

# مجلة جيل

## الأبحاث القانونية المعمقة

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com



العام الرابع - العدد 32 - مارس 2019





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# المشرفة العامة ومديرة التحرير: سرور طالبى المل



## التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهرياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكّلة 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:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

## أسرة التحرير:

- أ.د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)  
د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)  
د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)  
د. العيساوي عماد، جامعة كوميلوتنسي بمدريد (إسبانيا)  
د. سفيان سولم 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. نوقل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)  
د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

## التدقيق اللغوي:

- د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت / الجزائر).  
د. محمد حسام عبدالنواب عبدالمجيد، (جامعة بني سويف - مصر)

## أعضاء اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. أحمد براك، جامعة فلسطين الأهلية.  
د. عبداللاوي خديجة، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب - عين تموشنت، الجزائر.

# قواعد النشر

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

- 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، ملتمى.
- 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 المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخرى بأحدى 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 الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمشن معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

#### 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 الالكترونية:
- 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@jilrc-magazines.com

## الفهرس

### الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • مدى شرعية قانون القومية اليهودي في ضوء القانون الدولي، عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم، أكاديمية شرطة دبي - آلاء ناصر أحمد باكير ، جامعة اليرموك.
- 39 • مدى اختصاص القاضي الإداري السعودي بنظر دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية، حسان بن مختارالمؤنس، جامعة الملك فيصل.
- 59 • أحكام الخُلع في القانون العراقي، عبد المنعم عبد الوهاب العامر، نقابة المحامين، العراق.
- 81 • تقييم تجربة الجزائر في اشراك القطاع الخاص بواسطة النماذج التمويلية الحديثة لتحقيق التنمية المستدامة (عقد البناء، والتشغيل ونقل الملكية أنموذجًا)، أسماء تخنوني، جامعة الشاذلي بن جديد، الطارف، الجزائر.
- 103 • الحماية القانونية للموارد المائية في التشريع الجزائري، مشنف أحمد، المركز الجامعي أحمد زبانه.

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 © 2019



## الافتتاحية

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

اخترنا لكم في العدد الثاني والثلاثون من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة دراسات قيمة تناولت مواضيع ذات أهمية قصوى وحساسية في نفس الوقت.

بحيث تناول البحث المعمق لهذا العدد قانون القومية اليهودي ومدى شرعيته في ضوء أحكام القانون الدولي، سيما أنه قانون عنصري تجاه الفلسطينيين باعتباره أن الأراضي الفلسطينية وطن قومي للشعب اليهودي يمارس فيه كافة حقوقه الطبيعية والدينية وحتى التاريخية.

أما المقال الثاني فلقد تناول سلطة واختصاص القاضي الإداري السعودي بنظر دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية أمام المحاكم الإدارية لديوان المظالم، وذلك في ضوء الأنظمة واللوائح واجتهادات القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية، بهدف رفع الوعي القانوني للمتقاضين والتقليل من حالات رفض الدعوى لعدم قابلية القرار الإداري للطعن بالإلغاء.

لينتقل المقال الثالث لدراسة مفهوم وأحكام الخُلع في قانون الأحوال الشخصية العراقي وفقاً لما أستقر عليه القضاء العراقي ومبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء.

فحين يتناول المقال الرابع تجربة الجزائر في إشراك القطاع الخاص لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية المستدامة وتطويرها، من خلال فسخ المجال للمبادرات الفردية في إدارة وتمويل المشاريع والتجهيزات العامة.

أما المقال الخامس، فلقد عالج الحماية القانونية للموارد المائية في التشريع الجزائري كإحدى الأملاك الوطنية الحيوية التي تستوجب المحافظة عليها وحسن تسييرها لضمان إستدامتها للأجيال القادمة وباعتبارها مورداً أساسياً للتنمية الاقتصادية.

ولا يفوتني في الأخير أن أذف لكم خبر ادراج المجلة في قواعد البيانات الانجلوسكسونية، وهذا بعد فضل الله تعالى، يعود إلى أعضاء أسرة التحرير واللجنة العلمية التحكيمية الذين حرصوا معنا منذ انطلاق المجلة على اختيار الأفضل والأصيل، فلهم منا كل الشكر والثناء والتقدير، مؤكدة لهم أن مسؤوليتنا الآن قد تضاعفت لنستمر دائما بنفس العطاء والنوعية.

**والله الموفق في الأول والآخر**

**سرور طالبى المله / المشرفة العامة ومديرة التحرير**

## مدى شرعية قانون القومية اليهودي في ضوء القانون الدولي

### The legitimacy of the law of Jewish nationalism in the light of international law

إعداد الباحثان

آلاء ناصر أحمد باكير

Alaa Naser Ahmed Bakeer

جامعة اليرموك ، المملكة الأردنية الهاشمية

عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم

Abdulrahman Ali Ibrahim Ghunaim

أكاديمية شرطة دبي ، الإمارات العربية المتحدة

#### Abstract

This study is aimed at shedding light on the Basic Law of the State of Israel, which aims to make Palestine a national homeland for the Jewish people, in which all Jews exercise their natural, religious and historical rights, primarily religious rights. Israel is a state based on Jewish religion. Jewish conflict in the light of international law and the resolutions on the Palestinian question, The importance of this study lies in the fact that it reveals a law aimed at restoring the system that humanity sought with all its might to get rid of it and its calamities, which has long suffered so much. It is a system of racial discrimination which is considered a crime against humanity and the right of society as a whole and rejected by international law and all international conventions and conventions, The purpose of the study is to familiarize itself with the provisions of the Jewish National Law, to explain the impact of this law on the reality and the Palestinian issue, to know the legitimacy and agreement of this law with international law and to indicate the compatibility of this law with the UN resolutions related to the Palestinian cause, The study found that the Jewish National Law is a direct and serious violation of human rights because it permits the practice of racist and discriminatory policies towards Palestinian Arabs within Israel. The proposal does not include any right for the Palestinians because it is I consider them a minority group and not an indigenous population and right holders, and all that is contrary to international law and its principles. This law is considered a violation of the rules of international law. The study recommended the necessity of boycotting the Israeli occupation state at all levels and Blood to deal with them because of the laws of racism and unfair enacted and enacted by constantly.

**key words:** Jewish National Law, Nationalism, Racial Discrimination, International Law, Violations.

## الملخص :

جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على قانون أساس الدولة القومية لإسرائيل، والذي يهدف إلى جعل فلسطين وطن قومي للشعب اليهودي يمارس فيه اليهود كافة حقوقهم الطبيعية والدينية والتاريخية وعلى رأسها الحقوق الدينية لكون إسرائيل دولة قائمة على أساس الدين اليهودي، وتبلورت مشكلة الدراسة في مدى شرعية قانون القومية اليهودي في ضوء القانون الدولي والقرارات المتعلقة بالقضية الفلسطينية، وتكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تكشف عن قانون يهدف إلى إعادة نظام سعت البشرية بكل قواها إلى التخلص منه ومن ويلاته لظالما عانت منه الشيء الكثير، وهو نظام التمييز العنصري الذي يعتبر بمثابة جريمة بحق الإنسانية وبحق المجتمع ككل، ويرفضه القانون الدولي وكافة المواثيق والاتفاقيات الدولية، وهدفت الدراسة إلى الإلمام بالأحكام الواردة في قانون القومية اليهودي، وبيان أثر هذا القانون على الواقع والقضية الفلسطينية، ومعرفة مدى شرعية واتفاق هذا القانون مع القانون الدولي، وبيان مدى مواءمة هذا القانون والقرارات الأممية المتعلقة بالقضية الفلسطينية، ولقد استخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي لكونه الأكثر ملائمة لطبيعة هذه الدراسة، وتوصلت الدراسة إلى أن قانون القومية اليهودية يعتبر انتهاكاً مباشراً وخطيراً لحقوق الإنسان، لكونه يجيز ممارسة السياسات العنصرية والتمييزية تجاه العرب الفلسطينيين الموجودين داخل إسرائيل، وأن هذا القانون لا يشمل أي حق للفلسطينيين لكونه أعتبرهم جماعة أقلية وليسوا سكان أصليين وأصحاب حق، وكل ما ذكر يتعارض مع القانون الدولي ومبادئه لذلك يعتبر هذا القانون انتهاك لقواعد القانون الدولي، وأوصت الدراسة بضرورة مقاطعة دولة الاحتلال الإسرائيلي على كافة الأصعدة وعدم التعامل معها نظراً للقوانين العنصرية والجائرة التي تسنها وتشعرها باستمرار.

الكلمات المفتاحية: قانون القومية اليهودي، القومية، التمييز العنصري، القانون الدولي، الانتهاكات.

## مقدمة

ينتهج الاحتلال العسكري الإسرائيلي منذ قيام دولته المزعومة و تأسيسها عام 1948م على الأراضي الفلسطينية سياسة التهجير والطرده لأبناء الشعب الفلسطيني، فقد أقام الكيان نظاماً عنصرياً يشابه نظام الفصل العنصري الذي أقامه البيض في جنوب أفريقيا، والذي سعت المنظمات الدولية والمجتمع الدولي للقضاء عليه والتخلص منه، ومن أجل إيصال الفلسطينيين إلى الهجرة وترك بيوتهم وأراضيهم من خلال عمليات القمع الوحشية والاعتداءات والانتهاكات المستمرة تجاههم.

ولقد عملت سلطات الاحتلال على سن جملة من القوانين العنصرية الجائرة وذلك في سبيل إضفاء نوع من الشرعية على سياساتها الجائرة، ويعد قانون أساس الدولة أو قانون القومية اليهودية واحد من أكثر القوانين اليهودية عنصرية وتطرفاً، حيث تعتبر غالبية السياسات والقوانين التي تتبعها سلطات الاحتلال الإسرائيلية مخالفة لقواعد القانون الدولي ولقرارات الشرعية الدولية، فالاحتلال العسكري الإسرائيلي وبالرغم من مصادقته على معظم المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتي تعتبر إلزامية للدول وإن لم تكن مصادقة عليها، فقواعد القانون الدولي تتسم بالإلزامية لكافة الدول، ومع ذلك فإن الاحتلال العسكري الإسرائيلي تضرب بهذه القواعد والقرارات عرض الحائط ولا توليها أي اهتمام.

ولقد ساعد المناخ السياسي المتطرف السائد في الاحتلال العسكري الإسرائيلي على ظهور هذا القانون وتحديدًا بسبب التعاون بين اليمين الديني واليمين السياسي، بالإضافة إلى الانقسام السياسي الفلسطيني بين حركتي فتح وحماس، وتراجع دور الأحزاب العربية في الداخل المحتل، إضافةً إلى الدعم الأمريكي الكبير للسياسات الإسرائيلية وتحديدًا في ظل الإدارة الأمريكية الحالية بقيادة ترمب الذي يعتبر شريك حقيقي وداعم أساسي لسياسات الاحتلال، فضلاً عن ترهل أجهزة هيئة الأمم المتحدة التي لطالما غضت الطرف عن السياسات العنصرية التي ينتهجها الاحتلال العسكري الإسرائيلي تجاه الفلسطينيين.

وبناءً على ما سبق، ونظراً لعنصرية قانون القومية اليهودية الذي يطمح الاحتلال العسكري الإسرائيلي من خلاله إلى ترسيخ ما تدعيه من حقوق دينية وتاريخية لها على أرض فلسطين في أذهان العالم، ومحاولة إقصاء فلسطينيين الداخل والذي يعتبرهم الاحتلال العسكري الإسرائيلي أقلية ليس لهم أية حقوق ولا يمكن مساواتهم بالمواطن اليهودي الإسرائيلي، جاءت هذه الدراسة للكشف عن مآرب الاحتلال وسياساته العنصرية التي تعتبر انتهاكاً صارخاً للقانون الدولي.

### مشكلة الدراسة

جاء قانون القومية اليهودي نتيجة لسياسات العنصرية النابعة من توجه الحكومات الإسرائيلية اليمينية إلى تطهير الأراضي المحتلة من الأقليات الفلسطينية، من أجل إقامة دولة يهودية خالصة، والتخلص من الرواية التاريخية الفلسطينية التي تقضي بحق الفلسطينيين التاريخي بأرض فلسطين، ولتحقيق ذلك الهدف يتبع الاحتلال العسكري الإسرائيلي سياسة التضييق على الفلسطينيين من خلال سن جملة من القوانين العنصرية، من أجل إجبارهم على الرحيل من تلك الأراضي، مع استخدام القوة الجبرية لتنفيذ تلك القوانين دون قدرة المحاكم على التدخل لوقف تلك الإجراءات، لذلك فإن مشكلة الدراسة تبلور من خلال السؤال الرئيس التالي: ما مدى شرعية قانون القومية اليهودي في ضوء القانون الدولي والقرارات المتعلقة بالقضية الفلسطينية؟

ويتفرع عنه أسئلة أخرى، منها:

1. ما هو مفهوم القومية وفق هذا القانون؟
2. ما هو الأثر المترتب على صدور هذا القانون؟
3. ما هو موقف الأمم المتحدة من قانون القومية اليهودي؟
4. ما مدى قانونية قانون القومية اليهودي واتفاقيه والقرارات الدولية؟

### أهمية الدراسة

إن هذه الدراسة جاءت لنقد قانون القومية اليهودية أو قانون أساس الدولة اليهودية حسب اعتقادهم، وذلك لتتوافق هذا القانون مع مختلف الاتفاقيات والمواثيق الدولية، وعلى رأسها ميثاق الأمم المتحدة الذي يؤكد على المساواة والعدل و منع التمييز على أساس الدين؛ حيث أن الاحتلال العسكري الإسرائيلي يعتبر الدين اليهودي هو أساس التشريع لديها، لذلك فإن أي شخص داخل دولة الاحتلال العسكري الإسرائيلي ولا يعتنق الديانة اليهودية يعتبر خارج هذه القومية بل دخيل عليها، ولا يحق له الحصول على الحقوق والمزايا التي تمنحها هذه القومية لأفرادها.

لذلك تكمن أهمية هذه الدراسة في كونها تكشف عن قانون يهدف إلى إعادة نظام سعت البشرية بكل قواها إلى التخلص منه ومن ويلاته لطالما عانت منه الشيء الكثير، وهو نظام التمييز العنصري الذي يعتبر بمثابة جريمة بحق الإنسانية وبحق المجتمع ككل، ويرفضه القانون الدولي وكافة المواثيق والاتفاقيات الدولية.

### أهداف الدراسة

هدفت الدراسة إلى ما يلي:

1. الإلمام بالأحكام الواردة في قانون القومية اليهودي.
2. بيان أثر هذا القانون على الواقع والقضية الفلسطينية.
3. معرفة مدى شرعية واتفاق هذا القانون مع القانون الدولي.
4. بيان مدى موثمة هذا القانون والقرارات الأممية المتعلقة بالقضية الفلسطينية.

### منهج الدراسة

استخدم الباحثان المنهج العلمي الوصفي التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص قانون القومية اليهودية الإسرائيلي وبيان أثره على القضية الفلسطينية، ومدى اتفائه مع القانون الدولي والقرارات الدولية، وذلك من أجل استخلاص النتائج والتوصيات السديدة التي يمكن البناء عليها والاستفادة منها لدعم القضية الفلسطينية.

## هيكلية الدراسة

تنقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية القومية وفق قانون القومية اليهودي

المطلب الأول: مفهوم القومية

المطلب الثاني: أهداف وغايات قانون القومية

المبحث الثاني: أثر قانون القومية على القضية الفلسطينية

المطلب الأول: ردود الفعل الناتجة عن قانون القومية اليهودي

المطلب الثاني: الأثر القانوني لقانون القومية اليهودي في القانون الدولي

المبحث الثالث: الآليات الواجب اتخاذها لمكافحة قانون القومية الإسرائيلي

المطلب الأول: الآليات المحلية

المطلب الثاني: الآليات الدولية

## المبحث الأول

### ماهية القومية وفق قانون القومية اليهودي

ارتبط مصطلح القومية على مدى العصور بالجماعة البشرية التي تقيم على أرض معينة ويكون بينها قواسم مشتركة كالتاريخ والثقافة والدين واللغة، فجوهر القومية يكمن في جماعة السكان الأصليين وأصحاب الأرض الذين يتمتعون فيها بكافة الحقوق وعليهم ما يقابلها من واجبات.

أما قومية الدولة اليهودية فهي تختلف كلياً عن المعنى الحقيقي للقومية، فاليهود المحتلين للأراضي الفلسطينية هم في الحقيقة مجموعة من الأقليات؛ حيث عملت سلطات الاحتلال على استقبال اليهود المتواجدين في مختلف أنحاء العالم عند احتلالها للأراضي الفلسطينية عام 1948م ووعدتهم بجعل فلسطين وطن قومي لهم، فمنهم من جاء من الشرق ومنهم من جاء من الدول الأوروبية ومنهم من أتى من

الاتحاد السوفيتي سابقاً، الأمر الذي يجعلنا نقف أمام جماعات من السكان تنتمي كل جماعة منهم إلى مجتمع مختلف عن الآخر، وبذلك فهي تفتقر لمقومات القومية الحقيقية.

لذلك من خلال هذا المبحث سنتطرق بدايةً للحديث عن مفهوم القومية، ومن ثم الحديث عن خلفية قانون القومية اليهودي والهدف منه لإثبات مدى تنافيه مع أساس القومية، وذلك من خلال مطلبين.

### المطلب الأول: مفهوم القومية

#### أولاً: تعريف القومية

تعتبر ظاهرة القومية واحدة من الظواهر المجتمعية التي تعرضت لخلاف واسع وكبير بين الباحثين حول تحديد مفهومها كمصطلح قائم بحد ذاته، ويرجع هذا الاختلاف إلى ارتباط ظاهرة القومية بظواهر أخرى مثل الدولة والسلطة، إلا أن الباحثين اتفقوا على ارتباط هذه الظاهرة بعدة عناصر كالقيم والعادات والدين واللغة والعرق والتاريخ وغيرها، مما جعلهم يخرجون ببعض التعريفات نذكر بعضاً منها:

تعرف القومية بأنها: "رابطة تربط أبناء الأمة الواحدة في الوطن، من خلال نظام أيديولوجي سياسي يدفع الأفراد نحو التلاحم والانخراط في جماعة سياسية واحدة يربطها العرق واللغة والدين واللون، وتشارك في القيم والعادات والتقاليد والطابع القومي وتعمل على أساس التعاون المتبادل والروح المشتركة"<sup>1</sup>.

وتعرف أيضاً القومية على أنها: "نموذج للشعوب التي تكافح وتناضل من أجل المحافظة على استقلال ووحدة أمتها، كما أنها حركة فكرية تعمل في سبيل نيل الحكم الذاتي للجماعة التي تشارك فيما بينها بالقيم والتاريخ والحضارة"<sup>2</sup>.

والقومية: "أيديولوجية ثقافية وسياسية ودينية، قائمة على الفكر الوطني والانتماء إلى أمة واحدة تؤمن بوحدة المصير وبوحدة الأهداف والمسؤوليات المشتركة، والقومية تشارك مع الأمة باعتبارها مجموعة من الأفراد الذين يجمعهم الأصل والمعتقدات واللغة والثقافة لتحقيق إرادتهم القومية"<sup>3</sup>.

ويقصد بالقومية: "مجموعة من المعتقدات التي تتعلق بالأمة، وأن الأمة هي الهدف الوحيد الذي يستحق السعي وراء تحقيقه، فالأمة تحتاج إلى ولاء مطلق على حساب الحريات الشخصية للوقوف في وجه الأعداء"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> د. علي عباس مراد و د. عامر حسن فياض. القومية والأمة مدخل إلى الفكر السياسي القومي، ط1، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 41.

<sup>2</sup> د. وضاح زيتون. معجم المصطلحات السياسية، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 270.

<sup>3</sup> هشام محمود الاقداحي. معالم الدولة القومية الحديثة، ط1، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2008، ص33.

<sup>4</sup> ستيفن جروزي. القومية، ترجمة: محمد الجندي و محمد عبد الرحمن، ط1، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2015، ص12.

والقومية: "حركة إيديولوجية من أهدافها الوصول إلى الاستقلال والوحدة والهوية والحفاظ عليها لمصلحة الشعب الذي يعتقد بعض أبنائه أنهم يشكلون بالفعل أمة وأنهم سيصبحون أمة في المستقبل القريب"<sup>1</sup>.

لقد عرضت الدراسة عدة تعريفات لمفهوم القومية وهذه التعريفات إن اختلفت في الصياغة فهي اتفقت من حيث المضمون، فجوهر القومية يكمن في كونها إيديولوجية تتعلق في أمة معينة تجمعها مجموعة من الخصائص والموروثات الثقافية والتاريخية، وتتميز بوحدة اللغة والدين والعرق، وجميعها تهدف إلى الاستقلال والاحتفاظ بهويتها وسيادتها.

ولقد عبرت القومية عن الجماعة والحب والترابط فيما بين أبناء الشعب الواحد الذين تجمعهم بعض الرموز والعناصر التاريخية، إلا أن قانون القومية اليهودية الذي نحن بصدد الحديث عنه في هذه الدراسة يتنافى مع هذه المعاني الإنسانية السامية؛ حيث أن هذا القانون ما هو إلا تكملة لسلسلة القوانين القمعية والجائرة بحق الشعب الفلسطيني، وتجريداً لهم من كافة حقوقهم الطبيعية واعتبارهم دخلاء في وطنهم وأرضهم.

فالاحتلال العسكري الإسرائيلي لم يقم بوضع دستور مكتوب لدولته المزعومة، فهو يعتبر الديانة اليهودية مرجعيتها ومصدر تشريعها، لجئت اليوم لسن قانون القومية بيد أنها قدمت الدين على المواطنة لتبقى الأفضلية في الدولة لليهود، وتستمر في تمييزها ضد الفلسطينيين.

حيث عرف هذا القانون "دولة إسرائيل على أنها هي الوطن القومي للشعب اليهودي الذي يمارس فيها حقوقه الطبيعية والثقافية والدينية والتاريخية وأن أرض فلسطين ووطناً لليهود ومكاناً لحق تقرير المصير، كما يقضي القانون بأن اللغة العبرية هي اللغة الرسمية لدولة إسرائيل، فيما لم تعد اللغة العربية رسمية بل ذات مكانة خاصة، كما اعتبرت الدولة الاستيطان اليهودي من القيم الوطنية وأنها ستعمل على تشجيعه، واعتمدت على التقويم العبري والأعياد الصهيونية اليهودية أعياداً للدولة"<sup>2</sup>.

ونص هذا القانون على مجموعة من المبادئ منها: أن أرض إسرائيل هي الوطن التاريخي للشعب اليهودي، وفيها قامت دولة إسرائيل، وأن دولة إسرائيل هي الدولة القومية للشعب اليهودي، وفيها يقوم بممارسة كافة حقوقهم لتقرير المصير، وأن ممارسة حق تقرير المصير في دولة إسرائيل حصرياً للشعب اليهودي، كما ركز القانون على رموز الدولة وهي أن اسم الدولة "دولة إسرائيل، وعلم الدولة أبيض وعليه

<sup>1</sup> د. مروان المدبر. مستقبل الاتحاد الأوروبي في ظل تنامي النزعة القومية الوطنية، ط1، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، 2018، ص28.

<sup>2</sup> قانون أساس إسرائيل الدولة القومية للشعب اليهودي رقم (1989/20).

خطان باللون الأزرق وفي وسطه نجمة داوود زرقاء، و شعار الدولة هو الشمعدان السباعي، وعلى جنبيه غصنا زيتون، وكلمة إسرائيل تحته، و النشيد الوطني للدولة هو نشيد "هتكفا"<sup>1</sup>.

فالقومية اليهودية تقضي باعتبار الكيان الصهيوني الوطن القومي لليهود، وأن حق العودة وحق تقرير المصير يقتصر على اليهود دون غيرهم من الأقليات التي تعيش داخل الدولة؛ حيث تعتبر سلطات الاحتلال الفلسطينيين المتواجدين داخل حدود الخط الأخضر أقليات وليسوا سكان أصليين وأصحاب الأرض والحق، وتتعامل معهم على أنهم مواطنين من الدرجة الثانية<sup>2</sup>.

وهذا القانون يعتبر خير مثال على التمييز العنصري والاضطهاد للفلسطينيين، ويشكل عودة لنظام الابرتهاید الذي دام لسنوات طويلة في القرون الماضية، لذلك فإن الجزء الثاني من هذا المطلب سنوضح فيه مفهوم التمييز العنصري، وبيان مآلاته على الفلسطينيين.

### ثانياً: التمييز العنصري

يعرف التمييز العنصري كما ورد في الاتفاقية الدولية للقضاء على أشكال التمييز العنصري بأنه "أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة"<sup>3</sup>.

ولقد عرفت الجمعية العامة للأمم المتحدة نظام الفصل العنصري بأنه "الأفعال الإنسانية المرتكبة بغرض إقامة وإدامة هيمنة فئة عنصرية من الأشخاص على أفراد أية فئة عنصرية أخرى واضطهادهم بصورة منتظمة"<sup>4</sup>.

ويعرف نظام الابرتهاید بأنه: "مصطلح يرمز إلى سياسة التفرقة العنصرية والتمييز العنصري، وطبق هذا النظام في جنوب إفريقيا ومن ثم في إسرائيل، فهي الدولة الوحيدة في العالم التي تعلن وبشكل صريح عدم المساواة بين رعاياها وتتبنى سياسة تمييزية ضد 80% من السكان، كما أنها لا تعترف بالوثائق الدولية الخاصة بحماية حقوق الإنسان"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د. يوسف تيسير جبارين. قانون الدولة القومية والفوقية اليهودية، المركز العربي لحقوق والسياسات، رام الله، 2015، ص 48.

<sup>2</sup> المركز الفلسطيني للإعلام، مشروع قانون يهودية الدولة، مجلة البيان، عدد(331)، 2015، ص 49.

<sup>3</sup> الاتفاقية الدولية للقضاء على أشكال التمييز العنصري عام 1965م، المادة(1).

<sup>4</sup> قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة. رقم (3068) الاتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها، الأمم المتحدة، جنيف، 1973.

<sup>5</sup> د. عبد الوهاب الكيالي. موسوعة السياسة، الجزء الأول، ط2، المؤسسة العربية للدراسات و النشر، بيروت، 1985، ص 16.

لقد أظهر قانون القومية اليهودي حقيقة الكيان الصهيوني العنصري، ودحضت الفكرة التي سعت إسرائيل إلى ترسخها وهي أنها الدولة الديمقراطية الوحيدة في الشرق الأوسط، وكانت مثلاً واضحاً للعلاقة بين الحركة الصهيونية والعنصرية، فأية ديمقراطية هذه التي تقضي بالتعدي على حق السكان الأصليين وأصحاب الأرض وطردهم منها وأخذها منهم بالقوة، وسلمهم حقهم في تقرير مصيرهم الذي كفلته لهم كافة المواثيق والاتفاقيات الدولية.

ويعتبر قانون القومية اليهودي تكريساً لنظام التمييز العنصري على اعتبار أن الصهيونية أحد أشكال العنصرية، حيث أدانت الأمم المتحدة والقرارات الدولية دولة الاحتلال العسكري الإسرائيلي على اعتبار أن الصهيونية من أشكال التمييز العنصري، وبناءً عليه طالب القرار دول العالم بمقاومة دولة الاحتلال والإيديولوجية الصهيونية لكونها تؤثر على الأمن والسلم الدوليين<sup>1</sup>. ولكن الاحتلال العسكري الإسرائيلي اعترض على هذا القرار وطالب الأمم المتحدة بإلغائه مما جعلهم يطرحون القرار للتصويت وتم إلغائه بناءً على تصويت الأغلبية عام 1991م.

بالإضافة إلى أن الاحتلال العسكري الإسرائيلي وبموجب هذا القانون قدم الدين على المواطنة، الأمر الذي يترتب عليه الإساءة للسكان الفلسطينيين لكونهم لا يعتنقون الديانة اليهودية، فالتمييز هنا يكون على أساس الدين، فالأفضلية والمواطنة تمنح للمواطن اليهودي ولأتباع الديانة اليهودية وذلك ترسيخاً لاعتقادهم بأنهم شعب الله المختار وأنهم متفوقون عن بقية الشعوب ويحق لهم ما لا يحق لغيرهم، أما الفلسطيني فهو مواطن من الدرجة الثانية حسب وجهة نظرهم.

**المطلب الثاني: خلفية وأهداف قانون القومية الإسرائيلي**

**أولاً: خلفية إصدار قانون القومية**

صادق الكنيست الإسرائيلي في 19/7/2018م في القراءة التمهيدية على قانون أساس إسرائيل الدولة القومية للشعب اليهودي بأغلبية 62 عضواً من الائتلاف الحكومي ومعارضة 55 عضواً، ويأتي هذا القانون في إطار سلسلة إجراءات بدأها تحالف اليمين الإسرائيلي عام 2011م بهدف سن قانون في الكنيست يكرس يهودية الدولة دستورياً بوصفها القيمة العليا والمرجعية القانونية والمعنوية الحاسمة في الدولة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (3379) والصادر في 10/11/1975.

<sup>2</sup> وحدة تحليل السياسات في المركز العربي، يهودية لا ديمقراطية: حول سن قانون الدولة القومية للشعب اليهودي، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة، 2017، ص1.

ويعتبر قانون القومية نتيجة للانزياح الإسرائيلي المستمر باتجاه اليمين القومي والصهيونية الدينية، وهو أحد القوانين والتشريعات الكثيرة التي تم طرحها منذ تسلم نتنياهو الحكومة للمرة الثانية في عام 2009م؛ حيث شهدت هذه الفترة كمية متزايدة وغير مسبوقه من المناهضة للفلسطينيين، وذلك بهدف تعزيز الاستيطان والسيطرة على المجتمع المدني ومؤسساته<sup>1</sup>.

كما أن حكومة الاحتلال عملت على استغلال الانقسام السياسي الذي تشهده الساحة الفلسطينية في الوقت الحالي بين التنظيمات والفصائل الفلسطينية وتحديدًا بين قطبين السياسة الفلسطينية وهما حركة التحرير الوطني الفلسطيني (فتح) وحركة المقاومة الإسلامية (حماس)، لتمرير القوانين العنصرية التي يريدونها وتنفيذ أجنداتهم الخاصة على حساب أبناء الشعب الفلسطيني<sup>2</sup>.

والخلافات بين الأحزاب العربية في الداخل المحتل وعدم الوصول إلى رؤية إستراتيجية محددة بينهم تهدف إلى مواجهة السياسات الإسرائيلية والتصدي لقوانينها العنصرية، حيث يجب على قيادات الأحزاب تغيير رؤيتها للصراع الفلسطيني الإسرائيلي والعمل على مواجهة تلك القوانين، كما يجب عليها الانخراط في المؤسسات الإسرائيلية ومتابعة نشاطاتها للتصدي للسياسات الإسرائيلية ومعرفة ما يدور في أذهان قياداتها<sup>3</sup>.

ولقد لاقى هذا القانون ترحيباً واسعاً من أعضاء الكنيست الإسرائيلي؛ حيث أن بموجب هذا القانون ستسقط الصفة الإجرامية عن حكومة الاحتلال ضد الشعب الفلسطيني، وسيأخذ الاحتلال الصفة الشرعية والدستورية تجاه كافة الانتهاكات الممارسة بحق القانون الدولي وتحديدًا مسألة الاستيطان والتهويد، والتعرض لجميع المكونات الحضارية والثقافية والدينية التي تتعلق بالفلسطينيين، فهذا القانون يعتبر جزء من دستور دولة الاحتلال غير المكتوب ومن أقوى القوانين فيها والذي لا يخالفه أي قانون أو تشريع، كما لا يجوز للمحاكم مهما كانت درجتها أن تخالفه في أحكامها القضائية، وفي حال خالفته اعتبرت المحكمة باطلة وغير دستورية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> هنيدي غانم. قانون القومية إخراج الفلسطينيين من جماعة الالتزام، قانون أساس إسرائيل الدولة القومية للشعب اليهودي: الوقائع والأبعاد، مركز مدار، رام الله، 2018، ص 6.

<sup>2</sup> د. أسامة محمد أبو نحل. يهودية دولة إسرائيل: جذور المصطلح وتأثيره على القضية الفلسطينية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، عدد(23)، 2011، ص 361.

<sup>3</sup> نور أبو عيشة وآخرون. سبل مواجهة قانون القومية الإسرائيلي، ورقة مقدمة ضمن البرنامج التدريبي بعنوان "التفكير الإستراتيجي وإعداد السياسات"، المركز الفلسطيني لأبحاث السياسات والدراسات الإستراتيجية، رام الله، 2018، ص 5.

<sup>4</sup> معتز المسلوخي. الأثر القانوني لقانون قومية الدولة اليهودية، ورقة عمل مقدمة في حلقة الحوار المنعقدة في بيروت في المؤتمر الشعبي لفلسطيني الخارج، بيروت، 2018، ص 4.

وعلى الرغم من المصادقة على هذا القانون في عام 2018م، إلا أنه ليس وليد هذا العام فقد عرض هذا القانون للمرة الأولى عام 2011م بهدف التأكيد على أن إسرائيل دولة قومية للشعب اليهودي، ومن حق اليهود أن يمارسوا على أرضها حقوقهم الطبيعية والدينية والثقافية والتاريخية، كما هدف القانون إلى اقتصار الهجرة والمواطنة على الشعب اليهودي فقط، فهذا القانون يعنى بالمحافظة على سلامة الشعب اليهودي لكونه شعب مستهدف من معظم الدول ذات التوجهات والنظم الديمقراطية.

### ثانياً: أهداف وغايات قانون القومية

بدايةً إن هذا القانون يهدف إلى القضاء على حلم الفلسطينيين في الاستقلال والخلاص من الاحتلال والاستيطان، ويقضي على مشروع التسوية للصراع الفلسطيني الإسرائيلي الذي يقوم على أساس حل الدولتين بهدف إنهاء التدخل الإسرائيلي في أراضي الضفة الغربية الواقعة على حدود عام 1967م، فضلاً عن كونه قانون يهدف إلى تأسيس نظام فصل عنصري من أجل إجبار فلسطينيين الداخل على ترك بلادهم والخروج منها إلى أراضي الضفة أو إلى أي مكان آخر.

كما يهدف قانون القومية أو قانون أساس دولة إسرائيل كما حدده الأشخاص المطالبين به إلى تحديد هوية دولة إسرائيل بصفتها الدولة القومية للشعب اليهودي، وتكريس قيم دولة إسرائيل بصفتها دولة يهودية وديمقراطية، كما هدف هذا القانون إلى التأكيد على أن أرض إسرائيل هي الموطن التاريخي للشعب اليهودي ومكان إقامة دولة إسرائيل.

ومن الملاحظ أن هذا القانون ليس نصاً فقط بل دخل حيز التنفيذ؛ حيث نص البند الثالث منه على أن القدس كاملة وهي عاصمة، وهذا ما يعمل على تنفيذه الاحتلال العسكري الإسرائيلي في الوقت الحالي مع الدعم الأمريكي الكبير وتحديداً في ظل رئاسة دونالد ترامب الذي يعتبر الداعم الرئيسي للاحتلال العسكري الإسرائيلي في قراراتها ضد الفلسطينيين، فسرعان ما أعلن عن نقل سفارة بلاده من تل أبيب إلى القدس لتعتبر نقطة الانطلاق والبداية في جعل القدس عاصمة لإسرائيل وتشجيعاً للدول الأخرى لتقوم بنقل سفاراتها دون تردد أو خوف.

إذن، هنالك عدة عوامل ساهمت بسن قانون القومية اليهودية وفي مقدمتها ضعف السياسات الفلسطينية في القدرة على مواجهة القوانين الإسرائيلية العنصرية سواء كان في الضفة الغربية أو من فلسطينيين الداخل أنفسهم، بالإضافة إلى العامل الرئيسي وهو التحول في موقف الولايات المتحدة الأمريكية من داعم إلى إسرائيل؛ حيث أصبحت شريك أساسي وكامل في تصفية القضية الفلسطينية والقضاء على حقوق الفلسطينيين.

## المبحث الثاني

### أثر قانون القومية على القضية الفلسطينية

إن قانون القومية اليهودي يعتبر واحد من سلسلة القوانين الإسرائيلية التي شرعت سلطات الاحتلال بسنها في الآونة الأخيرة علماً بأن جميعها قوانين جائرة وتعمل على تكريس التمييز العنصري ضد الفلسطينيين، لذلك فقد لاقى هذا القانون رفضاً واسعاً وكبيراً على الصعيد الداخلي والخارجي.

فقد عبرت المؤسسات والتنظيمات الفاعلة داخل فلسطين عن رفضها للقانون وخرج مئات الفلسطينيين في المسيرات للتعبير عن رفضهم للقانون، ومن جهة أخرى فقد رفض النواب العرب المتواجدين في الكنيست هذا القانون لكونه قانون غير عادل ومجحف بحق الفلسطينيين، بالإضافة إلى أن غالبية الدول العربية عبرت عن رفضها للقانون لكونه يعتبر قانوناً جائراً بحق الفلسطينيين، إذ يلغي القانون حق اللاجئين بالعودة.

وهذا القانون يعتبر انتهاكاً لقواعد القانون الدولي العام وللاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تجرم التمييز العنصري، والمعاملة على أي أساس غير العدل والمساواة، على اعتبار أن إسرائيل تستند في شرعيتها للديانة اليهودية ويعتبر أساس تعاملها مع الأفراد على أساس الدين.

لذلك فإن هذا المبحث سينقسم إلى مطلبين للحديث عن ردود الفعل الناتجة على القانون، ومن ثم الحديث عن قانون القومية اليهودي في القانون الدولي ومدى تعارضه مع القرارات الأممية المتعلقة بالقضية الفلسطينية.

### المطلب الأول: ردود الفعل الناتجة عن قانون القومية اليهودي

هنالك تداعيات كثيرة تمخضت عن هذا القانون، أهمها تأثيراته على حق العودة على اللاجئين الفلسطينيين؛ حيث أنه بموجب هذا القانون يحق لأي يهودي القدوم إلى فلسطين والحصول على الجنسية الإسرائيلية، بينما يلغي هذا القانون حق العودة للاجئين الفلسطينيين في دول المهجر، وذلك لأن مسألة توطين اللاجئين الفلسطينيين وإسقاط حق العودة مرتبط بقرارات تصدرها الحكومة الإسرائيلية بالإضافة إلى دولة فلسطين والدول التي يوجد فيها اللاجئون الفلسطينيون<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سومر منير صالح. قانون يهودية الدولة في إسرائيل وتداعياته المستقبلية على القضية الفلسطينية، مركز الدراسات المستقبلية وقياس الرأي، جامعة القدس المفتوحة، رام الله، 2015، ص 20.

كما وتكمن خطورة هذا القانون على المشروع السياسي الفلسطيني في أنه يمنح الكيان الإسرائيلي الحق في طرد وتهجير الفلسطينيين المتواجدين في الداخل وتعامل معهم على أنهم غرباء، يحملون تراخيص إقامة يمكن إلغاؤها في أي وقت، لذلك فإن إسرائيل تعمل على أساس التمهيد الاستباقي فبناء الجدار الفاصل بين الضفة الغربية والقدس ما هي إلا تمهيدات لإخراج قانون القومية اليهودية إلى حيز الوجود<sup>1</sup>.

ومن خلال هذا القانون ستنقل إسرائيل نظام الفصل العنصري والتمييز من الضفة الغربية إلى أراضي عام 1948م؛ حيث أن هذا القانون يعمل بمثابة غطاء دستوري لقوانين التمييز العنصري ضد فلسطينيين 48، حيث عمل الاحتلال العسكري الإسرائيلي على سن مجموعة كبيرة من القوانين التي ترسخ التمييز العنصري بين سكانها على أساس الدين والقومية، فإسرائيل من خلال هذا القوانين تسعى إلى تقييد حرية الفلسطينيين ومصادرة حقهم في التعبير والمشاركة السياسية، فالقانون يشير إلى إستراتيجية ممنهجة قامت على أساسها دولة إسرائيل المزعومة<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من موافقة أغلبية أعضاء الكنيست على هذا القانون والترحيب فيه، إلا أن هنالك بعض الأحزاب الصهيونية التي عارضت على قانون القومية لكونه قانون جائر وبسبب غياب بعض البنود التي اعتبرتها الأحزاب في غاية الأهمية، وجاءت هذه المعارضة وفقاً لثلاثة اعتبارات، منها<sup>3</sup>:

1. غياب المساواة في القانون: حيث ادعت المعارضة أن القانون لا يشير إلى المساواة بين المواطنين وذلك بروح وثيقة استقلال إسرائيل سنة 1948م، وبذلك فإنه يميز بين المواطنين حيث تعتقد المعارضة الصهيونية أنه يمكن تشريع قانون قومية يمثل حصرية تقرير المصير لليهود مع التأكيد على مبدأ المساواة بين المواطنين.
2. غياب الديمقراطية: تشير المعارضة أن القانون لا يشير أن النظام السياسي في "إسرائيل" هو الديمقراطية، لذلك فإن القانون، برأي المعارضة، يكسر التوازن القائم في قوانين أساس أخرى بين الطابع اليهودي للدولة وطابعها الديمقراطي، من خلال إعطاء امتياز وفوقية للطابع اليهودي من خلال شطب أي ذكر للطابع الديمقراطي.
3. إلغاء الطابع الرسمي للغة العربية: انطلقت المعارضة الصهيونية للقانون من اعتبار أن رسميّة اللغة العربية لا تعني الإقرار بحقوق قومية للعرب في إسرائيل، حيث إن ما كان لن يغير من حصرية

<sup>1</sup> هادي الشيب. قانون الدولة اليهودية وتأثيره على المشروع السياسي الفلسطيني: العودة وتقرير المصير وإقامة الدولة. مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، عدد(6)، 2016، ص20.

