأملاك العقارية الوقفية عانت مدة طويلة من الإهمال والضياع ، الشيء الذي يؤكد فكرة صعوبة استرجاع هاته الأملاك ، إذ وفي ظلّ ترعب الجزائر على مساحة تفوق 2.3 مليون كيلومتر مربع ، مقسمة إلى 48 ولاية ، فإنه يلزم ضرورة توفر الكمّ اللازم من الكوادر والأعوان المؤهلة للعمل في مديرية الأوقاف ، ويضاف إلى ذلك أن هناك ولايات تتوافر على أملاك وقفية قائمة ، وأخرى يتم استرجاعها ، والباقي في طور البحث ، ممّا يستلزم تخصيص هيكل قائمة بذاتها داخل الإدارة المركزية لمتابعة كل هذه العمليات .

² . وهو ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 381/98 في المادة 10 منه إذ نصت على أنه " تسهر نظارة الشؤون الدينية في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها و البحث عنها وجردها ، وتوثيقها إدارياً طبقاً للتنظيم المعمول به" ، وكذا المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 200/2000 المؤرخ في : 26 يوليو 2000 و المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعمليها ، ج ر العدد 17 لسنة 2000 ، الجزائر .

³ . هي من أهم الأجهزة التي تتولى إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها ، وقد أنشأت بموجب قرار وزاري رقم : 29 المؤرخ في 1999/02/21 تطبيقاً للمادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في : 1998/12/01 ، وتعمل وتمارس مهامها تحت سلطة وزير الشؤون الدينية والأوقاف باعتباره سلطة مكلفة بالأوقاف .

وإذا نظرنا إلى الصلاحيات الموكلة لهذه اللجنة نجد أنها تتولى النظر والتداول في جميع القضايا المعروضة عليها المتعلقة بشؤون إدارة الأملاك الوقفية واستثمارها وتسييرها وحمايتها، حيث تقوم على الخصوص بما يلي: - دراسة حالات تسوية وضعية الأملاك الوقفية العامة والخاصة عند الاقتضاء¹ ، وتعدّ محاضر نمطية لكل حالة على حدة.

- تعمل على إعداد دليل عمل ناظر الوقف ، وتدرس حالات تعيينهم وانهاء مهامهم².

- تشرف على إعداد دفتر شروط نموذجي لإيجار الأملاك الوقفية ، أو اعتماده في ضوء فقه الأوقاف والتنظيمات المرعية، تطبيقاً لأحكام المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98. ومنه نستخلص من المهام المسندة لهذه اللجنة أنها تركز فكرة المركزية في إدارة الأملاك الوقفية في الجزائر، خاصة إذا نظرنا إلى الأحكام الخاصة بالمرسوم 381/98 ، والتي تتعلق بإدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، مما يوحي بأنّ هذه اللجنة وكأنها اختزال لإدارة الأوقاف في الجزائر، علماً أن أعضاءها يتشكّلون من عناصر منهم من لهم علاقة مباشرة بالأوقاف، ونقصد الرئيس والكاتب، بينما الأعضاء الباقون ليست لهم علاقة مباشرة بإدارة الأوقاف، بل وأنهم ليسو من المختصين في ذلك، فكيف يتسنى لهؤلاء أن يحكموا أو أن يدرسوا قضايا متعلقة بقرارات الاستثمار، أو إعادة التقييم، أو إصدار وثائق نمطية ، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن الحاجة إلى مثل هذه اللجنة، علماً أننا لو راجعنا وأصلحنا إدارة الأوقاف بما يعطها الاستقلالية ويكرّس فيها النمط اللامركزي لأمكن أن نستغني عن هذه اللجنة، أو كان يمكن الاستعانة بممثلتها لتكون لجنة استشارة ، أو لجنة مداولات على أن يكون أعضاؤها متخصصون في إدارة وتثمين الممتلكات الوقفية³.

المطلب الثاني: الجانب التنموي أو الاستثماري

الوقف هو حبسّ العين عن التملك على وجه التأييد بعقد التزام تبرع صادر عن ارادة منفردة ، فالأملاك الوقفية لا يجوز التصرف فيها ، لأن ملكية الرقبة أصبحت موقوفة ، أما التصرف في المنفعة فلا يوقف، وبالتالي فإن استغلال هاته الأملاك غالباً ما يكون عن طريق الإيجار بغض النظر عن صفة هذا العقار الوقفي سواء أكان معداً للإسكان أو للتجارة أو أرضاً فلاحية أو غيرها .

¹ - أحكام المواد 03 ، 04 ، 05 ، 06 من المرسوم التنفيذي 381-98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998 ، المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق 01 ديسمبر 1998 الذي حدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ، ج ر العدد 90 لسنة 1998 ، الجزائر.

² - المواد 13 ، 14 ، 20 ، 21 من نفس المرسوم .

³ - فارس مسدور ، كمال منصوري ، الأوقاف الجزائرية ، نظرة في الماضي والحاضر والمستقبل ، مجلة علمية نصف سنوية تصدر عن الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت ، 2008 ، ص 15 وما بعدها.

الفرع الأول : تنمية العقار الوقفي بإيجاره

بالرجوع إلى القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف، والمرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لإدارة الأملاك الوقفية وتسييرها، نجد المادة 42 من القانون تنص على أنه "تؤجر الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية".

ومنه فإن إيجار هذه الأماكن يخضع لقواعد القانون المدني، لاسيما الأحكام المتعلقة بإيجار المحلات السكنية والمهنية¹.

غير أنه ونظرا للصعوبات التي طرحتها المادة 42 من قانون الأوقاف من الناحية العملية جاء القانون 07/01 المؤرخ في 2001/07/22 يعدل ويتمم قانون الأوقاف، وقد نصت صراحة المادة 26 مكرر 8 منه على أن تؤجر المحلات السكنية والمهنية وفقا لأحكام القانون المدني، لاسيما المواد 467 وما بعدها، وذلك في إطار أحكام الشرع، وفي هذا الصدد نقول أن إخضاع إيجار العقار السكني أو المهني الوقفي لأحكام القانون المدني أمر أثبت فشله، سيما ومعظم الأملاك الوقفية تؤجر بأثمان بخسة، وتهمل فيها الصيانة والمحافظة على العين المؤجرة، ذلك أن معظم قواعد الإيجار المدني هي قواعد مكتملة تمتاز بالمرونة وتعتد بالإرادة كقانون للمتعاقدين، ومن ثم أعمال الإرادة في إيجار هذه المحلات من شأنه عدم الاستثمار الطيب لهذه الممتلكات، ونعتقد في ذلك أن تخصيص قواعد أمر خاصة بالإيجار الوقفي يراعى فيها خصوصية الملك الوقفي كونه ليس بالملك العام، ولا هو بالملك الخاص التي تكون فيه إرادة المتعاقدين حريصة على حماية حقوقها، وإنما هي ملكية موقوفة غالبا ما لا تحظى بالحماية والرقابة المالية اللازمة.

الفرع الثاني : الاستثمار الوقفي العقاري في ظل قانون 07/01

تطبيقا لسياسة الانفتاح الاقتصادي المنتهجة من قبل الدولة الجزائرية، وفي إطار تنمية الملك الوقفي لما يحققه من بعد اجتماعي واقتصادي، تم تعديل قانون الأوقاف بقواعد قانونية تحمل في طياتها بوادر الاهتمام بتطوير وتنمية العقار الوقفي، وذلك باستحداث آليات لتمويل الملك الوقفي، وخلق نوع من السيولة النقدية تستعمل في عملية الاستثمار، فضلا عن ذلك تم إعداد صيغ قانونية لتنمية العقار الوقفي واستغلاله، وهاته الصيغ تختلف باختلاف الأملاك الوقفية ذاتها، وما إذا كانت أراضي زراعية أو بورا، أو عاطلة، أو مبنية ومعرضة للخراب والاندثار، أو غيرها، وعليه فإن أهم الآليات والصيغ التي جاء بها قانون 07/01 في إطار استثمار العقارات الوقفية تتجلى فيما يلي :

¹ - في هذا الصدد نشير إلى أنه لا مجال لتطبيق حق البقاء على الأملاك الوقفية مطلقا، إذ حق البقاء أبدي، ولا يجوز تأييد العقود في الشريعة الإسلامية، وهذا الكلام ينحصر في الفترة التي تسبق صدور المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري المعدل للقانون المدني الذي ألغى الحق في البقاء، غير أن الواقع أثبت أن الكثير من شاغلي هاته الأمكنة تمسكوا بحق البقاء، وبقي الحال كذلك حتى صدور القانون 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني، ونص في مضمونه على ما يفيد انقضاء حق البقاء بحلول سنة 2017، واستثناء من ذلك شاغلي العقار الوقفي البالغين 60 سنة عند صدور التعديل الجديد 2007 ينقضي حق البقاء بوفاهم، أنظر، المادة 507 مكرر من القانون المدني الجزائري .

أولاً . مصادر التمويل الاستثماري الوقفي: وفي ذلك تنص المادة 26 مكرر من القانون 07/01 على أنه : " يمكن أن تستغل و تستثمر و تنهى الأملاك الوقفية بتمويل ذاتي، أو بتمويل وطني أو خارجي مع مراعاة القوانين والتنظيمات المعمول بها " .

وعليه فتطوير وتنمية الملك الوقفي قد يتم التمويل فيه ذاتيا ، أي من أموال الأوقاف ذاتها (صندوق الأوقاف)، وقد يكون التمويل وطنيا، ومعنى ذلك أن يكون من مختلف مصادر التمويل الحكومية، المؤسسات، الجماعات المحلية... وغيرها، كما قد يكون التمويل خارجيا من قبل الهيئات والمؤسسات المالية الدولية ، أو حتى التمويلات الخاصة (الجالية في المهجر...).

ثانيا - آليات استثمار العقارات الفلاحية الوقفية: في إطار قانون 07/01 فرّق المشرع بين العقار السكني والتجاري، وبين الأراضي الفلاحية، حيث خصّ هذه الأخيرة بصيغ من شأنها تنمية الملك الوقفي¹ ، ومنه إذا كانت هذه الأوقاف عبارة عن أراضي أو أشجار، فإنها تستثمر وتُنهى وفق الصيغ التالية :

1 - عقد المزارعة : ويتلخص في إعطاء الأرض الوقفية لمزارع يستغلها مقابل حصة من المحصول يُتفق عليها عند إبرام العقد².

2 - عقد المساقاة : وهو إعطاء الشجر الموقوف لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره³، كأن تمنح لبستاني لأجل سقيها ورعايتها وإصلاحها إن تطلب الأمر ذلك ، مقابل جزء معلوم من ثمرها يتفق عليه عند إبرام عقد المساقاة .

وفي هذا الصدد يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تبيان أحكام هاته العقود ، واكتفي بتعريفها فقط دون التطرق لشروطها وأثارها وانقضائها ، ممّا جعلها حبيسة لأفكارها النظرية دون التطبيقية ، إذ لا نجد مجالا لتجسيد هذه العقود على أرض الواقع، وإنما يتم استغلال العقارات الوقفية الفلاحية بطريق الإيجار العادي، ومنه فكان الأجدر بمشرعنا أن ينظم هذه الصيغ بعقود نموذجية تُعد سلفا تبين فيها كل تفاصيل أحكام هاته الصيغ ، ومن ثمّ نجد لها تطبيقا في الحياة العملية .

ثالثا - تنمية العقارات الوقفية العاطلة: تطبيقا لنص المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01 فإن هذه الأراضي يتم استثمارها وتنميتها في إطار الصيغ أو العقود التالية:

¹ - لأكثر تفصيلا ، أنظر ، شرون عزالدين ، أساليب استثمار الوقف في الجزائر ، مجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية ، السنة 2014 ، العدد 08 ، ص 177 وما بعدها .

² - المادة 26 مكرر 01 من قانون 07/01 .

³ - المادة 26 مكرر 02 من قانون 07/01 .

1. عقد الحكر: ويقصد به تخصيص جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع إلزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع بهذه الأرض، كما أعطته الحق في توريث حقه هذا خلال مدة العقد.

2. عقد المرصد¹: فوفقاً لهذا العقد يُسمح لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار.

3. عقد الترميم (التعمير)²: وهذه الصيغة من العقود تخص العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار، حيث يدفع المستأجر بموجب هذا العقد ما يقارب قيمة الترميم، أو التعمير مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلاً.

هذا والجدير بالذكر أنه في سبيل استثمار العقارات الوقفية المبنية أو الموجهة للبناء قد صدر المرسوم التنفيذي 213/18 والمتعلق بشروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

غير أنه وما يمكن قوله في هذا الصدد عموماً، أنه وبالرغم من صدور قانون 07/01 والذي تناول استثمار وتنمية الملك الوقفي، وكذا العديد من المراسيم التطبيقية في هذا الشأن، إلا أن واقع الحال يشير إلى أن الأراضي الوقفية بمختلف أنواعها لا تزال تخضع للإيجار بأجور بخسة إن لم نقل تافهة، مع بقاء قانون 07/01 بصيغته الاستثمارية وأطره التنموية مجرد قواعد لم ترق بعد إلى تطوير الأملاك الوقفية وارساء دورها الريادي في مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية.

المبحث الثاني: جهود الدولة لتنمية العقار الوقفي، والحلول المقترحة لاسترجاعه وسبب استثماره

في إطار تحقيق الدور التنموي في شقيه الاجتماعي والاقتصادي، سعى المشرع الجزائري في ظلّ الوضعية المزرية للأملاك الوقفية - لاسيّما ومعظمها تعرض للنهب والاستلاء من الخواص والجهات العمومية - إلى إيجاد حلول الغاية منها إرجاع الدور الريادي التي تلعبه المؤسسة الوقفية، إذ سَطَّرت الوزارة أهدافاً مرحلية بغرض إيجاد قاعدة متينة من أجل تطوير التسيير الإداري والتنموي، وعليه فإن سعي الدولة الجزائرية لإرجاع الدور التنموي للمؤسسة الوقفية تجسد في أطر قانونية وتطبيقية محاولة منها النهوض بتنمية الملك الوقفي، غير أن الواقع أثبت أن الدور التنموي بشقيه الاجتماعي والاقتصادي لا يزال يعتره النقص والجمود، وعليه سنتناول أهم الإجراءات والسبب التي اعتمدها الوزارة للنهوض بمؤسسة الوقف (المطلب الأول)، وكذا الحلول المقترحة لتنمية العقار الوقفي وجعله يقوم بدوره الريادي في مجال الاستثمار (المطلب الثاني).

¹ - المادة 26 مكرر 05 من قانون 07/01

² - المادة 26 مكرر 07 من قانون 07/01

المطلب الأول: جهود الدولة لتطوير وتنمية العقار الوقفي

لتجسيد الحماية الدستورية المتأخرة في مجال الملكية الموقوفة ، حاولت الدولة الجزائرية ممثلة في الوزارة المكلفة بالأوقاف ترميم ما يمكن ترميمه، لاسيما والأموال الوقفية تعرضت قبل التسعينات لشتى أنواع النهب والاستلاء، وتراوحت أعمال الوزارة بين الإجراءات الإدارية من خلال محاولة استرجاع الأملاك الوقفية المصادرة، واعداد جرد وحصر عام لهاته الممتلكات هذا من جهة، ومن جهة أخرى محاولة إرساء قواعد قانونية جديدة من شأنها تطوير وتنمية الأملاك العقارية الوقفية، ومنه فجهود الدولة في نطاق استثمار الملكية الموقوفة تجلّى فيما يلي :

الفرع الأول: محاولة استرجاع الملك الوقفي

كما سبق القول فقد تمّ تأمين ثروة عقارية ووقفية هائلة في ظل مفاهيم خاطئة ، فمن جهة اعتبار الأملاك الوقفية من أملاك الدولة ، ومن جهة أخرى اكتساب العقار الوقفي بالتقادم المكسب واعداد ما يسمى بعقد الشبهة ، غير أنه ومع بداية التسعينات وتجسيد الحماية الدستورية للأملاك الوقفية، فضلا عن النصوص القانونية والتنظيمية التي جسدت امكانية استرجاع الأملاك الوقفية المؤمّمة تمكنت الوزارة من خلال عملية البحث عن الأملاك الوقفية التي شرعت فيها إلى اكتشاف و استرجاع و تسوية الكثير منها، وقد اعتمدت في عملها على الخبراء العقاريين وبالتنسيق مع مصالح وزارة المالية (أملاك الدولة والحفظ العقاري ومسح الأراضي)، غير أن الواقع من ذلك أن حجم الأوقاف التي تمّ تأمينها والاستلاء عليها يفوق بكثير حجم الأملاك المسترجعة، أو حتى التي بقيت ووقفية وتسهر عليها الوزارة المكلفة بهذا الشأن .

الفرع الثاني: ترقية أساليب التسيير المالي والإداري

وفي هذا عملت الوزارة على تحقيق هذا الهدف من خلال إعداد المذكرات والتعليمات في مجال التسيير المالي والإداري لاسيما إعداد الملفات للأملاك الوقفية، وتوحيد الوثائق الإدارية الخاصة بتسييرها (منشور الملك الوقفي، وبطاقة الملك الوقفي)، وكذا تسيير الإيجار وكل المسائل المرتبطة به (عقود الإيجار، طرق تقييمه، الترميم والإصلاح)، بالإضافة إلى ضبط الوضعية المالية للأملاك الوقفية.

الفرع الثالث: مراجعة بدل الإيجار وارساء تطبيق ايجار المثل

ففي ظلّ انخفاض قيمة الدينار الجزائري سعت الوزارة إلى مراجعة بدل الإيجار، وتطبيق بدل ايجار جديد يتماشى و ايجار المثل، وقد ركزت في البداية على المحلات التجارية والمرشات والأراضي الفلاحية ، أما بالنسبة للسكنات الوقفية الوظيفية فإن جهودها تركزت حول إبرام العقود مع المستأجرين والذين هم غالبا من رجال السلك الديني ، والعمل على زيادة الإيجار بالتراضي وبنسب متدرجة وكذلك على تسديد مخلفات الإيجار .

الفرع الرابع: جرد العقارات الوقفية وتسوية وضعيتها القانونية

وفي هذا الصدد عملت الوزارة على وضع جرد عام للعقارات الوقفية على المستوى الوطني، وذلك بإعداد حصر كلي لهاته الممتلكات من خلال إنشاء بطايقية وطنية وسجلات لجرد للأموال الوقفية المستغلة، وبالموازاة مع اجراءات الجرد سعت الوزارة المكلفة بالأوقاف إلى تسوية الوضعية القانونية للأموال الوقفية¹ على أمل تجسيد أرضية متينة، تهدف من جهة إلى حماية العقار الوقفي، ومن جهة أخرى اعداد وعاء عقاري من شأنه تنمية واستثمار أمثل للأموال الوقفية، ولا يتسنى ذلك إلا بالحصول على الوثائق والمستندات اللازمة لإثبات الملكية الموقوفة.

وعليه فقد تطلبت تسوية الوضعية القانونية للأموال الوقفية عناية وتركيز خاصين من أجل التوثيق الرسمي للأموال الوقفية وشهرها لدى مصالح الشهر العقاري، و نشير هنا أن هذه العملية تختلف حسب نوع ووضعية الأملاك الوقفية المعروفة والمستغلة بإيجار والتي ليست لها سندات رسمية، أو أملاكاً وقفية مجهولة وتم اكتشافها في إطار عملية البحث، أو أنها مخصصة للشعائر الدينية.

غير أنه وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد، هو وجود ملكية عقارية موقوفة يسودها الفوضى والعشوائية جرّاء من جهة عدم وجود سياسة تشريعية عقارية تتمحور أساساً على تنظيم الملكية العقارية عموماً، من خلال إيجاد مسح عام للأراضي يُبين فيه ما هو ملك خاص، وما هو وطني عام وخاص، وما هو ملك وقفي، إذ غالبية الأراضي الوطنية الخاصة بحوزها الأفراد الخواص والمتمسكون بحيازتها، ضف إلى ذلك أن الكثير من الأملاك الوقفية تمّ تأميمها واعتبرت أملاكاً للدولة، ليتم بعدها محاولة استرجاعها من خلال نصوص تشريعية تتعارض مع عقود الامتياز العقاري، ومن جهة أخرى عدم وجود أمن قانوني يرتكز على استقرار النصوص القانونية باعتبار ذلك أساساً لتنمية واستثمار العقار عموماً، لاسيّما العقار الوقفي، إذ مسألة ضبط طبيعة العقار وفق آلية المسح، وتجسيد فكرة الأمن القانوني باستقرار القواعد القانونية أمر من شأنه اضعاف أكثر حماية للأموال الوقفية.

الفرع الخامس: تنمية واستثمار العقار الوقفي

في إطار تطوير أساليب استغلال الأملاك الوقفية تمّ تعديل قانون الأوقاف 10/91 بموجب القانون رقم 07/01 المؤرخ في 28 صفر 1422 الموافق لـ 22 ماي 2001، وذلك لفتح المجال لتنمية واستثمار الأملاك الوقفية سواء بتمويل ذاتي من حساب الأوقاف، أو بتمويل وطني عن طريق تحويل الأموال المجمعة إلى استثمارات منتجة باستعمال مختلف أساليب التوظيف الحديثة، غير أنه وما يمكن قوله في هذا الصدد أن التعديل

¹ و قد تم اتخاذ الأساس القانوني للتسوية القانونية للأموال الوقفية بالتنسيق مع وزارة المالية، وبعض الوزارات المعنية في صيغة تعليمات وزارية مشتركة أدت كلها إلى تسارع وتيرة التسوية القانونية للأموال الوقفية.

الجديد لقانون الأوقاف، وبالرغم من الصيغ العديدة التي جاء بها لتطوير وتنمية العقار الوقفي سواء أكان محلا سكنيا أو تجاريا أو أراضي زراعية، لاسيما عقود المزارعة والمساقاة والمرصد والتعمير وغيرها من الصيغ التي من شأنها الرقي بالملك الوقفي وجعله أداة للتطور الاجتماعي والاقتصادي، إلا أن ما هو واقع أثبت خلاف ذلك، فمعظم العقارات الوقفية لا تستثمر بهاته الصيغ، وإنما يتم منحها في اطار عقود ايجار عادية، وبأثمان بخسة، ومن ثمّ فتفقد دورها التنموي إن لم نقل تفقد حتى ذاتيتها، ذلك أن الملكية الموقوفة تُعد أحد أضعف الأملاك حماية مقارنة بباقي الملكيات، لاسيما الخاصة والعامة، فالملكية الموقوفة تعد في حكم المال السائب، والمال السائب لا يمكن تنميته وإنما مصيره في ظل عدم المحافظة عليه الزوال والاندثار.

المطلب الثاني: الحلول المقترحة لاسترجاع العقار الوقفي وسُبل استثماره

بالرغم من جهود الدولة للنهوض بقطاع الأوقاف وسعيها لجعله رائدا في مجال التنمية، فإننا نقول أنه في ظل عدم وجود ارادة سياسية تشريعية من الدولة لتجسيد الحماية الدستورية المستحدثة، فإن التشريع الوقفي بمختلف أطيافه القانونية والتنظيمية، لا يمكن له أن يرقى بالملكية الوقفية إلى مستوى التنمية المنشودة، ومنه فإننا نعتقد أنه وبالرغم من هاته النصوص التشريعية والتنظيمية فغنها تبقى قاصرة للوصول على مستويات من خلالها يلعب الوقف كمؤسسة قائمة بذاتها دورا اجتماعيا واقتصاديا مهما، وعليه سنتكلم عن آفاق ايجاد أرضية عقارية وقفية تعكس ما هو واقع، وتلبي ما هو مأمول، وذلك بالتطرق إلى هاته الآفاق، وإلى سُبل تنمية الملك الوقفي من خلال تنوع مجالاته الاستثمارية.

الفرع الأول: آفاق ايجاد وعاء عقاري وقفي تنموي

بصرف النظر عن المشاريع الاستثمارية الوقفية الضئيلة جدا، فإن تنمية الأملاك الوقفية وتطويرها لا بد أن يرتكز أساسا على وعاء وأرضية عقارية من شأنها تعزيز واسترجاع المؤسسة الوقفية، ولن يتأت ذلك إلا بوجود ارادة سياسية من الدولة الجزائرية تقوم على فكرة، من جهة استرجاع الأراضي المؤممة، ومن جهة أخرى إرساء قواعد الرقابة على تسيير الممتلكات الوقفية، وكذا التطبيق الصارم للقواعد القانونية المتعلقة بالأوقاف، وعليه ففي اطار ايجاد آفاق لتطوير العقار الوقفي، وفضلا عن ضرورة التوعية والإعلام فيما يخص القيمة الاقتصادية والاجتماعية للوقف فإننا نعتقد ما يلي:

أولا - على المستوى التسييري: انشاء مديرية أوقاف مستقلة تماما عن غيرها، حيث يكون هيكلها التنظيمي خاصا بالأوقاف فقط، ولما لا انشاء المديريات الجهوية للأوقاف شرقا وجنوبا وغربا ووسطا.

ثانيا - تسخير الموارد البشرية المتخصصة والمادية لاسترجاع العقار الوقفي الذي تم تأميمه، ولما لا يتم منح الدولة عقارات لها كتعويض عيني مادام هناك نصوص قانونية تتكلم عن التعويض العيني.

ثالثا - الواقع العملي يؤكد بقاء الإيجار الطريق الوحيد لاستغلال الأملاك الوقفية، بينما تبقى الصيغ الأخرى التي جاء بها التعديل الجديد بقانون 07/01 المعدل لقانون الأوقاف مجرد أفكار نظرية لم ترق

بعد إلى التجسيد التطبيقي الفعلي، وعلى ذلك نعتقد ضرورة اعتماد تلك الصيغ ميدانيا، وذلك بإعداد نماذج تُعدّ سلفا (عقود نموذجية) تتضمن عقود المزارعة والمساقاة والمرصد والترميم والتعمير وغيرها .

الفرع الثاني: تنوع نطاق الاستثمار في العقارات الوقفية

إذ وفي إطار تنمية الأملاك الوقفية لا يمكن أن ينحصر استغلال هاته الممتلكات على الطرق التقليدية المتمثلة عموما في استعمال العقار الوقفي في المجال السكني والتجاري، ولكن يمكن استثمار العقارات الوقفية في نطاق أوسع وبصيغ حديثة، إذ يمكن تطوير ذلك في المجالات التالية :

أولا- المدن السياحية: وهنا يمكن الاستثمار في العقار الوقفي، وذلك بإنشاء قرى سياحية سواء أكانت ساحلية أو في الصحراء أو في أي منطقة تتوافر على جانب سياحي يمكن الاستثمار فيه، وكل ذلك يكون في إطار ديني، ووفق ما تقتضيه العادات والتقاليد الإسلامية الحميدة¹.

ثانيا - انشاء فنادق ورفية راقية : ومعناه الاستثمار في مجال الخدمات الفندقية وذلك بتشيد فنادق على الأراضي الوقفية بالشكل الذي يساير تعاليم الشريعة الإسلامية، وبأسعار تنافسية وخدمات في أفضل وأجود صورها .

ثالثا - مؤسسات ورفية استشفائية : فالكثير من الدول العربية تستخدم العقار الوقفي في مجال الصحة، وثبت أنه وسيلة لتطوير الممتلكات الوقفية، ولذلك فإنه يمكن تنمية الأملاك العقارية الوقفية في الجزائر وذلك بإنشاء مستشفيات وعيادات متخصصة تقدم خدمات طبية بشتى أنواعه، وبأسعار تنافسية وفي أفضل صورها، مع الأخذ بعين الاعتبار صفة الوقفية وما يترتب عنه من مساعدة لفئة المحتاجين والفقراء وغيرهم .

رابعا- المكتبات والمدارس المتخصصة الوقفية : ويقصد بذلك المكتبات الكبيرة التي تقدم مصادر البحث العلمي بشتى أنواعه، فضلا عن تقديم مختلف الخدمات الأخرى، لاسيما خدمات تصوير الوثائق والإعلام الآلي، وكذا خدمات الإطعام وغيرها، أما المدارس المتخصصة فهي تلك المدارس التي تحترف تعليم اللغات والإعلام الآلي، الحرف التقليدية، الصناعات الصغيرة... وغيرها من المجالات التي تستثمر فيها الملكية الخاصة عموما، هذا كله مع ضرورة تجسيد رقابة فعلية مركزية وغير مركزية على عملية تسيير واستغلال هاته الممتلكات الوقفية.

¹ - فارس مسدور، الأوقاف الجزائرية بين الاستثمار والاندثار ، مجلة معهد العلوم الاقتصادية، الجزائر ، المجلد 12 العدد 03، لسنة 2008 ، ص

خاتمة

وكخاتمة لما تمّ ذكره نقول أن العقار عموما يثير الكثير من المنازعات والخصومات باعتباره منبعاً ومصدراً مهماً للربح، والعقار الوقفي باعتباره نوع من أنواع العقار تعرض لشتى أنواع الانتهاك بدءاً بالاستعمار الفرنسي، ومروراً بالتأميمات المختلفة للتشريعات الوطنية، لاسيّما قانوني الثورة الزراعية، والتنازل عن أملاك الدولة للخواص، ووصولاً إلى الحماية الدستورية للأملاك الوقفية والنصوص القانونية المطبقة لذلك.

غير أن الواقع لا يزال ينبئ بتدهور الأملاك الوقفية، سيّما وانعدام إرادة سياسية للدولة في جعل العقار الوقفي مصدراً مهماً للاستثمار، ومن ثمّ تحقيق تنمية اجتماعية واقتصادية مستدامة.

فلاشك أن الأوقاف في الجزائر على ما هي عليه اليوم لا يمكن أن تقوم بالدور المراد منها في عملية التنمية المنشودة، إذ في ظل ذلك فهي عاجزة عن تلبية الحاجات العامة المتزايدة، وعليه فمن الضروري العمل على إنمائها، واستغلالها و تعظيم ريعها، ولكونها في الأصل تعاملًا دينياً، لذا يتطلب ضبط العمل الوقفي بأحكام الشرع، لأن الاستثمار الوقفي يعتبر من أهم وأدق التصرفات التي تحتاج إلى تأصيل شرعي ومراعاة لحكم الدين والتزاماً بأغراض الوقف، وأخذاً في الحسبان مصلحة المستحقين، وشروط الواقفين.

وعليه وممّا سبق ذكره فإننا نخلص إلى النتائج والتوصيات التالية:

1- ضرورة تسخير موارد بشرية ومالية كافية ومتخصصة لاسترجاع الأملاك العقارية الوقفية سواء التي تمّ تأميمها من قبل الدولة ومنحها للخواص في إطار الثورة الزراعية، أو الاحتياطات العقارية، وإذا استحال ذلك فيتم التعويض العيني، وذلك بمنح أملاك عقارية وطنية مقابل ما تمّ تأميمه، هذا بالإضافة إلى إعادة الملك الوقفي الذي تمّ الاستلاء عليه من قبل الخواص في إطار اكتساب الملكية بالحيازة، واعداد ما يسمى بعقد الشهرة.

2- ضرورة تفعيل صيغ استثمار الأملاك الوقفية التي جاء بها قانون 07/01، وذلك بتبيان أحكام هذه الصيغ، لاسيّما المزارعة والمساقاة والمرصد والتعمير وغيرها، فيتم التنظيم من خلال تكوين هاته العقود وشروطها، فضلاً عن آثارها وانقضائها، ولما لا إعداد عقود نموذجية تعدّ سلفاً من شأنها أن تضبط استثمار وتنمية الملك الوقفي.

3- العمل على تنويع نطاق الاستثمار في العقارات الوقفية، وذلك بإنشاء مؤسسات فندقية وعيادات طبية متخصصة، فضلاً عن تشييد قرى سياحية وقفية، ومدارس ومكتبات وغيرها من المشاة التي تستعمل في إطار الاستثمار في الملكية الخاصة، شريطة اضاء آليات الرقابة الفعلية الآنية لعملية تسيير هاته الممتلكات.

4- ضرورة تجسيد رقابة فعلية مستمرة على الاستغلال الأمثل للممتلكات الوقفية، خصوصاً في ظل الفساد الإداري، واللامبالاة بالملكية الموقوفة، واستغلالها في غير ما يحقق أهدافها المنشودة.

5- تعزيز التعاون الدولي في مجال تنمية وتطوير المؤسسة الوقفية، لاسيما دول الخليج، إذ تعتبر رائدة في هذا المجال، بالإضافة إلى بحث سُبل التعاون مع الهيئات العلمية الدولية المتخصصة .

أخيرا نقول أن كل هذه التوصيات والنتائج التي تهدف إلى الرقي بالمؤسسة الوقفية وإسناد لها الدور الريادي في مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية لن تجد نفعاً ما لم تكن هناك إرادة سياسية للدولة من أجل تغيير واقع الملك الوقفي من الركود والجمود إلى آفاق وآمال التنمية والازدهار.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا/ قائمة المصادر:

أ - النصوص التشريعية

- 1 - دستور الجزائر لسنة 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 18/89 المؤرخ في 22 فبراير 1989 ، ج ر العدد 09 لسنة 1989 المعدل والمتمم بالقانون 76/96 المؤرخ في 08/12/1996 ، ج ر رقم 76 لسنة 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06/03/2016 ، ج ر رقم 14 لسنة 2016 ، الجزائر.
- 2 - الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن قانون الثورة الزراعية ، ج ر العدد 97 لسنة 1971 ، الجزائر ، ملغى.
- 3 - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر العدد 13 لسنة 2007 ، الجزائر.
- 4 - القانون رقم 01/81 المؤرخ في 07/02/1981 المتضمن التنازل عن أملاك الدولة ، الجريدة الرسمية العدد 06 لسنة 1981 ، الجزائر. ملغى.
- 5 - القانون 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة ، ج ر العدد 24 لسنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 ، ج ر العدد 15 لسنة 2005 ، الجزائر .
- 6 - قانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ، ج ر العدد 49 لسنة 1990 ، الجزائر.
- 7 - قانون 10/ 91 ، الصادر بتاريخ 12 شوال 1411 هـ الموافق ل 27 افريل 1991 والمتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم ، ج ر العدد 21 لسنة 1991 ، الجزائر.
- 8 - قانون 07/01 المؤرخ في 28 صفر 1422 الموافق ل 22 ماي 2001 المعدل والمتمم للقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ، ج ر عدد 29 لسنة 2001 ، الجزائر.

9- قانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتعلق بتأسيس اجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، ج ر العدد 15 لسنة 2007، الجزائر، ألغى المرسوم 352/83 المؤرخ في 21/11/1883 والمتعلق بالتقادم المكسب واعداد عقد الشهرة، ج ر العدد 21 لسنة 1983.

ب- النصوص التنظيمية

1- المرسوم رقم 157/62 المؤرخ في 31/12/1962 المتضمن تمديد سريان القوانين الفرنسية في الجزائر، ما عدا تلك التي تمس السيادة الوطنية الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 1963، الجزائر.

2- المرسوم رقم 283/64 المؤرخ في 17/09/1964 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، ج ر رقم 35 لسنة 1964، الجزائر.

3- المرسوم التنفيذي 470/94 المؤرخ في 25/12/1995 والمتعلق بإنشاء مديرية مكلفة بالأوقاف، العدد 01 لسنة 1994، الملغى بالمرسوم التنفيذي 146/2000 المؤرخ في 28/06/2000، ج ر العدد 38 لسنة 2000، الجزائر.

4- المرسوم التنفيذي 381-98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998، المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق 01 ديسمبر 1998 الذي حدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج ر العدد 90 لسنة 1998، الجزائر.

5- المرسوم التنفيذي 200/2000 المؤرخ في 26 يوليو 2000 و المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، ج ر العدد 17 لسنة 2000، الجزائر.

6- المرسوم التنفيذي 213/18 المؤرخ في 20/08/2018 والمتعلق بشروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر العدد 52 لسنة 2018، الجزائر.

ثانيا/ قائمة المراجع:

أ- الكتب والمحاضرات:

1- خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2004.

2- ناصر الدين سعيدوني، تاريخ الوقف ودوره الاجتماعي والاقتصادي، محاضرة قدمت لدورة ادارة الأوقاف الإسلامية المنعقدة بالجزائر من 21 إلى 25 نوفمبر 1999، نشر وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1999.

ب- المقالات والاجتهادات القضائية:

- 1- فارس مسدور، كمال منصور، الأوقاف الجزائرية، نظرة في الماضي والحاضر والمستقبل ، مجلة علمية نصف سنوية تصدر عن الأمانة العامة للأوقاف، الكويت ، 2008 ، ص 85 – 100
- 2- فارس مسدور، الأوقاف الجزائرية بين الإستثمار والإندثار، مجلة معهد العلوم الإقتصادية ، الجزائر، المجلد 12 العدد 03 ، لسنة 2008 .
- 3 - شرون عز الدين، أساليب استثمار الوقف في الجزائر، مجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية، السنة 2014 ، العدد 08 .
- 4- مجلة المحكمة العليا، لعدد 02 لسنة 2009، القرار رقم 514789 المؤرخ في 2009/02/11 الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر.



الحقوق المالية المترتبة على الانقضاء المبترس للرابطة الوظيفية: دراسة مقارنة

Financial rights effects of premature expiration of functional relationship: a comparative study

محمد عماد احمد عرعرأوي، جامعة آل البيت - الأردن.

Mohammad Emad Ahmed ARARAWI, Al Albayt University

Abstract

This study examined the Financial rights effects of premature expiration of the functional relationship in Jordanian law, so the subject has been studied in the light of the legislation governing the public service, whether in Jordan or in the countries of comparative law, the subject was studied in two chapters, the first one dealt with the financial implications of premature termination of the employment relation. Chapter two on the other hand included the non-financial effects of premature termination of the employment relation.

This study, which relied on the comparative descriptive and analytical approach, aimed to explain the financial implications of the premature expiration of an employment relation in Jordanian law and comparative law countries, such as the financial rights resulting from the premature termination of a functional association, the financial rights of the employee's management, the non-financial effects of the premature termination of an employment relation, and the extent of the permissibility of reinstatement like the appointment of the employee after the expiry of the employment relation, and the extent of accountability of the public employee.

The study reached a set of results, the most important of which was the existence of a legislative deficiency in the legislation governing the public service in Jordan with regard to the financial rights of an employee whose service ends prematurely. It also concluded a set of recommendations, the most important of which is the necessity of amending some provisions of the Jordanian civil service system, by mitigating the negative effects on the public employee as a result of the expiry of the functional link in order to achieve a balance between the public employee's interest on the one hand and the administration's interest on the other hand, and benefit from the experience of the comparative law in this field.

Key words: functional relationship - premature expiration - Financial rights.

الملخص

نتناول في هذه البحث الحقوق المالية المترتبة على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية، والهدف من هذا البحث الذي اعتمدت فيه على المنهج الوصفي والتحليلي المقارن بيان الحقوق المالية للانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية في القانون الأردني والقانون المصري، والمتمثلة بحق الموظف العام في الحصول على الراتب والعلاوات الدورية، وحق الموظف في التقاعد المبكر، وحق الموظف في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة، وحق الموظف في الحصول على بدل الإجازات السنوية. وقد توصلت من خلال البحث إلى مجموعة من النتائج كان أهمها وجود قصور تشريعي في التشريعات الناظمة للوظيفة العامة في الأردن فيما يتعلق بالحقوق المالية للموظف الذي تنتهي خدمته بصورة مبسرة. كما خلصت إلى مجموعة من التوصيات أهمها ضرورة تعديل بعض نصوص نظام الخدمة المدنية الأردني، وذلك بالتخفيف من الآثار السلبية التي تلحق بالموظف العام نتيجة لانقضاء الرابطة الوظيفية، بهدف تحقيق التوازن بين مصلحة الموظف العام من جهة ومصلحة الإدارة من جهة أخرى.

الكلمات الدالة: الرابطة الوظيفية، الانقضاء المبسر، الحقوق المالية.

المقدمة

تعتبر علاقة الموظف بالدولة وفقاً للرأي الراجح في الفقه الإداري علاقة تنظيمية تحكمها الأنظمة والتعليمات بكل ما تتضمنه من حقوق للموظف والتزامات عليه، كما تتضمن التشريعات الوظيفية عادةً أسباب انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والدولة، ومن بينها تلك التي تؤدي إلى انقطاع العلاقة بصورة مبسرة وقبل بلوغ الموظف السن القانونية، أو قبل إنجازه للمدة المقررة للتقاعد، ومن قبيل ذلك فقدان الموظف العام للجنسية، أو تقديمه للاستقالة وقبولها من جانب الجهة الإدارية التي يعمل فيها، أو عزله من الوظيفة لإدانته بجناية أو جنحة مخلة بالشرف ... الخ.

ويترتب على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية مجموعة من الحقوق المالية والمتمثلة بحق الموظف العام في الحصول على الراتب والعلاوات الدورية، أو حقه بالتقاعد المبكر، أو مكافأة نهاية الخدمة، أو حقه في الحصول على بدل الإجازات السنوية، والذي سيحاول هذه البحث الوقوف عندها وتحليلها وإجراء المقارنة بشأنها ما بين القانون الأردني والقانون المصري سعياً نحو توضيح الإطار القانوني لهذه الآثار والوقوف عند مواطن القصور التشريعي إن وجدت وتقديم ما يلزم من المقترحات لمعالجتها.

مشكلة الدراسة

تنصب مشكلة الدراسة على عدد من التساؤلات المحورية، مفادها ماهية الحقوق المالية المترتبة على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية في القانون الأردني والقانون المصري، والمتمثلة بحق الموظف العام في الحصول على الراتب والعلوات الدورية، وحق الموظف في التقاعد المبكر، وحق الموظف في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة، وحق الموظف في الحصول على بدل الإجازات السنوية. وما هي الضوابط القانونية التي وفرها المشرع الأردني فيما يخص هذه الحقوق؟

منهج الدراسة

اعتمدنا في عرض هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي بالدرجة الأولى، على اعتبار أنها أفضل للظواهر يقتضي وضعها في محيطها الزمني والمكاني، وتحليل مختلف الظواهر المرتبطة بموضوع الدراسة، وسعياً لإدراك تلك الغاية فقد اسهم الاعتماد على المنهج المقارن في الوقوف على المعطيات التي نظرت من خلالها التشريعات المقارنة إلى القضية موضوع الدراسة.

أهداف الدراسة

تحاول هذه الدراسة إلقاء الضوء على مدى أهمية الحقوق المالية المترتبة على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية في القانون الأردني والقانون المصري، والمتمثلة بحق الموظف العام في الحصول على الراتب والعلوات الدورية، وحق الموظف في التقاعد المبكر، وحق الموظف في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة، وحق الموظف في الحصول على بدل الإجازات السنوية.

المبحث الأول

الحقوق المالية المترتبة على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية

تتعدد أسباب انقضاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة قبل أوانها الطبيعي، ومنها بلوغ السن القانونية وعدم اللياقة الصحية وفقدان الجنسية والعزل وفقد الوظيفة والتسريح من الوظيفة والاستقالة والإحالة على الاستيداع، لكن ذلك لا يعني التحلل بشكل كامل من أي رابطة كانت تربط الموظف بالإدارة، فهناك مجموعة من الحقوق المالية المترتبة على هذا الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية والتي قد تتعلق بالإدارة، وقد تتعلق بالموظف العام. وسنعالج في هذا المبحث الحقوق المالية المترتبة على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية، وأهمها الحق في الحصول على الراتب والعلوات الدورية والحق في الحصول على تقاعد مبكر.

المطلب الأول

حق الموظف العام في الحصول على الراتب والعلاوات الدورية

يقصد بالراتب ذلك المبلغ الذي يتقاضاه الموظف من الدولة لقاء قيامه بمهام الوظيفة التي يشغلها¹. وقد عرف نظام الخدمة المدنية الراتب بأنه: (الراتب الأساسي الشهري الذي يستحقه الموظف ويتقاضاه مقابل قيامه بمهام الوظيفة التي يشغلها، ولا يشمل العلاوات والمخصصات من أي نوع كانت)².

أما العلاوات فهي عبارة عن مبالغ مالية تمنح للموظف وتؤدي إلى زيادة دخله لمساعدته في مواجهة الزيادات المضطربة للأعباء المعيشية، وتحدد وفقاً للدرجات والفئات الوظيفية³. وقد حدد نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013 هذه العلاوات⁴.

وقد يترتب على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية استحقاق الموظف العام لبعض الرواتب والعلاوات الدورية التي يستحقها بصفة دائمة، وسنعالج حالات الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية ومدى حق الموظف العام في كل حاله منها في الحصول على الرواتب والعلاوات الدورية.

الفرع الأول: فقدان الجنسية

يُعد فقدان الموظف العام لجنسية الدولة التي ينتمي إليها أهم الأسباب القانونية للانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية، وتعرف الجنسية بأنها علاقة سياسية قانونية تربط الفرد بالدولة، فهي علاقة سياسية لكونها تنسب وترد كل فرد إلى دولة ينتمي إليها، ولأنه ينشأ عنها حقوق والتزامات لطرفي العلاقة، وهي علاقة قانونية كونها نظمت بقواعد خاصة تحدد كيفية اكتساب الجنسية وفقدانها وأثارها بما يتفق في النهاية مع مصلحة الدولة والأفراد، والجنسية تعد شرطاً للالتحاق بالوظيفة العامة⁵.

1. شطناوي، علي خطار، دراسات في الوظيفة العامة، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، 1998، ص 107.

2. المادة (2) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

3. شطناوي، علي خطار، المرجع السابق، ص 111.

4. من المادة (23) إلى المادة (26) أ- العلاوة العائلية: وتدفع للموظف المتزوج أو الموظفة إذا كان زوجها متوفياً أو مقعداً ولديها أولاد أو إذا كانت أرملة أو مطلقة ومعيلة لأبنائها.