<sup>2</sup> أشرف بدر. قانون القومية الإسرائيلي يهودية الدولة: الدلالات وردات الفعل، سلسلة شؤون إسرائيلية، مركز رؤية للتنمية السياسية، اسطنبول، 2017، ص23.

<sup>3</sup> د. مهند مصطفى. قانون القومية انتصار ناظم المستعمرة وشطب حق تقرير المصير للفلسطينيين، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، 2018، ص3.

حقّ تقرير المصير لليهود في إسرائيل، واعتبروا أن إلغاء الصفة الرسمية للغة العربية جاء من منطلقات عدائية للمتحدثين باللغة العربية، وأنه لا حاجة لهذا البند في القانون، وإبقاء الوضع القائم بالنسبة لمكانة اللغة العربية في البلاد. ولقد تراوحت المواقف وردود الفعل الداخلية والخارجية على قانون القومية اليهودي، فعلى الصعيد الداخلي رفضت الهيئات العامة والمؤسسات الحكومية والخاصة مصادقة الكنيست على قانون أساس القومية لكونه سيلغي اللغة العربية كلغة رسمية، وسيصبح تطوير الاستيطان اليهودي من القيم الوطنية لدولة إسرائيل، كما أن هذا القانون سيفتح المجال أمام الحكومة الإسرائيلية بالاستمرار في سرقة الأراضي الفلسطينية، وبتهجير الفلسطينيين وهدم منازلهم<sup>1</sup>.

ولقد رفض النواب العرب المتواجدين داخل الكنيست الإسرائيلي هذا القانون والقوه في وجه رئيس الوزراء بنيامين نتنياهو، الأمر الذي دفع رئيس الكنيست إلى إخراجهم من القاعة بالقوة؛ حيث طلب من رجال الأمن إخراجهم، ويعتبر رفض هؤلاء النواب ناتج من حرصهم على وضع الفلسطينيين العرب المتواجدين داخل حدود الخط الأخضر أو عرب الـ48 كما يطلق عليهم. ولقد بلغ عددهم ما يقارب 1.8 مليون شخص، أي ما نسبته 20% من السكان حسب ما ورد في دائرة الإحصاء المركزية الإسرائيلية في نهاية عام 2018م<sup>2</sup>.

وهناك بعض الدول العربية التي رفضت هذا القانون ونددت به، وفي مقدمتها دولة قطر التي أكدت على أن هذا القانون يكرس العنصرية ويقضي على ما تبقى من آمال في عملية السلام وحل الدولتين، كما أن هذا القانون يقف عثرة في طريق السلام العادل والتعايش، ويعد تمييزاً صارخاً تجاه العرب الموجودين في إسرائيل، بالإضافة إلى أن هذا القانون ومن خلال بناء المستوطنات التي تهدف إلى تهويد القدس ينتهك القانون الدولي وقرارات الأمم المتحدة بشكل صارخ وفقاً لما ورد في اتفاقية جنيف الرابعة والتي تحرم نقل وتهجير السكان في الأماكن المحتلة أثناء الحروب، كما تحرم قيام المحتل بتغيير طابع المناطق المحتلة<sup>3</sup>.

وجاء موقف المملكة الأردنية الهاشمية من خلال ما صرح به وزير الخارجية وشؤون المغتربين؛ حيث قال: إقرار الكنيست الإسرائيلي بمنح اليهود حق تقرير المصير في البلاد، وأن قانون القومية يشكل خرقاً للقوانين والأعراف الدولية وحقوق الإنسان، كما أنه دليل على استمرار إسرائيل في اتخاذ خطوات

<sup>1</sup> د. حنا عيسى. موقف القانون الدولي من مصادقة الكنيست الإسرائيلي على قانون أساس القومية. صحيفة الحدث، 2018، متاح على الرابط التالي: <https://www.alhadath.ps/article/82316> / تاريخ الاطلاع: 2019/3/10.

<sup>2</sup> دائرة الإحصاء المركزية الإسرائيلية، متاح على الرابط التالي: <https://www.arab48.com> / تاريخ الاطلاع: 2019/3/17.

<sup>3</sup> صالح النعامي، تنديد فلسطيني وعربي ودولي ب قانون القومية الإسرائيلية: استهداف للوجود الفلسطيني، موقع العربي الجديد، 2018، متاح على الرابط التالي: <https://www.alaraby.co.uk/politics/2018/7/19> / تاريخ الاطلاع: 2019/3/15.

أحادية توجب الصراع على المجتمع الدولي، ويجب التصدي لها بهدف توفير الحماية والأمن والاستقرار على الصعيد الإقليمي والدولي<sup>1</sup>.

أما جمهورية مصر العربية فقد رفضت تبني هذا المشروع الذي يكرس يهودية الدولة، واعتبرته فصلاً عنصرياً وتقويضاً لفرص تحقيق السلام، وفي هذا الشأن أعلنت وزارة الخارجية المصرية أنه عوضاً عن هذا القانون لابد من حل عادل وشامل للقضية الفلسطينية؛ حيث أن هذا القانون له تداعيات خطيرة على مستقبل التسوية الشاملة للقضية الفلسطينية وعملية السلام<sup>2</sup>.

أما المملكة العربية السعودية فقد أكدت على أن قانون أساس إسرائيل الدولة القومية للشعب اليهودي يعتبر حرب إبادة ضد الفلسطينيين وتحدياً صارخاً للمجتمع الدولي ولقرارات الشرعية الدولية؛ حيث وصف هذا القانون في القانون الدولي على أنه قانون عنصري باطل ولا شرعية له ويمثل امتداداً للإرث الاستعماري لسلطة الاحتلال العسكري الإسرائيلي، وجاء الرفض السعودي للقانون من منطلق مفاده أن هذا القانون يقضي على كل شيء غير يهودي ويعتبر تكريساً للتمييز العنصري ضد الفلسطينيين أصحاب الأرض الأصليين، ويحرمهم من أدنى حقوقهم التي كفلها لهم القانون الدولي وعلى رأسها الحق في تقرير المصير<sup>3</sup>.

وعلى صعيد المنظمات العربية فقد أدانت الأمانة العامة لجامعة الدول العربية مصادقة الكنيست على قانون القومية اليهودية ووصفته بالعنصري، وأكدت على أن جميع القوانين التي تحاول سلطات الاحتلال فرضها بالقوة هي قوانين باطلة ومرفوضة ولن تمنح الاحتلال أية صفة شرعية، كما أكدت على أن المصادقة على هذا القانون تنكر على الشعب الفلسطيني كافة حقوقه التاريخية وحقه في تقرير المصير، بالإضافة إلى أن المصادقة على هذا القانون تعتبر خطوة جديدة لضم الضفة الغربية للاحتلال العسكري الإسرائيلي<sup>4</sup>.

أما الاتحاد الأوروبي فقد أعرب عن قلقه بسبب قانون القومية اليهودي واعتبر أنه يهدد بتعقيد حل الدولتين مع الفلسطينيين، وذكرت الناطق الرسمي باسم الاتحاد الأوروبي أن حل الدولتين هو المطلوب

<sup>1</sup> براء زيدان و ربيع الدنان. قانون الدولة القومية اليهودية 2018، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، 2018، ص 23.

<sup>2</sup> الشرق الأوسط. مصر ودول الخليج يدينون قانون القومية الإسرائيلي، موقع الشرق الأوسط، 2018، متاح على الرابط التالي: <https://www.i24news.tv/armiddle-east/179914-180721> تاريخ الاطلاع: 2019/3/11.

<sup>3</sup> وكالة الأنباء السعودية. قانون الدولة القومية للشعب اليهودي مشروع حرب إبادة ضد الفلسطينيين، صحيفة الاتحاد، 2018، متاح على الرابط التالي: <https://www.albayan.ae/one-world/arabs/2018-12-06-1.3427195> تاريخ الاطلاع: 2019/3/17.

<sup>4</sup> براء زيدان و ربيع الدنان، مرجع سابق، ص 22-23.

الأساسي والعالمي، ويجب القيام بكل ما هو ممكن لتجنب وضع العراقيل التي تمنع هذا الحل من أن يصبح حقيقة<sup>1</sup>.

ولقد جاء الموقف التركي حازماً مقارنةً بغيره من الدول؛ حيث انتقد الرئيس التركي أردوغان قانون القومية اليهودي بشدة واعتبره إثبات على أن إسرائيل هي الدولة الأكثر صهيونية وفاشية وعنصرية في العالم، كما صرح بأنه ليس هناك فرق بين هوس الجنس الآري لهتلر وبين اعتبار الحكومة الإسرائيلية أن الأراضي الفلسطينية هي حق تاريخي لليهود فقط، ودعا أردوغان العالمين الإسلامي والمسيحي وجميع الدول والمنظمات إلى التحرك ضد الاحتلال العسكري الإسرائيلي<sup>2</sup>.

ولا يمكننا التغاضي عن موقف منظمة الأمم المتحدة من هذا القانون؛ حيث دعت الأمم المتحدة جميع الأطراف إلى الابتعاد عن أي إجراءات أحادية الجانب، ولقد أكد الأمين العام خلال مؤتمر صحفي بشأن القانون على سيادة الدول في سن قوانينها، وأن إسرائيل دولة كغيرها من الدول لديها الحق في سن القوانين، وع ضمان حقوق الأقليات الموجودة فيها، وأكد أيضاً على أن حل الدولتين هو السبيل الوحيد لتحقيق السلام في المنطقة والشرق الأوسط، أما منظمة العفو الدولية فأشارت إلى أن إسرائيل بإقرارها لهذا القانون تكون قد رسخت 70 عاماً من التمييز واللامساواة التي يتعرض لها الفلسطينيون الذين يعيشون في الأراضي المحتلة، وأن هؤلاء المواطنين سيصبحون مواطنين من الدرجة الثانية<sup>3</sup>.

إن هذا القانون شكل صدمة قوية وكبيرة في الأوساط السياسية والقانونية على مستوى العالم بأسره، إلا أن ردود الفعل الرسمية جاءت مخيبة للأمال ولم تكن على المستوى المطلوب، فعلى الرغم من المواقف المعارضة لغالبية الدول العربية إلا أن هذه المعارضة لم تتعدى الاستنكار أو القلق بشأنه ولم تترجم هذه المعارضة من خلال الفعل والتصدي للاحتلال العسكري الإسرائيلي وإيقافها عند حدها لكونها تتجاوز القوانين والقواعد الدولية في سنها للقوانين العنصرية.

فقانون كهذا يعتبر سابقة خطيرة على صعيد القانون الدولي، لكونه يشكل خرق للاتفاقيات والمواثيق الدولية وعلى رأسها ميثاق الأمم المتحدة، ولكن منظمة الأمم المتحدة وبالرغم من عدم احترام الكيان الصهيوني لقراراتها وميثاقها وتحديداً في القرارات المتعلقة بالقضية الفلسطينية سواء كانت صادرة عن الجمعية العامة أو مجلس الأمن، جاء موقفها من قانون القومية اليهودي محايد إلى حدٍ ما، فتصريح

<sup>1</sup> ليلي عودة.. قانون الدولة القومية اليهودية: الاتحاد الأوروبي يبدي قلقه والجامعة العربية تصفه بالعنصري، موقع فرانس 24، 2018، متاح على الرابط التالي: <https://www.france24.com/ar/20180719> تاريخ الاطلاع: 2019/3/31.

<sup>2</sup> قدس برس. أردوغان: قانون القومي اليهودي يثبت أن إسرائيل الدولة الأكثر فاشية وعنصرية في العالم، وكالة قدس برس إنترناشونال للأنباء، 2018، متاح على الرابط التالي: <http://www.qudspress.com/index.php?page=show&id=46246> تاريخ الاطلاع: 2019/3/31.

<sup>3</sup> براء زيدان وربع الدينان. مرجع سابق، ص 31.

الأمين العام بأن المنظمة تحترم سيادة الدول في سن القوانين يتيح المجال أمام الاحتلال العسكري الإسرائيلي لسن المزيد من القوانين العنصرية التي لطالما عانى وسيعاني منها أبناء الشعب الفلسطيني. لذلك فإن هكذا قانون يحتاج لمواقف أكثر حزم وجدية، كما يحتاج لاتخاذ قرارات حازمة تجاه الاحتلال العسكري الإسرائيلي لعدم تماديها في سن القوانين العنصرية الجائرة.

### المطلب الثاني: الأثر القانوني لقانون القومية اليهودي في القانون الدولي

من منظور دولي إن هذا القانون يتنافى مع القانون الدولي ومبادئه؛ حيث أنه يتعارض مع الحقوق الأساسية للمواطنين كالحق في المساواة وعدم التمييز على أساس القومية والأصل والدين، لذلك فهو قانون غير ديمقراطي وينتهك مبادئ أساسية في القانون الدولي، وتحديداً الحق في الحماية المتساوية من قبل القانون، والحظر الصريح للتمييز على خلفية القومية والدين واللغة والثقافة<sup>1</sup>، وذلك لأن هذه المبادئ وقع عليها الاحتلال العسكري الإسرائيلي في المعاهدات الدولية؛ حيث وقع على معاهدة الأمم المتحدة الخاصة في موضوع القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري<sup>2</sup>، لذلك فإن هذا القانون يعتبر بمثابة انتهاك للقانون الدولي.

فهذا القانون الدستوري على حسب قول الصهاينة يعتبر من أكثر القوانين الدستورية المتطرفة في العالم أجمع، وتحديداً بعد انتهاء نظام الابرتهايد في جنوب إفريقيا، لذلك فإن هذا القانون عنصري يحمل خصائص الابرتهايد، ويتناقض في جوهره ومضمونه مع القانون الدولي الإنساني<sup>3</sup>.

وقانون القومية اليهودية يعتبر مثلاً واضحاً وجلياً على التمييز العنصري الذي يعد سلوك غير إنساني ومنافي للأخلاق، فضلاً عن كونه جريمة دولية تصنف على أنها من أكبر الجرائم في القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، ومن هنا فإن القانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الجنائي وجميع الاتفاقيات والمواثيق والصكوك الدولية تجرم التمييز العنصري بمختلف أشكاله وتعتبره جريمة ضد الإنسانية ينبغي على الجميع مكافحته ومناهضته<sup>4</sup>.

والتمييز العنصري يتنافى مع القانون الدولي، فأفعال التمييز العنصري تعتبر من أكثر السلوكيات خطورة لكونها تمس التنوع الاجتماعي والثقافي للدول، حيث أنه يمس مبادئ العدل والمساواة التي تتعلق في

<sup>1</sup> د. يوسف تيسير جبارين. مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> معاهدة الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري العام 1965.

<sup>3</sup> جمال زحالقة. قانون القومية: دستور الابرتهايد الإسرائيلي، مجلة الدراسات الفلسطينية، عدد(116)، 2018، ص 15-16.

<sup>4</sup> معتر السلوخي. مرجع سابق، ص 1.

الحقوق والواجبات للأفراد، لذلك فقد حازت جرائم التمييز العنصري على الاهتمام الكبير في القانون الدولي من خلال العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي حظرت التمييز العنصري وجرمته<sup>1</sup>.

فالتمييز العنصري جريمة ضد الإنسانية لا يقبلها عقل ولا منطق، فقد كان أول تجريم للعنصرية عام 1945م من خلال المادة السادسة من لائحة نورمبورغ، والمادة الخامسة من لائحة طوكيو، ومن ثم فقد جرمته الأمم المتحدة بعدة أعمال منها: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948م حيث جرم التمييز العنصري في مادته الثانية، ومن خلال اتفاقية التمييز في مجال الاستخدام والمهنة عام 1958م في مادتها الأولى، وكذلك الاتفاقية الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم عام 1960م في مادته التاسعة، والاتفاقية الخاصة بنبذ كافة أشكال التمييز العنصري التي اعتمدت عام 1965م والتي حددت مفهوم التمييز العنصري في المادة الأولى منها، بالإضافة إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المقررة من الأمم المتحدة عام 1966م، والاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والعقاب عليها لعام 1973م.

#### تنافي القانون مع قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالقضية الفلسطينية

يعتبر هذا القانون مخالفة لميثاق الأمم المتحدة ومبادئها، فالميثاق نص على عدم التمييز بين الأفراد بسبب الدين، وهذا انتهاك صارخ للميثاق من قبل دولة الاحتلال لكونها تعتبر الديانة اليهودية أساس التشريع ومصدره ويعتبر الدين المرجعية في تعاملها مع الأفراد داخل الدولة.

وفيما يخص القضية الفلسطينية أصدرت الأمم المتحدة مجموعة من القرارات التي وصفت بأنها لصالح فلسطين منذ قيام الاحتلال الإسرائيلي فوق أراضيها، سواء صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة أو مجلس الأمن الدولي أو بقية مؤسساتها وأجهزتها، أو حكمة العدل الدولية، وهذه القرارات ذات تجرم الاحتلال والتمييز العنصري والفصل العنصري والاستيطان وانتهاكات حقوق الإنسان.

ويعتبر سن قانون القومية اليهودي في الوقت الحالي خرق لهذه القرارات، لكونه يتنافى معها، ففي عام 1948م أصدرت منظمة الأمم المتحدة القرار رقم 194 والذي يؤكد حق اللاجئين الفلسطينيين في العودة إلى أراضيهم والتعويض عن جميع الضرر الذي ألحقه الاحتلال بهم وبممتلكاتهم<sup>2</sup>.

إن قانون القومية اليهودي يؤثر وبشكل مباشر على حق العودة للاجئين الفلسطينيين؛ حيث أنه بموجب هذا القانون يحق لأي يهودي القدوم إلى فلسطين والحصول على الجنسية الإسرائيلية، بينما يلغي

<sup>1</sup> د. محمد ذياب سظام. التمييز العنصري من منظور القانون الجنائي: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد (2) عدد (3)، 2018، ص 380.

<sup>2</sup> قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 194 لعام 1948م.

هذا القانون حق العودة للاجئين الفلسطينيين المتواجدين في دول المهجر؛ حيث أن مسألة توطين اللاجئين الفلسطينيين وإسقاط حق العودة مرتبط بقرارات يصدرها الاحتلال العسكري الإسرائيلي، الأمر الذي يجعل قانون القومية اليهودي انتهاك صريح لقرار الأمم المتحدة رقم 194.

كما يتنافى هذا القانون مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر عام 1967م والذي ينص على الدعوة لاحترام حقوق الإنسان في الأراضي المحتلة وإلزام إسرائيل بضمان سلامة سكان تلك المناطق وأمنهم، فالتعارض هنا يظهر من خلال التمييز والعنصرية وعدم المساواة التي يعامل الاحتلال العسكري الإسرائيلي الفلسطينيين بناءً عليها، فالتمييز العنصري بمثابة جريمة ضد الإنسانية تؤدي إلى الإخلال بالأمن والسلم الدوليين اللذان يعتبران أهم مقاصد الأمم المتحدة.

ولقد نص قانون القومية اليهودي بشكل صريح ومباشر على ضرورة زيادة الاستيطان واعتباره قيمة قومية، وهذا القانون يتعارض مع قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 2334 لعام 2016م، والذي نص على ضرورة نهاية المستوطنات في الأراضي الفلسطينية، ونص على مطالبة إسرائيل بوقف الاستيطان في الضفة الغربية والقدس الشرقية<sup>1</sup>، وأيضاً طالبت الأمم المتحدة إسرائيل عام 1971م بإلغاء جميع إجراءات ضم أو الاستيطان بالأراضي المحتلة، ولكن قانون القومية اليهودي نص وبشكل واضح وصريح على أن تطوير الاستيطان يعتبر، لذلك سيستمر الاستيطان بموجب هذا القانون طالما قانون القومية يعمل على تشجيعه وتثبيته.

كما يتعارض هذا القانون مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3236 لعام 1974م، بشأن حق الشعب الفلسطيني في تقرير مصيره<sup>2</sup>، ولقد شكل هذا القرار وثيقة سياسية وقانونية وتاريخية للقضية الفلسطينية، ولكن قانون القومية اليهودي أنكر هذا الحق على الشعب الفلسطيني وجعل حق تقرير المصير حق حصري لليهود، وهدف من خلال القانون إلى جعل دولة الاحتلال العسكري الإسرائيلي هي الدولة القومية للشعب اليهودي، وفيها يقوم اليهودي فقط بممارسة حقه الطبيعي والثقافي والديني والتاريخي لتقرير المصير.

ومن الجدير بالذكر إن دولة الاحتلال الإسرائيلي في الآونة الأخيرة وبمساعدة ودعم من الولايات المتحدة الأمريكية سعت لجعل القدس عاصمة لها، وأكدت على ذلك من خلال نص قانون القومية اليهودي، بيد أن هذا النص يتعارض مع قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 478 لعام 1980م<sup>3</sup>، والذي يدين إسرائيل لمحاولتها ضم القدس الشرقية وجعلها عاصمة لها، بالإضافة إلى قرار الجمعية العامة

<sup>1</sup> قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 2334 لعام 2017م.

<sup>2</sup> قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3236 لعام 1974م.

<sup>3</sup> قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 478 لعام 1980م.

للأمم المتحدة رقم 181<sup>1</sup>، بشأن تقسيم فلسطين والذي نص بوضوح على تدويل مدينة القدس، بمعنى وضعها تحت الحكم الدولي وأنه لا يحق للجانب الإسرائيلي التدخل بها أو التعامل معها على أنها جزء من الأرض التي أخذها بالقوة.

وهذا القانون ينتهك حق فلسطينيين الداخل في المساواة من منظور القانون الدولي، وذلك لعدة أسباب، منها<sup>2</sup>:

1. حصر هذا القانون حق تقرير المصير القومي في دولة إسرائيل فقط، واعتبره حق حصري للشعب اليهودي، الأمر الذي ينفي هذا الحق عن الفلسطينيين الذين تعتبرهم إسرائيل أقلية داخلها.
  2. إن هذا القانون يلقي على عاتق دولة الاحتلال العسكري الإسرائيلي واجب المحافظة على ميراث الشعب اليهودي التاريخي وأن تعمل على رعاية هذا الموروث في إسرائيل والشتات، مما يلغي الثقافة الفلسطينية والحق التاريخي للفلسطينيين.
  3. إن هذا القانون يفرض على الاحتلال العسكري الإسرائيلي واجب النهوض والتوسع في الاستيطان اليهودي، مما يجعلها تتوسع على حساب الأراضي الفلسطينية.
  4. إن حق الهجرة إلى إسرائيل والحصول على جنسيتها محصور فقط باليهود، وفي الوقت نفسه تمنع إسرائيل منح الإقامة لفلسطيني الأراضي الفلسطينية المحتلة عام 1967م.
- بالإضافة إلى أن الاحتلال العسكري الإسرائيلي قام فعلياً على أساس الاحتلال، فهي تفتقر إلى الشروط الواجب توافرها لقيام الدولة في القانون الدولي العام، لذلك فإن قيامها على أرض ليست أرضها وبفعل القوة يعتبر انتهاكاً للمادة الرابعة من ميثاق الأمم المتحدة عام 1945م والتي تقضي بأن "العضوية في الأمم المتحدة مباحة لجميع الدول الأخرى المحبة للسلام، والتي تأخذ نفسها بالالتزامات التي يتضمنها هذا الميثاق، والتي ترى الهيئة أنها قادرة على تنفيذ هذه الالتزامات وراغبة فيه، وقبول أية دولة من هذه الدول في عضوية الأمم المتحدة" يتم بقرار من الجمعية العامة بناءً على توصية مجلس الأمن<sup>3</sup>.

لذلك فهي مخالفة لمبدأ تحريم الاستيلاء على أراضي الغير بالقوة، كما ويخالف الاحتلال العسكري الإسرائيلي شروط الميثاق والعضوية لكونها لا تلتزم بتنفيذ الالتزامات الواردة في أحكام الميثاق؛ حيث أنها ترفض الالتزام بتطبيق العديد من القوانين الصادرة لصالح الفلسطينيين في إقامة دولتهم وحقهم في تقرير مصيرهم<sup>4</sup>، فقانون القومية شكل مسح كامل لحقوق الفلسطينيين.

<sup>1</sup> قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 181 لعام 1947م.

<sup>2</sup> سونيا بولص. قانون الأساس: إسرائيل الدولة القومية للشعب اليهودي من منظور القانون الدولي، مجلة جدل، عدد (23)، 2015، ص 4-5.

<sup>3</sup> ميثاق الأمم المتحدة عام 1945 المادة رقم (4).

<sup>4</sup> نور أبو عيشة وآخرون. مرجع سابق، ص 9.

ويعتبر هذا القانون سابقة خطيرة وانتهاك صارخ لقواعد ومبادئ القانون الدولي والشرعية الدولية، فكل مادة وكل فقرة في هذا القانون تهدم مبدأ قانوني عالمي راسخ أو قاعدة قانونية أمرية في القانون الدولي؛ حيث أنه يقرر مبدأ إباحة التمييز العنصري على أساس الديانة اليهودية ويؤسس لإدامة هيمنة اليهود على الشعب الأصلي الفلسطيني سكان الأرض الأصليين واضطهادهم بممارسات ممنهجة، كما أنه يهدف إلى تقنين جريمة الفصل العنصري التي صنفت على أنها جريمة ضد الإنسانية حسب نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>1</sup>.

ونظراً لعدم شرعية قانون القومية اليهودية وتنافيه مع قواعد القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة يجب التصدي لهم؛ حيث يطمح الاحتلال العسكري الإسرائيلي من خلاله إلى الاعتراف بقوميتها والاعتراف بها على أنها دولة قائمة بحد ذاتها وبشرعيتها التاريخية، وبذلك يتنافى الاعتراف العربي بحق الشعب الفلسطيني باسترجاع أراضيهم المغتصبة، ويجعل الاحتلال العسكري الإسرائيلي صاحب الحق التاريخي وأن العرب كانوا على خطأ بشأن فلسطين، كما أن حق العودة للاجئين الفلسطينيين يعتبر باطل وكأن لم يكن.

### المبحث الثالث

#### الآليات الواجب اتخاذها لمكافحة قانون القومية الإسرائيلي

ذكرنا سابقاً أن قانون القومية اليهودي قانون منافي لأحكام القانون الدولي وقرارات الشرعية الدولية، فهو قانون جائر يهدف إلى إعادة نظام التمييز والفصل العنصري، مما يزيد من الظلم وعدم المساواة على الفلسطينيين المتواجدين داخل حدود عام 1948م، لذلك يجب توحيد الموقف الفلسطيني تجاه هذا القانون واتخاذ بعض الإجراءات على المستوى المحلي والدولي.

#### المطلب الأول: الآليات المحلية

هنالك بعض الإجراءات التي ينبغي على دولة فلسطين القيام بها لوقف تنفيذ هذا القانون، بالإضافة إلى وقوف جميع فصائل الشعب الفلسطيني إلى جانب السلطة، ومن هذه الإجراءات ما يلي:

1. ضرورة البدء بسحب اعتراف منظمة التحرير الفلسطينية بالاحتلال العسكري الإسرائيلي، وتعليق الاتفاقيات الموقعة بين الجانبين في الوقت الحالي، ومن ثم اللجوء إلى تعليق عضوية إسرائيل في الأمم المتحدة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> معتز المسلوخي. مرجع سابق، ص 8.

<sup>2</sup> نور أبو عيشة وآخرون، مرجع سابق، ص 12.

2. الاستجابة لجهود المصالحة مع حركة حماس والعمل على إنهاء الانقسام الفلسطيني بين فصائله المختلفة، وتمكين حكومة الوفاق من ممارسة عملها في قطاع غزة لمواجهة خطر تصفية القضية الفلسطينية.
3. استقالة النواب العرب من الكنيست بهدف تقويض الإدعاء الإسرائيلي الزائف بأنها دولة لجميع مواطنيها، حيث لم يتمكن النواب العرب فعلياً من تعطيل سن التشريعات العنصرية والتصدي لها<sup>1</sup>.
4. العمل على تطوير دولة فلسطين لدورها المركزي في تحقيق المصالحة الوطنية وإنهاء حالة الانقسام، وتشكيل حكومة تتجاوز كل الخلافات الفكرية، بالإضافة إلى تأسيس برنامج قائم على العمل الفوري المتمثل بإعادة إعمار قطاع غزة وإعادة الحياة الاقتصادية لها، ومعالجة مشاكل البطالة التي وصلت إلى مستويات خطيرة، وفتح معبر رفح على أرضية فلسطينية مصرية دون السماح بعودة الاحتلال العسكري الإسرائيلي إليه تحت أي شكل من الأشكال<sup>2</sup>.

كما يستطيع الفلسطينيون المتواجدين في الداخل انتهاج سياسة العصيان المدني، والبقاء على موقفهم مهما كلفهم الثمن على المستوى الاجتماعي والمالي والاقتصادي؛ حيث أن هذا الإجراء سلمي ومشروع دولياً وقد يؤدي إلى نتائج أفضل من الأساليب الأخرى، وفي حال عدم الاستجابة للسياسات السلمية يجب على الفلسطينيين التوجه للبدائل الأخرى كاللجوء لانتفاضة فلسطينية ثالثة وتنظيم المظاهرات، وتصعيد هذه الإجراءات عن طريق انسحاب دولة فلسطين من الاتفاقيات المبرمة بينها وبين الاحتلال العسكري الإسرائيلي، بالإضافة إلى استخدام جميع الوسائل المتاحة للضغط على الجانب الإسرائيلي بهدف إيقاف تشريع قوانين عنصرية جائرة.

#### المطلب الثاني: الآليات الدولية

هنالك مجموعة من الإجراءات التي يمكن اتخاذها على الصعيد الدولي للتصدي لقانون القومية الإسرائيلي وغيره من القوانين العنصرية، ومنها ما يلي:

1. المطالبة بإعادة نشر تقرير لجنة الأمم المتحدة الاجتماعية والاقتصادية لغرب آسيا الذي اتهم إسرائيل بتأسيس نظام فصل عنصري يهدف إلى تسليط جماعة عرقية على أخرى، وقدم أدلة

<sup>1</sup> د. حنان أبو سكين. قانون القومية الإسرائيلي: المخاطر وسبل المواجهة، مجلة قضايا برلمانية، عدد(77)، 2018، ص 16.

<sup>2</sup> هادي الشيب و جمال حنايشه. أثر إقرار قانون يهودية الدولة على المشروع السياسي الفلسطيني، مجلة العلوم السياسية والقانون، عدد(2)، 2017، ص 14.

- ومعطيات تؤكد فرض إسرائيل نظام أبارتيداد على الفلسطينيين، وهذا التقرير الذي تم سحبه بقرار من الأمين العام للأمم المتحدة بعد تعرضه لضغوط من الولايات المتحدة الأمريكية<sup>1</sup>.
2. المطالبة بإعادة تفعيل قرار الجمعية العامة رقم (3379) الذي ينص على أن الصهيونية هي شكل من أشكال العنصرية والتمييز يجب مقاومتها لما تشكله من خطر على السلم والأمن الدوليين، وقد أُلغى هذا القرار نتيجة ضغط سياسي مارسته إسرائيل على المنظمة.
3. توجه دولة فلسطين إلى المدعى العام للمحكمة الجنائية الدولية والضغط لملاحقة الاحتلال العسكري الإسرائيلي قضائياً وعدم إفلاتها من العقاب؛ حيث أن المحكمة رفضت التحقيق بالجرائم الإسرائيلية سابقاً لأن الوضع القانوني للسلطة الفلسطينية لم يكن يسمح لها بذلك، ولكن بعد حصول دولة فلسطين على صفة دولة مراقب غير عضو بالأمم المتحدة انضمت إلى المحكمة الجنائية الدولية عام 2015م وأصبح بإمكانها تقديم شكاوى ضد الاحتلال العسكري الإسرائيلي<sup>2</sup>.
4. طرح موضوع قانون القومية اليهودي على جدول أعمال المفوضية السامية لحقوق الإنسان ومجلس حقوق الإنسان في منظمة الأمم المتحدة من خلال التعاون والاستفادة من عضوية فلسطين الدائمة لدى الأمم المتحدة ومن المجموعة العربية وبالتعاون مع منظمات دولية، والسعي إلى تجنيد دعم من أطراف في الاتحاد الأوروبي، هو أمر ممكن أكثر من السابق، بهدف إيجاد آلية لحماية الفلسطينيين وللرقابة الدائمة على ممارسات الاحتلال العسكري الإسرائيلي<sup>3</sup>.
- إضافة إلى ما سبق، يجب مطالبة المجتمع الدولي بضرورة العمل على التصدي لممارسات دولة الاحتلال العسكري الإسرائيلي ورفع الحصانة عنها وإلزامها بتطبيق قرارات الشرعية الدولية ومحاسبتها ومساءلتها على انتهاكات الممنهجة للقوانين الدولية والقرارات الأممية المتعلقة بالقضية الفلسطينية، وضرورة الملاحقة الجنائية للاحتلال العسكري الإسرائيلي بهدف إيقاف الاستيطان الذي يتمدد شيئاً فشيئاً، والذي بمقتضى القانون أصبح حق مشروع للاحتلال العسكري الإسرائيلي بل مبدأ من مبادئ القومية.

## الخاتمة

<sup>1</sup> معتر المسلوخي. دراسة قانونية حول قانون قومية الدولة اليهودية، المؤتمر الشعبي لفلسطيني الخارج، 2018، متاح على الرابط التالي: [https://palabroad.org/post/view/2767?fbclid=IwAR11QE\\_vim0nR6wtBRyn23Kh2IkI3SdSbfXAh9BWBKj--jxN\\_HL-B9daB0c](https://palabroad.org/post/view/2767?fbclid=IwAR11QE_vim0nR6wtBRyn23Kh2IkI3SdSbfXAh9BWBKj--jxN_HL-B9daB0c) تاريخ الاطلاع: 2019/4/7.

<sup>2</sup> د. حنان أبو سكين. مرجع سابق، ص 16.

<sup>3</sup> أمير مخول. عن قانون القومية الإسرائيلي بين التشريع والشرعية، مجلة الحوار المتمدن، عدد(5970)، 2018، متاح على الرابط التالي: <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=609222&r=0&fbclid=IwAR0ZouYhoI5HI9vxdQQ4uDXUDxdAk7WxxEAb> تاريخ الاطلاع: 2019/4/7.

من خلال هذه الدراسة قمنا بالحديث عن مشروع قانون أساس القومية للاحتلال العسكري الإسرائيلي، ومن ثم عرضنا أهدافه ومبادئه التي تسعى لترسيخ قانون يهدف لإباحة التمييز العنصري وعودة نظام الابرتهايد بشكل صريح ومعلن تجاه أبناء الشعب الفلسطيني، كما أن إسرائيل تهدف من خلال هذا القانون إلى جعل الحق في تقرير المصير مقتصر فقط على الشعب اليهودي مما يعني نزع هذا الحق عن الشعب الفلسطيني والذي كانت قد كفلته له منظمة الأمم المتحدة.

### نتائج الدراسة

1. أشرنا من خلال هذه الدراسة إلى أن قانون القومية اليهودية يعتبر انتهاكاً مباشراً وخطيراً لحقوق الإنسان، لكونه يجيز ممارسة السياسات العنصرية والتمييزية تجاه العرب الفلسطينيين الموجودين داخل دولة الاحتلال العسكري الإسرائيلي، وأن مقترح هذا القانون لا يشمل أي حق للفلسطينيين لكونه أعتبرهم جماعة أقلية وليسوا سكان أصليين وأصحاب حق، وكل ما ذكر يتعارض مع القانون الدولي ومبادئه لذلك يعتبر هذا القانون انتهاكاً لقواعد القانون الدولي.
2. إن إقرار هذا القانون من شأنه التأثير على نضال أبناء الشعب الفلسطيني الذي استمر منذ بداية القرن المنصرم وحتى يومنا هذا، وبناءً عليه يعتبروا الفلسطينيون مجرد إرهابيين ودخلاء وليسوا أصحاب حق، بل أن اليهود هم السكان الأصليين الذين اغتصبت أرضهم واتخذت منهم بالقوة.
3. إن قانون القومية اليهودي بمضامينه لا يعتبر انتهاكاً لكافة القرارات الدولية التي تنص على الحقوق الشرعية للشعب الفلسطيني والقضية الفلسطينية فحسب، وإنما يعتبر بمثابة خرق لمبادئ القانون الدولي والأسس التي قامت عليها الأمم المتحدة، وتحديداً مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها، ومبدأ عدم التدخل في شؤون الآخرين.
4. إن مواصلة الاحتلال العسكري الإسرائيلي لسياساتها العنصرية واستمرارها بسن قوانين جائرة على هذه الشاكلة، والاستمرار في الاستيطان والتصرف على أنها دولة فوق القانون، وإقصاء حق العودة للاجئين الفلسطينيين، لم يتمكن الاحتلال العسكري الإسرائيلي من القيام بكل ذلك دون دعم الإدارة الأمريكية التي ساندها وما زالت تدعمها في جميع تصرفاتها وتحديداً في اعترافها بالقدس عاصمة لإسرائيل عندما نقلت سفارتها إليها.

### توصيات الدراسة

1. ضرورة مقاطعة الاحتلال العسكري الإسرائيلي على كافة الأصعدة السياسية والاقتصادية والثقافية وغيرها.

2. التوجه إلى منظمة الأمم المتحدة لإعادة النظر في القرار الذي تم إلغاؤه والذي كان يعتبر الصهيونية شكل من أشكال العنصرية نظراً للقوانين التي تأخذ طابع التمييز والفصل العنصري التي تسنها الاحتلال العسكري الإسرائيلي.
3. التوجه إلى محكمة العدل الدولية بهدف التحقيق بجرائم التمييز العنصري التي يقترفها الاحتلال العسكري الإسرائيلي ضد الشعب الفلسطيني على اعتبار أن جريمة التمييز العنصري جريمة ضد الإنسانية.
4. توجه منظمة الأمم المتحدة لتفعيل القرارات المتعلقة بالقضية الفلسطينية بشكل فعلي وعدم بقاءها حبر على ورق.

#### قائمة المصادر والمراجع:

##### ❖ الكتب

- ستيفن جروزي. القومية، ترجمة: محمد الجندي و محمد عبد الرحمن، ط1، مؤسسة هندايو للتعليم والثقافة، القاهرة، 2015.
- عبد الوهاب الكيالي. موسوعة السياسة، الجزء الأول، ط2، المؤسسة العربية للدراسات و النشر، بيروت، 1985.
- علي عباس مراد و د. عامر حسن فياض. القومية والأمة مدخل إلى الفكر السياسي القومي، ط1، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- مروان المدبر. مستقبل الاتحاد الأوروبي في ظل تنامي النزعة القومية الوطنية، ط1، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، 2018.
- هشام محمود الاقداحي. معالم الدولة القومية الحديثة، ط1، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2008.
- وضاح زيتون. معجم المصطلحات السياسية، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

##### ❖ القوانين والقرارات

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (181) لعام 1947م.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (194) لعام 1948م.
- معاهدة الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري العام 1965م.

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة. رقم ( 3068 ) الاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها، الأمم المتحدة، جنيف، 1973م.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ( 3236 ) لعام 1974م.
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ( 3379 ) والصادر في 10 / 11 / لسنة 1975م.
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم ( 478 ) لعام 1980م.
- قانون أساس إسرائيل الدولة القومية للشعب اليهودي رقم ( 20 / 1989 م).
- قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم ( 2334 ) لعام 2017م.
- ميثاق الأمم المتحدة عام 1945م.

#### ❖ المقالات

- أسامة محمد أبو نحل. يهودية دولة إسرائيل: جذور المصطلح وتأثيره على القضية الفلسطينية، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، عدد (23)، 2011.
- أشرف بدر. قانون القومية الإسرائيلي يهودية الدولة: الدلالات وردات الفعل، سلسلة شؤون إسرائيلية، مركز رؤية للتنمية السياسية، اسطنبول، 2017.
- المركز الفلسطيني للإعلام. مشروع قانون يهودية الدولة، مجلة البيان، عدد (331)، 2015.
- براء زيدان و ربيع الدنان. قانون الدولة القومية اليهودية 2018، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، 2018.
- جمال زحالقة. قانون القومية: دستور الابرتهيد الإسرائيلي، مجلة الدراسات الفلسطينية، عدد (116)، 2018.
- حنان أبو سكين. قانون القومية الإسرائيلي: المخاطر وسبل المواجهة، مجلة قضايا برلمانية، عدد (77)، 2018.
- سومر منير صالح. قانون يهودية الدولة في إسرائيل وتداعياته المستقبلية على القضية الفلسطينية، مركز الدراسات المستقبلية وقياس الرأي، جامعة القدس المفتوحة، رام الله، 2015.
- سونيا بولص. قانون الأساس: إسرائيل الدولة القومية للشعب اليهودي من منظور القانون الدولي، مجلة جدل، عدد (23)، 2015.
- محمد ذياب سظام. التمييز العنصري من منظور القانون الجنائي: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد (2) عدد (3)، 2018.