ب- العلاوة الأساسية: يستحقها الموظف دورياً وتضاف إلى راتبه الأساسي الشهري وفق نسبه محدد حسب فئة الموظف ودرجته.

ج- علاوة غلاء المعيشة: تدفع للموظف شهرياً وقيمتها موحدة لكافة موظفي الفئة نفسها وقد نص عليها النظام بموجب المادة (24) منه.

د- العلاوة الإضافية: إن نظام الخدمة المدنية قد قسم هذه العلاوة إلى أربعة أنواع هي:

-علاوة فنية وتخصصية أو علاوة صعوبة العمل وتصرف هذه العلاوة إذا كان الموظف يمارس أعمالاً محددة أو يتعرض أثناء تأديته لمهام وظيفته لشكل من أشكال الخطر أو الأذى من مصادر خارجية بشرية أو مادية وتصرف وفق نسبة معينه من الراتب الأساسي.

-علاوة المسؤولية الإشرافية: تمنح هذه العلاوة للموظف الذي تكون طبيعته وظيفته ذات صفة إشرافية كمساعد المدير العام أو المدير.

-علاوة موقع العمل: وهي علاوة تصرف للموظف مقابل عملة في مناطق معينة (مناطق نائية) تشجيعاً للموظفين للعمل في مثل هذه الأماكن كون عملهم في هذه الأماكن يؤدي لمواجهتهم حياة لا يواجهها أي موظف آخر.

5. الهنداوي، حسن، الجنسية وإحكامها في القانون الأردني، دار مجدلاوي للنشر ط1، عمان الأردن، 1994، ص 11.

وفي مصر نص قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016 على انه "تنتهي خدمة العامل لأحد الأسباب الآتية: ... فقد الجنسية أو انتفاء شرط المعاملة بالمثل بالنسبة لرعايا الدول الأخرى¹، ومعنى ذلك أن فقد الجنسية ليس هو السبب الوحيد الذي يترتب عليه إنهاء الخدمة في مثل هذه الحالة، بل أيضا يترتب هذا الأثر على فقد شرط المعاملة بالمثل، بان تحظر دولة الموظف والتي يتمتع بجنسيتها إسناد الوظائف العامة بها إلى المصريين، فخدمة الموظف الذي ينتهي بجنسيته إلى دولة عربية تعامل رعايا جمهورية مصر العربية على أرضها بالمثل بالنسبة لتولي الوظائف العامة، تنتهي فور توقف هذه الدولة عن هذه المعاملة، أو فور فقد الموظف جنسية تلك الدولة².

أما المشرع الأردني فقد نظم القواعد الخاصة باكتساب الجنسية الأردنية وفقدانها والمطالبة بالحصول عليها أو استردادها بعد فقدانها في قانون الجنسية رقم (6) لسنة 1954 وتعديلاته. واشترط المشرع الأردني فيمن يتولى الوظائف العامة أن يكون متمتعاً بالجنسية الأردنية وهذا ما أكدته نظام الخدمة المدنية الأردنية حين نص على ما يلي: "يشترط فيمن يعين في أي وظيفة أن يكون ... (أ. أردني الجنسية)³.

وبما أن شرط التمتع بالجنسية الأردنية أحد أهم شروط تولي الوظيفة العامة، لذلك يعتبر فقدان الجنسية إحدى أهم أسباب الانقضاء المبتسر للرابطة الوظيفية، وقد نظم المشرع الأردني أسباب فقدان الجنسية وحددها في قانون الجنسية الأردني بالحالات التالية⁴:

1- إذا انخرط شخص في خدمة عسكرية لدى دولة أجنبية دون الحصول على ترخيص أو إذن من مجلس الوزراء الأردني، وأبى أن يترك تلك الخدمة عندما تكلفه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية يفقد جنسيته.

2 - لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن فقدان الأردني جنسيته إذا:

أ - انخرط في خدمة مدنية لدى دولة أخرى وأبى أن يترك تلك الخدمة عندما تكلفه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية الخدمة بها.

ب - انخرط في خدمة دولة معادية.

ج- إذا أتى أو حاول عملا يعد خطرا على أمن الدولة وسلامتها.

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة العدل العليا في الأردن "... اعتبار كل من انخرط في خدمة مدنية لدى دولة أخرى، وأبى أن يترك تلك الخدمة عندما تكلفه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية بالخدمة فيها، ومن

1. المادة (5/69) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016 الجريدة الرسمية العدد (43) مكرر (أ) بتاريخ 2016/11/1.

2. الطائي، حسان عبد الله، انقضاء الرابطة الوظيفية والرقابة القضائية على القرارات الصادرة بشأنها "دراسة مقارنة"، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017، ص153.

3. المادة (43/أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

4. المادة (18) من قانون الجنسية الأردنية رقم (6) لسنة 1954.

انخرط في خدمة دولة معادية، وكل من أتى أو حاول أن يأتي عملاً يعد خطر على أمن الدولة وسلامتها فاقد للجنسية الأردنية"¹.

والعلة من إنهاء الرابطة الوظيفية في حالة فقدان الجنسية، أن الجنسية وكما أشرنا إلى ذلك هي رابطة ولاء وانتماء بين الموظف العام والدولة التي ينتمي إليها ويحمل جنسيتها، فإذا زالت هذه الرابطة زالت معها الصفة الوظيفية. وفيما يتعلق بالآثار المالية المتعلقة بفقدان الجنسية بالنسبة لراتب الموظف وعلاواته فقد جاء في نظام الخدمة المدنية على أنه " يحرم الموظف من حقوقه المالية إذا انتهت أو أنهيت خدمته في أي من الحالات التالية: ... (ج. فقد الجنسية الأردنية)².

ولم نجد نصاً مماثلاً في التشريعات المقارنة ولكن شرط الجنسية يعد وكما رأينا شرطاً أساسياً لتولي الوظائف العامة، ولذا فإن فقدانها يؤدي إلى فقد الوظيفة وبالتالي حرمان الموظف العام من حقه في الراتب والعلاوات الدورية.

الفرع الثاني: العزل من الخدمة

يُعد العزل من الوظيفة العامة أحد الأسباب القانونية للانقضاء المبتسر للرابطة الوظيفية، ففي مصر اعتبر المشرع المصري أن الموظف المحكوم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة مفصولاً حكماً، غير أنه في الوقت ذاته أعطى الموظف المحكوم عليه حقه بالراتب وهذا وفقاً لقانون التأمين الاجتماعي رقم 79 لسنة 1975 والقوانين المعدلة له، حيث نجد أن المشرع المصري رتب كذلك على انتهاء خدمة الموظف للحكم عليه استحقاقه لمعاش تقاعدي إذا كانت مدة اشتراكه في التأمين (240) شهراً على الأقل فقد نص في هذا القانون على أنه يستحق المعاش في الحالات التالية: ... (انتهاء خدمة المؤمن عليه)³.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: ((ب-انتهاء خدمة - حكم جنائي - جريمة مخلة بالشرف - المادة 107 من قانون نظام موظفي الدولة رقم 210 لسنة 1951 - انتهاء خدمة الموظف حتماً وبحكم القانون إذا حكم عليه في جناية - يستوفي ذلك أن يكون الحكم الصادر في جناية تضمن توقيع عقوبة جنائية أم عقوبة جنحة - القانون لم يفرق بين الأحكام الصادرة في جناية تبعاً لنوع العقوبة التي تتضمنها أو تبعاً لكونها مخلة بالشرف أو غير مخلة به - انتهاء خدمة الموظف كذلك إذا كان الحكم صادراً في جنحة أو مخالفة وقدرت الجهة الإدارية التابع لها الموظف أن الجريمة في أي من هاتين الحالتين مخلة بالشرف - سكوت القانون عن وضع تعريف للجريمة المخلة بالشرف أو تقديم أمثلة لها - لا يعنى استقلال السلطة الإدارية بتكليفها - خضوعها في ذلك لرقابة القضاء الإداري عند الطعن أمامه بالإلغاء، ج- موظف - انتهاء خدمة -

1. القرار رقم 1988/152 محكمة العدل العليا الأردنية.

2. المادة 176 من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 82 لسنة 2013.

3. المادة 5/18 من قانون التأمين الاجتماعي رقم 79 لسنة 1975.

الحكم على الموظف في جنائية أو جريمة مخلة بالشرف - ينهى خدمته بقوة القانون دون حاجة إلى استصدار قرار بالعزل - صدور قرار بالعزل - يعد من قبيل الإجراءات التنفيذية اللازمة لتنفيذ الحكم - انتهاء الخدمة يترتب بالفعل منذ اللحظة التي أصبح فيها الحكم الجنائي نهائي¹.

وفي الأردن نص المشرع الأردني على حالة العزل من الخدمة في نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 82 لسنة 2013 والذي جاء فيه " يعزل الموظف في أي من الحالات التالية²:

1- إذا حكم عليه من محكمة مختصة بأي جنائية أو بجنحة مخلة بالشرف كالرشوة والاختلاس والسرقة والتزوير وسوء استعمال الأمانة واستثمار الوظيفة والشهادة الكاذبة أو أي جريمة أخرى مخلة بالأخلاق العامة.

2- إذا حكم عليه بالحبس من محكمة لمدة تزيد على ستة أشهر لارتكابه أي جريمة أو جنحة من غير المنصوص عليها في البند (1) من هذه الفقرة.

3- إذا صدر قرار من المجلس التأديبي بعزله.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية بأنه " تعتبر خدمة الموظف منتهية لأي سبب من الأسباب المذكورة في المادة 180 من نظام الموظفين ومن ضمنها العزل"³. ومؤخراً ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها بذات الاتجاه عندما أيدت حكم المحكمة الإدارية باعتبار الموظفة معزولة حكماً بسبب صدور حكم قضائي جنائي قطعي بحقها⁴. كما أن ديوان تفسير القوانين ذهب هو الآخر في ذات الاتجاه⁵.

1. قرار رقم 1413 لسنة 7 قضائية جلسة 24 من ابريل 1965 المحكمة الإدارية العليا المصرية.

2. المادة (171/أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

3. قرار رقم 125 لسنة 1965 محكمة العدل العليا الأردنية للمزيد من التفاصيل انظر حسين، احمد سعيد، أثر الحكم الجنائي على الرابطة الوظيفية " دراسة موازنة"، رسالة ماجستير جامعة آل البيت، عمان، 2015.

4. قرار رقم 131 لسنة 2019 المحكمة الإدارية العليا الأردنية.

5. جاء في القرار التفسيري رقم 9 لسنة 1971 انه " بناء على طلب دولة رئيس الوزراء بكتابه المؤرخ 17/ 4/ 1971 رقم ت/31/6262 اجتمع الديوان الخاص بتفسير القوانين لأجل تفسير المادة (13) من قانون التقاعد رقم (3) لسنة 1941 وبيان ما إذا كان الموظف الذي يحكم عليه بجريمة أخلاقية جنحوية من حقوقه التقاعدية سواء أكانت العقوبة المقضي بها هي الحبس أو الغرامة أم انه يشترط لحرمانه من هذه الحقوق أن تكون العقوبة هي الحبس، وبعد الاطلاع على كتاب وزير المالية الموجه لرئيس الوزراء بتاريخ 13/ 4/ 1971 وتدقيق النصوص القانونية يتبين أن المادة (13) المطلوب تفسيرها تنص على ما يلي (يحرم الموظف من تقاعده سواء أكان في الوظيفة أم متقاعدًا إذا حكم عليه بجنائية أو جنحة تتضمن إحدى الجرائم الأخلاقية أي السرقة والاحتيال والاختلاس والتزوير والافتراء والرشوة وسوء الائتمان والشهادة الكاذبة والتعدي على العرض على أن تنقض عائلته حصتها من راتب تقاعده كما هو مبين في هذا القانون أثناء مدة سجنه ويقطع ذلك عند إطلاق سراحه ، كما انه يعاد إليها عند وفاته)، ومن هذا النص يتضح أن واضع القانون اوجب حرمان الموظف من حقوقه التقاعدية في حالة الحكم عليه بجريمة أخلاقية جنحوية دون أن يشترط لترتب هذا الأثر أن تكون العقوبة المحكوم بها هي الحبس . أما ما ورد في نهاية النص من وجوب إعطاء عائلة الموظف المحكوم حصتها من راتب تقاعده أثناء مدة سجنه وقطعه عنها عند إطلاق سراحه، فان ذلك لا يفيد أن الحرمان من التقاعد مشروط بان تكون العقوبة المحكوم بها هي الحبس وإنما يفيد وجوب إعطاء العائلة حصتها من راتب التقاعد عندما تكون العقوبة المفروضة على الموظف هي الحبس، ويكون المحكوم عليه قيد السجن تنفيذًا لهذه العقوبة وعليه تقرر أن الموظف الذي يحكم عليه بجنحة تتضمن إحدى الجرائم الأخلاقية في ظل القانونية رقم (3) لسنة 1941 يحرم من حقوقه التقاعدية سواء كانت العقوبة المحكوم عليه بها هي الحبس أو الغرامة وذلك عملاً بالمادة (13) المطلوب تفسيرها.

ومعنى ذلك أن الموظف الذي يعزل من الوظيفة لا يستحق الحصول على الراتب والعلاوات الدورية وفقاً للتشريعات ذات العلاقة في القانون الأردني، مع الأخذ بعين الاعتبار أن القانون المصري كفل للموظف المعزول حقه في نصف الراتب إذا كان تنفيذاً لحكم غير جنائي أما إذا كان تنفيذاً لحكم جنائي فإنه يحرمه من كامل حقه في الراتب.

الفرع الثالث: التسريح من الخدمة بسبب إلغاء الوظيفة

يُعد التسريح من الخدمة أحد أهم أسباب الانقضاء المبتر للرابطة الوظيفية لما له من آثار سلبية قد تلحق بالموظف العام الذي صدر قرار بتسريحه من الخدمة، وما ينعكس سلباً على المجتمع عامه وعلى أسرة الموظف المسرح خاصة.

وفي مصر نجد أن المشرع المصري لم يتطرق في قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016 إلى إلغاء الوظيفة المؤقتة، لكن نجد هذه السبب في قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (47) لسنة 1978 الملغى بموجب قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016 في المادة (8/94) من قانون العاملين المدنيين بالدولة على التسريح من الخدمة " تنتهي خدمة العامل لأحد الأسباب الآتية: إلغاء الوظيفة المؤقتة. وقد كفل المشرع المصري للموظف العام المسرح من الخدمة بسبب إلغاء الوظيفة حقه في الراتب والعلاوات عندما نص في قانون العاملين المدنيين الملغى على ما يلي " يصرف للعامل أجره إلى اليوم الذي تنتهي فيه خدمته لأحد الأسباب المبينة بالمادتين (80، 94) على أنه في حالة الفصل لعدم اللياقة الصحية يستحق العامل الأجر كاملاً أو منقوصاً حسب الأحوال لغاية استنفاد إجازاته المرضية أو إحالته إلى المعاش بناء على طلبه"¹.

وتطبيقاً لذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها "إذا كان ما تم بشأن الوظيفة لا يعدو أن يكون تعديلاً في نظامها القانوني أو المالي، مع الإبقاء عليها، فلا ينهض ذلك إلغاءً حقيقياً يسوغ نقل الموظف لذلك السبب"².

¹ المادة (99) من قانون العاملين المدنيين المصري رقم (47) لسنة 1978 الملغى بموجب قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016.
² قرار رقم 245 لسنة 3 القضائية جلسة 5 من ديسمبر سنة 1959 المحكمة الإدارية العليا المصرية ((فصل بسبب إلغاء الوظيفة - مناطه أن يكون تمت إلغاء حقيقي للوظيفة التي كان يشغلها الموظف وألا يكون في الإمكان الإبقاء على الموظف في الوظيفة العامة - القانون رقم 210 لسنة 1951 أوجب نقل الموظف الذي ألغيت وظيفته بمرتبته طبقاً لأوضاع أوردتها المادة 113 منه - ما أورده القانون من أحكام في هذا الشأن لا يعدو أن يكون ترديداً للأصول العامة التي تملها العدالة الطبيعية - تعديل النظام القانوني أو المالي للوظيفة مع الإبقاء عليها - لا ينهض ذلك إلغاءً حقيقياً للوظيفة. لئن كان إلغاء الوظيفة العامة هو سبب من أسباب إنهاء خدمة الموظف، وعلة ذلك أن المصلحة العامة يجب أن تعلق على المصلحة الخاصة، فيفصل الموظف متى اقتضت ضرورات المصلحة العامة الاستغناء عن الوظيفة، إلا أن ذلك منوط بأن يكون ثمة إلغاء حقيقي للوظيفة التي كان يشغلها الموظف، كما أن القانون من جهة أخرى يلحظ الموظف الذي ألغيت وظيفته بعين الرعاية، فيبقى عليه في الوظيفة العامة بقدر الإمكان وعلى حسب الظروف والأحوال، وهو من باب التوفيق بين المصلحة العامة ومصلحة الموظف حتى لا يصيبه ضرر من الممكن تفاديه، ذلك أن إلغاء الوظيفة ضرورة قد تقتضيها المصلحة العامة ولكن الضرورة تقدر بقدرها، وتطبيقاً لهذه الأصول الطبيعية العادلة فإن المادة 107 من القانون رقم 210 لسنة 1951 وأن نصت في فقرتها الخامسة على انتهاء خدمة الموظف بسبب إلغاء الوظيفة، إلا أن المادة 113 منه، قد راعت في الوقت ذاته مصلحة الموظف بقدر الإمكان، فنصت على أنه "إذا ألغيت وظيفة الموظف وكانت هناك في ذات الوزارة أو المصلحة أو في غيرها من الوزارات والمصالح وظيفة

أما المشرع الأردني فقد نص على التسريح من الخدمة في نظام الخدمة المدنية الأردني على ما يلي¹:

أ- إذا اقتضت مصلحة العمل إعادة هيكلة الدائرة أو دمجها في غيرها أو إلغائها أو إلغاء وحدة إدارية فيها أو قسم من أقسامها أو إنقاص أعداد الموظفين في أي منها، فيشكل بقرار من رئيس الوزراء لجنة برئاسة الوزير المختص أو الوزير الذي يعينه وعضوية أمين عام الديوان ومدير عام دائرة الموازنة العامة لدراسة أوضاع الموظفين الفائضين عن الحاجة واتخاذ القرار المناسب بهذا الشأن، على أن يتم مراعاة الاعتبارات التالية وحسب مقتضى الحال:

- 1- نقل الموظف إلى وظيفة أخرى في الدائرة نفسها أو إلى دائرة أخرى.
- 2- إحالة الموظف على التقاعد أو الاستياداع إذا أكمل المدة المقبولة لذلك.
- 3- إذا تعذر نقل الموظف إلى أي جهة أخرى يتم تسريحه بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب اللجنة المشكلة وفقاً لأحكام هذه الفقرة.
- 4- في كل الأحوال يتم نقل الموظفين الخاضعين لقانون التقاعد المدني الذين لم يكملوا المدة المقبولة للتقاعد أو الاستياداع إلى وظائف في الدائرة نفسها أو إلى دائرة أخرى، على أن تتم إعادة تأهيل من يتم نقله إلى وظيفة تستدعي ذلك التأهيل.

ب- يكون للموظف المسرح بمقتضى أحكام البند (3) من الفقرة (أ) من هذه المادة حق الأولوية في التعيين في أي وظيفة في الخدمة المدنية تتناسب مع مؤهلاته وخبراته خلال ستة أشهر من تاريخ تسريحه، ويفقد هذا الحق إذا رفض قبول الوظيفة التي عرض عليه إعادة تعيينه فيها.

ج- يصرف للموظف المسرح شهرياً بدل يعادل ثلاثة أرباع مجموع راتبه وعلاوته لمدة ستة أشهر من تاريخ تسريحه، ويتم إيقاف صرف هذا البدل في حال إعادة تعيينه في الخدمة المدنية خلال تلك المدة.

أخرى خالية يلزم لشغلها توافر المؤهلات التي يتطلبها التعيين في الوظيفة الملغاة، وجب نقل الموظف إليها بمرتبته متى كانت معادلة لهذه الوظيفة في الدرجة، فإن كانت أدنى منها، فلا يعين الموظف فيها إلا إذا قبلها، وتحسب أقدميته بمراعاة مدة خدمته فيها وفي الدرجات الأعلى منها، ويمنح فيها مرتبه. وعند خلو وظيفة مماثلة لوظيفته الأولى ينقل إليها بالمرتب الذي وصل إليه. وتحسب أقدميته فيها بمراعاة المدة التي كان قد قضاها فيها". هذا، وغنى عن القول إنه ولئن كانت الأحكام السابقة قد وردت في القانون رقم 210 لسنة 1951 الخاص بموظفي الدولة الذي جعل نفاذاً اعتباراً من أول يولييه سنة 1952، أي قبل إحالة المدعي إلى المعاش بمقتضى المرسوم الصادر في 12 من يونيه سنة 1952، أي قبل نفاذها، إلا أن تلك الأحكام لا تعدو أن تكون كما سلف البيان ترديداً للأصول العامة التي تملها العدالة الطبيعية. ولا يقوم مبرراً إنهاء مدة خدمة الموظف إلا إذا ألغيت وظيفته حقيقية، فإذا كان ما تم لا يعدو أن يكون تعديلاً في نظامها القانوني أو المالي، مع الإبقاء عليها، فلا ينهض ذلك إلغاءً حقيقياً لوظيفة يسوغ نقل الموظف لذلك السبب، لأن المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً، كما أنه إذا ألغيت الوظيفة فعلاً وجب الإبقاء على الموظف ما دام من المقدر نقله إلى وظيفة أخرى، ولو كانت أقل في الدرجة أو أدنى في المرتب متى قبلها، وذلك حتى يتيسر نقله إلى وظيفة مماثلة لوظيفته الملغاة. ومن باب أولى، لو أنه قبل أن يعمل في الوظيفة ذاتها بعد تعديل نظامها القانوني والمالي إلى وضع أدنى، هذا وفي جميع الأحوال يحتفظ للموظف بمرتبته السابق بصفة شخصية سواء نقل إلى وظيفة مماثلة للأولى أو إلى وظيفة أقل، أو بقي في الوظيفة ذاتها بعد تعديل نظامها إلى وضع أدنى)).

1. المادة (174) من الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

د- إذا لم تتم إعادة تعيين الموظف المسرح بعد مضي المدة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من هذه المادة فيصرف له ما يعادل مجموع راتبه وعلاوته لمدة ثلاثة أشهر بالإضافة إلى مستحقاته المالية الأخرى.

ويستحق الموظف العام المسرح جميع حقوقه المالية بدلالة المادة (177/أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني تدفع للموظف حقوقه المالية وفقاً لأحكام هذا النظام والقوانين والأنظمة ذات الصلة إذا انتهت أو أنهت خدمته في أي من الحالات التالية: ... (3.التسريح).

وعليه فإن الحقوق المالية للموظف المسرح من الخدمة مكفولة في جميع التشريعات موضوع المقارنة حيث أن المشرع المصري كفل للموظف حقه في الراتب إلى آخر يوم له في الخدمة، بينما نجد المشرع الأردني كفل للموظف المسرح كامل حقوق المالية وصرف له بدل يعادل ثلاث أرباع راتبه ولمدة ستة أشهر من تاريخ تسريحه.

الفرع الرابع: فقدان الوظيفة (الاستقالة الضمنية)

يعتبر فقدان الوظيفة سبباً من أسباب الانقضاء المبتسر للرابطة الوظيفية، ويتحقق ذلك في الحالة التي يتغيب فيها الموظف عن العمل لفترة معينة ودون عذر شرعي تقبل به الإدارة¹.

ففي مصر فقد نص المشرع على فقد الوظيفة في قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016 وذلك في حالتين، الأولى: إذا انقطع عن عمله بغير إذن أكثر من خمسة عشر يوماً متتالية ما لم يقدم خلال الخمسة عشر يوماً التالية ما لم يثبت أن انقطاعه كان بعذر مقبول وفي هذه الحالة يجوز للسلطة المختصة أن تقرر عدم حرمانه من أجره عن مدة الانقطاع إذا كان له رصيد من الإجازات يسمح بذلك وألا وجب حرمانه من أجره عن هذه المدة فإذا لم يقدم العامل أسباباً تبرر الانقطاع أو قدم هذه الأسباب ورفضت اعتبرت خدمته منتهية من تاريخ انقطاعه عن العمل. والثانية: إذا انقطع عن عمله بغير إذن تقبله جهة الإدارة أكثر من ثلاثين يوماً غير متصلة في السنة، وتعتبر خدمته منتهية في هذه الحالة من اليوم التالي لاكتمال هذه المدة، وفي الحالتين أعطى المشرع الموظف العام الذي فقد وظيفته الحق في الحصول على أجره في العمل إلى غاية صدور قرار بإنهاء خدمته².

وفي الأردن جاء في نظام الخدمة المدنية الأردني³:

أ- يعتبر الموظف فاقداً لوظيفته في أي من الحالات التالية:

¹. للمزيد حول موضوع فقد الوظيفة انظر، الروسان، مصطفى عبد الله، قرار فقد الوظيفة كسبب لانتهاء خدمة الموظف العام وحدود الرقابة القضائية عليه (دراسة مقارنة)، مجلة ميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد الخامس، العدد الأول، 2018، ص 40. وانظر كذلك الكبيسي، عامر، إدارة شؤون الموظفين والعاملين في الخدمة المدنية، دار الكتب لجامعة بغداد، بغداد، 1980، ص 169.

². المادة 69 من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016.

³. المادة (169/أ-ب) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

- 1- إذا صدر قرار بنقله أو انتدابه إلى دائرة أخرى أو صدر قرار بنقله إلى وظيفة أخرى ولم ينفذ قرار النقل أو الانتداب ولم يباشر العمل في الوظيفة أو الدائرة التي نقل أو أنتدب إليها لمدة عشرة أيام عمل متصلة من التاريخ المحدد في القرار.
- 2- إذا تغيب عن وظيفته دون إجازة قانونية أو دون عذر مشروع أو توقف أو امتنع عن تأدية مهام وظيفته فعليا لمدة عشرة أيام عمل متصلة أو منقطعة خلال سنة.

ب- يصدر القرار باعتبار الموظف فاقداً لوظيفته من الوزير بناء على تنسيب لجنة الموارد البشرية، ويعتبر القرار نافذ المفعول من اليوم الأول الذي تغيب أو توقف أو امتنع الموظف فيه عن العمل إذا كانت المدة المتصلة ومن تاريخ إكماله هذه المدة إذا كانت متقطعة حسب مقتضى الحال.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها باعتبار الموظف المتغيب عن عمله دون عذر مشروع لمدة عشرة أيام عمل متصلة فاقداً لوظيفته، وذلك بعد صدور قرار بذلك عن المرجع المختص بتعيين مثيل للموظف العام بالدرجة والراتب¹.

وفيما يتعلق بالآثار المالية المترتبة على فقد الوظيفة حرم المشرع الأردني الموظف العام الفاقد لوظيفته من جميع حقوقه المالية، حيث جاء في نظام الخدمة المدنية الأردني على أنه يحرم الموظف من حقوقه المالية إذا انتهت أو أنهيت خدمته في أي من الحالات التالية: ... (ب. فقد الوظيفة)²، وهذا النهج يتفق مع النهج الذي اخذ به القانون المصري.

الفرع الخامس: الاستقالة

تعتبر الاستقالة من أهم الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء الرابطة الوظيفية ما بين الموظف العام والإدارة قبل أوانها الطبيعي، وذلك عندما يعبر الموظف عن إرادته في إنهاء هذه الرابطة وبشكل كامل، فالاستقالة هي الطلب الخطي الصريح الذي يتقدم به الموظف العام إلى الإدارة طالبا إنهاء خدماته، ولا ينتج هذا الطلب أثره القانوني إلا بموافقة الإدارة على إنهاء خدمات هذا الموظف³. ويجب أن يقدم طالب الاستقالة طلبا خطيا فلا يجوز الاعتداد بطلب الاستقالة شفويا أو هاتفيا وان صح الاعتداد بطلب الاستقالة الذي يقدم برقا أي بواسطة البريد⁴.

1. قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم 2001/458 منشورات قسطاس.

2. المادة 176 من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

3. القبيلات، حمدي، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2003، ص173.

4. شطناوي، علي خطار، المرجع السابق، ص190.

والاستقالة بهذا المعنى هي عملية قانونية تتفاعل فيها إرادتين، إرادة الموظف والمتمثلة في رغبته بترك الوظيفة بشكل نهائي وإرادة الإدارة المتمثلة في موافقتها على طلب الاستقالة متى رأت أن ذلك لا يؤثر سلباً على سير المرفق العام وعلى مصلحة الجمهور¹.

وقد نظم المشرع المصري في قانون الخدمة المدنية المصري على أنه: تنتهي خدمة العامل لأحد الأسباب الآتية: (2. الاستقالة)². وقد استقر القضاء الإداري في مصر على أنه يلزم لصحة قرار الإدارة بقبول استقالة الموظف ((أن يكون الطلب قائماً لحين صدور القرار مستوفياً شروط صحته الشكلية والموضوعية، ومنها أن طلب الاستقالة باعتباره مظهرًا من مظاهر إرادة الموظف اعتزال الخدمة، يجب أن يصدر برضاء صحيح، ومن ثم يفسده كل ما يفسد الرضا من عيوب، وأهمها الإكراه إن توافرت عناصره، بأن يقدم الموظف الطلب تحت سلطان رهبة تبعثها الإدارة في نفسه دون حق أو أن تقوم هذه الرهبة على أساس أن تكون ظروف الحال تصور له خطرًا جسيمًا محققًا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، على أن يراعى في تقدير هذا الإكراه جنس من وقع عليه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته))³. وفي الأردن نص نظام الخدمة المدنية الأردني على أنه تنتهي خدمة الموظف في أي من الحالات التالية: ... (أ. قبول الاستقالة)⁴.

وفيما يتعلق بالآثار المالية المترتبة على الاستقالة فقد جعل المشرع المصري استقالة الموظف العام سبباً لفقدان جميع الحقوق وخصوصاً الحق في الراتب، لأنه بمجرد قبول الاستقالة يشطب الموظف المستقيل من تعداد مستخدمي الإدارة التي كان يتبعها ويلغى منصبه المالي والإداري معاً.

وفي الأردن لم ينص المشرع الأردني على الاستقالة كسبب لحرمان الموظف من حقوقه المالية كالعزل من الوظيفة مثلاً، ومن ثم فإنه لا يوجد ما يمنع من حصول الموظف المستقيل على الراتب والعلاوات الدورية أن كان قد أمضى المدة المقررة للتقاعد ومكافأة مالية أن لم يكن قد أمضى تلك المدة⁵.

1. الخلايلة، محمد علي، أحكام استقالة الموظف العام وآثارها في نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 55 لسنة 2002 وقضاء محكمة العدل العليا الأردنية دراسة مقارنة، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون، العدد الرابع، 2005، ص 110.

2. المادة (69) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016.

3. الحكم رقم 1039 لسنة 28 القضائية جلسة 7 من مايو سنة 1983 المحكمة الإدارية العليا المصرية.

4. المادة (166/أ) من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

5. الخلايلة، محمد علي، أحكام استقالة الموظف العام وآثارها في نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 55 لسنة 2002 وقضاء محكمة العدل العليا الأردنية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 127.

الفرع السادس: الإحالة على الاستيداع

يعتبر نظام الاستيداع أحد الأسباب التي تلجأ إليها الإدارة بإرادتها المنفردة لإنهاء الرابطة الوظيفية فيما بينها وبين الموظف العام وبذات الوقت يمكن للموظف العام أن يطلب من الإدارة إنهاء خدمته باللجوء إلى الاستيداع¹.

وقد عرف القضاء الإداري في الأردن الإحالة على الاستيداع بأنها "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة تقديرية بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أثر قانوني معين وهو إنهاء الولاية الوظيفية للموظف في الدائرة التي يعمل بها تجريه الإدارة بحسب ملائمتها ومتطلبات حسن سير المرفق العام وانتظامه وهي بصدد إدارتها للمرافق العامة"².

وقد نظم المشرع المصري مسألة الإحالة على الاستيداع باستخدام تعبير (الوقف عن العمل) للتعبير عن هذه الحالة ونص على حق الموظف في الحصول نصف الراتب لمدة لا تتجاوز ستة أشهر³.

وفي الأردن نص نظام الخدمة المدنية الأردني على أنه تنتهي خدمة الموظف العام في أي من الحالات التالية: ... (ك. الإحالة على التقاعد أو الاستيداع)⁴، ونظم كذلك الحالات التي يجوز فيها للإدارة إحالة الموظف على الاستيداع "لمجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير إحالة الموظف على الاستيداع دون طلبه وللوزير بناء على تنسيب الأمين العام إحالة الموظف على الاستيداع بناء على طلبه إذا كانت المدة المتبقية لاستحقاقه راتب التقاعد المدني لا تتجاوز خمس سنوات، وكانت هذه المدة تؤدي إلى إكماله المدة المقررة للتقاعد بتاريخ صدور قرار إحالته على الاستيداع"⁵.

وقضت المحكمة الإدارية العليا الأردنية في هذا المجال بقولها: "إن الإحالة على الاستيداع هو سلطة تقديرية لمجلس الوزراء بشرط أن تكون المدة المتبقية لاستحقاق راتب التقاعد المدني لا تتجاوز خمس سنوات وأن تكون في سبيل المصلحة العامة لا أن تكون صادرة بناء على بواعث شخصية أو بقصد الانتقام أي أن تكون بعيدة عن إساءة استعمال السلطة ولا يشترط من الإدارة أن تقوم ببيان الأسباب أو تسبب قرارها"⁶.

وفيما يتعلق بالحقوق المالية جاء في نظام الخدمة المدنية الأردني أنه "إذا أحيل الموظف على الاستيداع دون طلبه فيتقاضى خلال مدة الاستيداع نصف راتبه الأساسي مع نصف علاوة غلاء المعيشة وكامل العلاوة

¹. عرفه الدكتور حمدي القبيلات " هو مجرد وضعية من وضعيات الموظف العام وقد تكون إنهاء الرابطة الوظيفية. القبيلات، حمدي، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب، المرجع السابق، ص 65.

². قرارا المحكمة الإدارية العليا الأردنية رقم 368 لسنة 2018.

³. المادة (3/69) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016.

⁴. المادة 166 من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

⁵. المادة 1/175/1 من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

⁶. قرار رقم 258 لسنة 2017 المحكمة الإدارية العليا الأردنية.

العائلية، أما العلاوات الأخرى فلا يستحق أي شيء منها¹. وبالمقابل فإنه يحرم من كافة حقوقه المالية إذا تم إحالته على الاستيداع بناء على طلبه فقد نص النظام على أنه " إذا أحيل الموظف على الاستيداع بناءً على طلبه فإنه لا يتقاضى أي رواتب أو علاوات خلال مدة الاستيداع"².

الفرع السابع: الاستغناء عن الخدمة

يعتبر الاستغناء عن الخدمة أحد أهم أسباب الانقضاء المبتسر للرابطة الوظيفية التي قد يتعرض لها الموظف العام الذي يخل بواجباته الوظيفية من خلال العقوبة التي تصدر من قبل الإدارة والتي تؤثر على حياة الموظف المالية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها.

وفي مصر لم يستخدم المشرع كذلك تعبير الاستغناء عن الخدمة وإنما استخدم تعبير (الفصل من الخدمة) عندما نص في قانون الخدمة المدنية المصري على أنه من بين الجزاءات التي يمكن أن تقع على الموظف (... الفصل من الخدمة)³.

أما في الأردن فقد نظم المشرع الأردني أحكام الاستغناء عن الخدمة في نظام الخدمة المدنية الأردني والذي جاء فيه " إذا ارتكب الموظف مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات والقرارات المعمول بها في الخدمة المدنية أو في تطبيقها، أو أقدم على عمل أو تصرف من شأنه الإخلال بالمسؤوليات والصلاحيات المنوطة به، أو عرقلتها أو الإساءة إلى أخلاقيات الوظيفة وواجبات الموظف وسلوكه، فتوقع عليه إحدى العقوبات التأديبية التالية... الاستغناء عن الخدمة"⁴.

وفيما يتعلق بالحقوق المالية للاستغناء عن الخدمة فقد نص في نظام الخدمة المدنية الأردني على حرمان الموظف من راتبه وعلاواته وكافة حقوقه المالية بقوله: " لا يستحق الموظف الذي صدر القرار بالاستغناء عن خدمته أو عزله من الوظيفة أي جزء من راتبه وعلاواته اعتباراً من تاريخ إحالته إلى المحكمة أو المدعي العام أو المجلس التأديبي، على أن لا يُطلب منه رد المبالغ التي تقاضاها من راتبه وعلاواته خلال مدة إيقافه عن العمل بمقتضى أحكام المادة (149) من هذا النظام"⁵.

وبالنتيجة فإننا نجد أن الحقوق المالية لهذا السبب من أسباب الانقضاء المبتسر للرابطة الوظيفية ليست واحدة في القانون الأردني والقانون المصري، ففي مصر قام المشرع المصري بوقف صرف نصف أجر

1. المادة 175/د من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

2. المادة 175/هـ من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

3. المادة (61) من قانون الخدمة المدنية المصري رقم (81) لسنة 2016.

4. بالمادة (6/أ/141) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

5. المادة 156 من نظام الخدمة المدنية الأردني. انظر لمزيد من التفصيل شطناوي، فيصل، إجراءات وضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام في التشريع الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 26، 2012، ص 1535.

الموظف لمدة ثلاثة أشهر من تاريخ الوقف، بينما نجد أن المشرع الأردني قام بحرمان الموظف الذي يتم الاستغناء عن خدماته من راتبه وعلاواته من تاريخ إحالته إلى المدعي العام أو المجلس التأديبي.

المطلب الثاني

حق الموظف العام في التقاعد المبكر

تعتبر إحالة الموظف العام على نظام التقاعد المبكر أحد أسباب الانقضاء المبتر للرابطة الوظيفية، ويمكن اللجوء إلى هذا الأسلوب من أساليب انقضاء الرابطة الوظيفية إما بناء على تنسيب الإدارة بإحالة الموظف العام على نظام التقاعد المبكر إن انطبقت عليه شروط الإحالة، أو بناء على طلب الموظف العام.

والأصل أن تنتهي خدمة الموظف العام ببلوغه السن القانونية والتي تعتبر نهاية طبيعية لخدمة الموظف العام، لكن قد تلجأ الإدارة ولأسباب عديدة منها السلبية كأسلوب لعقاب الموظفين الذين اضربوا عن العمل للمطالبة ببعض الأمور الذين يعتقدون بأنها من حقهم، ومنها الإيجابية بهدف ضخ دماء الشباب في المرافق العامة لإنهاء خدمة الموظف العام قبل بلوغه السن القانونية.

وبناء على ذلك لجأت معظم الدول الحديثة إلى إشراك موظفيها بمؤسسات التضامن والتكافل الاجتماعي التي تضمن بدورها حصول الشخص الذي تنتهي خدمته سواء بالطرق الطبيعية أو بالطرق المبترسة على الحد الأدنى لمتطلبات الحياة ليتمكن من العيش في هذا المجتمع كشخص يعتمد على نفسه وليس عالة عليه.

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا الأردنية التقاعد المبكر على أنه "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة تقديرية بمقتضى القوانين والأنظمة بقصد إحداث أثر قانوني معين وهو إنهاء الولاية الوظيفية للموظف في الدائرة التي يعمل بها تجريه الإدارة بحسب ملائمتها ومتطلبات حسن سير المرفق العام وانتظامه وهي بصدد إدارتها للمرافق العامة"¹.

الفرع الأول: موقف القانون المصري

نظم المشرع المصري أحكام التقاعد المبكر في قانون الخدمة المدنية المصري رقم (82) لسنة 2016 للموظف الذي جاوز سن الخامسة والخمسين أن يقدم للإدارة طلب خطياً لإحالته للمعاش المبكر وان لا يكون قد اتخذت ضده إجراءات تأديبية.

وقد نص المشرع المصري على تسوية الحقوق التأمينية في قانون الخدمة المدنية المصري في حالتين الأولى: إذا لم يكن قد جاوز سن الخامسة والخمسين، وتجاوزت مدة اشتراكه في نظام التأمين الاجتماعي عشرين عاماً ومضى على شغله الوظيفة أكثر من سنة، فيعتبر مُرقى إلى الوظيفة التالية لوظيفته من اليوم السابق على

¹. قرار رقم (370) لسنة 2018 المحكمة الإدارية العليا الأردنية.

تاريخ إ حالته للمعاش، وتُسوى حقوقه التأمينية بعد ترقيته على أساس مدة اشتراكه في نظام التأمين الاجتماعي مضافاً إليها خمس سنوات، والثانية إذا كان قد جاوز سن الخامسة والخمسين، وجاوزت مدة اشتراكه في التأمينات الاجتماعية عشرين عاماً فتُسوى حقوقه التأمينية على أساس مدة اشتراكه في التأمينات الاجتماعية مضافاً إليها المدة الباقية لبلوغه السن المقررة لانتهاء الخدمة أو خمس سنوات أيهما أقل¹.

حيث أكد على ذلك قانون التأمين الاجتماعي المصري يستحق المعاش في الحالات التالية: ... (انتهاء خدمة المؤمن عليه لغير الأسباب المنصوص عليها في البنود 1، 2، 3 متى كانت مدة اشتراكه في التأمين (240) شهراً على الأقل)².

وحيث أكد قانون التأمين الاجتماعي على أنه لا يجوز حرمان المؤمن عليه أو صاحب المعاش من المعاش أو تعويض الدفعة الواحدة كلياً أو جزئياً لأي سبب من الأسباب³.

الفرع الثاني: موقف القانون الأردني

نص المشرع الأردني في نظام الخدمة المدنية على أنه يجوز للمرجع المختص بالتعيين، إنهاء خدمة الموظف الخاضع لقانون الضمان الاجتماعي بناء على طلبه أو بدون طلبه إذا استكمل شروط الحصول على التقاعد المبكر وفقاً لأحكامه وبناءً على تنسيب لجنة شؤون الموظفين⁴. وجاء في قانون الضمان الاجتماعي مجموع الاشتراكات التي يجب على الموظف العام أن يؤديها، حتى يستحق راتب التقاعد المبكر عند انقضاء الرابطة الوظيفية قبل أوانها الطبيعي لأي سبب من الأسباب على النحو الآتي⁵:

أ- على المؤسسة بناءً على طلب المؤمن عليه تخصيص راتب تقاعد مبكر له إذا انتهت خدمته لأي سبب كان شريطة تحقق أي مما يلي:

1- أن يكون قد أكمل سن الخمسين على الأقل وان تكون اشتراكاته في هذا التأمين قد بلغت على الأقل (252) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للذكر و (228) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للإناث.

2- أن تبلغ اشتراكات المؤمن عليه في هذا التأمين (300) اشتراكاً فعلياً شريطة أن لا يقل سن المؤمن عليه (45) سنة.

ب- على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة، على المؤسسة بناءً على طلب المؤمن عليه تخصيص راتب تقاعد مبكر له إذا انتهت خدمته لأي سبب كان في أي من الحالات التالية:

1. المادة (70) من قانون الخدمة المدنية المصري.

2. المادة 18 من قانون التأمين الاجتماعي المصري رقم 79 لسنة 1975.

3. المادة 44 من قانون التأمين الاجتماعي المصري.

4. المادة (172/ب) من نظام الخدمة المدنية.

5. المادة (64/أ/ب/ج) من قانون الضمان الاجتماعي رقم (1) لسنة 2014.

1- المؤمن عليه الذي يكمل سن الرابعة والأربعين قبل تاريخ نفاذ أحكام هذا القانون وذلك عند إكماله سن السادسة والأربعين على الأقل وبلوغ اشتراكاته في التأمين ما لا يقل عن (228) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للذكر و(192) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للأنثى.

2- المؤمن عليه الذي يكمل سن الثالثة والأربعين قبل تاريخ نفاذ أحكام هذا القانون وذلك عند إكماله سن السابعة والأربعين على الأقل وبلوغ اشتراكاته في التأمين ما لا يقل عن (240) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للذكر و(204) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للأنثى.

3- المؤمن عليه الذي يكمل سن الثانية والأربعين قبل تاريخ نفاذ أحكام هذا القانون وذلك عند إكماله سن الثامنة والأربعين على الأقل وبلوغ اشتراكاته في التأمين ما لا يقل عن (252) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للذكر و(216) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للأنثى.

4- المؤمن عليه الذي يكمل سن الخامسة والأربعين على الأقل قبل تاريخ نفاذ أحكام هذا القانون وكانت اشتراكاته في التأمين بالتاريخ المذكور أقل من (216) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للذكر وأقل من (180) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للأنثى، شريطة أن تبلغ اشتراكاته في التأمين عند تقديم طلب تخصيص الراتب ما لا يقل عن (228) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للذكر و(192) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للأنثى.

ج- 1- على الرغم مما ورد في الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة، على المؤسسة بناء على طلب المؤمن عليه الذي يعمل بإحدى المهن الخطرة تخصيص راتب تقاعد مبكر له إذا انتهت خدمته، لأي سبب كان، شريطة تحقق ما يأتي:

أ- أن تكون اشتراكاته في هذا التأمين قد بلغت على الأقل (216) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للذكر و(180) اشتراكاً فعلياً بالنسبة للأنثى.

ب- أن يكون قد أكمل سن الخامسة والأربعين على الأقل.

2- تسري أحكام البند (1) من الفقرة (ج) من هذه المادة على المؤمن عليه الذي يعمل بإحدى المهن الخطرة لمدة لا تقل عن ستين اشتراكاً خلال العشر سنوات السابقة على طلبه تخصيص راتب التقاعد المبكر.