- معتز المسلوخي. الأثر القانوني لقانون قومية الدولة اليهودية، ورقة عمل مقدمة في حلقة الحوار المنعقدة في بيروت في المؤتمر الشعبي لفلسطيني الخارج، بيروت، 2018.
- مهند مصطفى. قانون القومية انتصار ناظم المستعمرة وشطب حق تقرير المصير للفلسطينيين، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، 2018.
- نور أبو عيشة وآخرون. سبل مواجهة قانون القومية الإسرائيلي، ورقة مقدمة ضمن البرنامج التدريبي بعنوان "التفكير الإستراتيجي وإعداد السياسات"، المركز الفلسطيني لأبحاث السياسات والدراسات الإستراتيجية، رام الله، 2018.
- هادي الشيب. قانون الدولة اليهودية وتأثيره على المشروع السياسي الفلسطيني: العودة وتقرير المصير وإقامة الدولة، مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، عدد(6)، 2016.
- هادي الشيب و جمال حنايشه. أثر إقرار قانون يهودية الدولة على المشروع السياسي الفلسطيني، مجلة العلوم السياسية والقانون، عدد(2)، 2017.
- هنيدة غانم. قانون القومية إخراج الفلسطينيين من جماعة الالتزام، قانون أساس إسرائيل الدولة القومية للشعب اليهودي: الوقائع والأبعاد، مركز مدار، رام الله، 2018.
- وحدة تحليل السياسات في المركز العربي، يهودية لا ديمقراطية: حول سن قانون الدولة القومية للشعب اليهودي، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة، 2017.
- يوسف تيسير جبارين. قانون الدولة القومية والفوقية اليهودية، المركز العربي للحقوق والسياسات، رام الله ، 2015.

#### ❖ المواقع الالكترونية

- أمير مخول. عن قانون القومية الإسرائيلي بين التشريع والشرعية، مجلة الحوار المتمدن، عدد(5970)، 2018، متاح على الرابط التالي:  
[http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=609222&r=0&fbclid=IwAR0Zo\\_uYhoI5HI9vxdQQ4uDXUDxdAk7WxxEAbbwz5mVBhBKj0wk0TRiWfYQ](http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=609222&r=0&fbclid=IwAR0Zo_uYhoI5HI9vxdQQ4uDXUDxdAk7WxxEAbbwz5mVBhBKj0wk0TRiWfYQ)
- الشرق الأوسط. مصر ودول الخليج يدينون قانون القومية الإسرائيلي، موقع الشرق الأوسط، 2018، متاح على الرابط التالي: <https://www.i24news.tv/armiddle-east/179914-180721>
- حنا عيسى. موقف القانون الدولي من مصادقة الكنيست الإسرائيلي على قانون أساس القومية، صحيفة الحدث، 2018، متاح على الرابط التالي:  
[/https://www.alhadath.ps/article/82316](https://www.alhadath.ps/article/82316)

- دائرة الإحصاء المركزية الإسرائيلية، متاح على الرابط التالي: [/https://www.arab48.com](https://www.arab48.com)
- صالح النعامي، تنديد فلسطيني وعربي ودولي ب قانون القومية الإسرائيلية: استهداف للوجود الفلسطيني، موقع العربي الجديد، 2018، متاح على الرابط التالي: [/https://www.alaraby.co.uk/politics/2018/7/19](https://www.alaraby.co.uk/politics/2018/7/19)
- قدس برس. أردوغان: قانون القومي اليهودي يثبت أن إسرائيل الدولة الأكثر فاشية وعنصرية في العالم، وكالة قدس برس إنترناشونال للأنباء، 2018، متاح على الرابط التالي: <http://www.qudspress.com/index.php?page=show&id=46246>
- ليلي عودة. قانون الدولة القومية اليهودية: الاتحاد الأوروبي يبدي قلقه والجامعة العربية تصفه بالعنصري، موقع فرانس 24، 2018، متاح على الرابط التالي: [.https://www.france24.com/ar/20180719](https://www.france24.com/ar/20180719)
- معترز المسلوخي. دراسة قانونية حول قانون قومية الدولة اليهودية، المؤتمر الشعبي لفلسطيني الخارج، 2018، متاح على الرابط التالي: [https://palabroad.org/post/view/2767?fbclid=IwAR11QE\\_vim0nR6wtBRyn23Kh2Ik13SdSbfXAh9BWBKj--jxN\\_HL-B9daB0c](https://palabroad.org/post/view/2767?fbclid=IwAR11QE_vim0nR6wtBRyn23Kh2Ik13SdSbfXAh9BWBKj--jxN_HL-B9daB0c)
- وكالة الأنباء السعودية. قانون الدولة القومية للشعب اليهودي مشروع حرب إبادة ضد الفلسطينيين، صحيفة الاتحاد، 2018، متاح على الرابط التالي: <https://www.albayan.ae/one-world/arabs/2018-12-06-1.3427195>

مدى اختصاص القاضي الإداري السعودي بنظر دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية  
Extent of jurisdiction of the administrative Saudi judge of actions for annulment of  
final administrative decisions

د. حسان بن مختار المؤنس، أستاذ القانون العام المساعد، كلية الحقوق  
(جامعة الملك فيصل - المملكة العربية السعودية)

Hassen Moanes, Assistant professor (Public Law), College of Law  
King Faisal University – KSA

**Résumé:**

Bien que l'article 13/B de la loi relative au tribunal administratif saoudien – Diwen Al Madhalem- (Decret royal M/78 du 19/9/1428H) stipule que les tribunaux administratifs ont compétence pour connaître des affaires d'annulation des décisions administratives définitives, cela ne signifie pas nécessairement que toutes les décisions administratives définitives peuvent faire l'objet d'un recours pour annulation. Certaines décisions, bien que "définitives", ne peuvent faire l'objet d'un recours.

Afin d'éviter les effets négatifs du refus formel du recours en annulation, la recherche tente de classifier et de clarifier la notion de décision administrative définitive ne pouvant faire l'objet de recours afin de sensibiliser davantage les plaideurs à ce sujet et de réduire le nombre de cas de rejet du recours en annulation devant le juge administratif.

**Abstract:**

Although section 13/B of the Saudi Administrative Court Act - Diwen Al Madhalem- (1428H) states that administrative courts have jurisdiction to hear cases of annulment of definitive – or final – decisions, this does not necessarily mean that all final administrative decisions can be the subject of an action for annulment; some decisions, although "definitive", cannot be appealed.

In order to avoid the negative effects of the formal refusal of the action for annulment, the search attempts to classify and clarify the notion of a final administrative decisions that cannot be appealed in order to raise the awareness of litigants and to reduce number of cases of dismissal of the action for annulment before the administrative court.

## الملخص:

رغم تنصيب المادة 13/ب من نظام ديوان المظالم لعام 1428هـ على اختصاص المحاكم الإدارية لديوان المظالم بالنظر في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة أن كل القرارات الإدارية النهائية يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام محاكم الديوان. ذلك أن بعض القرارات الإدارية، رغم وصفها بالنهائية، إلا أنه لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء. ويترتب على عدم قابلية القرار للطعن، رفض القاضي الإداري النظر في الدعوى، وهذه المسألة متعلقة بالنظام العام، أي أنه يجب على القاضي إثارتها حتى وإن غفل عنها الأطراف في الدعوى. ورفض النظر في دعوى الإلغاء هو نتيجة غير مرضية من جانبين على الأقل: بالنسبة للمدعي أولاً بخسارته للدعوى قبل النظر فيها، وبالنسبة للقضاء ثانياً بإشغاله بعدد من القضايا كان من الممكن تفاديها لو سبق العلم بنتيجتها.

ولتفادي الآثار السلبية لعدم النظر في دعوى الإلغاء بسبب عدم قابلية القرار الإداري للطعن رغم وصفه بالنهائية، وعلى ضوء الأنظمة واللوائح واجتهادات القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية، توصل البحث إلى تحديد القرارات النهائية الخارجة عن اختصاص المحاكم الإدارية لديوان المظالم، والتميز بينها شكلاً وموضوعاً، مستهدفاً بالتالي رفع الوعي القانوني للمتقاضين والتقليل من حالات رفض الدعوى لعدم قابلية القرار الإداري للطعن بالإلغاء.

## مقدمة

الحمد لله الذي أنزل كتابه نورا للعالمين وهدى للحائرين، وأشهد أن لا إله إلا الله الذي هدانا لدينه القويم وشرعه المستقيم، وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله، إمام أهل الفضل والقائم بالهدى والعدل، صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه إلى يوم الفصل، أما بعد؛

إن دعوى الإلغاء هي الدعوى القضائية التي ترفع لدى المحاكم الإدارية (ديوان المظالم) ممن له مصلحة وذلك بهدف الحصول على حكم ببطلان (أو إلغاء) قرار إداري. وتتميز هذه الدعوى عن غيرها من الدعاوى القضائية الأخرى بعدة خصائص، من أهمها أنها دعوى موضوعية، أي أنها تستهدف الطعن في القرار الإداري المعيب بصرف النظر عن الشخص أو الجهة المصدرة لهذا القرار؛ وأنها دعوى قضاء ناقص، أي أن دور القاضي فيها يقتصر على إصدار حكم بإلغاء أو بعدم إلغاء القرار محل الطعن دون أن يحكم بشيء آخر (كالحكم بإلزام الجهة الإدارية بعمل معين كالتعويض أو الترقية أو غيرها من الأعمال المادية أو القانونية).

وقد برزت دعوى الإلغاء للوجود القانوني في المملكة العربية السعودية منذ صدور نظام ديوان المظالم لعام 1402هـ الذي نص صلب المادة الثامنة فقرة (ب) على اختصاص الديوان في نظر "الدعاوى المقدمة من ذوي

الشأن بالطعن في القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة". ثم جاء تعديل الأنظمة القضائية عام 1428هـ ونقحت المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم وأصبحت المادة الثالثة عشر وأضيفت لفظة "النهائية" لتحدد بدقة صفة القرارات القابلة للطعن بالإلغاء أمام محاكم الديوان<sup>1</sup>.

والمقصود بمصطلح "النهائية" في هذا المقام هو: "مرور القرار الإداري بجميع مراحلها اللازمة لتكوينه، بقصد إحداث أثر قانوني يكون جائزا وممكنا نظاما، ويجب ألا يكون قابلا للتعقيب عليه أو للمناقشة من جانب سلطة إدارية أعلى"<sup>2</sup>.

وبالتالي، فإن صفة النهائية في القرار الإداري تقتضي نتيجتين حتميتين متلازمتين:

- أولا، أن يكون القرار تنفيذيا أو قابلا للتنفيذ، وهذا يعني أنه قد صدر من الجهة الإدارية المختصة نظاما وقد استنفذ جميع المراحل اللازمة لإصداره دون أن يكون في حاجة إلى تصديق من جهة إدارية عليا. والعبرة في نهائية القرار الإداري، كما ذكر شراح القانون الإداري، هي "صدوره من الجهة الإدارية التي يخولها النظام سلطة البت في موضوع معين دون الحاجة إلى تصديق سلطة أعلى منها أو أي إجراء لاحق آخر"<sup>3</sup>، وهذا ما أكدته محاكم الديوان في العديد من أحكامها<sup>4</sup>.
- ثانيا، أن يكون القرار مؤثرا في المراكز القانونية للأشخاص، إنشاء أو تعديلا أو إلغاء. وهذا ما لا ينطبق مثلا على الأعمال التحضيرية أو التمهيدية التي تسبق اتخاذ القرار، والقرارات الصادرة

<sup>1</sup>تنص المادة 13/ب على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في: "دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن. متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية، وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام - وما في حكمها - المتصلة بنشاطاتها؛ ويُعدّ في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح".

<sup>2</sup>خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري (ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية - قضاء الإلغاء - قضاء التعويض - دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 1433هـ، ص. 196.

<sup>3</sup>محمد سعد أبو الحمد، الإجراءات العملية لدعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 1438 هـ - 2017 م، ص. 59. انظر أيضا: رشا عبد الرزاق جاسم الشمري، صفة النهائية في القرار الإداري، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016؛ عبد الله بن نادر محمد العيصي، "الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث (3/2017)، ص. 23؛ حمادة عبد الرزاق حمادة، القضاء الإداري السعودي، مكتبة المتنبّي، الدمام، الطبعة الأولى، 1439هـ-2018م، الذي يشير إلى حكم صادر عن القضاء الإداري المصري بأن "العبرة في نهائية القرارات الإدارية هي بصدورها من جهة إدارية يخولها القانون سلطة البت في أمرها بغير حاجة إلى تصديق سلطة أعلى" (ص 255-256).

<sup>4</sup>من ذلك مثلا الحكم رقم 56/د/18 لعام 1427هـ في القضية رقم 4/89/ق لعام 1427هـ والمؤيد بحكم التدقيق رقم 326/ت/6 لعام 1428هـ، حيث تؤكد محاكم الديوان "على أن القرارات التي يجوز الطعن عليها هي القرارات الإدارية النهائية التي تصدر متخذة الصيغة التنفيذية" (منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1428هـ، ص 1456).

لتأكيد أو تفسير قرارات سابقة، والآراء والتقارير الاستشارية (كتقارير المرور أو تقارير اللجان الاستشارية)<sup>1</sup>.

ولهذا فإن الأعمال الإدارية التي تفتقد إحدى الصفتين، لا تنطبق عليها تسمية "قرارات إدارية" بالمعنى الضيق أو الفني، أو بعبارة أخرى لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء، لافتقار صفة النهائية.  
أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث من حيث توضيحه للتطبيق العملي للمادة 13/ب من نظام ديوان المظالم السعودي لعام 1428هـ، وبيانه للاستثناءات غير المنصوص عليها صلب المادة النظامية، وتشخيص واقع العمل القضائي فيما يخص دعاوى إلغاء القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية، في ظل عدم تناول غالب الفقه الإداري السعودي لهذه المسألة بالدرس. فحسب ما توصل إليه الباحث، لا توجد بحوث مخصصة لدعاوى الإلغاء الخارجة عن نظر القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية، وجل ما تناوله الباحثون هو الاقتصار على ذكر بعض القرارات الإدارية التي لا تقبل الطعن بالإلغاء والتركيز أساساً على أعمال السيادة والقرارات الصادرة عن اللجان التي تزاول أعمالاً قضائية<sup>2</sup>.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى توعية المتقاضين بأنواع القرارات الإدارية التي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام محاكم ديوان المظالم<sup>3</sup>، وبيان الجهات المختصة بنظر بعضها، وذلك للحد من حالات الدفع بعدم الاختصاص أمام

<sup>1</sup> حيث جاء في أحد أحكام الديوان أن "تعميم جهة الإدارة الصادر بحق المدعي بمنعه من السفر والحجز على ممتلكاته ومستحققاته ليتم سداد المبالغ المستحقة عليه بموجب العقد (استناداً للمادة 14 من نظام جباية أموال الدولة) - يعد عملاً تحضيرياً وتمهيدياً لا ينطوي في حقيقته على إحداث مركز نظامي جديد للمدعي، حيث لم يرتب على هذا التصرف تأثير في مركزه النظامي السابق، لأنه لا يعدو في حقيقته أن يكون توجيهاً لتلك الجهات بطلب تطبيق النظام في حق المدعي دون أن تمارس سلطة اتخاذ القرار المؤثر في ذلك، إذ يكون هذا التوجيه مفتقراً للإجراء اللاحق من تلك الجهات الإدارية الموجه لها التعميم واللازم نظاماً لهائية القرار (الحكم رقم 10/د/1/71 لعام 1426هـ في القضية رقم 1001/ق لعام 1425هـ والمؤيد بحكم التدقيق رقم 87/ت/1 لعام 1427هـ (منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1427هـ، ص 2150).

<sup>2</sup> انظر على سبيل المثال: فهد بن محمد بن عبد العزيز الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة (ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم - دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 54؛ علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري السعودي (الكتاب الأول: مبدأ المشروعية ومنازعات الإلغاء)، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1435 هـ، 2014م، ص 291-293؛ هاني بن علي الطهراوي، القضاء الإداري السعودي (قضاء الإلغاء - دراسة مقارنة)، مكتبة التوبة، الرياض، الطبعة الثالثة، 1438 هـ، 2017م، ص 176-177؛ الدين الجيلالبيبيز، القضاء الإداري (المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية)، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016م، 1438هـ، ص 129.

<sup>3</sup> يشير بعض الشراح إلى أنه أمام عدم وجود تعريف واضح للقرار الإداري، فإن دور القاضي الإداري السعودي يكون هاماً في تمييز القرارات الإدارية القابلة للطعن عن تلك التي لا تقبل الطعن (انظر: عبد الله بن نادر محمد العصبي، "الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث (2017/3)، ص 19).

المحاكم الإدارية في المملكة العربية السعودية، والتخفيف على محاكم ديوان المظالم من تضخم عدد القضايا المرفوعة أمامها<sup>1</sup>.

#### منهجية البحث:

اعتمد الباحث على المنهج التحليلي الوصفي للنصوص النظامية والآراء الفقهية مع الاستئناس بالمنهج الاستقرائي في التعليق على الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم ديوان المظالم واستخراج ما استقر عليه عملها في القضايا ذات العلاقة بموضوع البحث.

#### إشكالية البحث:

لقد جاءت المادة 13/ب بصيغة مطلقة عامة وهي إمكانية الطعن في القرارات الإدارية إذا ما اكتسبت صفة النهائية، ليشمل الإلغاء مبدئياً جميع "القرارات الإدارية النهائية" إلا أنه ينبغي عدم التسليم بعمومية هذا النص باعتبار خروج العديد من القرارات الإدارية النهائية عن مجال اختصاص قاضي الإلغاء. فالإشكال يبقى قائماً في تحديد مدى انطباق المادة 13/ب على جميع "القرارات الإدارية النهائية"؛ بمعنى آخر: هل يمكن الطعن بالإلغاء أمام المحاكم الإدارية في جميع القرارات الإدارية بمجرد اكتسابها صفة النهائية؟

#### خطة البحث:

بعد تقديم الموضوع ببيان اختصاص محاكم ديوان المظالم المبدئي بالنظر في دعاوى إلغاء "القرارات الإدارية النهائية"، وتوضيح المقصود بالنهاية في القرارات الإدارية، ثم طرح الإشكالية المتعلقة بعدم دقة النص النظامي وذلك بتعدد الاستثناءات الواردة عليه والتي تشير إلى وجود عدة أنواع من القرارات الإدارية تخرج عن نظر قاضي الإلغاء رغم اكتسابها لصفة النهائية، ولغاية التبسيط المنهجي، ارتأى الباحث تقسيم هذه القرارات إلى صنفين، على شكل مبحثين:

أولاً: القرارات الإدارية النهائية الخارجة شكلاً عن نظر قاضي الإلغاء؛ وتشمل القرارات الصادرة عن الجهات السيادية والتنظيمية (الملك ومجلس الوزراء ومجلس الشورى وهيئة البيعة) وقرارات المجالس القضائية والجهات القضائية (غير ديوان المظالم) وقرارات بعض اللجان شبه القضائية؛

ثانياً: القرارات الإدارية النهائية الخارجة موضوعاً عن نظر قاضي الإلغاء؛ وأبرزها القرارات الصادرة عن جمعيات النفع العام وما في حكمها غير المتصلة بنشاطاتها وقرارات الضبط الجنائي والقرارات المتعلقة بحوادث السير والقرارات المتصلة بالعقود الإدارية.

<sup>1</sup> بلغ عدد القضايا المرفوعة أمام محاكم الديوان عام 1438هـ ما يقرب عن 90 ألف قضية (نقلا عن صحيفة المدينة ليوم الثلاثاء 2018/2/13 عبر الرابط التالي: <https://www.al-madina.com/article/561058>)

وفي خاتمة البحث، أورد الباحث مجموعة من التوصيات لتطوير التطبيق العملي لدعوى الإلغاء وزيادة فاعلية رقابة القضاء على القرارات الإدارية وضمان احترامها للمشروعية.

### المبحث الأول:

#### القرارات الإدارية النهائية الخارجة شكلاً عن مجال دعوى الإلغاء

المعيار المعتمد في هذا النوع من القرارات هو المعيار الشكلي (أو العضوي حسب ما يعبر عنه بعض شراح القانون الإداري)، ويقصد به الجهة المصدرة للقرار بصرف النظر عن مضمونه. وهذا يعني أن القرارات الصادرة عن بعض الجهات في الدولة، لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء، حتى وإن انطبق عليها وصف القرارات الإدارية النهائية. ولا يشمل هذا النوع القرارات التي لا ينطبق عليها وصف "الإدارية"، كالقرارات التنظيمية، التي تصدرها الجهات التنظيمية في الدولة (مجلس الوزراء ومجلس الشورى)، أو القرارات القضائية - غير الأحكام - الصادرة عن المحاكم.

ومن أهم القرارات الإدارية النهائية التي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء باعتبار الجهة المصدرة: القرارات الإدارية الصادرة عن الجهات السيادية والتنظيمية وقرارات المجالس القضائية والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية (غير ديوان المظالم) وقرارات بعض اللجان شبه القضائية.

#### أولاً: القرارات الإدارية الصادرة عن الجهات السيادية والتنظيمية

المقصود بالجهات السيادية والتنظيمية في المملكة العربية السعودية هو: الملك ومجلس الوزراء ومجلس الشورى. وهذه الجهات هي التي تمثل السلطتين التشريعية (التنظيمية) والتنفيذية في المملكة؛ بالإضافة إلى هيئة البيعة التي لها صلاحيات متعلقة بتحديد طريقة تولي الحكم وتنظيم حالات شغور منصب الملك. وبقراءة لنص المادة 14 من نظام ديوان المظالم لعام 1428هـ بالتوازي مع تطبيق هذه المادة في قضاء محاكم ديوان المظالم، يمكن أن نسوق ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: أن المنظم السعودي قد حظر على القاضي الإداري النظر في ما يسمى بـ"أعمال السيادة"، حسب صريح نص المادة 14 من نظام الديوان لعام 1428هـ، التي هي إعادة لنص المادة التاسعة من نظام ديوان المظالم القديم (نظام 1402هـ)، إلا أنه في نفس الوقت لم يعرف المقصود بـ"أعمال السيادة"، تاركاً الأمر لاجتهاد القاضي، معتمداً في ذلك على ما يسمى بمعيار "القائمة القضائية"؛ حيث يقول القاضي الإداري في هذا الصدد: "إن القضاء هو الجهة المختصة في تقرير الوصف النظامي للعمل المطروح عليه هل هو عمل إداري من أعمال الحكومة يختص بنظره باعتباره من القرارات الإدارية التي يختص بنظرها وفقاً

لأحكام المادة الثامنة من نظامه (ما يوافق المادة 13 في النظام الحالي)، أو عملاً من أعمال السيادة يمتنع عليه النظر فيه وفقاً لأحكام المادة التاسعة من نظامه (المادة 14 في النظام الحالي)<sup>1</sup>.

الملاحظة الثانية: أنه بالرجوع إلى العديد من الأحكام الصادرة عن محاكم الديوان، يبدو أن القضاء الإداري في المملكة لم يستقر على منح معين في تعريف المقصود بأعمال السيادة وتتأرجح أحكامه بين التوسيع والتضييق في مفهومها. فقد قصرت بعض الأحكام وصف العمل السيادي على الأعمال والإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية (كالأوامر الملكية والقرارات الصادرة عن مجلس الوزراء) بوصفها سلطة حكم لا سلطة إدارة<sup>2</sup>، بينما ذهبت بعض الأحكام الأخرى إلى إدخال بعض الأعمال والقرارات الإدارية البحتة (كالإحالة على التقاعد ونحوها) ضمن أعمال السيادة<sup>3</sup>، بل وتحصينها أيضاً ضد دعاوى التعويض.

إلا أنه يبدو أن الراجح من جريان العمل به في قضاء ديوان المظالم هو اعتبار ما يصدر عن هذه الجهات من قبيل أعمال السيادة التي لا يمكن للقاضي الإداري النظر فيها. وهذا الأمر يتأكد مع الأوامر الملكية المتعلقة بإنهاء خدمة الضباط وكبار الموظفين في الدولة. فقضاء الديوان مستقر على اعتبار الأوامر الملكية، على اختلاف مواضعها، من أعمال السيادة التي يحظر عليه النظر فيها طبقاً للمادة 14 من نظامه.

ولا يتفق الباحث بالضرورة مع هذا الرأي، إذ أنه ينبغي التفرقة بين القرارات الإدارية "العادية" الصادرة عن هذه الجهات، والتي من المفروض أن تخضع لرقابة القاضي الإداري، وبين القرارات التي تكون ذات صبغة سيادية ويمكن أن تستثنى بذلك من مجال نظر قاضي الإلغاء.

### ثانياً: القرارات الصادرة عن المحاكم

كانت المدة التاسعة من نظام ديوان المظالم تحظر عليه النظر في "الاعتراضات المقدمة من الأفراد على ما تصدره المحاكم أو الهيئات القضائية من أحكام أو قرارات داخلية في ولايتها". وهذا يعني أن الحظر كان يشمل، شكلاً، ما يصدر عن المحاكم أو غيرها من الهيئات القضائية (كاللجان والمجالس التي ينطبق عليها وصف القضائية)؛ كما يشمل الحظر، موضوعاً، ما تصدره هذه الهيئات من أحكام أو قرارات داخلية في

<sup>1</sup>الحكم رقم 1/30/ت/1 لعام 1407هـ، أشار إليه: الدين الجبالي بوزيد، القضاء الإداري (المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية)، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016 م، 1438 هـ، ص 61.

<sup>2</sup>قضى حكم التدقيق رقم 6/489/ت/6 لعام 1426هـ في القضية رقم 1/3039/ق لعام 1425هـ بأن أعمال السيادة "قد انحصرت وفقاً لما استقر عليه قضاء الديوان بالأعمال والتدابير التي تصدر عن ولي الأمر باعتباره سلطة حكم لا سلطة إدارة".

<sup>3</sup>كالحكم رقم 17/د/ف/20 لعام 1429هـ في القضية رقم 2/3092/ق لعام 1428هـ والمؤيد بحكم الاستئناف رقم 469/اس/6 لعام 1429هـ، والحكم رقم 87/د/ف/7 لعام 1428هـ في القضية رقم 1/3313/ق لعام 1427هـ والمؤيد بحكم التدقيق رقم 20/ت/6 لعام 1429هـ الذي عد الأمر الملكي بإنهاء خدمة ملازم بوزارة الداخلية من أعمال السيادة، وأكد عدم اختصاص الديوان بالنظر في الأوامر الملكية إلغاءً وتعويضاً.

ولايتها، كإجراءات التحفظية وقرارات اعتماد الخبراء وقرارات تعيين الأوصياء وغيرها<sup>1</sup>. وهذا ما أكده أحد الأحكام الصادرة عن محاكم الديوان الذي جاء فيه أن "طعن المدعي فيما اتخذه قاضي المحكمة العامة عند نظره لدعوى المدعي مع دائنيه، وذلك بإعادة المبلغ المرسل من أحد المتبرعين لسداد دائي المدعي - حقيقة الدعوى هو الطعن في إجراءات قاضي الموضوع أثناء نظره لتلك الدعوى ... وبالتالي فإن ما يطعن فيه المدعي قرار صادر من قاض أثناء نظره لدعوى داخل ولايته وبهذا تخرج عن اختصاص الديوان ولائياً"<sup>2</sup>. ومع إلغاء المادة التاسعة وحلول المادة الرابعة عشر محلها، صار الحظر يقتصر على "الاعتراضات على ما تصدره المحاكم - غير الخاضعة لهذا النظام - من أحكام داخلية في ولايتها". وبقراءة متوازنة مع المادة الثالثة عشر (فقرة ب) من نفس النظام، أصبح الأصل في القرارات الصادرة عن اللجان ذات الاختصاص القضائي قابلاً للطعن بالإلغاء أمام محاكم الديوان (عدا ما استثني منه كما سنرى ذلك لاحقاً). أما بالنسبة للأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم، ويقصد بها المحاكم الشرعية، فقد خصت الأنظمة طرقاً خاصة بالاعتراض عليها، وهي الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر. وغني عن البيان أن الاعتراض على الأحكام والقرارات الصادرة من جهة قضائية يكون أمام نفس الجهة.

### ثالثاً: قرارات المجالس القضائية

يقصد بالمجالس القضائية التي تخرج قراراتها عن نظر ديوان المظالم، المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري. ونص المادة 14 من نظام ديوان المظالم جاء مطلقاً، يشمل كل قرارات المجالس دون تفرقة بين القرارات التي تتعلق بتنظيم مرفق القضاء (كإنشاء المحاكم أو الدوائر أو إلغائها أو دمجها أو توزيع الاختصاص النوعي والمكاني بينها)<sup>3</sup> والقرارات المتعلقة بشؤون القضاة الوظيفية (كتعيينهم وترقيتهم وندبهم ونقلهم وتأديبهم).

وقد انتقد بعض شراح القانون الإداري في المملكة هذا المنهج في منع ديوان المظالم من النظر في النوع الأخير إذ اعتبر أن هذه القرارات "هي قرارات إدارية صادرة عن موظفين مهما علت مرتبتهم، فالأصل أن يخضع القرار بتعيين قاض أو نقله أو عدم ترقيته أو الحسم من راتبه أو تأديبه للطعن به أمام المحكمة الإدارية، كغيره من القرارات الإدارية، وهذا هو المنهج المتبع في العديد من الدول التي تأخذ بنظام القضاء الإداري

<sup>1</sup> علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري السعودي (الكتاب الأول: مبدأ المشروعية ومنازعات الإلغاء)، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1435 هـ، 2014 م، ص 283.

<sup>2</sup> الحكم رقم 123/د/3 لعام 1427 هـ في القضية رقم 1/905/ق لعام 1427 هـ المؤيد بحكم التدقيق رقم 292/ت/6 لعام 1428 هـ (منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1428 هـ، ص 83).

<sup>3</sup> تجدر الإشارة إلى أن الأعمال والقرارات المتصلة بالمحاكم تخضع في فرنسا لرقابة القاضي الإداري إذا كانت تتعلق بأداء مرفق القضاء.

كفرنسا ومصر والأردن<sup>1</sup>. أما في ما يخص القرارات الصادرة بشأن موظفي المحاكم – أعوان القضاء - (من كتاب الضبط وكتاب السجل والباحثين والمحضرين وأمناء السر وغيرهم) فيرى بعض شراح القانون أنها تخضع لرقابة محاكم الديوان باعتبار صدورها من رؤساء المحاكم<sup>2</sup>.

#### رابعا: القرارات النهائية الصادرة عن اللجان شبه القضائية المستثناة

تعد اللجان شبه القضائية أحد أبرز مميزات النظام القضائي السعودي، وهي لجان كثيرة (تتجاوز الثمانين لجنة) تتولى مهمة الفصل في بعض المنازعات وتطبيق العقوبات الواردة في الأنظمة المنشئة لها<sup>3</sup>.

والأصل أن كل قرارات اللجان شبه القضائية يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام ديوان المظالم، تطبيقا للمادة 13/ب من نظام ديوان المظالم، إلا أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار اللجان التي لا يمكن الطعن في قراراتها أمام محاكم الديوان، وتعتبر بذلك لجانا مستثناة. ولهذا، يجب الرجوع في كل مرة إلى النظام الذي أنشئت بموجبه اللجنة المعنية للتأكد من مدى قابلية قراراتها للطعن، ولتحقق من آجال الطعن.

ورغم تنصيب آلية العمل بنظام القضاء المعدل على ثلاث لجان (المصرفية والجمركية والمالية)، إلا أنه ينبغي أيضا إدراج عدة لجان أخرى نصت أنظمتها الخاصة على "نهائية" قراراتها، أي على عدم جواز الطعن فيها. ومن اللجان التي لا يمكن الطعن بالإلغاء في قراراتها ما يلي:

- 1) لجنة المنازعات المصرفية: وتختص بالدعاوى والقضايا ذات الصبغة المصرفية التي تنشأ عن ممارسة البنك لأعماله المصرفية<sup>4</sup>؛ وتنظر في الاعتراضات على قراراتها لجنة استئنافية تصدر قرارات – أو أحكاما - نهائية، أي أنها لا تقبل الطعن أمام أي جهة أخرى<sup>5</sup>.
- 2) لجان الفصل في القضايا الجمركية: وتختص بالنظر في الاعتراضات على قرارات التحصيل والتغريم. وقرارات اللجان الجمركية الاستئنافية لها صفة القطعية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>هاني بن علي الطهراوي، القضاء الإداري السعودي (قضاء الإلغاء – دراسة مقارنة)، مكتبة التوبة، الرياض، الطبعة الثالثة، 1438 هـ، 2017 م، ص 151.

<sup>2</sup>ينظر على سبيل المثال إلى: أحمد صالح مخلوف، الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد بالمملكة العربية السعودية، مركز البحوث، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1434 هـ – 2013 م، ص. 293.

<sup>3</sup>أيوب بن منصور الجربوع، اللجان شبه القضائية في القانون السعودي (دراسة تحليلية في ضوء النصوص النظامية وأحكام ديوان المظالم)، الطبعة الأولى، 1439 هـ-2017 م، ص 15. انظر أيضا إلى: عمر الخولي، قضاء الظل (المحاكم الخفية)، اللجان الإدارية التي تزاوّل أعمالا قضائية وشبه قضائية في المملكة العربية السعودية، منشورات المركز السعودي للبحوث والدراسات القانونية، الطبعة الثانية، 1439 هـ-2018 م.

<sup>4</sup>مثل فتح الاعتمادات والحسابات بأنواعها والقروض ونحوها من الأعمال المصرفية الأخرى، ودعاوى المنازعات المصرفية بالتبعية.

<sup>5</sup>طبقا للأمر الملكي البرقي رقم 37441 بتاريخ 1433/8/11 هـ.

<sup>6</sup>طبقا للمادة 164 من نظام (قانون) الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي العربية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/41 بتاريخ 1433/11/3 هـ.

- 3) لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية: وهي مختصة بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام نظام السوق المالية ولوائحه التنفيذية، وبها لجنة استئناف قراراتها نهائية<sup>1</sup>.
- 4) لجان الفصل في المخالفات والمنازعات التمويلية: التي تختص في الفصل في المخالفات والمنازعات ودعاوى الحق العام والخاص الناشئة عن تطبيق أحكام نظام مراقبة شركات التمويل وأحكام نظام التأجير التمويلي ولأئحتيهما، وكذلك الفصل في تظلمات ذوي المصلحة من قرارات مؤسسة النقد العربي السعودي ذات الصلة. وبها لجنة استئنافية قراراتها نهائية<sup>2</sup>.
- 5) لجنة النظر في مخالفات نظام مراقبة البنوك<sup>3</sup>: وتتولى هذه اللجنة الفصل في المخالفات التي تقع على نظام مراقبة البنوك؛ ويمكن الاعتراض على قراراتها أمام اللجنة الاستئنافية للمنازعات والمخالفات المصرفية التي تصدر قرارات نهائية<sup>4</sup>.
- 6) لجان الفصل في المخالفات والمنازعات الضريبية: وتختص بالفصل في المخالفات والمنازعات ودعاوى الحقين العام والخاص<sup>5</sup>؛ وتتكون من دوائر ابتدائية وأخرى استئنافية تصدر قرارات نهائية<sup>6</sup>.
- 7) مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية: التي تختص بالنظر في القضايا الناشئة عن تطبيق أحكام نظام الأوراق التجارية<sup>7</sup>؛ ويتم التظلم أو الاعتراض من قرارات مكاتب الفصل في منازعات الأوراق التجارية أمام اللجنة القانونية بالرياض وتكون قراراتها نهائية وقطعية<sup>8</sup>.
- 8) لجان النظر في مخالفات نظام المطبوعات والنشر: المحدثة بعد تعديل نظام المطبوعات والنشر<sup>9</sup>، والمتكونة من لجان ابتدائية ولجنة استئنافية تكون قراراتها نهائية.

<sup>1</sup> طبقاً للمادة 25/ز من نظام السوق المالية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/30 بتاريخ 1424/6/2هـ.

<sup>2</sup> طبقاً للفقرة ثلثاً/6 من نظام مراقبة شركات التمويل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/51 بتاريخ 1433/8/13هـ.

<sup>3</sup> المحدثه بالمادة 25 من نظام مراقبة البنوك الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/5 بتاريخ 1386/2/22هـ.

<sup>4</sup> طبقاً للأمر الملكي البرقي رقم 37441 بتاريخ 1433/8/11هـ.

<sup>5</sup> وكذلك اعتراضات ذوي الشأن على القرارات الصادرة من الهيئة العامة للزكاة والدخل الناشئة عن تطبيق أحكام الأنظمة الضريبية ولوائحها، والقرارات والتعليمات الصادرة بناءً عليها.

<sup>6</sup> طبقاً لأحكام المادة 67/سابعاً من نظام ضريبة الدخل الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/1 بتاريخ 1425/1/15هـ والمعدل بموجب المرسوم الملكي رقم م/113 بتاريخ 1438/11/2هـ والجدير بالذكر أن نظام 1425هـ كان يسمح، طبقاً للمادة 66، بإمكانية الطعن على قرارات لجان الاستئناف الضريبية أمام ديوان المظالم خلال ستين يوماً من تاريخ الإبلاغ بالقرار.

<sup>7</sup> الصادر بالمرسوم الملكي رقم 37 بتاريخ 1383/10/11هـ وهي قضايا الشيكات والكنبيالات والسندات لأمر.

<sup>8</sup> طبقاً لأحكام المادة الثالثة من قرار وزير التجارة والصناعة رقم 154 بتاريخ 1431/1/6هـ ومن المنتظر أن يتم إحالة هذه القضايا قريباً إلى المحاكم الجزائية بالقضاء العام حسب قرار وزير العدل نقلاً عن صحيفة عكاظ الصادرة بتاريخ الثلاثاء 25 صفر 1439هـ الموافق 14 نوفمبر 2017، رابط المقال: <http://www.okaz.com.sa/article/1589456>

<sup>9</sup> بموجب المرسوم الملكي رقم م/20 بتاريخ 1433/4/11هـ، الذي عدل بعض مواد نظام المطبوعات والنشر وأحدث لجان ابتدائية (المادة 37) ولجنة استئنافية (المادة 40) للنظر في مخالفات أحكام نظام المطبوعات والنشر (الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/32 بتاريخ 1421/9/3هـ) وكذلك نظام الإعلام المرئي والمسموع (الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/33 بتاريخ 1439/3/25هـ) وتطبيق العقوبات الواردة فيهما. وللإشارة، فإن

9) لجنة الاستئناف بالاتحاد السعودي لكرة القدم: وتنظر في الاستئنافات والاعتراضات على قرارات لجنة الانضباط ولجنة الأخلاق والقيم وغرفة فض المنازعات المنضوية تحت الاتحاد السعودي لكرة القدم؛ وقرارات هذه اللجنة نهائية لا تقبل الطعن أمام محاكم الديوان<sup>1</sup>.

10) لجنة النظر في نزاعات ومخالفات الاتصالات وتقنية المعلومات: وتختص بالنظر في المخالفات المنصوص عليها في المادة 42 والمادة 43 من مشروع نظام الاتصالات وتقنية المعلومات؛ وتختص لجنة استئنافية بالنظر في التظلمات الواردة على القرارات الصادرة عن هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات أو اللجنة الابتدائية؛ وقرارات لجنة الاستئناف نهائية<sup>2</sup>.

وهكذا، فإن الجهات المذكورة أنفا لا يمكن الطعن في قراراتها، وهذا على خلاف الجهات الإدارية الأخرى التي يمكن مبدئياً الطعن في جميع القرارات الصادرة عنها، عدا ما استثني منها، وهذا ما سنوضحه في المبحث التالي.

### المبحث الثاني:

#### القرارات الإدارية النهائية الخارجة موضوعاً عن مجال دعوى الإلغاء

بالإضافة إلى القرارات الإدارية التي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء رغم توفر صفة النهائية فيها وذلك باعتبار الجهة المصدرة لها، يوجد نوع آخر من القرارات النهائية الخارجة عن نظر قاضي الإلغاء، ليس باعتبار الجهة التي أصدرت القرار، ولكن باعتبار موضوع القرار نفسه. وهذا يشمل قرارات جمعيات النفع العام وما في حكمها غير المتصلة بنشاطاتها وقرارات الضبط الجنائي والقرارات المتعلقة بحوادث السير والقرارات المتصلة بالعقود الإدارية.

النظام الأخير (نظام الإعلام المرئي والمسموع)، أحدث "هيئة" - وهي الهيئة العامة للإعلام المرئي والمسموع - وحدد اختصاصاتها صلب المادة 18. ويجوز التظلم من قرارات الهيئة أمام اللجنة الابتدائية المشكلة بموجب نظام المطبوعات والنشر.

<sup>1</sup> طبقاً للمادة 52 من النظام الأساسي للاتحاد السعودي لكرة القدم الصادر بقرار من الجمعية العمومية للاتحاد السعودي لكرة القدم. ونشير إلى أن المحاكم في المملكة تحكم برد الدعوى إذا تعلقت بالقضايا التي يكون أحد أطرافها نادي رياضي أو اتحاد كرة القدم أو اللاعبين المحترفين وذلك انسجاماً مع الاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها المملكة والتي تقضي بعدم إخضاع المنازعات الرياضية لولاية القضاء الوطني (انظر: عمر الخولي، قضاء الظل (المحاكم الخفية)، اللجان الإدارية التي تزاوّل أعمالاً قضائية وشبه قضائية في المملكة العربية السعودية، منشورات المركز السعودي للبحوث والدراسات القانونية، الطبعة الثانية، 1439هـ-2018م، ص 85).

<sup>2</sup> طبقاً للفقرة 4 من المادة 48 من مشروع نظام الاتصالات وتقنية المعلومات.

### أولاً: قرارات جمعيات النفع العام – وما في حكمها – غير المتصلة بنشاطاتها

الأصل أن جمعيات النفع العام هي جمعيات أهلية ولا ينطبق على قراراتها الصفة الإدارية. ذلك أن المعيار المعتمد في المملكة في تحديد المنازعة الإدارية بشكل عام هو المعيار الشكلي، أي وجود جهة الإدارة كطرف في المنازعة؛ فلا يكون القرار إدارياً إلا إذا كان صادراً من الجهات الإدارية (مركزية أو لا مركزية). ونتيجة لتطبيق هذا المعيار، فإن القرارات الصادرة عن غير جهة الإدارة، كالأفراد والجمعيات الأهلية والشركات الخاصة أو الحكومية، وإن كانت تقوم بتسيير مرفق عام، لا تعتبر قرارات إدارية<sup>1</sup> (وذلك على خلاف ما ذهب إليه بعض الدول الأخرى كفرنسا التي تعتمد غالباً على المعيار المختلط في تحديد مجال تطبيق القانون الإداري).

إلا أن الوضع تغير مع نظام ديوان المظالم الجديد لعام 1428هـ، بعد إضافة إمكانية الطعن بالإلغاء في قرارات جمعيات النفع العام<sup>2</sup> - وما في حكمها - المتصلة بنشاطاتها. وهذه الإمكانية تسري مبدئياً على

<sup>1</sup> اعتبر القاضي الإداري في أحد أحكامه أن "المدعى عليها (مؤسسة سلطان بن عبد العزيز الخيرية) شخصية اعتبارية مستقلة وليست جهة حكومية كما في المادة الأولى من نظامها، لذا فإن الدعوى (بإلغاء قرارها السليبي بعدم صرف مستحقات ابتعاث للدراسة بالخارج) تخرج عن اختصاص الديوان الولائي" (الحكم الابتدائي رقم 1/د/3 لعام 1427هـ في القضية رقم 1/5331/ق لعام 1427هـ والمؤيد بحكم التدقيق رقم 88/ت/8 لعام 1427هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1428هـ، ص 105). وفي الحكم الصادر في الدعوى المقامة ضد الهيئة السعودية للتخصصات الصحية (طبقاً للمادة الأولى من نظامها الصادر بالمرسوم الملكي م/2 بتاريخ 1413/2/6هـ، الهيئة السعودية للتخصصات الصحية هي هيئة مهنية علمية ذات شخصية اعتبارية مقرها الرياض ويجوز لها أن تنشئ فروعاً داخل المملكة) وقد حكم الديوان باختصاصه ولائياً في الدعوى المقامة أمامه كونها تخاصم قراراً مبيناً على امتياز من امتيازات السلطة العامة وهو منح التراخيص ومنعها وسحبها (الحكم رقم 336/ت/6 لعام 1428هـ في القضية رقم 533/5/ق لعام 1426هـ، أشار إليه: محمد هادي حمد حكيمي، جمعيات النفع العام (أساس تكوينها وقراراتها)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، 1429-1430هـ، ص 101-102).

<sup>2</sup> طبقاً للمادة 25 من نظام الجمعيات والمؤسسات الأهلية (الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/8 وتاريخ 1437/2/19هـ): "تعد الجمعية ذات نفع عام إذا كان غرضها تحقيق مصلحة عامة، على أن ينص على ذلك في ترخيص إنشائها، ويكون إضفاء هذه الصفة أو إلغاؤها - في المرحلة التالية للترخيص - بقرار من الوزير (وزير الشؤون الاجتماعية)، وتحدد اللائحة الأحكام المتعلقة بذلك". وجاءت المادة 41 من اللائحة التنفيذية لنظام الجمعيات والمؤسسات الأهلية (الصادرة بقرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم 283 وتاريخ 1437/6/11هـ) لتبين الشروط الواجب توافرها للجمعية الأهلية حتى تتحصل على صفة النفع العام، وهي خمسة:

1. أن يكون غرضها تحقيق مصلحة عامة.
2. أن يكون نشاطها موجهاً لعموم المجتمع الذي تستهدفه الجمعية.
3. أن تكون عضوية الجمعية مفتوحة.
4. عدم وجود أية مخالفات مالية أو إدارية أو فنية على الجمعية.
5. أن يكون ضمن أعضاء مجلس الإدارة خبيران على الأقل من ذوي الاختصاص في مجال العمل الأهلي، ويشترط ألا تقل خبرة كل منهما عن خمس سنوات وأن يكونا من حملة شهادة الماجستير فأعلى.

الجمعيات الأهلية وأيضا على الغرف التجارية والصناعية والهيئات المهنية وغيرها من الجمعيات والمؤسسات الخاصة التي لا تهدف إلى الربح، باعتبار أنها في حكم جمعيات النفع العام<sup>1</sup>. أما الأعمال الأخرى لهذه الجمعيات (كالقرارات التي لا تتعلق بنشاطها، وعلاقتها مع موظفيها أو مع الغير، كقضايا المطالبات العقدية أو التعويض عما تسبب فيه من أضرار) فهي تخضع للقانون الخاص وينتفي اختصاص محاكم الديوان بالنظر في منازعاتها<sup>2</sup>.

### ثانيا: قرارات الضبط الجنائي

من المتعارف عليه أن إجراءات الضبط الجنائي هي مجموعة الأعمال والقرارات التي تقوم بها جهات معينة في الدولة (كالنيابة العامة - هيئة التحقيق والادعاء العام سابقا - وأجهزة الشرطة وإدارات المباحث ومكافحة المخدرات وغيرها) وتهدف إلى البحث عن مرتكبي الجرائم وضبطهم وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والتفتيش وتوجيه الاتهام والتوقيف<sup>3</sup>. وقد تؤدي هذه الإجراءات في بعض الأحيان إلى ظهور نزاعات يطالب فيها المتضررون منها بالتعويض عما أصابهم من ضرر أو بإلغاء القرارات المتخذة ضدهم. وقد أثارت مسألة الجهة المختصة بالنظر في هذه المنازعات في المملكة العربية السعودية تنازعا للاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العام. ففي حين ذهبت بعض محاكم الديوان إلى إقرار اختصاصها بالنظر في منازعات قرارات الضبط الجنائي (إلغاء وتعويض)، وذلك لاعتمادها على المعيار الشكلي في تعريف المنازعة الإدارية وفي تحديد مجال نظر القاضي الإداري، دفعت بعض المحاكم الأخرى بعدم اختصاصها بالنظر إلى طبيعة النزاع المطروح المتعلق غالبا بدعوى جزائية.

وهذا ما حدى بهيئة التدقيق مجتمعة للتدخل لوضع حد لهذا التضارب في الأحكام بأن أصدرت القرار رقم 87 لعام 1432هـ والقاضي بالعدول عن الاجتهاد الذي سبق أن أخذت به بعض محاكم الديوان بتقرير اختصاصها بهيئة قضائي إداري بنظر الدعاوى المتعلقة بأعمال الضبط الجنائي، إلغاء وتعويض، وهذا يعني عمليا أن الاعتراض على قرارات هذه الجهات أو طلب التعويض عن أعمالها أو قراراتها يكون من اختصاص القاضي الذي ينظر في أصل القضية (أي المحكمة الجزائية)، باعتبار أن الفرع يتبع الأصل، وهو ما قرره

<sup>1</sup> انظر في نفس المعنى: خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري (ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية - قضاء الإلغاء - قضاء التعويض - دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 1433 هـ، ص 195؛ ومحمد هادي حمد حكيم، جمعيات النفع العام (أساس تكوينها وقراراتها)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، 1429-1430 هـ.

<sup>2</sup> ففي الحكم الصادر في الدعوى المقامة ضد الجمعية الخيرية لمكافحة التدخين (جمعية نقاء) حكم القاضي الإداري بعدم اختصاص الديوان بنظرها ولائيا إذ أن الدعوى لم تطعن في قرار اتخذته الجمعية وإنما هي من دعاوى التعويض فتكون المنازعة من اختصاص المحاكم العامة (الحكم رقم 5/د/145 لعام 1429 هـ في القضية رقم 1/5734/ق لعام 1428 هـ، أشار إليه: محمد هادي حمد حكيم، مرجع سابق، ص 100).

<sup>3</sup> طبقا لأحكام المادة 24 من نظام الإجراءات الجزائية.

أيضا العديد من الأحكام الصادرة عن ديوان المظالم بعد صدور قرار هيئة التدقيق مجتمعة<sup>1</sup>. ويعتبر هذا الحل متوافقا مع ما ذهب إليه الفقه والقضاء الإداري المقارن من استبعاد هذه الدعاوى عن نظر القضاء الإداري<sup>2</sup>.

### ثالثا: القرارات المتعلقة بحوادث السير

طبقا للمادة 31 من نظام المرافعات الشرعية لعام 1435هـ، "تختص المحاكم العامة بنظر جميع الدعاوى والقضايا والإثباتات النهائية وما في حكمها الخارجة عن اختصاص المحاكم الأخرى وكتابات العدل وديوان المظالم، ولها بوجه خاص النظر في الآتي: (...)- ج- الدعاوى الناشئة عن حوادث السير وعن المخالفات المنصوص عليها في نظام المرور ولائحته التنفيذية".

وقد صدر في تطبيق هذه المواد قرار من المجلس الأعلى للقضاء<sup>3</sup> متضمنا افتتاح عدد من الدوائر المتخصصة في المحاكم العامة للفصل في الدعاوى الناشئة عن حوادث السير؛ وتؤلف هذه الدوائر حسب قرار المجلس الأعلى للقضاء من قاض فرد. وقد بدأت هذه الدوائر فعليا بمباشرة اختصاصها بتاريخ 1436/2/18هـ. إلا أنه، وفي انتظار تعميم إنشاء هذه الدوائر في كافة المحاكم العامة وتفعيل دورها في الفصل في المخالفات المرورية، لازالت هيئات الفصل في المخالفات المرورية في المملكة قائمة وتتولى الفصل في المنازعات الناشئة عن حوادث المرور. وتنحصر ولاية القاضي الإداري عن القضايا المتعلقة بحوادث السير إلغاء وتعويض، حتى وإن كان الطرف المدعي أو المدعى عليه جهة إدارية. فقد أشار أحد الأحكام الحديثة الصادرة عن ديوان المظالم أن الدعاوى المتعلقة بالمخالفات المرورية وما ينشأ عنها من اختصاص المحاكم العامة إعمالا لقاعدة (الفرع يتبع الأصل) وأن أثر ذلك عدم اختصاص المحاكم الإدارية ولائيا بنظر الدعوى (مطالبة المدعي إلغاء قرار هيئة الحوادث المرورية فيما تضمنه من إسناد المسؤولية على مورث موكله بنسبة 25% في الحادث الواقع له، باعتبار أن الدعاوى الناشئة عن حوادث السير من اختصاص المحاكم العامة)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> انظر على سبيل المثال: الحكم رقم 7/د/533/1 لعام 1434هـ) في القضية رقم 1/13158/ق لعام 1433هـ) المؤيد بحكم الاستئناف رقم (3/338 لعام 1434هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1434هـ، المجلد الأول، ص. 8 - 15؛ وكذلك الحكم رقم 5/د/30 لعام 1434هـ) في القضية رقم 1/2224/ق لعام 1434هـ) المؤيد بحكم الاستئناف رقم 3/267 لعام 1434هـ)، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1434هـ، المجلد الأول، ص. 3 - 7.

<sup>2</sup> علي شفيق علي، "دعوى إلغاء القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية"، دورية الإدارة العامة، العدد 75، محرم 1413هـ، ص 48.

<sup>3</sup> القرار رقم 36/12/1402 بتاريخ 1436/2/19هـ.

<sup>4</sup> قضية الاستئناف رقم 6521/ق لعام 1436هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1436هـ، ص 28.

#### رابعاً: القرارات الإدارية المتعلقة بعمال الحكومة والمؤسسات العامة

طبقاً للمادة الخامسة من نظام العمل<sup>1</sup>: "تسري أحكام هذا النظام على الآتي: ... 2- عمال الحكومة والهيئات والمؤسسات العامة، بمن فيهم الذين يشتغلون في المرعي أو الزراعة". و طبقاً للمادة 34 من نظام المرافعات الشرعية: "تختص المحاكم العمالية بالنظر في الآتي: ... و - المنازعات المتعلقة بالعمال الخاضعين لأحكام نظام العمل، بمن في ذلك عمال الحكومة". ولهذا، فإن القرارات المتعلقة بعمال الحكومة والمؤسسات العامة، من تعيين وترقية وتأديب وغيرها، حتى وإن كانت في أصلها قرارات إدارية طبقاً للمعيار الشكلي المعتمد في المملكة، إلا أنه تخرج عن اختصاص محاكم الديوان. فقد استقر قضاء الديوان على عدم قبول النظر في الدعاوى التي يكون أحد أطرافها موظفاً خاضعاً لنظام العمل<sup>2</sup>.

وقد عهد في بادئ الأمر<sup>3</sup> إلى اللجان العمالية، المسماة بهيئات تسوية الخلافات العمالية، بنظر هذه المنازعات بشكل عام. كما عهد إلى الهيئة العليا للنظر استثنائياً ونهائياً في القرارات الصادرة عن الهيئات الابتدائية. وقرارات الهيئة العليا لا يمكن الطعن فيها أمام محاكم الديوان باعتبار أنها لا تقبل أي وجه من وجوه الطعن، وتعتبر بذلك من اللجان المستثناة لقراراتها من نظر الديوان. وقد تم تدشين العمل مؤخراً بالمحاكم العمالية في سبعة مدن رئيسية في المملكة<sup>4</sup>، لتحل محل الهيئات العمالية، كما أنشئت ثمانية عشرة دائرة عمالية متخصصة في المحاكم العامة في المحافظات التي ليس فيها محاكم عمالية بالإضافة إلى تسعة دوائر عمالية استثنائية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/51 بتاريخ 1426/8/23هـ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم م/46 بتاريخ 1436/6/5هـ.

<sup>2</sup> كما جاء في أحد الأحكام أن: "مطالبة المدعي إلزام المدعى عليها بتعديل مسعى وظيفته - الوظيفة التي يشغلها المدعي من الوظائف الخاضعة لنظام العمل والعمال ولائحة المعينين على بند الأجور بالدوائر الحكومية، وقد استقر قضاء الديوان على عدم اختصاصه بنظر المنازعات الناتجة عن عقد العمل ولو كان أحد طرفيه جهة إدارية طبقاً لقرار مجلس الوزراء - أثر ذلك: عدم اختصاص محاكم الديوان ولائياً بنظر الدعوى" (مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1436هـ، ص 35).

<sup>3</sup> جاء في آلية العمل التنفيذية لنظام القضاء (سابعاً: المحاكم العمالية): "7- يحدد المجلس الأعلى للقضاء فترة انتقالية - بعد تعديل نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية- لتباشر بعدها المحاكم العمالية اختصاصاتها المنصوص عليها نظاماً وتنقل بعد ذلك القضايا القائمة وما يتعلق بها من هيئات تسوية الخلافات العمالية والهيئة العليا لتسوية الخلافات العمالية إلى المحاكم العمالية للفصل فيها، وذلك بالتنسيق بين رئيس المجلس الأعلى للقضاء ووزير العمل، ويراعى في ذلك الاختصاص المكاني، وتحاط وزارة العدل بما تم من ترتيبات في هذا الشأن.

<sup>4</sup> في كل من الرياض والدمام ومكة المكرمة والمدينة المنورة وأبها وبريدة.

<sup>5</sup> عن مقال جريدة اليوم (25 نوفمبر 2018) عبر الرابط: [www.alyaum.com/articles/6064349](http://www.alyaum.com/articles/6064349)

### خامسا: القرارات المتصلة بالعقود الإدارية

تعتبر العقود الإدارية من العمليات القانونية المركبة التي تمر بعدة مراحل وخطوات قبل انعقادها وعند تنفيذها وحتى بعد الانتهاء منها<sup>1</sup>. وينتج عن هذه العمليات المركبة صدور العديد من القرارات الإدارية، منها ما يتعلق بالعقد نفسه (من حيث تنفيذه أو صلاحيات الجهة الإدارية في تعديله أو إيقاع الجزاءات ضد المتعاقد معها أو إنهاءه)، ومنها ما لا يتعلق بالعقد (كالإجراءات السابقة لتوقيعه مثلا كالإعلان عن المناقصة وتلقي العروض وتشكيل لجان الفحص والبت في العروض والترسية وغيرها). ويمكن تعريف القرارات المنفصلة عن العقد بأنها القرارات التي تسهم في تكوين العقد الإداري وتستهدف إتمامه، إلا أنه تنفصل عن هذا العقد وتختلف عنه في طبيعتها، الأمر الذي يجعل الطعن فيها بالإلغاء جائزا<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للطائفة الثانية من القرارات المتعلقة بالعقد الإداري، فهي قرارات متصلة به، تنفيذا له أو استنادا إلى بند من بنوده، ومن ذلك مثلا القرار الصادر بسحب العمل من المتعاقد مع الجهة، أو القرار الصادر بالحجز على الضمان النهائي أو القرار الصادر بفسخ العقد ذاته؛ فالنظر في هذه القرارات هو نظر في فرع من فروع الأصل الذي هو العقد الإداري. وبالتالي فإن اختصاص النظر فيها يرجع لقاضي العقد (طبقا للمادة 13/د من نظام ديوان المظالم) وليس لقاضي الإلغاء؛ والاختلاف واضح على مستوى الشروط الشكلية والموضوعية بين الدعويين.

إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أنه يصعب أحيانا التمييز بين القرارات المنفصلة عن العقد الإداري، التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً، وتلك المتصلة به، التي لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء، خاصة مع وجود خلاف حول بداية العقد نفسه ما إذا كان ينعقد بصدور قرار الترسية أو عند التوقيع عليه. فحسب بعض الشراح، من المفروض أن ينعقد العقد عند توقيعه، مولين بذلك الأهمية التي تستحقها الكتابة كشرط انعقاد العقد الإداري<sup>3</sup>؛ إلا أن الاتجاه الراجح لدى محاكم الديوان هو انعقاد العقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول بين طرفي العقد، وهذا يتحقق بعد إخطار المتعاقد بقرار الترسية وبصرف النظر عن مسألة التوقيع على العقد كتابة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> انظر: عمر بن عبد الرحمن البوريني، "القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها"، مجلة الحقوق (الكويت)، المجلد 37، عدد 1، مارس/جمادى الأولى، 2013، ص 500.

<sup>2</sup> عمر بن عبد الرحمن البوريني، مرجع سابق، ص 507.

<sup>3</sup> راجع: عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، الطبعة السابعة، نشر وتوزيع مكتبة جرير، 1438هـ-2017م، ص 111-117.

<sup>4</sup> يعتبر القاضي الإداري في المملكة أن العقد يتم حقيقة بتلاقي الإيجاب والقبول بين الطرفين "حتى وإن لم يحرر إذ أن الكتابة زيادة توثيق" (قضية الاستئناف رقم 754/ق لعام 1436هـ، منشور في مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1436هـ، ص 2231).

## خاتمة

يتبين لنا، في خاتمة هذا البحث، أنه رغم عمومية نص المادة 13/ب من نظام ديوان المظالم، باعتبار اختصاص محاكم ديوان المظالم بالنظر في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية، إلا أن هذه الدعوى لا تشمل عدة أنواع من القرارات، رغم انطباق صفة النهائية عليها. ويمكن تقسيم هذه القرارات إلى صنفين:

- الصنف الأول يتعلق بالقرارات الإدارية الصادرة عن بعض الجهات في الدولة والتي لا يجوز للمحاكم الإدارية النظر في دعاوى إلغائها؛ وهي القرارات التي تخرج شكلا عن مجال دعوى الإلغاء؛
- أما الصنف الثاني فيتعلق بأنواع من القرارات لا تقبل الطعن بالإلغاء، بالرجوع إلى النصوص النظامية الخاصة بهذه القرارات وإلى ما استقر عليه عمل القضاء الإداري في المملكة، رغم أنها صادرة من جهات يجوز من ناحية الأصل النظر في الطعون الموجهة ضد قراراتها. ولا ندعي بهذا التعداد حصر كل القرارات الإدارية غير القابلة للطعن بالإلغاء أمام محاكم الديوان، ولكن ربما قد يوفق البحث في وضع معيار لتقسيم هذه القرارات إلى قرارات غير قابلة للطعن اعتمادا على المعيار الشكلي (الجهة المصدرة للقرار)، وأخرى غير قابلة للطعن اعتمادا على المعيار الموضوعي (طبيعة القرار أو موضوعه).

ونود أن نشير في خاتمة هذا البحث إلى بعض التوصيات لعلها تجد صدى لدى الجهات التنظيمية في الدولة، وكذلك القضاة الأفاضل والباحثين والمختصين لمزيد النظر والتمحيص، في سبيل الارتقاء بدعوى الإلغاء إلى حقيقتها المثلى وغايتها العليا من تحقيق فاعلية رقابة القضاء على القرارات الإدارية وضمان احترامها للمشروعية.

التوصية الأولى: التضييق قدر الإمكان في الدعاوى الخارجة عن نظر القضاء الإداري إلغاءً، باعتبار أن دعوى الإلغاء هي دعوى مشروعية ولا تقدر في الجهة مصدرة القرار بقدر ما هي ضمانات لاحترام الأحكام الشرعية والأنظمة المرعية؛ ومن ذلك مثلا اقتراح أن يقتصر مفهوم "أعمال السيادة" على ما يصدره ولي الأمر من قرارات متعلقة بالحكم بالإدارة، كما ذهبت إلى ذلك بعض محاكم ديوان المظالم، خاصة في ما يتعلق بقرارات إنهاء خدمة الموظفين وما يترتب عليها من حقوق وظيفية.

التوصية الثانية: الإبقاء والمحافظة على تميز النظام السعودي باعتماد المعيار الشكلي في تعريف المنازعة الإدارية عموما، وفي قبول دعوى الإلغاء خاصة، باعتبار بساطة هذا المعيار وتفاديه للتعقيدات الكبيرة التي وصل إليها القضاء المقارن عند تطبيقه لمعايير أخرى (القضاء الفرنسي أو المصري على سبيل

المثال). ويؤدي الاعتماد على المعيار الشكلي إلى قبول كل القرارات الإدارية للطعن بالإلغاء أمام محاكم الديوان، عدا ما استثني منها بنص خاص.

التوصية الثالثة: التعديل على صياغة المادة 13/ب من نظام ديوان الظالم، وذلك بحذف لفظ "النهائية"، التي تفيد القرارات التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء، لتداخل هذه اللفظة مع صفة "النهائية" في قرارات اللجان شبه القضائية- الاستئنافية خاصة - التي يقصد بها العكس تماما، أي عدم إمكانية الطعن فيها بالإلغاء.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: الكتب والمؤلفات

- أيوب بن منصور الجربوع، اللجان شبه القضائية في القانون السعودي (دراسة تحليلية في ضوء النصوص النظامية وأحكام ديوان المظالم)، الطبعة الأولى، 1439هـ-2017م.
- حمادة عبد الرزاق حمادة، القضاء الإداري السعودي، مكتبة المتنبى، الدمام، الطبعة الأولى، 1439هـ-2018م.
- خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري (ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية - قضاء الإلغاء - قضاء التعويض - دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 1433 هـ.
- الدين الجيلالي بوزيد، القضاء الإداري (المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية)، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2016 م، 1438 هـ.
- علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري السعودي (الكتاب الأول: مبدأ المشروعية ومنازعات الإلغاء)، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1435 هـ، 2014 م.
- عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، الطبعة السابعة، نشر وتوزيع مكتبة جرير، 1438هـ-2017م.
- عمر الخولي، قضاء الظل (المحاكم الخفية)، اللجان الإدارية التي تزاوّل أعمالا قضائية وشبه قضائية في المملكة العربية السعودية، منشورات المركز السعودي للبحوث والدراسات القانونية، الطبعة الثانية، 1439هـ-2018م.
- فهد بن محمد بن عبد العزيز الدغيثر، رقابة القضاء على قرارات الإدارة (ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم - دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

- محمد جمال ذنبيات وحمدي محمد العجمي، القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية طبقاً لنظام ديوان المظالم الجديد (دراسة مقارنة)، مطابع الحميضي، الرياض، الطبعة الثانية، 1434 هـ - 2013 م.
- محمد سعد أبو الحمد، الإجراءات العملية لدعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 1438 هـ - 2017 م.
- محمد هادي حمد حكيمي، جمعيات النفع العام (أساس تكوينها وقراراتها)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية، 1430-1429 هـ.
- هاني بن علي الطهراوي، القضاء الإداري السعودي (قضاء الإلغاء - دراسة مقارنة)، مكتبة التوبة، الرياض، الطبعة الثالثة، 1438 هـ، 2017 م.

#### ثانياً: المقالات

- أيوب بن منصور الجربوع، "اختصاص ديوان المظالم بوصفه جهة قضاء إداري (دراسة تحليلية مقارنة بين نظامي ديوان المظالم 1402 هـ/1428 هـ)"، مجلة العدل (المملكة العربية السعودية)، العدد (56)، شوال 1433 هـ، ص 204 - 234.
- عبد الله بن نادر محمد العصيمي، "الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية (لبنان)، العدد الثالث (3/2017)، ص 15-52.
- عمر بن عبد الرحمن البوريني، "القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري ورقابة القضاء عليها"، مجلة الحقوق (الكويت)، المجلد 37، عدد 1، مارس/جمادى الأولى، 2013، ص 497-548.
- علي شفيق علي، "دعوى إلغاء القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية"، دورية الإدارة العامة (المملكة العربية السعودية)، العدد 75، محرم 1413 هـ، ص 41-67.

#### ثالثاً: الأحكام القضائية

- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية من عام 1402 إلى 1426 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1427 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1428 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1429 هـ.

- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1430 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1431 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1432 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1433 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1434 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1435 هـ.
- ديوان المظالم، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام 1436 هـ.
- ديوان المظالم، قرارات هيئة التدقيق مجتمعة، 1435 هـ.

## أحكام الخلع في القانون العراقي

### Rules of the divorce for consideration (AlKhula) in Iraqi law

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

Dr. Abdelmonem Alaamer, Bar Association, Basra, Iraq

#### الملخص :

أباحَت الشريعة الإسلامية الغراء للزوجة الاتفاق مع زوجها على حَلِّ رابطتهما الزوجية لقاء عوض مالي تبذله إليه . ومع أن المشرع العراقي قد أقر هذا النوع من الفرقة بين الزوجين ، إلا أنه لم يقنن كثيرا من أحكامه . يتضمن هذا البحث التعريف بالخلع مفهوما وأحكاما وأثارا وفقا لما أستقر عليه القضاء العراقي ، وبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية النافذ .

#### Abstract :

The Islamic sharia has permitted the wife to agree with her husband to dissolve their marital bond in exchange for financial compensation. Although the Iraqi legislature has allowed this type of divorce between the spouses, it has not codified much of its provisions. This research includes the knowledge of the divorce for consideration (AlKhula), meaning , rulings and effects according to the established Iraqi judiciary, and in accordance with the principles of Islamic Sharia most appropriate to the provisions of the Personal Status law in force .

## مقدمة :

مع أن الاستمرار هو الأصل في الرابطة الزوجية ، إلا أنه قد تطرأ بعض الظروف التي تعصف باستقرار هذه العلاقة الإنسانية السامية فتوقد بين طرفيها جذوة للشقاق تجعل من ديمومتها واقعا مضرا لكلا الزوجين ولذريتهما ولأهلتهما معا ، وبما يفرض إنهاء هذه الرابطة كخيار لا بد لتلافي أية نتائج أخرى غير محمودة العواقب . وإذا كان الزوج - في الغالب الأعم - هو من يملك الحق الحصري بإنهاء علاقته الزوجية وقتما يشاء - وهو المعروف اصطلاحا بأسم الطلاق - ، فإن حرص الشرائع والقوانين على تحقيق مبدأ التوازن في حق كل من الزوجين بإنهاء الرابطة الجامعة بينهما دفعا لما هو حال أو متوقع من الأضرار ، قد حملها على منح الزوجة الحق بالطلب من القضاء الحكم لها بإنهاء رابطةها بزوجها عند تحقق سبب من أسباب الإضرار بها وهو المعروف اصطلاحا بأسم التفريق القضائي . كما ومنحتها أيضا حق الاتفاق مع زوجها على حلّ الرابطة القائمة بينهما لقاء عوض مالي تبذله له درأً لما هو قائم بينهما من أسباب عدم الوفاق والوثام ، وهذا هو التفريق الاتفاقي المعروف في المباحث الفقهية الشرعية والقانونية أيضا بأسم الخلع .

ولقد نظّم المشرع العراقي أحكام انحلال عقد الزواج في الباب الرابع من قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم (188) لسنة 1959. فوّزَ تلك الأحكام على ثلاثة فصول ، خصص الفصل الأول لبيان أحكام الطلاق بشكل عام ، والطلاق الواقع من الزوج بشكل خاص ، وخصص الفصل الثاني لبيان حالات وأحكام التفريق بين الزوجين بحكم القضاء (التفريق القضائي) ، وخصص الفصل الثالث للتفريق الاختياري أو الخلع .

أهمية البحث : في حين تناول المشرع العراقي أحكام الطلاق والتفريق القضائي بالبيان في العديد من المواد القانونية التي تقنن لهذين النوعين من الفرقة بين الزوجين ، فقد أفرد مادة قانونية واحدة في قانون الأحوال الشخصية النافذ تتألف من ثلاث فقرات لتقنين بعض أحكام الخلع ، مما ترك فراغا تشريعا واسعا بشأن العديد من المسائل المرتبطة بالخلع مفهوما وأحكاما وأثارا .

إشكالية البحث : مع تعدد اجتهادات الفقهاء المسلمين وتباين رؤاهم بشأن العديد من مسائل الخلع ، فقد أصبح من الضرورة الملحة التعرف على الأحكام الخاصة بالخلع ، والتعريف بها ، وبما ينسجم مع حكم الفقرة (2) من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية النافذ التي توجب الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون .

فرضية البحث : حيث أن مسائل قانون الأحوال الشخصية النافذ ، ومنها الفرقة بين الزوجين ، مستقاة من الشريعة الإسلامية ، لذا فإن الفقه الإسلامي يمدنا بأحكام الخلع التي تتلائم مع نصوص هذا القانون .

**منهجية البحث:** للإحاطة بموضوع البحث والإجابة على تساؤلاته فقد أعتمدت منهج تحليل النظم لدراسة مضامين القواعد الشرعية والاجتهادات الفقهية والنصوص القانونية والمبادئ القضائية ذات العلاقة بموضوعه .

**هيكلية البحث:** تم تقسيم موضوع البحث على ثلاثة مباحث . أفردت المبحث الأول لتحديد ماهية الخُلع . وخصصت المبحث الثاني لبيان أركان الخُلع وشروطه ، وتناولت في المبحث الثالث الآثار القانونية المترتبة على الخُلع وإمكانية الرجوع عنه . ثم أنهيت البحث بخاتمة تلخص أهم الاستنتاجات والتوصيات .

### المبحث الأول : ماهية الخلع

الإحاطة بماهية الخُلع تقتضي التعريف به لغة واصطلاحاً والتعرف على تكييفه ، ومعرفة طبيعته وتمييزه عما يخالطه من مفاهيم . لذا سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، نفرد الأول منها للتعريف بالخُلع وتكييفه ، ونخصص المطلب الثاني لتحديد طبيعة الخُلع وتمييزه عن الطلاق على مال ، وتتناول في المطلب الثالث بيان أركان الخُلع وشروطه .

### المطلب الأول : تعريف الخُلع وتكييفه

نتناول في هذا المطلب ، وفي فروعين متتاليين ، التعريف بالخُلع وتكييفه .

### الفرع الأول : التعريف بالخُلع

#### أولاً: تعريفه اللغوي

الخُلع (بضم الخاء) من الخَلع . وَخَلَعَ الشَّيْءُ يَخْلَعُهُ خُلْعًا : كَنَزَعَهُ ، إِلاَّ أَنَّ فِي الخَلْعِ مُهْلَةً . وسوى بعضهم بين الخُلع والنزع . كما ويأتي الخُلع بمعانٍ أخرى منها ، تخالَع القومُ: نقضوا الحلف والعهد بينهم . وَخَلَعَ الدابة: أطلقها من قيدها . وَخَلَعَ القائد: أزاله عن منصبه . وَخَلَعَ الرجلُ أمرأته خُلْعًا (بالضم) ، وخِلاَعًا فأختلعت منه وخالعتُه أي أزالها عن نفسه وطلَّقها على بذلٍ منها له . وسمي ذلك الفراق خُلْعًا لأنَّ الله تعالى جعلَ النساءَ لباساً للرجالِ والرجالَ لباساً لهن ، فقال عزَّ وجلَّ: □ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ □<sup>1</sup> . فإذا افتدت المرأة بمالٍ تعطيه لزوجها ليبيئها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانَّت منه ، وَخَلَعَ كُلُّ واحدٍ منهما لِبَاسَ صاحبه<sup>2</sup> .

<sup>1</sup>سورة البقرة: الآية 187.

<sup>2</sup>ينظر: محمد أبين منظور، لسان العرب، مج3، دار الحديث، القاهرة، 2003، ص182. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط8، دار الرسالة، بيروت، 2005، ص713-714. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986، ص78. أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج2، ط3، مكتبة الخانجي، مصر، 1402 هـ، ص109. أحمد بن محمد المقري الفيومي، معجم المصباح المنير، ج1، المكتبة العلمية، بيروت، 1985، ص178. أبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ط2

يستنتج مما تقدم أن الخلع (بضم الخاء) لغة صورة من صور الفراق الشرعي البائن بين الزوجين ، يأتي بطلب من الزوجة ، وقبول من الزوج ، لقاء مالٍ تبذله له .

### ثانياً: تعريفه في الاصطلاح الشرعي

للخلع عند الفقهاء المسلمين عدة تعريفات تعددت بحسب مذاهبهم . فعرفه ابن نجيم من فقهاء الأحناف بأنه: "إزالة

ملك النكاح المتوقفة على قبولها ، بلفظ الخلع أو ما في معناه"<sup>1</sup>. ويختص هذا التعريف بالخلع المسقط للحقوق الذي يتحقق عادةً بلفظه الصريح أو ما في معناه مقابل مالٍ تفتدي به المرأة نفسها . فأن خالعها وقع طلاقاً بائناً بينهما ، ولزمها المال<sup>2</sup>. وعرفه الرملي من فقهاء الشافعية بأنه: "فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج"<sup>3</sup>. والعوض المقصود هنا يصح أن يكون ديناً أو عيناً أو تقديراً ، ويجب أن يكون راجعاً لجهة الزوج كله أو بعضه<sup>4</sup>. وعرفه فقهاء من الحنابلة بأنه: "فراق الزوج أمراً بعوض يأخذه منها أو من غيرها ، بألفاظ مخصوصة"<sup>5</sup>. ومن فقهاء المالكية عرفه الحطاب المالكي بأنه: "عقد معاوضة على البضع تملك المرأة به نفسها ويملك الزوج العوض"<sup>6</sup>. وهذا التعريف يشمل الخلع والطلاق بعوض<sup>7</sup> ، إذ المالكية لم يفرقوا بينهما<sup>8</sup> . أما عند الأمامية فقد عرفه العاملي بأنه: "طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج"<sup>9</sup>.

1. المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر ، اسطنبول ، ص250 . جبران مسعود ، معجم الرائد ، ط7 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1993 ، ص 342 وما بعدها .

<sup>1</sup> زين الدين بن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، ج4 ، ط2 ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ص77.

<sup>2</sup> د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ط6 ، دار الفكر ، دمشق ، 2008 ، ص458.

<sup>3</sup> شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ، نهاية المحتاج شرح المنهاج ، ج6 ، مطبعة مصطفى الحلبي ، 1967 ، ص393.

<sup>4</sup> د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة) ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، 2016 ، الاسكندرية ، ص36.

<sup>5</sup> ينظر : منصور بن إدريس المهوتي ، شرح منتهى الإيرادات ، ج3 ، دار الفكر ، بيروت ، ص107 . عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج7 ، مكتبة القاهرة ، 1968 ، ص67.

<sup>6</sup> شمس الدين بن محمد الطرابلسي المغربي (المعروف بالحطاب الرعييني المالكي) ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، ج4 ، ط3 ، دار الفكر دمشق ، 1992 ، ص4 .

<sup>7</sup> د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص459.

<sup>8</sup> عامر سعيد نوري الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1982 ، ص30.

<sup>9</sup> زين الدين العاملي (المعروف بالشهيد الثاني) ، الروضة المهيبة في شرح اللمعة دمشقية ، ج6 ، دار العالم الإسلامي ، بيروت ، ص87.

وهكذا يتضح من مجمل التعريفات المعروضة أن المذاهب الفقهية الإسلامية متفقة على أن الخلع يُزيل جِل الرابطة الزوجية القائمة بين الزوجين ، فيقع برضاها وباتفاقهما بلفظه المخصوص أو بما في معناه وبمقابل عوض مالي تبذله الزوجة لزوجها<sup>1</sup>.

### ثالثاً: تعريفه في القانون

أورد المشرع العراقي تعريفه للخلع في المادة السادسة والأربعون ف1 من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 النافذ فجاء فيها: "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه ، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون". فيفهم من هذا التعريف أن المشرع العراقي قد أخذ بما أجمع عليه رأي سائر الفقهاء المسلمين باعتبار الخلع من عقود المعاوضة ، وأخذ باتجاه الجمهور منهم في التمييز بين الخلع وبين الطلاق بعوض فقرر أن الخلع لا يقع إلا بلفظه أو بما في معناه. ومع أن المشرع العراقي قد قيّد -في صدر نص المادة أعلاه- وقوع الخلع بانعقاد أيجابه وقبوله من الزوجين أمام القاضي المختص مرجحاً بذلك رأي الأقلية من الفقهاء المسلمين<sup>2</sup> إلا أنه قرر -في نهاية النص- مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثون من ذات القانون التي تجيز فقرتها الأولى أيقاع الطلاق خارج المحكمة المختصة<sup>3</sup> وهو ما يتوافق مع رأي الغالبية من الفقهاء المسلمين في عدم احتياج الخلع إلى قاضٍ لانعقاده كالبيع والنكاح<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: تكييف الخلع

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين على ثبوت الفرقة بين الزوجين بالخلع ، غير أن اقتتان هذه الفرقة بالعوض أثار التساؤل عندهم حول حقيقة الخلع أهو طلاق أم فسخ ؟. وفي الإجابة على هذا التساؤل انقسموا إلى فريقين. فريق يذهب إلى أن الخلع فسخ ، وهم الأقلية<sup>5</sup>. وفريق يذهب إلى أن الخلع طلاق ، وهم

<sup>1</sup> ينظر: د. أحمد عبيد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج1 – الزواج والطلاق وأثارهما ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ص246-247 . عامر سعيد نوري الزبياري ، مصدر سابق ، ص34 .

<sup>2</sup> منهم الحسن البصري وأبن سيرين وسعيد بن جبير . ينظر : عامر سعيد نوري الزبياري ، مصدر سابق ، ص189 .

<sup>3</sup> نصت المادة التاسعة والثلاثون ف1 على : "على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب إيقاعه واستحصال حكم به ، فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة".

<sup>4</sup> وهو رأي عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلى بن أبي طالب سائر الصحابة (رض) ، والقاضي شريح وطاووس والزهري واسحاق بن راهويه وإليه ذهب الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وأبن حزم الظاهري . ينظر: د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص463 . د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، مصدر سابق ، ص158 .

<sup>5</sup> ومنهم عبد الله بن عباس وعكرمة وطاووس وأبو ثور واسحاق والإمام الشافعي في القديم والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه وأبن تيمية وأبن القيم والشوكاني . ينظر : د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، مصدر سابق ، ص129 . عامر سعيد نوري الزبياري ، مصدر سابق ، ص202 .

الأكثرية<sup>1</sup>. ولكل فريق من الفريقين حججه واستدلالاته من الكتاب العزيز والسنة المطهرة ومن المعقول ، إلا أن أدلة الفريق القائل بأن الخلع طلاق أقوى حجة وأحسن توجيها وبالتالي فرأيهم أكثر ترجيحاً عند جمهرة من العلماء والباحثين في الفقه الإسلامي<sup>2</sup>، هذا علاوة على أن القول بذلك فيه حفظ لحق الزوجة في الخلاص مقابل ما ملكه الزوج من البذل<sup>3</sup>. وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي حيث قضى في المادة/السادسة والأربعون ق2 من قانون الأحوال الشخصية النافذ "ويقع بالخلع طلاق بائن". ويترتب على كون الخلع طلاقاً ما يلي<sup>4</sup> :-

- أن الخلع ينهي حل الرابطة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه .
- أن الفرقة بالخلع تنقص عدد ما يملكه الزوج من التطليقات على زوجته ، وبالتالي فلو خالعا ثلاثا بانته منه بينونة كبرى فلا تحل له بعد ذلك إلا أن تنكح زوجاً غيره .
- أن الفرقة بالخلع في زمن الحيض طلاق بدعي لا خلاف بين الفقهاء المسلمين على أنه حرام يأثم موقعه ، مع أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى أنه يرتب آثاره أن وقع.