3- تلتزم المنشأة التي تستخدم المؤمن عليه الذي يعمل في إحدى المهن الخطرة بتأدية ما نسبته (1%) من أجر المؤمن عليه وذلك زيادة على الاشتراكات المترتبة عليها وفقاً لأحكام هذا القانون.

4- لغايات تطبيق أحكام هذه الفقرة يتم تحديد المهن الخطرة وأسس اعتمادها بموجب الأنظمة الصادرة بمقتضى هذا القانون.

وتحقيقاً للغاية المرجوة من هذه الدراسة سيقوم الباحث بإجراء المقارنة بين قانون التقاعد المدني رقم (34) لسنة 1959 وقانون الضمان الاجتماعي رقم (1) لسنة 2014 يبين من خلالها كيف حرم المشرع الأردني

الموظف الخاضع لقانون التقاعد المدني من استحقاق الراتب التقاعدي المبكر وهذا ما لم يفعله في قانون الضمان الاجتماعي، حيث تظهر المفارقة وفقاً للتفصيل الآتي:

1. إن الموظف الخاضع لقانون الضمان الاجتماعي يستطيع الاستفادة من راتب التقاعد المبكر إذا ما انطبقت عليه شروط استحقاق هذا الراتب ولم يرغب باستكمال حياته الوظيفية، بغض النظر عن طريقة انتهاء الرابطة الوظيفية قبل أوأنها الطبيعي سواء أكانت بناء على طلب الموظف أو بناء على الإرادة المنفردة من قبل الإدارة وهذا خلافاً لقانون التقاعد المدني الذي حرم الموظف الذي تنتهي خدمته في حالات معينة من حقوقه التقاعدية، وتتمثل في الحالات التالية:

أ. الموظف الذي قدم طلب استقالة وتم قبول هذا الطلب من المرجع المختص، وفي هذه الحالة لا يستفيد الموظف المستقيل الذي تنطبق عليه أحكام قانون التقاعد المدني من راتب التقاعد حتى ولو توافرت فيه شروط إحالته على التقاعد، وبالتالي نجد أن المشرع الأردني نص في المادة (167/هـ)¹ من نظام الخدمة المدنية الأردني بإلزام الإدارة إذا ما كانت النية متجهة لديها لقبول طلب الاستقالة التي تقدم به الموظف الراغب بترك العمل بإتباع هذا الأسلوب من أساليب الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية إذا كانت تنطبق عليه شروط الإحالة على الاستيداع أو التقاعد بحيث تخيره بتحويل طلبه من الاستقالة إلى إحالته على الاستيداع أو التقاعد، فإذا رفض يكون للإدارة مطلق الحق في البت في طلب استقالته على الوجه الذي سبق بيانه في هذه الدراسة.

ب. الموظف الذي صدر قرار من المرجع المختص بتعيين مثيله في الدرجة والراتب باعتباره فاقد لوظيفته وقد أكدت المادة (17/أ) من قانون التقاعد المدني على هذا الاستثناء بعدم استفادة الموظف الفاقد لوظيفته من الراتب التقاعدي ولو توافرت به قبل صدور القرار باعتباره كذلك شروط استحقاقه.

وقد حرم نظام الخدمة المدنية الأردني الموظف الذي انتهت خدمته بصدور القرار من المرجع المختص بتعيين مثيله بالدرجة والراتب باعتباره فاقد لوظيفته من حقوقه المالية، وهذا ما نصت عليه المادة (176/ب) من النظام².

ج. حرمت المادة (176/ج) من نظام الخدمة المدنية الأردني الموظف الذي تنتهي خدمته لفقدانه الجنسية الأردنية من حقوقه المالية المترتبة على الوظيفة العامة وتتمثل أهم هذه الحقوق في حصوله على الراتب التقاعدي وان انطبقت شروط حصوله عليه وفقاً لقانون التقاعد المدني، وهذا على خلاف قانون الضمان الاجتماعي بحيث يحصل الموظف على كامل حقوقه المالية نتيجة لاشتراكه في مؤسسة الضمان الاجتماعي وذلك

¹. نصت المادة (167/هـ) من نظام الخدمة المدنية الأردني على ما يلي "إذا كانت النية لدى الدائرة متجهة لقبول استقالة الموظف وتبين أن الموظف الذي تقدم بطلب استقالة كان قد أكمل الخدمة المقبولة للتقاعد أو الاستيداع، ترد الاستقالة لبيان رغبته في تعديل طلبه للإحالة على التقاعد أو الاستيداع حسب مقتضى الحال، وإذا أصر على طلب الاستقالة يتم النظر في استقالته وفقاً لأحكام هذا النظام.

². نصت المادة (167/هـ) من نظام الخدمة المدنية الأردني على ما يلي "يحرم الموظف من حقوقه المالية إذا انتهت أو أنهيت خدمته في أي من الحالات التالية: -ج- فقد الوظيفة".

لان مؤسسة الضمان الاجتماعي هي من مؤسسات التكافل الاجتماعي التي تهدف إلى توفير الحد الأدنى للحياة الكريمة للشخص العاطل عن العمل والذي سبق له الانتساب إليها أثناء حياته الوظيفية.

2. إن المشرع الأردني حرم الموظف الذي تنتهي الرابطة بينه وبين الإدارة من جميع حقوقه المالية ومنها الراتب التقاعدي " يفقد نهائياً الحق في راتب التقاعد أو المكافأة كل موظف أو متقاعد حكم عليه بحكم قطعي من محكمة مختصة لارتكابه أيّاً من الجرائم التالية التي تقع خلافاً لأحكام القوانين والنصوص المبينة أدناه وأي تعديلات تطرأ عليها أو تحل محلها¹:

أ. جرائم الخيانة الواقعة على أمن الدولة الخارجي المنصوص عليها في المواد (107-117) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960.

ب. جرائم التجسس الواقعة خلافاً لأحكام قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971.

ج. الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي المنصوص عليها في المواد (135-149) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960.

3. إن المشرع الأردني حرم الموظف الذي تنتهي الرابطة بينه وبين الإدارة من جميع حقوقه المالية ومنها الراتب التقاعدي إذا حكم عليه بحكم قطعي بالحبس من محكمة مختصة إذا ارتكب أيّاً من الجرائم الآتية²:

أ. جرائم الاختلاس والسرقة للأموال العامة.

ب. جرائم التزوير في الأوراق الرسمية.

ج. تشمل الجرائم المبينة في الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة الشروع فيها كما تشمل الشريك والمحرض والمتدخل فيها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا بقولها "يفقد الموظف الحق في راتب التقاعد أو المكافأة إذا حكم بحكم قطعي عن جرم اختلاس الموال الدولة أو سرقتها أو جرم التزوير في الوثائق الرسمية عملاً بالمادة (26/ب) من قانون التقاعد المدني"³.

ويرى الباحث أن هذا النوع من الجرائم المنصوص عليها في البند رقم (2و3) هي من الجرائم التي تخل بالأمانة والشرف والآداب العامة والتي نصت عليها المادة (1/أ/171) من نظام الخدمة المدنية الأردني والذي اعتبر مرتكبها معزولاً حكماً من الوظيفة العامة وتشمل أيضاً من كان شريكاً أو متدخلاً أو محرضاً.

1. المادة 26/أ من قانون التقاعد المدني الأردني رقم 34 لسنة 1959.

2. المادة 26/ب من قانون التقاعد المدني الأردني رقم 34 لسنة 1959.

3. الحكم رقم (82) لسنة 1992 محكمة العدل العليا الأردنية.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة العدل العليا بقولها "يستفاد من المادة (26) من قانون التقاعد المدني أن المشرع لم يتطرق إلى حكم المتدخل أو المحرض في جريمة الاختلاس بل اقتصر على دور الفاعل (المختلس) وعندما أدرك المشرع بأن هذا النص لا يشمل المتدخل والشريك والمحرض أجرى تعديلاً على القانون الأصلي وهو القانون المعدل رقم (61) لسنة 2002 وشمل هؤلاء بأحكامه إذ ألغى نص المادة (26) من القانون الأصلي وشمل المحرض والشريك والمتدخل في جريمة الاختلاس والشروع فيها بحرمانهم من الحقوق التقاعدية والمشرع عندما عدّل القانون فإنه لا يلغو وأدرك أن المحرض والمتدخل والشريك في هذه الجريمة يجب أن يشملهم الحرمان من الحقوق التقاعدية لأنهم كالفاعل الأصلي. وحيث من الثابت أن ما قام به المستدعي من أفعال جرمية حصلت في ظل قانون التقاعد الأصلي قبل تعديله المشار إليه وحيث لم يكن المتدخل في جريمة الاختلاس مشمولاً بأحكام المادة (26) منه فيكون القرار المشكو منه قد خالف القانون ويستوجب الإلغاء".¹

وبالاطلاع على الحالات التي حرم المشرع الأردني في قانون التقاعد المدني الأردني الموظف العام الذي ارتكب أحد هذه الجرائم - الذي سبق الإشارة إليها - من الراتب التقاعدي، ويرى الباحث أن جميع هذه الجرائم تدخل نطاق تطبيق المادة (171) من نظام الخدمة المدنية والتي اعتبرت من ارتكب جنابة أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة العامة معزولاً بحكم القانون، كما وتدخل الاستثناءات الواردة في المادة (26) من قانون التقاعد المدني في نطاق تطبيق نص المادة (176) من نظام الخدمة المدنية والذي حرمة الموظف الذي تنتهي خدمته لعزله من الوظيفة أو فقدانه الجنسية الأردنية أو فقدانه الوظيفة محروماً من حقوقه المالية.

ونهاية الحديث عن الحالات التي حرم فيها المشرع الأردني الموظف العام الخاضع لقانون التقاعد المدني من الراتب التقاعدي، يجب الإشارة إلى نص المادة (26/د) من قانون التقاعد المدني ولأسباب إنسانية قد إشارة إلى استفادة أسرة المتقاعد الذي ارتكب أحد هذه الجرائم واعتبر محروماً من حقه في تقاضي الراتب التقاعدي من هذا الراتب، خلال فترة وجوده في السجن، كما تعاد المستحقات التقاعدية التي سبق حرمان المتقاعد منها إلى أسرته في حالة وفاته.

ويرى الباحث عند الحديث عن تطبيق نص المادة (26/د) من قانون التقاعد المدني، وجوب التفريق بين الموظف الذي ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة (26) من قانون التقاعد المدني وهو على رأس عمله وبين الموظف الذي ارتكب هذه الجرائم بعد إحالته على التقاعد.

ففي الحالة الأولى لا يستفيد الموظف العام الذي ارتكب أي من الجرائم السابقة لاعتباره معزولاً حكماً من الخدمة استناداً لأحكام المادة (171/ب) من نظام الخدمة المدنية الأردني ولحرمانه من حقوقه المالية المترتبة على التحاقه بالوظيفة العامة استناداً لأحكام المادة (176/أ) من ذات النظام، وبالتالي لا تستفيد أسرة الموظف المعزول من الخدمة أي مستحقات مالية سواء خلال فترة وجوده في السجن، أو حتى بعد وفاته، وذلك لأن

1. الحكم رقم (18) لسنة 2009 محكمة العدل العليا الأردنية.

حرمانه من هذه الحقوق جاء للأسباب الواردة في نظام الخدمة المدنية الأردني وليس للأسباب الواردة في قانون التقاعد المدني.

أما في الحالة الثانية، فيجب التفريق بين الحقوق التي يستحقها الموظف العام المحال على التقاعد والذي ارتكب أي من الجرائم المنصوص عليها في المادة (26) من قانون التقاعد المدني بعد إحالته على التقاعد المبكر وبين الحقوق التي تستحقها الأسرة التي يعيلها بعد التقاعد.

فالأصل والقاعدة العامة أن الموظف العام الخاضع لقانون التقاعد المدني عند إحالته على التقاعد بعد توافر جميع شروط الإحالة إليه يستحق الراتب التقاعدي وفقاً لأحكام قانون التقاعد المدني، ويحرم هذا الموظف من الراتب التقاعدي في حال ارتكابه لأي من الجرائم التي سبق الإشارة إليها.

وقد جاء هذا الاستثناء على هذا الأصل في الفقرة (د) من المادة (26) من قانون التقاعد المدني لأسباب إنسانية والتي أجازت لأسرة المتقاعد الذي أدين بحكم قطعي صادر عن المحكمة المختصة بارتكابه أي من الجرائم المشار إليها سابقاً الاستفادة من حصصهم من الراتب التقاعدي الذي كان يستحقه رب الأسرة وذلك خلال الفترة التي يمكثها رب الأسرة في السجن ويسقط حق الأسرة في تقاضي حصصهم من الراتب التقاعدي بعد إطلاق سراح رب الأسرة لوجود معيل لهم، ويعود الحق لهم عند وفاة رب الأسرة.

ولهذا يتبن لنا أن المشرع الأردني ووفقاً لأحكام قانون التأمين الاجتماعي ونظام الخدمة المدنية الأردني وضع عدة شروط للحصول على التقاعد المبكر وهي:

1. أن يكون طلب الإحالة إلى التقاعد خطياً.
2. أن تتوافر شروط المادة 64 من قانون الضمان الاجتماعي.
3. أن لا يكون الموظف الذي يطلب إحالته إلى التقاعد المبكر ملتزماً بالخدمة بسبب إيفاده في بعثه أو دورة¹.
4. أن يستمر الموظف على رأس عمله وان يؤدي مهامه وواجباته لحين صدور القرار بالموافقة على الإحالة على التقاعد.

المبحث الثاني

الحقوق المالية الأخرى المترتبة على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية

وفي حديثنا عن الآثار المالية الأخرى التي تترتب على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية فإننا سنعالج حق الموظف العام في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة، وحقه في الحصول على بدل الإجازات.

¹ المادة 138 من نظام الخدمة المدنية الأردني رقم (82) لسنة 2013.

المطلب الأول

حق الموظف العام في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة

يستحق الموظف العام الذي تنتهي خدمته قبل أوانها الطبيعي مبلغ مالي مقطوع أطلقت عليه أغلب التشريعات مسمى مكافأة نهاية الخدمة، أو تعويض الدفعة الواحدة، وذلك حتى يتمكن الموظف من سد احتياجاته لفترة زمنية ريثما يبحث عن مصدر آخر للعيش، أو يستطيع عن طريقها أن يجد له وسيلة دائمة للرزق.

ففي مصر نجد أن المشرع المصري نظم آليات محددة لاستحقاق العامل الذي انتهت خدمته لأي سبب من أسباب انتهاء الخدمة المدنية الواردة في قانون التأمين الاجتماعي المصري رقم (75) لسنة 1975 لمكافأة نهاية الخدمة أو تعويض الدفعة الواحدة تحسب على النحو التالي:

أ. وباستقراء نص المادة (26) من قانون التأمين الاجتماعي نجد أن المشرع المصري أعطى المؤمن عليه تعويض الدفعة الواحدة في حال زادت مدة اشتراكه على (36) سنة أو زادت مدة اشتراكه عن الحد الأقصى للمعاش أيهما أكبر استحق تعويض من دفعة واحدة بواقع 15% من الأجر السنوي عن كل سنة من السنوات الزائدة¹، وقد حددت المادة (27) من ذات القانون الحالات التي يصرف لها هذا التعويض وهي:

1- بلوغ المؤمن عليه سن الستين.

2- مغادرة الأجنبي للبلاد نهائياً أو اشتغاله في الخارج بصفة دائمة أو التحاقه بالبعثة الدبلوماسية في سفارة أو قنصلية دولته.

3- هجرة المؤمن عليه.

4- الحكم نهائياً على المؤمن عليه بالسجن مدة عشر سنوات فأكثر أو بقدر المدة الباقية لبلوغه سن الستين أيهما أقل.

5- إذا نشأ لدى المؤمن عليه خلال مدة سجنه عجز جزئي مستديم يمنعه من مواصلة العمل.

6- انتظام المؤمن عليه في سلك الرهينة.

¹ نصت المادة (26) من قانون التأمين الاجتماعي المصري رقم 75 لسنة 1975 على ما يلي "إذا زادت مدة الاشتراك في التأمين على ست وثلاثين سنة أو القدر المطلوب لاستحقاق الحد الأقصى للمعاش الذي يتحمل به الصندوق أيهما أكبر استحق المؤمن عليه تعويضاً من دفعة واحدة بقدر بواقع 15% من الأجر السنوي عن كل سنة من السنوات الزائدة. ويقصد بالأجر السنوي المتوسط الشهري للأجر الذي سدد عنه الاشتراك خلال السنتين الأخيرتين مضروباً في اثني عشر، ويراعى في حساب هذا المتوسط القواعد المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من المادة (19).

7- التحاق المؤمن عليه بالعمل في إحدى الجهات المستثناة من تطبيق أحكام هذا القانون بالشروط والأوضاع التي يصدر بها قرار من وزير التأمينات.

8- عجز المؤمن عليه عجزاً كاملاً.

9- وفاة المؤمن عليه وفي هذه الحالة تصرف المبالغ المستحقة بأكملها إلى مستحقي المعاش عنه حكماً موزعاً عليهم بنسبة أنصبتهم في المعاش فإذا لم يوجد سوى مستحق واحد للمعاش أديت إليه هذه المبالغ بالكامل فإذا لم يوجد مستحق للمعاش صرفت للورثة الشرعيين.

10- إذا كانت المؤمن عليها متزوجة أو مطلقة أو مترملة أو كانت تبلغ سن الواحدة والخمسين فأكثر في تاريخ طلب الصرف، ولا يستحق صرف التعويض في هذه الحالات إلا مرة واحدة طوال مدد اشتراك المؤمن عليها في التأمين.

وفي الحالات المنصوص عليها في البنود (1، 9، 10) يصرف مبلغ التعويض مضافاً إليه مبلغ مقداره 6% من مبلغ التعويض عن عدد السنوات الكاملة من تاريخ انتهاء الخدمة حتى تاريخ استحقاق الصرف.

ب. وباستقراء نص المادة (30) من قانون التأمين الاجتماعي نجد أن المشرع المصري حدد آلية احتساب المكافأة وتكون بواقع أجر شهر عن كل سنة من سنوات مدة الاشتراك، وتكون على أساس الأجر الأساسي¹.

وتطبيقاً لذلك ما ذهب إليه القضاء الإداري المصري بقوله: (يقدر أجر حساب المكافأة المنصوص عليها بالمادة 30 من قانون التأمين الاجتماعي رقم (79) لسنة 1975 بأجر حساب معاش الأجر الأساسي المنصوص عليه في المادة 19 من القانون رقم (79) لسنة 1975 وهو المتوسط الشهري لأجور المؤمن عليه التي أديت على أساسها الاشتراكات خلال السنتين الأخيرتين)².

ومن خلال ما تم عرضه من نصوص قانونية وأحكام قضائية فإنه يتبين بان المشرع المصري لم يحرم الموظف العام من مكافأة نهاية الخدمة، بشرط أن تتوافر فيه شروط استحقاق المعاش والمنصوص عليه

¹. نصت المادة (30) من قانون التأمين الاجتماعي المصري على ما يلي "تحسب المكافأة بواقع أجر شهر عن كل سنة من سنوات مدة الاشتراك في نظام المكافأة، ويقدر أجر حساب المكافأة بأجر حساب معاش الأجر الأساسي المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة (19).

². الحكم رقم 1175 لسنة 37 القضائية جلسة 16 من مايو سنة 1992 المحكمة الإدارية العليا المصرية، ويحكم آخر الحكم رقم 1813 لسنة 35 القضائية جلسة 6 من يونيو سنة 1992 "إن المادة 30 من القانون رقم 79 لسنة 1975 معدلة بالقانون رقم 47 لسنة 1984 والقانون رقم 107 لسنة 1987 - تحسب مكافأة نهاية الخدمة بواقع أجر شهر عن كل سنة من سنوات مدة الاشتراك في نظام المكافأة - يقدر أجر حساب المكافأة بأجر حساب معاش الأجر الأساسي المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 19 - يكون الحد الأدنى للمكافأة أجر عشر شهور في حالة انتهاء انتفاع المؤمن عليه بنظام المكافأة لبلوغه السن المنصوص عليها في البند (1) من المادة 18 متى كان خاضعاً لهذا النظام في 1/4/1984 وكانت مدة اشتراكه في نظام الادخار عشر سنوات على الأقل بالرغم من انتهاء الخدمة قبل سن الستين - أساس ذلك البند 2 من المادة 30 من القانون رقم 79 لسنة 1975 - المادة 26 من قانون التأمين الاجتماعي رقم 79 لسنة 1975 - الحصول على تعويض الدفعة الواحدة رهين بتوافر أمرين: أولهما مدة تزيد على ست وثلاثين سنة والأمر الثاني هو الحصول على القدر المطلوب لاستحقاق الحد الأقصى للمعاش الذي يتحمل به الصندوق - المطلوب في الحالتين زيادة مدة الخدمة على 36 سنة حتى يحصل العامل على تعويض الدفعة الواحدة عما زاد عنها".

أعلاه، وفي حال عدم توافر هذه الشروط فإن المشرع المصري كفل للموظف العام الحق في تعويض الدفعة الواحدة.

وفي الأردن نظم المشرع الأردني أحكام مكافأة نهاية الخدمة في قانون التقاعد المدني، وقانون الضمان الاجتماعي، ونظام الخدمة المدنية، فجاء في المادة (17) قانون التقاعد المدني الأردني رقم (34) لسنة 1959 على أنه يستحق الموظف العام الذي تنتهي خدمته بغير الحالات التي نصت عليها المادة (176)¹ من نظام الخدمة المدنية الأردني (على اعتبار الموظف الذي تنتهي خدمته بالاستناد إلى أحدها فاقداً لحقوقه المالية) مكافأة نهاية الخدمة شريطة أن تكون خدمته المقبولة للتقاعد خمس سنوات فأكثر، فإذا كانت خدمة الموظف اقل من ذلك فتعاد له الاقطاعات التي كانت تحسم من راتبه الشهري أثناء حياته الوظيفية².

كما نظمت المادة (167/و) من نظام الخدمة المدنية الأردني أحكام مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها الموظف المستقيل الخاضع لقانون التقاعد المدني، والمتمثلة بصرف راتب شهري أساسي عن كل سنة خدمة للموظف العام، عن سنوات الخدمة العشرة الأولى، وراتب شهر ونصف أساسي عن كل سنة زادت على العشر سنوات الأولى³.

كما ونظمت المادة (174/د) من نظام الخدمة المدنية أحكام مكافأة نهاية الخدمة التي يستحقها الموظف المسرح من الخدمة إذا تعذر إعادة تعيينه خلال مدة الستة أشهر التالية على صدور قرار تسريحه من العمل، وتمثل هذه المكافأة بصرف بدل نقدي يعادل راتب ثلاثة أشهر بالإضافة إلى المستحقات المالية الأخرى للموظف العام⁴.

وقد نص قانون الضمان الاجتماعي الأردني على استحقاق الموظف العام الذي تنتهي خدمته قبل أوانها الطبيعي ولم تبلغ اشتراكاته الحد الذي تسمح له بالاستفادة من راتب التقاعد المبكر، ولا يرغب بمواصلة مسيرته العملية في مكان آخر تعويض الدفعة الواحدة والذي يحتسب على أساس عدد اشتراكات الموظف في قانون الضمان الاجتماعي " إذا انتهت خدمة المؤمن عليه دون إكماله سن الستين للذكر وسن الخامسة

1. نصت المادة (176) من نظام الخدمة المدنية على ما يلي " يحرم الموظف من حقوقه المالية إذا انتهت أو أنهيت خدمته في أي من الحالات التالية:- أ-العزل من الوظيفة. ب-فقد الوظيفة. ج-فقد الجنسية الأردنية".

2. المادة (17/أ) من قانون التقاعد المدني الأردني رقم (34) لسنة 1959 " مع مراعاة أحكام المادة (26) من هذا القانون، يعتبر محالاً على التقاعد الموظف الذي تنتهي خدمته بغير الاستقالة أو فقد الوظيفة إذا كان مستحقاً للتقاعد، وإذا لم يكن مستحقاً للتقاعد وكانت خدمته المقبولة للتقاعد خمس سنوات أو أكثر يعطى مكافأة، أما إذا كانت خدمته تلك اقل من خمس سنوات فتعاد إليه العائدات التقاعدية التي اقتطعت من رواتبه".

3. نصت المادة (167/و) من نظام الخدمة المدنية الأردني على ما يلي " مع مراعاة أحكام هذا النظام يستحق الموظف المستقيل الخاضع لأحكام قانون التقاعد المدني راتباً شهرياً أساسياً عن كل سنة من السنوات العشرة الأولى للخدمة، وراتب شهر ونصف أساسي عن كل سنة خدمة زادت على العشر سنوات الأولى".

4. نصت المادة (174/د) من نظام الخدمة المدنية الأردني إذا لم تتم إعادة تعيين الموظف المسرح بعد مضي المدة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من هذه المادة فيصرف له ما يعادل مجموع راتبه وعلاوته لمدة ثلاثة أشهر بالإضافة إلى مستحقاته المالية الأخرى.

والخمسین للأنثى لتوفر حالة من حالات الخروج من نطاق أحكام هذا القانون وفقاً للأنظمة الصادرة بمقتضى أحكام هذا القانون فيصرف له تعويض الدفعة الواحدة وفقاً للنسب التالية عن كل سنة من سنوات الاشتراك¹ :-

1- (10%) من مجموع الأجر الخاضع للاقتطاع إذا كان عدد اشتراكاته (120) اشتراكاً فأقل.

2- (12%) من مجموع الأجر الخاضع للاقتطاع إذا زاد عدد اشتراكاته على (120) اشتراكاً وقل عن (216) اشتراكاً.

3- (15%) من مجموع الأجر الخاضع للاقتطاع إذا كان عدد اشتراكاته لا يقل عن (216) اشتراكاً.

يُصرف للموظفة المتزوجة الفاقدة لوظيفتها تعويض الدفعة الواحدة إذا لم تستكمل شروط الحصول على الراتب التقاعدي من مؤسسة الضمان الاجتماعي، وتطبيقاً لذلك نصت المادة (26/أ/3) نظام المنافع التأمينية للمؤسسة العامة للضمان الاجتماعي في الأردن رقم (15) لسنة 2015 وتعديلاته، على أنه "يُصرف تعويض الدفعة الواحدة للمؤمن عليه بناءً على طلبه أو طلب المستحقين عنه وفقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة (21) من القانون في الحالات التالية شريطة أن يكون سبب الصرف قائماً عند التقدم بالطلب انتهاء خدمة المؤمن عليها الأردنية المتزوجة وتفرغها لشؤون الأسرة"².

وتطبيقاً لذلك ما قضت به المحكمة الإدارية الأردنية بقولها: "وبما أن صرف التعويض لا يكون إلا في أضيق الحدود واستثناء من الأصل العام وحيث أن المادة 7 من القانون حددت التعليمات التنفيذية حالات صرف تعويض الدفعة الواحدة بشكل حصري إلا أنها أعطت لجنة شؤون الضمان صرف تعويض الدفعة الواحدة إذا كان هناك ظروف خاصة، ومن استقراء النص يتبين انه لا بد من توافر عنصرين الأول الظرف الخاص، والثاني تحقق الضرر، وحيث يتبين من البيانات المقدمة من المستدعي ضدها بان المستدعية (المؤمن عليها) لم تتمكن من تصديق عقد الزواج لصرف التعويض لسبب الزواج والتفرغ لشؤون الأسرة وحيث أن اللجنة وبموجب الصلاحيات الممنوحة لها حسب نص المادة 4/هـ من التعليمات التنفيذية التأمينية لم تشترط التنسيب لعدم قناعتها وان اشترطت عنصرين في النص المشار إليهما"³.

أما قانون التقاعد المدني فقد نص على أنه يفقد نهائياً الحق في راتب التقاعد أو المكافأة⁴:

أ- كل موظف أو متقاعد حكم عليه بحكم قطعي من محكمة مختصة لارتكابه أيًا من الجرائم التالية التي تقع خلافاً لأحكام القوانين والنصوص المبينة أدناه وأي تعديلات تطرأ عليها أو تحل محلها:

1. المادة (70/ب) من قانون الضمان الاجتماعي رقم (1) لسنة 2014.

2. الروسان، مصطفى، قرار فقد الوظيفة كسبب لانتهاء خدمة الموظف العام وحدود الرقابة القضائية عليه (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 67.

3. الحكم رقم 234 لسنة 2015 المحكمة الإدارية الأردنية.

4. المادة (26) من قانون التقاعد المدني الأردني.

1- جرائم الخيانة الواقعة على أمن الدولة الخارجي المنصوص عليها في المواد (107-117) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960.

2- جرائم التجسس الواقعة خلافاً لأحكام قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (50) لسنة 1971.

3- الجرائم الواقعة على أمن الدولة الداخلي المنصوص عليها في المواد (135-149) من قانون العقوبات رقم (16) لسنة 1960.

ب- كل موظف حكم عليه بحكم قطعي بالحبس من محكمة مختصة إذا ارتكب أيًا من الجرائم التالية:

1- جرائم الاختلاس والسرقة للأموال العامة.

2- جرائم التزوير في الأوراق الرسمية.

ج- تشمل الجرائم المبينة في الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة الشروع فيها كما تشمل الشريك والمحرض والمتدخل فيها.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها بأنه "حيث لم يرد في المادة 26 من قانون التقاعد المدني نص على حرمان الموظف من حقه في التقاعد عند ارتكابه جريمة الإخلال بالسلامة العامة وإنما ورد النص على جريمة الإخلال بالأمن الداخلي أو الخارجي، كما لم يرد في قانون الدفاع أو في الأنظمة الصادرة بمقتضاه ما يفيد جريمة الإخلال بالأمن الداخلي أو الخارجي تدخل في مفهوم جريمة الإخلال بالسلامة العامة فإن صدور حكم ضد المستدعي بتهمة الإخلال بالسلامة العامة لا يحرمه من حقه في المكافأة"¹.

¹ الحكم رقم 5 لسنة 1974 محكمة العدل العليا الأردنية. (قرار رقم 13 لسنة 1986 ديوان تفسير القوانين) اجتمع الديوان الخاص بتفسير القوانين بناء على طلب دولة رئيس الوزراء بكتابه رقم ب ل / 2 / 2 / 710 تاريخ 5 / 5 / 1406 هـ الموافق 15 / 1 / 1986 لتفسير المادة 13 من نظام تقاعد موظفي البلديات ومكافأهم رقم (2/1955) لبيان ما إذا كانت أحكامها تنطبق على الموظفين بعقود بصفة عامة أم يقتصر انطباقها على من يستغنى عنه لمرضه أو عدم كفاءته أو عدم لياقته أو إلغاء وظيفته أو استقالته، وفي حالة انطباقها عليهم بصفة عامة:

1- هل تنطبق على الموظفين بعقود المعارين من وظائف مصنفة في إحدى الوزارات.

2- هل تنطبق على الموظفين بعقود المنتفعين من قانون الضمان الاجتماعي أم يشترط لانطباقها بالنسبة لأي مدة من مدد الخدمة أن تكون تلك المدة غير منتفعة من الضمان الاجتماعي.

لدى الاطلاع على المادة (13) من النظام المشار إليه أنفاً نجدها ما تنص:

(أن كل موظف لا يتم الحد الأدنى لمدة الخدمة التي تؤهله لنيل راتب تقاعد وكل موظف غير تابع للتقاعد يمنح مكافأة من صندوق البلديات عند انتهاء خدماته وفقاً للشروط التالية:

1- إذا توفي أو استغنى عنه لمرضه، وبسبب عدم كفاءته أو لياقته أو إلغاء وظيفته وقد أكمل خدمة ثلاث سنوات أو إذا ترك الخدمة بالاستقالة وقد أكمل خدمة عشر سنوات يمنح ورثته الشرعيون في حالة الوفاة ويعطى هو في الحالات الأخرى مكافأة مقدارها (1 من 12) من مجموع الرواتب التي تقاضاها عن كل سنة من سني خدماته إلا أنه لا تمنح أية مكافأة للموظف الذي يستقبل تخلصاً من العزل المشار إليه في الثانية.

2- يحرم من المكافأة كل موظف يعزل من الخدمة نتيجة إدانته بجريمة جزائية أو نتيجة إجراءات تأديبية بحقه باستثناء العزل لعدم الكفاءة أو اللياقة نصت المادة (6) من هذا النظام: الأشخاص الآتي ذكرهم موظفون تابعون للتقاعد جميع موظفي البلديات المصنفين إلا من كان منهم يخدم بمقتضى عقد لا يخوله حق التقاعد الخ. تنص المادة 73 من قانون الضمان الاجتماعي: باستثناء ما نص عليه صراحة في هذا القانون:

ويتضح من خلال المقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري فيما يتعلق بحق الموظف العام في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة، أو تعويض الدفعة الواحدة أن المشرع الأردني يختلف عن التشريع المصري من حيث انه قام بحرمان بعض الموظفين من مكافأة نهاية الخدمة إذا كان سبب انقضاء الرابطة الوظيفية كالعزل منها، أو فقدها أو فقد جنسيتها، على خلاف التشريع المصري الذي حفظ هذا الحق للموظف مهما كان سبب انتهاء خدمته حقه في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة، ولهذا نتمنى من المشرع الأردني السير كالمشرع المصري بإلغاء نص المادة (176) من نظام الخدمة المدنية وذلك لأسباب إنسانية تتعلق بالأسرة والإبقاء على نص المادة (26) من قانون التقاعد المدني الأردني كون، أن هذه الجرائم تمس بالدولة والمواطن والمرافق العامة.

أ. تقابل التزامات صاحب العمل في تأمين الشيخوخة والعجز والوفاة بمقتضى هذا القانون مكافأة نهاية الخدمة القانونية المقررة وفقاً لأحكام قانون العمل المعمول به.

ب. يلتزم صاحب العمل بأداء مكافأة نهاية الخدمة وأية حقوق أخرى مستحقة بمقتضى أي قانون أو نظام أو اتفاق للعاملين لديه أو المستحقين عن المدد السابقة لتطبيق أحكام هذا القانون عند انتهاء خدمة كل عامل في أي وقت من الأوقات. يتبين مما تقدم أن موظفي البلديات إما أن يكونوا تابعين للتقاعد أو غير تابعين له فالقسم الأول منهم يشمل الموظفين المصنفين والموظفين بعقود تخولهم حق التقاعد والقسم الثاني يشمل الموظفين غير المصنفين من كان يخدم بمقتضى عقد لا يخوله حق التقاعد (انظر قرار الديوان الخاص رقم 12 لسنة 1962).

وبما أن صدر المادة (13) من نظام تقاعد موظفي البلديات ومكافأتهم قد قررت استحقاق موظف البلدية مكافأة عند انتهاء خدمته إذا لم ينل راتب تقاعد سواء أكان من التابعين للتقاعد أم غير تابع له فإنه يقتضي تطبيق حكمها المطلق ما دام انه لم يرد في هذا القانون ما يقيد هذا الإطلاق صراحة أو دلالة.

بناء عليه فإن الموظف بعقد يستحق مكافأة نهاية الخدمة إذا لم ينل راتب تقاعد عن خدمته في البلدية.

أما الحالات الوارد ذكرها في الفقرة الأولى من المادة (13) من النظام المشار إليه إنما وردت على سبيل التمثيل إلا الحصر ذلك لأنها بينت حالات انتهاء الوظيفة وهي:

1. الوفاة.

2. المرض.

3. عدم الكفاءة.

4. عدم اللياقة.

5. إلغاء الوظيفة.

6. الاستقالة.

ولم تذكر حالة انتهاء خدمة الموظف بانتهاء مدة عقده مع انه بهذه الحالة أولى بالمكافأة ممن يعزل لعدم الكفاءة أو اللياقة ومعلوم أن من قواعد التفسير استنتاج باب أولى ويقصد به إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لان علة الحكم في الحالة الأولى تكون أكثر توافقاً منها في الحالة الثانية.

ومن جهة أخرى فالمادة المشار إليها حصرت حالات حرمان الموظف من المكافأة بما يلي:

1. الاستقالة تخلصاً من العزل.

2. العزل من الخدمة نتيجة إدانته بجريمة جزائية.

3. العزل بإجراءات تأديبية باستثناء العزل لعدم الكفاءة أو اللياقة.

أذن لا وجه لحرمان الموظف من المكافأة في غير الحالات الثلاث سالف الذكر إعمالاً لإطلاق النص الوارد في صدر هذه المادة.

المطلب الثاني

حق الموظف العام في الحصول على بدل الإجازات

الأصل أن يستحق الموظف الذي تنتهي خدمته لأي سبب من الأسباب بدل مالي يساوي الأجر الذي يستحقه عن أيام الإجازة السنوية التي لم يستفد منها أثناء حياته الوظيفية. ويستحق الموظف المنتهية خدمته بسبب بلوغ السن التقاعدي، أو لأسباب صحية رواتب إجازاته المتراكمة له والتي لم يتمتع بها فعلياً خلال سنوات خدمته وتحدد بعض التشريعات الحد الأعلى للإجازات المتراكمة لكي لا تشجع الموظفين على عدم التمتع بالإجازات من أجل استلام ما يقابلها من بدل نقدي فتحدد بعض الدول إجازات خمس سنوات كحد أعلى بينما تقيدها دول أخرى بإجازات ثلاث سنوات فقط¹.

ففي مصر نص المشرع المصري في المادة (71) من قانون الخدمة المدنية والتي تحدثت عن حق العامل بالإجازة الاعتيادية، "يستحق الموظف عند انتهاء خدمته مقابلاً عن رصيده إجازاته الاعتيادية الذي تكون قبل العمل بأحكام هذا القانون ولم يستنفدها قبل انتهاء خدمته". فنجد هنا أن المشرع المصري قد منح الموظف الحق بالاستفادة من البديل المالي عن أيام الإجازة التي لم يستفد منها خلال حياته الوظيفية.

وفي الأردن نص المشرع الأردني في نظام الخدمة المدنية الأردني على أنه إذا انتهت خدمة الموظف بغير العزل أو فقد الوظيفة فيدفع له بعد انفكاكه عن العمل بدل يعادل مجموع الراتب والعلاوات عن مدة الإجازة السنوية التي كان يستحقها عند انتهاء خدمته كما لو كان على رأس عمله على ألا يزيد المجموع على ستين يوماً².

ونجد هنا أن المشرع الأردني منح الموظف العام الذي تنتهي علاقته بالإدارة لأي سبب من أسباب الانقضاء المبسر - باستثناء العزل أو فقدان الوظيفة - بدلاً مالياً مساوياً لقيمة الراتب الأساسي له مضافاً إليه العلاوات عن أيام الإجازة السنوية التي لم يستفد منها أثناء حياته الوظيفية كأصل عام، وقد أورد نظام الخدمة المدنية الأردني استثناء على هذا الأصل بأن لا يزيد رصيده الموظف الذي انتهت خدماته عن ستين يوماً.

وتجدر الإشارة في هذا الإطار إلى قرار ديوان تفسير القوانين الذي جاء فيه "على ضوء أحكام المادتين 138، 140 منه وبيان ما إذا كان الموظف المحال على المجلس التأديبي إلى المدعي العام أو المحكمة والموقوف عن العمل بمقتضى أحكام المادتين 138، 139 من نظام الخدمة المدنية يستحق الإجازة السنوية المنصوص عليها في المواد 82-85 من النظام وذلك عن المدة التي أوقف خلالها عن العمل، وبعد الاطلاع على كتاب دولة رئيس الوزراء وكتاب وزير الزراعة الموجه لرئيس الوزراء برقم 2844/157 تاريخ 19/2/1997 وبتدقيق النصوص القانونية نجد أن المادة 139 من نظام الخدمة المدنية تنص على ما يلي (عند إحالة الموظف إلى المجلس التأديبي أو إلى المدعي العام أو المحكمة بمقتضى أحكام المادتين (138 و140) من هذا النظام يوقف عن العمل بقرار من

¹. الكبيسي، عامر، العقوبات الوظيفية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 175.

². المادة (104) من نظام الخدمة المدنية الأردني.

الوزير ويتقاضى اعتباراً من إحالته على ذلك الوجه النسبة التي يحددها الوزير من مجموع راتبه وعلاواته على أن لا تزيد على نصف ذلك المجموع في أي حالة من الحالات)، وبالرجوع إلى أحكام المادة 139 المطلوب تفسيرها نجد النص فيها واضح على أن قرار الوزير بالنسبة للموظف الموقوف عن العمل مقصور أثره على الرواتب والعلاوات دون الحقوق الأخرى التي للموظف مثل الحق بالإجازة أو بدلها والمادة 85 بنصها الواضح أيضاً حددت الحالات التي لا يستحق فيها الموظف الإجازة وكذلك المادة 87 من نفس النظام حددت أيضاً أسباب حرمان الموظف من بدل الإجازة بالعزل أو فقدان الوظيفة فقط لهذا فإن الذي نراه وبناء على ما ذكر أن توقيف الموظف بمقتضى أحكام المادتين 138 ، 139 من نظام الخدمة المدنية لا تؤثر على حقوقه في الإجازة المقررة له في المواد 82-85 هذا ما نقره بالإجماع في تفسير النصوص المطلوب تفسيرها¹.

وفيما يتعلق بحق الموظف في الحصول على بدل إجازته السنوية التي لم يحصل عليها أثناء حياته الوظيفية، نجد أن المشرع المصري والمشرع الأردني نصا على البديل النقدي للإجازات التي لم يستفد منها الموظف أثناء حياته الوظيفية، لكن هناك بعض الموظفين حرّموا من هذا الحق في التشريع الأردني كالموظف المعزول وفاقد الوظيفة، بينما نجد المشرع المصري لم يحرم أي موظف من هذا الحق مهما كان سبب انقضاء الرابطة الوظيفية.

والجديد بالذكر أن البديل النقدي الذي اقره المشرع الأردني والمصري لا يطبق إلا في مجال الإجازات السنوية الدورية دون غيرها من الإجازات.

التوصيات والنتائج

واستخلصنا من هذا البحث الاستنتاجات الآتية:

1. تنتهي الرابطة الوظيفية بين الموظف العام والإدارة إما نهاية طبيعية كما في حالة بلوغ السن القانونية، وإما نهاية مبسرة كما في حالة فقد الموظف العام جنسيته، فقدان الوظيفة، الاستقالة، العزل من الخدمة، التسريح من الخدمة بسبب إلغاء الوظيفة، عدم الكفاءة، الإحالة على الاستبعاد، الاستغناء عن الخدمة، عدم اللياقة الصحية.
2. يترتب على الانقضاء المبسر للرابطة الوظيفية مجموعة من الحقوق المالية والتي ناقش البحث مدى حق الموظف بالمطالبة بها وتمثل بشكل أساسي في حقه بالحصول على الراتب والعلاوات، وحقه في التقاعد المبكر، وحقه في مكافأة نهاية الخدمة، وحقه في الحصول على بدل الإجازات.
3. لم تتفق التشريعات الوظيفية محل الدراسة على مدى حق الموظف في الحصول على حقوقه المالية في الحالات التي تنقضي فيها الرابطة الوظيفية بسبب فقد الجنسية أو العزل أو فقد الوظيفة، ففي الوقت الذي يفقد فيه الموظف العام في الأردن حقوقه المالية في حالة العزل على سبيل المثال، نجد

¹. قرار رقم 1 لسنة 1997 ديوان تفسير القوانين.

أن المشرع المصري يعطي الموظف في مثل هذه الحالة نصف الراتب. وفيما يتعلق بحق الموظف في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة نجد أن المشرع المصري يحفظ هذه الحق للموظف مهما كان سبب انقضاء الرابطة الوظيفية، بخلاف الوضع في الأردن حيث يفقد الموظف هذه المكافأة إذا انتهت الرابطة بسبب العزل.

ومن خلال ما توصلنا إليه من استنتاجات فقد خرجنا ببعض التوصيات أهمها:

1. ضرورة إلغاء نص المادة (176) من نظام الخدمة المدنية الأردني والتي اعتبرت الموظف الفاقد لجنسيته أو الفاقد لوظيفته أو المعزول من الخدمة فاقدا لحقوقه المالية، وذلك لأسباب إنسانية من ناحية، وتحقيقا للعدالة الاجتماعية من ناحية، كون مثل هذه الحقوق لا يستفيد منها الموظف الفاقد لجنسيته أو الفاقد لوظيفته أو المعزول من الخدمة لوحده، بل تنعكس إيجابا وسلبا على أفراد أسرته الذين يشكلون لبنة من لبنات المجتمع، وكونها حق مكتسب.
2. ضرورة قيام المشرع الأردني بإعطاء الموظف المعزول والفاقد لوظيفته الحق ببدل الإجازات التي لم يستفد منها أثناء حياته الوظيفية، على غرار نهج المشرع المصري الذي أعطى هذا الحق لجميع الموظفين مهما كان سبب انقضاء الرابطة الوظيفية.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1. القبيلات، حمدي، انقضاء الرابطة الوظيفية في غير حالة التأديب، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2003.
2. الطائي، حسان عبد الله، انقضاء الرابطة الوظيفية والرقابة القضائية على القرارات الصادر بشأنها " دراسة مقارنة"، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017.
3. الكبيسي، عامر، إدارة شؤون الموظفين والعاملين في الخدمة المدنية، جامعة بغداد، العراق، 1980.
4. الهنداوي، حسن، الجنسية وأحكامها في القانون الأردني، دار مجدلاوي للنشر ط1، عمان الأردن، 1994.
5. شطناوي، علي خاطر، دراسات في الوظيفة العامة، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، 1998.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. حسين، احمد سعيد، أثر الحكم الجنائي على الرابطة الوظيفية " دراسة موازنة"، رسالة ماجستير جامعة آل البيت، عمان، 2015.