#### المطلب الثاني : طبيعة الخلع وتمييزه

نتناول في فرعين مستقلتين طبيعة الخلع وتمييزه عن الطلاق على مال .

#### الفرع الأول : طبيعة الخلع

تقدم بنا أن لا خلاف بين الفقهاء المسلمين على أن الخلع من المعاوضات ، غير أن طبيعته تختلف عند طرفيه . فهو بالنسبة للزوج يكون بمعنى اليمين ، لأنه علق طلاقه على قبول المال ، والتعليق يمين في اصطلاح الفقهاء المسلمين . أما بالنسبة للزوجة فهو معاوضة بمال<sup>5</sup> ، لأنها التزمت بدفع المال في مقابل افتداء نفسها وخالصها من الزوج .

<sup>1</sup> ومنهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن عمر وأبن مسعود والحسن البصري وأبي سلمة وشريح وإبراهيم النخعي والشعبي ومكحول والثوري والاوزاعي وأبن أبي ليلى ، والأحناف والمالكية والإمام الشافعي في الجديد والإمام احمد في إحدى الروايتين عنه وأبن حزم الظاهري والإمامية والزيدية . ينظر : المصدرين السابقين ، ص130 و ص200 على التوالي .

<sup>2</sup> ينظر : د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ج7 ، ص 482 ، و ، ج9 ، ص 280 . د. أحمد عبيد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص 246 . بدران أبو العنين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة) ، ط2 ، مطبعة التأليف ، القاهرة ، 1961 ، ص261 وما بعدها . محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط3 ، دار الفكر العربي ، 1957 ، ص332 . د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، مصدر سابق ، ص146 . عامر سعيد نوري الزبياري ، مصدر سابق ، ص220 وما بعدها .

<sup>3</sup> د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، مصدر سابق ، ص 147 .

<sup>4</sup> ينظر : بدران أبو العنين بدران ، مصدر سابق ، ص263 . د. أحمد عبيد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص203-204 .

<sup>5</sup> ويرى الإمام أبي حنيفة انها ليست معاوضة محضة ، وإنما فيها شبه التبرع حيث أن بديل العوض ليس مالا شرعاً ، وإنما هو افتداء المرأة نفسها . فيما يرى أبي يوسف ومحمد أن الخلع يمين من الطرفين فلم يجزها للزوجة ما لا يجوز للزوج كشرط الخيار ووافقهما في ذلك الحنابلة أيضاً . ينظر : د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص466 .

- ويترتب على كون الخُلع يمينا من جانب الزوج النتائج التالية<sup>1</sup> :-
- إذا أوجب الزوج الخُلع لزمه فلا يصح له الرجوع عنه قبل قبول الزوجة ، إذ التعليق لا يجوز الرجوع عنه .
  - لا يقتصر إلزام أيجاب الزوج للخُلع على مجلسه وإنما يبقى ملزما له حتى لو أنفض المجلس ، وعليه لو قبلت الزوجة الخُلع بعد انفضاض المجلس يكون قبولها صحيحا ويرتب الخُلع آثاره .
  - لا يصح للزوج أن يشترط الخيار في الخُلع لنفسه في مدة معلومة ، حيث أن الخُلع يمين من جانبه لذا فلا يملك الرجوع عنه . فإذا ما أشرط الخيار أو المدة بطل الشرط دون الخُلع . فلو خالع الزوج زوجته على أن له الخيار مدة ثلاثة أيام مثلا ، وقبلت الزوجة : وقعت الفرقة في الحال ، ولزمها العوض الذي تعهدت به .
  - يجوز للزوج أن يعلق الخُلع على وقوع أمر في المستقبل أو بصيغة إلى زمن المستقبل ، فيقول لزوجته : أن خرجت من البيت غدا خالعتك على كذا ، أو يقول لها : لقد خالعتك على كذا أول الشهر القادم ، فإذا قبلت الزوجة عند حدوث الأمر المعلق عليه ، أو عند حلول الأجل ، وقعت الفرقة ولزمها المال ، ورتب الخُلع آثاره .
- ويترتب على كون الخُلع معاوضة فيها شبهة التبرع من جانب الزوجة النتائج التالية<sup>2</sup> :-
- إذا أوجبت الزوجة فيصح لها الرجوع عن أيجابها قبل قبول الزوج .
  - يقتصر قبول الزوجة للخُلع أن كانت حاضرة في مجلس الإيجاب ، أو مجلس علمها بالإيجاب أن كانت غائبة عن مجلسه ، وذلك بالنظر إلى أن المعاوضات المالية تبطل إذا تفرق المتعاقدان بعد الإيجاب وقبل القبول .
  - يجوز للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار في مدة معلومة يكون لها فيها الحق بقبول الخُلع أو رده ، حيث يجوز اشتراط الخيار في المعاوضات .
  - لا يصح للزوجة تعليق الخُلع ولا إضافته إلى زمن مستقبل ، إذ الخُلع من جانبها تمليك والتملك لا يقبل التعليق ولا الإضافة .
  - الزوجة غير ملزمة ببذل الخُلع إلا إذا كانت أهلا للتبرع ، بأن تكون بالغه عاقلة رشيدة ، لأن الخُلع وأن أعتبر معاوضة من جانبها إلا أن فيه شبهة التبرع ، والتبرع لا يصح إلا من كامل الأهلية<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> ينظر : د. وهبة الزحيلي ، مصدر سابق ، ص 465-466 . د. أحمد عبيد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص 247-248 .

<sup>2</sup> ينظر : المصدرين السابقين ، ص 466-467 و ص 248-249 على التوالي .

<sup>3</sup> ينظر : المصدرين السابقين ، ص 465-467 و ص 247-249 على التوالي .

## الفرع الثاني: تمييز الخلع عن الطلاق على مال

تتحقق الفرقة بين الزوجين في الخلع وفي الطلاق على مال على السواء ، غير أنهما يتفقان في بعض الآثار المترتبة على كل منهما ويختلفان في آثار أخرى ، مما يقتضي معه ضرورة التمييز بينهما . فكلاهما يتفقان في اشتراط العوض (البدل) لوقوع الفرقة بين الزوجين ، وفي قبول الزوجة بأي منهما دون أكرها ، والتزامها بدفع العوض وتعلقه بذمتها كدين لحين وفاءها به أو ضمانه من غيرها ، وفي وقوعهما طلاقا بائنا تنقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته (للقائلين بأن الخلع طلاق وليس فسخ) . لكنهما يختلفان بما يلي<sup>1</sup>:-

- أن الخلع لا يقع إلا بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمباراة ، بينما يقع الطلاق على مال بلفظ الطلاق أو ما في معناه ، كأن يقول لزوجته طلقتك بكذا .
  - أن الخلع يسقط كل حق ثابت لأي من المتخالعين بسبب الزواج الذي تم به الخلع ، بينما لا يسقط بالطلاق على مال أي من حقوق الزوجين قبل الآخر في الزواج الذي تم به الطلاق على مال إلا إذا أنفق كلاهما على ذلك .
  - إذا طلق الزوج زوجته ، أو خالعتها ، على مال غير مشروع التعامل فيه (الخمير مثلا) بطل العوض ولا يلزم الزوجة منه شيء ، ويقع الطلاق على مال رجعيًا بينهما لصراحة لفظه ، فيما يقع الخلع طلاقا بائنا لأنه كناية ، والكناية يقع بها الطلاق بائنا .
- ولم يرد في القانون العراقي ذكرا لهذا النوع من الطلاق ، حيث قصر المشرع العراقي ذكر الخلع كتفريق اختياري في الفصل الثالث من الباب الرابع في قانون الأحوال الشخصية النافذ .

### المبحث الثاني أركان الخلع وشروطه

نتعرف في هذا المطلب ، وفي فرعين مستقلين ، على أركان الخلع وشروطه القانونية .

#### المطلب الأول: أركان الخلع

للخلع عند جمهور الفقهاء خمسة أركان هي المختلعة والمختلعة والصيغة والعوض والمعوض سوى الفقهاء الأحناف فللخلع عندهم ركنين -كسائر العقود- هما الإيجاب والقبول. ويتدقيق تعريف الخلع الوارد في المادة السادسة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية النافذ يتبين أن المشرع العراقي قد أخذ بإتجاه الفقه الحنفي . لذا سنتناول ركني الخلع في فقرتين متتابعتين .

<sup>1</sup> ينظر: د. أحمد عبيد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص250-251 . عامر سعيد نوري الزبياري ، مصدر سابق ، ص234 وما بعدها .

## الفرع الأول: الإيجاب

الإيجاب في الخلع هو التعبير الصادر عن أحد الزوجين يعرض فيه حلّ الرابطة الزوجية القائمة بينهما لقاء عوض

معين<sup>1</sup>. ولا فرق بين أن يكون الإيجاب صادرا من الزوج أو من الزوجة<sup>2</sup>، لأن الخلع من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه. ويجب في الموجب للخلع أن يكون أهلا لإيقاعه بأن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، هذا ما قضت به المادة السادسة والأربعون ف2 من قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup>. وعليه فلا يصح الخلع من ناقص الأهلية أو فاقدتها كالصغير والمجنون والمعتوه والسكران ومن كان فاقدا للتمييز من غضب أو مصيبة أو كبر أو مريض، أو كان مريضا في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك<sup>4</sup>. ويجب أن يصدر الإيجاب بالخلع من الزوج أو الزوجة نفسيهما، فالقانون العراقي لا يعتد بالوكالة في إيقاع الطلاق<sup>5</sup>. كما ولا يعتد بالخلع الواقع من الولي، لأن الزوج هو الذي تكون عقدة النكاح بيده، وهو من يملك حلها وليس الولي<sup>6</sup>. لكن ليس ثمة ما يمنع من أن ينقل الإيجاب الصادر بالخلع من أحد الزوجين إلى الآخر شخص ثالث فحكمه هنا حكم الرسول بينهما.

ويشترط في الإيجاب بالخلع أن يكون صريحا بلفظ الخلع، كأن يقول الزوج لزوجته: خالعتك على كذا، أو أن يكون بما في معناه (كناية) مع انصراف النية والقرينة إليه، كأن يقول لها: بارأئك على كذا، أو

<sup>1</sup>سوى المالكية الذين يذهبون إلى جواز وقوع الخلع بلفظه أو ما في معناه ولو بدون عوض، ويقع به طلاقا بائنا، قال الخرشي: "حكم طلاق الخلع البينونة، ولو وقع بغير عوض..". وروى أشهب عن الإمام مالك قوله: "أن الخلع بدون عوض يقع به طلاقا رجعيا". ينظر: ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ج2، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-السعودية، 1978، ص593. أبي عبدالله محمد الخرشي، الخرشي على مختصر خليل، ج4، دار صادر، بيروت، ص15. أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل مطبوع على حاشية الدسوقي، ج2، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، ص347.

<sup>2</sup>د. أحمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ص246.

<sup>3</sup>جاء في الفقرة: يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلا له.. "وَيُقَرُّ الفقه الإسلامي قاعدة بهذا الشأن مفادها: "كل من صح طلاقه صح خلعها" ينظر: شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج6، ص178. موفق الدين محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج3، ص263.

<sup>4</sup>نصت المادة/35 من قانون الأحوال الشخصية على: "لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم: 1- السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقدا للتمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مريض. 2- المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض، أو تلك الحالة وترثه زوجته". لكن القضاء العراقي قد أستقر - خلافا على لما عليه جمهور الفقهاء المسلمين- على وقوع الطلاق من: 1- السفية لأنه يملك إنشاء عقد الزواج، فيملك ما هو من آثاره وهو الطلاق. 2- الهازل لقوله (ص) ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعقاق، فيقع طلاق الهازل زجرا له وسدا لذريعة الهزل. 3- المخطيء فهذا يقع طلاقه قضاء، لان القاضي ليس له إلا الظاهر. ينظر: د. أحمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ص196.

<sup>5</sup>نصت المادة/ الرابعة والثلاثون - ثانيا من قانون الأحوال الشخصية على: "لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق".

<sup>6</sup>د. أحمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ص196. وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء المسلمين من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية. ينظر: عامر سعيد نوري الزبياري، مصدر سابق، ص80.

فارقتك على كذا ، أو أبنتك على كذا ، أو طلقي نفسك على كذا . كذلك يكون لفظ المفاداة صريحا في دلالته على الخلع لقوله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾<sup>1</sup> . ولكن هل يشترط بلفظ الخلع أن يكون منطوقا به فقط ، أم يجوز أن يأتي بما يقوم مقامه من الكتابة أو الإشارة ؟

لم يرد نص صريح بجواز ذلك من عدمه في قانون الأحوال الشخصية النافذ . ولكن أعمال المادة الأولى ف2 من القانون والتي تنص على : "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" ، تحيلنا للأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء المسلمين بشأن وقوع الطلاق بما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو إشارة مفهومة ، وذلك لأنهم كيفوا الخلع على أنه طلاق . فلقد أجازوا وقوع الطلاق بالكتابة المستبينة ؛ أي الكتابة الظاهرة التي يبقى أثرها كالكتابة على الورق أو على الأرض بخلاف الكتابة على الهواء أو الماء التي تعد كتابة غير مستبينة . ولم يشترطوا لوقوع الطلاق بالكتابة عدم قدرة المطلق على النطق ، بل أجازوها مع قدرته عليه . كما ويقع عند الأحناف طلاق الأخرس عند عجزه عن الكتابة إذا كانت أشارته مفهومة ، وعند الجعفرية ولو كان يحسن الكتابة<sup>2</sup> .

ويجب أن يتضمن إيجاب الخلع تحديد العوض تحديدا نافيا للجهالة ، إذ لا يجوز قانونا المخالعة على مجهول أو معدوم . ولكن لا ضير من أن يكون العوض أكثر أو أقل من مهر الزوجة . حيث نصت المادة السادسة والأربعون – ثالثا : "للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها"<sup>3</sup> . وكما تصح أن تكون النقود بدل من الخلع يصح أن يكون غيرها كذلك من كل ما يكون مال مقوما أو منفعة تقابل بالمال كسكنى الدار وزراعة الأرض وكإرضاع ولدها منه ، أو حضانتها ، أو الأنفاق عليه وما أشبه<sup>4</sup> .

### الفرع الثاني : القبول

القبول في الخلع يمكن أن يأتي من الزوجة إذا وجه إليها الإيجاب به ، كما يمكن أن يأتي من الزوج إذا كانت هي الموجبة بالخلع . وسواء كان القابل الزوج أم الزوجة فيجب أن يكون أهلا له . فالخلع لا يلزم الزوجة إلا إذا كانت أهلا للتبرع . وذلك لأن الخلع – كما سبق وعرفنا- وأن كان من عقود المعاوضة إلا أنه يتضمن شبهة التبرع بالنسبة للزوجة . لذا لا يصح القبول بالخلع إلا من الزوجة البالغة العاقلة الرشيدة . وسن الرشد القانوني هو تمام الثامنة عشرة من العمر<sup>5</sup> . فأن لم تكن كذلك زالت عنها أهلية التبرع فلا يصح

<sup>1</sup>سورة البقرة : الآية 229 .

<sup>2</sup>وقد جاء في قرار لمجلس التمييز الشرعي : "كتابة الطلاق تقوم مقام التلفظ به سواء قدر المطلق على النطق أم لا .." (القرار رقم 125 في 1962/3/20) ينظر : د. أحمد عبيد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص 195 .

<sup>3</sup>وهذا هو رأي جمهور الفقهاء إلى جانب قلة منهم لم يجيزوا العوض بأكثر من المهر . فيما أتفقوا على جواز الخلع بكل ماله قيمة مالية معترف بها شرعا معلومة ومملوكة للباذل . ينظر : د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، مصدر سابق ، ص 108 . عامر سعيد نوري الزبياري ، مصدر سابق ، ص 146 .

<sup>4</sup>د. أحمد عبيد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص 250 .

<sup>5</sup>المادة/ 106 من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 .

بذلها<sup>1</sup>. كأن تكون فاقدة الأهلية لجنون أو عته أصابها<sup>2</sup>. أو أن تكون ناقصة الأهلية لكونها قاصرة لم تتم الثامنة عشرة من عمرها<sup>3</sup>، أو أن تكون مصابة بعارض من عوارض الأهلية بأن كانت سفهية أو من ذوات الغفلة<sup>4</sup>، أو أن تكون تحت مانع من موانع الأهلية كالعاهة المزدوجة<sup>5</sup>، أو أن تكون إرادتها معيبة بعيب من عيوب الرضا<sup>6</sup>.

ويجب أن يقترن قبول الخلع بإيجابه في مجلس الإيجاب أو مجلس العلم به، فإذا قامت الزوجة من أي من المجلسين ولم يصدر عنها ما يفيد القبول سقط الإيجاب بالخلع، ولا يرتب قبولها به لاحقاً أي أثر. لكنه يصلح أن يكون حينها إيجاباً جديداً موجهاً منها لزوجها - أن تضمن العناصر الأساسية في الإيجاب-، ويشكل بذلك دعوة جديدة للتخالع تنتظر قبول الزوج به شريطة أن يقترن ذلك بذات المجلس أو في مجلس علم الزوج به<sup>7</sup>.

ويجب أيضاً أن يكون القبول متطابقاً تماماً مع الإيجاب وذلك بأن يتضمن لفظ القبول صراحة أو ضمناً إعلان الموافقة على كل ما يتضمنه الإيجاب من عناصر ليقترن به وينعقد بهما الخلع. فلا يصح - مثلاً- أن يقول لها: خالعتك على ألفين، فترد عليه: قبلت بألف.

كما ويجب أن يصدر القبول بالخلع من الزوجة نفسها ليصح بذلها قانوناً<sup>8</sup>، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يتولى الخلع عن الزوجة الصغيرة أو السفهية أبوها بحسب ولايته عليها. فأن التزم هو بأداء البديل من ماله بحيث لا يرجع عليها به، صح الخلع ووقعت الفرقة طلاقاً بائناً ولزم الأب المال. أما إذا لم يلتزم الأب بأداء البديل من ماله بل أضافه إلى مال أبنته الصغيرة أو السفهية، فإن الطلاق يقع بائناً أيضاً بين الزوجين

ويتفق الفقهاء المسلمون على أن الزوجة لا يصح بذلها في الحالات التالية: 1- إذا كانت الزوجة التي قبلت الخلع محجور عليها لسفه. 2- إذا كانت الزوجة صغيرة مميزة تفهم معنى الخلع وآثاره وقبلت به. 3- إذا كانت الزوجة التي قبلت الخلع مريضة مرض الموت، فأن ماتت وهي في عدة الخلع أو بعد انقضاءها يستحق الزوج الأقل من بدل الخلع وثالث التركة. ينظر: د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص 466 وما بعدها. د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، مصدر سابق، ص 96 وما بعدها. عامر سعيد نوري الزبياري، مصدر سابق، ص 95 وما بعدها. د. أحمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ص 251 وما بعدها.

<sup>2</sup> نصت المادة/94 مدني: "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم".

<sup>3</sup> قضت المادة/3-أولاً من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 بأن كل من لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، فجاء فيها: "يعد قاصراً: 1- الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد".

<sup>4</sup> جاء في المادة/95 مدني: "تجبر المحكمة على السفهية وذوي الغفلة..". وجاء في المادة/109 مدني: "1- السفهية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز..". ونصت المادة/110 مدني: "ذو الغفلة حكمه حكم السفهية".

<sup>5</sup> العاهة المزدوجة وهي أن يكون الشخص جامعا بين عاهتين كأن يكون أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، ومثل أولئك محجور عليهم بأذن المحكمة استناداً للمادة/104 مدني.

<sup>6</sup> عيوب الرضا هي الإكراه والغلط والتغريب مع الغبن (أو التدليس) والاستغلال المنصوص على أحكامها في المواد (112-125) من القانون المدني. <sup>7</sup> ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، ط 1، منشورات جامعة جيهان الأهلية، اربيل-العراق، 2011، ص 136.

<sup>8</sup> جاء في المادة/السادسة والأربعون ف1 من قانون الأحوال الشخصية: "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي".

(لأن كل طلاق على مال يقع بائنا في فقه الشريعة الإسلامية)، لأنه تعلق بقبول الأب، إلا أن البديل لا يلزم الصغيرة أو السفهية لعدم تمتع أي منهما بأهلية التبرع، ولعدم صلاحية الأب للتبرع من مالهما، وعليه فالبديل في هذه الحالة لن يلزم أحداً<sup>1</sup>. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز بهذا الصدد: "يجوز لأبي الصغيرة أن يخلعها من زوجها، فإن خلعها بمالها أو بمهرها ولم يضمنه طُلِّقت بائنا، ولا يلزمها المال، ولا يلزمه، ولا يسقط مهرها. وإن خلعها على مهرها أو على مال وألتزم بأدائه من ماله للمخالع صح ووقعت الفرقة ولزمه المال أو قيمته إن استحق، ولا يسقط المهر بل تطالب به المرأة زوجها وهو يرجع به على ابئها إن كان الخلع على المهر"<sup>2</sup>.

كما ويشترط في التعبير عن القبول أن يكون صريحاً قاطعاً في دلالته على قبول الإيجاب، سواء جاء باللفظ الصريح بقولها: قَبِلْتُ، أو بالكناية كما في قولها: خالعتك، أو بارتكك، أو وافقتك. وسواء جاء بالكتابة، أو بالإشارة المفهومة من الخرساء، وعلى الوجه الذي سبق بيانه في التعبير عن الإيجاب.

#### المطلب الثاني: شروط الخلع

اشتترط المادة/ السادسة والأربعون ف1 من قانون الأحوال الشخصية النافذ وقوع الخلع أمام القاضي، فجاء فيها: "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون". فيتضح من صراحة هذا النص أن القانون العراقي يلزم الزوجين الراغبين بالتخالع إيقاع خلعهما أمام المحكمة المختصة، وهي محكمة الأحوال الشخصية<sup>3</sup>. فالخلع – وفقاً لهذا النص- لا ينعقد إلا باقتران إيجاب الموجب فيه بقبول الطرف الآخر أمام القاضي المختص. مما يفهم من ذلك ابتداءً أن القانون العراقي لا يجيز إيقاع الخلع خارج المحكمة المختصة. غير أن المشرع العراقي قد أضاف إلى نص المادة المذكورة عبارة: "مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون". فهل لذلك تأثير على فحوى ما يفهم من هذا النص؟.

تتألف المادة/ التاسعة والثلاثون من القانون من ثلاثة فقرات ونصها هو: "1- على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في محكمة الأحوال الشخصية يطلب إيقاعه واستحصال حكم به، فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة. 2- تبقى حجة الزواج معتبرة إلى حين إبطالها من المحكمة. 3- إذا طلق الزوج وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة

<sup>1</sup>د. أحمد عبيد الكبيسي، مصدر سابق، ص 251-252.

<sup>2</sup>القرار 119/ش/1972 في 1972/2/24. منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان 3 و4، ص 27، تموزك/1/1972، ص 317.

<sup>3</sup>جاء في المادة/300 من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 على: "تحتص محكمة الأحوال الشخصية بالنظر في الأمور الآتية: 1- الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر أمور الزوجية".

أصابتها ضرر من جراء ذلك ، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته ودرجة تعسفه ، يقدر جملة ، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى .  
فالشطر الأول من الفقرة (1) لهذه المادة يُلزم مَنْ أراد الطلاق بأن يقيم الدعوى بطلب إيقاعه لدى محكمة الأحوال الشخصية المختصة واستحصال حكم منها بذلك . وهذا النص – كما هو واضح- مطابق في حكمه لنص المادة/ السادسة والأربعون ف1 من القانون السالف ذكرها ، فكلًا النصين يوجبان إيقاع الفرقة (طلاقًا كانت أم خُلعا) لدى محكمة الأحوال الشخصية المختصة . غير أن الشطر الثاني من المادة التاسعة والثلاثون ف1 والذي جاء فيه : "فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة" ، قد أباح أيضا إيقاع الطلاق خارج المحكمة المختصة . حيث جرى العرف في العراق ، ومنذ حقب زمنية ، على أن يقصد الزوج الراغب بطلاق زوجته رجل الدين الذي يقيم ضمن محل إقامته ، أو رجل الدين الذي يقلده في الفتيا ، ويوقع الطلاق أمامه بحضور شاهدين وفقا للصيغة المخصصة شرعا . فهذا الطلاق برغم وقوعه خارج المحكمة المختصة إلا أن المشرع العراقي قضى بتصديقه في المحكمة المعنية ضمن مهلة محددة ، وبما يفهم منه إجازته له دون أن يرتب أية تبعات قانونية على إيقاعه خارج المحكمة كما قضى بذلك الشطر الأول من المادة نفسها<sup>1</sup>.

أذن يتضح مما تقدم بأن القانون العراقي لا يمنع أيضا إيقاع الخُلع بين الزوجين خارج المحكمة المختصة (أو دون شرط

حضور القاضي- كما هو متداول في الفقه الإسلامي-) <sup>2</sup>. لكنه يوجب على الزوج المختلج مراجعة محكمة الأحوال الشخصية المختصة خلال مدة عدة مختلعتة لتصديق الطلاق الخُلعي الواقع بينهما .

ويستفاد من حكم الفقرة (2) من المادة التاسعة والثلاثون بأن حجة الزواج بين الزوجين المتخالعين تبقى معتبرة لحين صدور قرار من المحكمة المختصة بوقوع الخُلع بينهما .

أما الفقرة (3) من المادة التاسعة والثلاثون التي أعطت الحق للمطلقة طلب التعويض من مطلقها إذا كان متعسفا في طلاقه لها وأصابتها ضرر من تعسفه ، فلا مورد لتطبيقها في الخُلع الواقع بين الزوجين ، بالنظر إلى أن الخُلع عقد معاوضة يقوم على أساس التراضي بين طرفيه فيأخذ كل منهما مقابلا لما أعطاه<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> ينظر : عبد المنعم عبد الوهاب محمد ، أثر الأحكام القانونية لإيقاع الطلاق على أزيد حالاته في المجتمع العراقي ، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الدولي المحكم حول : التفكك الأسري – الأسباب والحلول المنعقد في مدينة طرابلس- لبنان 2018/12/22-21 تحت رعاية مركز جيل للبحث العلمي ، ص 132 وما بعدها .

<sup>2</sup> والفقهاء المسلمون على رأيين بهذا الشأن . أقلية منهم تشترط إيقاع الخُلع عند القاضي ، ومنهم الحسن البصري وابن سيرين وسعيد بن جبير . وأكثرية لا تشترط ذلك وبضمنهم فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية . ينظر : عامر سعيد نوري الزبياري ، مصدر سابق ، ص 189-197 .

<sup>3</sup> ينظر : د. عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مج 1 – مصادر الالتزام ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص 174 .

فالزوج في الخلع سيأخذ العوض من زوجته في مقابل تسريحه لها ، والزوجة ستبذل العوض لزوجها في مقابل طلاقها منه . وهذا حتما لن يتحقق إلا بتراضيها بإرادتهما الحرة عليه . وهكذا فلا مجال للحديث عن إمكانية تعسف الزوج في الطلاق الخلعي ، بل ليس ثمة أي مبرر منطقي لتصور ذلك في ظل الرضائية القائمة بين الزوجين والتوافق بينهما على إنهاء علاقتهما الزوجية .

التعسف في الطلاق -إذن- يمكن أن يرد من الزوج في حالة الطلاق الاعتيادي الذي يوقعه ذلك الزوج بزوجه كونه المالك شرعا وقانونا لهذا الحق ، ولكنه لا يمكن أن يرد في الطلاق الخلعي ، لأن الخلع لا يقع إلا بإيجاب وقبول من الزوجين كما قضت بذلك المادة/ السادسة والأربعون ف1 السالف ذكرها . وفي منحنى غريب أصدرت هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية قرارا مناقضا لهذا الاتجاه اعتبرت فيه أن لفظ "الطلاق" الوارد في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (127) لسنة 1999 الذي قضى بأن: "تستوفي المرأة مهرها المؤجل ، في حالة الطلاق ، مقوما بالذهب بتاريخ عقد الزواج " ، قد جاء مطلقا ، ولم يشر إلى نوع من أنواع الطلاق بعينه ، لذا -وحيث أن المطلق يجري على إطلاقه- ، فإن حكم القرار المذكور يشمل الطلاق الخلعي أيضا<sup>1</sup> .

إلا أن الهيئة المذكورة ، وبذات تشكيلتها القضائية التي توافقت على إصدار قرار الحكم سالف الذكر ، عادت بعد مرور خمسة أشهر فقط ، فأصدرت قرارا يعتبر إن لفظ "الطلاق" الوارد في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (127) لسنة 1999 يخص "الطلاق الذي يوقعه الزوج وليس الخلع الذي هو تفريق اختياري"<sup>2</sup> . وهو ما يعني أن لا مورد لشمول الطلاق الخلعي بمضمون الفقرة (3) من المادة التاسعة والثلاثون من القانون . بل أن هذا القرار الأخير للهيئة المذكورة قد تضمن النص صراحة على أن قضاءها قد استقر على هذا الإتجاه .

<sup>1</sup> القرار رقم 5455/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /2016 في 2016/8/28 وجاء فيه: "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ، إذ أن المدعية كانت قد تنازلت عن مهرها المعجل وكذلك النفقات والأثاث الزوجية والتي وردت في قرار الحكم بتصديق الطلاق الخلعي الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة العدد (..) المؤرخ في 2015/9/22 ولم يكن من بين الحقوق التي تنازلت عنها المدعية (الزوجة) مهرها المؤجل ، لذا فهي تستحقه حسب ما ورد في عقد الزواج ومقوما بالذهب اشارة الى القرار المرقم (127) لسنة 1999 . وحيث أن القرار المذكور أشار إلى ((الطلاق)) مطلقا ، والمطلق يجري على إطلاقه ، فإنه لم يشر إلى أي نوع من أنواع الطلاق ، عليه فإن المدعية تستحق مهرها المؤجل مقوما بالذهب بتاريخ عقد الزواج .." (نقلا عن القاضي سالم روضان الموسوي ، الخلع طلاق أم تفريق (تعليق على قرار تمييزي) ، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى في العراق [www.hjc.iq](http://www.hjc.iq) ، تاريخ الزيارة 2018/12/7 .

<sup>2</sup> القرار (ت/765) في 2017/2/1 وجاء فيه: "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ، لأن القرار 127 في 1999/7/24 هو استيفاء المرأة لمهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوما بالذهب ، والقصد من ذلك هو الطلاق الذي يوقعه الزوج وليس الخلع الذي هو تفريق اختياري ، لذا فإن المرأة في مثل هذه الحالة تستحق مهرها الموصوف في عقد الزواج إذا لم تبذله أثناء الخلع وعلى هذا أستقر قضاء هذه المحكمة.." (نقلا عن : صفحة معلومات قانونية وقرارات تمييزية على موقع الفيس بوك . تاريخ الزيارة 2017/12/11)

### المبحث الثالث : آثار الخلع والرجوع عنه

إذا صدر الإيجاب بالخلع من أحد الزوجين كاملي الأهلية متضمننا العوض وأقترن -قبل انفضاض مجلس الإيجاب أو مجلس العلم به- بقبول الآخر ، تحقق الخلع بينهما ولزمهما وترتبت آثاره القانونية والشرعية . نتناول في هذا المبحث وفي مطلبين مستقلين الآثار المترتبة على الخلع ، وإمكانية الرجوع عنه .

#### المطلب الاول : الآثار المترتبة على الخلع

يترتب على الخلع أثرين قانونيين اساسيين حال انعقاده وهي وقوع الطلاق البائن بين الزوجين ، ولزوم بعض الحقوق المالية تجاه المتخالعين . وسنتناول كل أثر من هذين الأثرين في فرع مستقل .

#### الفرع الأول : وقوع الخلع طلاقه بائنة

جاء في المادة/ السادسة والأربعون ف2 من قانون الأحوال الشخصية : "ويقع بالخلع طلاق بائن"<sup>1</sup>. والخلع تنقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته . وعليه يسوغ للمختلع أن يتزوج ثانية من مختلفته برضاها وبعقد ومهر جديدين<sup>2</sup>، إلا أن تكون قد تطلقت منه لمرتين سابقتين وأنقضت عدتها حينها تبين عنه بينونة كبرى فيحرم عليه الزواج منها<sup>3</sup> إلا بعد أن تنكح زوجا غيره<sup>4</sup>. وقد قضت المادة/ السابعة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية النافذ بوجوب العدة الشرعية على الزوجة المختلعة<sup>5</sup> فور وقوع الخلع<sup>6</sup> إلا إذا وقع الخلع قبل الدخول ، إذ "لا عدة شرعية على طلاق الزوجة غير المدخول بها"<sup>7</sup>. كما وقضت

<sup>1</sup>والفقهاء المسلمون على رأيين في ذلك . فجمهور الفقهاء يرون أن الخلع يقع طلاقا بائنا ، فيما يرى القلة منهم وفيهم سعيد بن المسيب والزهري وابن جزم الاندلسي أن مناط الأمر متعلق بالزوج فأن أمسك بالعوض فلا رجعة له وأنقلب خُلع طلاقا بائنا ، وأن ردَّ العوض كانت له الرجعة أن لم تكن هذه طلقته الثالثة أو كانت الزوجة غير مدخول بها لأن الطلاق قبل الدخول يقع بائنا . ينظر : المصدر السابق ، ص223 .

<sup>2</sup>هذا ما عليه إجماع الفقهاء المسلمين ، وبه قضت المادة/ الثامنة والثلاثون (أ) من قانون الأحوال الشخصية لقولها : " بينونة صغرى : وهي ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقاته بعقد جديد " .

<sup>3</sup>جاء في المادة/ الثامنة والثلاثون (ب) من قانون الأحوال الشخصية : " بينونة كبرى : وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقاته التي طلقها ثلاثا متفرقات ومضت عدتها " .

<sup>4</sup>لقوله تعالى : : (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) (سورة البقرة : الآية 230) .

<sup>5</sup>جاء في المادة : "تجب العدة على الزوجة في الحالتين الآتيتين :1- إذا وقعت الفرقة بينهما وبين زوجها بعد الدخول ، سواء كانت عن طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق أو متاركة أو فسخ أو خيار بلوغ " .

<sup>6</sup>نصت المادة/ التاسعة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية على : "تبتدئ العدة فورا بعد الطلاق أو التفريق أو الموت ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت " .

<sup>7</sup> القرار 375/عدة شرعية/2008 في 2008/7/21 . منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى في العراق [www.hjc.iq](http://www.hjc.iq) تاريخ الزيارة 2019/2/10 .

المادة/الثامنة والأربعون ف1 من القانون نفسه بأن عدة المطلقة ثلاثة قروء<sup>1</sup>. وهذا ما أستقر عليه القضاء العراقي حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية: "الطلاق الخلعي الواقع بين الزوجين يكون طلاقاً بائناً بينونة صغرى لا تحل له إلا بعقد جديد ومهر جديد. وعلى الزوجة العدة الشرعية ثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ الطلاق"<sup>2</sup>. وهذا طبعاً إذا وقع الخلع بعد الدخول بالزوجة، أما إذا وقع قبل الدخول بها فلا عدة عليها.

### الفرع الثاني: الحقوق المالية للمتخالعين

تتمثل الحقوق المالية المترتبة قانوناً على وقوع الخلع بين الزوجين في أداء البديل من الزوجة، ووجوب نفقة العدة على الزوج. وضمن هذا النطاق أيضاً نواجه تساؤلين هامين وهما: ما مصير الحقوق المالية الثابتة للزوجين من رابطتهما الزوجية القائمة قبل وقوع الخلع بينهما؟. وهل يمس الخلع حقوق الزوجين المتخالعين المالية الأخرى والتي لم تنشأ عن رابطتهما الزوجية التي انحلت بالخلع؟. لذا سنقسم هذا الفرع على ثلاثة فقرات، نفرد الفقرة الأولى للزوم أداء بدل الخلع، ونخصص الفقرة الثانية لثبوت نفقة العدة، ونتناول في الفقرة الثالثة أثر الخلع على الحقوق المالية الأخرى للمتخالعين.

### أولاً: لزوم أداء البديل

يلزم الزوجة المختلعة البديل الذي سبق واتفقت عليه مع زوجها المختلعة كقابل للخلع، ويتعلق بذمتها حين وفاءها به.

### ثانياً: ثبوت نفقة العدة

قضت به المادة الخمسون من قانون الأحوال الشخصية بوجوب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي لكامل مدة عدتها الشرعية. وأن ما يفهم من إطلاق نص هذه المادة شمول المطلقة طلاقاً خلعياً بحكمها<sup>3</sup>.

### ثالثاً: الحقوق المالية الأخرى للمتخالعين

● **الحقوق المالية الثابتة للزوجين من رابطتهما الزوجية المنحلة بالخلع:** لم يورد المشرع العراقي نصوصاً صريحة في القانون النافذ حول ما ينال الحقوق المالية الثابتة للزوجين المتخالعين بموجب عقد زواجهما بعد وقوع الخلع بينهما، غير أن القضاء العراقي قد أستقر على عدم تأثر سائر الحقوق المالية الأخرى الثابتة للزوجين من رابطتهما الزوجية بوقوع الخلع إلا إذا تضمن

<sup>1</sup> نصت المادة/الثامنة والأربعون ف1 من قانون الأحوال الشخصية على: "عدة الطلاق والفسح للمدخول بها ثلاثة قروء". وهذا ما يوافق رأي جمهور الفقهاء المسلمين، فيما خالفهم ثلثة قليلة من الفقهاء وقالوا بأن عدة المختلعة هي حيضة واحدة. ينظر: د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، مصدر سابق، ص 205 وما بعدها.

<sup>2</sup> القرار 386/طلاق/2008 في 2008/3/27. منشور على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى في العراق [www.hjc.iq](http://www.hjc.iq) تاريخ الزيارة: 2019/2/10.

<sup>3</sup> نصت المادة/الخمسون من قانون الأحوال الشخصية على: "تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزاً ولا نفقة لعدة الوفاة"

عقد الخُلْع الاتفاق على غير ذلك<sup>1</sup>. وعليه فلا يسقط - مثلا- حق الزوجة المختلعة بالمطالبة بما لها في ذمة زوجها من نفقة ماضية لم يؤدها اليها أو لم تستلمها منه بشرط عدم تنازلها عنها مسبقا وعدم تضمن اتفاق المخالعة أسقاطها عنه . كما ولا يسقط -مثلا أيضا- حق الزوج المختلَع بالمطالبة بما عجل لزوجته المختلعة من نفقة مقبوضة من قبلها عن أية مدة مستقبلية لاحقة لوقوع الخُلْع بينهما<sup>2</sup>.

• الحقوق المالية الأخرى التي لم تنشأ عن الرابطة الزوجية المنحلة : أن جميع الحقوق المالية التي لا تتعلق برابطة الزوجية التي وقع عليها الخُلْع كالدين والقرض والوديعة وسواها من الحقوق الأخرى تبقى متعلقة بذمة المدين بها من الزوجين المتخالعين ولا ينالها السقوط بالخُلْع إلا إذا أتفقا في عقد خُلْعهما على خلاف ذلك .

#### المطلب الثاني : الرجوع عن الخُلْع

إذا أنعقد الخُلْع ، فهل يصح لأي من طرفيه الرجوع عنه ؟ . يمكن تصور حالتين لذلك . أولاهما حالة رجوع الزوجة

عن بذلها مما يترتب عليه نقض قبولها الذي سبق وأقرتن بإيجاب الخُلْع الصادر عن زوجها . والحالة الثانية هي رغبة الزوج المتخالع الرجوع بزوجته المختلعة خلال عدتها مما يترتب عليه نقض الفرقة البائنة بينهما المتحققة بالخُلْع .

لم يرد في القانون النافذ ما يفيد الإجابة على هذا التساؤل ، ولا ما يفيد الحكم لأي من الحالتين المذكورتين . غير أعمال نص المادة الأولى ف2 من قانون الأحوال الشخصية والتي تقضي بالحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون عند عدم وجود نص قانوني<sup>3</sup> قد وجه القضاء العراقي للاجتهاد في هذا الموضوع وفقا لمضمون نص المادة

<sup>1</sup> جاء في قرار محكمة التمييز : "لا تسقط حقوق الزوجة المطلقة طلاقا خلعيا إلا بالنسبة لما وقع عليه البذل دون بقية الحقوق الأخرى" . (القرار 1529/شخصية/74 في 19/2/1975) . أبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في الأحوال الشخصية ، مطبعة أسعد ، بغداد ، 1989 ، ص 64 .

<sup>2</sup> ومسلك القضاء العراقي هذا يتطابق مع ما عليه جمهور الفقهاء المسلمين ، ويخالف ما عليه الفقه الحنفي الذي يرى أن الخُلْع إذا جاء بلفظ الخُلْع أو ما في معناه عند أبي حنيفة ، ولفظ المبرأة فقط عند أبي يوسف ، فإنه يُسقط سائر الحقوق المالية الثابتة للزوجين المتخالعين بموجب عقد زواجهما بعد وقوع الخُلْع بينهما ، فيسقط حق الزوجة بالمطالبة بمهرها الذي لم تقبضه كليا أو جزئيا سواء تم الدخول بها أم لم يتم . كما ويسقط بالخُلْع أيضا حقها بالمطالبة بما في ذمة زوجها لها من نفقة ماضية . وفي المقابل يسقط حق الزوج بمطالبة الزوجة بما عجله لها من مهرها المسعى الذي قبضته قبل الدخول بها وقبل وقوع الخُلْع ، كما ويسقط حقه أيضا بمطالبتها عما عجل لها من النفقة التي قبضتها عن أية مدة مستقبلية لاحقة لوقوع الخُلْع بينهما . أما الحقوق المالية التي لا تتعلق برابطة الزوجية التي وقع عليها الخُلْع كالدين والقرض والوديعة وسواها من الحقوق الأخرى فتبقى متعلقة بذمة المدين فيها ولا ينالها السقوط إلا إذا أتفق الزوجين المتخالعين في عقد خُلْعهما على غير ذلك . ينظر : د. أحمد عبيد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص 250-251 . عامر سعيد نوري الزبياري ، مصدر سابق ، ص 237 .

<sup>3</sup> نصت الفقرة على : "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون".

اعلاه .

فبالنسبة للحالة الأولى فقد قضى القضاء العراقي في أكثر من مناسبة بجواز رجوع الزوجة المختلعة عن بذلها في عدتها من الطلاق الخلعي ، إذا كانت على المذهب الجعفري ، وينقلب الخلع الواقع بينها وبين زوجها طلاقاً رجعياً يجيز له مراجعتها فيه<sup>1</sup> ، حتى أستقر ذلك مبدأً قضائياً معتمداً في المحاكم العراقية مفاده: "إذا كانت الأحكام الفقهية التي جرى بموجبها عقد الزواج والطلاق الخلعي تجيز للزوجة الرجوع عن بذلها في فترة عدتها ، فأنا واقعة الطلاق الخلعي تنقلب إلى طلاق رجعي"<sup>2</sup>. وعلى الرغم من إقرار محكمة التمييز الاتحادية لهذا المبدأ ، إلا أنه يبقى مخصوصاً باتباع المذهب الجعفري الذي يجيز للزوجة المختلعة الرجوع عن بذلها ويوجب على الزوج المتخالف أن يرد لها بذلها وينقلب طلاقهما حينئذٍ رجعياً يجوز له مراجعتها فيه أن شاء<sup>3</sup>، إذ لم يفتي بهذا الرأي أي من فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى سوى ابن حزم الأندلسي لأنه أصلاً يعتبر الخلع طلاقاً رجعياً<sup>4</sup>.

أما الحالة الثانية ، فلم نقف على قرار أو مبدأً قضائياً بشأن أجازته مما يفهم من ذلك ضمناً عدم الإجازة ، وهذا ما يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء المسلمين في أن الزوج المتخالف لا يملك مراجعة زوجته المختلعة منه ولو كانت في عدتها ، لأن الخلع يقع طلاقاً بائناً<sup>5</sup>.

#### الخاتمة :

من خلال دراسة نصوص قانون الأحوال الشخصية النافذة المنظمة للخلع وقرارات القضاء العراقي الصادرة بشأنه ، والبحث في الأحكام الشرعية الخاصة به المنسجمة مع نصوص القانون المذكور ، فقد توصلت لما يلي :

<sup>1</sup> جاء في قرار محكمة التمييز : " إذا تم الخلع فللزوجة الرجوع عن بذلها ما دامت في العدة - عند الجعفرية- فإذا رجعت أنقلب الخلع طلاقاً رجعياً". وجاء في قرار آخر للمحكمة: " يجوز لمقلدي المذهب الجعفري الرجوع عن البذل خلال مدة العدة. وبذلك يصبح الطلاق رجعياً " (القرار 3311/شخصية/85 في 10/8/1985). ابراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص 205 .

<sup>2</sup> القرار 3906/شخصية/أولى/2006 في 24/1/2006. نقلاً عن: أياد أحمد سعيد الساري ، الموسوعة الشرعية والقانونية في الأحوال الشخصية والأوقاف ، ط 1 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2018 ، ص 261 .

<sup>3</sup> قال المحقق الحلي: "إذا صح الخلع فلا رجعة له ، ولها الرجوع في الفدية ، ما دامت في العدة ، ومع رجوعها يرجع أن شاء" ، وعلق السيد صادق الشيرازي على النص بقوله: "إذا رجعت الزوجة وطلبت من الزوج إرجاع الفدية ، وجب على الزوج إرجاعها ما دامت في العدة ، وحينئذٍ يجوز له أيضاً إرجاعها وإبطال الخلع". نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، مج 2 ، ط 11 ، دار القارئ ، بيروت ، 2004 ، ص 49.

<sup>4</sup> ينظر: محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي ، المحلى ، ج 10 ، المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت ، ص 240 .

<sup>5</sup> وبذلك قال عبد الله بن مسعود والحسن وعطاء وطاووس والنخعي والثوري والأوزاعي ، وإليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية . ولم يخالفهم في ذلك سوى سعيد بن المسيب والزهري وأبن حزم الذي - وكما سبق القول- يعتبر الخلع طلاقاً رجعياً . ينظر د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، مصدر سابق ، ص 141 وما بعدها .

### أولاً: الاستنتاجات

- الخُلْع فرقة اختيارية بين الزوجين .
- ينعقد الخُلْع بإيجاب وقبول ويستهدف حلُّ الرابطة الزوجية لقاء عوضٍ تبذله الزوجة لزوجها .
- يجب أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وقت وقوع الخُلْع، كما يجب أن تكون الزوجة متمتعة بالأهلية القانونية الكاملة .
- لا يقع الخُلْع إلا بلفظه الصريح أو ما في معناه ، ويجوز أن يكون التعبير عن الإيجاب والقبول فيه باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة من الأخرس .
- الخُلْع طلاق في القانون ، وهو عند جمهور الفقهاء المسلمين بمعنى اليمين بالنسبة للزوج ، ومعاوضة بالنسبة للزوجة .
- يجب أن يكون العوض في الخُلْع معلوماً ومشروعاً ، ويجوز أن يكون أكثر من مهر الزوجة أو أقل منه .
- لا تجوز الوكالة قانوناً في إيقاع الخُلْع .
- يقع بالخُلْع طلاقاً بائناً تنقص به عدد تطبيقات الزوج على زوجته .
- يصح الخُلْع من ولي الصغيرة أو السفهية ، ولا يلزمها البذل سواء أكان من ماله أو من مالها .
- بوقوع الخُلْع صحیحاً يلزم البذل الزوجة ويتعلق بذمتها .
- تلزم العدة الشرعية الزوجة المختلعة ، وتثبت لها النفقة طيلة مدتها بذمة زوجها المتخالع ، ولكن لا عدة ولا نفقة إذا تم الخُلْع قبل الدخول .
- لا تسقط ولا تتأثر كافة الحقوق المالية الثابتة للزوجين من رابطة الزوجية قبل وقوع الخُلْع ، وكذلك الحقوق المالية الأخرى غير المتعلقة برابطة الزوجية ، إلا إذا تضمن عقد الخُلْع على خلاف ذلك .
- ينفرد المذهب الجعفري عن مذاهب أهل السنة والجماعة الأربعة بجواز رجوع الزوجة عن بذلها خلال مدة عدتها من الخُلْع ، وحينها ينقلب طلاقها رجعياً ، يمكن لزوجها أن يراجعها خلال عدتها منه .

### ثانياً: التوصيات

ضماناً للتطبيق السليم لنصوص القانون نوصي المشرع العراقي بما يلي :

- أ- ضرورة تقنين الأحكام الشرعية ، والمبادئ التي أستر عليها القضاء العراقي الخاصة بالخُلْع .
- ب- تعديل الشطر الأخير من المادة السادسة والأربعون ف1 من قانون الأحوال الشخصية لتكون كالآتي : "... مع مراعاة أحكام الفقرتين (1 و2) من المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون".

## المصادر بعد القرآن الكريم

### أولاً: كتب اللغة

1. إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج1 ، ط2 ، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر ، اسطنبول.
2. أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ج2 ، ط3 ، مكتبة الخانجي ، مصر ، 1402 هـ.
3. أحمد بن محمد المقري الفيومي ، معجم المصباح المنير ، ج1 ، المكتبة العلمية ، بيروت ، 1985.
4. جبران مسعود ، معجم الرائد ، ط7 ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1993.
5. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، ط8 ، دار الرسالة ، بيروت ، 2005.
6. محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ، بيروت ، 1986 .
7. محمد أبن منظور ، لسان العرب ، مج3 ، دار الحديث ، القاهرة ، 2003.

### ثانياً: كتب الفقه الإسلامي

8. أبن عبد البر القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، ج2 ، ط1 ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض- السعودية ، 1978.
9. أبي عبدالله محمد الخرخشي ، الخرخشي على مختصر خليل ، ج4 ، دار صادر ، بيروت.
10. أحمد الدردير ، الشرح الكبير على مختصر خليل مطبوع على حاشية الدسوقي ، ج2 ، مطبعة عيسى الحلبي ، مصر.
11. د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي ، الخلع في الشريعة الاسلامية (دراسة فقهية مقارنة) ، ط1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، 2016 ، الاسكندرية .
12. زين الدين بن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج4 ، ط2 ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة.
13. زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج6 ، دار العالم الإسلامي ، بيروت.
14. شمس الدين بن محمد الطرابلسي (المعروف بالحطاب الرعيني المالكي) ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، ج4 ، ط3 ، دار الفكر دمشق ، 1992.
15. شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج6 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1406 هـ.

16. شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ، نهاية المحتاج شرح المنهاج ، ج6 ، مطبعة مصطفى الحلبي ، 1967 .
17. عامر سعيد نوري الزبياري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، 1982
18. عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي ، المغني لابن قدامة ، ج7 ، مكتبة القاهرة ، 1968 .
19. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط3 ، دار الفكر العربي ، 1957.
20. محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي ، المحلى ، ج10 ، المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت.
21. منصور بن ادريس المهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج3 ، دار الفكر ، بيروت .
22. نجم الدين جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلبي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، مج2 ، ط11 ، دار القارئ ، بيروت ، 2004.
23. موفق الدين محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ج3 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1392 هـ .
24. د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ط6 ، دار الفكر ، دمشق ، 2008 .

#### ثالثا : الكتب القانونية

25. د. أحمد عبيد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج1 – الزواج والطلاق وأثارهما ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة.
26. أبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في الأحوال الشخصية ، مطبعة أسعد ، بغداد ، 1989 .
27. أياد أحمد سعيد الساري ، الموسوعة الشرعية والقانونية في الأحوال الشخصية والأوقاف ، ط1 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2018.
28. بدران أبو العنين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة) ، ط2 ، مطبعة التأليف ، القاهرة ، 1961
29. عبد المنعم عبد الوهاب محمد ، أثر الأحكام القانونية لإيقاع الطلاق على ازدياد حالاته في المجتمع العراقي ، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر الدولي المحكم حول : التفكك الأسري – الأسباب والحلول المنعقد في مدينة طرابلس- لبنان 2018/12/22-21 تحت رعاية مركز جيل للبحث العلمي .

#### رابعاً : القوانين العراقية

30. القانون المدني رقم (40) لسنة 1951

31. قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969

32. قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 .

#### خامساً : المواقع الالكترونية

33. الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى في العراق [www.hjc.iq](http://www.hjc.iq) .

تقييم تجربة الجزائر في اشراك القطاع الخاص بواسطة النماذج التمويلية الحديثة  
لتحقيق التنمية المستدامة (عقد البناء، والتشغيل ونقل الملكية أنموذجًا)  
Evaluation of Algeria's experience in private sector involvement through  
modern financing models for sustainable development (B.O.T)

إعداد الدكتورة: أسماء تخنوني، أسناذة محاضرة –أ-

كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة الشاذلي بن جديد، الطارف- الجزائر

Prepared by : Dr. Asma Takhnoui

Faculty of Law and Political Science - Al-Chadli Ben-Djdid University, Al-Tarf-

ملخص:

إنَّ التحرر الاقتصادي وإزالة القيود المفروضة على العلاقات الاقتصادية الدولية من أهم الأسباب المؤدية والأفكار الهادفة لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية وتطويرها، ولعل من أهم ملامح هذا التطور إخضاع النشاط الاقتصادي لآليات الخوصصة مفسحة المجال للمبادرة الفردية والقطاع الخاص في تمويل وإدارة المشاريع والتجهيزات العامة، ضمن صيغ تمويلية بأشكال ودرجات متفاوتة دون تهميش لدور الدولة في ضرورة الأخذ بمبدأ التعاون لتحقيق التنمية لمرافقتها، ومن بين أهم هذه الأساليب: نظام B.O.T. الكلمات المفتاحية: البناء والتشغيل والتمويل - مشاريع البنية التحتية - المرافق العامة - التمويل.

Abstract :

Economic liberalization and the removal of restrictions imposed on international economic relations are among the most important reasons and ideas aimed at moving the economic development wheel forward. One of the most important features of this development is the subjugation of the economic activity of privatization mechanisms, which allows private initiative and the private sector to finance and manage public projects and equipment, And to varying degrees without marginalizing the role of the state in the need to adopt the principle of cooperation to achieve development to accompany them, and the most important of these methods: BOT system.

**Keywords:** build , Operate and Transfer, Infrastructure Projects, Utilities, Finance.

## مقدمة:

إن لجوء الحكومات إلى أساليب أو صيغ تمويلية حديثة في إقامة مشاريع البنية التحتية الأساسية، جعلها تشترك جميعا في الاعتماد على القطاع الخاص -محليا أو أجنبيا- بصورة رئيسية ومحورية، وبأشكال ودرجات متفاوتة دون تهميش إلزامية تفعيل دور الدولة بما يضمن لها من الرقابة على حسن أداء مشاريعها، والتي تعد من الاعتبارات التي تعكس سيادتها على أراضيها،<sup>1</sup> وبرز من تلك الصيغ ما يعرف بـ «B.O.T» أي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كمصطلحات عملية للشراكة الضرورية بين القطاع العام و القطاع الخاص في إطار تعاقدية،<sup>2</sup> في مجال البنى التحتية، التي من الصعب تحقيق أهدافها التنموية بالاعتماد على قطاع واحد خاصة وسط المعطيات الدولية الحالية التي رسمتها مسألة عدم تكافؤ القوى المتعاقدة، وقد تزايد استخدام صيغ مثل: «B.O.T» مع ظهور العجز المالي في العديد من الدول واتساع وقعة موجة التحرر الاقتصادي التي عرفها العالم خلال العشرية الأخيرة من القرن العشرين؛ لتشكل بذلك أرضية خصبة لدعم مثل هذا التوجه، وإن كانت صيغة مؤقتة، فهي تحافظ على الأملاك العامة للدولة مع ضمان تطويرها وتحديثها.

ويعد لجوء الدولة إلى إبرام مثل هذه العقود التمويلية ضرورة، من أجل التخفيف من الأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها على أساس أن إنشاء بنية تحتية أساسية بالنسبة للدولة النامية، يتطلب منها رؤوس أموال ضخمة يجعلها تلجأ إلى الاقتراض من الخارج، مما يزيد من مديونيتها، ويؤدي إلى عرقلة عملية التنمية، والعجز عن تلبية الاحتياجات الأساسية المجتمع، مع الإشارة إلى أن اللجوء إليها لا يرتبط بالدول النامية فحسب، بل هي أيضا وسائل لجأت إليها الدول الصناعية، نظرا لأهميتها الاقتصادية التي تنعكس إيجابا إن على الحكومات أو على المستثمرين الخواص، وذلك من أجل تحقيق أقصر استفادة ممكنة من مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية الأساسية.

وتهدف هذه الدراسة أساسا إلى تقييم تجربة الجزائر في إشراك القطاع الخاص بواسطة صيغة «BOT» كنموذج تمويلي تعاقدية حديث للنهوض بالمرفق العام، ومدى تحقيقه لأهدافه التنموية المرجوة. وللإجابة عن هذه الإشكالية كان لزاما أن نحدد الإطار العام والبيئة القانونية والاقتصادية الملائمة لتطبيق هذه الصيغة الحساسة نظرا لاستهدافها من الناحية التنموية ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة للدولة وبين الأهداف الربحية للمستثمر وذلك ضمن محوري هذه الورقة كالاتي:

<sup>1</sup>Fizelson F, «Le Co-développement : Réflexions économiques et financiers », RDAI, N°2, Paris, 1999, PP 159-160

<sup>2</sup>Bolmin Ph, « Pour un Nouveau partenariat public-privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : La notion de Co-développement », RDAI, N°2, Paris, 1999, PP 132-133.

المحور الأول: البيئة القانونية والاقتصادية لصيغة BOT.

أولاً: مفهوم BOT.

ثانياً: أحكام BOT.

المحور الثاني: تقييم تجربة الجزائر في التعاقد بصيغة BOT.

أولاً: مدى نجاعة التعاقد بصيغة BOT على الصعيد العالمي.

ثانياً: تقييم تجربة الجزائر في التعاقد بصيغة BOT.

وفيما يلي بيان محتوى المحورين بالتفصيل

### المحور الأول: البيئة القانونية والاقتصادية لصيغة BOT

يعد نظام BOT أحد أساليب التنمية التي تسمح بمشاركة القطاع الخاص في المشاريع العمومية، والتي تضمن للدولة السيطرة الاستراتيجية على مشاريعها،<sup>1</sup> وتعد BOT من أهم العقود الاستثمارية التي تلجأ إليها الدول، لاسيما النامية، لإنشاء المشاريع الاستراتيجية التي وجدت فيها ملاذاً لإقامة مشاريع البنية الأساسية، فما هو BOT؟ وما هي طبيعته القانونية؟ وما الصيغ المشابهة له؟ وهل تفرض بيئته القانونية ومكانته الاقتصادية أحكاماً خاصة فيما يتعلق بالتزامات أطرافه؟ وما هو القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع؟

#### أولاً: مفهوم صيغة BOT

ارتبط ظهور عقود BOT كآلية اقتصادية بمشاريع البنية التحتية التي تلعب دوراً مهماً في تحقيق التنمية الاقتصادية التي يرتبط مفهومها ارتباطاً وثيقاً بوجود الدولة؛ لتكون بذلك أحد أهم وسائلها لحل أزماتها الوقتية وتحقيق الإدارة السليمة لمشاريعها، نتعرف على مفهوم هذه الصيغة ضمن أجزاء هذا العنصر كالآتي:

<sup>1</sup>Lyonnet du Moutier, Financement sur projet et PPP, edition EMS, Paris, 2006, P33.

## 1. تعريف صيغة BOT

ال BOT ليس اصطلاحاً قانونياً، وليس له تعريفاً قانونياً محدداً،<sup>1</sup> وتعني حروف ال BOT اختصاراً لثلاث كلمات إنجليزية هي: Build، Operate، Transfer، البناء، والتشغيل، والنقل أو تحويل الملكية، وهي تشكل المراحل الثلاث للتنفيذ نظام ال BOT، والتي تمكن إيجازها فيما يلي:

المرحلة الأولى: تصميم وإنشاء المشروع المتفق عليه بما يشمله من دراسات وتشييد وتجهيز، على نفقة الطرف الخاص الممول للمشروع.

المرحلة الثانية: تشغيل المشروع من قبل المستثمر، واستغلاله تجارياً طوال المدة المتفق عليها، بما يمكنه من استرداد تكاليفه، مع تحقيق معدل ربحية مناسب.

المرحلة الثالثة: نقل ملكية أصول المشروع الثابتة والمنقولة إلى الجهة الحكومية المتعاقدة الآلية له أصلاً، وذلك دون مقابل أو بمقابل متفق عليه، عند نهاية الفترة التعاقدية.

## 2. التكييف القانوني للتعاقد بصيغة BOT:

إن التعاقد بصيغة BOT متفاوتة الخطورة من حيث المشاكل القانونية، فالعقود المبرمة بين الدولة وبين الأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من الإشكالات القانونية، وهي بالتأكيد تتضاعف إذا كانت هذه العقود قد تمت بين الدولة وبين شخص خاص أجنبي على صعيد الدولية الخاصة،<sup>2</sup> وهو الناتج أساساً عن التفاوت في المراكز القانونية والقوة الاقتصادية لأطرافها، وتثير مسألة التكييف القانوني لصيغة BOT ثلاث مسائل مهمة.

1.2. مدى اعتبار التعاقد بصيغة BOT عقداً إدارياً.

2.2. مدى اعتبار التعاقد بصيغة BOT من عقود القانون الخاص.

3.2. ضرورة التمييز بين عقود BOT وعقود التزام المرافق العامة.

وفيما يلي تحليل هذه المسائل القانونية:

1.2. مدى اعتبار التعاقد بصيغة BOT عقداً إدارياً:

<sup>1</sup> - سلام أحمد رشاد محمود، عقد الإدارة والإنشاء والتحويل (BOT)، (في مجال العلاقات الدولية الخاصة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 31.

<sup>2</sup> - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 37.

وهو رأي الاتجاه الغالب لفقهاء القانون العام الذي يعتبر عقود BOT عقوداً إدارية بطبيعتها،<sup>1</sup> حيث إن الدولة أحد أطرافها وترد دائماً وأبداً على مرفق عام، وتنصب على مشروعات عامة، إضافة إلى انطوائها على شروط استثنائية تفرضها الدولة المضيفة تجعل منها شرطاً لقبول منح الامتياز، تتمثل في إجراءات أحادية الجانب تنفرد الدولة باتخاذها حيال هذه العقود تحقيقاً للصالح العام،<sup>2</sup> ونشير في هذا الصدد أن تكييف BOT على أنه عقد إداري لا يقتصر على الصعيد الفقهي، بل أن تكييف العقود المبرمة بين الدولة وبين الأطراف الخاصة على أنها عقود إدارية أثير أكثر من مرة أمام هيئات التحكيم، فقد جاء في تحكيم Aminoil أن هذه العقود، وإن التزمت فيها الدولة باحترام التوازن العقدي، إلا أنها تتمتع في المقابل بامتيازات خاصة، وأن تنازل الدولة عن بعض صلاحياتها بمقتضى شروط الحماية، لا يعني أنها تخلت عن اختصاصاتها المتعلقة بالسلطة العامة، كما ذهب المحكم Cavin أن هذه العقود لا تنشئ حقوقاً ذات طابع تعاقدية؛ لذا فهي تقترب أكثر من عقود القانون العام.<sup>3</sup>

## 2.2. مدى اعتبار التعاقد بصيغة BOT من عقود القانون الخاص:

وهو رأي جانب من الفقه، حيث يخضع عقود BOT لقواعد القانون الخاص، وذلك بالنظر للصفة الاقتصادية لعقود BOT ومتطلبات التجارة الدولية، وأسلوب الخصوصصة المتبع في البلدان النامية، والذي يفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين، استناداً إلى مبدأ سلطان الإدارة،<sup>4</sup> فهي تتنازل عن ملكية المشروع، وملكية الأرض المقام عليها المشروع لصالح المستثمر، ولفترة طويلة، وفي هذا التنازل خير دليل عن عدم خضوع عقود البوت للقانون العام،<sup>5</sup> كما اتجهت العديد من الأحكام الصادرة عن محاكم التحكيم إلى اعتبار العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبية أنها من عقود القانون الخاص كونها تشكل نظرية غير معروفة في العديد من الأنظمة القانونية، كما كرست تحكيمات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من جهتها سمو قواعد القانون الخاص على قواعد القانون العام سيراً في الاتجاه الرامي إلى مشابهة الدولة المتعاقدة بالشخص الخاص.

## 3.2. ضرورة التمييز بين عقود BOT وعقود التزام المرافق العامة:

إن اعتبار الفقه الإداري الفرنسي عقود BOT من عقود تفويض المرفق العام التي تطورت مع التطورات التي عرفها القانون الإداري الفرنسي، إلا أن غالبية الفقه يتفق على أن BOT صيغة تجد أساسها

<sup>1</sup>-عبد الحميد مفتاح خليفة، وحمد محمد شلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 49.

<sup>2</sup>-خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 156.

<sup>3</sup> جمال الدين صلاح الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، (1995-1996)، ص 169.

<sup>4</sup>نصار جابر جاد، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 50.

<sup>5</sup>أحمد عصام الهيبي، عقود البوت، (الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة)، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2008، ص 102.

في عقود الامتياز التي ظهرت في فرنسا، وبين هذا وذاك يفرض علينا المقام ضرورة التمييز بين عقود BOT وعقود التزام المرافق العامة.

وعقد التزام المرفق العام هو العقد الذي يتولى بمقتضاه الملتزم فردا أم شركة، وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة من الزمن مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين وفقا للنتائج المالية للاستغلال، مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة،<sup>1</sup> وعليه نجد أن عقود BOT وعقود التزام المرفق العام تتوافق في مسألتين أساسيتين:

**المسألة الأولى:** إسناد إدارة المرفق العام وتشغيله إلى القطاع الخاص، ليشمل بذلك الملتزم عبء التشغيل ومخاطره طوال مدة العقد المحددة، كما أن الملكية تظل للجهة الإدارية في كلا العقدين، مع وجود وعد ملزم للمستثمر بنقل الملكية في عقود BOT عند نهاية المدة المتفق عليها.<sup>2</sup>

**المسألة الثانية:** يتفق كلا العقدين في ارتباط المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد بنتائج الاستغلال، لتأخذ فكرة المخاطر المرتبطة بالتشغيل معناها الواسع، إذ يحصل المتعاقد على حقوقه المالية من المنفعين بالخدمة، مما يربط المتعاقد بالجمهور، وهذا الأجر لا يمنع من أن شركة المشروع يمكن أن تتقاضى حقوقها المالية من جهة الإدارة في عقود BOT.<sup>3</sup>

ومع ذلك فإن عقود BOT تختلف عن عقود التزام المرافق العامة في نقاط جوهرية، هي:

**النقطة الأولى:** قيام شركة المشروع (القطاع الخاص)، في عقود BOT بتصميم المشروع، وتحمل تكاليف البناء والتشييد بالكامل، وشراء المعدات والآلات التي يتطلبها المشروع، لتكفل بذلك بعبء مالي ضخمة ومعتبر إذا ما قورن بذلك الذي على عائق الملتزم في عقود التزام المرافق العامة، أي تقوم الدولة بإنشاء المرفق وتسليمه بعد ذلك للملتزم ليتولى إدارته.<sup>4</sup>

**النقطة الثانية:** مسألة تحمل المخاطر، فتمويل مشاريع BOT يتم عن طريق مؤسسات التمويل دون حق الرجوع أو بحق رجوع محدود، لا على شركة المشروع ولا على السلطة المتعاقدة؛ لأن عائدات المشروع هي الضمان، كما أن المخاطر عادة موزعة بين الأطراف المشاركة في المشروع من مقاولين ومشغلين وموردين، على عكس الحاصل في عقود الالتزام، أي تقع كامل المخاطر المرتبطة بالإدارة على عائق الملتزم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عبد الحميد مفتاح خليفة، وحمد محمد شلماني، المرجع السابق، ص 38-39.

<sup>2</sup> حامد ماهر أحمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 172.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 174.

<sup>4</sup> أحمد عصام البهي، المرجع السابق، ص 76.

<sup>5</sup> Revue mutation, Haroun M, « Arbitrage et financement de projet BOT, n°44, Alger, Février 2003, PP 23-24.

## ثانياً: أحكام BOT

نتعرف تحت ظل أحكام التعاقد بصيغة BOT على المراحل التي تشكل مسار التعاقد بهذا النظام في الجزء الأول، أما في الجزء الثاني فنبين الآثار المترتبة على التعاقد بنظام BOT بتوضيح مختلف الالتزامات التي ترتبها هذه الصيغة من العقود على كلا طرفيه، ونبين في الجزء الثالث مسألتي الاختصاص القضائي وكذا القانون الواجب التطبيق في حالة المنازعة:

### 1. مراحل المسار التعاقدية بصيغة BOT:

تعد عقود الـ BOT من العقود الضخمة بكل المقاييس، فرغم اختلاف تنفيذ المشاريع بنظام BOT من مشروع لآخر، إلا أنها تتطابق من حيث المراحل التي تشكل مسارها التعاقدية نتيجة انتشار هذا النظام على الصعيد العالمي، وهو ما أدى بالمنظمات الدولية المهتمة بعملية التنمية إلى وضع سياسات ومراحل معينة لتنفيذ المشروع،<sup>1</sup> نوضحها كالآتي:

#### 1.1. الإعداد الفني والقانوني للمشروع:

تعد هذه المرحلة البداية المنطقية لإقامة مشاريع البنية التحتية في إطار صيغة BOT، وذلك بتحديد مدى ضرورة وملاءمة الـ BOT لإقامة مشروع معين أولى بالتنفيذ، ثم تدرس جدوى المشروع من جوانبه المختلفة استناداً على الأسس العلمية المستمدة من بحوث عملية مدروسة بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية تنفيذ المشروع قانونياً، حالياً، تسويقياً، واجتماعياً وبيئياً،<sup>2</sup> ثم يتم إعداد الوثائق الأولية لطرح المشروع للتعاقد، والتحول في عملية الاختيار قصد الإرساء على شركة المشروع المناسبة لإقامة بيئة تحتية بنظام BOT، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المرحلة التحضيرية لا تدخل في أية علاقات مع المستثمر المرتقب، إلا أن ذلك لا يضع من أن تنشأ بين الحكومة أو الجهة الإدارية المختصة علاقات قانونية من نوع خاص، لمساعدتها في الدراسات الفنية والمالية والقانونية الخاصة بالمشروع وتحضير المستندات وفقاً للمعايير الدولية المتعارف عليها.<sup>3</sup>

#### 2.1. طرح المشروع للتعاقد بصيغة BOT:

تتبع السلطة العامة في تعاقدها أحد هذه السبل:

<sup>1</sup>عدنان حشو، الاستثمار في التنمية وفق نظام البوت، المجلة الاقتصادية، مركز التنمية الإدارية، دمشق، (د.س.ن)، ص 1.

<sup>2</sup>-حامد ماهر أحمد، المرجع السابق، ص 72.

<sup>3</sup>-سلام أحمد رشاد محمود، المرجع السابق، ص 149.

السبيل الأول: الأسلوب التنافسي المنظم لاختيار شركة المشروع الأجدر، بالاعتماد على الإعلان عن المناقصة، ليتقدم المستثمرون المؤهلون بعبءاتهم، والتي يتم تقييمها لاختيار أفضل الاقتراحات.

السبيل الثاني: الأسلوب الاتفاقي المباشر، الذي يخول للحكومة إمكانية التفاوض مباشرة مع المستثمرين، دون التقييد بأية إجراءات شكلية، وينتقد بعض الفقه هذا الأسلوب، كونه ينطوي على عدد من المساوئ، فهو لا يكفل مستوى الشفافية والموضوعية التي يمكن تحقيقها بالأسلوب التنافسي، فتجعله أقل ملاءمة وكفاءة بالنسبة لضخامة المشروع وصيغة BOT، لذلك تتجه العديد من الدول إلى استخدام إجراءات الاختيار التنافسية كقاعدة عامة في إرساء مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص.<sup>1</sup>

### 3.1. وضع الاطار القانوني لعقد ال BOT:

يتطلب الوصول إلى أساس قانوني لعقد ال BOT المرور بمراحل حساسة ومهمة، ولعل المرحلة التمهيديّة (مرحلة المفاوضات) هي التي تمر بالانطباع الفني والإطار القانوني الأولي للمشروع والمعقد؛ إذ خلال تلك المرحلة تتم دراسة شروط العقد ومناقشتها قبل إبرامه، وبلورتها في اتفاق مرحلي يحرك الطرفين إلى اتفاق نهائي حول كافة البنود والتفاصيل والمسائل الفنية التي تشكل جوهر عقد BOT، ويتم صياغتها وتجميع مختلف الاتفاقات التحضيرية؛ لتشكل بذلك "اتفاقية المشروع وملحقاتها" التي تعد، بعد التوقيع عليها، أساساً قانوناً لعقد BOT.

### 2. الآثار القانونية للتعاقد بصيغة ال BOT:

يرتب التعاقد بصيغة BOT آثاره، حتى أبرم العقد على النحو المبين سابقاً، كونه من العقود التي تستهدف تحقيق التنمية الاقتصادية، ويتطلب تنفيذه وسائل ضخمة، واستعمال تكنولوجيات عالية وسط محيط قانوني ملائم على المدى البعيد، وتتمثل هذه الآثار في الحقوق والالتزامات المترتبة على كل من الدولة ممثلة بأحد أجهزتها، وكذا على شركة المشروع أو المستثمر محلياً كان أم أجنبياً.

### 1.2. حقوق الدولة المضيفة والتزاماتها:

تلتزم الدولة المقابلة على إنشاء المشاريع بصيغة BOT على أراضيها، بتوفير المناخ القانوني الملائم عن طريق وضع إطار قانوني محكم يسمح بالاستثمار الخاص، ويكفل تحصيل عائداته، ويتسم بقدر من المرونة، ويتضمن من الحوافز ما يضمن للمستثمر تحقيق الربح المناسب، ومن الضمانات ما يحمي رأس مال المشروع وأرباحه من المخاطر غير التجارية،<sup>2</sup> كما تلتزم السلطة المتعاقدة على أن تقدم كل المساعدات

<sup>1</sup> - دليل الأونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، معد من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمم المتحدة، نيويورك، 2001، ص ص 104-105.

<sup>2</sup> - حامد ماهر أحمد، المرجع السابق، ص 295.

الممكنة لشركة المشروع من أجل تمركزها على إقليمها، تمركزاً إدارياً، قانونياً وتمكينها من الحيازة الهادئة لموقع المشروع، وتوفير الحماية الكافية والمناسبة لتحقيق الغرض الأساسي من التعاقد بصيغة BOT.

هذا وتملك السلطة المتعاقدة في إطار التعاقد بنظام الـ BOT، جملة من الحقوق، أهمها:

حق الرقابة: تتمتع به الدولة في إطار سيادتها داخل حدودها الإقليمية، وذلك في كل مراحل العقد، وذلك بغية توجيه المشاريع لتحقيق أهدافها التنموية، والمصلحة العمومية، دون أن تمتد هذه الرقابة إلى حق التدخل في طرق إدارة المشروع، وتكون الرقابة عموماً عن طريق أجهزة الرقابة التنظيمية أو الحكومية.

حق التعديل: إذ شهد حق السلطة المتعاقدة في تعديل العقد بنظام BOT جدلاً فقهيًا بين مؤيد ومعارض،<sup>1</sup> نظراً للإمكانيات المالية الضخمة التي تتطلبها هذه العقود والدراسات الدقيقة المعتمد عليها للتعاقد، خاصة مع استعمال شروط الاستقرار التشريعي في عقود الاستثمار عموماً، والتي تحد من سلطة الدولة في التعديل.<sup>2</sup>

## 2.2. حقوق والتزامات شركة المشروع (القطاع الخاص):

إن التعاقد بنظام BOT يفرض على شركة المشروع أن تكون معاوناً حقيقياً للإدارة في إنشاء مشاريع البنية التحتية وتشغيلها؛ لذلك يحق لها الحصول على المقابل المالي من منتفعي الخدمة، كنتيجة حتمية لتحملها لنفقات المشروع وتشغيله، كما يحق لها ضمان التوازن المالي للعقد قصد ضمان حقوقها، خاصة وأن عقود BOT من العقود الزمنية، وهو الأمر الذي يحمل احتمال تعرضها لمخاطر مختلفة بعيداً عن تلك التي تسببها الإدارة أمراً وارداً، وفي المقابل تلتزم شركة المشروع (القطاع الخاص) بعدة التزامات تجاه الدولة المضيفة لها، نذكر أهمها:

- التزام شركة المشروع بتصميم المرفق، وتمويله وإنشائه.
- التزام شركة المشروع بتمديد التنفيذ، وبالتنفيذ بنفسها.
- التزام شركة المشروع بالتشغيل والصيانة اللازمة.
- التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا والمعارف والخبرات الحديثة، وتدريب العاملين عليها.

## 3. طرق تسوية المنازعات في عقود الـ BOT:

إن التعاقد بصيغة BOT يتطلب تنفيذه فترة زمنية طويلة، فمن البديهي أن تنشأ منازعات بين الدولة أو أحد أجهزتها وبين شركة المشروع أو المستثمر محلياً كان أم أجنبياً، وترجع أغلب المنازعات إلى أسباب

<sup>1</sup>نصار جابر جاد، المرجع السابق، ص 199.

<sup>2</sup>المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، محمد إقلولي، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، العدد 01، 2006، جامعة مولود معمري، تيزي وزو (الجزائر)، ص 95.

ذات طبيعة فنية يؤدي عدم مواجهتها فور حدوثها إلى تفاقمها مما يؤثر سلبا على الطرفين في العقد، لذلك ظهرت الحاجة إلى اللجوء للوسائل الودية بهدف التسوية السريعة لنزاع كالتفاوض والتوفيق، واللجوء إلى الخبرة في حالة التقصير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو ذات الطابع التقني، وكذا أسلوب المحاكمات المصغرة التي أثبت نجاحا في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث استطاعت حل منازعات معقدة،<sup>1</sup> وتركز الحديث خلال هذه الجزئية على مسألتين مهمتين، حيث تبين الدور المهم الذي يلعبه التحكيم لحل منازعات التي تثيرها عقود الـ BOT، وكذا مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

### 1.3. مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي في التعاقد بصيغة الـ BOT:

لقد أصبح اللجوء إلى التحكيم الدولي أمرا حتميا بين الأطراف المتعاقدة بشأن مشاريع BOT، حيث تدرج هذه الوسيلة ضمن بنود العقد الأصلي أو في عقد لاحق، وذلك لما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات هذا النوع من العقود؛ إذ يعد أسلوبا جديا في حسم النزاع في إطار السرية اللازمة للمعاملات، مطبقا أعرف التجارة والصناعة الدولية وقواعدهما، لتفادي تعقيدات اللجوء إلى إجراءات التقاضي المعقدة والطويلة جدا، غير أن مزايا التحكيم الدولي في حسم منازعات عقود BOT لا تجعله طريقا يخلو من بعض العيوب والمساوئ، ويأتي في مقدمتها النفوذ الموجود لدى الدول الصناعية للتحكم في قرارات مراكز التحكيم، وارتفاع تكاليف خدمات هذه المراكز، يضاف إلى ذلك الضغوط التي تمارسها الشركة الدولية العملاقة على الطرف الضعيف في العقد (وهو الدولة النامية)، بصفة هذه الأخيرة هي الطرف الآخر في العقد، فتمارس تلك الشركات المتعددة الجنسيات ضغوط على المحكمين من أجل إصدار قرارات في صالحها.<sup>2</sup>

### 2.3. القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقود BOT

إن عقود الـ BOT الداخلية لا تثير مشكلة اختيار القانون الواجب التطبيق؛ لخضوعها بديهيا للقانون الداخلي، كما تستبعد هيئات التحكيم قواعد قانون الدولة المضيف لعدم ملاءمته لمعاملات التجارة الدولية في حالة وجود شخص أجنبي كطرف في العقد، فإذا احضرت إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق لا يطرح الأمر أي إشكال، لكن الأمر يزداد تعقيدا بغياب قانون الإرادة، فظهرت آراء فقهية مختلفة، فذهب بعضهم إلى ضرورة تطبيق قانون الدولة المضيف، وذهب فريق ثان إلى ضرورة تطبيق قواعد القانون الدولي العام تطبيقا لنظرية التدويل، بينما رأى فريق ثالث تطبيق المبادئ العامة للقانون، وذهب بعضهم إلى تطبيق قواعد التجارة الدولية، وحقيقة الأمر أنه مسألة اختيار قانون العقد مسألة

<sup>1</sup> أحمد عصام المهدي، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> عبد العزيز نوبري، عقود التزامات المرافق العامة، (أنواعها، وطرق الاستفادة منها)، المركز العربي للبحوث القانونية، موقع <http://carjj.org>، 2018/12/22، ص 18.

مكرسة قانونا، إذ مع تطور المعاملات الاقتصادية الدولية وتزايد الضغوطات التي تشهدها البلدان النامية، تزايد اللجوء إلى مؤسسات التحكيم الدولية والإذعان للإجراءات التي تسطرها قوانينها الداخلية، لما توفره من تحكيم منظم وسريع معتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على مجموعة من المعايير هي<sup>1</sup>:

- المعيار الأول: قانون العقد، والذي ذهب إليه إرادة الأطراف.
- المعيار الثاني: قانون الدولة المتعاقدة.
- المعيار الثالث: القانون المتصل بالعقد.
- المعيار الرابع: قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.
- المعيار الخامس: قانون بلد الإبرام.
- المعيار السادس: قانون بلد التنفيذ.

### المحور الثاني: تقييم تجربة الجزائر في التعاقد بصيغة BOT

قبل تقييم تجربة الجزائر في مدى نجاعة التعاقد بصيغة BOT من عدم ذلك، لا بد من تقييم مدى نجاعة النظام نفسه في تحقيق تنمية اقتصادية مستدامة على مختلف المستويات: العالمي، والعربي، ثم المحلي (أي في إطار المنظومة القانونية الجزائرية)، وذلك ضمن أجزاء هذا المحور.