ثالثاً: الأبحاث المنشورة

1. الخلايلة، محمد علي، أحكام استقالة الموظف العام وآثارها في نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 55 لسنة 2002 وقضاء محكمة العدل العليا الأردنية دراسة مقارنة، مؤتمة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون، العدد الرابع، 2005.
2. الروسان، مصطفى عبد الله، قرار فقد الوظيفة كسبب لانتهاج خدمة الموظف العام وحدود الرقابة القضائية عليه (دراسة مقارنة)، مجلة ميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، المجلد الخامس، العدد الأول، 2018.
3. شطناوي، فيصل، إجراءات وضمائنات المساءلة التأديبية للموظف العام في التشريع الأردني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 26(7)، 2012.

رابعاً: التشريعات

1. قانون الخدمة المدنية المصري رقم 81 لسنة 2016.
2. قانون الضمان الاجتماعي الأردني رقم 1 لسنة 2014.
3. نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 82 لسنة 2013.
4. قانون التامين الاجتماعي المصري رقم 79 لسنة 1975.
5. قانون التقاعد المدني الأردني رقم 34 لسنة 1959.
6. قانون الجنسية الأردني رقم 6 لسنة 1954.

خامساً: القرارات

1. القرارات الصادرة عن الديوان الخاص بتفسير القوانين.
2. القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية الأردنية.
3. القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا الأردنية.
4. القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا المصرية.
5. القرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري المصرية.
6. القرارات الصادرة عن محكمة العدل العليا الأردنية.

إشكالية التقيد بمواعيد الطعن في الحكم القضائي في ظل الظروف الطارئة (العراق ومصر ولبنان أنموذجاً)

The problem of complying with the dates of the appeal of the judicial decision under emergency circumstances (Iraq, Egypt and Lebanon as an example)

د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، نقابة المحامين ، البصرة- العراق

Dr. Abdelmonem Alaamer, Iraqi Bar Association, Basra.

Abstract:

The appeal against the judicial decision is a procedural right granted by the legislature to the convicted person, and he has given it specific dates that will result in its final drop. However, the legislator suspected that the right holder of the right to appeal might be subject to a special emergency that prevented him from using his right, and ordered that the appeal dates be suspended when certain conditions were met after the verdict had been handed down, and before the dates of the appeal had expired. With the suspension of official institutions due to the Covid-19 pandemic. This paper addresses this problem and related questions and proposes a legal solution to them.

Keywords: Judicial decision, appeal dates, emergency circumstances, civil proceedings laws

الملخص:

الطعن في الحكم القضائي حق إجرائي مَنَحَهُ المشرع للمحكوم عليه، وقِيَّده بمواعيد محددة يترتب على انقضائها سقوطه نهائياً. إلا أن المشرع تحسب لاحتمال تعرض صاحب الحق في الطعن لظرف طارئ خاص يمنعه من استخدام حقه، ف قضى بوقف مواعيد الطعن عند تحقق حالات معينة بعد صدور الحكم، وقبل انقضاء مواعيد الطعن فيه. ومع تعطيل المؤسسات الرسمية بسبب جائحة كورونا المستجد برزت إشكالية انقضاء مواعيد الطعن في الحكم القضائي. تتناول هذه الورقة البحث هذه الإشكالية وما يتصل بها من تساؤلات، وتقدم حلاً قانونياً لها.

الكلمات المفتاحية: الحكم القضائي، مواعيد الطعن، الظروف الطارئة، قوانين المرافعات المدنية.

مقدمة:

تكفل الشرائع القانونية لكل شخص الحق في الخصومة اقتضاءً لحقه الذي ينازعه عليه الغير. ومع صدور الحكم في النزاع ينشأ للخصم المحكوم عليه حقاً إجرائياً للطعن في ذلك الحكم، غالباً ما يكون بأكثر من طريق. ولقد أولى القانون عناية لمواعيد الطعن في الحكم القضائي فاعتبر أحكامها من النظام العام.

ويضمن الطعن في الحكم القضائي تحقيق العديد من المزايا التي تُحَصِّن أعمال القضاء، وتشيع الطمأنينة والاحترام لأحكامه. فهو - من جانب - يفتح للخصم المحكوم عليه سبيلاً جديداً ليعرض من خلاله أدلته ودفعه أمام محكمة أخرى، مما يُدعم من اطمئنانه وثقته بالقضاء، وهو - من جانب آخر - يعمل على فسح المجال للقضاء لتدارك أخطاء القضاة، واصطلاحها، بما يتفق والقانون النافذ. فالقضاة بشر كسائر الناس، وهم ليسوا معصومين عن خطأ مهني قد يصدر عنهم أما لإخفاق في تقدير الوقائع المعروضة أمامهم، وإما لعيبٍ أو نقصٍ في إجراء تقتضيه الدعوى المنظورة من قبلهم.

ولكن لكي لا يُستغل الحق في الطعن من قِبَل المحكوم عليه سيء النية، فيتراخى في استعماله للإضرار بخصمه من خلال تأخير استيفاءه لحقه بتنفيذه لقرار الحكم موضوع الطعن لدى الدائرة المعنية، وأيضاً لضمان استقرار المعاملات بين الناس، والمحافظة على النظام في المجتمع، فقد أصبح لزاماً أن يقترن الطعن في الحكم القضائي بمهل زمنية محددة لاستخدامه، أصطلح على تسميتها بمواعيد، أو مدد، الطعن. وهذا ما كان. وإذا كانت التشريعات الإجرائية تقييد سريان الطعن في الحكم القضائي بمدة زمنية محددة كقاعدة عامة، فنصت على سقوط الحق

فيه عند عدم استخدامه ضمن المهلة المحددة له قانوناً، فأن المشرع في القوانين محل المقارنة في هذا البحث (قانون المرافعات المدنية العراقي، وقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري، وقانون أصول المرافعات المدنية اللبنانية) قد تحسب أيضاً لاحتمال تعرض صاحب الحق في الطعن لظروف خاصة قد تحول بينه وبين ممارسته لحقه، ففضي في جميع تلك القوانين -استثناءً من القاعدة العامة- بتوقف مواعيد الطعن عند موت المحكوم عليه، أو فقدانه لأهلية التقاضي، أو لزوال الصفة عن من يباشر الخصومة نيابةً عنه، إذا تحققت أي من هذه الحالات بعد صدور الحكم، وقبل انقضاء مواعيد الطعن فيه. على أن تستمر هذه المواعيد بالسريان من النقطة التي توقفت فيها بعد تبليغ من ينتقل له الحق في الطعن وفق الأصول، ليتمكن من استخدام هذا الحق ومراجعة المتاح له من طرق الطعن في الحكم القضائي الصادر.

وبالنظر لما يعيشه عالمنا هذه الأيام من محنٍ وتدايعات أثر اجتياح فايروس "كورونا المستجد" لسائر بقاع المعمورة، وما فرضته هذه الجائحة من أيقاف إجباري لأعمال وأنشطة مؤسسات الدول مرافقها العامة، وبالتالي تقييد مراجعة الناس لها لمتابعة مصالحهم واقتضاء حقوقهم؛ فقد أثرت إشكالية انقضاء المواعيد القانونية للطعن في الأحكام القضائية التي سبق وأصدرتها المحاكم المختلفة، والتي كانت مواعيد الطعن فيها لم تزل سارية حتى التعطيل الإجباري للمؤسسة القضائية، مما حال بين المحكوم عليهم في تلك الأحكام، أو من يمثلهم قانوناً، وبين تقديمهم لطعونهم فيها ضمن المدة القانونية المقررة. والآن، وبعد مضي قرابة شهر على إغلاق المحاكم لأبوابها، فأن جميع هذه الأحكام قد استنفذت مواعيد الطعن فيها، وباتت أحكاماً مكتسبة الدرجة القطعية، وفات على المحكوم عليهم فيها استخدام حق مشروع لهم دون تقصير منه.

وحيث أن الحالة الطارئة التي أفضت لانقضاء مواعيد الطعن في الأحكام المنوه عنها، هي حالة عامة، وليست من الحالات الطارئة الخاصة المتقدم. ولخلو القوانين محل المقارنة من نص صريح يفيد بمعالجة هذه الحالة، فقد أثرت إشكالية التقييد بمواعيد الطعن في الحكم القضائي في ظل الظروف الطارئة العامة، وهي إشكالية لم تزل قائمة، وممكن أن تتكرر في ظل ظروف أخرى غير الظرف الراهن، مما يستدعي بالضرورة البحث لها عن حل قانوني ناجز. وسعيًا وراء هذا الهدف، وباعتماد المنهج التحليلي المقارن في قراءة وتحليل وتقييم النصوص الواردة في القوانين محل المقارنة وما يتصل بها من نصوص في قوانين أخرى للبلدان الثلاث (العراق ومصر ولبنان)، ومن شروح لهذه القوانين واجتهادات فقهية بشأنها، فقد جاء هذا البحث مقسماً على مبحثين، أفردت الأول منها للتعريف بماهية الطعن في الحكم القضائي وأحكامها، وخصصت الثاني لتأثير الظروف الطارئة العامة على مواعيد الطعن في الحكم القضائي، ثم أنهيت البحث بخاتمة توجز ما توصلت إليه من استنتاجات، وتقترح ما رأيته من توصيات.

المبحث الأول

ماهية مواعيد الطعن في الحكم القضائي وأحكامها

للإحاطة بماهية مواعيد الطعن في الحكم القضائي وأحكامها، فقد قسمت هذا المبحث على مطلبين، خصصت الأول منهما للتعريف بماهية الطعن في الحكم القضائي، وتناولت في الثاني أحكام الطعن في الحكم القضائي.

المطلب الأول

ماهية الطعن في الحكم القضائي

التعرف على ماهية الطعن في الحكم القضائي يقتضي التعريف بدلالة هذا المصطلح لغةً واصطلاحاً، ثم تحديد طبيعته القانونية، ثم تمييزه عما يخالطه من المصطلحات القانونية، وهو التقادم المُسقط. ونخصص لكل موضوع من هذه المواضيع فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول: تعريف مواعيد الطعن

المواعيد لغةً مفردتها الموعِدُ والميعادُ، وهما من مصادر الوَعْدُ، ويدلّان على وقت الوَعْدِ وموضِعِهِ¹. قال تعالى: "وَإِذْ وَاعَدْنَا مُوسَىٰ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً"². أما الطَّعْنُ فيأتي على عدة معاني، منها العيب، فتقول: طَعَنَ فِيهِ بِمَعْنَى عَابَهُ. وقد جاء في الحديث الشريف: "لا تُحَدِّثْنَا عَنْ مُمَّهَارِيبِ (المُكْتَرِ مِنْ الْكَلَامِ) وَلَا طَعَّانٍ"³.

أما في الاصطلاح القانوني فقد وضعت العديد من التعريفات لمواعيد أو مُهَلِ الطعن، وهي -في الغالب- تتضمن ذات المضمون وأن اختلفت في مبنائها اللغوي⁴. ومن أدق ما أطلعنا عليه صياغة ودلالة في تعريف مواعيد الطعن أنها: الأجل التي بانقضائها يسقط الحق في الطعن في الحكم⁵. أو: هي الأجل التي يمكن الطعن في الحكم في خلالها والتي بانقضائها يسقط الحق في الطعن⁶.

وتختلف طرق الطعن في الأحكام القضائية وتتعدد في القوانين الإجرائية المدنية العربية موضوع البحث. فثمة طرق طعن أجمعت عليها سائر تلك القوانين كالطعن بطريقي الاستئناف والتمييز، وثمة طرق طعن أخرى تشترك في النص عليها بعض تلك القوانين كالطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي والطعن بطريق اعتراض الغير

¹ ينظر: محمد ابن منظور، لسان العرب، ج9، دار الحديث، القاهرة، 2013، ص345.

² سورة البقرة: الآية 51.

³ ينظر: محمد ابن منظور، مرجع سابق، ج5، ص610.

⁴ لمزيد من التفصيل حول تعريف مواعيد الطعن ينظر: أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا طبعة ومطبعة، ص954؛ عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط1، مطبعة جامعة جهان، أربيل-العراق، 2013، ص728؛ عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، ج3، ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص304.

⁵ أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، مكتبة الوفاء القانونية، 2015، ص568.

⁶ نبيل أسماعيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية- دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص506.

على الحكم (قانون المرافعات المدنية العراقي وقانون أصول المرافعات المدنية اللبناني). فيما ينفرد قانون المرافعات المدنية العراقي عن باقي القوانين الإجرائية المدنية العربية بالنص على الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي.

وفيما حدد قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل ستة طرق للطعن في الأحكام القضائية هي: الاعتراض على الحكم الغيابي، والاستئناف، وإعادة المحاكمة، والتمييز، وتصحيح القرار التمييزي، واعتراض الغير. فأن قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل يحدد أربعة طرق للطعن في الحكم القضائي هي: المعارضة، والاستئناف، والتماس إعادة النظر، والنقض. ويحدد قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983 خمسة طرق للطعن في الحكم القضائي هي: الاعتراض على الحكم الغيابي، والاستئناف، واعتراض الغير، وإعادة المحاكمة، والتمييز.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمواعيد الطعن

أياً كان طريق الطعن في الحكم القضائي، تقضي القاعدة القانونية بوجود تقديمه ضمن المواعيد (المدد) التي حددها القانون، فإذا لم يحترم الطاعن هذه المواعيد، سقط حقه في الطعن. وهذه القاعدة من النظام العام، لا يجوز مخالفتها، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها سواء بتمديد المدة المحددة للطعن أو بتقصيرها. وكون هذه القاعدة من النظام العام، فأن على المحكمة المختصة بنظر الطعن في الحكم أن تقضي بها من تلقاء نفسها، فتردّ الطعن إذا رفع لها خارج مدته المحددة بنص القانون¹. ويفهم من هذه القاعدة -التي قننتها سائر التشريعات الإجرائية العربية، ومنها القوانين محل المقارنة في هذا البحث، كما سنفصل ذلك لاحقاً- أن مواعيد الطعن هي مدد سقوط، وليست مدد تقادم مسقط. وهذا ما لا خلاف عليه في الفقه القانوني أيضاً².

الفرع الثالث: التمييز بين مواعيد الطعن ومواعيد التقادم المسقط

تتشترك مواعيد السقوط ومواعيد التقادم المسقط في أن كلاهما يتضمن مُدداً قانونية يترتب على انقضائها سقوط الحق المتصل بها، وهذا ما قد يثير لبساً في إمكانية التمييز بينهما، مما يقتضي معه ضرورة التمييز بين مواعيد الطعن في الحكم القضائي باعتبارها مواعيد سقوط، ومواعيد التقادم المسقط.

يكمن المعيار الأساسي للتمييز بين مواعيد الطعن في الحكم القضائي كمواعيد سقوط ومواعيد التقادم المسقط، في الغاية المتوخاة من كلٍ منهما. فالغاية من تشريع مواعيد السقوط هي لتحديد مدة معينة من الزمن لاستعمال الشخص لرخصة حددها له القانون، أما الغاية من تشريع مواعيد التقادم المسقط فهي

¹ ينظر: فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959، ص493؛ عباس العبودي، شرح قانون المرافعات المدنية، ط1، دار السنهوري، بيروت، 2016، ص462؛ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص728؛ سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام قانون المرافعات، ج1، ط3، مطبعة المعارف، بغداد، 1979، ص332.

² ينظر: أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص571؛ د. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج2، دار النهضة العربية، 2017، ص496؛ آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، ص378.

لحماية أوضاع مستقرة في التعامل، أو لإيقاع جزاءٍ على اهمال الدائن لإستيفاء حقه من مدينه، أو لتقوم كقرينة على انقضاء الالتزام بالوفاء بالدين¹. وعليه وحيث أن مواعيد الطعن في الحكم القضائي تستهدف تحديد مهلة زمنية معينة للخصم الذي خسر دعواه كلياً أو جزئياً للطعن بطريق معين في الحكم الصادر فيها، فهي مواعيد سقوط.

ويضاف للمعيار الاسامي السابق بيانه، أن مواعيد الطعن في الحكم القضائي من النظام العام، لذا يتوجب على المحكمة التي تنظر الطعن أن تقضي بها من تلقاء نفسها، فتحكم برّد الطعن إذا رفع لها بعد انقضاء المهلة المحددة له في القانون، دونما حاجة لإثارة هذا الموضوع من الخصم الآخر. بينما لا تُلزم محكمة الموضوع، بل لا ينبغي لها، أن تقضي بالتقادم المُسقط من تلقاء نفسها، وإنما عليها النظر في الموضوع بعد أن يثيره أحد الخصوم في الدعوى، فأن لم يثره أو يتمسك به من له الحق فيه، فلا وجه للقضاء به من المحكمة².

ومن الغالب -كمعيار للتمييز أيضاً- أن تكون مواعيد السقوط أقل مدة من مواعيد التقادم المُسقط. ففي القانون العراقي -مثلاً- لا تتجاوز المهلة المحددة لطرق الطعن في الأحكام القضائية مدة ثلاثين يوماً (الطعن بطريق التمييز)، بينما لا تقل أقل مدة تقادم مُسقط عن ثلاثة أشهر (خيار الإجازة في العقود المبرمة من الفضولي). في حين بينما لا تقل أقل مدة تقادم مُسقط عن ثلاثة أشهر (خيار الإجازة في العقود المبرمة من الفضولي). أما في القانونين المصري واللبناني فلا تتجاوز المهلة المحددة لطرق الطعن في الأحكام القضائية مدة ستين يوماً (الطعن بطريق التمييز). ،

المطلب الثاني

أحكام مواعيد الطعن في الحكم القضائي

للإحاطة بأحكام مواعيد الطعن في الحكم القضائي سنقسم الحديث فيها على ثلاثة فروع، نفرّد الفرع الأول لبيان سريان مواعيد الطعن ، ونتناول في الفرع الثاني سقوط الحق في الطعن، ونحصر الفرع الثالث لبيان حالات وقف مواعيد الطعن.

¹ ينظر: عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص1000؛ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج4، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص833.

² ينظر: عبد الرزاق أحمد السهوري، مرجع سابق، ص1000.

الفرع الأول: سريان مواعيد الطعن

تحدد مواعيد أو مهل الطعن في الحكم القضائي بمدة معينة من الزمن يحددها القانون. وتختلف هذه المدة تبعاً لاختلاف طريق الطعن، الذي يختلف بدوره بحسب موضوع دعواه وقيمتها¹، والمحكمة التي أصدرته². وعلى العموم فإن مواعيد الطعن في الحكم القضائي تنحصر بين نقطتين زمنيتين: نقطة بداية يسري مع حلولها موعد الطعن فيه، ونقطة نهاية ينتهي عندها أجل الطعن فيه.

أما عن نقطة بداية ميعاد الطعن في الحكم القضائي، فإن الأصل العام في قانون المرافعات المدنية العراقي وفقاً للمادة/172 منه هو أن تسري مدة الطعن من اليوم التالي للتبليغ بالحكم أو اعتباره مبلغاً. ومع ذلك فإن المادة أعلاه قد أجازت للخصوم مراجعة طرق الطعن القانونية في الحكم قبل التبليغ بها³. إذ من الوارد قانوناً أن تنطق المحكمة بالحكم في الجلسة المحددة لذلك، ثم تؤجل تسليم مسودة الحكم ليوم آخر، فيسوغ للخصم المحكوم عليه حينئذٍ الطعن بالحكم بناءً على منطوقه. غير أنه يمتنع على الخصوم الطعن في الحكم القضائي قبل صدوره⁴، أي قبل النطق به، من قِبَل المحكمة المختصة، بناءً - على سبيل المثال - على ما يتوارد إلى ذهنهم من استنتاجات بأن الحكم سيكون بسبيل معين. فمثل هذه الاستنتاجات حتى وأن تطابقت لاحقاً مع مضمون منطوق الحكم الذي ستصدره المحكمة، لا يجوز قبولها ابتداءً لأنها محض استنتاج ممن لا يملك الحق في إصدار الحكم، علاوة على كونه إفتئات مرفوض قانوناً على سلطة المحكمة. هذا مع ملاحظة أن الحكم القضائي يصدر حضورياً بالنسبة للخصم الذي حضر في الدعوى ولو لجلسة واحدة من جلساتها⁵، وبالتالي

¹ في قانون المرافعات المدنية العراقي فإن الأحكام الصادرة من محاكم البداءة والتي تزيد قيمتها على مليون دينار، أو كانت من دعاوى الإفلاس أو دعاوى تصفية الشركات تقبل الطعن بطريقي الاستئناف والتمييز. فيما الأحكام الصادرة عن تلك المحاكم والتي تقل قيمتها عن مليون دينار والأحكام الصادرة عنها في دعاوى إزالة الشيوخ وغيرها من الدعاوى الأخرى لا يُقبل الطعن فيها إلا بطريق التمييز، (للتفصيل ينظر: عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 721 وما بعدها)؛ وفي قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري فإن الطعن بطريق الاستئناف يشمل كافة الأحكام الصادرة عن محاكم أول درجة بصرف النظر عن قيمة الدعوى إلا ما كان مستثنى بنص قانوني صريح، (للتفصيل ينظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص 526 وما بعدها)؛ أما في قانون أصول المرافعات المدنية اللبناني فالطعن بطريق الاستئناف يشمل كافة الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى إلا بعض الدعاوى لاعتبارات تتعلق بقيمتها، (للتفصيل ينظر: نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، مرجع سابق، ص 538 وما بعدها).

² طبقاً لقانون المرافعات المدنية العراقي فإن الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية لا تقبل الطعن إلا بالتمييز، بينما الأحكام الصادرة من محكمة البداءة تقبل الطعن بطريقي الاستئناف والتمييز أو بالتمييز وذلك بحسب قيمتها وكما ذكر في الهامش السابق، (للتفصيل ينظر: سعدون ناجي القشطيني، مرجع سابق، ص 337 وما بعدها)؛ وفي قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري فإن جميع أحكام محاكم الدرجة الأولى تقبل الطعن بطريق الاستئناف، فيما يحدد القانون قيمة الدعاوى التي يجوز الطعن فيها بطريق التمييز؛ (للتفصيل ينظر: أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 969 وما بعدها)؛ وفي قانون أصول المرافعات المدنية اللبناني فإن جميع الأحكام الصادرة عن محاكم البدائية (مدنية كانت أم شرعية) تقبل الطعن بالاستئناف والتمييز أمام المحكمة العليا المختصة إلا ما استثنى منها لقلة قيمة دعواه فيطعن به بطريق التمييز فقط. (للتفصيل ينظر: نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، مرجع سابق، ص 538 وما بعدها).

³ نصت المادة على: "يبدأ سريان المدد القانونية من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو اعتباره مبلغاً، وللخصوم مراجعة طرق الطعن القانونية في الأحكام قبل تبليغها".

⁴ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 898.

⁵ نصت المادة/55 ف1 مرافعات مدنية عراقى على: "تعتبر المرافعة حضورية إذا حضر الخصم في أية جلسة ولو تغيب بعد ذلك".

فهو يُعد مبلغاً بالحكم الصادر فيها ولو لم يحضر أية جلسة أخرى بضمها جلسة النطق بالحكم، وتسري مدة الطعن بحقه - أن كان خاسراً للدعوى أو لجزء منها- من اليوم التالي لصدور الحكم. أما الخصم المتغيب عن الحضور في الدعوى، أي الخصم الذي لم يحضر أية جلسة من جلساتها، فهو المعني بالتبليغ بالحكم القضائي¹، حيث يسري ميعاد الطعن بالحكم بالنسبة إليه - أن كان خاسراً للدعوى أو لجزء منها- من اليوم التالي لتبليغه بالحكم.

وفي قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، فإن الأصل وفقاً للمادة/213 منه أن يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك². ويرى الفقه القانوني المصري أن عبارة "يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره" الواردة في صدر المادة المشار إليها تعني: أن يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ النطق بالحكم³.

أما في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية فقد نصت المادة/616 منه صراحةً على بدء سريان ميعاد الطعن في الحكم القضائي من تاريخ التبليغ به⁴، وبالتالي فلا مورد للاجتهاد بجواز الطعن في الحكم القضائي قبل تحقق التبليغ به. ولا يغني عن تبليغ الخصم بالحكم علمه المؤكد بصدوره، كاستلامه -مثلاً- نسخة منه من قلم المحكمة⁵. وقاعدة سريان ميعاد الطعن من تاريخ التبليغ بالحكم القضائي تشمل طالب التبليغ بالحكم والمبلغ إليه في آن معاً⁶. ومع ذلك، فإن هناك من يرى أن الحق في الطعن ليس معلقاً على شرط التبليغ به، لأن قاعدة سريان الطعن من تاريخ التبليغ بالحكم القضائي إنما أُقرت لمصلحة الطاعن، وبالتالي فلا مانع قانوناً من أن يطعن المحكوم عليه بالحكم بمجرد صدوره، أي بمجرد النطق به⁷.

وإما عن نقطة نهاية ميعاد الطعن في الحكم القضائي فهي تختلف بحسب طريق الطعن. ففي قانون المرافعات المدنية العراقي قضت المادة/177 ف1 بأن تنتهي مدة الطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي بانتهاء اليوم العاشر من اليوم التالي للتبليغ بالحكم المطعون فيه، سواء كان ذلك الحكم صادراً عن محكمة البداية أم محكمة الأحوال الشخصية أم محكمة المواد الشخصية⁸. وقضت المادة/187 ف1 منه بأن تنتهي مدة الطعن بطريق الاستئناف في الأحكام الصادرة من محكمة البداية بدرجة أولى بمضي خمسة عشر يوماً من

¹ جاء في المادة/56 ف1 مرافعات مدنية عراقية: "إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه رغم تبليغه فتجري المرافعة بحقه غياباً وتصدر المحكمة حكمها في الدعوى بما تراه..".

² جاء في المادة: "يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك".

³ ينظر: د. فتحي والي، مرجع سابق، ص 497؛ أحمد سيد صاوي، مرجع سابق، ص 955.

⁴ جاء في نص المادة/616 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية: "تسري المهلة التي بانتهاءها يسقط حق الطعن من تاريخ تبليغ الحكم".

⁵ نبيل إسماعيل عمر وأحمد خليل، مرجع سابق، ص 507.

⁶ ينظر: أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص 569.

⁷ ينظر: نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل، مرجع سابق، ص 508.

⁸ نصت الفقرة على: "يجوز للمحكوم عليه الاعتراض على الحكم الصادر عليه غياباً من محكمة البداية أو محكمة الأحوال الشخصية وذلك في غير المواد المستعجلة خلال عشرة أيام".

تاريخ التبليغ بالحكم البدائي أو اعتباره مبلغاً¹. وقضت المادة/198 منه بأن مدة الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو البداية أو الأحوال الشخصية أو المواد الشخصية تنهي بمضي خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لتحقيق سبب من الأسباب التي نص عليها القانون لقبول الطعن بطريق إعادة المحاكمة². كما وقضت المادة/204 منه بأن تنتهي مدة الطعن بطريق التمييز بالنسبة للأحكام الصادرة عن محكمة البداية ومحكمتي الأحوال الشخصية والمواد الشخصية بمضي ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ بها أو اعتبارها مبلغاً³. وقضت المادة/221 منه بأن تنتهي مدة الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي بنهاية اليوم السابع من اليوم التالي للتبليغ بالقرار التمييزي⁴. واخيراً قضت المادة/230 منه بأن مدة الطعن بطريق اعتراض الغير على الحكم الصادر من محاكم الاستئناف أو البداية أو الأحوال الشخصية أو المواد الشخصية إذا لم يكن الطاعن خصماً ولا ممثلاً ولا شخصاً ثالثاً في دعواه وكان الحكم متعدياً إليه أو ماساً بحقوقه تنتهي بتنفيذ ذلك الحكم عليه، أو بمضي مدة التقادم المُسقط (خمس عشرة سنة) على الدعوى⁵، أيهما أقرب.

أما في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية النافذ فإن مدة الطعن بطريق المعارضة (الاعتراض على الحكم الغيابي) تنتهي بمضي خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالحكم الغيابي⁶. فيما تقضي المادة/227 منه بأن تنتهي مدة الطعن بالحكم القضائي بطريق الاستئناف بمضي أربعين يوماً من تاريخ صدوره بالنسبة للخصوم، وستين يوماً من تاريخ صدوره بالنسبة للنائب العام⁷. وقضت المادة/242 منه بأن مدة الطعن بطريق التماس إعادة النظر تنتهي بمضي أربعين يوماً من تاريخ العلم بسبب من الأسباب القانونية لقبول الطعن بهذا الطريق⁸. وقضت المادة/252 منه بأن مدة الطعن بطريق النقض تنتهي بالنسبة للخصوم بمضي ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون به، فيما لم يُقيد هذا النص النائب العام بسقف زمني في الطعن الذي يرفعه

¹ نصت الفقرة على: "مدة الاستئناف خمسة عشر يوماً".

² نصت المادة على: "مدة طلب إعادة المحاكمة خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لظهور الغش أو الإقرار بالتزوير من فاعله أو الحكم بثبوته أو الحكم على شاهد الزور أو ظهور الورقة التي حيل دون تقديمها".

³ جاء في المادة: "مدة الطعن بطريق التمييز ثلاثون يوماً بالنسبة لأحكام محاكم البداية والمواد الشخصية والأحوال الشخصية والاستئناف".

⁴ جاء في المادة: "مدة طلب تصحيح القرار التمييزي سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغ القرار التمييزي..".

⁵ جاء في المادة: "1- يجوز إقامة دعوى اعتراض الغير إلى حين تنفيذ الحكم على من يتعدى إليه، فإذا تم التنفيذ سقط الحق في الطعن باعترض الغير على ذلك الحكم. 2- إذا لم يُنفذ الحكم على ذلك الشخص فيبقى له حق اعتراض الغير إلى أن تمضي على الدعوى مدة التقادم المسقط المقررة في القانون..".

⁶ هذا ما قضت به المادة/388 من قانون المرافعات القديم الملغي والتي ما زالت سارية حتى الآن مع مواد أخرى تحص الطعن بطريق المعارضة.

⁷ جاء في المادة: "ميعاد الاستئناف أربعون يوماً ما لم ينص القانون على غير ذلك.. ويكون ميعاد الاستئناف ستين يوماً بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه".

⁸ جاء في المادة: "ميعاد التماس أربعون يوماً..".

لمصلحة القانون، مما يفهم منه أن طعن النائب العام بهذا الطريق مقبول قانوناً في أي وقت تالي لصدور الحكم¹.

وفي القانون اللبناني، قضت المادة/632 من قانون أصول المرافعات المدنية بأن مدة الطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي تنتهي بمضي خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ به². وجاء في المادة/643 منه بأن مدة الطعن بطريق الاستئناف تنتهي بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بالحكم المطعون فيه³. وقضت المادة/679 منه بأن مدة الطعن في الحكم بطريق اعتراض الغير تنتهي بمضي شهرين على تبليغ المعارض بالحكم المعارض عليه أو ببدء تنفيذه، فإذا لم يحصل التبليغ فأن الحق في هذا الطعن يبقى قائماً لمدة التقادم المسقط للدعوى⁴. وقضت المادة/692 منه بأن مهلة الطعن في الحكم بطريق إعادة المحاكمة تنتهي بمضي ثلاثين يوماً من اليوم الذي يعلم فيه الطاعن بالسبب الذي يبني عليه طعنه، على أن يكون علمه لاحقاً لصدور الحكم المطعون فيه أو لاكتسابه الدرجة القطعية. أما إذا كان علمه لاحقاً للتبليغ بالحكم فتنتهي المهلة بمضي ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه⁵. وقضت المادة/710 منه بأن مدة الطعن بالحكم بطريق التمييز تنتهي بمضي شهرين من تاريخ التبليغ به⁶.

الفرع الثاني: سقوط الحق في الطعن في الحكم القضائي

للطعن في الحكم القضائي مهلة زمنية محددة قانوناً تكون محصورة بين موعد لبدءها، وآخر لانقضائها، إذ لا يسوغ ترك الحق في الطعن مطلقاً غير مقيد بزمان معين.

أن العمل بغير هذه القاعدة يُمكن المحكوم عليه سيء النية من التراخي في الطعن مما يحول دون اكتساب الحكم المطعون فيه الدرجة القطعية، فيمتنع معه على المحكوم له تنفيذ الحكم⁷، وبالتالي يحد من قدرته على استيفاء حقه المقرر له بقوة القانون. كما أنه سيبقي على النزاع بين الخصوم قائماً، بعدما فصلت فيه المحكمة المختصة. وكل ذلك من شأنه أن يؤثر سلباً على استقرار المعاملات بين الناس، وعلى استقرار النظام في المجتمع.

¹ نصت المادة على: "ميعاد الطعن بطريق النقض ستون يوماً. ولا يسري هذا الميعاد على الطعن الذي يرفعه النائب العام لمصلحة القانون وفقاً لحكم المادة 250".

² نصت المادة على: "مهلة الاعتراض خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ بالحكم".

³ جاء في المادة: "مهلة الاستئناف ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ الحكم الوجيه لاستئناف سائر الاحكام التي تصدر عن محاكم الدرجة الأولى".

⁴ نصت المادة على: "تحدد مهلة اعتراض الغير على الأحكام القضائية بشهرين من تاريخ تبليغ المعارض بالحكم أو أي إجراء من إجراءات التنفيذ، وإذا لم يحصل هذا التبليغ فيبقى حق الاعتراض قائماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك إلى أن يسقط حق المعارض بمرور الزمن، على أن يقبل اعتراض الغير الطارئ دون التقيد بمهلة".

⁵ جاء في المادة: "مهلة طلب إعادة المحاكمة ثلاثون يوماً تبتدئ من اليوم الذي علم فيه الطالب بالسبب الذي يبني عليه طلب الإعادة بشرط أن يكون الحكم المطعون فيه قد صدر أو أصبح قطعياً وأبلغ إليه قبل عامه بالسبب المذكور. أما إذا أبلغ إليه بعد ذلك فلا تسري المهلة إلا من تاريخ تبليغه بالحكم..".

⁶ جاء في المادة: "مهلة الطعن بطريق التمييز شهران..".

⁷ نبيل أسماعيل عمر و أحمد خليل، مرجع سابق، ص 506.

علاوة على أنه سينال من ثقة المتقاضين بالقضاء، مما لاشك سيفقده جانباً من الهيبة والاحترام. لذلك حرصت التشريعات الإجرائية على النص على سقوط الحق في الطعن في الحكم القضائي بحكم القانون عند تحقق واحدة من الحالات الثلاث الآتية:-

الحالة الأولى: عند استنفاذ الطعن لأجله المحدد قانوناً. فقضت المادة/171 مرافعات مدنية عراقية بسقوط الحق في الطعن في الحكم عند عدم مراعاة مواعده، وأوجبت على المحكمة المختصة بنظر الطعن ردّ عريضة الطعن من تلقاء نفسها إذا رفع لها الطعن بعد انقضاء المدة القانونية المحددة له¹. وبذات هذا المضمون أيضاً قضت المادة/215 من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري²، والمادة/618 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني³.

الحالة الثانية: إذا أسقط الطاعن حقه في الطعن في الحكم أسقاطاً صريحاً أمام المحكمة التي نظرت الدعوى، أو بورقة مصدقة من الكاتب العدل. هذا ما قضت به المادة/169 مرافعات مدنية عراقية⁴. وكذلك المادة/219 مرافعات مدنية مصري⁵.

وإسقاط صاحب الحق في الطعن قد يكون أسقاطاً كلياً يتضمن تنازلاً صريحاً عن كافة طرق الطعن بالحكم القضائي موضوع التنازل، وقد يكون أسقاطاً جزئياً يتضمن تنازله عن الطعن بطريق معين من طرق الطعن المقررة قانوناً للطعن في ذلك الحكم القضائي.

ولم نقف على نص صريح في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري، وقانون أصول المرافعات المدنية اللبناني مماثل لنص المادة/169 مرافعات مدنية عراقية.

الحالة الثالثة: إذا سلك الطاعن طريق طعن غير عادي في الحكم القضائي قبل استنفاذه لطرق الطعن العادية فيه⁶، فيعد ذلك تنازلاً منه عن الطعن بطرق الطعن العادية في الحكم. وكذلك إذا طعن في الحكم

¹ نصت المادة على: "المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية، يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة - من تلقاء نفسها- بَرَدَ عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية".

² نصت المادة على: "يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها".

³ نصت المادة على: "يترتب على عدم مراعاة مهل الطعن في الأحكام سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها".

⁴ نصت المادة على: "لا يقبل الطعن في الأحكام إلا ممن خسر الدعوى، ولا يقبل ممن أسقط حقه فيه أسقاطاً صريحاً أمام المحكمة أو بورقة مصدقة من الكاتب العدل".

⁵ جاء في المادة: "ويجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً".

⁶ يُقَسَّمُ الفقه القانوني طرق الطعن في الأحكام القضائية بالنظر لطبيعتها إلى نوعين: طرق طعن عادية، وأخرى غير عادية، وهي التمييز وإعادة المحاكمة واعتراض الغير، ويضاف إليها الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي المعمول به في العراق. وطرق الطعن العادية لا تنظر إلى ما في الحكم القضائي من عيوب وإنما تهدف إلى طرح النزاع الذي فصل فيه الحكم موضوع الطعن مجدداً على القضاء دون إعتبار لوجود عيب في قرار الحكم المطعون من عدمه. فيما تستهدف طرق الطعن غير العادية إثارة العيب الذي تضمنه الحكم المطعون به. طرق طعن عادية وهي الاعتراض على

الغيابي بطريق الاستئناف، فيعد ذلك تنازلاً منه عن الطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي. ويترتب على كلا الفرضين سقوط حقه فيما تنازل عنه من طرق الطعن دلالةً. ففي قانون المرافعات المدنية العراقية قضت المادة/177 ف2 بسقوط الحق بالطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي إذا طعن في الحكم الغيابي بطريق طعن آخر¹. وقضت المادة/197 منه بعدم قبول الطعن في الحكم الصادر عن محكمة البداية بدرجة أولى بطريق إعادة المحاكمة إذا لم يسبق الطعن فيه بطريق الاستئناف².

الفرع الثالث: وقف مواعيد الطعن في الحكم القضائي

إدراكاً من المشرع لاحتمالية تعرض صاحب الحق في الطعن في الحكم القضائي لظروف معينة قد تلم به فتحول دون ممارسته لهذا الحق، وعملاً بقاعدة أساسية في التشريع مقتضاها أن المهلة لا تسري في حق مَنْ لا يتمكن من اتخاذ الإجراءات للمحافظة على حقه³، فقد أقرَّ استثناءً من القاعدة العامة التي تقضي بسقوط الحق في الطعن في الحكم القضائي بانتهاء المدة القانونية المحددة له، بوقف المواعيد القانونية للطعن في الحكم القضائي عند تحقق حالات بعينها. والمراد بوقف مواعيد الطعن في الحكم القضائي، وقف سريانها رداً من الزمن بسبب عذر من الاعذار القانونية، على أن تستأنف سيرها بعد زوال ذلك العذر⁴.

بالاستناد لما تقدم قضى المشرع العراقي في المادة/174 مرافعات مدنية بوقف المدد القانونية للطعن في الحكم القضائي في ثلاث حالات هي: وفاة المحكوم عليه، أو فقدانه لأهلية التقاضي (كما لو أصيب بالجنون⁵، أو تم الحكم عليه بالسجن⁶)، أو زوال صفة الخصومة لمن كان يباشرها عنه عند تبليغه بالحكم (كحالة عزل

الحكم الغيابي والاستئناف، وأخرى غير عادية، وهي التمييز وإعادة المحاكمة واعتراض الغير، ويضاف إليها الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي المعمول به في العراق (ينظر: فتحي والي، مرجع سابق، ص458؛ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص723).

¹ نصت الفقرة على: "يعتبر الطعن في الحكم الغيابي بطريق طعن آخر غير طريق الاعتراض نزولاً عن حق الاعتراض".

² نصت المادة على: "لا يقبل الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من محاكم البداية بدرجة أولى ما دام الطعن فيها بطريق الاستئناف جائزاً".

³ أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص572.

⁴ محمد عبد اللطيف، التقادم، طبعة 1958، ص113، نقلاً عن: عبد الرحمن العلام، مرجع سابق، ص318.

⁵ نصت المادة/94 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل على: "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم".

⁶ جاء في المادة/97 من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل على: "الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره إلى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله أو التصرف فيها بغير الإيضاء والوقف إلا بأذن من محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية حسب الأحوال...".

أو اعتزال المتولي على الوقف)¹، وأضاف إليها حالة رابعة هي: المعونة القضائية²، المنظمة أحكامها في الباب الخامس من الكتاب الثالث من القانون (المواد 293-298).

واشترط المشرع العراقي لإعمال الحالات الثلاث الأولى توافر شرطين: الأول هو أن تتحقق كل حالة من هذه الحالات الثلاث بعد صدور الحكم القضائي في الدعوى، وقبل انقضاء المواعيد القانونية المحددة للطعن فيه. وذلك لأن تحقق أية حالة من الحالات المذكورة لأي من الخصوم في الدعوى قبل صدور الحكم فيها، أي أثناء نظرها، يقطع السير فيها بحكم القانون استناداً للمادة/84 مرافعات مدنية عراقية³ باعتبارها من الأحوال الطارئة على الدعوى التي عالجها المشرع العراقي في الباب السابع من قانون المرافعات المدنية النافذ. كما أن انقضاء المدة القانونية المحددة للطعن في الحكم القضائي دون ممارسة المحكوم عليه، أو من يمثله، لحقه في الطعن في الحكم، إنما يؤكد إسقاطه لحقه في الطعن، أما بقبوله الضمني للحكم، أو -على الأقل- لعدم رغبته الطعن فيه-، وبالتالي فإن هذا الحق الذي إسقطه صاحبه الأصيل بكامل حريته واختياره، لن يبقى له وجود بعد وفاته أو بعد فقدانه لأهليته في التقاضي لينتقل إلى ورثته أو إلى من سيقوم مقامه. وكذلك الأمر بالنسبة لمن كان يباشر الخصومة نيابةً عنه، فإن عدم مباشرته للطعن في الحكم ضمن المواعيد القانونية يعني إسقاطه لهذا الحق، وبالتالي لن يبقى هذا الحق لمن سيخلفه في مباشرة الخصومة بدلاً عنه. أما الشرط الثاني فهو عدم زوال وقف مدة الطعن إلا بعد تبليغ الحكم محل الطعن لورثة المحكوم عليه أو لأحدهم، أو لمن يقوم مقامه عند فقدانه لأهلية التقاضي، أو لمن يباشر صفة الخصومة مجدداً، وذلك في آخر موطن كان للمورث أو في موطن من يقوم مقامه أو من يمثله، إذ دون تحقق التبليغ بالحكم لأي من هؤلاء المذكورين لن يدخل في علم أيّاً منهم المتبقي من مهلة الطعن فيه ليمارسوا ما انتقل إليهم من حق بالطعن أن شاءوا ذلك.

¹ نصت المادة على: "1- تقف المدد القانونية إذا توفي المحكوم عليه أو فقد أهليته للتقاضي أو زالت صفة من كان يباشر الخصومة عنه بعد تبليغه بالحكم وقبل انقضاء المدد القانونية للطعن. 2- لا يزول وقف المدة إلا بعد تبليغ الحكم إلى الورثة أو أحدهم في آخر موطن كان للمورث أو موطن من يقوم مقام من فقد أهليته للتقاضي أو صاحب الصفة الجديدة. 3- تجدد المدد بالنسبة لم ذكروا في الفقرة السابقة بعد تبليغ الحكم المذكور على الوجه المتقدم".

² المعونة القضائية هي إحدى الضمانات التي أمنها المشرع لصاحب الحق لمراجعة المحكمة المختصة للمطالبة بحقه عندما يعوزه المال لتسديد الرسوم القضائية المترتبة على ذلك. وقد أنط القانون منح المعونة القضائية بالمحكمة المختصة بنظر الدعوى أو بنظر الطعن في الحكم الصادر فيها. وحيث أن الحصول على المعونة القضائية يقتضي تقديم طلب بها إلى المحكمة المعنية، فإن من المنطقي أن يقرر القانون وقف احتساب مدة الطعن لحين صدور القرار بالمعونة القضائية.

³ نصت المادة على: "ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم، أو بفقدانه أهلية الخصومة أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه إلا إذا كانت الدعوى قد تمهأت للحكم في موضوعها".

وبذات مضمون المادة/174 مرافعات مدنية عراقية، قضت المادة/216 من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري¹، والمادة/619 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني²، فقررتا أيضاً وقف سريان مواعيد الطعن في الحكم القضائي عند تحقق إحدى الحالات المشار إليها. مع ملاحظة أن المشرع اللبناني قد نص صراحة في المادة/622 أصول مرافعات مدنية على وقف مواعيد الطعن في الحكم القضائي عند تقديم طلب المعونة القضائية، واستمرار التوقف لحين البت بالطلب من المحكمة المختصة³. وحسناً فعل.

وعند توقف مواعيد الطعن في الحكم القضائي أثر تحقق إحدى حالات التوقف المشار إليها، فأنها -أي المواعيد- لا تسري مجدداً إلا بعد تبليغ مَنْ شُرِعَ التوقف لمصلحتهم (ورثة المتوفي أو أحدهم، القِيم على فاقد الأهلية، مَنْ يباشر الخصومة مجدداً) بالحكم القضائي الصادر في الدعوى أصولياً⁴. ووفقاً للرأي الراجح فقهاً، يستمر سريان هذه المدد -بعد التبليغ- من النقطة التي توقفت عندها؛ حيث تحتسب المدة المنقضية من سريان ميعاد الطعن حتى تاريخ وقفها وتضم إليها مدة تبدأ من اليوم التالي للتبليغ بالحكم بحيث يساوي مجموع المدتين المهلة المحددة قانوناً للطعن في الحكم القضائي⁵.