#### أولاً: مدى نجاعة التعاقد بصيغة BOT على الصعيد العالمي

إن صيغة BOT اصطلاح أفرزه واقع عملي نجم عن تطور أساليب الاستثمار، ونظم تمويل المشروعات الكبرى، وتنوع أنماط التنمية الاقتصادية، وكان أول من استخدم هذا المصطلح هو رئيس الوزراء التركي "تورغوتأوزال" في أوائل الثمانينيات من القرن العشرين، وأما العمل بهذه الصيغة تحت اسم BOT فقد بدأ في منتصف الثمانينيات من القرن نفسه، إلا أن لجوء مختلف دول العالم إلى تبني سياسة الاعتماد على القطاع الخاص في إقامة مشروعات البنية التحتية قد ظهر قبل ذلك، حيث يرى بعض الفقه أن فرنسا كانت رائدة في هذا المجال حيث ابتكرت نظام امتياز المرافق العامة Le Concession des Services Publics الذي هو في مفهومه وفي طبيعته القانونية ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات الـ B.O.T، ففي عام 1782 منحت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة «الإخوة بيريه» الخاصة، التي توسعت أعمالها بشكل سريع، إلا أن الأحداث السياسية في حينها قد سيطرت على الاتفاقية، فعملت مدينة باريس على إلغاء الامتياز بعد الثورة الفرنسية، ثم أخذ نظام الامتيازات ينتشر بشكل ملحوظ بعد عام

<sup>1</sup>- وهو ما ذهب إليه اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية.

1830 في فرنسا، كما امتد ليشمل أسبانيا وإيطاليا وألمانيا،<sup>1</sup> حيث يعد مشروع "نفق المانش" الرابط بين فرنسا وبريطانيا من أهم المشاريع المنفذة بصيغة BOT، حيث انطلق تنفيذه سنة 1986 وفقا لامتياز يمتد إلى سنة 2042م، كما اعتمدت على BOT أستراليا في مجال معالجة المياه منذ عام 1993م، وكذلك في مشروع الطريق السريع "سيدني" عام 1994 الذي بلغت تكاليفه 500 مليون دولار.

وقد عرفت الولايات المتحدة الأمريكية نظام B.O.T منذ قيام الثورة الصناعية، حيث كان بناء الطرق وتشغيلها يتم من قبل القطاع الخاص مقابل الرسوم التي يدفعها مستخدمو هذه الطرق، كما عملت الحكومة على تشجيع الاستثمار عن طريق القطاع الخاص في مجال تشييد الطرق والجسور وذلك بموجب القانون الفيدرالي الخاص بالنقل الصادر في 1991/12/18، وقد تأكد هذا الاتجاه في ظل حكم الرئيس الأمريكي "بيل كلينتون" من خلال إصداره للقرار رقم 12893 في سنة 1994 لتشجيع الاستثمار بنظام B.O.T.<sup>2</sup>

هذا وقد طبقت الدول النامية صيغة BOT، ففي الفلبين تم وضع القانون رقم 7718 لعام 1994، وهو قانون الاستثمار الأجنبي في الفلبين، والذي عدل بعض أقسام القانون السابق رقم 6957 لعام 1990 واسمه «قانون يسمح بتمويل وبناء وتشغيل وصيانة مشاريع البنية التحتية عن طريق القطاع الخاص». وقد أنشأت الحكومة الفلبينية في عام 1994 محطة غاز توربينية لتوليد الطاقة وفق نظام BOT، كما ظهر التعاقد بصيغة BOT في هونغ كونغ عندما أنشأت مؤسسة هويوبل للطاقة محطة للغاز، وبدأت في العمل في نفق هونغ كونغ عام 1986 بكلفة بلغت 442 مليون دولار أمريكي، كما استخدمت فيتنام الجنوبية نظام B.O.T عندما أنشأت نفقاً تحت الماء في نهر سايجون بمدينة "هوتش منه".

ويعد نظام الـ BOT بالنسبة للدول المتقدمة في التعاقد به نظاما استثماريا يقدم للاقتصاد قيمة مضافة حقيقية، وأثارا إيجابية مباشرة من خلال زيادة نسب التشغيل وتحقيق التوازن في ميزان المدفوعات؛ إذ حققت الدول التي تستثمر وفقا لصيغة BOT نجاحا باهرا في خلق فرص جديدة للعمل، وخلق علاقات تكاملية بين عناصر النشاط الاقتصادي في الدول من خلال تشجيع المواطنين على إنشاء مشاريع تقدم الخدمات اللازمة لشركة المشروع، مما يؤدي إلى زيادة عدد المشاريع الوطنية الجديدة، وسوق رأس المال لهدفه الأساسي بقوة إلى تحقيق التقدم والرخاء الاقتصادي، الأمر الذي حقق في الدول المتقدمة قاعدة صناعية متينة، ومؤسسات إنتاجية حقيقية تقوم على تقديم المنتجات ذات الجودة العالية والقيمة التنافسية العالمية، وهو الشأن الذي تحقق في مشروعات بصيغة BOT بكافة صورته، فحقق الرفاهية

<sup>1</sup> انظر موقع استشارات قانونية، محاماة نت: دراسة للدكتور محمد أديب الحسيني، عقود BOT على الموقع [www.mahamah.netK](http://www.mahamah.netK)، 2018/12/22.

<sup>2</sup> انظر موقع استشارات قانونية، محاماة نت: دراسة للدكتور محمد أديب الحسيني، عقود BOT على الموقع [www.mahamah.netK](http://www.mahamah.netK)، 2018/12/22.

والرخاء، وزادت حركة ونشاط سوق الأوراق المالية على المدى البعيد، عند استرداد الدول للمشاريع بعد انتهاء فترة التعاقد، حيث يمكن للدول أن تقوم بتمويل المشروع الذي استردته من شركة المشروع بتحويل قيم الأصول فيه إلى أوراق مالية تطرح للاكتتاب العام، وتحويل شركة المشروع إلى شركة مساهمة، ويمكن استخدام حصيلة الاكتتاب في تمويل مشروعات أخرى، على أن يتم سداد عوائد الأوراق المالية من العوائد التي يدرها المشروع العام، وهكذا تعمل المشاريع بصيغة BOT كأداة تمويلية لغيره من المشاريع الاقتصادية في المدى البعيد، كما أنها تعمل على زيادة نشاط السوق الأولى عند طرحها للاكتتاب بعد انقضاء فترة الامتياز، كما اثبتت النماذج العديدة بصيغة BOT أن المشاريع التعاقدية بهذه الصيغة أثرت إيجاباً على اقتصاد الدولة المضيفة من خلال ما قدمته للتنمية المستدامة فيها، ووفائها باحتياجات الجيل الثاني، بتوفير الرصيد الأساسي للموارد الطبيعية المتاحة لمجتمع ما، والوفاء بالاحتياجات الإنسانية الحاضرة والمستقبلية، فمشاريع الـ BOT تتسم بالجودة والكفاءة واستحداث التكنولوجيا العالية، فهي حقيقة آلية من آليات تحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة.

أما عربياً، فلعل أول وأشهر مشروعات B.O.T هو مشروع قناة السويس الذي تم بموجب عقد أبرم سنة 1854 بين الحكومة المصرية من جهة، والشركة العالمية لقناة السويس البحرية التي يرأسها الفرنسي «فرديناند ديليسبس» من جهة أخرى، وقد تم افتتاح القناة في 17/01/1869، وكانت مدة الامتياز 99 سنة إلا أنه تم إنهاء امتياز شركة قناة السويس قبل انتهاء مدة الامتياز بنحو ثلاثة عشر سنة وذلك في عام 1956 وهو ما أطلق عليه بتأميم قناة السويس، وغير ذلك من الأمثلة الكثيرة في مصر، فقد جرى تطبيق BOT على نطاق واسع في تنفيذ مشاريع الكهرباء، والطاقة الكهربائية، وكذا مختلف قطاعات الدولة الصناعية والعمرانية ومحطات التوليد، كما نهجت وزارات أخرى في مصر نهج الـ BOT كوزارة النقل بشأن الطرق العامة، واستغلال المطارات، والموانئ المتخصصة، فقد كان لقطاع النقل تجارب مهمة في الاستثمار بنظام BOT.

هذا وسار لبنان على طريق اعتماد نظام B.O.T في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية والمشروعات الكبرى. كعقد B.O.T بين الدولة اللبنانية والشركة الفرنسية (France Télécom International)، لتنفيذ وتشغيل مشروع الهاتف النقال لمدة 10 سنوات، وعقد B.O.T بين المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان وشركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده الكويتية لتمويل إنشاء مواقف للسيارات في مطار بيروت الدولي وتشغيله لمدة 15 سنة، ثم إعادته بحالة جيدة إلى الدولة اللبنانية، وغيرها الكثير.

كذلك عرفت دولة الكويت التعاقد بنظام B.O.T في العديد من المشاريع، ولعل أبرزها عقد تطوير المطار الدولي في الكويت، وكذا عقود بناء وتشغيل محطة معالجة الصرف الصحي في منطقة الصليبية المبرم عام 2001، وقد طرحت الشبكة الوطنية الكويتية في موقعها على الإنترنت جملة من مشاريع الـ BOT تابعة

لبلدية الكويت، كمشروع الواجهة البحرية، ومشاريع العديد من الأسواق البحرية، ومشروع تطوير استراحات على طريق "النويصيب"، ومشروع المنطقة الحرة (مدينة المستقبل، بناء الشويخ)، ومشروع BOT لتوسعة مطار حمد صباح الأحمد الدولي، والعديد من مشاريع المنتجات المنتزهات والجزر ... غير أن ديوان المحاسبة عن مشاريع الـ BOT في الكويت كشف عن مخالفات بالجملة، ووجود تجاوزات وتعديات على أملاك الدولة، نتيجة ضعف الإجراءات الحكومية حيال هذه التجاوزات،<sup>1</sup> إلا أن الدراسات الحديثة أثبتت أن مشاريع BOT قد أسهمت في إحداث نقلة نوعية استفادت منها دولة الكويت بشكل واضح.<sup>2</sup>

أما في سوريا فقد بدأ العمل بنظام التعاقد وفقا لصيغة B.O.T سنة 2001 لتنفيذ بعض المشاريع الكبرى. فبتاريخ 2001/2/12 جرى توقيع عقد بين المؤسسة العامة للاتصالات في السورية وشركة Investcom Global LTD لإنشاء نظام هاتف خلوي GSM بصيغة B.O.T، كما قامت وزارة النقل السورية بطرح عدد كبير من المشاريع بصيغة B.O.T ومنها مرفأ المنطقة الحرة على الساحل، وإنشاء أرصفة جديدة في مرفأ طرطوس ومرفأ اللاذقية واستثمار أرصفتها وساحاتها، كما قامت محافظة دمشق سنة 2008 بإبرام عقد BOT مع شركة سورية القابضة لإشادة مشروع متكامل في مركز المدينة يضم مركزا للمؤتمرات وأبنية مكتبية إدارية مجهزة بأحدث التقنيات، وفندق خمس نجوم، ومراكز تسوق، ودور سينما، ومواقف سيارات ... وغيرها من مشاريع العقود بصيغة BOT التي اعتمدها الحكومة السورية منذ سنة 2000 نظرا للضغط الاقتصادي الذي تعرضت له خلال تلك الفترة، وتسبب في تناقض استثماراتها في مشاريع البنى التحتية، والتي استعادت نشاطها بعدم تجارب بصيغة BOT بين قطاعات الاتصال، والنقل والبيئة، ويرى المختصون أن المشكلة الأساسية التي تعيق تطبيق صيغة BOT تتمثل في وجود مزاجية في التعامل مع هذا المبدأ، حيث إن هناك انقسامًا بين مؤيد لهذه الصيغة ورافض أو معارض لها، إضافة إلى عدم فهم خبايا هذه الصيغة وذلك يتجسد في أمرين، الأول: عدم وضع دراسات أولية للجدوى الاقتصادية لأي مشروع يطرح وفقا لنظام BOT، وعدم وضوح شروط أي عقد، ومن جهة أخرى ثنائية عدم وجود شفافية عند عرض أي مشروع بالشكل الذي يضمن الربحية والطمأنينة للقطاع الخاص، الذي في حال عدم وجود هذين العاملين يحجم عن الاستثمار، والمشكلة تكمن في أن القطاع العام لم ينظر يوما إلى القطاع الخاص على أنه شريك في عملية التنمية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ملف مشاريع BOT في الكويت، موقع الشبكة الوطنية الكويتية [www.nationalkuwait.com](http://www.nationalkuwait.com)

<sup>2</sup> أنظر مقال: "هل يرفع قانون الـ BOT الجديد، موقع جريدة الأنباء الكويتية، [www.alanba.com.kw](http://www.alanba.com.kw)

<sup>3</sup> مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، يوسف محمود وعدنان العريبيد، نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، المجلة الثلاثون، العدد الثالث، 2008، ص ص 193-194.

أما السودان فقد استخدمت صيغة الـ BOT للخروج من معضلة القروض، وذلك من خلال تجربتين هما، مشروع محطة مياه المنارة سنة 2006، ومشروع تنفيذ الطريق السريع بين مدينتي "عطبرة وهيا" سنة 1988، وقد قيم المختصون هاتين التجربتين بين الفشل والنجاح، فقد اعتبر مشروع محطة مياه المنارة من أنجح المشاريع المنفذة بنظام BOT حيث أدخل عملة أجنبية للبلاد من شركات وبنوك خارجية، وتحقيق أكبر من 95% من الأهداف الموضوعية، كما أدخل وسائل جديدة في عمليات ترسيب المياه، والتخلص من مخلفات تنقية المياه للمحافظة على سلامة البنية وعدم تلوث مياه النيل، وقد أوصى المختصون بضرورة تعميم تجربة BOT في السودان في محطات مثل محطة مياه أبو سعد وسويا، وفي المقابل فشل مشروع تنفيذ الطريق السريع مع إحدى الشركات الخليجية، وأعاد المختصون سبب الفشل إلى غياب القوانين المنظمة للتعاقد عن طريق BOT في السودان، وإعدادها للدراسات المصاحبة لتنفيذها، المشاريع<sup>1</sup>

إذن تلك هي أهم المشاريع المنفذة في العالم عامة وفي العالم العربي خاصة، وتم التعاقد فيها بصيغة BOT لنين في الجزء الموالي تجربة الجزائر في خصخصة المرافق العامة لتنميتها وتشييدها وتطويرها بواسطة صيغة BOT

#### ثانيا: تقييم تجربة الجزائر في التعاقد بصيغة BOT

بعد البحث المعمق والحديث لا نجد لصيغة BOT محلا للتنفيذ لا في التشريعات الجزائرية، ولا في المشاريع الاستثمارية المحلية ولا الأجنبية، لا اصطلاحا ولا عملا ولا تطبيقا، رغم الانتشار الواسع عالميا، والمحتشم عربيا لعقود BOT، خاصة وأن الجزائر فتحت المجال أمام القطاع الخاص للمشاركة في عملية التنمية الاقتصادية الوطنية منذ دستور سنة 1996 وما تلاه من قوانين متعددة كرست مبدأ التكامل بين القطاع العام والقطاع الخاص في القيام بمختلف المشاريع الاستثمارية، إلا أن المشرع الجزائري لم يبادر إلى إصدار تشريع ينظم تعاقدات الدولة في مشاريع البنية التحتية بتمويل القطاع الخاص ولا سيما في مجال إنجاز تهيئة الطرق، المطارات، النقل بالسكك الحديدية، ... وغيرها من مجالات البنى التحتية.

لكن ما تجدر الإشارة إليه لزوما في هذا الصدد، هو اتفاق غالبية المختصين في المجال الاقتصادي والقانوني على أنه بالإمكان أن نستشف بعض صيغ التعاقد بنظام BOT في القوانين الجزائرية تحت مظلة "عقود الامتياز"، من خلال مجموعة من النصوص القانونية ذات الطابع التشريعي والتنظيمي، فنجد مثلا نص المادة 1 من المرسوم التنفيذي (96-308) المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة التي نصت على أن "يخضع إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها وأشغال تهيئتها أو توسيعها إلى منح الامتياز...."،

<sup>1</sup> انظر التفصيل، مجلة العلوم الاقتصادية، أميرة علي محمد المكي وعبد المطلب على ابنعوف، تجربة نظام BOT في السودان، المجلة 18، الجزء 2، 2017، عمادة البحث العلمي جامعة البحث العلمي، جامعة السودان للتكنولوجيا، ص 196 وما بعدها.

ونفس المعنى ذهب إليه المرسوم التنفيذي رقم (97-475) المتعلق بمنح الامتياز المنشآت والهيكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط في المادتين 2 و3 منه تم منح المؤسسات والمقاولات العمومية وكل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص تتوفر فيه المؤهلات المهنية، امتياز انجاز وتسيير واستغلال وصيانة المنشآت والهيكل الأساسية للري الفلاحي الصغير والمتوسط.

كما نستشف صيغة من صيغ الـ BOT في المادة 17 من القانون (05-12) المتعلق بالمياه، حيث أخضع المنشآت والهيكل التابعة للأمالك العمومية الاصطناعية للمياه للإنجاز والاستغلال بموجب عقد الامتياز المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص، مع إعادة أو إرجاع الأملاك للدولة بعد نفاذ مدة العقد، كما استعملت الدولة الجزائرية التعاقد بصيغة BOT في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة، وذلك بتشجيع من "الشركة العامة الجزائرية للمياه"، التي أخذت على عاتقها مسؤولية تنفيذ السياسة الوطنية بتنمية وتسيير قطاع المياه في الجزائر، وتتميز أغلب مشاريع انشاء وتشغيل محطات تحلية مياه البحر بالجزائر، بالاعتماد على الشركات الاسبانية منذ سنة 2004، والمستعملة للتكنولوجيات الفرنسية والأمريكية التي حظيت على الثقة العالمية لخبرتها الواسعة في هذا المجال، ومن أهم مشاريعها: إنشاء محطة تحلية المياه بمستغانم وتشغيلها وصيانتها بتكلفة 100 مليون دولار، لمدة 25 عاما بإسهام الوكالة الجزائرية للطاقة (AEC)، كما وقعت شركة مياه تيبازة عقدا مع الشركة الكندية «SNC lavalin» وهي من الشركات البارزة في مجال إعداد مشاريع البنية التحتية وتشغيلها، وكذا الأسبانية «ACCIONA AGUA» بقيمة 150 مليون دولار من أجل تصميم وإنشاء ثم تشغيل (DBOOT) محطة تحلية مياه البحر، وذلك لمدة 25 عاما.

كما يحمل نفس المعنى الذي يفيد التعاقد بصيغة BOT، مصطلح الامتياز المنصوص عليه في القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، حيث يستفاد من نص المادة 2 من القانون رقم (02-01) المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز أن المشرع الجزائري أورد ضمنها المراحل المتضمنة في التعاقد بصيغة BOT، الإنجاز والاستغلال، ثم إعادة المشروع للدولة باعتبار أن توزيع الكهرباء والغاز نشاطا للمرفق العام، كما أبرمت في هذا الميدان شركة كهرباء سكيكدة التابعة لشركات عمومية سوناطراك «SONATRACH» و«SONELGAZ» والوكالة الجزائرية للطاقة «AEC»، عقد مع مجموعة SNC lavalin الكندية، بقسمة 600 مليون دولار، لتصميم محطة لتوليد الكهرباء وإنشائها وتشغيلها لمدة 12 سنة، مع إمكانية تجديد العقد لنفس المدة، وهذا المشروع هو الأول الذي ينشأ وفقا للقانون (02-01) المتعلق بتوزيع الكهرباء والغاز.

أما في مجال النقل الجوي فقد نصت المادة 02 من القانون (05-2000) من أي قانون؟؟؟؟ على أن: "تقوم الدولة بإنشاء المحطات الجوية وانجازها وتشغيلها واستغلالها، ويمكن أن يكون إنجازها واستغلالها

محل امتياز يمنح لأشخاص طبيعيين، من جنسية جزائرية أو أشخاص اعتباريين خاضعين للقانون الجزائري..."، كما تضيف في ذات الصدد المادة 03 من الأمر رقم (10-03) المعدل والمتمم للقانون رقم (98-06) المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني على إمكانية أن يكون انجاز واستغلال محطة جوية أو مطار أو محطة طوافات بغرض فتحها للملاحة الجوية العمومية، موضوع امتياز تمنحه السلطة المكلفة بالطيران المدني. ويرى بعض المختصين أن المشرع الجزائري قد فتح المجال للتعاقد بأسلوب BOT بإصداره القوانين المذكورة أعلاه، وقوانين أخرى كالمرسوم التنفيذي رقم (11-220)،<sup>1</sup> حيث دمت المادة 10 منه على أن: "عند انتهاء مدة الامتياز، وإذا لم يتم تقديم طلب التجديد، تسترجع الدولة الهياكل المنجزة من أجل المنفعة العمومية..."، كما نجد بموجب المادة 19 من القانون رقم (08-14) المعدل لقانون الأملاك الوطنية التي تطرقت للتعاقد بصيغة BOT بصراحة ووضوح وشمولية، وذلك لما عدلت المادة 654 مكرر حيث جاء فيها: "يشكل منح الامتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز، بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمى صاحب الامتياز، حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي تمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلط صاحبة حق الامتياز"، هذا ويعد قانون المالية للسنة الجارية آخر النصوص المشجعة للإسهام القطاع الخاص في إدارة وإشياء المرافق العامة وتسييرها.

إذن باستقراء النصوص التشريعية والتنظيمية التي أقرها المشرع الجزائري نستشف أنها توفر جميع العناصر والمراحل المتضمنة في التعاقد بصيغة BOT لتنفيذ مشاريع البنية التحتية من الإنجاز، والبناء والاستغلال، وبعدها رجوع المنشأة أو التجهيز إلى الدولة بعد نفاذ العقد، إلا أن الواقع العملي يؤكد أن أغلب العقود التي تبرمها الجزائر مع المؤسسات الأجنبية بصيغة الإنشاء والتشغيل تكون بمساهمة الرأس المال الوطني، وبنسبة معتبرة، وهو الأمر الذي يعتبر من التطبيقات الخاطئة لعقود BOT كونها تتناقض مع الفلسفة التمويلية لهذا النظام من جهة، وتجعلها تقترب أكثر للدخول في نطاق عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص (PPP) من جهة ثانية، هذا وقد حدد المشرع الجزائري بوضوح العمليات التي تشملها الصفقات العمومية في المادة 13 فقرة 01 من القانون (10-236) المعدل والمتمم للقانون المنظم للصفقات العمومية، ومن بين تلك العمليات: عمليات إنجاز الأشغال وتقييم الخدمات التي إذا ما اجتمعت في يد متعاقد واحد تشكل صفقة عمومية، وتشمل على العمليات التي يتضمنها عقد BOT، وبما أن الجزائر تتدخل عادة بنسبة معينة من المال في تمويل مشاريعها فإنها بذلك تمس بخصوصيات التعاقد بصيغة

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي (11-220) مؤرخ في 12/06/2011 المحدد لكيفيات امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الامتيازات الخاصة، الجريدة الرسمية، العدد 34، الصادرة بتاريخ 19/06/2011.

BOT، هذا وقد قررت الحكومة الجزائرية في شهر ديسمبر 2017 بناء أكبر ميناء لها بولاية تيبازة وفق نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، وستكفل بالإنتاج الشركة الصينية موانئ شنغهاي العالمية (SIP)، بكلفة 03 ملايين دولار، وذلك لمواجهة تراجع الموارد المالية للجزائر بالعملية الصعبة نتيجة انهيار أسعار النفط، لتفرز لنا الجزائر نوعا من العقود المعقدة والمتشابكة من حيث الصياغة، التكييف، ثم التطبيق والتنفيذ، وذلك يرجع بسبب تنوع الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها من خلال الجمع بين الجانب التمويلي وجانب الإدارة والتسيير في إطار عقود الامتياز متجاهلة بذلك تلك الطبيعة الخاصة لعقود BOT التي يفرض نجاحها بالدرجة أولى وجود منظومة تشريعية متكاملة وشاملة ومشجعة للقطاع الخاص المحلي أو الأجنبي.

#### خاتمة:

نخلص مما سبق بيانه، أن من أهم التحديات التي يواجهها المرفق العام لنجاح أسلوب البناء، التشغيل ونقل الملكية (BOT) لتمويل إقامة مشاريع البنية التحتية تحقيقا للغرض منه في الجزائر، هو توفير البيئة القانونية، المتجسدة في منظومة تشريعية وتنظيمية شاملة وكفيلة بالتعاقد بصيغة الـ BOT في مجال البنية التحتية، كونها عاملا مهما لدفع عملية النمو الاقتصادي، وهو الأمر الذي يقتضي من الدولة الجزائرية، وكرهان على نجاح الـ BOT هو المراجعة الكلية للمنظومة القانونية في مختلف المجالات التي لها تأثير وعلاقة بهذه الصيغة من التعاقد، ولا سيما قوانين تشجيع وحماية الاستثمار، وقانون الأملاك الوطنية، وقانون الضرائب، وقوانين حماية البيئة، وقوانين التحكيم التي أدركها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتسعى جاهدة على وضع قانون موحد ينظم عملية مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية التحتية، وتطوير المرافق العمومية بكل شفافية لتضمن الدولة تنفيذ عقود BOT بقدر عال من الكفاءة والنجاحة.

إن غياب قانون خاص ينظم عقود الـ BOT تنشأ عنه عقبات قانونية يتحملها طرفي العقد بخطورة متفاوتة، حيث يتحمل المستثمرون والممولون من القطاع الخاص الجانب الأكبر من المخاطر المقترنة بأداء المشروع لعدم توافر بيئة قانونية تتيح لهم الحصول على عوائد مناسبة من استثماراتهم وتكفل لهم تنفيذ الالتزامات التعاقدية البرمة بينهم، كما أن غياب مثل هذه التشريعات يؤدي في كثير من الحالات العملية المدروسة في متن هذه الورقة البحثية إلى قيام المستثمرين باستغلال ضعف البنيات القانونية، واعتماد الدول على أنماط التشريع التقليدية في تحقيق مكاسب ضخمة على حساب اقتصادات هذه الدول، الأمر الذي يجعلنا نرى أن الدولة الجزائرية لا بد أن تحذو حذو الدول التي نهجت منحى وضع الضوابط التي من شأنها تقليل المشكلات المعقدة الناجمة عن تنفيذ مشاريع الـ BOT تحت مظلة الأنظمة الحكومية التقليدية، وتحقيق الأهداف الأساسية من اللجوء لنظام الـ BOT والتي تتجسد أهمها في:

1. تقديم خدمة عامة أساسية أو سد حاجة المواطن إلى إتاحة الخدمة العامة.
  2. تخفيف العبء عن كاهل الدولة بإتاحة الفرصة للقطاع الخاص (المحلي أو الأجنبي) في المشاركة في بناء المرافق الأساسية؛ الأمر الذي يساهم في توفير الموارد عن طريق اقتصرها على الحكومة.
  3. الحصول على التقنيات المتطورة والتكنولوجيا الحديثة اللازمة لتشديد المرافق العامة التي لا تتوافر محليا، ويأتي بها المستثمر الأجنبي المتمتع بالخبرة العالمية الطويلة.
- هذا ويعد توفير البيئة القانونية الملائمة للتعاقد بصيغة الـ BOT تجنباً لكثير من العراقيل والصعوبات الناجمة عن التطبيقات الخاطئة لعقد الـ BOT، والتي نذكر أهمها:
1. عدم توفر الخبرة الفنية الكافية في القطاع العام لإدارة المشروع بعد انتهاء فترة العقد، لتجد السلطة المتعاقدة نفسها بين مطرقة تجديد العقد وسندان الرضوخ لاشتراطات المستثمرين وهو ما يفتح الباب واسعاً لسيطرة بشعة على مشاريع البنية التحتية.
  2. التأثير في مسألة صنع القرار في الدولة، حيث إن التوسع في الإعفاءات الضريبية والحوافز كالإعلانات والقروض بفوائد منخفضة، ومنح الأراضي المجانية، يخلق أعباء إضافية على الدولة، وتقوي النفوذ الأجنبية، وتخلق أوضاعاً اقتصادية وسياسية مؤثرة على المجال الحيوي في النشاط الاقتصادي والاجتماعي في الدولة المضيفة.
- إلا أن العالم قد استفاد من نظام الـ BOT، بتقرير ضوابط التعاقد بهذه الصيغة، والمستقاة من تجارب الدول في الاستثمار وفق نظام الـ BOT والتي نذكر أبرزها:
1. العمالة الوطنية: حيث تشترط القوانين الدولية المنظمة للـ BOT إلزام شركة المشروع بتدريب العناصر المحلية التي ستتولى تشغيل وصيانة المشروع بعد تسليمه للحكومة.
  2. الجهات الرقابية: إذ يعد حق الجهات المانحة للالتزام في الرقابة على إعداد المرفق وإدارته بمثابة حق أصيل لها تستمد من طبيعة المرفق العام، ولا يجوز حرمانها من هذا الحق، ويكون للجهة الرقابية حق التدخل في التسعير بالزيادة، أو النقصان.
  3. الهيكل الإداري: من المناهج الناجحة في إدارة الـ BOT منهج أو نظام النافذة الواحدة للتعامل مع شركة المشروع من قبل الحكومة.
  4. القانون الخاص بالنظام: إذ تفرض التشريعات الدولية ضابطة مهما، وهو ضرورة توفير كل دولة تريد التعامل بنظام الـ BOT قانوناً خاصاً له إذا استقرت على اتباعه.
  5. دراسة الجدوى القومية للمشروع: حيث تعد دراسة الجدوى الدقيقة عاملاً حاسماً في نجاح أي مشروع بصيغة الـ BOT، وفي تحقيق الفائدة المرجوة للاقتصاد الوطني ولشركة المشروع على حد سواء.
  6. نقل التكنولوجيا: وهو أحد أهم أهداف مشروعات الـ BOT، ما تستوجب الأنظمة الدولية المهمة بتنظيم الـ BOT على الدول، ضرورة التنبيه لهذه المسألة عند إعدادها لاتفاقية المشروع، وتعد تجربة المكسيك من

أبرز التجارب في مجال السياسات والضوابط المرتبطة بنقل التكنولوجيا، إذ تم إنشاء جهاز حكومي متخصص بتقييم واختيار أنواع ومستويات التكنولوجيا المنقولة، ورفض جميع أنواع التكنولوجيا التي لها نظائر في السوق المحلية، ونذكر أيضا بهذا الصدد تجربة الصين حيث يلزم القانون شركة المشروع بتسليم كل متعلقات المشروع من تكنولوجيا ومعدات في نهاية فترة التعاقد دون أي تعويض.

### قائمة المصادر والمراجع:

#### الكتب بالعربية:

1. الهيجي أحمد عصام ، عقود البوت، (الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة)، مصر، الدار الجامعية الجديدة، 2008.
2. السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مصر، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2001.
3. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006.
4. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، القاهرة، دار النهضة العربية، (1995-1996).
5. عبد المنعم خليفة عبد العزيز، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006.
6. ماهر أحمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005.
7. محمود سلام أحمد رشاد ، عقد الإدارة والإنشاء والتحويل (BOT)، (في مجال العلاقات الدولية الخاصة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004.
8. نصار جابر جاد، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002.
9. نويري عبد العزيز ، عقود التزامات المرافق العامة، (أنواعها، وطرق الاستفادة منها)، المركز العربي للبحوث القانونية ، (د.س.ط).

### الكتب الأجنبية:

1. Bolmin Ph, « Pour un Nouveau partenariat public-privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : La notion de Co-développement », RDAI, N°2, Paris, 1999.
2. Fiszelson F, «Le Co-développement : Réflexions économiques et financiers », RDAI, N°2, Paris, 1999.
3. Haroun M, « Arbitrage et financement de projet BOT, Alger, Revue mutation, n°44, Février 2003.
4. Lyonnet du Moutier, Financement sur projet et PPP, edition EMS, Paris, 2006.

### الدراسات والأبحاث:

1. اقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المبرمجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمور، تيزي وز، العدد الأول، 2006.
2. حشو عدنان، "الاستثمار في التنمية وفق نظام البوت" المجلة الاقتصادية، مركز التنمية الإدارية، دمشق، (د، س، ط).
3. العرييد عدنان، ومحمود يوسف، نظام البناء والتشغيل والتمويل BOT مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلة الثلاثون، العدد الثالث، 2008.
4. المكي علي محمد أميرة، وعبد المطلب علي ابنعوف، تجربة نظام BOT في السودان، مجلة العلوم الاقتصادية، المجلة 18 الجزء 2 عمادة البحث العلمي جامعة البحث العلمي جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا.

### النصوص القانونية :

1. المرسوم التنفيذي (11-220) مؤرخ في 12/06/2011 المحدد لكيفيات امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الامتيازات الخاصة، الجريدة الرسمية، العدد 34، الصادرة بتاريخ 19/06/2011.

### المواقع الإلكترونية:

1. [www.mahamet.net](http://www.mahamet.net)
2. [www.nationalkuwait.com](http://www.nationalkuwait.com)
3. [www.alnaba.net](http://www.alnaba.net)

## الحماية القانونية للموارد المائية في التشريع الجزائري.

من إعداد الباحث: د/ مشنف أحمد أستاذ محاضر "ب"

معهد الحقوق، المركز الجامعي أحمد زبانة - غليزان - الجزائر

### Legal protection of water resources in Algerian legislation

D/ Mechenef Ahmed, Lecturer " B " Institute of Law,

University Center Ahmed Zabana –Relizane- Algeria.

#### Summary:

Water resources have been formed since ancient times, and many researchers continue to be preoccupied in various fields, including the legal field, Water is a national property and environmental areas that require legal protection.

Algeria sought to ensure that citizens water needs were met in order to achieve water security, It recognized the importance of conserving water resources as a major source of economic development through the development of a national policy aimed at protecting and providing this vital resource for future generations.

It is not permissible to use the public watercourse and even the extraordinary water either by a natural or legal person subject to public law or private law, except under a license or concession granted by the competent administration in accordance with the conditions and specifications specified by the law as a kind of protection and guarantee for this sensitive resource.

This study is intended to highlight the legal aspects of water protection in the light of water legislation and the Algerian national property law.

**key words:** Water Resources - Water Public Domain - Legal Water Protection.

### ملخص:

شكلت الموارد المائية منذ القدم ولا زالت إنشغال العديد من الباحثين في شتى الميادين ومنها المجال القانوني على إعتبار أن المياه تمثل إحدى الأملاك الوطنية والمجالات البيئية التي تستوجب الحماية القانونية. فسعت الجزائر إلى ضمان تلبية حاجيات المواطنين للمياه تحقيقاً للأمن المائي، وأيقنت أهمية المحافظة على الموارد المائية وتسييرها له تسييراً عقلانياً باعتبارها مورداً أساسياً للتنمية الاقتصادية، وذلك من خلال وضع سياسة وطنية تهدف إلى حماية هذا المورد الحيوي وتوفيره مع ضمان إستدامته للأجيال القادمة. فلا يمكن استعمال الملك العام المائي وحتى المياه غير العادية سواء من طرف شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص، إلا بموجب رخصة أو إمتياز يسلم من قبل الإدارة المختصة حسب الشروط والكيفيات التي يحددها القانون كنوع من الحماية والضمان لهذا المورد الحساس. وعليه، تأتي هذه الدراسة لإبراز مظاهر الحماية القانونية للمياه على ضوء تشريع المياه وقانون الأملاك الوطنية الجزائري.

الكلمات المفتاحية: موارد مائية - الملك العام المائي - الحماية القانونية للمياه.

### مقدمة:

سعت معظم دول العالم ومنها الجزائر إلى ضمان تلبية حاجيات شعوبها من المياه لتحقيق أمنها المائي وأيقنت أهمية المحافظة على الموارد المائية وتسييرها تسييراً عقلانياً باعتبارها مورداً أساسياً للتنمية الاقتصادية، وأحد المكونات الأساسية لأملاتها الوطنية. فيشمل الحق في الماء حريات وحقوقاً في آن معاً، وتتضمن الحريات الحق في مواصلة الإستفادة من الإمدادات الموجودة للمياه اللازمة لإعمال الحق في الماء، والحق في عدم التعرض للتدخل، كالحق في عدم التعرض للوقف تعسفي لإمدادات المياه أو تلوثها، وبالمقابل تتضمن الحق في نظام للإمدادات بالمياه وإدارتها والذي يتيح التكافؤ في الفرص أمام الناس جميعاً للتمتع بالحق في الماء. ولكي تبرهن الدول على وفائها بالتزاماتها العامة والمحددة، يتعين عليها أن تثبت أنها إتخذت الخطوات اللازمة والممكنة لإعمال الحق في الماء وفقاً للقانون الدولي. وإن عدم التصرف بحسن نية لإتخاذ مثل هذه الخطوات يعتبر بمثابة إنتهاك لهذا الحق، وينبغي التأكيد على أنه لا يمكن للدولة الطرف أن تبرر عدم إمتثالها للإلتزامات الأساسية المنصوص عليها قانوناً.

فحاول المشرع الجزائري على إثرها إدماج قانون المياه في الأملاك الوطنية العامة، من خلال نظام قانوني خاص منذ سنة 1983 بإصدار قانون المياه (الملغى)<sup>1</sup>، والذي أعيد صاغته سنة 2005<sup>2</sup> مع ما عرفه من تعديل<sup>3</sup>، والذي حاول من خلاله وضع سياسة وطنية تهدف إلى حماية هذا المورد الحيوي وضمان استدامته للأجيال القادمة.

أهمية الدراسة: لقد مرّ مفهوم الأملاك المائية الوطنية في القانون الجزائري بمراحل تاريخية مختلفة، تأثر من خلالها بالتوجهات السياسية والإقتصادية العامة، وأخذ خلالها مفاهيم خاصة ومحلية، فتميز خلال المرحلة الإشتراكية بتوسيع نطاق الأملاك العمومية، وإستحداث تقسيمات مبتكرة في إطار الأملاك الوطنية، إضافة إلى الصرامة في الرقابة على هذه الأملاك.

وبصدور دستور 1989 ظهرت النزعة الرأسمالية، فنصت المادة 18 بأنه: "الأملاك الوطنية يحددها القانون، وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة، والولاية، والبلدية." وعليه فقد وجد المشرع الجزائري الدافع لإصدار المزيد من النصوص التشريعية التي تصب في نفس الإتجاه وبدأ العمل فيما بعد بالقانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية<sup>4</sup>، كما تقرر معه الرجوع إلى التقسيم الثنائي المتعارف عليه للأملاك الوطنية على أساس إختلاف الأنظمة القانونية وطبيعة المنازعات، فاتضح معايير التفرقة بين ما يعتبر عابراً يشتمل مباشرة من طرف الجميع أو عن طريق التخصيص للمرافق العامة، وبين ما يعتبر من الأملاك الوطنية الخاصة على أساس أن إستغلاله يحقق عائدات مالية، أو أنه يؤدي وظيفة تملكية ويخضع في الكثير من أحكامه للقانون الخاص.

وما كان من المشرع الجزائري إلا أن نص في المادة 80 من الدستور الحالي بقوله: "يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة ومصالح المجموعة الوطنية ويحترم ملكية الغير"<sup>5</sup>.

وما جاءت به المادة الأولى من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه المعدل والمتمم<sup>6</sup> إلا التأكيد بأن هذا القانون يهدف إلى تحديد المبادئ والقواعد المطبقة لإستعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة كونها

<sup>1</sup> القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 جويلية سنة 1983، يتضمن قانون المياه (الملغى)، (ج.ر)، عدد: 30، السنة العشرون، ص. 1895.

<sup>2</sup> القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، المؤرخ في 04 أوت سنة 2005، (ج.ر)، عدد: 60، ص. 03.

<sup>3</sup> القانون رقم 08-03 المؤرخ في 23 جانفي سنة 2008 يعدّل ويتمّ القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005 والمتعلق بالمياه، (ج.ر)، عدد: 04، ص. 07، وكذلك الأمر رقم 09-02 المؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يعدل ويتمم القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005 والمتعلق بالمياه، (ج.ر)، عدد: 44، ص. 26.

<sup>4</sup> القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية، (ج.ر)، عدد: 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، (ج.ر) عدد 44.

<sup>5</sup> القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، (ج.ر)، عدد 14.

<sup>6</sup> نصت المادة الأولى من القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، المعدل والمتمم أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد المبادئ والقواعد المطبقة لإستعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة كونها ملكا للمجموعة الوطنية."

ملكاً للمجموعة الوطنية، وهذا وفق أهداف لإستعمال هذه الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة، ومبادئ كالحق في إستعمال الموارد المائية لكل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون العام أو القانون الخاص في حدود المنفعة العامة وبإحترام الواجبات التي يحددها قانون المياه والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه.

فضروريات التنمية الاقتصادية والإجتماعية تفرض اللجوء إلى تهيئة الماء لتلبية حاجيات السكان التي تعرف تزايدا مستمراً، وغالبا ما تكون هذه الحاجيات تنافسية بل وحتى متناقضة، الأمر الذي يجعل عملية تدبير الماء جد معقدة وتنفيذها صعب.

ولمواجهة هذه الوضعية كان من الضروري التوفر على أدوات قانونية ناجعة قصد تنظيم توزيع الموارد المائية ومراقبة إستعمالها وكذا ضمان حمايتها والحفاظ عليها.

إشكالية البحث: تأتي هذه المقالة لإبراز مظاهر الحماية القانونية للمياه على ضوء القانون رقم 90-30 المتعلق بالأموال الوطنية مرورا بالتشريع الخاص بالمياه، من خلال التطرق لمفهوم ومكونات الملك العام المائي والمزايا التي منحت له في إطار قانون المياه وقانون الأملاك الوطنية، وعليه نطرح الإشكال الآتي:

فيما تتمثل آليات حماية الملك العام المائي في القانون الجزائري؟.