ويرى الفقيه القانوني الدكتور أحمد أبو الوفا بأن العمل بمبدأ جمع المدتين السابقة واللاحقة لوقف مدة الطعن وبما لا يزيد عن المدة المقررة له في القانون، إنما هو تطبيق للقواعد العامة في وقف التقادم (التقادم المانع من سماع الدعوى) المنصوص عليها في القانون المدني⁶. غير أن ثمة ملاحظات تؤخذ على هذا الرأي تجعل من الصعب قبوله هي:-

الملاحظة الأولى: أن المادة/439 ف1 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل تقضي بأن

تبدأ مدة جديدة

¹ جاء في المادة: "يقف ميعاد الطعن بموت المحكوم عليه أو يفقد أهليته للتقاضي أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة عنه ولا يزول الوقف إلا بعد إعلان الحكم إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للتقاضي أو زالت صفته وانقضاء المواعيد التي يحددها قانون بلد المتوفي صفة الوارث أن كان".

² جاء في المادة: "تنقطع مهلة الطعن بوفاة المحكوم عليه أو يفقد أهليته للتقاضي أو بزوال صفة من كان يمثله في الدعوى كقانوني عنه ولا تسري المهلة مدداً إلا بعد تبليغ الحكم إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للتقاضي أو زالت صفته لتمثيله".

³ نصت المادة على: "توقف مهلة الطعن بتقديم طلب المعونة القضائية وحتى تبليغ القرار الفاصل في هذا الطلب".

⁴ ينظر: عبد الرحمن العلام، مرجع سابق، ص319. د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص462.

⁵ ينظر: أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، 2017، ص930؛ فتحي والي، مرجع سابق، ص512. عز الدين الديناصوري و حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج5، دار المطبوعات الجامعية، 2015، ص270؛ نبيل أسماعيل عمر و أحمد خليل، مرجع سابق، ص510. في المقابل هناك رأي آخر يقول بأن تبدأ مدة جديدة للطعن من تاريخ زوال سبب انقطاعه، مستنداً للأحكام العامة في التقادم الواردة في القانون المدني والتي تقضي ببدء مدة للتقادم بعد زوال سبب توقفه. وهذا الرأي منسوب للدكتور أدوار عيد. ينظر: نبيل أسماعيل عمر و أحمد خليل، مرجع سابق، ص510.

⁶ ينظر: أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط2، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1977، ص910.

كالمدة الأولى (خمس عشرة سنة) لحساب التقادم المسقط للدعوى تبدأ بعد توقفه¹، وليس بجمع مدته السابقة على التوقف مع مدة لاحقة بعد التوقف بحيث يساوي مجموعهما المدة المحددة للتقادم المسقط في القانون.

الملاحظة الثانية: أن المادة/442 ف1 مدني عراقي تقضي بأنه لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها برد الدعوى لمرور الزمان المانع من سماعها، بل يجب أن يكون قضائها بذلك بناءً على دفع من الخصم، أو ممن له مصلحة بهذا الدفع²، بينما تقضي المادة/ 171 مرافعات مدنية عراقي- كما تقدم بنا- بأن المدد المحددة قانوناً للطعن في الأحكام القضائية هي مدد حتمية يترتب على انقضائها سقوط الحق في الطعن، وأن على المحكمة المختصة بنظر الطعن أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها، فتصدر قرارها برد لائحة الطعن شكلاً لوقوعه خارج المدة القانونية، ولو لم يطعن بذلك الخصم صاحب الطعن.

الملاحظة الثالثة: أن المادة/442 ف2 مدني عراقي تقضي بأن الدفع بالتقادم المسقط وأن كان يمكن إيراده أول مرة أمام محكمة الاستئناف، ولهذه المحكمة الأخذ به إذا تبين لها من الظروف المحيطة بالدعوى البدائية أن المدعى عليه لم يتنازل عن هذا الدفع، إلا أنه لا يجوز -بأي حال- القبول بهذا الدفع ابتداءً أمام محكمة التمييز³. بينما تقضي القواعد الخاصة بمواعيد الطعن في الحكم القضائي أنها من النظام العام، لا يجوز مخالفتها، أو الاتفاق على مخالفتها. ولكون هذه القواعد من النظام العام، لذا يصح الدفع بها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، حتى لو أثير هذا الدفع أول مرة أمام محكمة التمييز.

علاوة على ما تقدم فقد عرفنا عند بيان التمييز بين مواعيد الطعن في الحكم القضائي وبين التقادم المسقط أن لكل منهما أحكامه الخاصة بالنظر لاختلاف الغاية من وراء تشريعه.

المبحث الثاني

تأثير الظروف الطارئة العامة على مواعيد الطعن في الحكم القضائي

رأينا أن المشرع في القوانين محل المقارنة في هذا البحث قد أورد ثلاث حالات حصرية يترتب على وقوعها وقف سريان مواعيد الطعن في الأحكام القضائي، وجميعها حالات تتعلق بتحقيق ظرف طارئ خاص يلم بالشخص صاحب الحق في الطعن فيحول بينه وبين ممارسته لحقه. وليس من بين هذه الحالات ما يتعلق

¹ نصت الفقرة على: "إذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى".

² نصت المادة/442 ف1 مدني عراقي: "لا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو بناءً على طلب دائنيه أو أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين".

³ نصت المادة/442 ف2 مدني عراقي على: "ويجوز التمسك بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية إلا إذا تبين من الظروف أن المدعى عليه قد تنازل عن الدفع".

بظروف طارئة عامة، طبيعية كانت هذه الظروف، أم بفعل من أنساني، تصيب المجتمع بأسره، أو قطاعات منه ضمن منطقة جغرافية معينة، كما في حالات تعرض البلدان، أو أجزاء منها، إلى نازلة طبيعية، كالزلازل، أو الفيضان، أو إلى نازلة بسبب بشري، كالحروب أو اضطرابات الأمن الداخلي، والتي تفضي جميعها إلى شل حركة المواصلات، وغلق مرافق الدولة ومؤسساتها، ووقف أو تقييد الأعمال والأنشطة المختلفة، ومنها أعمال المحاكم والدوائر العدلية، مما يمتنع معه على المتقاضين أو وكلائهم متابعة سير دعاوهم لدى المحاكم، والحيلولة بينهم وبين تقديم طعونهم على الأحكام القضائية الصادرة بحقهم ضمن المهلة التي يحددها القانون لتقديم تلك الطعون.

وهناك حلين مقترحين في الفقه القانوني لتفادي أثر فوات مواعيد الطعن في الحكم القضائي عند تحقق الظرف الطارئ العام. يقوم الحل الأول على فكرة تطبيق القواعد العامة للتقادم، فيما يستند الحل الثاني لمبدأ قضائي صادر عن مجلس شورى الدولة في العراق، غير أن ثمة ما يؤخذ قانوناً على هذين الحلين، مما يجعل من غير المقبول التسليم بأي منهما حلاً للإشكالية المطروحة في هذا البحث. ثم صدر بيان عن رئيس مجلس القضاء الأعلى في العراق يأمر فيه وقف سريان مواعيد الطعن اعتباراً من 2020/3/18 ولحين عودة الدوام الرسمي في البلاد بعد زوال الحظر بسبب جائحة كورونا، فأصبح من اللازم ونحن نتصدى لإشكالية البحث أن نقيّم هذا البيان ونتبين ما يترتب عليه من آثار. لذا سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نفرد الأول منها لعرض وتقييم الرأي الفقهي القائل بوقف مواعيد الطعن بالاستناد لقواعد التقادم، ونخصص المطلب الثاني لعرض وتقييم الرأي الفقهي المستند في وقف مواعيد الطعن لقضاء مجلس شورى الدولة، ثم نتناول في المطلب الثالث وقف مواعيد الطعن بالاستناد لبيان رئيس مجلس القضاء الأعلى.

المطلب الأول

وقف مواعيد الطعن بالاستناد لقواعد التقادم

في ظل عدم وجود نص صريح في القوانين المقارنة موضوع هذا البحث يعالج هذا الموضوع، فقد ذهب جانب من الفقه القانوني إلى تبني رأي يقول بتوقف مواعيد الطعن في الحكم القضائي لقيام حادث قهري يحول دون إمكان رفع الطعن، كحالة انقطاع المواصلات بسبب الحرب أو الكوارث الطبيعية¹ وذلك تطبيقاً للقواعد العامة². وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها قوة القاهرة أم لا يعود إلى المحكمة المختصة بنظر الطعن².

ومع أن القواعد العامة التي يستند إليها هذا الرأي الفقهي تخص مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، التي هي مواعيد تقادم، ولا تخص مواعيد الطعن في الأحكام القضائية، التي هي مواعيد سقوط (سبق لنا

¹ وهذا الرأي منسوب أصلاً للدكتور أدوار عيد، ينظر: نبيل اسماعيل عمر و أحمد خليل، مرجع سابق، ص 511؛ عباس العبودي، مرجع سابق، ص 463؛ عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 729.

² عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص 729.

التمييز بينهما في المطلب الثالث من المبحث الأول)، إلا أنه وبفرض اعتماد القواعد العامة للتقادم لتبرير القول بوقف مواعيد الطعن بسبب الظرف الطارئ العام، فإن ذات القواعد العامة تقضي بأن تبدأ مدة جديدة لحساب التقادم المسقط للدعوى بعد توقفه تكون كالمدة الأولى (خمس عشرة سنة)¹، وهو ما يلزم - تطبيقاً لهذه القاعدة- أن تبدأ مواعيد جديدة كاملة للطعن في الحكم القضائي بعد توقفه، وهذا ما يتعارض مع القاعدة الثابتة في حساب سريان مواعيد الطعن بعد توقفها والتي تقضي باحتساب المدة المنقضية منها قبل التوقف، لا بإلغائها.

المطلب الثاني

وقف مواعيد الطعن بالاستناد لقرار من مجلس شوري الدولة

أورد بعض شراح القانون في معرض تبنيه للرأي الفقهي السالف ذكره قراراً للهيئة العامة لمجلس شوري الدولة يقضي بتقييد المدد القانونية خلال فترة من الحرب وعدم الاستقرار الأمني التي رافقت العدوان الأمريكي على العراق عام 2003، وأضاف: أنه سبق للهيئة العامة لمحكمة التمييز أن اتخذت قرارات عدة بعدم التقيد بالمدد القانونية². ولنا على ما تقدم ملاحظتين، هما:-

الملاحظة الأولى: بالنسبة لقرار مجلس شوري الدولة³ ودون مناقشته من الناحية القانونية الموضوعية- فهو يخص طعن تمييزي على قرار صادر من محكمة القضاء الإداري. وحيث أن مجلس شوري الدولة، الذي يعرف اليوم بأسم مجلس الدولة⁴، والذي يتكون من المحكمة الإدارية العليا، ومحاكم القضاء الإداري، ومحاكم قضاء الموظفين⁵، يختص بوظائف القضاء الإداري، وهو هيئة مستقلة لا ترتبط بمجلس القضاء الأعلى⁶، الذي تنضوي تحت سلطته محكمة التمييز الاتحادية وجهاز الإدعاء العام، ورتاسات محاكم

¹ هذا ما قضت به المادة/439 ف1 من القانون المدني العراقي التي سبق ذكرها في الهامش رقم (7) من الصفحة قبل السابقة. والمادة/385 ف1 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل والتي تنص على: "إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول". وكذلك المادة/461 ف1 من القانون المدني اللبناني لسنة 1976 والتي تنص على: "إذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة كالمدة الأولى".

² عصمت عبد المجيد بكر، مرجع سابق، ص729.

³ القرار رقم 15/إداري/تمييز/2004 في 2004/7/12 (غير منشور)، وجاء فيه: "نظراً للظروف غير الاعتيادية التي مر بها القطر خلال المدة من 2003/3/20 لغاية 2003/12/31 نتيجة الحرب وما تلاها من أعمال وعدم استتباب الأمن وخطورة التنقل وصعوبة مراجعة المحاكم ودوائر الدولة، وحيث سبق للهيئة العامة في مجلس شوري الدولة أن اتخذت قرارات عدة بعدم التقيد بالمدد القانونية للطعن المذكور اعلاه تطبيقاً لقواعد العدالة فكان على المحكمة ملاحظة هذه الجهة واحتساب مدة الستين يوماً لتقديم الطعن بالقرار الإداري الصادر اعتباراً من تاريخ 2004/1/2 باعتبار أن يوم 2004/1/1 عطلة رسمية".

⁴ جاء في المادة/2 من قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017: "تحل تسمية (مجلس الدولة) محل (مجلس شوري الدولة) اينما وردت في التشريعات".

⁵ المادة/2- أولاً من قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

⁶ المادة/1 من قانون مجلس الدولة.

الاستئناف الإتحادية والمحاكم التابعة لها، وهيئة الإشراف القضائي¹، وتختص المحاكم التابعة له -أي لمجلس القضاء الأعلى- بنظر كافة القضايا المدنية والجزائية. وحيث أن الطعن في الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري (كافة المحاكم التابعة لمجلس الدولة) يخضع لقواعد قانونية إجرائية خاصة منصوص عليها في قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979²، ولا تطبق عليه القواعد الخاصة بالطعن في الأحكام القضائية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، لذا فإن قرارات مجلس الدولة بهذا الشأن (الطعن في الأحكام) لا تسري بما تقرره من مبادئ قضائية إجرائية إلا على القضاء الإداري، ولا يصح تعميمها -بأي حال- على القضاء المدني أو الجنائي في المحاكم العراقية الأخرى لاختلاف المرجعية القانونية لكل منهما.

الملاحظة الثانية: بالنسبة للهيئة العامة لمحكمة التمييز، فإن المصدر الذي نقلنا عنه لم يورد نصاً أو رقماً لقرار صادر عن الهيئة المذكورة ليتسنى الاستناد عليه كمبدأ قضائي. كما أننا -ورغم البحث والتقصي- لم نقف على قرار صادر عن محكمة التمييز بهذا الشأن؛ أعني قرار حكم صادر عنها في طعن تمييزي رُفِعَ إليها، كما هو الحال في القرار التمييزي الصادر عن مجلس شورى الدولة المشار إليه أعلاه. عليه لا يمكننا الجزم بأن أحكام القضاء العراقي تدعم الاتجاه الفقهي القائل بوقف مواعيد الطعن في الأحكام القضائية عند تحقق الظروف الطارئ العام حتى يقوم الدليل على ذلك.

المطلب الثالث

وقف مواعيد الطعن بالاستناد لبيان لرئيس مجلس القضاء الأعلى

بتاريخ 2020/4/6 أصدر القاضي رئيس مجلس القضاء الأعلى في العراق بياناً تم تعميمه على كافة تشكيلات المجلس للعمل به جاء فيه بالنص: "نظراً للظرف الذي يمر به البلد بسبب انتشار فيروس كورونا وتعطيل الدوام الرسمي تقرر:- إيقاف سريان المدد القانونية الخاصة بالطعون في الأحكام والقرارات طيلة فترة تعطيل الدوام الرسمي ابتداءً من تاريخ 2020/3/18 بسبب انتشار فيروس كورونا على أن يستأنف سريانها في يوم بدء الدوام الرسمي بعد زوال الحظر"³.

لابد من وقفة لتقييم هذا البيان من الناحية القانونية، واستنتاج ما يترتب عليه من آثار بشأن موضوعه. فنقول:-

أولاً: على الرغم من أن البيان موقع من قبل رئيس مجلس القضاء الأعلى في العراق الذي هو في ذات الوقت رئيس محكمة التمييز الاتحادية، إلا أنه ليس قرار حكم صادر عن محكمة التمييز الاتحادية في طعن

¹ المادة 2/ من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (112) لسنة 2012.

² قضيت المادة 7-تامناً من القانون بأن القرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين لا يطعن بها إلا بطريق التمييز لدى المحكمة الإدارية العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بها أو اعتبارها مبلغة، ويكون القرار الصادر بنتيجة الطعن باتاً.

³ بيان صادر عن مجلس القضاء الأعلى - دائرة شؤون القضاء وأعضاء الادعاء العام، العدد 41/ق/أ التاريخ 2020/4/6.

تميزي رُفِعَ إليها، وإنما هو كتاب إداري يتضمن توجيهاً لتشكيلات المجلس من رئيسه، أي أنه بحكم الأمر الإداري لا أكثر.

ثانياً: أن الموضوع الذي تناوله البيان يتعلق بتعطيل نص تشريعي نافذ هو نص المادة/171 مرافعات مدنية عراقية الذي جاء فيه: "المدد المعينة لمرجعة طرق الطعن في القرارات حتمية، يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة - من تلقاء نفسها- برّد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية". وحيث أن تعطيل أي نص قانوني نافذ، أو إلغائه، هو من اختصاص وسلطة المختصة بالتشريع حصراً، وهي مجلس النواب العراقي (المادة/61 من الدستور النافذ¹)، لذا فإن الطريق إلى تعطيل نص المادة المشار إليه يجب أن يتم بناءً على تشريع يصدره مجلس النواب. بمعنى أنه لا يسوغ قانوناً لأية سلطة أخرى غير مجلس النواب، تنفيذية كانت هذه السلطة أم قضائية، أن تمارس هذا الاختصاص - وتحت أي ظرف كان- لانعدام النص على جواز ذلك.

وحيث أن ما تضمنه البيان المشار إليه لا يمثل مبدأً قضائياً لمحكمة التمييز، لأنه ليس قراراً صادراً في طعن تمييزي مقدم لها، وهو ذات الوقت ليس نصاً قانونياً، لأنه لم يصدر عن مجلس النواب (الجهة المختصة حصراً بالتشريع)، لذا فإنه -أي البيان- لا يترتب أي أثر قانوني ملزم، لا بالنسبة لسريان نص المادة/171 مرافعات مدنية، ولا بالنسبة لتشكيلات القضائية التابعة لمجلس القضاء الأعلى. بل أن هذا البيان معدوم الأثر من الناحية الإدارية، بالنظر لأن من مستلزمات مشروعية القرار الإداري أن يكون مستوفياً لأركانه بأن يكون صادراً من سلطة مختصة وأن يكون مشروعاً محلاً وسبباً وغاية²، وهذا ما يفتقده البيان، لأن من أصدره لا يملك سلطة التشريع أو سلطة إلغاء التشريع أو تعطيله، ولأن موضوعه يخرج عن اختصاصه الإداري، ولأن الغاية التي يستهدفها البيان هي في حقيقتها إفتئات على اختصاص السلطة التشريعية.

والحقيقة أن هذا البيان إذ لم يطرح حلاً قانونياً لإشكالية التقيد بمواعيد الطعن في الأحكام القضائية في ظل تعطيل الدوام الرسمي للمؤسسة القضائية بسبب الظرف الطارئ العام الذي يعصف ببلدنا وبالعالم أجمع من حولنا، فإنه قد زاد هذه الإشكالية تعقيداً لما تضمنه من تعدي صريح على سيادة القانون³.

فما الحل؟

¹ نصت المادة على: "يختص مجلس النواب بما يلي:- أولاً تشريع القوانين الاتحادية..".

² ينظر: علي محمد بدير و عصام عبد الوهاب البرزنجي و مهدي ياسين السلامي ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مكتبة السهنوري ، بغداد، 2008، ص 417 وما بعدها.

³ والواقع أنه تعدي صارخ على القانون، كونه قد صدر عن قاضي يفترض به بحكم ممارسته لمهنته، وبحكم موقعه كرئيس للسلطة القضائية في العراق، أن يكون من أكثر المعنيين حرصاً على احترام القانون والالتزام بأحكامه، وإنفاذ سيادته، لا أن يكون هو من يسوق لخرق القانون، وللتجاوز على نصوصه وأحكامه.

ما دما نتحدث عن أيقاف، أو تعليق، العمل بنص قانوني نافذ فالحل القانوني بسيط وواضح، وهو أن يصدر تعديل لقانون المرافعات المدنية من مجلس النواب العراقي، السلطة المختصة بالتشريع يقضي بوقف مواعيد الطعن في الأحكام القضائية عند تحقق ظرف طارئ عام.

والحقيقة أن ما نطالب به حلاً لهذه الإشكالية، سبق وأن أعتد حلاً لها قبل أكثر ثلاثة عقود من الزمن تقريباً. فمع اندلاع شرارة حرب الخليج الثانية في 17/1/1991م أصدر مجلس قيادة الثورة (المنحل) قراره المرقم (48) لسنة 1991 والذي قضى في فقرته الأولى بوقف سريان جميع المدد القانونية بما فيها المدد المتعلقة بالطعون في الأحكام والقرارات القضائية اعتباراً من تاريخ 17/1/1991م. وخول في فقرته الثانية وزير العدل صلاحية إصدار بيان بإنهاء العمل بالفقرة الأولى وتحديد تاريخ لاستئناف سريان المدد القانونية عند زوال الظروف الموجبة¹. وهكذا تولت السلطة المختصة بالتشريع حينذاك (مجلس قيادة الثورة)²، حل إشكالية التقيد بمواعيد الطعن في الأحكام القضائية في ظل ظرف الطارئ العام القائم، وهو الحرب، بأن أصدرت تشريعاً يوقف عمل كافة النصوص القانونية المتعلقة بالمدد القانونية ومنها نص المادة/172 مرافعات مدنية المتعلقة بمواعيد الطعن في الأحكام القضائية، واعتباراً من اليوم الذي اندلعت فيه الحرب، والذي اغلقت فيه المحاكم والدوائر الرسمية أبوابها. فأحتفظ كل صاحب حق بالطعن في حكم قضائي صادر ضده أو متعد إليه أو ماس بحقوقه بحقه في الطعن بذلك الحكم لحين زوال ظرف الطارئ العام. وهذا ما تم فعلاً. فبعد أن انتهت تلك الحرب الدامية المدمرة، أصدر وزير العدل وفقاً للصلاحية الممنوحة له بالقرار أعلاه بياناً بالعدد (74) في 30/4/1991م يقرر فيه انهاء العمل بأحكام الفقرة الأولى من القرار المذكور، واستئناف سريان المدد القانونية اعتباراً من تاريخ 30/4/1991م³.

أن هذه السابقة التشريعية إذ تكشف عن منحي الحل المتوافق مع القانون لإشكالية البحث، فأنها تؤكد - من جانب آخر- أن أي إجراء تتخذه أية شخصية عامة -مهما كانت موقعها ضمن هرم السلطة في الدولة- يستهدف وقف مواعيد الطعن في الأحكام القضائية، وتحت أية ذريعة كانت، هو إجراء باطل قانوناً، لأنه يشكل خرقاً للدستور، وتجاوزاً لأحكام القانون، وتعدياً على مبدأ أصيل من المبادئ الدستورية التي تقوم عليها الدولة

¹ نص القرار على: "استناداً إلى احكام الفقرة (أ) من المادة الثانية والاربعين من الدستور قرر مجلس قيادة الثورة ما يأتي:- أولاً- يوقف سريان جميع المدد القانونية بما فيها المدد المتعلقة بالطعون في الأحكام والقرارات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل أو في قانون أو نص آخر اعتباراً من تاريخ بدء العدوان الامريكي الصهيوني على العراق في 17/1/1991. ثانياً يخول وزير العدل إصدار بيان بإنهاء العمل بالأحكام المنصوص عليها في الفقرة (أولاً) من هذا القرار ويحدد فيه تاريخ استئناف سريان المدد القانونية عند زوال الظروف الموجبة. ثالثاً- ينفذ هذا القرار من تاريخ 17/1/1991".

² نصت المادة/42 من الدستور المؤقت لسنة 1970 (الذي كان نافذاً وقت إصدار هذا القرار) على: "يمارس مجلس قيادة الثورة الصلاحيات التالية:- أ- إصدار القوانين والقرارات التي لها قوة القانون. ب- إصدار القرارات في كل ما تستلزمه ضرورات تطبيق أحكام القوانين النافذة".

³ نص البيان على: "استناداً إلى الصلاحية المخولة لنا بموجب الفقرة (ثانياً) من قرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم (48) في 4 شعبان 1411 هـ الموافق 20 شباط 1991م، قررنا انهاء العمل بالأحكام المنصوص عليها في الفقرة (أولاً) من قرار مجلس قيادة الثورة المشار إليه أعلاه واستئناف سريان المدد القانونية اعتباراً من 30/4/1991م".

العراقية وهو مبدأ الفصل بين السلطات¹، علاوة على أنه - وكما تقدم - إفتئات على الاختصاص النوعي للسلطة التشريعية (مجلس النواب).

وعليه، وبالنظر لأهمية هذا الموضوع، ولاستمرار تعطيل الدوام الرسمي حالياً، على المشرع العراقي الإسراع بإصدار تشريع يوقف سريان مواعيد الطعن في الأحكام القضائية اعتباراً من تاريخ تعطيل المؤسسة القضائية في البلاد، ضمناً لحقوق المتقاضين، وتحقيقاً لاستقرار النظام والمعاملات. على أن يستأنف سريان تلك المواعيد بعد زوال هذا الظرف الطارئ عن البلاد.

الخاتمة:

أولاً: الاستنتاجات

- مواعيد الطعن هي المهل التي منحها المشرع للمحكوم عليه للاعتراض على الحكم الصادر ضده لدى المحاكم المختصة .
- مواعيد الطعن حتمية، يترتب على انقضائها سقوط الحق بها، وتعد احكامها من النظام العام.
- تتميز مواعيد الطعن عن المهل الزمنية المانعة من سماع الدعوى بأنها مواعيد سقوط ، فيما الثانية مواعيد تقادم.
- تختلف مهل الطعن في الحكم بحسب نوع وقيمة دعواه والمحكمة التي أصدرته.
- كقاعدة عامة تسري مواعيد الطعن في الحكم القضائي من اليوم التالي للتبليغ بالحكم القضائي أو اعتباره مبلغاً. لكن ليس ثمة ما يمنع من الطعن في الحكم بعد النطق به مباشرة، وقبل التبليغ به، إلا أنه لا يجوز الطعن في الحكم قبل صدوره.
- نصت القوانين محل المقارنة على وقف مواعيد الطعن في الحكم القضائي عند تحقق ثلاث حالات حصرياً كظرف طارئ خاص، وذلك في حالة موت المحكوم عليه، أو فقدانه لأهلية التقاضي، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه. على أن تتحقق الحالة بعد صدور لحكم القضائي، وقبل انقضاء مواعيد الطعن فيه. وتسري مدة الطعن مجدداً من النقطة التي توقفت فيها بعد تبليغ من له مصلحة بالحكم أصولياً.
- لم تتضمن أي من القوانين محل المقارنة نصاً يفيد بوقف مواعيد الطعن عند تحقق ظرف طارئ عام.

¹ نصت المادة/47 من الدستور النفاذ على: " تتكون السلطات الإتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهامها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات".

- سبق للمشرع العراقي وأن أصدر تشريعاً يقضي بوقف سريان كافة المدد القانونية على أثر اندلاع حرب الخليج الثانية، وخول وزير العدل صلاحية تعليق العمل بهذا التشريع عند زوال ظروفه الموجبة.
ثانياً: التوصيات
نوصي المشرع العراقي بالإسراع لإصدار تعديل لقانون المرافعات المدنية النافذ يتضمن إضافة فقرة إلى المادة/174 منه تكون تحت الرقم (4) ويكون نصها كالآتي: "تقف المدد القانونية عند تحقق ظرف طارئ عام، كالزلازل أو الفيضانات أو الوباء أو غيرها، في عموم البلاد أو في جزء منها، يترتب عليه تعطيل الدوام في المؤسسات الحكومية، أو شل حركة التنقل والمواصلات. على أن يستأنف سريان المدد من النقطة التي توقفت فيها ومن اليوم التالي للإعلان رسمياً عن زوال الظرف الطارئ".

المراجع بعد القرآن الكريم

أولاً: معاجم اللغة

1. محمد ابن منظور، لسان العرب، ج9، دار الحديث، القاهرة، 2013.

ثانياً: الكتب القانونية

2. أحمد أبو الوفاء، التعليق على قانون المرافعات، مكتبة الوفاء القانونية، 2017.
3. أحمد أبو الوفاء، أصول المحاكمات المدنية، مكتبة الوفاء القانونية، 2015.
4. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
5. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، خالي من طبعة ومطبعة، 2010.
6. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، دون سنة نشر.
7. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام قانون المرافعات، ج1، ط3، مطبعة المعارف، بغداد، 1979.
8. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج4، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.
9. فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، ج2، دار النهضة العربية، 2017.
10. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959.
11. عباس العبودي، شرح قانون المرافعات المدنية، ط1، دار السنهوري، بيروت، 2016.
12. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج3، ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2008.
13. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

14. عز الدين الديناصوري و حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج5، دار المطبوعات الجامعية، 2015.

15. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط1، منشورات جامعة جيهان، أربيل-العراق، 2013.

16. علي محمد بدير و عصام عبد الوهاب البرزنجي و مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مكتبة السنهوري، بغداد، 2008.

17. نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية- دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

ثالثاً: القوانين

18. قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (112) لسنة 2012.

19. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983.

20. قانون مجلس شوري الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

21. القانون المدني اللبناني لسنة 1976.

22. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

23. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

24. قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل.

25. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

26. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.



استئجار الأرحام كنوع جديد من الإتجار بالبشر بين الشرعية والتجريم في ظل أحكام الشريعة الإسلامية
والاتفاقيات الدولية

**Surrogacy between Legalization and criminalization as a new type of
human traffic under the Islamic law and International Treaties**

د. فاطمة محمد عبدالله، جامعة الأمير سلطان، المملكة العربية السعودية

Dr. Fatma Mohammed Abdullah, Prince Sultan University, College of Law, Saudi Arabia

Abstract

The phenomenon of surrogacy is now one of the largest industries in our modern era, it is a fast-growing industry, especially in Western societies that permitted it, however it did not stop at this level but exceeded that and break through our Arab and Islamic countries, which make researchers have to address this issue to attain its legitimacy. This issue has many dimensions and implications for both Arab and Islamic principles and ethical values, further more how this commercial deal with a part of a woman's body affects her freedom and rights, which are supposed to be fully protected by local laws and International agreements.

Are women being exploited and trafficked by exploiting their economic conditions and financial needs? Or she is practicing her legitimate right to act in part of her body. How true is this process to encourage the sale of children and exploitation of women? Therefore, we will discuss through this research the exploitation of women under the name of surrogacy. Is this a new form of exploitation and human trafficking for women? Finally, the research will discuss the need for legislative intervention to resolve this debate to prevent the problems created in the judicial arena.

Key words: Surrogacy, wombs, Islamic law, international agreements, sale of children, exploitation of women, human trafficking.

الملخص

تعد ظاهرة استئجار الأرحام واحدة من أكبر الصناعات في عصرنا الحديث ، فهي صناعة سريعة النمو والتطور خاصة في المجتمعات الغربية التي سمحت بها و أبحاثها ، و لكنها لم تقف عند هذا الحد بل تجاوزت ذلك واقتحمت بلادنا العربية والإسلامية، مما دعا الباحثين للتصدي لهذه المسألة للتأكد من حكمها الشرعي . كما أن لهذه القضية العديد من الأبعاد و الآثار على المبادئ و القيم الأخلاقية العربية و الإسلامية على حد سواء، و كيف يؤثر هذا التأجير التجاري لعضو من أعضاء جسد المرأة على حريتها و حقوقها ، والتي من المفترض أن تكون محمية بشكل كامل بموجب القوانين المحلية والاتفاقيات الدولية.

فهل يتم استغلال المرأة و الإتجار بجسدها باستغلال ظروفها الاقتصادية و احتياجها المادي؟ أم أنها تمارس حق شرعي لها بالتصرف في جزء من جسدها . وما مدى صحة أن هذه العملية تعد تشجيع على بيع الأطفال واستغلال النساء؟ لذلك سنناقش من خلال هذا البحث استغلال النساء تحت مسمى استئجار الأرحام . و هل يعد هذا نوع جديد من أنواع الإتجار بالبشر؟ وضرورة التدخل التشريعي لحسم هذا النقاش و حماية ما يستحدث على الساحة القضائية من مشكلات.

الكلمات المفتاحية : استئجار، الأرحام ، الشريعة الإسلامية ، الاتفاقيات الدولية ، بيع الأطفال ، استغلال المرأة ، الاتجار بالبشر

مقدمة

يشهد القرن الواحد العشرين ثورة هائلة في شتى مناحي الحياة ، حتى أن البعض منها يفوق إدراك عقلنا البشري، و لقد تنوعت هذه الاستكشافات بين ما جاء منها علاجا لمشكلات قائمة ، و ما جاء منها لتحقيق الرفاهية ليس إلا . فلقد أطل علينا العصر الحديث حاملاً معه أبرع الاستكشافات في علاج العقم ألا و هو التلقيح الصناعي، الذي يعد ثورة تكنولوجية علمية طبية هائلة و الذي فتح باب الأمل أمام العديد من الأزواج لتحقيق حلمهم في تكوين أسرة و أنجاب أطفال حيث أنهم زينة الحياة الدنيا.

فمما لا شك فيه ان التلقيح الصناعي أصبح أحد أهم مواضيع الساعة المطروحة على بساط البحث و خاصة عند تحديد ما يترتب عليه من إشكالات مع الوقوف على الضوابط و النظم القانونية التي يمكن أن تنظم هذا الموضوع ؛ و لما كانت الطبيعة القانونية لمختلف وسائل الإنجاب الصناعي بأنواعه سواء الداخلي أو الخارجي محل اهتمام التشريعات في محاولة منها لإضفاء المشروعية على هذه التصرفات العلمية خاصة في ظل تعقد العلاقة التي تنشأ بين الأطراف المعنية بعملية الإنجاب؛ فمن المعلوم اليوم بين الأطباء أن نسبة تتراوح بين 1

و15% من السكان في مختلف دول العالم يعانون من مشكلة عدم الخصوبة.¹ و التلقيح الصناعي نوعان تلقيح داخلي و آخر خارجي و يعتمد نوع كل منها على درجة العقم و أسبابه . بيد أن موضوع بحثنا يرتكز على إحدى صور التلقيح الخارجي و التي أثارت البحث فيها لما يجتنبها من جدل و خلاف فقهي كبير تلك الصورة التي نحن بصدددها هي مسألة " استئجار الأرحام " .

فلقد تجاذب العلماء فكرة استئجار الأرحام بين مجيز و معارض، و أدلى كل عالم منهم بدلوه فيها مسترشداً بأدلته و ما تفضيه ظروف الواقع . ففي عالم أضحي كل شيء فيه محل للبيع و الشراء . ظهرت هذه المهنة الجديدة ، و تزايد الأقبال عليها مع ازدياد الحاجة و أنتشار الدعوة إلى العولة . فلما كانت قضية استئجار الأرحام قضية عالقة ذات مفاصد فظهرت أهمية البحث فيها من باب درء المفسدة . و لذلك سنقوم بتقسيم البحث فيها على النحو التالي :

المبحث الأول: ماهية استئجار الأرحام ، دواعيه و صورته

المبحث الثاني: حكم استئجار الأرحام في ظل أحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: وضع الاتفاقيات الدولية من قضية استئجار الأرحام

إشكالية البحث:

ولما كانت عملية استئجار الأرحام من أبرز الوسائل المستحدثة في الإنجاب الصناعي، و تعد أمل الكثيرين ممن يعانون العقم، فقد دفع ذلك العديد من الأفراد إلى التساؤل عن شرعيتها، مع تضارب الفتاوى في شأنها بين مبيح و معارض ، و من هنا كان لابد من الوقوف على هذه النازلة و معرفة رأي الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، و موقف الاتفاقيات الدولية في هذا الشأن. وبناء على ما سبق يمكن تحديد المشكلة في : ما موقف الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية العربية من استئجار الأرحام؟ و ما الدور الذي تلعبه الاتفاقيات والمواثيق الدولية في هذا الشأن ؟

منهج البحث

يعتمد البحث على المنهج التحليلي الوصفي باستخدام الطريقة الاستقرائية، نظرا لطبيعة دراسة مسائل النوازل الفقهية المستحدثة والقانونية المقارنة، التي تعتمد على الأدلة الشرعية، والقواعد الفقهية، ومقارنة ذلك بالقوانين الوضعية.

¹ - سعيد سعد عبد السلام ، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، (مصر ، دار الفكر العربي ، 2000) ، ص 48 .

المبحث الأول

ماهية استئجار الأرحام وأسبابه وصوره

يعد استئجار الأرحام واحدة من أهم وأبرز الوسائل المستخدمة حديثاً في الانجاب الصناعي و أمل وحلم الكثير في إنجاب أطفال، سنتحدث من خلال هذا المبحث عن ماهية استئجار الأرحام في مطلب أول، ثم سنتحدث عن دواعي استئجار الأرحام في مطلب ثاني، ونختتم بالمطلب الثالث: صور استئجار الأرحام

المطلب الأول: ماهية استئجار الأرحام

بادئ ذي بدء نود الإشارة إلى أنه تعددت التسميات لهذه التقنية محل البحث نذكر منها: الرحم الظئر، شتل الجنين، الأم المضيفة، الأم الحاضنة، الرحم المستأجر، الرحم البديل¹، الأم بالوكالة، الأم المستعارة، الأم بالإنابة. وهذه الصورة من التلقيح الخارجي تتمثل في أخذ منى الزوج و تلقيح بويضة زوجته ثم نقل البويضة الملقحة إلى رحم امرأة أخرى بديلة، غير أن هذه العملية لا يمكن إجراؤها إلا لضرورة ملحة فحسب².

كما ان مصطلح استئجار الأرحام هو مركب إضافي مكون من مضاف و مضاف إليه. أولاً: فالإجارة لغةً: مشتقة من المؤاجرة، وهي تملك منافع مقدرة بمال³ وهي أيضاً: مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجراً، و فعلها أجر، ولها معنيان: الأول: الكراء على العمل. والثاني: جبر العظم الكسير⁴.

ولقد عرفه الفقهاء اصطلاحاً بأنه "تملك منافع الاشياء المباحة مدة معلومة بعوض⁵ وبأنه " عقد على منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبذل والإباحة، و بعوض معلوم"⁶

ثانياً: تعريف الرحم و الجمع أرحام. والرحم في اللغة: هو بيت منبت الولد ووعاؤه في البطن، و يطلق على كل من يجمع بينك و بينه نسب⁷.

و بعد أن تعرفنا على المصطلحين الاستئجار ثم الرحم كلا على حده. حان الآن دور تعريفه بوصفه مركب اضافي.

1 - عبد الحميد عثمان محمد: أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية و القانون - دراسة تحليلية (مصر: دار النهضة العربية، 1416 هـ)، ص 45 و ما يليها.

2- عباس أحمد محمد الباز، اختيار جنس المولود قبل تحلقه وولادته بين الطب و الفقه، مجلة دراسات، المجلد 26 ملحق العدد كانون أول (الجامعة الأردنية: 1999)، ص 686 و ما بعدها.

3 - عمر بن محمد بن أحمد أبو حفص النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية على ألفاظ كتب الحنفية - كتاب الإيجارات (بغداد: دار الطباعة العامرة، 1311 هـ).

4 - أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، المحقق: عبد السلام محمد هارون، مقاييس اللغة، مادة (أجر) (دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، الجزء الأول: 1979) ص 62

5 - موفق الدين ابن قدامة، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح الحلو، المغنى، الجزء السابع (دار هجر، 1416 هـ)، ص 165.

6 - محمد بن محمد الشريفي، مغنى المحتاج، الجزء 3 (بيروت، لبنان: دار احياء التراث العربي، 2001)، ص 410.

7 - لسان العرب، لابن منظور مادة (رحم)

فلقد عرفته الموسوعة العربية العالمية بأنه " استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة - و غالباً ما يكونا زوجين - و تحمل الجنين و تضعه ، و بعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود ويكون ولداً قانونياً لهما"¹

كما عرف بأنه " موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة ليست لها أصلاً و ذلك لحساب امرأة أخرى و تسليمها المولود لها بعد ولادته"². كما عرف ايضاً بأنه " تلقيح بيضة الزوجة بنطف زوجها في أنبوب اختبار ، ثم تزرع البيضة المخصبة في رحم امرأة اخرى متبرعة، و تسمى هذه المرأة بالأم المستعارة أو الرحم الظئر"³.

ثالثاً: نظرة تاريخية

بدأت تقنية التلقيح الصناعي في عالم الحيوان، و كانت بهدف زيادة إنتاج الحيوانات ذات صفات ممتازة، فكانت تقوم على أخذ عدد من البويضات من أنثى حيوان ذات الصفات الممتازة، و تخصب مختبرياً ثم تزرع الأجنة في أرحام عدد من الحيوانات الأخرى ، وكان الأطباء البيطريون يستأجرون أرحام الأبقار العادية لتنمية الأجنة المحسنة داخلها.⁴ واستمرت بعد ذلك التجارب في هذا المضمار و انتقلت هذه التجارب بعد نجاحها من الحيوانات إلى البشر. و بدء عصر التلقيح الصناعي بالبشر.

ولقد مرت عمليات التلقيح الصناعي بتطورات سريعة قبل وصولها لشكلها الحالي ، فقد قام الدكتور الإنجليزي " جون فنتر " بأول عملية حمل عن طريق التلقيح الصناعي في عام 1899 بين زوجين و بالفعل نجحت هذا التلقيح مما نتج عنه زرع صيت هذا النوع من التلقيح فقام العلماء الفرنسيين في عام 1918 بإجراء عملية تلقيح صناعي على امرأة بغير نطفة زوجها⁵

ثم تطورت الفكرة أكثر فأصبح التلقيح يتم خارج الرحم في أنبوب اختبار عام 1944 ، ثم تنقل البويضة إلى رحم المرأة التي أخذت منها أو إلى غيرها ، و في عام 1953 لأول مرة تم استخدام حيوانات مجمدة لتلقيح آدمي اصطناعياً. ومن أجل ذلك فكر العلماء جدياً في إنشاء بنوك حفظ الاجنة. و في عام 1979 قام الدكتور " باتريك ستبتو " و الدكتور " إدوارد." بإجراء ولادة الطفلة البريطانية " لويزا براون " و التي تعد أول عملية ولادة طفلة أنابيب في بريطانيا.⁶ و التي تمت بنجاح.

و مع التطور و زيادة الحاجة و صعوبة الحالات و عقمها بدئت تظهر تقنية إجارة الأرحام ، و لقد تم ميلاد أول طفلة من الرحم المستأجرة عام 1983 م غير أنها لم تكن إجارة بمقابل مادي ، و إنما كان تبرع من جانب

1 - الموسوعة العربية العالمية ، الطبعة 1 ، الجزء 16 (الرياض ، مؤسسة أعمال المؤسسة ، 1996) ، ص 325.

2 - عارف على عارف ، " الأم البديلة أو الرحم المستأجرة ، رؤية إسلامية " ، مجلة إسلامية المعرفة ، العدد 19 ، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، 1999) ، ص 86

3 - محمد على البار ، التلقيح الصناعي و أطفال الأنابيب ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثانية ، العدد الثاني - الجزء الاول ، (ندوة الإنجاب بالكويت: 1405 هـ) ، ص 282 .

4 - شوقي زكريا الصالحى ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية (مصر : دار العلم و الايمان للنشر و التوزيع ، 2006) ص 96

5 - حسين عبد الكريم السعدني " :التناسل الاصطناعي الحيواني " ، الجزء الأول ، (مصر ، بدون دار نشر ، 1987) ، ص 26؛ د. حسيني هيكل " :النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية " (مصر : دار الكتب القانونية ، 2006) -دراسة مقارنة -الطبعة الأولى، ص 112 و ما يليها.

6 - عبد الهادي مصباح " :الاستنساخ بين العلم و الدين " (مصر : الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1998) ، ص 27.

إنساني، ثم ظهرت أول قضية أمام المحاكم في استئجار الأرحام عام 1985 و التي رفعها الأبوين البيولوجيين للطفلة ضد السيدة " كيم كوتون " - صاحبة الرحم المستأجر- حين رفضت تسليم الطفلة بعد ميلادها لأبويها البيولوجيين برغم تقاضيهما مبلغ الإجارة المتفق عليه بالعقد.¹ و لقد قامت " جيوفانا كابريلي " بحمل بويضة مخصبة من أمها "ماثيولا كابريلي" و أستمر الحمل إلى أن ولدت طفلة و سلمتها لوالدتها.²

ومن ثم انتشرت عمليات الرحم المستأجر بين البشر في أوروبا وأمريكا في ثمانينيات القرن الماضي، حتى أصبحت لها شركات ووكالات خاصة للترويج لتأجير الأرحام والمساعدة في إبرام تلك العقود، ويمكن ملاحظة الانتشار الواسع لتلك الوكالات عند تصفح شبكة الإنترنت، حتى بدأت تلك الأفكار تغزو الشرق كما كان لها ظهور خاص في الهند، حيث تستغل النساء في عمليات الرحم المستأجر، وذلك لضالة و قلة الأجرة المدفوعة إذا ما تم مقارنته بالدول الغربية.³ وتشير الإحصاءات إلى وجود أكثر من 15 مركزا في الولايات المتحدة وحدها خاص باستئجار الأرحام،⁴ والعدد في تزايد ويصل معدل الأجرة إلى 17 ألف دولار، وقد أنتجت الوكالات مئات المواليد بهذه الطريقة، وهكذا تصبح أرحام الفقيرات في أمريكا وأنحاء العالم الثالث بضاعة للبيع والإيجار، يستغلها الأثرياء والأغنياء، من أجل الحصول على أبناء دون عناء وما يتبعها من مشاق وآلام.

المطلب الثاني: الأسباب المؤدية لتبرير استئجار الأرحام :

تنقسم الأسباب المؤدية لتبرير هذه العملية إلى أسباب تعود للزوجين أصحاب البويضة الملقحة أو كما يطلقون عليهم الآباء البيولوجيين . و أسباب تعود إلى المرأة المستأجرة صاحبة الرحم البديل .

أولاً: أسباب الزوجين البيولوجيين.⁵

1- أسباب طبية لدى الزوجين : لدى الزوج : كنقص تركيز النطف أو ضعف نشاطها. عدم قدرته على الجماع، انسداد الأنابيب المنوية الذكورية ، قذف الحيوانات المنوية معكوس في المثانة البولية . زيادة حموضة أو قاعدية السائل المنوي .

لدى الزوجة : تشوهات في الرحم ، حموضة الجهاز التناسلي الأنثوي مما يتسبب في قتل الحيوانات المنوية قبل تلقيحها للبويضة ، وجود إفرازات عنق الرحم تمنع من ولوج الحيوانات المنوية ، وجود أجسام مناعية مضادة للنطف في عنق الرحم . خطورة الحمل على المرأة.

1 - عائشة أحمد حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط 1 (بيروت : مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، 1429هـ)، ص 142 .

2 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص 19

3 - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص 19.

4 - شوقي زكريا الصالحي، الرحم المستأجرة وبنوك الأجنة، ط 1 (مصر : دار نشر العلم و الايمان ، 2005)، ص 20.

5 - منذر طيب البرزنجي و د. شاكر غنى العدلي ، عمليات أطفال الأنابيب و الاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، ط 1، (لبنان : مؤسسة الرسالة ، 2001) ص 48 - 49 ؛ محمد البار ، طفل الأنبوب و التلقيح الاصطناعي، ط 1، (مصر : دار المنار ، 1407 هـ)، ص 55-56 ؛ د. حسنى محمود عبد الدايم ، عقد اجارة الأرحام بين الحظر و الإباحة (الإسكندرية ، مصر ، دار الفكر الجامعي ، 2006)، ص 73.

2-أسباب رفاهية : حيث ترى العديد من النساء أن الحمل يؤثر على جمالها كمرأة و على رشاقتهما و حيويتها ، فيفضلن الاستعانة بمن تحمل عنها و تحصل هي على الطفل دون عناء (عن طريق استئجار الأرحام).

3- أسباب اقتصادية واجتماعية : رغبة العديد من النساء في الحفاظ على مكانتها في المجتمع أو منصب مهم ، و في أحيان أخرى خشيتهم من الطرد من الوظيفة حال الحمل خاصتها في القطاع الخاص.

ثانياً- دواعي المرأة المستأجررحمها (الأم البديلة)

إن العامل الاقتصادي و الرغبة في الحصول على العائد المادي – أو الحاجة المادية – هي الدافع الأساسي وراء قيام النساء بالعمل بهذه الوظيفة ، و الذي يظهر جليا من خلال نوعية النساء المقدمة على هذه العملية والدول التي تنتمي لها ، فعلى الرغم من قدسية غريزة الأمومة إلا انها هي الاخرى لم تفلت من مصاعب الحياة فأصبحت سلعة تباع و تشتري نظير أجر في تجارة أنتفي فيها الضمير الإنساني. متوارية و مدعية بالباطل أنها تسعى لمد يد العون للمحتاجين ، هذه التجارة الحديثة التي رسخت أسسها على تداعيات الفقر في الدول النامية.

المطلب الثالث: صوراستئجارالأرحام :¹

إن استئجار الأرحام هو إحدى صور التلقيح الصناعي الخارجي، بيد أن هذه العملية أخذت تتعدد صورها تبعا لتعدد أسباب اللجوء إليها:

الصورة الأولى: يتم في هذه الصورة التلقيح بين زوجين في أنبوب اختبار من بويضة الزوجة بنطفة زوجها، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى خارجة عن العلاقة الزوجية (المستأجرة). و هي من الصور الأكثر جدلا إذ يدفع الزوجين مقابل مادي نظير حمل هذه المرأة مع تعهدا بتسليم المولود لهما بمجرد ولادته.²

الصورة الثانية: هي ذات الصورة الأولى اللهم إلا أن المرأة المستأجرة و المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة، فهي تحمل عن ضررتها، و هي صورة من الصعوبة أن تظهر بين غير المسلمين ، فتعدد الزوجات مباح فقط في الدين الإسلامي. و من الواضح أن الزوجين هنا استخدموا المباح كذريعة للتحايل للقيام بهذه العملية لما وجه من منع شرعي في الحالة الأولى في الشريعة الإسلامية كما سنرى لاحقا.³

الصورة الثالثة: في هذه الصورة يكون التلقيح بين بويضة الزوجة ونطفة رجل متبرع "ليس زوجها" حال عقم الزوج ووجود مانع أو خلل برحم الزوجة مع قدرتها على إنتاج بويضات لسلامة مبيضها. وتزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى (المستأجرة).

¹ - أنظر د. عارف على عارف ، المرجع السابق ، ص 94

² عرفان بن سالم العشا حسونة الدمشقي، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، ط: 1 (بيروت : المكتبة العصرية، 1426هـ)، ص 70.

³ محمد بن يحيى بن حسن النجفي، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحریم، دراسة فقهية مقارنة، ط1 (الرياض: العبيكان ،

1432هـ)، ص 123.

الصورة الرابعة: و هي الصورة المعكوسة للصورة الثالثة فالسليم هنا هو الزوج ، و لذلك يتم تلقيح نطفة مأخوذة من الزوج، وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته لعقم الزوجة ، ثم تزرع اللقيحة في رحم المرأة المستأجرة .

الصورة الخامسة: وهي أن تؤخذ لقيحة مجمدة للزوجين أثناء علاقة زوجية صحيحة وقائمة وقتها . ويتم زراعة اللقيحة في رحم امرأة أخرى مستأجرة و لكن بعد وفاة أحد الزوجين.

الصورة السادسة: يتم في هذه الصورة كل شيء خارج نطاق العلاقة الزوجية تماما ، فلعقم الزوجين و عدم قدرتهم على الأنجاب و لرغبتهم في الحصول على طفل، يلجئون لأخذ لقيحة من شخصين مختلفين من بنك أجنة و زراعتها في رحم امرأة اخرى نظير مبلغ مادي . و من المحتمل أن تكون المرأة صاحبة الرحم هي صاحبة البويضة .

المبحث الثاني

حكم استئجار الأرحام في ظل أحكام الشريعة الإسلامية

نود مبدئياً أن ننوه إلى أن الإسلام يرحب بالعلم وبالاستفادة من العلم في حل مشاكل البشر، فهناك كثير من الأمراض أستطاع العلم أن يجد لها علاجاً، ويعد أكبر دليل على ذلك قول رسولنا الكريم " ما أنزل الله عز وجل داء، إلا أنزل له دواء، علمه من علمه، وجهله من جهله"¹. فهذا يعطي الأطباء أملاً في أنهم يستطيعون أن يجدوا لكل داءٍ دواءً، ويعطي المرضى أيضاً نفس هذا الأمل والرجاء، و لما كانت قضية استئجار الأرحام قضية مستجدة فلقد واجهها الفقهاء المعاصرين و احتكموا فيها إلى القواعد المقاصدية والأصولية والفقهيّة، في غياب نص صريح في المسألة، وهذا حال النوازل والحوادث؛ فإن تأصيلها التشريعي يرجع في المقام الأول لمقاصد الشارع. ولقد قال في هذا المقام ابن عاشور " غرضنا من علم مقاصد الشريعة أن نعرف كثيراً من صور المصالح المختلفة الأنواع المعروف قصد الشريعة إياها، حتى يحصل لنا من تلك المعرفة يقين بصور كلية من أنواع هذه المصالح، فمتى حلت الحوادث التي لم يسبق حلولها في زمن الشارع ولا لها نظائر ذات أحكام متلقاة منه عرفنا كيف ندخلها تحت تلك الصور الكلية، فنثبت لها من الأحكام أمثال ما ثبت لكلياتها، ونطمئن بأننا في ذلك مثبتون أحكاماً شرعية إسلامية"²، هذا وينبغي الانتباه هنا أن لا يطغى الجانب الإنساني والعاطفي علينا حين بيان الحكم الشرعي، بحجة أن لكل إنسان حقاً في أن ينجب ، لأن الطرق غير المشروعة في هذه المسألة فيها مفسدة أعظم من المنفعة ، لذلك ينبغي أن نضحي بالمصالح الفردية حينما تتعارض مع عمومات الشريعة الإسلامية الغراء، وأن لا تأخذنا عاطفتنا الإنسانية على حساب الحكم الشرعي. يذهب إجماع الفقه المعاصر إلى أضفاء

¹ أخرجه ابن حبان في صحيحه، وصححه الحاكم والذهبي.

² - محمد طاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، (تونس: الدار التونسية للتوزيع والنشر ، 1988م)، الطبعة الثالثة ، ص83

الحرمة على جميع صور استئجار الرحم السابقة، و ذلك لدخول طرف ثالث خارج إطار العلاقة الزوجية في هذه العملية. ما لا يدع مجالاً للشك في حرمة المسألة. باستثناء الصورة الثانية التي أثارت الجدل الفقهي .

لذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين : سنتحدث في المطلب الاول عن الاتجاه المؤيد لاستئجار الارحام ونستعرض في المطلب الثاني الاتجاه المعارض و في النهاية نختمم برأي الباحث في هذه المسألة .

المطلب الأول: الاتجاه المؤيد

و يجيز هذا الاتجاه هذه الصورة على اعتبار أنهما زوجتان لرجل واحد، و ليس هناك حرمة في نطفة الرجل فهو زوج للمرأتين، و لا يوجد في هذه الحالة اختلاط أنساب مع أخذ الاحتياطات اللازمة.

و لقد استندت وجهة النظر هذه إلى قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي " بالأغلبية " في دورته السابعة والذي أشرط الحيطة الكاملة في عدم اختلاط النطف، لأن الخطأ في اختلاط بويضة ملقحة بأخرى ستمتد آثاره إلى أجيال وأجيال. و كما اشترطوا أن لا يتم ذلك إلا عند قيام الحاجة.

و لقد أيد وجهة النظر هذه العديد من الفقهاء المعاصرين و منهم الأستاذ الدكتور عارف على عارف و الذي ذهب إلى "والذي يبدو لي: أن الاحتياط الواجب أخذه يتحقق في الضمانات والضوابط والإجراءات الكافية قدر الإمكان، وبما هي متاحة، وبقدر ما يستطيعه الإنسان، ولا يكلف الإنسان فوق طاقته لمنع الخطأ والتلاعب، ولا ينبغي منع مثل هذه المصالح الشرعية في الإنجاب بحجة احتمال ارتكاب الخطأ والتلاعب، لأنه لو بنينا مشاريعنا على قاعدة الخوف من الخطأ فلن ينجز أي شيء، ولا بد من إيجاد طرق لمنع الخطأ والتلاعب، وعلى سبيل المثال: فقد يحصل اختلاط في الأطفال في بعض مستشفيات الولادة، حين تخطئ الممرضات في وضع الأساور التي تحمل التعريف بالطفل، فهل يعني ذلك غلق مستشفيات الولادة خوفاً من اختلاط الأولاد، أم لا بد من العمل لوضع ضوابط وإجراءات قوية حاسمة لمنع مثل هذه الإشكالات، ومع ذلك يجب أن نأخذ تلك المحاذير بعين الاعتبار، وعلينا أن نحتاط لديننا ونحتاط لأنسابنا، ولكن الاحتياط المضيق المتشدد الذي يوقع في حرج شديد، والذي قد يؤدي إلى تحريم الحلال، فنغلق الباب أمام حلال شرعي، فكما قد نحلل حراماً، قد نحرم حلالاً، أو نحرم ما هو جائز وقت الحاجة والضرورة.

وهذا يتبين رجحان القول بجواز زرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للرجل نفسه، بشرط وجوب الأخذ بالاحتياط لضمان عدم اختلاط الأنساب من جهة الأم. وهذا هو حل شرعي ورؤية إسلامية "أراها راجحة" - وهي الزواج بزوجة ثانية - لحل مشكلة الأم البديلة، والتي اخترعها الغرب وشاعت فيه.

وينبغي أن تكون لهذه الزوجة حقوق الزوجة الأولى نفسها، وأن لا يكون هذا الزواج زواجاً بنية طلاق، وأن يتم ذلك برضاها، آنذاك توضع لقيحة الزوج وإحدى الزوجتين في رحم الزوجة الأخرى، ثم تسلم الأم البديلة هذا المولود إلى الزوجة الأولى، ومن محاسن هذه الرؤية إحداث نوع من التآلف بين قلبي الزوجتين، لأن هذا الطفل سوف يربط بينهما أكثر، ولا تشعر الأم الحامل آنذاك أيضاً بأن وليدها قد اغتصب منها قسراً، إذ إن الطفل

يعيش معهم ضمن العائلة، فلا تنتزع منها، أما في الغرب فإن الذي يحدث هو أن صاحبة الرحم المستأجر توقع هذا العقد، وربما تحت سطوة حاجتها إلى المال. ولكن مشاعرها حين توقيع العقد تختلف جداً عن مشاعرها حين تضع الوليد، فهذا الانتزاع قد يترك في قلب هذه الأم جروحاً قد لا تلتئم على مر الزمان، والقضايا الكثيرة في محاكم الغرب تشهد على ذلك.

من ناحية ثانية - وإن قلنا بعدم جواز التأجير في مسألة الأرحام - فإن هذا لا يمنع من تقديم هدية ومكافأة إلى الزوجة صاحبة الرحم، وإكرامها لقاء تضحيتها ومعروفها، فعن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من أتى إليكم معروفاً فكافئوه".

ولكن المشكلة تكمن في قوانين بعض الدول التي تمنع تعدد الزوجات، ولأن هذا الأسلوب لا يجري في البلدان التي تعارض أنظمتها تعدد الزوجات، وقد يكون الحل في هذه الحالة إجراء عقد زواج شرعي عرفي على الزوجة الثانية - وليس زواجاً رسمياً، حتى لا يخضع الزوجان للمساءلة القانونية والعقد العرفي هذا مقبول من الناحية الشرعية في هذه الحالة".¹

المطلب الثاني: الاتجاه المعارض

يرى هذا الاتجاه - الذي نؤيده - حرمة هذه الصورة و عدم إجازتها لما يندرج تحتها من مشكلات عدة ، ولوجود احتمال أن تحمل الزوجة الأخرى، ويتم تلقيح بويضتها هي إذا لم يمتنع عنها زوجها، وفي هذه الحالة لا تعلم من هي الأم، وهذا ما أكده أطباء الحمل والولادة من وجود احتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج من حامله اللقيحة واختلاط الأنساب من جهة الأم . ولقد صدر قرار من المجمع الفقهي في دورته السابعة أجاز فيها هذه الصورة بشروط محددة ، و قال في ذلك:

"وفي حالات الجواز الثلاث يقرر المجمع: أن نسب المولود يثبت من ثبوت النسب ، الزوجين مصدر البذرتين ، ويتبع الميراث ، والحقوق الأخر فحين يثبت نسب المولود من الرجل أو المرأة ، يثبت الإرث وغيره من الأحكام ، بين الولد ومن التحق نسبه به . أما الزوجة المتطوعة بالحمل عن ضربتها (في الأسلوب السابع المذكور) فتكون في حكم الأم المرضعة للمولود ، لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها .

أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته ، في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب".²

بيد أنه عاد وألغى هذا القرار في دورته الثامنة 1405 هـ وقال في ذلك:

(لأن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى، قد تحمل قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة، ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت

¹ - عارف على عارف ، المرجع السابق ، 95

² - قرار المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته السابعة 1404 هـ

علقة أو مضغة أحد الحملين، ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضاً أهو ولد اللقيحة، أم حمل معاشرته الزوج، ويوجب ذلك اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام الميراث والنفقة والبر، وإن ذلك كله يوجب التوقف عن الحكم في الحالة المذكورة)¹.

وللشيخ يوسف القرضاوي² وجهة نظر واضحة وإن كانت العديد من الأبحاث و الكتابات في هذا المجال تضاربت فيها، يذهب الشيخ القرضاوي مع الاتجاه الثاني في حرمة الأمر برمته - استئجار الأرحام- بيد أنه يرى أنه حال وقوع الأمر لا محالة ووقع الأزواج في المحرم، فيجب أن يكون هناك حل من وجهة النظر الشرعية حتى ولو وقعت المخالفة. حيث أنه يذهب مع وجهة نظر فقهية أن حرمة الشيء لا تمنع من البحث في حكم آثاره المحرم. فوضع ضوابط و أحكام حال وقوع الأمر هي:

- 1- يجب أن تكون الحاضنة امرأة ذات زوج، إذ لا يجوز أن تعرض الأبقار والأيامى للحمل بغير زوج، لما في ذلك من شبهة الفساد، ولأن ذلك يهدد النظام الاجتماعي، ويتنافى مع طبيعة الأشياء والآداب العامة.
 - 2- يجب أن يتم ذلك بإذن الزوج، لأن ذلك سوف يفوت عليه حقوقاً ومصالح كثيرة نتيجة الحمل والوضع.
 - 3- يجب أن تستوفي المرأة الحاضنة العدة من زوجها، خشية أن يكون في رحمها بويضة ملقحة، فلا بد أن تضمن براءة رحمها منعاً لاختلاط الأنساب.
 - 4- نفقة المرأة الحاضنة، وعلاجها ورعايتها طوال مدة الحمل والنفاس على أب الطفل ملقح البويضة.
 - 5- جميع أحكام الرضاعة وآثارها تثبت هنا من باب قياس الأولى، لأن هذا الإرضاع وزيادة.
 - 6- إن من حق هذه الأم الحاضنة أن ترضع وليدها.
- وهذه الأمومة يجب أن تكون لها مزايا فوق أمومة الرضاعة، ومن ذلك إيجاب نفقة هذه الأم على وليدها، إذا كان قادراً واحتاج إلى النفقة.

المطلب الثالث: الرأي المختار

نرى بعد ما تم بحثه حرمة قضية استئجار الأرحام بجميع صورها، و ذلك لم تم سرده مسبقاً بالاستناد إلى القواعد الفقهية التالية:

¹ قرار المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته الثامنة 1405هـ.
² يوسف القرضاوي، الإسلام حضارة الغد، مكتبة وهبة، 1995، ص 55

القاعدة الفقهية الأولى: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة¹:

"الحاجة هي الحالة التي تستدعي تيسيرا أو تسهيلا لأجل الحصول على المقصود"² و علاج مشكلة العقم عند الأزواج هي من الحاجة و إن لا يرتفع إلى مرتبة الضرورة ، فالزواج واجب في حق العامة، مندوب في حق الفرد الواحد على الأرجح ، والنسل يأتي تبعا بعد الزواج، فمن حصل عنده نسل فهو المبتغى، ومن لم يحصل عنده نسل فهي إرادة الله فلقد قال الله عز و جل في كتابه الكريم ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَمِنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾³ ، وليس معنى ذلك أن لا يسعى الفرد و يتداوى للحصول على النسل ، فهو في حق الواحد ضرورة ، "فالحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر"⁴ فهذا نبي الله زكريا يدعو ربه أن يهبه ولدا في قوله تعالى: {و زكريا إذ نادى ربه ربّ لا تدركني فردا وأنت خير الوارثين}⁵.

القاعدة الفقهية الثانية: من الوسائل ما تكون الحاجة إليه حاجة ضرورية، ومنها ما تكون الحاجة إليه حاجة نافعة⁶:

إن الصور الجائزة للتلقيح الاصطناعي يعد من الحاجات النافعة وليست الضرورية، خلافا للزواج فهو في حق العامة ضرورة، وأصل لإيجاد النسل. كما أن النسل لا ينقطع بعقم بعض من النساء ، بل يظهر الأمر بقلّة الزواج التي نجم عنها نسبة عنوسة عالية ، و بخلاف التزايد في نسب عمليات الإجهاض و التعقيم الدائم الجبري و تحديد النسل التي تقوم به بعض الدول مثل الهند و مصر و الصين⁷. "فحينما نعلم أن الإحصاءات تشير إلى أنه يقتل يوميا في بريطانيا (500) طفل من كاملي الأعضاء، بسبب الإجهاض بالمستشفيات أو العيادات الخاصة"⁸ فالتلقيح الاصطناعي تبعا لهذه القاعدة هو وسيلة حاجية.

القاعدة الفقهية الثالثة : النظر في مآلات الأفعال معتبرٌ مقصودٌ شرعاً⁹:

هذه المسألة (استئجار الأرحام) و إن تناسبت مع الغرب نظرا لغياب مفهوم الزواج و الأسرة لديهم و هو ما يظهر جليا في إباحتهم للشذوذ الجنسي، وقبولهم لزواج المثليين، وقبول المجتمع للعلاقات الجنسية خارج إطار الزواج الذي أصبح تقليدا قديما، لا يناسب العصر الحالي بزعمهم؛ و طالما أنها تمت باتفاق مسبق بين الأطراف أي في

1 - أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط4، (دمشق: دار القلم ، 1996)، ص 209

2 - الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق ، ص 209

3 - سورة الشورى ، آية رقم 45

4 - أبو المعالي الجويني ، الغياني، تحقيق: عبد العظيم الديب، الطبعة الأولى، (قطر: وزارة الشؤون الدينية، بدون عام نشر)، ص 478

5 - سورة الأنبياء، آية رقم 89 .

6 - محمد عبده ، الفكر المقاصدي عند الإمام الغزالي، رسالة ماجستير غير منشورة، (الرباط: جامعة محمد الخامس، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، شعبة الدراسات الإسلامية، 1996/1996م)، ص 209

7 - توختر أخون أركين ، "الصين... سياسة تحديد النسل هدفها الحد من تعداد المسلمين"، المستقبل الإسلامي، العدد 77، (رمضان 1418هـ / 1998م) ص 18-19.

8 - هاني الجمل: "الجمعية الطبية الإسلامية في بريطانيا"، منار الإسلام، العدد 9، (السنة 21، 1996)، ص 87-92

9 - أبو إسحاق الشاطبي ، الموافقات ، الجزء الثاني، (بيروت: دار المعرفة ، بدون عام) ، ص 194

إطار قانوني . فهو ما ترفضه مجتمعاتنا العربية و الإسلامية لما يثره من اختلاط في الأنساب و ما يرتبه من آثار أخلاقية و لذلك نرى أن نأخذ بقرار مجلس الفقه الإسلامي في هذه المسألة بقوله: "هذا، ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملايسات حتى في الصور الجائزة شرعا، ومن احتمال اختلاط النطف واللقائح في أوعية الاختبار... فإن مجلس المجمع الفقهي ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجئوا إلى ممارسته إلا في الحالة القصوى، وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف أو اللقاح"¹. فالغموض الذي يحوم حول مصير الأطفال، وفي هذا يكمن الضرر العام. فالأمر يتعدى الزوجين إلى مصير النسل القادم . فالقول بالإباحة العامة قول يكتنفه كثير من الشبهات والشكوك . أليس من الطبيعي و الأولى لتحقيق الصالح العام أن نتحمل ضررا قليلا (عقم مجموعة من الأزواج) مقابل عدم إلحاق الضرر بالنسل القادم في صيانتها من دخول الريبة في نسبه. كما أن في ذلك حكمة مقدره في دعوة الناس لكفالة الأطفال الأيتام .

و أخيرا يتبقى لنا أمر واحد يجب حسمه التساؤل الذي يثور عن مدى شرعية قياس إجارة الرحم على إدارة الثدي للإرضاع، بمعنى آخر: مدى جواز قياس الأم البديلة على الأم المرضعة؟ باعتبار أنه في الحالتين استئجار منفعة عضو بشري ، إحداهما تؤجر رحمها، والأخرى تؤجر ثديها، ولوجود صلة قوية بين عمليتي الرضاعة والرحم المستأجر، وفي الوقت نفسه يعد كلاهما عملاً إنسانياً، ونوعاً من مساعدة الآخرين، كما أن اختلاط الأنساب مأمون في كلتا الحالتين، فإذا جاز استئجار هذا العضو "الثدي" للإرضاع، لماذا لا يجوز استئجار عضو الرحم للحمل؟ فالثدي يغذي الطفل الغريب بلبن، والرحم يغذي الجنين الغريب بدم، و كلاهما منفعة متجددة، كما أن العاطفة والارتباط النفسي في الحالتين متواجد، و أن كان الأم البديلة و جنينها أشد وأقوى من العاطفة والارتباط النفسي بين الطفل ومرضعته، كما إن المتاعب التي تواجهها صاحبة الرحم أكثر وأعظم من متاعب الأم المرضعة. فإذا كان الأمر كذلك هل يجوز أن نعطي حقوق المرضعة جميعها إلى صاحبة الرحم المستأجر؟ وهل يمكن أن نجمع بين استئجار المرضعة واستئجار الرحم تحت مظلة حكم شرعي واحد؟ الذي يبدو لنا هنا:

أن القياس بين الأمرين هو قياس مع الفارق، وذلك لما يلي:

- 1- عقد الرضاعة هو عقد إجارة شرعي بنص شرعي من كتاب الله عز و جل حيث قال {فإن أرضعن لكم في فآتوهن أجورهن} (الطلاق: 6)، أما استئجار الرحم فهو عقد إجارة غير شرعي، والاجارة على المحرم محرم.
- 2- إن الرحم يدخل في مسألة الفروج و الأعراس، والأصل في الفروج الحرمة، حيث قال الله عز و جل في كتابه الكريم {والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون}{المؤمنون: 5-7}.

و لذلك فالمرأة لا تملك تأجير رحمها.

¹ - القرار الخامس للمجلس ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 2/ ج1/ 1986، ص337

3- إن عقد إجارة الرحم لا يعد إجارة لمنفعة الرحم ابتداءً، ولكن في حقيقته و ما يترتب عليه من آثار هو عقد بيع للطفل المولود انتهاءً، وبيع الحر حرام.

4- هنا اختلاف تام بين الحالتين ففي الرضاعة اللبن محل الرضاعة هو افراز طاهر من إفرازات الجسم معد للخروج من الجسم بطبعه، فينتفع بها الغير، أو ليتخلص منه الجسم. وهذا على عكس الوضع في إجارة الرحم والذي يعد عضو ثابتاً في الجسم يؤدي وظيفة الحمل، والحمل هنا له تأثيراً بالغاً في اللأم البديلة، إذ يؤدي إلى تغيرات فسيولوجية ونفسية وجسدية في أثناء الحمل وبعد الوضع. كما إن مشاعر الأم البديلة تتغير بالحمل والولادة، ولا تستطيع التفريط فيه، لقيام الروابط النفسية العميقة بينهما. ثم إن الحمل والوضع في بعض الأحوال قد يؤدي إلى هلاك الأم (وفاتها)، فإن هلكت بسبب ذلك، فإنها تعد شهيدة في ميزان الإسلام. فقياس الرحم المستأجر على الإرضاع قياس مع الفارق.¹

و بعد حسم الأمر من الناحية الشرعية نتعرض الآن للوضع في القوانين الوضعية .

المبحث الثالث : الوضع في الاتفاقيات الدولية

تطرت اتفاقيات و موثيق حقوق الإنسان بشكل عام في العديد من بنودها إلى المرأة و الحقوق التي يجب أن تتمتع بها ، بل و قد خصصت لها العديد من الإعلانات و الاتفاقيات المتعلقة بحقوقها وحرمتها . ويرجع ذلك إلى التمييز الذي تتعرض له المرأة في أغلب دول العالم، و بالبحث فيما إذا كانت هذه الاتفاقيات تؤيد أم تعارض مسألة تأجير الأرحام . فما يبدو للوهلة الأولى أن هذه الاتفاقيات و الموثيق تؤيد عملية استئجار الأرحام و حرية تحكم المرأة و تعاملها على جسدها . و ما يؤكد ذلك ما نادى به الوثائق الدولية الصادرة عن مؤتمرات الأمم المتحدة المتعلقة بالمرأة، بحق المرأة في التحكم في جسدها، والذي يدخل فيها ضمناً حقها في إجارة الرحم، وقد وردت صراحة في بنود بكين + 5 (بند 79).²

بيد أن هناك العديد من الاتفاقيات و الوثائق الدولية التي حمت حقوق المرأة قد عارضت بشكل ضمني مسألة تأجير الأرحام ، بل أكثر من ذلك فقد يصنف هذا الأمر على أنه ليس فقط استئجار للأرحام بل هو إلتجار بالنساء و الأطفال حيث أصبحوا بضاعة محل بيع و شراء و تأجير و هو ما ترفضه اتفاقيات حقوق الإنسان عموماً .

فلقد أكدت الموثيق الدولية لحقوق الإنسان على حرمة الحياة الخاصة للأفراد و عدم التدخل فيها و جرمت كل ما يكون فيه اعتداء على سمعته و شرفه ، كما حثت ووثقت دور الأسرة و مدى أهميته في بناء المجتمع ووصفتها بالوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع و فرضت الحماية القانونية التي تحميها من التفتت و التلاعب

1 - عارف على عارف ، المرجع السابق ، ص 96

2 بكين + 5 ، بكين + 10.. إلى آخره هي مؤتمرات عالمية للمرأة عقدت في بكين أول مرة عام 1995م، و يتم عقدها كل خمس سنوات، وذلك لمناخ ما يستجد بشأن توصياته ومدى التزام الموقعين بتطبيقه.

بها ، حيث نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بالقرار المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 أنه " لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات " كما نصت أيضا المادة 16 الفقرة رقم 3 على " (3) الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة " ¹ . مما يؤكد الرفض الضمني لدخول أطراف غريبة عن العلاقة الأسرية مهما كانت الأسباب الداعية لذلك ، لما لها من أثر بالغ على تكوين الأسرة.

و في مؤتمر أعدته المنظمة القومية للنساء (أكتوبر 2002) فقد أطلقت حركة باسم "حركة الأمومة" وهي عضو "معهد القيم الأمريكية". وانضمت إليها ندوة بعنوان "الأمومة النسوية : دروس مستفادة لأمومة القرن الواحد والعشرين". فقد قام المجلس بإجراء 2000 مقابلة مع أمهات لمعرفة رأيهم عن الأمومة. ولقد كانت النتيجة أن 90% من هؤلاء الأمهات عبرن عن عشقهن لهذه المهمة الفريدة والهبة الربانية التي تستمتع بها المرأة. وقد أعد الجميع تقريرا جاء فيه:

نحن النساء اللاتي يربين أطفالهن، نحن اللاتي يمنحن الحنان والأمومة، نوجه نداء لجميع الأمهات من أجل تجديد تحديد الهدف، وتجديد العاطفة، وتجديد القدرة على العمل من أجل الأمومة. نحن نوجه النداء لجميع الأمهات من أجل تجديد الالتزام للقيام بتكريم دور الأم ودعم الأمومة. نحن نوجه النداء إلى حركة الأمومة لضمان كرامة الأطفال وسلامتهم. نحن نطالب بحركة الأمومة التي تهدف إلى إعادة ترتيب الأولويات في مجتمعنا، المجتمع الذي تدفعه الفردية المتطرفة وقيم الاستهلاك التي فقدت الشعور بقيم عالم المرأة - تلك القيم الأخلاقية الضرورية التي لا غنى عنها للأطفال والمجتمع الصالح. نحن نطالب بالتوقف الكامل للهجمة على الأمومة وثقافة تحقير الأمومة، وعمل الأمهات. ومن هذا المنطلق فنحن نطالب بالدعم الكامل للحركة النسائية المناصرة للأمومة.... إن العمل الذي نقوم به يحتل المرتبة الأولى في الأولويات غير أنه دائما لا يلقى التقدير اللائق. كما أن المجتمع وأجهزة الإعلام تهتمش رعاية الأطفال والعناية بهم. نحن نواجه فراغًا متناميًا في معاملة ورعاية بعضنا البعض واهتمام بعضنا البعض. وملخص البرنامج العملي التنفيذي للحركة نبلوره هنا في عدة نقاط هامة هي: التصدي الفكري لانهاية القيم الأخلاقية ونشر الأبحاث والمقالات في الصحف عن تغير القيم في مجتمعنا. التصدي للخطاب السلبي عن قيم الأمومة والأسرة. عمل برامج كاملة لتدريب الأمهات والآباء وتقوية ثقافتهم عن مسؤولية التربية. دعم ورش عمل تدرّجهم على حل المشاكل بين الأب والأم وبين الآباء والأبناء. حل أسباب الخلافات الزوجية وخلق الجو الأسري الملائم لاحتضان الأطفال دون ضغوط نفسية تنعكس عليهم. حماية جو الأسرة حتى لا ينفر الأطفال من محيط الأسرة. عمل جدول لأفراد الأسرة تمكنها من قضاء وقت أكبر تقوى فيه العلاقات الأسرية. تنظيم ورش عمل تدرّب الآباء والأمهات على علاج مشاكل الطفل والتدريب على

1 <http://www.un.org/ar/documents/udhr/#atop>

كسب ثقته ومصاحبته. إذا كانت المرأة مضطرة للعمل فلا بد من توعيتها بعدم ترك الأطفال إلا مع الجدات أو من هم أقرب للأم أو الأب لضمان حسن الرعاية¹.

يتضح من خلال هذا مدى التأكيد على دور الأم و الأمومة و الذي بدوره يرفض ضمنا استئجار الأرحام الذي يحدث تشتت في تحديد من هي الأم الحقيقية للطفل ، هل هي الأم البيولوجية ؟ أم هي الأم التي حملت و عانت وعرضت حياتها للخطر من خلال حملها كبديل لأم الأصلية.

و في اتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة فقد نصت المادة الثامنة منها (8): تتخذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التدابير التشريعية، لمكافحة جميع أنواع الاتجار بالمرأة واستغلالها بغائها² و الذي يدخل فيه ضمنا - من وجهة نظرنا- استئجار الأرحام لما فيه من استغلال للمرأة ، بتأجير جسدها لمثل هذا العمل، وإتجار بالطفل الناتج عن هذه العملية بجعله بضاعة تباع و تشتري وكما جاء في تقرير المؤتمر العالمي لاستعراض وتقييم منجزات "عقد الأمم المتحدة للمرأة: المساواة والتنمية والسلام/نيروبي 1985م¹:

- تشكل قدرة المرأة على التحكم في خصوبتها أساساً للتمتع بالحقوق الأخرى، وطبقاً لما سُلّم به في خطة العمل العالمية للسكان، وأعيد التأكيد عليه في المؤتمر الدولي المعني بالسكان، لكل زوجين ولكل الأفراد الحق الإنساني الأساسي في أن يقرروا بحرية وعلى بيئة، عدد أطفالهم وفترات مباحة الحمل، كما ينبغي توفير المعلومات وتقديم الخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة، وينبغي للحكومات أن تشجع الانتفاع بتلك الخدمات بغض النظر عن سياساتها السكانية، ويجب أن تؤدي تلك الخدمات بمشاركة المنظمات النسائية لتكفل لها النجاح ، وينبغي للحكومات أن توفر - بصفة عاجلة - المعلومات والتعليم، وسبل مساعدة الرجل والمرأة على اتخاذ القرارات فيما يتعلق بعدد الأطفال الذي ترغب فيه. وبغية ضمان الاختيار الحر والإرادي، ينبغي أن تشمل المعلومات والتعليم والوسائل في ميدان تنظيم الأسرة جميع طرق تنظيم الأسرة الملائمة والمعتمدة طبياً. وينبغي إشراك المنظمات النسائية في هذه البرامج؛ لأنها أنجع واسطة لحفز الناس على هذا المستوى³.

-وتسليماً بأن الحمل الذي يحدث للمراهقات - سواء المتزوجات منهن أو غير المتزوجات - له آثار معاكسة بالنسبة للأمراض ووفيات الأم والطفل، يهاب بالحكومات أن تضع سياسات لتشجيع التأخير في إنجاب الأطفال ، و ينبغي لجميع الحكومات أن تكفل اتفاق وسائل وعقاقير التحكم في الخصوبة مع المستويات الكافية من الجودة والفعالية والسلامة، وينبغي أن ينطبق هذا - أيضاً - على المنظمات المسنولة عن توزيع هذه الوسائل وإعطائها. وينبغي أن توفر للنساء معلومات عن أدوات منع الحمل .

¹ Katherine Seligman, "A Report from the Motherhood Project, 2002," "The Motherhood Movement." www.motherhoodproject.org/?cat=19 - 19k

² " المحور، حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات"، الحوار المتمدن، العدد، 1029- 2004 / 11 / 26 - 09:33، اعتمد ونشر علي الملأ ، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، 2263(د-22)، المؤرخ في 7 تشرين الثاني / نوفمبر 1967م.

³ - " القضايا العالمية"، موقع الأمم المتحدة

من الملاحظ أن هذه الاتفاقية قد عرضت لقضية أحقية المرأة في التحكم في خصوبتها، وعدد أطفالها. فما الحال عند قيام المرأة باستئجار رحمها للغير مقابل المال وإنجاب أطفال يستردهم أبويهم البيولوجيين، وبالتالي لن يحتسب عليها هذا الحمل ولا على عدد أطفالها وبالتالي سيتعذر متابعة مدى تأثيره السلبي على حياتها الشخصية وعلى صحتها وعلى أولادها وأسرتها. هذا بخلاف ما هو معروف عن المراهقات من التسرع وعدم الاستقرار فقد يقدمن على عمليات استئجار الأرحام للحصول على المال لاستكمال دراستهم أو لضرورات مادية في حياتهم مما يودي بحياتهم في بعض الأحيان وما يؤثر على صحتهم والتي تعد محل حماية المواثيق الدولية .

الخاتمة

سيظل موضوع المرأة ومكانتها في المجتمع، محلاً للجدل في معظم المجتمعات والحضارات على مدى تاريخ الإنسانية، غير أن الإسلام حسم أمرها وقد كرم المرأة، وجعلها في المكان اللائق بها، إلا أن المجتمع الغربي قام بالعديد من المحاولات إلى تسويق قيمه الغربية الغربية عن مجتمعاتنا الإسلامية من خلال ترويج فكرة العالمية خاصة في جانبها الاجتماعي والسلوكي والتي مثلت تحدياً خطيراً معادياً للأديان السماوية، والعالم العربي والإسلامي بشكل خاص، هذا بخلاف شح فقه المرأة في الفقه الإسلامي وافتقاره إلى الدراسات العلمية المتخصصة التي تعالج المشكلات برؤية إسلامية حضارية عصرية عميقة شاملة؛ لذا كان هذا الموضوع من الأهمية بمكان بعد ما تم بحثه واستعراضه من آراء فقهية ونصوص قانونية عربية ودولية نجد أن الغالبية العظمى منها تصب في بوتقة واحدة، فموقف فقهاء الشريعة الإسلامية جلي في رفض هذه المسألة بالرغم من الخلاف الذي ثار في حالة حمل الضرة بيد أنه عاد وأستقر الأمر على حرمتها، أما عن القوانين العربية فالملاحظ رفض الدول التي شرعت هذه المسألة بشكل صريح بيد أن الدول التي لم تقن الوضع بنصوص صريحة نجد أنها تحظر ضمناً هذا الأمر. و عن حال القوانين الغربية، من حظر منها هذه المسألة بشكل صريح ليس هناك مشكلة في امره، أما من أباحه نجد أنه جرم قيامه وفقاً للنصوص الدولية متى تم الاستئجار بمقابل مادي وليس بالتبرع بدون مقابل، وواقع الحال أن أغلبية بل كل النساء التي تقوم بهذا الأمر تفعله من أجل العائد المادي أي بشكل تجاري بحث هذا بخلاف الوكالات التي احترفت القيام بتسهيل هذه العمليات. بل وأصبحت تجارة سريعة التطور والنمو. ذات الأمر ينطبق على ما تم النص عليه في الاتفاقيات والمواثيق الدولية في النهاية متى كانت مهنة مقابل مال فهي محظورة دولياً .

و نحسن ختاماً برأي الدكتور الزحيلي في قوله بمسألة استئجار الأرحام " إن ممارسة إجارة الأرحام يفقد المرأة كرامتها وتصير كالدابة المستأجرة للاستخدام حسب الطلب ولتصبح التجارة في بدنها باستئجار رحمها تحقيراً وامتهاناً لعفتها واستغلالاً لأنوثتها وتحجيماً لدورها كأم. لقد نظرت الوثيقة للمرأة على أنها جسد بلا روح فأفقدتها إنسانيتها ولم تعترف بأن لها روحاً أصلاً أو أن لها احتياجات روحية، وادعت أنها تمنحها حقاً من حقوق الإنسان

التي منحها الشرع الحنيف إياها مسبقاً بما يواكب فطرتها، فقد ألغت الوثيقة الحقوق الفطرية للمرأة كحقها في العفة، وحقها لحماية عرضها، وحقها في الفضيلة، وحقها لحفظ نسلها واستبدلت كل هذه الحقوق بالإتجار في العرض وجعلته حقاً إنسانياً¹.

وبذلك نرى ضرورة الحاجة لتقنين الوضع بالدول العربية لتحديد موقفها الرافض لهذه المسألة بشكل واضح غير قابل للشك. حتى لا تنتهك حقوق المرأة في هذه الدول مع أنتشار الحاجة الماسة للمال في ظل غياب تشريع رادع يوضح المسألة. فليس خفي بدء أنتشار هذا الأمر بالمغرب العربي. وإن لم يكن هناك حالات مسجلة معروفة للاعتماد عليها.

و نوصى في النهاية

1- وضع المراكز الطبية القائمة على عمليات التلقيح الصناعي تحت رقابة وزارة الصحة و المجمع الفقهيّة الاسلاميّة للتأكد من صحة هذه العمليات من الناحية الطبية و صحة نسب و جواز هذه العملية من الناحية الشرعية.

2- ضرورة تقنين هذه الحالة بشكل واضح و صريح في القوانين الوضعية حتى نرفع الحرج في هذه المسألة. وحتى تكون أحكام القضاء فيما يستجد من قضايا واضحة و مبنية على تشريعات قانونية صريحة.

3- ضرورة زيادة البحث حول هذه المسألة و ما يستجد فيها من أحكام لحين صدور تشريع واضح

قائمة المراجع

الكتب:

- ابن قدامة ، موفق الدين ، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح الحلو ، المغني ، الجزء السابع (دار هجر ، 1416 هـ)
- أبو الحسين ، أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين ، المحقق: عبد السلام محمد هارون . مقاييس اللغة ، مادة (أجر) (دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزء الأول : 1979)
- البار ، محمد ، طفل الأنبوب و التلقيح الاصطناعي (مصر : دار المنار ، ط 1 ، 1407 هـ،)

1 أحمد الريسوني، و د. محمد الزحيلي ، حقوق الإنسان: محور مقاصد الشريعة ، (قطر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 2002).

- البرزنجي ، منذر طيب و د. شاكر غنى العدلي ، عمليات أطفال الأنابيب و الاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية (لبنان : مؤسسة الرسالة ، ط 1 ، 2001)
- حسن ، عائشة أحمد ، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط 1 (بيروت : مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، 1429هـ،)
- الدمشقي، عرفان بن سليم العشا حسونة ، التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب، ط 1: (بيروت : المكتبة العصرية، 1426هـ،)
- الرزقا ، أحمد محمد ، شرح القواعد الفقهية، ط 4، (دمشق: دار القلم ، 1996)
- الريسوني، أحمد ، و د. محمد الزحيلي ، حقوق الإنسان: محور مقاصد الشريعة ، (قطر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 2002).
- السعدنى ، حسين عبد الكريم : " التناسل الاصطناعي الحيواني "، الجزء الأول، (مصر ، بدون دار نشر (1987،
- الشاطبي ، أبو إسحاق ، الموافقات، الجزء الثاني، (بيروت : دار المعرفة ، بدون عام)
- الشربيني ، محمد بن محمد ، مغنى المحتاج ، الجزء 3 (بيروت ، لبنان : دار احياء التراث العربي ، 2001).
- الصالحى ، شوقي زكريا ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (مصر : دار النهضة، 142 هـ)
- الصالحى ، شوقي زكريا ، الرحم المستأجرة وبنوك الأجنة، ط 1 (مصر : دار نشر العلم و الايمان ، 2005)
- عاشور، محمد طاهر ، مقاصد الشريعة الإسلامية، (تونس : الدار التونسية للتوزيع والنشر ، 1988م)
- عبد الدايم ، حسنى محمود ، عقد اجارة الأرحام بين الحظر و الإباحة (الأسكندرية ، مصر ، دار الفكر الجامعي، 2006)
- عبد الرحيم ، السيد محمود ، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، ط 1، (دبي : ندوة الثقافة و العلوم ، 2005)
- عبد السلام ، سعيد سعد ، فكرة العقود المدنية الناشئة عن الإنجاب الصناعي، (مصر ، دار الفكر العربي، 2000)
- محمد ، : أحكام الأم البديلة بين الشريعة الإسلامية و القانون - دراسة تحليلية (مصر : دار النهضة العربية، 1416هـ)
- مصباح ، عبد الهادي مصباح : "الاستنساخ بين العلم و الدين" (مصر : الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1998)
- الموسوعة العربية العالمية ، الطبعة 1 ، الجزء 16 (الرياض ، مؤسسة أعمال المؤسسة ، 1996)
- النجيمي، محمد بن يحيى بن حسن ، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحریم ، دراسة فقهية مقارنة، ط 1 (الرياض : العبيكان،

- النسفي، عمر بن محمد بن أحمد أبو حفص . طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية على ألفاظ كتب الحنفية- كتاب الأجازات (بغداد: دار الطباعة العامرة ، 1311هـ)
- هيكل ، حسيني:النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية" (مصر: دار الكتب القانونية، 2006) -دراسة مقارنة -الطبعة الأولى، سنة 2006
- يوسف القرضاوي، الإسلام حضارة الغد، مكتبة وهبة ، 1995

الدوريات العلمية :

- البار، محمد على ، التلقيح الصناعي و أطفال الأنابيب ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة الثانية ، العدد الثاني -الجزء الاول ، (ندوة الإنجاب بالكويت: 1405 هـ)
- الباز ، عباس أحمد محمد ، اختيار جنس المولود قبل تخلقه وولادته بين الطب والفقه، مجلة دراسات ، المجلد 26 ملحق العدد كانون أول (الجامعة الأردنية : 1999)
- أركين ، توختر أخون ، "الصين... سياسة تحديد النسل هدفها الحد من تعداد المسلمين"، المستقبل الإسلامي، العدد77، (رمضان1418هـ/1998م)
- الجمل ، هاني: "الجمعية الطبية الإسلامية في بريطانيا"، منار الإسلام، العدد9، (السنة 21، 1996)
- عارف ، على عارف ، "الأم البديلة أو الرحم المستأجرة ، رؤية إسلامية " مجلة اسلامية المعرفة ، العدد 19 ، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، 1999)
- عبيد، حسنين ، مأخوذ من التقرير المقدم من طرفه إلى الندوة العلمية التي نظمها مركز البحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين عن الأساليب الطبية الحديثة و القانون الجزائري "لسنة 1993
- فرج ، توفيق حسن" : التنظيم القانوني لطفل الأنابيب"، بحث مقدم في ندوة الجمعية المصرية للطب و القانون المنعقدة بمدينة الإسكندرية، كتاب أعمال الندوة ، 1985)

المعاجم :

لسان العرب، لابن منظور مادة (رحم)

الفتاوى

- الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، المجلد التاسع.
- قرار المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته السابعة 1404هـ
- قرار المجمع الفقهي الإسلامي، في دورته الثامنة 1405هـ
- القرار الخامس للمجلس ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد 2/ ج1/ 1986.