ومنه نطرح الأسئلة التالية:

- كيف حمى المشرع الجزائري الملك المائي؟.

- ماهي الحماية التي خصصها المشرع للماء في قانون الأملاك الوطنية وقانون المياه؟.

فرضية البحث: إن أول اهتمامات الدولة هو حماية أملاكها ومراقبة عملية تديرها لأجل ذلك عملت على إدخال المفاهيم القانونية الدولية الجديدة في التشريعات الوطنية، مسيرة للتطورات العالمية، وتقوية لتشريعها الداخلية، ومنه كان لابد من البحث حول طبيعة هذه الحماية القانونية الموضوعية للمياه.

منهجية الدراسة: كان البحث في هذا الموضوع يتطلب إختيار منهج تحليلي، بتحليل مضمون العملية الرقابية على الملك المائي، بحيث يستهدف هذا الوصف التحديد الدقيق والموضوعي لفكرة المياه وكيف حماها المشرع الجزائري.

حدود الدراسة: وللإجابة على ذلك تم التطرق للبحث عن النقطتين التاليتين، وهما:

1- مفهوم ومكونات الملك العام المائي، وهذا من خلال المبحث الأول.

2- أما المبحث الثاني فتم تخصيصه للبحث حول عملية الإشراف على الملك العام المائي وحمايته من خلال المزايا الممنوحة في إطار قانون المياه وقانون الأملاك الوطنية، والبحث في آثار حماية الملك العام المائي.

### المبحث الأول: مفهوم ومكونات الملك العام<sup>1</sup> المائي

إن أصل كل الأملاك العقارية هو الأرض، وهي تشمل ما فوقها وما تحتها، ومنها المياه الموجودة بباطنها، ولقد جاء المشرع الجزائري على ذكر تصنيفه للأملاك العقارية في المادة 23 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26<sup>2</sup> بقوله: " تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية :

- الأملاك الوطنية.

- أملاك الخواص، أو الأملاك الخاصة.

- الأملاك الوقفية.

ولقد تبع القانون 90-25 صدور القانون 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية الذي تبني المشرع الجزائري فيه نظرية ازدواجية الأملاك الوطنية، وقد جاء في المادة الأولى منه بقولها: " يحدد هذا القانون مكونات الأملاك الوطنية وكذا القواعد الخاصة بتكوينها وتسييرها ومراقبة إستعمالها".

وإن تسيير هذه الأملاك الوطنية واستغلالها واستصلاحها يكون إما مباشرة من قبل هيئات الدولة والجماعات العمومية الأخرى المالكة، وإما بموجب رخصة أو عقد، أو من قبل أشخاص معنويين تابعين للقانون العام أو القانون الخاص أو أشخاص طبيعيين.

وبناء على ذلك نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 05 من القانون 90-30 بقوله: "...ولهذا الغرض، يتعين عليها السهر على حماية الأملاك الوطنية وتوابعها والمحافظة عليها".

فيتعين على المستفيدين ومستعملي الأملاك الوطنية وحائزها السير وفق القوانين والتنظيمات الجاري بها العمل والهدف المسطر لهذا المرفق.

وإن جميع المياه مهما كان شكلها تدمج في الأملاك العامة المائية ومن ثم لا يمكن للموارد المائية أن تكون موضوع تملك خاص باستثناء المياه التي اكتسبت عليها حقوق قانونية وقد صدرت بعد ذلك نصوص أخرى لمواجهة الحاجيات الجديدة التي ظهرت.

<sup>1</sup> إنَّ للأموال العامة نظام قانوني بذاته، فكل ما يتصل بهذه الأموال العامة من أعمال أو تصرفات يخضع لقواعد القانون العام وبالتحديد لقواعد القانون الإداري، غير أنَّ الأموال الخاصة التي تملكها الدولة الأشخاص المعنوية العامة الأخرى ملكية خاصة فهي تخضع لقواعد مختلفة كقواعد القانون الخاص، عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة-دراسة مقارنة- الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987، ص. 03.

<sup>2</sup> القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر، عدد: 49، المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، (ج.ر)، عدد: 55، ص. 11.

وبالفعل، فإن الشروط الحالية لإستعمال الماء لم تعد هي تلك التي كانت سائدة قديماً حيث لم تكن الموارد المائية مطلوبة بنفس الإلحاح الذي يميز الوقت الراهن وذلك بسبب كثرة الطلب على الماء.

### المطلب الأول: تعريف الموارد المائية

يعتبر الماء مورداً طبيعياً أساسياً للحياة ومادة ضرورية يرتكز عليها الجزء الأكبر من الأنشطة الاقتصادية للإنسان، كما أنه مورد نادر يتميز توفره بعدم الانتظام في الزمان والمكان، وهو شديد التأثير بالانعكاسات السلبية للأنشطة البشرية<sup>1</sup>.

والماء هو أحد الموارد الطبيعية المتجددة في هذا الكوكب، وهو من العناصر الأساسية على الأرض، وإن من أهم ما يجعله متفرداً عن غيره كمركب كيميائي هو ثباته، حيث إن كمية الماء الموجودة على الأرض، هي نفسها التي كانت منذ خلق الله الأرض وهو موجود على اليابسة وفي البحار والمحيطات وفي حالته الصلبة كجليد في القطبين المتجمدين، ويتكون جزيء الماء من ارتباط ذرة من الأكسجين وذرتين من الهيدروجين.

ويعد الماء أساس بدأ الحياة على كوكب الأرض وأساس وجودها واستمرارها، وهو من أكثر ضروريات الحياة أهمية، فلا حياة تسير بدون ماء<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: من خلال القوانين الوطنية

فالأرض كعقار، تشمل ما فوقها وما تحتها، ومن ثم فالمياه الموجودة بباطن الأرض وتلك المناسبة على السطح تعتبر عقارات بطبيعتها مادامت يد الإنسان لم تمتد إليها وتعزلها عن مكمها الطبيعي، فتتحول نتيجة لذلك إلى منقولات بطبيعتها.

وملكية العقار تعطي حق الملك لكل ما ينتجه، وما يضم إليه وما يدمج فيه بالإلتصاق إما طبيعياً أو إصطناعياً.

ولقد تم إقرار الملكية العامة للمياه بموجب القانون 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، فكل المياه تشكل جزءاً من الأملاك العامة بإستثناء الحقوق المكتسبة على هذه المياه والمعترف بها.

ودأب المشرع الجزائري في القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه على تحديد مكونات الأملاك العمومية الطبيعية والإصطناعية للمياه والإرتفاقات المتعلقة بها ولم يعطي تعريفاً للمياه.

<sup>1</sup> Lakhdar Zella, L'eau Pénurie Ou Incurie, Office Des Publications Universitaires, Algérie, 2007, p. 31.

<sup>2</sup> خالد محمد الزواوي، الماء الذهب الأزرق في الوطن العربي، مجموعة النيل العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص. 72.

## الفرع الثاني: من خلال الفقه القانوني

ولقد جرت عادة شراح القانون على أن يطلقوا إصلاح المياه الداخلية على أية مياه تتغلغل داخل إقليم الدولة، وهي تشمل الموانئ والخلجان والمضايق والأرخبيلات والبحيرات والبحار المغلقة والقنوات البحرية والأنهار.

وقد جاء في معجم المعاني تعريف الماء على أنه سائل عليه عماد الحياة في الأرض، وهو في نقائه شفاف لا لون له ولا رائحة ولا طعم، يغلى عند درجة حرارة 100 مئوية، ويتجمد عند درجة الصفر، ويتكون من اتحاد ذرية من غاز الهيدروجين بذرة واحدة من الأكسجين.

ولقد تباينت وجهات نظر الدول وفقهاء القانون بخصوص الوضع القانوني للمياه، خاصة المياه البحرية ومدى إمكانية فرض السيادة عليها، وعليه فقد أصبحت هناك ضرورة ملحة لتدوين القواعد التي تنظم استخدام واستغلال المياه<sup>1</sup>.

وأغلب فقهاء القانون لم يعرفوا المياه، بل أعطوا تعريفات من خلال الإتفاقيات والمعاهدات الدولية لمصطلحات مشابهة كالمياه الداخلية، والمياه الإقليمية، والأرخبيلات، و الوديان والأنهار، كإتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1997 حول الأنهار الدولية وجميعها تنصب على إتفاقيات لتدعيم الجهود للمحافظة على المياه.

## المطلب الثاني: مكونات الملك العام المائي

فتتكون الأملاك الوطنية العمومية من الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام، شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة، تكييفها مطلقاً أو أساسياً مع الهدف الخاص لهذا المرفق، وهذا تطبيقاً لنص المادة 12 في فقرتها الأولى من قانون الأملاك الوطنية.

وأما عن تكوين الأملاك الوطنية العمومية المائية فهي تتكون من صنفين أساسيين هما، الأملاك العمومية الطبيعية، والأملاك العمومية الإصطناعية.

## الفرع الأول: الملك العام المائي الطبيعي

فتشتمل الأملاك العمومية الطبيعية حسب مانصت عليه الفقرات 05 و 07 من المادة 15 من القانون رقم 30-90 على:

- شواطئ البحر

- قعر البحر الإقليمي وباطنه

<sup>1</sup> عبد المقصود حجوة، المياه العربية والصراع الشرق الأوسط، دار الكتاب العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2006، ص. 13.

- المياه البحرية الداخلية

- طرح البحر ومحاسره

- مجاري المياه ورقائق المجاري الجافة، وكذلك الجزر التي تتكون داخل رقائق المجاري والبحيرات والمساحات المائية الأخرى أو المجالات الموجودة ضمن حدودها كما يعرفها القانون المتضمن قانون المياه.

ومما جاء في الفقرة الأخيرة من نفس المادة قولها: "...الثروات والموارد الطبيعية السطحية والجوفية المتمثلة في الموارد المائية بمختلف أنواعها ....."

وبالعودة إلى المادة 04 من القانون 05-12 نجدها جاءت بتفصيل مكونات الأملاك العمومية الطبيعية للمياه وبأنها تتكون من:

• المياه الجوفية بما في ذلك المياه المعترف بها كمياه المنبع والمياه المعدنية الطبيعية ومياه الحمامات بمجرد التأكد من وجودها أو إكتشافها خاصة بعد الإنتهاء من أشغال الحفر أو التنقيب الإستكشافية مهما كانت طبيعتها المنجزة من طرف كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص.

• المياه السطحية المشكلة من الوديان والبحيرات والبرك والسبخات والشطوط وكذا الأراضي والنباتات الموجودة في حدودها.

• الطمي والرواسب التي تتشكل طبيعيا في مجاري المياه.

• الموارد المائية غير العادية التي تتكون مما يأتي:

- مياه البحر المحلات والمياه المالحة المنزوعة منها المعادن من أجل المنفعة العمومية.

- المياه القذرة المصفاة والمستعملة من أجل المنفعة العمومية.

- كل أنواع المياه المدمجة في الأنظمة المائية بتقنية إعادة التموين الإصطناعي.

وبالرجوع إلى نص المادة 15 كذلك من القانون رقم 84-16 المتعلقة بالأملاك الوطنية<sup>1</sup> (الملغى) نجدها قد أكدت من قبل بأنه يعد من الأملاك الوطنية:

- سواحل البحر.

- قعر البحر الإقليمي وباطنه.

- المياه البحرية الداخلية.

<sup>1</sup> قانون رقم 84-16 المؤرخ في 30 جوان سنة 1984 المتعلق بالأملاك الوطنية (الملغى)، (ج.ر)، عدد: 27، ص. 1006.

- طرح البحر ومحاسره.

- مجاري المياه ورقائق المجاري الجافة، كما يعرفها القانون المتضمن قانون المياه (أي القانون رقم 83-17 المتضمن قانون المياه، الملغى).

- البحيرات

- الجزر التي تتكون داخل رقائق المجاري.

- المجال الجوي الإقليمي.

- الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخاصة.

وعليه فالأملاك العمومية الطبيعية للمياه تحدد بتعيين حدود الوديان والبحيرات والبرك والسبخات والشطوط بأعلى مستوى بلغته المياه ولا سيما بالنسبة للوديان فيكون بمستوى الفيضانات السارية بلا عراقيل إلى غاية تدفقها.

ولكن نظرا لندرة الحصول على المياه في الوقت الحالي حاول المشرع إبتكار وسائل وتقنيات لإستخراج المياه وحماية التعرض لها، فما كان منه إلا أن نص على نوع آخر من الأملاك المائية صنفه في تصنيف آخر.

### الفرع الثاني: الملك العام المائي الإصطناعي

فلما تحدث المشرع الجزائري في نص المادة 16 حول الأملاك الوطنية العمومية الإصطناعية أتى في سياق حديثه حول ما يسمى المنشآت الفنية الكبرى والمنشآت الأخرى وتوابعها المنجزة لغرض المنفعة العمومية.

وهذه المنشآت والهيكل التي تنجز وتدخل ضمن الأملاك العمومية الإصطناعية للمياه حسب ما جاء تفصيليه في قانون المياه، لاسيما ما يأتي منها:

- كالمنشآت والهيكل المنجزة قصد البحث عن الموارد المائية ومعاينتها وتقييمها الكمي والنوعي.

- منشآت حشد الموارد المائية الجوفية والسطحية وتحويلها ومحطات المعالجة والخزانات ومنشآت نقل الماء وتوزيعه عبر شبكات القنوات والأنابيب وكذا مرفقاتها المخصصة للإستعمال العمومي قصد تزويد التجمعات الحضرية والريفية بالمياه أو سقي وصرف مياه مساحات السقي.

- مجمعات المياه القذرة ومياه الامطار ومحطات التصفية وكذا مرفقاتها المخصصة للإستعمال العمومي لتطهير التجمعات الحضرية والريفية.

- منشآت تسوية المرتفعات الخاصة بالفيض والحجز وتهيئة مجاري وحواف الوديان المنجزة قصد ضمان الحماية من فيضانات المناطق الحضرية أو المناطق المعرضة للفيضانات.

كما عمد المشرع الجزائري إلى إنشاء مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري سماها " الجزائرية للمياه " بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-101<sup>1</sup>، والتي كلفها في إطار السياسة الوطنية للتنمية بضمان تنفيذ السياسة الوطنية لمياه الشرب على كامل التراب الوطني من خلال التكفل بنشاطات تسيير عمليات إنتاج مياه الشرب والمياه الصناعية ونقلها ومعالجتها وتخزينها وجرّها وتوزيعها والتزويد بها وكذا تجديد الهياكل القاعدية التابعة لها وتنميتها.

وهذه المؤسسة تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 83-17 المتعلق بالمياه وهي تخضع في علاقاتها مع الدولة للقواعد الإدارية، وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير.

كما أن هناك إرتفاقات متعلقة بالأماكن العمومية الإصطناعية للمياه، فيتعين مثلا على الأفراد المجاورين لقنوات تحويل المياه وقنوات جر المياه، وكذا مجاوري مجمعات مياه التطهير الفلاحي أن يسمحوا بحرية المرور على ممتلكاتهم الخاصة لمستخدمي الإدارة وعتادها أو المقاولين المكلفين بصيانتها، وكذا تفرغ مواد التنقية على اتساع خمسة (05) أمتار على جانبي الأملاك العمومية الإصطناعية للمياه.

كما يمنع كل بناء جديد وكل تشييد لسياج ثابت أو كل غرس للأشجار داخل المناطق الخاضعة لإرتفاق المرور أو التفرغ.

ويمكن كل مالك عقار خاضع لإرتفاق التفرغ أن يلزم المستفيد من هذا الإرتفاق إقتناء هذه الأرض في أي وقت.

ويجوز للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية وأصحاب الإمتياز والمفوض لهم الخدمة العمومية الذين ينجزون تهيئة ذات منفعة عمومية، أن يستفيدوا من الإرتفاقات الخاصة بوضع قنوات باطنية أو مكشوفة على الأراضي الخاصة غير المبنية.

### المبحث الثاني: الإشراف على الملك العام المائي

أما من حيث الإشراف على الملك العام المائي فقد نظم المشرع الجزائري طرقا لذلك، فنصت المادة 59 الفقرة 01 من القانون 90-30 بأنه: " تتمتع السلطات الإدارية المكلفة بتسيير الأملاك الوطنية العمومية، بمقتضى التشريع أو التنظيم، كل واحدة في حدود إختصاصها، بسلطة إتخاذ الإجراءات الخاصة بإدارة الأملاك الوطنية العمومية قصد ضمان حمايتها وحفظها.."

كما أنه لا يمكن لمن لم تسلمه السلطة المختصة إذنا وفق الأشكال التي ينص عليها التنظيم، أن يشغل قطعة من الأملاك الوطنية العمومية أو يستعملها خارج الحدود التي تتعدى حق الإستعمال المسموح به للجميع، حيث بينت الفقرة 01 من المادة 61 من نفس القانون أيضا بأنه: " يمكن أن يستعمل الجمهور الأملاك الوطنية

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المؤرخ في 21 أبريل سنة 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، (ج.ر)، عدد: 24، ص. 04.

العمومية إستعمالاً مباشراً أو عن طريق مصلحة عمومية في شكل تسيير بالوكالات أو إستغلال بالإمتياز على أن تكون هذه المصلحة العمومية قد إختصت بتلك الأملاك.

وما يلاحظ أن المشرع منح إمكانية أن يكتسي من جهة أخرى إستعمال الأملاك الوطنية العمومية طابعاً عادياً أو غير عادي.

ومن أجل ذلك يتعين على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون العام أو القانون الخاص، أن يحوزوا على رخصة لإستعمال الملك المائي العمومي الطبيعي<sup>1</sup>، كما يمكن لهم إستعماله بناءً على عقد إمتياز ويسمون أصحاب إمتياز الإستغلال.

### المطلب الأول: المزايا الممنوحة في إطار قانون المياه وقانون الأملاك الوطنية

لقد وضع المشرع الجزائري في إطار قانون الأملاك الوطنية قواعد خاصة بتكوينها وتسييرها ومراقبتها، وفي هذا الإطار عمل على حماية مصادر المياه من مختلف أنواع التلوث ووضع الشروط اللازمة لذلك.

كما قام من خلال القانون المتعلق بالمياه إلى وضع الأسس والمعايير البيئية السليمة لإقامة محطات الصرف الصحي مع تحديد شروط ومتطلبات إقامة مكاب النفايات وتحديد مواقع طرح النفايات، وتحديد الشروط الصحية الواجب توفرها في معالجة أو تطهير أو نقل أو حفظ المياه، ووضع الأسس والإرشادات والمتطلبات لترشيد استهلاك المياه.

### الفرع الأول: الحق في الاستعمال والاستغلال

إن استغلال المياه الموجودة بباطن الأرض يمكن أن يقتضي تعليمات تحديد كمية الماء القصوى المراد استغلالها بالنسبة للآبار أو التنقيبات وإن شمل ذلك على استعمال عدد من الآبار أو التنقيبات أو على كل تدبير آخر كفيل باجتناّب التفاعلات المضرة وتحقيق حفظ الموارد المائية الحالية، ويبقى حق الانتفاع بالماء تابعا لأرض معينة في نطاق إستعمال محدد.

كما أنه وفي حالة تجزئة الأرض فإن توزيع المياه على القطع الناتجة عن التجزئة يصبح موضوع حقوق إنتفاع جديدة بالماء تحل محل حق الانتفاع الأصلي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> من ذلك ما نصت عليه المادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم 148-08 المحدد لكيفيات منح رخصة استعمال الموارد المائية، بأنه يوجه طلب رخصة إستعمال الموارد المائية إلى إدارة الولاية المكلفة بالموارد المائية ويجب أن يتضمن مجموعة من التوضيحات، كالمعلومات الشخصية لصاحب الطلب، والتبرير بعقد رسمي لشغل الأرض أو الأراضي المخصصة لموقع إقامة منشآت أو هياكل إستخراج الماء، إضافة إلى الطبيعة والموقع الجغرافي ومخطط وضعية منشأة أو هيكل إستخراج الماء، والفترة المقررة للأشغال، معدل المنسوب أو الحجم الذي سيستخرج، ومدة الإستغلال، إستعمال أو إستعمالات الماء الذي سيستخرج، إضافة إلى تحديد الوثائق التقنية المطلوبة لإنجاز كل صنف منشأة، أو هيكل إستعمال الموارد المائية بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية. وإن طلب الحصول على الرخصة أي رخصة إستعمال الموارد المائية تمنح بقرار من الوالي وإن إستعمال الموارد المائية يخضع إلى تعليمة تقنية تعدها مصالح إدارة الولاية المكلفة بالموارد المائية.

<sup>2</sup> محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1994، ص. 23.

كما أن بعض التشريعات المقارنة ترى بأنه إذا كانت مياه العيون عن خروجها من العقار الذي تنبع منه مجرى ماء يكتسي صبغة الماء الجاري فإن مالك الأرض لا يمكن له تحويل المياه المذكورة عن مجراها الطبيعي في غير صالح المنتفعين الموجودين بأسفل الوادي، وأن لكل مالك الحق في استعمال مياه الأمطار التي تنزل بأرضه والتصرف فيها.

ويمكن توجيه المياه المستعملة الآتية من المساكن المزودة بالماء، بواسطة قناة تحت الأرض في إتجاه منشآت جمع أو تصفية حسب النصوص والتعليمات المتخذة في هذا المجال والخاصة بجلب المياه.

ويشمل الحق في الماء حريات وحقوقاً في آن معاً، فتتضمن الحريات الحق في مواصلة الاستفادة من الإمدادات الموجودة للمياه اللازمة لإعمال الحق في الماء، والحق في عدم التعرض كالحق في عدم التعرض لوقف تسعفي لإمدادات المياه أو تلوثها.

وبالمقابل تتضمن الحقوق، الحق في نظام للإمدادات بالمياه وإدارتها يتيح التكافؤ في الفرص أمام الناس للتمتع بالحق في الماء.

### الفرع الثاني: واجبات مستعملي الملك العام المائي

فيمنع التجاوز بأي شكل من الأشكال خاصة بواسطة بنايات، على حدود الضفاف الحرة لمجري المياه المؤقتة أو الدائمة والسواقي والبحيرات وأنابيب المياه وقنوات الملاحة أو الري أو التطهير التي تدخل في الملك العام المائي.

كما أن القانون يمنع إنجاز أو إزالة إيداعات أو أغراس أو مزروعات في الملك العام المائي بدون ترخيص، وهذا الأمر يكون بناء على إلتماس رأي الهيئات المكلفة بالتقييم والتسيير المدمج للموارد المائية كالوكالة الوطنية للموارد المائية، ووكالات الأحواض الهيدرولوجرافية ومصالح الصيد البحري والفلاحة والبيئة، وعلى أساس نتائج التعلّمة التقنية تمنح رخصة إستعمال الموارد المائية بقرار من الوالي<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: آثار حماية الملك العام المائي

إن الحق في المياه كان وما زال يشكل أحد الأسباب الرئيسية للكثير من الخلافات والمشاحنات بين الأفراد أو الجماعات أو حتى الدول فيما بينها.

ففي بعض الأحيان أدت الخلافات بسبب المياه بين ملاك الأراضي على التأثير بشكل سلبي على مصادر المياه وكيفية استغلالها وبالتالي تراجع التنمية والتطور، وهذا ما حدث في العديد من بقاع الأرض.

فبالنظر إلى أهمية المياه كمصدر طبيعي والحاجة إلى الإدارة السليمة لها، والتي تتطلب جهوداً دولية للعمل على تنظيم عملية إستغلالها وإدارتها والمحافظة عليها، وبالنظر إلى الطلب المتزايد على كمية المياه نتيجة

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 08-148 المحدد لكيفيات منح رخصة استعمال الموارد المائية، المؤرخ في 21 ماي سنة 2008، (ج.ر)، عدد: 26، ص. 07.

للانفجار السكاني الذي أصبح يستلزم تطبيقات جديدة للدراسات والنتائج العلمية حول المياه، والإدارة السليمة لها لضمان المحافظة على نوعية وكمية المصادر المائية، من خلال تشديد القوانين الرقابية الداخلية وتفعيل العمل بالمعاهدات الدولية.

### الفرع الأول: حماية المياه في المعاهدات الدولية

لقد حددت الفقرة الأولى من المادة 11 من العهد الدولي<sup>1</sup> لحقوق الإنسان عدداً من الحقوق الناشئة عن إعمال الحق في مستوى معيشي كافٍ، والتي لا يمكن الاستغناء عنها لإعمال ذلك الحق، بما في ذلك "... ما يفي بحاجتهم من الغذاء، والكساء، والمأوى". ويشير استخدام عبارة "بما في ذلك" إلى أن قائمة الحقوق هذه لا يراد منها بأن تكون حصرية، بل إن الحق في الماء يقع ضمن فئة الضمانات الأساسية لتأمين مستوى معيشي كافٍ، نظراً إلى أنه واحد من أهم الشروط الأساسية للبقاء، وفضلاً عن ذلك فقد إعترفت اللجنة سابقاً بأن الحصول على الماء حق من حقوق الإنسان<sup>2</sup> وورد في الفقرة الأولى من المادة 11 من العهد الدولي.

كما أن الحق في الماء هو حق لا يمكن فصله عن الحق في أعلى مستوى من الصحة الجسمية يمكن بلوغه وعن الحق في مأوى مناسب وغذاء كافٍ.

كما ينبغي النظر إلى هذا الحق بالإقتران مع حقوق أخرى مجسّدة في الشرعية الدولية لحقوق الإنسان<sup>3</sup>، وأهمها الحق في الحياة والكرامة الإنسانية.

وقد إعترفت مجموعة واسعة من الوثائق الدولية، بما فيها المعاهدات والإعلانات وغيرها من المعايير الدولية بالحق في الماء، فمثلاً نصت الفقرة الثانية من المادة 14 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة<sup>4</sup>، على أنه تكفل الدول الأطراف في المعاهدة للمرأة الحق في "التمتع بظروف معيشية ملائمة، ولا سيما فيما يتعلق بـ [...] الإمداد بالماء".

<sup>1</sup> اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 مارس 1976 وفقاً لأحكام المادة 49، وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67-89 المؤرخ في 16 ماي سنة 1989 المتضمن الإنضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، (ج.ر)، عدد: 20، ص. 531.

<sup>2</sup> الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وثيقة تاريخية هامة في تاريخ حقوق الإنسان صاغه ممثلون من مختلف الخلفيات القانونية والثقافية من جميع أنحاء العالم، واعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس في 10 ديسمبر 1948 بموجب القرار 217 ألف، بوصفه أنه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم، وهو يحدد، وللمرة الأولى، حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها عالمياً، وترجمت تلك الوثيقة المبينة للحقوق إلى 500 لغة من لغات العالم.

<sup>3</sup> Emmanuel Decaux, Droit international public, 5<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, France, 2006, p. 201.

<sup>4</sup> المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي سنة 1996، يتضمن إنضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، (ج.ن)، عدد: 06، ص. 04.

كما أن الفقرة الثانية من المادة 24 من اتفاقية حقوق الطفل<sup>1</sup> تطالب الدول الأطراف فيما بمكافحة الأمراض وسوء التغذية "عن طريق توفير الأغذية المغذية الكافية ومياه الشرب النقية".

وقد عالجت اللجنة باستمرار مسألة الحق في الماء من خلال تقارير الدول الأطراف، ووفقاً لمبادئها التوجيهية العامة المنقحة المتعلقة بشكل ومضمون التقارير التي يتعين على الدول الأطراف تقديمها بموجب المادتين 16 و17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وتعليقاتها العامة.

كما أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة عن القيام خلال السنوات من 2005 إلى 2015 عن إبرام عقد دولي للعمل تحت شعار "الماء من أجل الحياة" والهدف الرئيسي من ذلك هو العمل في سبيل تحقيق الإلتزامات الدولية بشأن قضايا المياه المتصلة به ووضع الأهداف الإنمائية للألفية بحلول عام 2015 وهذا لمواجهة أخطار الكوارث المرتبطة بالمياه التي تهدد الأمن المائي<sup>2</sup>، وكانت البلدان قد وافقت بموجب الأهداف الإنمائية والإلتزامات التي تعهدت بها في مؤتمر القمة العالمية للتنمية المستدامة في سنة 2002 لمواجهة مشكلة إنخفاض عدد السكان الذين لا يمكنهم الحصول على مياه آمنة وخدمات النظافة الصحية.

كما حددت المفوضية الأوروبية مجموعة من الأهداف ضمن سياستها المائية لتوفير مصادر آمنة لمياه الشرب وبكميات كافية، وبجودة مقبولة لتلبي المتطلبات الاقتصادية من صناعية وزراعية والمحافظة على نوعية وكمية المصادر المائية لحماية ودعم عمل البيئة المائية وضمان استمرار الحالة البيئية الطبيعية لها. كما قامت بالعمل على إدارة المصادر المائية لمنع أو للتقليل من الآثار السلبية للفيضانات وكذلك خفض حدة تأثير الجفاف.

وقد جاء في البروتوكول الأول لإتفاقية جنيف المتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة الصادر سنة 1977 جاء أكثر وضوحاً من الإتفاقية في تقرير حماية الأعيان المدنية، إذ تناول كافة الأعيان المختلفة من موارد طبيعية ومنشآت وممتلكات عامة، كذلك شمل كافة الأفعال من مهاجمة أو تدمير أو نقل للأعيان والموارد التي لاغنى عنها لبقاء السكان المدنيين، ومنها مرافق المياه وشبكتها ومنشآت الري، وهذا ماتناولته المادة 48 والتي نصت على ضرورة أن: "تعمل أطراف النزاع على التمييز بين السكان المدنيين والمقاتلين وبين الأعيان المدنية". فتناولت المادة الخامسة (05) الحماية العامة للأعيان المدنية، وتناولت المادة 55 موضوع حماية البيئة الطبيعية.

<sup>1</sup> الإتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20-11-1989 بتصديق 20 دولة عليها، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي 92-06 المؤرخ في 17 نوفمبر سنة 1992، يتضمن الموافقة مع تصريحات تفسيرية، على إتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، (ج.ر)، عدد: 83، ص. 2123.

<sup>2</sup> عارف صالح مخلف، الإدارة البيئية - الحماية الإدارية للبيئة-، البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص. 34.

## الفرع الثاني: حماية المياه في القوانين الوطنية

إن حماية المياه تظهر جليا من خلال القانون رقم 05-12 المعدل والمتمم بالأمر 09-02 المتعلق بالمياه، والقانون رقم 90-30 المتعلق بالأحكام الوطنية حين تنظيمه للملك العام المائي، ولأجل ذلك وضع المشرع الجزائري حماية لهذه المياه، فجاء في المادة 123 من القانون 90-30 بأنه: "يعاين الأعوان المؤهلين قانونا أنواع المساس بالأحكام الوطنية العمومية ..."، كما أن المادة 131 من نفس القانون نصت على أنه: "تمارس المؤسسات الوطنية وهيئات التصفية الإدارية وأسلاك الموظفين، ومؤسسات المراقبة، كل فيما يخصه، رقابة إستعمال الأحكام التابعة للأحكام الوطنية وفقاً للقوانين والتنظيمات التي تحدد إختصاصاتهم".

وعليه فمن غير الممكن إستعمال الموارد المائية هكذا سواء بالنسبة للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين إلا بموجب رخصة أو إمتياز، وبموجب هذه الرخصة فقط التي تعد عقداً من عقود القانون العام يمكن من خلالها إستغلال هذا الماء، وهذا بناءً على طلب المعني.

وعليه فتكون المخالفات المسجلة في التعدي على المياه يناط متابعتها من قبل شرطة المياه كما جاء تحديدها في المادة 159 من القانون 05-12 المتعلق بالمياه، وهي تتكون من أعوان تابعين للإدارة المكلفة بالموارد المائية، وتكون المخالفات المضبوطة من قبلهم محل بحث ومعاينة وتحقيق يقوم به ضباط وأعوان الشرطة القضائية وكذا أعوان شرطة المياه.

ولقد بينت المادة 138 من القانون رقم 90-30 المتعلق بالأحكام الوطنية بأنه تتم معاينة المخالفات المنصوص عليها في المادة 136 وملاحقها طبقاً للقواعد والإجراءات المقررة في قانون الإجراءات الجزائية. كما أن أجهزة الرقابة المقررة قانوناً والأشخاص المؤهلون بملاحقة وقمع المخالفات وفق الشروط والإجراءات التي يحددها القانون في ذلك.

وبالمقابل إذا أهمل هؤلاء الأعوان المكلفون بمهام رقابة هذا المال العام المائي فهم كذلك سيعاقبون على ذلك، ولقد جاء المادة 119 مكرر من قانون العقوبات<sup>1</sup> بقولها: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، كل موظف عمومي في مفهوم المادة 02 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>2</sup>، تسبب بإهماله الواضح في سرقة أو إختلاس أو تلف أو ضياع أموال ومكافحته، تسبب بإهماله الواضح في سرقة أو إختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة أو

<sup>1</sup> القانون رقم 11-14 المؤرخ في 02 أوت سنة 2011 يعدل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، (ج.ر)، عدد: 44، ص. 04.

<sup>2</sup> القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد: 14، ص. 04، المتمم بالأمر رقم 10-05 ممضي في 26 أوت 2010، (ج.ر)، عدد: 50 مؤرخة في 01 سبتمبر 2010، ص. 16، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت سنة 2011، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر، عدد: 44، ص. 04.

أشياء تقوم مقامها أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة وضعت تحت يده سواء بحكم وظيفته أو بسببها.

كما اعتبر المشرع جريمة التعدي على المياه مخالفة من خلال القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه وعاقب عليها بغرامات مالية متفاوتة، أو في بعض الأحيان بالحبس الذي قد يصل إلى خمس سنوات.

### الخاتمة:

إن الماء مورد طبيعي أساسي للحياة ومادة ضرورية له، ومنه كان إرتكاز أغلب الأنشطة الاقتصادية للإنسان عليه، فكان لا بد من تهيئة الماء تهيئة خاصة، وسن تشريع مناسب يجعل عملية تسييره وحمايته من بين أولويات المشرع الجزائري، وهي التي عمل عليها.

فالمياه تمثل أحد المجالات البيئية التي تستوجب الحماية، حيث سعى المشرع من خلال قانون الأملاك الوطنية وقانون المياه إلى ضمان تلبية حاجيات المواطنين من المياه لتحقيق الأمن المائي، وهذا لتيقنه بأهمية المحافظة على الموارد المائية وتسييرها عقالنيا باعتبارها مورداً أساسياً للتنمية الاقتصادية.

فكان من بين الأهداف الأساسية لحماية هذا المورد الحيوي، هو توفير متطلبات الحياة الاجتماعية والاقتصادية مع ضمان إستدامته للأجيال المستقبلية.

وعليه يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

- أن هناك حماية كمية ونوعية للأملاك العقارية في مجموعها مع وجوب المحافظة عليها.
- من شأن قانون المياه وقانون الأملاك الوطنية أن يساهم في تحسين الوضع البيئي المائي للموارد العامة البيئية.
- أن قانون الأملاك الوطنية وقانون المياه هو أداة فعالة لمحاربة أي مساس بالملك العام المائي.
- إعتبر المشرع الماء ملك عام، وبالتالي لا يمكن أن يكون موضوع تملك خاص.
- أن الحق في إستعمال الماء يكون فقط وفق شروط وضوابط محددة قانوناً ويعاقب الشخص حال مخالفة القواعد القانونية المرصودة لهذا الغرض.

## قائمة المصادر والمراجع:

### القوانين:

- القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 جويلية سنة 1983، يتضمن قانون المياه (الملغى)، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30، السنة العشرون.
- قانون رقم 84-16 المؤرخ في 30 جوان سنة 1984 المتعلق بالأموال الوطنية (الملغى)، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 27.
- المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي سنة 1989 المتضمن الإنضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 20.
- المرسوم التشريعي رقم 92-06 المؤرخ في 17 نوفمبر سنة 1992، يتضمن الموافقة مع تصريحات تفسيرية، على إتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 83.
- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55.
- المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 جانفي سنة 1996، يتضمن إنضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 06.
- المرسوم التنفيذي رقم 01-101 المؤرخ في 21 أفريل سنة 2001، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24.
- القانون رقم 05-12 المتعلق بالمياه، المؤرخ في 04 أوت سنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 60.
- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.

- المرسوم التنفيذي رقم 08-148 المحدد لكيفيات منح رخصة استعمال الموارد المائية، المؤرخ في 21 ماي سنة 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 26.
- القانون رقم 08-03 المؤرخ في 23 جانفي سنة 2008 يعدل ويتم القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005 والمتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 04.
- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المتمم بالأمر رقم 10-05 ممضي في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، مؤرخة في 01 سبتمبر 2010، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15 المؤرخ في 02 أوت سنة 2011، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.
- الأمر رقم 09-02 المؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يعدل ويتم القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت سنة 2005 والمتعلق بالمياه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.
- القانون رقم 11-14 المؤرخ في 02 أوت سنة 2011 يعدل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44.
- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14.

#### المؤلفات:

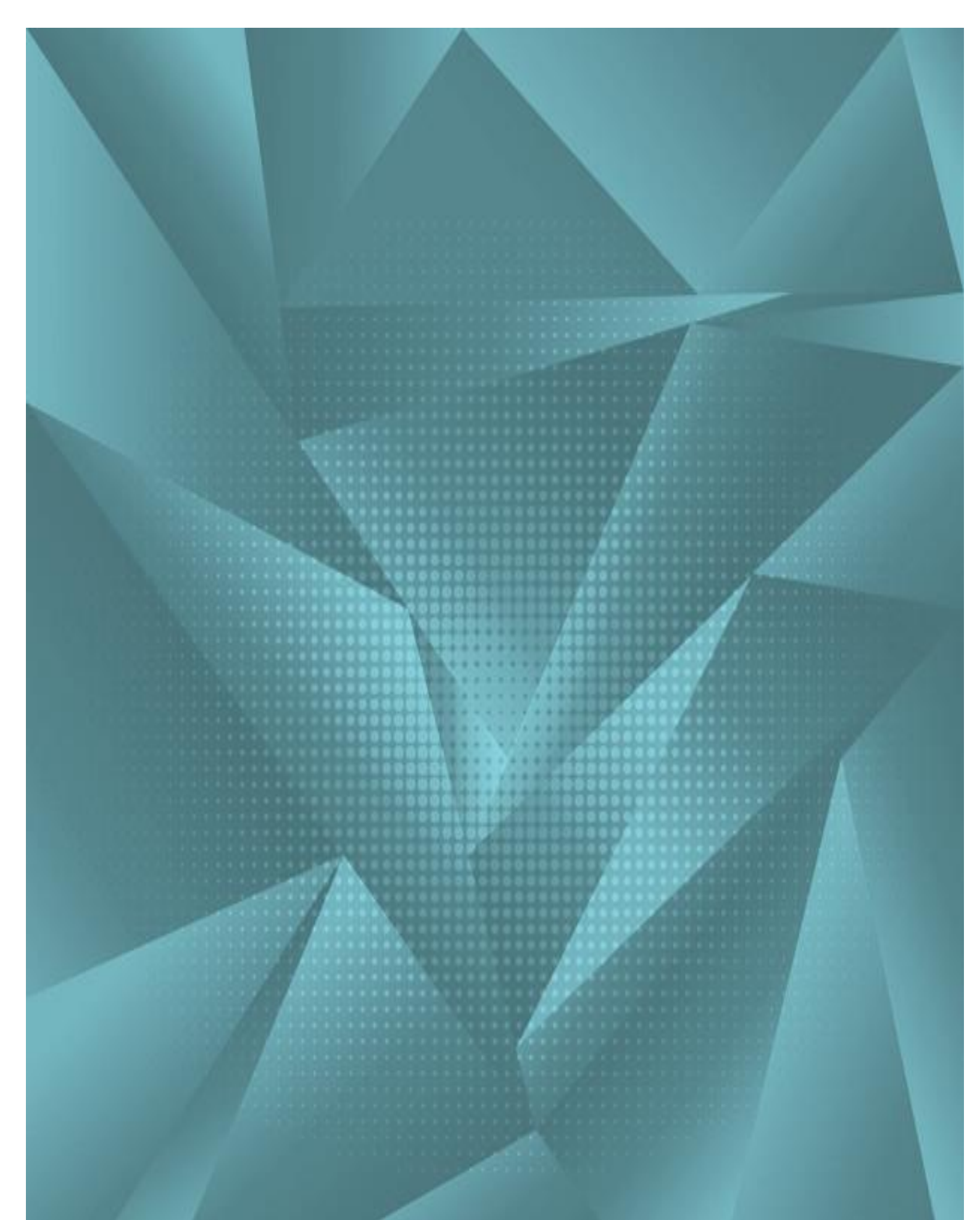
- الجوهري السيد عبد العزيز، محاضرات في الأموال العامة-دراسة مقارنة- الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- حجوع عبد المقصود، المياه العربية والصراع الشرق الأوسط، دار الكتاب العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2006.
- محمد الزواوي خالد، الماء الذهب الأزرق في الوطن العربي، مجموعة النيل العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2004.
- مخلف عارف صالح، الإدارة البيئية – الحماية الإدارية للبيئة-، البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.

وحيد الدين محمد سوار، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن،  
1994.

**Les ouvrages :**

- **Decaux Emmanuel**, Droit international public, 5<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, France, 2006.
- **Zella Lakhdar**, L'eau Pénurie Ou Incurie, Office Des Publications Universitaires, Algérie, 2007.





مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2019