أحكام قضائية:

- حكم محكمة مرسيليا الابتدائية مؤرخ في 16/12/1985 la gazette de palais قضاء 1998/1/3
- حكم الاستئناف في 29/4/1988 ، الأسبوع القانوني، سنة 1990 ، رقم / 21526
- حكم محكمة النقض المؤرخ في 3/12/1989 ، الأسبوع القانوني، 1990 - 11 ، رقم 21529
- حكم محكمة orang الصادر في 22/10/1990 ، جريدة القانون الدولي - رقم 4 لسنة 1990

رسائل علمية

- عطية، محمد عطية، " المشكلات القانونية الناتجة عن التلقيح الصناعي"، غير منشورة ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة طنطا، عام 2001 م
- عبدو ، محمد ، الفكر المقاصدي عند الإمام الغزالي، رسالة ماجستير غير منشورة، (الرباط: جامعة محمد الخامس، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، شعبة الدراسات الإسلامية، 1995/1996م)

المصادر الإلكترونية :

www.un.org/ar/documents/udhr/#atop

[www.motherhoodproject.org/?cat=19 - 19k](http://www.motherhoodproject.org/?cat=19-19k)

<http://www.pbs.org/now/shows/538/>

- " القضايا العالمية"، موقع الأمم المتحدة

مراجع أجنبية

Katherine Seligman, "A Report from the Motherhood Project, 2002," "The Motherhood Movement." [www.motherhoodproject.org/?cat=19 - 19k](http://www.motherhoodproject.org/?cat=19-19k)

Les mesures coercitives unilatérales en droit international : le cas des sanctions américaines depuis 2018 à l'encontre de l'Iran

التدابير القسرية الانفرادية في القانون الدولي: حالة الجزاءات الأمريكية ضد إيران منذ 2018

د. سلى ساسي أستاذة محاضرة أكاديمية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - الجزائر

Selma SASSI, Maître de conférences A, Faculté de droit – Université Alger 1/Algérie Dr.

ملخص:

لقد شهد استخدام التدابير القسرية الانفرادية انتشارًا واسعًا منذ تسعينات هذا القرن، حيث أن عدد الدول أو المنظمات الإقليمية التي تفرض عقوبات على دول أخرى أو كيانات عامة أو خاصة تنتهي إلى هذه الدول (الشركات، الأشخاص الاعتباريون، الأفراد) في تزايد مستمر. وعليه، يبدو من المهم البحث حول مسألة تأطير القانون الدولي لهذه الممارسة، لا سيما بالنظر لعواقبها على ممارسة حقوق الإنسان والتمتع بها. وسيتم من خلال هذه الدراسة التعرض لتحليل حالة محددة، وهي تلك المتعلقة بالتدابير الانفرادية التي اتخذتها الولايات المتحدة الأمريكية ضد جمهورية إيران الإسلامية منذ مايو 2018 بشكل أدق.

الكلمات المفتاحية: تدابير قسرية انفرادية – حماية حقوق الإنسان – تمييز – خارج نطاق الحدود الإقليمية – عقوبات محددة الهدف – إيران.

The unilateral coercive measures in international law : the case of US sanctions since 2018 against Iran

Abstract:

The use of unilateral coercive measures has experienced a spectacular proliferation since the 1990's. More and more States or regional organizations are taking sanctions against other States or public or private entities belonging to these same States (companies, legal persons, individuals). Therefore, it would be interesting to see how international law frames this practice, more particularly because of its consequences for the exercise of human rights. A concrete case will be presented, that of the measures taken against the Islamic Republic of Iran by the United States, and more precisely those taken since May 2018.

Key words: Unilateral coercive measures – Human rights protection – Discrimination – Extraterritoriality – Targeted sanctions- Iran.

Résumé :

Le recours aux mesures coercitives unilatérales a connu un foisonnement spectaculaire depuis les années 1990. De plus en plus d'États ou d'organismes régionaux prennent des sanctions à l'encontre d'autres États ou d'entités publiques ou privées ressortissantes de ces mêmes États (sociétés, personnes morales, individus). Dès lors, il serait intéressant de voir comment le droit international encadre cette pratique, plus particulièrement en raison de ses conséquences sur l'exercice des droits de l'Homme. Un cas concret sera présenté, celui des mesures prises à l'encontre de la République Islamique d'Iran par les Etats Unis, et plus précisément celles prises depuis mai 2018.

Mots clés : Mesures coercitives unilatérales – Protection des droits de l'Homme – Discrimination – Extra-territorialité – Sanctions ciblée – Iran.

« Les préoccupations réelles et les divergences politiques entre les gouvernements ne devraient jamais être résolues en provoquant des catastrophes économiques et humanitaires, rendant la population otage de la situation ;

Les codes de conduite des relations internationales n'ont jamais accepté de changements de gouvernement par le biais de mesures économiques qui conduisent au déni des droits de l'homme et peuvent provoquer la faim dans la population ;

L'application de sanctions extraterritoriales unilatérales contrevient clairement au droit international ;

J'exhorte la communauté internationale à engager un dialogue constructif avec le Venezuela, Cuba, l'Iran et les États-Unis afin de trouver une solution pacifique conforme à la Charte des Nations Unies avant que l'utilisation arbitraire de la faim ne devienne la nouvelle normalité »¹.

Mr. Idriss Jazairy

Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme

Genève, 6 mai 2019

¹ «US sanctions violate human rights and international code of conduct, UN expert says», disponible sur <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24566&LangID=E>, consulté le 12 mai 2019, 20 :12.

Introduction

La charte des Nations Unies (ONU) confère au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales ; lorsqu'il s'acquitte de cette mission, le Conseil, selon l'article 24 de la Charte, agit au nom de tous les Etats membres, qui conviennent, en vertu des articles 25 et 48§2, d'accepter, d'appliquer et d'exécuter toutes les décisions de cet organe.

S'adaptant à la diversification des menaces à la paix et à la sécurité internationale, le Conseil de sécurité a, depuis le début des années 1990, étendu et enrichi ses domaines et modalités d'action, et fait évoluer ses fonctions en particulier par le biais de l'évolution du concept même de sécurité collective¹ et de la notion de menace à la paix et à la sécurité internationales. Par ailleurs, le Conseil a développé une gamme large et variée d'instruments et moyens afin d'exercer sa responsabilité principale. Ces instruments peuvent se présenter sous la forme d'injonctions adressées aux gouvernements ou/et aux parties aux conflits, comme ils peuvent également contenir des mesures coercitives n'incluant pas le recours à la force armée² conformément à l'article 41 de la Charte³.

Sur le fondement de l'article 29 de la Charte⁴, le Conseil de sécurité peut, s'il le juge nécessaire, créer des organes subsidiaires dotés de compétences administratives, opérationnelles ou

¹ Consulter sur le système de sécurité collective, notamment, A. Orakhelashvili, « *Collective Security* », Oxford, Oxford University Press, 2011, Sur S., « *Sécurité collective* », in « *Les dynamiques du droit international* », Pedone, Paris, 2012, pp.147-161.

² Novosselof A. (dir.), « *Le Conseil de sécurité des Nations Unies, entre impuissance et toute puissance* », CNRS ed., Paris, 2016, p.56 et s.

³ L'article 41 de la Charte de l'ONU dispose que : « Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ».

Ce n'est pas pour autant que le Conseil de sécurité mentionnera expressément cet article dans ses résolutions, il se contente généralement d'une référence globale au chapitre VII. Toutefois, dans certains domaines, le Conseil fait une référence directe à l'article 41 de la Charte, comme c'est le cas en matière de non prolifération en Iran et en Corée du Nord, à propos de la situation en Lybie (Résolutions 1970 et 2009 de 2011), concernant la Guinée-Bissau (Résolution 2048 de 2012).

⁴ Il dispose que : « Le Conseil de sécurité peut créer les organes subsidiaires qu'il juge nécessaire à l'exercice de ses fonctions ».

juridictionnelles. Enfin, le Conseil peut autoriser le recours à la force armée¹ face à l'enveniment d'une situation, en dehors de l'hypothèse de la légitime défense prévue à l'article 51 de la Charte.

Mais c'est essentiellement l'imposition de mesures coercitives n'incluant pas le recours à la force armée qui va retenir notre attention dans cette analyse.

En effet, et depuis le début des années 1990², il apparaît clairement que le mode coercitif privilégié du Conseil de sécurité, pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales, est le recours à des mesures n'impliquant pas le recours à la force armée, qui vont des sanctions³ économiques et commerciales de vaste portée à des mesures plus ciblées, telles que des embargos sur les armes, des interdictions de voyager et des restrictions financières ou frappant les produits de base.

Lors des années 1990, qualifiées à juste titre de « décennie des sanctions »⁴, le Conseil a imposé des mesures coercitives n'incluant pas le recours à la force armée dans plus d'une dizaine de cas, des mesures reposant essentiellement sur un régime de « sanctions globales », largement critiqué⁵, à cause des effets négatifs sur les populations des pays cibles et leurs droits fondamentaux, leur économie ainsi que les économies des Etats tiers. Face à ces critiques, le Conseil de sécurité s'est progressivement dirigé vers l'imposition de mesures/sanctions

¹ La formule généralement utilisée par le Conseil de sécurité est celle de l'autorisation d'user de « tous les moyens nécessaires ». Voir sur cette formule, Hajjami N., « *Que signifie l'expression « prendre toutes les mesures nécessaires » dans la pratique du conseil de sécurité des Nations Unies ?* », RBDI, 2013/1, pp.242 et s.

² Pour la période antérieure à 1990, seules la Rhodésie du Sud (Résolution 232 (1966)/ 253 (1968)/460 (1979), et l'Afrique du Sud (les Résolutions 418 (1977) et 569 (1985) ont été sanctionnées sur la base de l'article 41 de la Charte.

³ Notons que la charte utilise l'expression « mesures » tandis que l'expression « sanctions » n'apparaît nulle part dans ce texte fondamental. La doctrine n'est pas unanime et reste divisée sur la nature des mesures de l'article 41 de la Charte, les qualifiant tantôt de mesures de police (Professeur Serge Sur), tantôt de sanctions (Professeur Jean Combacau). Voir Lagrange M. et Eisemann P.M., « *Article 41* », in COT J.P et Pellet A. (dir.), « *Commentaire de la Charte des Nations Unies article par article* », Paris, Economica, 3^{ème} édition, 2005, p.1200. Quant à l'ONU, il semblerait qu'elle privilégie le terme « sanctions ». Voir « Rapport du groupe de travail officieux sur les questions générales sur les sanctions », S/2006/997.

⁴ David Cortright et George A. Lopez, « *The Sanctions Decade, Assessing United Nations Strategies in the 1990s* », Boulder, Colorado, Lynne Rienner, 2000.

⁵ Voir sur les critiques des sanctions globales, Rapport du Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, « Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXI siècle », A/54/2000, §231.

modernes, orientées, dites « intelligentes » (SMART¹), et « ciblées » (*Targeted sanctions*). Force est de constater toutefois que les régimes de sanctions adoptés sont jusqu'à une certaine mesure assez déséquilibrée, concentrés essentiellement sur l'Afrique et le Moyen orient².

Mais les mesures coercitives n'incluant pas le recours à la force armée ne sont pourtant pas le monopole du Conseil de sécurité. Nombreuses sont celles qui ont été mises en place par des décisions unilatérales d'États ou d'organisations régionales. La pratique est d'ailleurs abondante³, concernant notamment celle des Etats-Unis et de l'Union européenne. Cette nouvelle pratique rompt avec celle des sanctions internationales concertées au profit d'un objectif commun et partagé, et « ouvre le champ à des pratiques d'instrumentalisation des interdépendances et de géoéconomie »⁴.

Ce sont là les mesures coercitives unilatérales, hors cadre des Nations Unies, qui ont connu un foisonnement spectaculaire depuis les années 1990, et qui représentent l'objet de notre étude. Il s'agira donc d'analyser certaines questions que pose, ou peut poser, du point de vue du droit international, la pratique des mesures (ou sanctions) unilatérales prises par les États ou les organismes régionaux à l'encontre d'autres États ou d'entités publiques ou privées ressortissantes de ces mêmes États (sociétés, personnes morales, individus) (I).

Et afin d'illustrer les différentes problématiques, un cas concret sera présenté : celui des mesures prises à l'encontre de la République Islamique d'Iran par les Etats Unis, et plus précisément celles prises en mai 2018.

En effet, la République Islamique d'Iran a depuis longtemps fait l'objet de diverses sanctions par les Etats Unis et d'autres pays européens, et demeure jusqu'à présent soumise à un embargo assez contraignant. La prise en otage en 1979 des diplomates américains à Téhéran et la remise en cause des contrats conclus par le régime du Shah ont été à l'origine des premières sanctions

¹ S pour spécifiques, M pour mesurables, A pour atteignables, R pour réalistes, et T pour temporellement limitées.

² Voir site officiel du Conseil de sécurité de l'ONU, rubrique sanctions, disponible sur <https://www.un.org/securitycouncil/fr/sanctions/information>, consulté le 14 mai 2019, 20 :12.

³ Dubouis L., « L'embargo dans la pratique contemporaine », AFDI, Vol. 13, 1967, pp. 99-152, p. 105.

⁴ Farrell H. et Newman A., « Weaponized interdependence », in *International Security*, vol.44, n° 1, pp.42-79.

américaines contre cet Etat. Le Plan d'action global commun¹ (*Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA)*), du 14 juillet 2015, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa Résolution 2231², entraînera la levée de toutes les sanctions imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies et des sanctions multilatérales ou nationales relatives au programme nucléaire de l'Iran, y compris des mesures relatives à l'accès dans les domaines du commerce, de la technologie, des finances et de l'énergie³. Néanmoins, l'administration Obama a précisé alors que les sanctions relatives au non respect des droits de l'homme et à la lutte contre le terrorisme seront maintenues.

Le 8 mai 2018, le Président des États-Unis, Donald Trump, met un terme à la participation de son pays au Plan d'action global commun, chargeant son administration de s'attacher immédiatement à rétablir les sanctions liées audit plan contre l'Iran.

Dès lors, l'analyse de ces mesures unilatérales à la lumière des principes du droit international nous semble importante. Sont-elles légales ? Légitimes ? La question est d'autant plus cruciale que ces sanctions produisent souvent un effet inverse et ont de graves répercussions sur l'exercice des droits humains (II).

Afin de proposer des éléments de réponse à ces différents questionnements, et pour les besoins de cette étude, deux méthodes de recherche seront utilisées : la méthode descriptive, pour décrire et présenter le champ de travail et mieux appréhender ses aspects théoriques, et la méthode analytique, qui permet d'analyser les mesures adoptées et leur degré de conformité ou compatibilité avec le droit international.

I/ Cadre normatif des mesures coercitives unilatérales

Aux cotés des mesures collectives, multilatérales, prises par le Conseil de sécurité dans le cadre du système de sécurité collective, il existe également des mesures « unilatérales », distinctes des premières, plus particulièrement concernant leur nature légale. Ainsi que souligné par le Pr. Hans

¹ Plan d'action global commun entre l'Iran et le groupe E3/UE+3 (Allemagne, Chine, États-Unis, Fédération de Russie, France, Royaume-Uni et Haute Représentante de l'Union européenne), disponible sur <https://www.un.org/securitycouncil/fr/content/2231/background>, consulté le 5 mai 2019 à 13 :23.

² Adoptée le 20 juillet 2015.

³ S/RES/2231 (2015), Op.cit, Annexe A, Plan d'action global commun, Vienne, le 14 juillet 2015.

Köchler : « *l'appellation unilatérale s'applique lorsqu'un Etat ou un groupe d'Etats, agissant en tant qu'organisation ou, s'étant pour une raison quelconque rassemblé dans ce but, émet des «sanctions». Un tel procédé ne découle pas d'une quelconque obligation légale et encore moins du niveau international. Les sanctions multilatérales, cependant, sont des mesures de contrainte économiques entrant dans le cadre du système de sécurité collective des Nations Unies en tant que mesures de contrainte, obligatoires pour tous les Etats. Juridiquement parlant, cela est tout à fait différent. La multilatéralité signifie dans ce cas que les mesures sont pour ainsi dire émises par la communauté mondiale et qu'elles ont donc un caractère d'obligation universelle – à la différence des mesures unilatérales prises par un Etat ou un groupe d'Etats* »¹.

Notre analyse se focalisera dans un premier temps sur la notion même de « mesure coercitive unilatérale » (A), afin de pouvoir aborder dans un second temps, la question de son encadrement par le droit international, autrement dit, sa légalité vis-à-vis de ce dernier (B).

A- La notion de « mesure coercitive unilatérale »

Avant de pouvoir se consacrer à la définition et aux caractéristiques des « mesures coercitives unilatérales », un aperçu sur le développement historique de la sanction semble nécessaire². Sans trop s'y attarder, cette forme de pression est loin d'être récente, même si la terminologie et les définitions la concernant ne faisaient pas consensus. Dans la Grèce antique (492 avant J-C), la cité-Etat d'Egine confisquait des navires athéniens pour riposter contre Athènes qui gardait des Eginiens captifs. Par le décret de Périclès adopté en 432 avant J-C, des importations en provenance de Megara sur les marchés d'Athènes étaient frappées de limitation³. La pratique est

¹ Köchler H., « *Les sanctions au regard du droit international* », Horizons et débats, 28 mai 2018, 17e année, No 11/12, Zurich.

² Voir sur la question, Thouvenin J.M., « *Les sanctions économiques et le droit international* », Droits 2013/1, n° 57, p.164. Voir également le rapport annuel du Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme, 2015, pp.7-8, disponible sur <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=565ff2f94>, consulté le 20 avril 2020, 21 :02.

³ Sur les mesures coercitives unilatérales et les blocus dans l'Antiquité, voir Phillipson C., « *The International Law and the Custom of Ancient Greece and Rome* », Londres, MacMillan, 1911, vol. II, pp. 349-384, disponible sur <https://archive.org/details/internationallaw01philuoft/page/416/mode/2up>, consulté le 21 avril 2020, 10 :23.

également illustrée au Moyen-âge par les mesures unilatérales appliquées par les chefs religieux de l'Église contre les Sarrasins en interdisant l'exportation de navires, d'armes, et de munitions. A partir du XVIIème siècle, la notion d'embargo fait son entrée dans le champ de la société internationale : « il consiste de la part d'un gouvernement à retenir provisoirement des navires se trouvant dans ses ports pour contraindre un autre Etat auquel appartiennent ces navires à lui donner satisfaction de certains griefs ». Un « blocus » continental est imposé par Napoléon I^{er} contre l'Angleterre, et des « embargos » américains entre 1807 et 1813 bloquent tout commerce avec l'étranger (*Embargo Act* (1807), *Non-Intercourse Act* (1809) et le *Non-importation Act*, (1811)). A cette époque, comme le souligne le Pr. Charvin, « l'embargo comme le blocus sont des formes de justice privée : une puissance prétend se rendre justice à elle-même sur la base de ses seules appréciations de la justice et en considération de ses seuls intérêts »¹.

C'est ainsi qu'à la fin du XIX et au début du XX siècle, la tendance est à condamner ces divers types de mesures, le Pr. Sibert considère que « c'est un très grand risque pour la justice que cette liberté laissée à l'État lésé, de choisir les représailles 'appropriées' sans autre restriction qu'un petit nombre de règles destinées à protéger l'auteur du dommage contre une répression excessive »². L'Institut de Droit International condamne en 1898 les « représailles » comme mesure anticipatrice de la guerre, et la Convention de La Haye de 1909 dispose que même en cas de conflit armé entre deux États, les navires de commerce ne doivent pas être mis en cause.

C'est ainsi que le Pacte de la Société des Nations (SDN) ne prévoira pas les « sanctions unilatérales », décidées au gré de l'arbitraire d'un Etat suffisamment puissant pour les imposer, les seules sanctions prévues étant celles décidées collectivement et dans le cadre de l'Organisation internationale afin de les réguler³.

¹ Charvin R., « Les mesures d'embargo : la part du droit », RBDI, 1996/1, Bruylant, Bruxelles, p.7.

² Sibert M., « Traité de Droit International Public », Dalloz, 1951, t. 2, p. 560.

³ Les sanctions économiques et financières sont prévues par l'article 16 du Pacte qui dispose : « si un membre de la SDN a recours à la guerre contrairement à ses engagements, il est de facto considéré comme ayant commis un acte de guerre contre tous les autres, et ceux-ci s'engagent à rompre avec lui toutes relations commerciales ou financières... ».

Selon l'étude thématique du Haut-commissariat aux droits de l'homme sur les effets des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme¹, il est difficile de définir la notion de « mesure coercitive unilatérale ». Il s'agit souvent des mesures économiques² qu'un État prend pour contraindre un autre État à modifier sa politique. Les formes les plus répandues de pression économique sont des sanctions commerciales sous forme d'embargos ou de boycotts ainsi que l'interruption des flux financiers et des investissements entre les pays émetteurs et les pays visés³. L'embargo est souvent envisagé comme une sanction commerciale ayant pour objet d'empêcher les exportations vers l'État cible, l'approvisionnement d'un État en produits ou services en interdisant aux opérateurs économiques de les exporter ou de les fournir vers son territoire, ses ressortissants, ou ses entreprises⁴. Le boycott, ou boycottage⁵, à contrario, est une mesure consistant à refuser l'importation de produits provenant de l'État cible, il vise à rendre plus difficile pour un État d'écouler la production nationale en interdisant les importations. Cela dit, la combinaison de restrictions à l'importation et à l'exportation est aussi fréquemment appelée embargo commercial⁶.

En 2015, le Rapport annuel du Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme⁷, considère « *qu'on peut déduire de*

¹ Étude thématique du Haut-commissariat aux droits de l'homme sur les effets des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme, comportant des recommandations sur la façon de mettre fin à ces mesures, A/HRC/19/33, 11 janvier 2012.

² Cela ne signifie pas qu'elles ont un objet économique – ce qui peut toutefois être le cas, par exemple lorsqu'un membre de l'OMC met en œuvre des mesures de rétorsion commerciale à l'encontre d'un autre membre qui n'aurait pas respecté ses propres obligations commerciales, mais qu'elles ont vocation à influencer sur l'économie pour affaiblir leurs cibles.

³ Voir Margaret P. Doxey, « *International Sanctions in Contemporary Perspective* », 2e éd., Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1996.

⁴ Dubouis L., « *L'embargo dans la pratique contemporaine* », op. cit. ; Martin-Bidou P., « *Les mesures d'embargo prises à l'encontre de la Yougoslavie* », AFDI, Vol. 39, 1993. pp. 262-285.

⁵ Rousseau C., « *Le boycottage dans les relations internationales* », RGDIP, 1958, p. 5 ; Christopher C. Joyner, « *Boycott* », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2011, disponible sur <https://opil.ouplaw.com/search?sfam=&q=boycott&prd=MPIL&searchBtn=Search>, consulté le 20 avril 2019, 12 :30.

⁶ Omer Y. Elagab, « *Coercive economic measures against developing countries* », International and Comparative Law Quarterly, vol. 41 (1998), p. 682 à 694.

⁷ A/HRC/30/45, disponible sur <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=565ff2f94>, consulté le 20 avril 2020, 21:03.

la résolution 27/21 du Conseil des droits de l'homme que les mesures coercitives unilatérales sont des mesures économiques, politiques ou autres qui sont imposées par des États ou des groupes d'États¹ pour contraindre un autre État à leur subordonner l'exercice de ses droits souverains en vue d'apporter des changements spécifiques à sa politique générale». Le Rapporteur spécial considère comme des mesures coercitives unilatérales toutes mesures autres que celles qui sont adoptées par le Conseil de sécurité au titre de l'article 41 de la Charte des Nations Unies, lesquelles sont les seules mesures véritablement multilatérales du point de vue de l'ONU. Par ailleurs, les mesures coercitives imposées par des institutions financières internationales et par des organismes régionaux à leurs propres membres ou à des candidats à l'adhésion ne sont généralement pas considérées comme des mesures « unilatérales », puisqu'elles font partie d'un ensemble de droits et d'obligations que les pays cibles acceptent au préalable pour devenir membres de ces organismes².

En plus des mesures économiques, essentiellement le boycott et l'embargo, les mesures coercitives unilatérales peuvent prendre diverses autres formes. « Les sanctions dites «financières» comprennent des mesures consistant à geler les avoirs qu'un État détient à l'étranger, à restreindre son accès aux marchés financiers, à interdire de lui accorder des prêts et des crédits, à bloquer les transferts de fonds internationaux ainsi que la vente de biens immobiliers ou les transactions sur ces biens. Une autre sanction est la suspension, ou l'annulation, d'une aide financière plus ou moins promise à l'État sanctionné. On trouve aussi, de manière croissante, des sanctions prenant la forme de gel des fonds de personnes physiques ou d'entreprises nommément désignées et dont les noms sont inscrits sur des listes rendues publiques. La sanction économique peut également viser à rendre inconvertible la monnaie de

Le mandat de ce rapporteur spécial a été décidé par la résolution 27/21 du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU, §22 (A/HRC/RES/27/21, septembre 2014).

¹ Les mesures coercitives imposées par des groupes régionaux de pays ou par l'un de leurs États Membres à un pays tiers sont considérées comme des mesures unilatérales puisqu'elles sont imposées en vertu de règles qui n'ont jamais été approuvées par le pays visé.

² A/HRC/30/45, Op. cit, § 14.

l'État cible. Cette sanction, qui ne saurait se prétendre « ciblée » puisqu'elle appauvrit la population dans son ensemble, a été adoptée en 2012 à l'encontre de l'Iran»¹.

Différentes expressions sont utilisées pour désigner les mesures coercitives unilatérales. Certains les appellent « sanctions », d'autres « mesures restrictives », et d'autres encore continuent d'employer les deux indifféremment ou conjointement, par exemple « mesures restrictives (sanctions) ».

Tout comme les mesures coercitives multilatérales, les mesures coercitives unilatérales peuvent être globales, ciblées², ou « intelligentes »³, ces dernières tendant à réduire les dégâts collatéraux, notamment en évitant de compromettre l'exercice des droits de l'homme par les groupes les plus pauvres et les plus vulnérables des sociétés des pays cibles. Les mesures coercitives « intelligentes » peuvent cibler certains secteurs de l'activité économique d'un pays ou être plus larges mais viser un territoire circonscrit. Elles peuvent avoir pour effet de déstabiliser un secteur particulier de la production ou une certaine zone géographique. Les personnes qui tirent leur revenu du secteur ou de la région concernés peuvent voir leur droit au travail et à un niveau de vie décent compromis. Les mesures coercitives globales, quant à elles, visent l'économie ou le système financier d'un pays dans son ensemble. Elles sont indifférenciées et ont donc des effets négatifs sur les droits fondamentaux des catégories les plus pauvres et les plus vulnérables des sociétés des pays cibles. Leur efficacité est évaluée en fonction de leur capacité à imposer une véritable réorientation des politiques générales ou à créer dans le pays cible un climat de détresse économique suffisant pour inciter la population à se soulever contre ses dirigeants politiques⁴.

¹ Thouvenin J.M, op.cit, p.167.

² Dans la pratique, il peut être difficile de distinguer entre certaines mesures coercitives unilatérales « intelligentes » et les mesures coercitives globales.

³ Thomas J. Biersteker, « *Scholarly Participation in Transnational Policy Networks: The Case of Targeted Sanctions* » dans Mariano E. Bertucci et Abraham F. Lowenthal (eds.), « *Narrowing the Gap: Scholars, Policy-Makers and International Affairs* », Baltimore et Londres, Johns Hopkins University Press, 2012.

⁴ A/HRC/30/45, Op.cit, § 16.

Les mesures coercitives unilatérales sont dites « extraterritoriales »¹ parce qu'elles sont prises par un pays ou un groupe de pays et imposées en dehors de leur territoire national ou de leur juridiction. Les lois en vertu desquelles elles sont imposées peuvent avoir des effets extraterritoriaux non seulement sur les pays cibles, mais également sur des pays tiers, si ceux-ci sont contraints à appliquer également ces mesures au pays cible, sous peine de lourdes sanctions unilatérales².

Après cette présentation de la notion de mesure coercitive unilatérale, incluant sa définition ainsi que ses caractéristiques, l'étude de sa légalité, licéité vis-à-vis du droit international sera analysée dans le point suivant.

B- La question de la licéité des mesures coercitives unilatérales en droit international

Ainsi que développé précédemment, les sanctions prononcées par le Conseil de sécurité relèvent du Chapitre VII de la Charte des NU. Leur adoption, en vertu de l'article 27, nécessite un vote affirmatif de neuf des membres du Conseil dont les cinq permanents. Et c'est essentiellement la raison pour laquelle les sanctions émises par cet organe sont souvent considérées comme étant les seules « licites », puisque fondées sur la Charte et imposées dans un cadre multilatéral. Elles sont obligatoires pour tous les Etats.

A contrario, les mesures unilatérales ne bénéficient pas forcément, ou du moins, automatiquement, de la même licéité.

En effet, rappelons-le, ces mesures proviennent d'un seul Etat, d'un groupe d'Etats, ou d'une organisation. Elles ne sont donc pas émises par l'ensemble de la communauté internationale.

Du point de vue du droit international positif, un certain nombre de considérations peut être utilisé pour discuter de la licéité ou non de ces mesures.

¹ Voir sur l'extraterritorialité, Groupe de travail présidé par Dominique Perben, « *Le retrait des Etats Unis de l'accord de Vienne sur le programme nucléaire iranien : une situation juridique contrastée* », Rapport, Juillet, 2018, p.26 et s., disponible sur www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2018/07/CDJ_-Rapport_Le-retrait-des-USA-de-laccord-de-Vienne-sur-le-programme-nucléaire-iranien_Juillet-2018_FR.pdf , consulté le 10 mai 2019, 21 :54.

² A/HRC/30/45, Idem, § 22.

D'abord, les sanctions unilatérales semblent constituer une violation du régime de libre-échange établi dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Selon les nombreux règlements en vigueur, il s'agit plus particulièrement du principe de non-discrimination dans le commerce international et aussi du principe selon lequel l'Etat ne doit pas se mêler de l'activité économique internationale. Néanmoins, ces instruments juridiques contiennent des exceptions aux principes mentionnés. Ces exceptions, par leur formulation vague et imprécise, permettent aux Etats de décider d'eux-mêmes du moment opportun pour eux des conditions d'utilisation ou non d'une exception. Dans la pratique, des Etats émettant unilatéralement des sanctions, se réfèrent souvent à ces dispositions¹. L'article 21 du *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT)² illustre particulièrement la question, ainsi que l'article 14bis du *General Agreement on Trade in Services* (GATS)³. Dès lors, il nous est permis de nous demander si ces exceptions ne « légalisent » pas les sanctions unilatérales ?

¹ Köchler H., Op.cit.

² Article XXI : Exceptions concernant la sécurité

Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée :

- a) comme imposant à une partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité;
- b) ou comme empêchant une partie contractante de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité :
 - i) se rapportant aux matières fissiles ou aux matières qui servent à leur fabrication;
 - ii) se rapportant au trafic d'armes, de munitions et de matériel de guerre et à tout commerce d'autres articles et matériel destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées;
 - iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale;
- c) ou comme empêchant une partie contractante de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

³ Article XIVbis : Exceptions concernant la sécurité

1. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée :

- a) comme obligeant un Membre à fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité ;
- b) ou comme empêchant un Membre de prendre toutes mesures qu'il estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité :
 - i) se rapportant à la fourniture de services destinés directement ou indirectement à assurer l'approvisionnement des forces armées ;
 - ii) se rapportant aux matières fissiles et fusionnables ou aux matières qui servent à leur fabrication ;
 - iii) appliquées en temps de guerre ou en cas de grave tension internationale ;

De plus, les mesures coercitives unilatérales peuvent aussi représenter des violations de certains principes fondamentaux du droit international. En premier lieu, le principe de l'interdiction générale d'intervention dans les affaires intérieures (article 2/7 de la Charte de l'ONU). Ensuite, le principe d'égalité souveraine des Etats (Article 2/1 de la Charte). Enfin, celui de l'obligation de tous les membres de la communauté internationale de recourir au règlement pacifique des différends (Article 2/3 la Charte).

Sur un autre registre, certains instruments de *soft law*, peuvent éclairer sur la question de la licéité des sanctions unilatérales.

Ainsi, selon l'étude du Haut-commissariat des Nations Unies sur les effets des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme¹, il n'est pas facile de répondre, à la question de savoir si des mesures coercitives unilatérales sont licites ou non au regard du droit international public. Cela dépend de la forme précise que prend la mesure, du droit des traités applicables, des règles du droit international coutumier, du droit international humanitaire et des instruments relatifs aux droits de l'homme. En effet, les traités en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire peuvent s'appliquer dans le cas de mesures coercitives unilatérales qui mettent en cause des droits de l'homme fondamentaux ou qui touchent la population civile dans son ensemble, les rendant ainsi illicites. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme, les droits à prendre en compte pour apprécier la légalité de ces mesures² seraient le droit à la vie, le droit à un niveau de vie suffisant, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement et les soins médicaux, le droit d'être à l'abri de la faim

c) ou comme empêchant un Membre de prendre des mesures en application de ses engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

2. Le Conseil du commerce des services sera informé dans toute la mesure du possible des mesures prises au titre du paragraphe 1 b) et c) et de leur abrogation.

¹ Etude thématique du Haut-commissariat aux droits de l'homme sur les effets des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme, Op. cit, § 5.

² Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 8 (1997) sur le rapport entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels, par. 3.

et le droit à la santé¹. En matière de droit international humanitaire, beaucoup de règles peuvent être utilisées pour l'évaluation des mesures coercitives unilatérales. A titre d'exemple, l'interdiction d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre², l'obligation d'accorder le libre passage à tout envoi de vivres, de médicaments et de matériel sanitaire³, et l'interdiction des peines collectives.

Par ailleurs, l'imposition de mesures coercitives unilatérales peut violer des règles du droit international général, c'est-à-dire le droit international coutumier et les principes généraux de droit. Deux exemples peuvent illustrer cette idée. En premier lieu, en matière de suspension des relations commerciales entre Etats. Si celle-ci est prise en tant que mesure coercitive unilatérale, sa légalité dépendra du degré d'obligation de l'Etat d'entretenir et de poursuivre des relations commerciales avec d'autres Etats⁴. « *Comme l'a confirmé la Cour internationale de Justice, en l'absence d'obligations conventionnelles expresses, les États sont encore considérés comme étant libres de maintenir ou non des relations commerciales*⁵. *Ainsi leur décision souveraine de mettre fin à de telles relations, que ce soit pour des raisons politiques ou autres, ne saurait être considérée comme illicite*»⁶. En second lieu, en matière du principe de non – ingérence/intervention⁷. Afin d'apprécier la conformité ou non de ces mesures au principe de

¹ Tous ces droits ont été proclamés et consacrés par différents textes internationaux, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966).

² Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), art. 54 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), art. 14.

³ Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention), art. 23, par. 1.

⁴ Etude thématique du Haut Commissariat des NU aux droits de l'Homme, op.cit, § 13.

⁵ Cour internationale de Justice, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 128, par. 276.

⁶ Etude thématique, Op.cit.

⁷ Depuis les années 1960, le principe de non-intervention figure régulièrement dans les résolutions de l'Assemblée générale ; nous pouvons en citer : la résolution 3281 (XXIX) ; la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international (résolution 3201 (S-VI)) ; les résolutions 31/91, 32/153, 33/74, 34/101 et 35/159 sur la non-ingérence dans les affaires intérieures des États ; résolutions 39/210, 40/185, 41/165, 42/173, 44/215, 46/210 et 48/168 sur les mesures économiques en tant que moyen de coercition politique et économique à l'encontre des pays en développement ; résolutions 52/181, 54/200, 56/179, 58/198, 60/185 et 62/183 sur les mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une

non-ingérence, et se fondant essentiellement sur les différentes résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU ainsi qu'à la jurisprudence internationale, deux points méritent d'être soulignés : la contrainte, et l'intention de modifier la politique de l'État visé lorsque celui-ci devrait pouvoir exercer librement son choix. En effet, lorsque des États sont dépendants d'autres États sur le plan économique, les mesures dans ce domaine peuvent atteindre une intensité s'approchant de la contrainte. Mais pour être considérées comme intervention, les mesures doivent avoir pour objet d'influencer la volonté souveraine d'un autre État de manière abusive¹. La Cour internationale de Justice, dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, considérait que : « *Le principe de non-intervention met en jeu le droit de tout État souverain de conduire ses affaires sans ingérence extérieure [...] la Cour estime qu'il fait partie intégrante du droit international coutumier* » ; « *ce principe interdit à tout État ou groupe d'États d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. L'intervention interdite doit donc porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures. L'intervention est illicite lorsqu'à propos de ces choix, qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte* »².

Il faut toutefois relever que si ces sanctions sont abusives, et donc contraires au principe de non-ingérence, elles pourront tout de même échapper à l'illicéité si elles sont qualifiées de contre-mesures. En effet, le propre des contre-mesures est que si elles sont a priori illicites, leur illicéité est écartée, sous certaines conditions, car elles visent à faire cesser une violation du droit

pression politique et économique sur les pays en développement ; la Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté (Résolution A/2131 (XX)) ; la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (résolution 2625 (XXV)) et la Déclaration de 1981 sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des États (Résolution 36/103).

¹ Ainsi, lorsque des mesures coercitives unilatérales ont pour objet d'imposer le respect d'obligations internationales comme le non-recours à la force ou le respect des droits de l'homme, il est moins probable qu'elles soient contraires au principe de non-intervention.

² Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, §. 202 et 205.

international commise par l'État cible. Dans le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites¹, des actes qui seraient autrement illicites peuvent être exceptionnellement justifiés en tant que contre-mesures². Les contre-mesures ne sont autorisées que dans des circonstances restreintes : elles ne peuvent être prises à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter de ses obligations, et pour mettre fin audit fait s'il se poursuit³. Lorsque des droits de l'homme ou d'autres obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (obligations *erga omnes*) sont en cause, tout État peut légalement prendre des mesures contre l'État qui a manqué à l'obligation *erga omnes* afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée⁴. Lorsque ces critères sont remplis, les mesures coercitives unilatérales peuvent être justifiées temporairement.

La doctrine internationale⁵ s'est également beaucoup intéressé à la question de la légalité des sanctions unilatérales. Ainsi, par exemple, le Pr. Thouvenin considère que ce sont les sanctions unilatérales qui soulèvent le plus la question de leur licéité au regard du droit international. Elle est complexe, comme il le souligne, « *car deux appréciations juridiques contradictoires peuvent être formulées à leur égard. D'un côté, elles apparaissent, lorsque leur objet est de forcer un État à adopter un comportement qu'il ne souhaite pas adopter, contraires au principe d'égalité souveraine des États, duquel découle celui de non-ingérence...Mais, d'un autre côté, les sanctions économiques apparaissent aussi comme la mise en œuvre de compétences souveraines incontestables ; parce qu'il est avant tout souverain, tout État peut décider souverainement de la manière dont il entend entretenir des relations économiques avec ses pairs, et c'est dans le cadre*

¹ Commission du droit international (ONU), Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), chap. IV.

² Ibid., art. 22. Voir sur les contre-mesures, Leben Ch., « *Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale* », in *Annuaire français de droit international*, volume 28, 1982. pp. 9-77 ; Pellet A., « *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin?* », *Annuaire français de droit international*, volume 48, 2002. pp. 1-23

³ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), chap. IV, Ibid., art. 49.

⁴ Ibid., art. 54.

⁵ L'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice dispose que la doctrine est appliquée comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

de cette liberté qu'il adopte des sanctions économiques, qu'il s'agisse de mesures d'embargo, de boycottage, ou d'ordre financier. La licéité de principe des sanctions économiques qui en découle paraît non contestée»¹. C'est ainsi qu'en 1993, à l'occasion d'une résolution sur le boycott économique exercé par les États arabes à l'encontre d'Israël², le Parlement européen soulignera que « le boycott direct que les États arabes exercent contre Israël ne contrevient pas aux règles fondamentales du droit international ». La Cour internationale de Justice l'avait en outre confirmé dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. Au cours de ses plaidoiries, le Nicaragua avait soutenu que les États-Unis étaient responsables d'une forme d'intervention indirecte dans ses affaires intérieures, consistant à prendre à son détriment certaines mesures à caractère économique. Ces dernières étaient l'interruption d'une aide économique, la réduction de 90% du quota de sucre importé aux États-Unis en provenance du Nicaragua, et un embargo commercial. Le Nicaragua admettait qu'en elles-mêmes certaines de ces mesures n'étaient pas illicites, mais soutenait que tous ces faits pris ensemble représentaient une atteinte systématique au principe de la non-intervention. La Cour ne fut pas convaincue et considéra qu'il n'y avait pas lieu de considérer les mesures économiques mises en cause comme des violations du principe coutumier de la non-intervention³.

Il apparait donc, qu'en matière de mesures coercitives unilatérales, aussi bien le principe de non ingérence que celui de souveraineté sont bien établis mais sont contradictoires, d'où la nécessité de les concilier. La tâche n'est guère aisée et semble même très complexe, l'ancien Secrétaire général des Nations Unies considérant à cet égard que « le droit international ne fait apparaître aucun critère bien défini quant à ce qui constitue des mesures économiques inappropriées (c'est-à-dire illicites) »⁴. Pour ce faire, le Pr. Thouvenin propose l'approche de « l'abus de droit », qui prévoit qu'« une sanction économique prise par un État contre un autre

¹ Thouvenin J.M., Op.cit, pp.170-171.

² Résolution du Parlement européen n° A3-0239/93, 16 novembre 1993.

³ Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, §§ 244-245.

⁴ Note du Secrétaire général des Nations Unies à propos du débat sur les Mesures économiques utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement ; Note du secrétariat du 25 octobre 1993, doc. A/48/345.

serait illicite dès lors que, et seulement si, elle constituerait un abus de droit. On peut considérer qu'il y a abus de souveraineté constitutive d'une violation du principe de non ingérence lorsqu'un État : i) entend faire pression sur un autre État afin de forcer sa décision, ii) par le recours à une forme de contrainte (non militaire), et iii) en violant un droit dont dispose cet autre État en vertu de sa propre souveraineté». Cette approche va mener à certains résultats :

En premier lieu, les sanctions économiques les plus courantes seront rarement susceptibles d'être considérées comme juridiquement abusives. C'est l'exemple de la suspension d'une aide au développement, l'État destinataire de l'aide ne pouvant prétendre à un droit souverain de bénéficiaire à l'aide ; des embargos et boycottages, l'État cible pouvant développer ses relations commerciales avec d'autres partenaires ; et du gel des avoirs d'un ancien chef d'État, notamment s'il fait l'objet d'une poursuite par les autorités judiciaires de son pays¹.

Ensuite, quelques sanctions économiques, de plus en plus rares, pourront être considérées comme abusives. C'est notamment le cas du gel des avoirs d'un État via le gel des fonds de sa banque centrale. L'abus est formé du fait que l'auteur de la sanction interdit, par une mesure juridiquement contraignante, à l'État cible d'accéder à ses ressources financières, ce qui constitue une atteinte directe à son droit souverain de jouir de ces dernières.

Par ailleurs, une mesure de sanction économique sera considérée comme abusive si elle a comme objectif de faire plier la volonté d'un État cible mais qui, pour y parvenir, imposerait à des ressortissants d'États tiers de respecter certaines règles dans leurs relations avec l'État cible. Les lois américaines - très critiquées-, Helms Burton et D'Amato Kennedy, ou d'autres plus récentes, comme nous le verrons dans les développements prochains, illustrent parfaitement cette pratique. Ces lois peuvent être considérées comme abusives car elles ont instauré une « double ingérence », d'une part, dans les affaires intérieures des États cibles (Cuba, Iran), et d'autre part, dans les affaires extérieures des États tiers, contraints de suivre la politique commerciale décidée par Washington à l'égard des États cibles². L'Union européenne a fermement souligné dans une

¹ L'exemple de l'ancien président égyptien Moubarak peut être avancé. Ses fonds ont été gelés par la Décision 2011/172/PESC du Conseil de l'Union européenne du 21 mars 2011.

² Voir plus particulièrement sur ces lois, Cosnard M., « Les Lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d'investir dans certains pays », AFDI, Vol. 42, 1996. pp. 33-61 ; Gherari H. et Szurek S. (Dir.), « Sanctions unilatérales,

action commune du 22 novembre 1996 que « *par leur application extraterritoriale, ces lois, règlements et autres instruments législatifs violent le droit international* ». Dans ses Lignes directrices de 2005, elle annonce que « *l'UE s'abstiendra d'adopter des instruments législatifs qui, par leur application extraterritoriale, violeraient le droit international* »¹.

Enfin, des sanctions économiques pourront être qualifiées de contraires au droit international parce que d'autres règles de ce droit le prévoient. C'est le cas par exemple des mesures de gel des avoirs des chefs d'États². L'illicéité découle de la contradiction avec la règle d'immunité des chefs d'États. La Cour internationale de justice a rappelé dans l'affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000³, et dans l'affaire relative à Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en 2008⁴, qu'un chef d'État jouit en particulier d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale qui le protègent contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions. Pour apprécier s'il y a eu atteinte ou non à l'immunité du chef de l'État, la Cour souligne qu'il faut vérifier si celui-ci a été soumis à un acte d'autorité contraignant, et c'est là l'élément déterminant.

Il apparait à la fin de ce premier chapitre que le droit international tend, suite à la pratique abondante des États et d'autres institutions des mesures coercitives unilatérales, à encadrer ces dernières, notamment eu égard aux effets négatifs qu'elles pourraient avoir sur l'exercice effectif des droits humains. L'analyse portera dans le chapitre suivant sur l'étude d'un cas précis, celui des sanctions américaines, « mesures unilatérales », réintroduites en mai 2018, à l'encontre de la République islamique d'Iran.

mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy», Montchretien, Paris, 1998.

¹ Lignes directrices concernant la mise en œuvre et l'évaluation de mesures restrictives (sanctions) dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune de l'UE, adoptées par le Conseil de l'UE le 2 décembre 2005, 6749/05 PESC 159 FIN 80, p. 16

² L'Union européenne et les États-Unis, entre autres, ont eu recours à ce type de sanction, par exemple à l'encontre des membres du régime birman, ou encore du régime syrien, y compris de leurs chefs.

³ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, CIJ, Recueil 2002, p.3.

⁴ Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt du 4 juin 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 177.

II/ les sanctions américaines (*executive order*¹) réintroduites en mai 2018 à l'encontre de l'Iran : quelle licéité ?

Le 8 mai 2018, le Président des Etats-Unis annonce le retrait de son pays de l'accord nucléaire conclu en juillet 2015 avec l'Iran, le qualifiant du « plus mauvais accord jamais conclu par les Etats-Unis ». Le Bureau américain de contrôle des actifs étrangers, l'OFAC (*Office of Foreign Assets Control*), chargé de l'application des sanctions, détaille les modalités de mise en œuvre de cette mesure : toutes les sanctions américaines contre l'Iran levées par l'administration précédente en application de l'accord conclu en 2015 allaient être rétablies. Il ne s'agit évidemment pas des premières sanctions américaines à l'encontre de l'Iran (A), mais le choix de leur analyse semble pertinent eu égard aux nombreuses problématiques qu'elles suscitent tant sur leur licéité que sur leurs effets sur l'exercice effectif des droits fondamentaux de l'homme (B).

A- La pratique américaine en matière de mesures coercitives unilatérales à l'encontre de l'Iran

De prime abord, soulignons que la capacité des Etats-Unis à imposer des mesures coercitives repose non seulement sur leur puissance économique et financière, notamment le statut du dollar comme monnaie de réserve mondiale, mais aussi sur leur omnipotence et leur position centrale dans les interconnexions nouées avec d'autres partenaires dans le contexte de la mondialisation, tels réseau SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*), serveurs internet, chambres de compensation interbancaires...²

Les premières sanctions américaines à l'encontre de l'Iran sont mises en place dès 1979, en réaction au renversement du Shah, au retour de l'Ayatollah Khomeiny mais surtout à l'attaque de

¹Aux Etats Unis, l'équivalent du Décret présidentiel. Il s'agit des Executive Order 13574, 23 mai 2011, 76 FR 30505 ; Executive Order 13590, 20 novembre 2011, 76 FR 72609 ; Executive Order 13622, 30 juillet 2012, 77 FR 45897 ; Executive Order 13628, 9 octobre 2012, 77 FR 62139 ; Executive Order 13645, 3 juin 2013, 78 FR 33945.

²Harrell P.E et Rosenberg E., « *Economic Dominance, Financial Technology, and the Future of US Economic Coercion* », Repport, Center of a New American Security, avril 2019, disponible sur https://s3.amazonaws.com/files.cnas.org/documents/CNAS-Report-Economic_Dominance-final.pdf?mtime=20190423154936, consulté le 20 avril 2020, 16 :25.

l'ambassade des États-Unis à Téhéran avec prise d'otages et à l'attentat contre des militaires américains survenu au Liban; dès lors, ces deux pays ont cessé d'entretenir des relations diplomatiques depuis 1980, les Etats-Unis désignant l'Iran comme « *Etat soutenant le terrorisme* », multipliant les mesures de sanction et de blocage des actifs iraniens¹. Ces mesures sont diverses. A partir de 1979, elles englobent essentiellement :

- Un embargo sur le pétrole iranien ;
- Le retrait des visas à plus de 50 000 étudiants iraniens aux États-Unis ;
- L'interdiction de toute aide ou assistance militaire étrangère ;
- La rupture des relations diplomatiques avec l'Iran, à partir de 1980 ;
- Un embargo généralisé sur les exportations américaines vers l'Iran à l'exception de la nourriture et des médicaments ;
- Un embargo sur les importations iraniennes aux États-Unis ;
- Le gel de plus de 8 milliards de dollars d'avoirs iraniens ;
- L'annulation de tout visa d'entrée aux États-Unis.

¹ Ainsi par exemple, en 1996, les Etats-Unis ont modifié leur loi sur l'immunité des Etats étrangers afin de priver les Etats ainsi désignés d'immunités devant les juridictions américaines. En outre, en 2002, les Etats-Unis ont adopté la loi sur l'assurance contre les risques associés au terrorisme qui a établi certaines mesures d'exécution des décisions de justice rendues à la suite de la modification de la loi de 1996. En 2012, un décret présidentiel a décidé du blocage des actifs de l'Etat iranien, y compris ceux de sa banque centrale et des institutions financières appartenant à l'Iran ou contrôlée par celui-ci, dès lors que ces actifs se trouvaient sur le territoire américain ou étaient contrôlés par un américain. La même année, les Etats-Unis ont adopté une loi sur la réduction de la menace iranienne et les droits de l'homme en Syrie dont un article assujettit les actifs de la banque centrale à des mesures d'exécution.

À partir de 2006, les États-Unis vont, suite à la reprise des activités d'enrichissement d'uranium de l'Iran, mettre en place de nouvelles sanctions¹ qui sont régies par des dizaines de lois et d'ordonnances.

Ainsi, des ordres exécutifs passés interdisant l'investissement en Iran et les importations de ce pays sont officialisés par l'*Iran Freedom Support Act* (IFSA), une loi votée par le Congrès en 2006 qui établit entre autres une liste des banques iraniennes avec lesquelles il est interdit de faire des transactions.

D'autre part, une interdiction d'investissement dans le secteur énergétique iranien (pour tout montant supérieur à 20 millions de dollars), la fourniture de biens et services à destination de l'industrie iranienne de produits pétroliers raffinés et la vente d'essence à l'Iran, sont confirmés par le *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act* (CISADA), une loi votée par le Congrès en 2010 et qui amende l'*Iran Sanctions Act* (1996). Ce texte élargit significativement les activités liées au secteur de l'énergie passibles de sanctions, et ajoute de nouveaux types de sanctions. Sous peine d'être privées d'accès au système financier américain, la CISADA interdit aux banques étrangères de travailler avec des institutions iraniennes déjà sanctionnées. La CISADA érige par ailleurs une liste comprenant des personnes impliquées dans le secteur de l'énergie iranien, dont les actifs étaient gelés et qui ne pouvaient plus voyager en dehors de l'Iran. Des sanctions identiques contre des personnes ayant commis des violations des droits de l'homme sont également décidées. Enfin, une clause spéciale disposant que toute entreprise s'engageant à ne plus investir en Iran serait exemptée de sanctions, est également incluse dans cette loi

D'autres sanctions portent sur l'interdiction aux banques étrangères d'être en relation avec la Banque Centrale d'Iran pour financer les achats de pétrole iranien. Cette mesure est décidée par le *National Defense Authorization Act* (NDAA), voté par le Congrès en 2012.

De plus, une interdiction de la fourniture de services de messagerie à l'Iran pour effectuer des transactions financières liées à des questions d'assurance de transport, est décidée par l'*Iran*

¹ Matelly S., Gomez C., Carcanague S., « Performance des sanctions internationales », p.157 et s., IRIS, mars 2017, disponible sur www.iris-france.org/wp-content/uploads/2017/06/persan_-_typologie_-_etudes_de_cas_juin_2017_0.pdf, consulté le 12 mai 2019, 13 :32.

Threat Reduction Act (ITRA), voté en 2012. Ce texte interdit également le rapatriement des avoirs iraniens liés aux ventes de pétrole.

Enfin, l'*Iran Freedom and Counter-Proliferation Act* (IFCPA), voté en 2012, établit l'interdiction de toute transaction avec les secteurs iraniens de l'énergie, du transport maritime et de l'industrie portuaire. Comme elle interdit également la vente de métaux semi-finis à l'Iran. En 2013, sur la base d'un ordre exécutif du Président américain, les sanctions de l'IFCPA sont étendues à l'industrie automobile iranienne interdisant toute transaction avec ce secteur¹.

Le 14 juillet 2015, l'Iran, les cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU (Chine - Etats-Unis - Russie - France - Royaume-Uni), l'Allemagne et l'Union européenne trouvent à Vienne un accord visant à garantir la nature exclusivement pacifique du programme nucléaire iranien, par l'adoption d'un Plan d'action global commun (JCPOA). Cet accord, conclu pour une période de dix ans, instituait une limitation du programme nucléaire civil iranien, en contrepartie de la levée de toutes les sanctions imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies, et des sanctions multilatérales ou nationales relatives au programme nucléaire de l'Iran, y compris des mesures relatives à l'accès dans les domaines du commerce, de la technologie, des finances et de l'énergie.

S'agissant des sanctions américaines, le Plan prévoit que les Etats-Unis cesseront d'appliquer les sanctions énoncées dans l'Annexe II².

Le 20 juillet 2015, par sa Résolution 2231 (2015), le Conseil de sécurité de l'ONU approuve le plan d'action et appelle instamment à son « application intégrale conformément au calendrier qu'il prévoit » (§1). Par la même résolution, le Conseil décide notamment de lever, sous certaines conditions, un certain nombre de dispositions de ses résolutions antérieures sur la question nucléaire iranienne (§§7-9) et définit les mesures à prendre pour la mise en application du plan d'action (§§16-20).

¹ Presidential Documents, « *Executive Order 13645 of June 3, 2013* », Federal Register, Vol. 78, N° 108, 5 juin 2013, disponible sur <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/13645.pdf>, consulté le 23 avril 2019, 12 :43.

² Ces sanctions sont énoncées dans le § 21 du Plan.

Le 16 janvier 2016, et dans le cadre de l'exécution du JCPOA, le président des Etats-Unis adopte le décret 13716¹ par lequel sont abrogés ou modifiés plusieurs décrets antérieurs portant sur les sanctions en lien avec le nucléaire iranien qui avaient été imposées à l'Iran et à ses ressortissants. Les Etats-Unis vont lever les sanctions touchant les personnes non américaines dans le cadre de certaines activités en rapport avec l'Iran, sanctions dites « secondaires ». Ces sanctions avaient comme objectif la dissuasion des personnes non américaines physiques et morales, de prendre part à des activités avec l'Iran sous peine de lourdes amendes². La levée des sanctions secondaires permettait aux personnes physiques et morales non américaines d'intervenir dans la quasi-totalité des secteurs économiques en Iran sans risquer de poursuites ou des sanctions de la part des agences fédérales américaines, plus particulièrement de l'*Office of Foreign Assets Control* (OFAC). En revanche, les sanctions « primaires » sont maintenues ; elles ont été instaurées après la révolution islamique, et interdisent, de manière générale, aux personnes américaines l'import/export, direct ou indirect, de marchandises, technologie, et de services, depuis et vers l'Iran, ainsi que toute relation avec le gouvernement iranien.

Mais le 8 mai 2018, le Président des États-Unis publie un mémorandum sur la sécurité nationale³ par lequel il met un terme à la participation de son pays au Plan d'action global commun, chargeant son administration de s'attacher immédiatement à rétablir les sanctions liées au Plan, et ce, dans un délai maximum de 180 jours à compter de la date du mémorandum. L'objectif affiché par le Président étant d'« *exercer une pression financière sur le régime iranien en vue d'une solution globale et durable à toutes les menaces exercées par ce pays : développement et prolifération balistique, agressions régionales, soutien aux groupes terroristes, activités pernicieuses des membres des Gardiens de la révolution et de ses auxiliaires* ». Dès lors, « *il était dans l'intérêt des Etats-Unis de rétablir les sanctions aussitôt que possible, et au plus tard dans un délai de 180 jours* ».

¹ Décret n° 13716 du 16 janvier 2016 (Executive Order 13716, 16 janvier 2016, 81 FR 3693).

² « *La BNP Paribas formellement condamnée à une amende record aux États-Unis* », in Le Monde, 1er mai 2015.

³ *National Security Presidential Memorandum*, disponible sur <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/ceasing-u-s-participation-jcpoa-taking-additional-action-counter-irans-malign-influence-deny-iran-paths-nuclear-weapon/>, consulté le 13 mai 2019, 12 :30.

Simultanément, l'OFAC du département du trésor américain annonce que le rétablissement des sanctions se ferait en deux étapes. A l'expiration d'un premier délai de liquidation de 90 jours venant à échéance le 6 août 2018, les Etats-Unis rétabliraient un certain nombre de sanctions visant, notamment, les opérations financières, le commerce des métaux, l'importation de tapis et de denrées alimentaires d'origine iranienne et l'exportation d'aéronefs de transport commercial de passagers et de pièces détachées connexes. A l'expiration d'un second délai de liquidation de 180 jours venant à échéance le 4 novembre 2018, les Etats-Unis rétabliraient des sanctions supplémentaires.

En conséquence, toute une série de sanctions va être rétablie :

D'abord, les sanctions « primaires » sont maintenues interdisant aux personnes américaines (*US persons*¹), aux sociétés américaines, ainsi qu'à toute structure détenue ou contrôlée par une personne américaine, d'établir des relations commerciales avec des personnes ou des entités iraniennes.

Ensuite, les sanctions « secondaires » sont rétablies, elles affectent les personnes non américaines, dès lors qu'elles sont en relation d'affaires avec l'Iran. Les activités concernées sont celles en lien avec : l'achat ou l'acquisition de devises américaines par le gouvernement iranien ; le commerce d'or ou d'autres métaux précieux avec l'Iran ; la vente directe ou indirecte, la fourniture ou le transfert en provenance ou en direction de l'Iran de graphite, métaux bruts ou semi bruts comme l'aluminium, l'acier, le charbon et les logiciels entrant dans des process industriels ; l'achat ou la vente de montants importants en rials iraniens ou la constitution de réserves importantes ou de comptes bancaires en rials iraniens hors du territoire iranien ; l'achat, la souscription ou l'intermédiation dans l'émission d'instruments de la dette souveraine iranienne ; le secteur automobile iranien.

La sanction est possible dès lors que ces opérateurs ont recours au dollar, dans la mesure où la compensation finale de l'opération est effectuée sur le territoire américain, ou qu'ils utilisent des messageries financières sur un routeur américain. En effet, les autorités américaines

¹ « personne américaine » désigne toute personne ayant la citoyenneté américaine, toute entité de droit américain y compris les succursales étrangères de sociétés américaines, ainsi que les résidents permanents sur le sol américain, détenteurs de la *Green Card*.

considèrent que tout paiement en dollar doit être traité impérativement par des infrastructures du marché financier ou des banques de compensation aux Etats-Unis. Ainsi, lorsqu'une banque non américaine exécute un paiement en dollars pour le compte de clients, quelque soit leur position géographique, elle doit bénéficier d'un accès direct ou indirect au processus de compensation et de règlement américains. Si la banque dispose d'une filiale aux Etats-Unis, sa connexion sera donc directe. A contrario, une connexion est indirecte quand la banque étrangère utilise les services de banques correspondantes ou dépositaires américaines. Il s'agit clairement d'une « instrumentalisation » du dollar au service des sanctions unilatérales.

Une sanction à l'encontre d'une personne peut également être adoptée si ses opérations impliquent - de près ou de loin - une « *US person* » à quelque phase de son déroulement, voire si elles sont susceptibles de provoquer qu'une « *US person* » soit, à un moment donné, impliquée contre son gré dans le déroulement d'une opération avec un partenaire public ou privé iranien, dans des secteurs couverts par les sanctions américaines¹.

La plupart de ces dispositions a été réimposée progressivement par les États-Unis le 6 août 2018.

Par ailleurs, et à compter du 5 novembre 2018, les sociétés non américaines détenues ou contrôlées par des personnes américaines devront mettre fin à leurs activités avec l'Iran, notamment : les opérateurs portuaires, le transport maritime et la construction navale de l'Iran ; les transactions pétrolières, l'achat de pétrole, de produits pétroliers ou de produits pétrochimiques auprès de l'Iran, particulièrement avec la compagnie nationale iranienne de pétrole (*National Iranian Oil Company* -NIOC), la *Naftiran Intertrade Company* (NICO), et la *National Iranian Tanker Company* (NITC) ; les transactions avec la Banque centrale iranienne et les institutions financières iraniennes ; les services spécialisés dans la transmission d'ordres financiers de la Banque centrale iranienne et des institutions financières iraniennes ; la fourniture de services de messageries financières (comme la messagerie SWIFT) à des banques iraniennes

¹ Bonnacarrère Ph., « *Rapport d'informations sur l'extraterritorialité des sanctions américaines* », Sénat français, 4 octobre 2018, p.10.

sanctionnées ; les services de courtage d'assurance ou de réassurance pour les transactions avec l'Iran ; le secteur énergétique de l'Iran.

L'administration américaine a prévu une période transitoire de 180 jours, s'achevant le 4 novembre 2018, pour permettre aux sociétés impliquées dans ces différents secteurs, d'interrompre progressivement leurs activités.

Enfin, toutes les mesures individuelles visant des personnes iraniennes, physiques ou morales, vont être rétablies et devront être remises en vigueur au plus tard le 4 novembre 2018. C'est ainsi que des entités et individus iraniens retirés de la liste SDN (*List of Specially Designated Nationals and Blocked Persons*) au moment de l'entrée en vigueur du JCPOA seront progressivement remis sur la liste. Beaucoup d'acteurs iraniens du domaine bancaire et financier sont concernés et en particulier la Banque centrale d'Iran.

Pour l'application de l'ensemble de ces sanctions, le Trésor américain demande à la société SWIFT¹, fournisseur mondial de services de messagerie financière sécurisés, de déconnecter de son réseau la Banque centrale d'Iran et les banques iraniennes black-listées -hormis pour les transactions humanitaires²-, ce qui les empêchera de continuer leurs échanges sécurisés avec les opérateurs étrangers. Sur les exceptions humanitaires, soulignons que le 3 octobre 2018, la Cour Internationale de Justice, saisie par l'Iran sur la base de violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955, entre l'Iran et les États-Unis, rendait une ordonnance indiquant que « *les États-Unis d'Amérique, conformément à leurs obligations au titre du traité d'amitié, ... doivent...supprimer toute entrave que les mesures annoncées le 8 mai 2018 mettent à la libre exportation vers le territoire de la République islamique d'Iran : i) de médicaments et de matériel médical ; ii) de denrées alimentaires et de produits agricoles ; et iii) des pièces détachées,*

¹ SWIFT est une entreprise de droit belge. Elle assure depuis 1973 le fonctionnement d'un réseau international de communication électronique entre acteurs des marchés, qui garantit la rapidité, la sécurité, la confidentialité et l'inviolabilité des échanges relatifs aux opérations financières (ordres d'achat et de vente, confirmations d'exécutions de transactions, instructions de règlement-livraison, ordres de paiement...). Il est devenu un élément clé des échanges internationaux. La plupart des banques et nombre d'acteurs non bancaires en sont adhérents et ce réseau et ces messages sont des standards.

² Autrement dit, qu'une banque iranienne puisse rester connectée au système afin de poursuivre l'exportation de biens non frappés par des sanctions comme les produits pharmaceutiques, agricoles ou agroalimentaires, ce qui permettrait à SWIFT de bénéficier d'une garantie d'immunité pour ces opérations.

des équipements et des services connexes (notamment le service après-vente, l'entretien, les réparations et les inspections) nécessaires à la sécurité de l'aviation civile »¹.

Le 5 novembre 2018, SWIFT, en dépit de son « caractère neutre et global »², annonce sa décision de suspendre l'accès de certaines banques iraniennes à son réseau (sans pour autant mentionner la décision des États-Unis de réimposer des sanctions à l'Iran) ; « *Conformément à sa mission de soutien à la résilience et à l'intégrité du système financier mondial en tant que prestataire de services mondial et neutre, SWIFT suspend l'accès de certaines banques iraniennes à son système de messagerie. Cette mesure, bien que regrettable, a été prise dans l'intérêt de la stabilité et de l'intégrité du système financier mondial dans son ensemble* »³.

Ainsi que souligné par le rapporteur spécial des NU sur les effets des mesures coercitives unilatérales sur les droits de l'Homme⁴, « *le retrait de cet accord suivi de la réintroduction d'un régime de sanctions drastique, complet et unilatéral à l'égard de la République islamique d'Iran, soulèvent en soi d'importantes questions relatives à la licéité de ces sanctions au regard du droit international* ». Il note néanmoins « *qu'il est clair que ce retrait constitue un non-respect ou une violation du Plan d'action, qui est un accord multilatéral recensant une série d'engagements réciproques des parties et créant ainsi pour celles-ci des droits et des obligations au regard du droit international. La règle fondamentale du droit international, pacta sunt servanda, s'applique donc à cet accord* »⁵. Le Rapporteur indique par ailleurs que le Plan d'action a été approuvé par le Conseil de sécurité dans la résolution 2231 (2015), dans laquelle ce dernier appelle instamment à son application intégrale conformément au calendrier qu'il prévoit et demande « *aux États Membres, aux organisations régionales et aux organisations internationales de prendre les mesures qui s'imposent pour appuyer l'application du Plan d'action, et notamment de prendre*

¹ Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, C.I.J. Recueil 2018, §.102, p. 652.

² <https://www.swift.com/fr/about-us/discover-swift>, consulté le 21 avril 2020, 18 :17.

³ « Le réseau SWIFT suspend des banques iraniennes après le retour des sanctions américaines », disponible sur <https://www.letemps.ch/monde/reseau-swift-suspend-banques-iraniennes-apres-retour-sanctions-americaines>, consulté le 20 avril 2020, 16 :58.

⁴ A/HRC/39/54, Op.cit, §31.

⁵ Idem.

des mesures en rapport avec le plan d'application décrit dans le Plan d'action et la présente résolution et de s'abstenir de toute action susceptible d'entraver le respect des engagements pris en vertu du Plan d'action. Cela comprenait, à l'évidence, l'obligation pour les États de s'abstenir d'appliquer des sanctions auxquelles ils avaient renoncé en vertu de l'accord. Dans sa résolution 2231 (2015), le Conseil de sécurité a expressément insisté sur l'obligation faite aux États Membres en vertu de l'Article 25 de la Charte des Nations Unies d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité»¹.

Les sanctions américaines réintroduites à l'encontre de l'Iran en 2018 ainsi présentées et commentées, nous nous attacherons dans les développements qui suivront à étudier la question de leur légalité au regard du droit international.

B- Des mesures extraterritoriales et discriminatoires qui violent le droit international et portent atteinte aux droits fondamentaux de l'Homme

Les buts et les conséquences voulus par ces sanctions peuvent aussi nous éclairer quant à la licéité ou illicéité des mesures américaines de 2018. Comme nous l'avons démontré dans la première partie de cette étude, et en nous référant à l'approche de « l'abus de droit » telle qu'exposée, « *une sanction économique prise par un État contre un autre, dans l'exercice de sa compétence souveraine, serait illicite dès lors que, et seulement si, elle constituerait un abus de droit... On peut considérer qu'il y a abus de souveraineté constitutive d'une violation du principe de non ingérence lorsqu'un État i) entend faire pression sur un autre État afin de forcer sa décision, ii) par le recours à une forme de contrainte (non militaire), et iii) en violant un droit dont dispose cet autre État en vertu de sa propre souveraineté* ».

Au regard de ces conditions, on peut admettre, dans le cas de l'Iran, qu'elles sont toutes intégralement remplies :

D'abord, des représentants des États-Unis ont clairement affirmé que le régime de sanctions visait bel et bien à nuire à la République islamique d'Iran dans son ensemble. Les Secrétaire d'Etat des États-Unis, Michael Pompeo et Steven Mnuchin, ont affirmé que le pays exercerait une pression financière sans précédent sur le régime iranien, soulignant que les sanctions auraient

¹ Ibid.

des conséquences très pénibles pour le pays s'il ne changeait pas de cap et ne délaissait pas la voie inadmissible et stérile qu'il avait choisie au profit d'une voie qui lui permette de rejoindre la communauté internationale. Ces sanctions seraient d'ailleurs les plus sévères jamais appliquées. Une fois qu'elles auraient été mises en place, il deviendrait difficile de maintenir l'économie du pays à flot¹.

Ensuite, parce que les mesures américaines de 2018 sont extraterritoriales. Elles semblent porter atteinte à la souveraineté des Etats, car elles visent à interdire toute activité avec l'Iran, tant aux personnes américaines qu'aux personnes non américaines, relevant d'autres Etats. Cette atteinte à la souveraineté est « doublée », parce que ces Etats, ou leurs ressortissants, qui ne souhaitaient pas arrêter leurs relations avec l'Iran, ont été « contraints » de le faire en raison des « sanctions » qu'ils encouraient de la part des Etats Unis. Entreprises, grands groupes, établissements financiers, se sont vus contraints de se retirer d'Iran en y abandonnant des marchés ou d'y interrompre des projets, sauf à encourir des pénalités financières et/ou des représailles aux États-Unis sur les actifs qu'elles y détiennent, ou sur les activités qu'elles y conduisent.

D'ailleurs, les autorités américaines n'hésitent pas à poursuivre toute entreprise qui ne respecterait pas ses sanctions. Au cours des dernières années, l'OFAC a imposé de lourdes amendes pour des transactions établies entre entreprises étrangères avec Cuba et l'Iran, le plus souvent sur la base de l'utilisation du dollar. La banque BNP Paribas s'est acquittée d'une pénalité de 8,9 milliards de dollars, la banque néerlandaise ING a été contrainte de payer une pénalité de 619 millions de dollars, HSBC, 375 millions de dollars, Crédit Suisse Bank, 500 millions de dollars, et Commerzbank AG, 260 millions de dollars². « Ces amendes massives ont marqué les entreprises. La peur des pénalités de l'OFAC, ou d'un revirement des autorités américaines, est

¹ Département d'État des États-Unis, Secrétaire d'État Michael R. Pompeo, 5 novembre 2018, « *Iran : Déclarations du secrétaire d'État Pompeo et du secrétaire au Trésor Mnuchin lors d'un point de presse* », disponible sur <https://fr.usembassy.gov/fr/iran-declarations-du-secretaire-detat-pompeo-et-du-secretaire-au-tresor-mnuchin-lors-dun-point-de-presse/>, consulté le 20 avril 2020, 20 :12.

² Leblanc-Wohrer M., « *Le droit, arme économique et géopolitique des États-Unis* », in *Politique étrangère*, vol. 84, n° 4, hiver 2019, p.46.

telle que la plupart des entreprises, notamment les banques, refusent d'intervenir dans des transactions mêmes autorisées. Il faut également compter avec les « clauses sanctions » des banques et compagnies d'assurance, introduites dans les contrats suite à l'amende infligée à BNP Paribas. Ces clauses imposent le respect des régimes de sanctions américain et britannique, en dehors de tout rattachement avec les Etats-Unis, et permettent aux établissements financiers de résilier crédits et conventions de compte si leurs clients ne s'y conforment pas »¹.

De plus, ces sanctions unilatérales semblent porter atteinte à des droits économiques fondamentaux, notamment à la liberté d'entreprise et au droit de propriété, protégés entre autres par les articles 16 et 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces sanctions vont également à l'encontre des objectifs de l'OMC qui sont de favoriser le commerce entre les États. En outre, en remettant en cause la continuité des contrats en cours avec l'Iran, les sanctions américaines de 2018 affectent les acteurs économiques en leur imposant l'arrêt d'exécution de leurs contrats, conduisant souvent à des pertes ou du moins à des manques à gagner. Pour ne citer qu'un exemple, l'Union européenne a exprimé son souhait de poursuivre ses échanges avec l'Iran et a mis en place le 31 janvier 2019, à l'initiative de la France, de l'Allemagne et du Royaume-Uni, le mécanisme INSTEX (*Instrument in Support of Trade Exchanges*), consistant pour l'essentiel, à permettre à des entreprises européennes et iraniennes de commercer sans réaliser de transactions financières directes²; cet échange ne tombe pas, dès lors, sous le coup des sanctions américaines, qui sont ainsi contournées³. INSTEX est limité pour le moment aux produits de première nécessité, c'est-à-dire les produits alimentaires et pharmaceutiques.

¹ Ibid, p.47

² Les échanges financiers ne se produisent qu'entre l'importateur et l'exportateur européens, et entre l'importateur et l'exportateur iraniens : aucun flux financier ne se produit directement entre l'Iran et un autre pays. INSTEX fonctionne ainsi comme une sorte de chambre de compensation.

³ Prenant acte de cette technique de contournement des sanctions, les Etats-Unis ont décidé le 1er août 2019 d'octroyer des exemptions de sanctions à l'Union européenne, la Chine et la Russie en matière d'échanges avec l'Iran sur le volet du nucléaire civil. Ces parties, dans le cadre de l'Accord de Vienne, étaient engagées depuis 2016 en Iran dans la transformation en infrastructures civiles d'un réacteur d'eau lourde à Arak, d'un centre d'enrichissement à Fordow et d'un réacteur à la centrale de Bushehr ; sans ces exemptions, octroyées pour une durée de 90 jours, les Etats-Unis auraient dû leur appliquer des sanctions.

Dans le même ordre d'idée, l'Union européenne explique que : « *certaines des mesures que les États-Unis réactiveront contre l'Iran ont des effets extraterritoriaux et, dans la mesure où elles portent indûment atteinte aux intérêts des personnes physiques et morales établies dans l'Union qui effectuent des opérations de commerce et/ou des mouvements de capitaux et des activités commerciales connexes entre l'Union et l'Iran, elles violent le droit international et empêchent la réalisation des objectifs de l'Union* »¹.

Mais force est de souligner que la menace de poursuite et de condamnation des entreprises étrangères ne respectant pas les sanctions américaines de 2018 contre l'Iran a eu un effet dissuasif. La quasi-totalité des entreprises, chinoises et européennes (dont russes), ont renoncé à commercer ou à investir en Iran, sous peine de non accès au marché américain, et peu d'entre elles se sont risquées à continuer leurs opérations commerciales ou d'investissement. Ainsi par exemple, les sociétés françaises qui avaient repris, suite à l'Accord de 2015, leurs activités en Iran, se sont progressivement désengagées : Total s'est officiellement retiré de projets d'investissements de plusieurs milliards de dollars en abandonnant South Pars, le projet gazier à 5 milliards de dollars dans le golfe Persique², PSA a quitté l'Iran malgré l'installation de ses usines, Renault a réduit ses engagements³, et Air France, après avoir réouvert sa desserte avec Téhéran en 2016, a décidé de la fermer dès septembre 2018.

Enfin, il apparaît que le caractère illicite de ces mesures extraterritoriales résulte également de leurs conséquences néfastes, inacceptables et indifférenciées sur les droits de l'homme⁴, comme par exemple leur caractère discriminatoire ; selon le Rapporteur spécial sur les mesures coercitives unilatérales et leurs effets sur les droits de l'Homme : « *Il existe un solide argument juridique selon lequel les sanctions peuvent avoir un effet discriminatoire en fonction du pays de*

¹ Voir Commission européenne, Exposé des motifs de la proposition de règlement délégué de la Commission du 6 juin 2018, modifiant l'annexe du règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, §. 1.

² Voir <https://www.lesechos.fr/2017/07/total-signe-son-grand-retour-en-iran-avec-un-contrat-gazier-geant-151325>, consulté le 20 avril 2020, 14 :59.

³ Voir <https://www.lesechos.fr/industrie-services/automobile/iran-premier-couperet-sur-lautomobile-et-laeronautique-136186>, consulté le 20 avril 2020, 15 :04.

⁴ A/HRC/39/54, Op.cit.

résidence ou de la nationalité des populations visées. La discrimination fondée sur la nationalité ou l'origine nationale est contraire, entre autres, à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et aux articles 1 et 2 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale». Cet argument nous paraît valable pour les iraniens qui se voient refuser la possibilité d'entretenir des relations commerciales (ou autres) normales avec des étrangers suite aux sanctions américaines.

Il faudra d'ailleurs noter à cet égard que l'Iran a saisi la Cour internationale de Justice, le 14 juin 2018, en invoquant la violation du traité d'amitié signé par les parties en 1955, en particulier en ce qui concerne les actifs de la banque centrale iranienne. Dans son ordonnance sur les mesures conservatoires du 3 octobre 2018¹, la Cour a reconnu sa compétence *prima facie* sur la base d'une clause compromissoire contenue dans le traité d'amitié, et a rejeté l'argument des Etats-Unis selon lequel le différend portait en réalité sur le Plan d'action global commun (dont la nature juridique était par ailleurs controversée). En effet, ainsi que souligné par le Pr. Fathally², « *les Etats-Unis contestent la compétence de la Cour pour se prononcer sur cette affaire et il n'est pas certain qu'ils acceptent d'exécuter l'ordonnance. Par ailleurs, la solution n'aura certainement pas d'impact sur les sanctions du 4 novembre 2018 qui visent notamment les produits pétroliers et gaziers. Au cours des prochaines étapes, lorsque la Cour statuera sur le fond du litige, les américains n'auront d'autres choix que de baser leur défense sur l'article XX(1) du Traité, plus précisément sur la clause qui soustrait de l'application de ce Traité, les mesures nécessaires à la protection de la sécurité nationale. Ils auront alors la difficile tâche de convaincre la Cour que les sanctions prises sont conformes à la clause en cause* ».

La Cour a en outre indiqué à l'unanimité, que les Etats-Unis d'Amérique, conformément à leurs obligations au titre du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclu en 1955, doivent, par les moyens de leur choix, supprimer toute entrave que les mesures annoncées le 8 mai 2018 mettent à la libre exportation vers le territoire de la République islamique d'Iran : i) de

¹ Le texte complet de l'ordonnance est disponible sur <https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20181003-ORD-01-00-FR.pdf>, consulté le 10 mai 2019, 21 :23.

² Voir Fathally J, « *L'ordonnance de la CIJ, «l'inamicalité» Américano-Iranienne et le droit international* », disponible sur <https://www.cepi-cips.ca/2018/10/11/lordonnance-de-la-cij-linamicalite-americano-iranienne-et-le-droit-international/>, consulté le 12 mai 2019, 21 :44.

médicaments et de matériel médical ; ii) de denrées alimentaires et de produits agricoles ; et iii) des pièces détachées, des équipements et des services connexes (notamment le service après-vente, l'entretien, les réparations et les inspections) nécessaires à la sécurité de l'aviation civile. Par ailleurs, ainsi qu'indique la Cour, les Etats-Unis d'Amérique doivent veiller à ce que les permis et autorisations nécessaires soient accordés et à ce que les paiements et autres transferts de fonds ne soient soumis à aucune restriction dès lors qu'il s'agit de l'un des biens et services visés au point¹.

Conclusion

En guise de conclusion, nous pouvons avancer l'idée selon laquelle les mesures coercitives unilatérales apparaissent souvent d'une « légalité douteuse » au regard du droit international, aussi bien général, qu'à celui relatif aux droits l'Homme ou à l'humanitaire, ou encore le droit de la responsabilité internationale des Etats et des organisations internationales. Un auteur a même avancé qu'« *unilatéralement, les sanctions appartiennent en fin de compte à l'arsenal du droit du plus fort et sont donc probablement mieux adaptées à l'«ancien» droit international, dans lequel le «droit à la guerre» était la prérogative de l'Etat souverain* »².

Face au recours accru aux mesures coercitives unilatérales par les Etats, certains principes fondamentaux du droit international doivent être réaffirmés, tel que le principe de la souveraineté, égalité souveraine entre les Etats, non ingérence, protection des droits de l'Homme... ; par ailleurs, les Etats doivent également se conformer à certaines règles de conduite universellement reconnues telles que : les parties qui appliquent des sanctions unilatérales sont tenues de réaliser une évaluation transparente de l'impact des mesures envisagées sur les droits de l'homme et de surveiller régulièrement les effets de la mise en œuvre des mesures, y compris en ce qui concerne leurs effets préjudiciables sur les droits de l'homme ; Il faut mettre fin à la politisation de ce qui devait être un mécanisme de transfert financier international interbancaire purement technique, dont la manipulation sous la forme d'une exclusion sélective reviendrait à réintroduire des sanctions globales à l'encontre de pays ciblés ; Des mécanismes garantissant le

¹ Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), CIJ, Ordonnance du 3 octobre 2018, Op.cit, §102.

² Köchler H, Op.cit.

respect de la procédure et la possibilité d'un recours juridictionnel pour obtenir réparation devraient être mis en place¹.

Mais en attendant que cet « instrument clé de politique étrangère » soit complètement éliminé ou supprimé, un meilleur encadrement de la part du droit international devrait lui être réservé, par exemple, à travers l'adoption d'une résolution à l'unanimité par l'Assemblée générale de l'ONU sur les mesures coercitives unilatérales, un projet ayant déjà été proposé par le Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures unilatérales sur les droits de l'Homme ; ou bien encore, par l'élaboration par la Commission de droit international (CDI) de l'ONU de lignes directrices, un projet d'articles, et pourquoi pas une convention multilatérale sur la question.

Bibliographie :

A- Ouvrages

- 1- Berthelot P. et Elie H. (dir.), « *Les sanctions internationales, entre légalité et réalité* », l'Harmattan, 2015.
- 2- Gherari H. et Sziek S. (dir.), « *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international* », Paris, Monchretien, 1998.
- 3- Novosselof A. (dir.), « *Le Conseil de sécurité des Nations Unies, entre impuissance et toute puissance* », Paris, CNRS ed., 2016.
- 4- Orakhelashvili A., « *Collective Security* », Oxford, Oxford University Press, 2011.

B- Articles

- 1- Alabrune F., « *La pratique des comités des sanctions du Conseil de sécurité depuis 1990* », AFDI, 1990, XLV, pp.226-279.
- 2- Charvin R., « *Les mesures d'embargo : la part du droit* », RBDI, 1996/1, Bruylant, Bruxelles.

¹ Voir A/HRC/36/44, Op.cit., p. 21.

- 3- Dubouis L., « *L'embargo dans la pratique contemporaine* », AFDI, Vol. 13, 1967, pp. 99-152.
- 4- Eisemann P.M, « *Article 41* », in COT J.P et Pellet A. (dir.), *Commentaire de la Charte des Nations Unies article par article*, Paris, Economica, 3^{ème} édition, 2005.
- 5- Farrell H. et Newman A., « *Weaponized interdependence* », in *International Security*, vol.44, n° 1, pp.42-79.
- 6- Gary C. Hufbauer et Barbara Oegg, « *Targeted sanctions : a policy alternative?* », *Law and Policy in International Business*, vol. 32 (2000-2001), p. 11 à 20.
- 7- Hajjami N., « *Que signifie l'expression « prendre toutes les mesures nécessaires » dans la pratique du conseil de sécurité des Nations Unies ?* », RBDI, 2013/1, pp.242 et s.
- 8- Iain Cameron, « *UN targeted sanctions, legal safeguards and the European Convention on Human Rights* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, no 2 (2003), p. 159 à 214.
- 9- Köchler H, « *Les sanctions au regard du droit international, Horizons et débats* », 28 mai 2018, 17e année No 11/12, Zurich.
- 10- Leben Ch., « *Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale* ». In *Annuaire français de droit international*, volume 28, 1982. pp. 9-77.
- 11- Leblanc-Wohrer M., « *Le droit, arme économique et géopolitique des Etats-Unis* », in *Politique étrangère*, vol.84, n° 4, hiver 2019, pp.37-48.
- 12- Lopez et David Cortright, « *Financial sanctions: the key to a 'smart' sanctions strategy* », *Die Friedens-Warte*, vol. 72, no 4 (1997).
- 13- Martin-Bidou P., « *Les mesures d'embargo prises à l'encontre de la Yougoslavie* », AFDI, Vol. 39, 1993. pp. 262-285.
- 14- Matelly S., Gomez C., Carcanague S., « *Performance des sanctions internationales* », IRIS, mars 2017, www.iris-france.org/wp-content/uploads/2017/06/persan_-_typologie_-_etudes_de_cas_juin_2017_0.pdf

15- Pellet A., « *Sanctions unilatérales et droit international, Unilateral Sanctions and International Law* », Annuaire de l'Institut de droit international - Séssion de Tallinn - Volume 76, 2015.

16- Pellet A., « *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin?* ». In: Annuaire français de droit international, volume 48, 2002. pp. 1-23.

17- Sur S., « *Sécurité collective* », in Les dynamiques du droit international, Paris, Pedone, 2012, pp.147-161.

18- Thouvenin J.M, « *Les sanctions économiques et le droit international* », Droits 2013/1, n° 57.

C- Documents officiels

a- Assemblée générale des Nations Unies

- Charte des droits et devoirs économiques des Etats (Résolution 3281 (XXIX))
- Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international (résolution 3201 (S-VI))
- Résolutions 32/153, 33/74, 34/101 et 35/159 sur la non-ingérence dans les affaires intérieures des États;
- Résolutions 39/210, 40/185, 41/165, 42/173, 44/215, 46/210 et 48/168 sur les mesures économiques en tant que moyen de coercition politique et économique à l'encontre des pays en développement;
- Résolutions 52/181, 54/200, 56/179, 58/198, 60/185 et 62/183 sur les mesures économiques unilatérales utilisées pour exercer une pression politique et économique sur les pays en développement.
- Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté (Résolution A/2131 (XX))

- Déclaration de 1970 sur les relations amicales (Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (résolution 2625 (XXV)
- Déclaration de 1981 sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des États (Résolution 36/103).

b- Conseil de sécurité des Nations Unies

- Résolutions 660 et 661 (1990) sur l'Irak
- Résolution 687 (1991) sur l'Irak
- Résolution 713 (1991) sur la Yougoslavie.
- Résolution 733 (1992) sur la Somalie
- Résolution 748 (1992) sur la Lybie
- Résolution 1054 (1996) sur le Soudan,
- Résolution 1132 (1997) relative au Sierra Léone.
- Résolutions 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002) relatives aux sanctions imposées à Al-Qaïda
- Résolution 1636 (2005) sur le Liban
- Résolution 1970 (2011) sur la Lybie
- Résolution 2118 (2013) sur la Syrie
- Résolution 2146 (2014) relative à la Lybie.
- Résolution 2159 (2014) sur l'Iran
- Résolution 2231 (2015) sur la non-prolifération
- Report of the Informal Working Group of the Security Council on General Issues of Sanctions, S/2006/997

c- Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme

- Rapport annuel du Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme, 2015.
- Rapport du Rapporteur spécial sur les effets négatifs des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme, août 2018, Résolution A/HRC/39/54.
- Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Résolution A/HRC/36/44

d- Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme

Étude thématique du Haut-commissariat aux droits de l'homme sur les effets des mesures coercitives unilatérales sur l'exercice des droits de l'homme, comportant des recommandations sur la façon de mettre fin à ces mesures, A/HRC/19/33, 11 janvier 2012.

D- Textes juridiques

a- Internationaux

- Charte des Nations Unies (1945)
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention), 1949.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I),
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965).

- Pacte international sur les droits politiques et civils (1966)
- Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (1966).

b- Américains

- Executive Order 13574, 23 mai 2011, 76 FR 30505
- Executive Order 13590, 20 novembre 2011, 76 FR 72609
- Executive Order 13622, 30 juillet 2012, 77 FR 45897
- Executive Order 13628, 9 octobre 2012, 77 FR 62139
- Executive Order 13645, 3 juin 2013, 78 FR 33945
- Executive Order 13716, 16 janvier 2016, 81 FR 3693
- Presidential Memoranda, « *Ceasing U.S. Participation in the JCPOA and Taking Additional Action to Counter Iran's Malign Influence and Deny Iran All Paths to a Nuclear Weapon* », 8 mai 2018.

E- Jurisprudence internationale

- Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986.
- Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, C. I. J. Recueil 2002.
- Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France), arrêt du 4 juin 2008, C.I.J. Recueil 2008.

مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
© جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي